

60 ANOS DE ADVOCACIA TRISTÃO FERNANDES

Coordenadores:

Fernando Augusto Henriques Fernandes

Guilherme Lobo Marchioni

ESTUDOS EM HOMENAGEM A **TRISTÃO FERNANDES** 60 ANOS DE ADVOCACIA



Prefácio: Marco Aurélio Mello

Apresentação: Mauro Otávio Nacif | Eleonora Rangel Nacif

Autores:

Antonio Carlos Barandier | Antônio Carlos de Almeida Castro

Breno de Carvalho Monteiro | Cezar Roberto Bitencourt

Christiano Fragoso | Claudio José Langroiva Pereira | Deborah Luíse Alves

Fábio Ricardo Trad | Fábio Ricardo Trad Filho | Gabriela Shizue Soares de Araújo

Geraldo Prado | Gisele Cittadino | Gisálio Cerqueira Filho

Guilherme Lobo Marchioni | Gustavo Badaró | Ingrid Charinho Almeida

Joana Loureiro | José Roberto Batochio | Juliano Breda | Lenio Luiz Streck

Marcelo Nobre | Marcio Barandier | Maria Luiza Gorga | Maíra Fernandes

Miguel Pereira Neto | Pedro Vinícius Ribeiro da Silva

Rafaela Azevedo de Otero | Raphael da Silva Pitta Lopes

Rodrigo Amaral | Rubens Casara | Thiago Bottino | Tiago Lins e Silva

Vitor Coimbra Mayon Tovil | Wagner Gusmão Reis Junior



60 ANOS
DE ADVOCACIA
TRISTÃO FERNANDES

ESTUDOS EM HOMENAGEM A
TRISTÃO FERNANDES
60 ANOS DE ADVOCACIA

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes
Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Enzo Bello
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Baccelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
José Rubens Morato Leite
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Mauricius Holanda
Maria Celeste Simões Marques
Océlio de Jesús Carneiro de Morais
Ricardo Lodi Ribeiro
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Simone Alvarez Lima
Valter Moura do Carmo
Vicente Paulo Barretto
Vinicius Borges Fortes

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria - nº 81, sala 301 –
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Coordenadores:

Fernando Augusto Henriques Fernandes

Guilherme Lobo Marchioni

ESTUDOS EM HOMENAGEM A **TRISTÃO FERNANDES** 60 ANOS DE ADVOCACIA



Prefácio: Marco Aurélio Mello

Apresentação: Mauro Otávio Nacif | Eleonora Rangel Nacif

Autores:

Antonio Carlos Barandier | Antônio Carlos de Almeida Castro

Breno de Carvalho Monteiro | Cezar Roberto Bitencourt

Christiano Fragoso | Claudio José Langroiva Pereira | Deborah Luíse Alves

Fábio Ricardo Trad | Fábio Ricardo Trad Filho | Gabriela Shizue Soares de Araújo

Geraldo Prado | Gisele Cittadino | Gisálio Cerqueira Filho

Guilherme Lobo Marchioni | Gustavo Badaró | Ingrid Charinho Almeida

Joana Loureiro | José Roberto Batochio | Juliano Breda | Lenio Luiz Streck

Marcelo Nobre | Marcio Barandier | Maria Luiza Gorga | Máira Fernandes

Miguel Pereira Neto | Pedro Vinícius Ribeiro da Silva

Rafaela Azevedo de Otero | Raphael da Silva Pitta Lopes

Rodrigo Amaral | Rubens Casara | Thiago Bottino | Tiago Lins e Silva

Vitor Coimbra Mayon Tovil | Wagner Gusmão Reis Junior

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2019

Copyright © 2019 by
Fernando Augustos Henriques Fernandes
Guilherme Lobo Marchioni

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Rômulo Lentini

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

ES82e

Estudos em homenagem a Tristão Fernandes : 60 anos de advocacia /
coordenadores: Fernando Augustos Henriques Fernandes, Guilherme Lobo
Marchioni. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.
388 p. : il. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-519-1452-6

1. Direito constitucional. 2. Processo penal - Brasil. 3. Direitos huma-
nos. 4. Direito do trabalho. 5. Direito penal. I. Fernandes, Fernando Tristão.
II. Fernandes, Fernando Augustos Henriques. III. Marchioni, Guilherme
Lobo. IV. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

Prefácio

Com grande honra, recebi o convite para prefaciar obra coletiva em homenagem a Fernando Tristão Fernandes. A compilação de estudos em tributo a um jurista destina-se a relemburar a trajetória profissional e pessoal, bem como reconhecer e celebrar a sólida contribuição para o Direito.

Tristão Fernandes é um cidadão especial. Um exemplo de dedicação, de solidariedade. Uma caminhada no sentido do constante crescimento, repleta de vitórias no campo profissional e pessoal. Da riqueza dos valores com que foi forjado cresceu homem com apurada sensibilidade, descortino, inteligência, temperança. Amálgama resultante de altos ideais e desejo de servir ao próximo revelado desde a mais tenra idade, em Linhares, no Espírito Santo. Capaz de aliar erudição, leveza e bom humor, é mestre querido por todos.

Ainda jovem, prestou concurso para o Banco do Brasil, servindo na única agência da cidade de Senhor do Bonfim, na Bahia. A função de caixa o colocava em contato direto com os moradores da comunidade, potencializado pela participação diária em programa da rádio local. Já aí se revelou profissional ativo e criativo, atuando sempre em benefício dos mais necessitados. Contrariando interesses poderosos, foi transferido para o Paraná.

Líder sindical, trabalhou ativamente, desde 1953, junto ao Sindicato dos Bancários, contribuindo para a criação da Federação da categoria, do qual veio a se tornar presidente. Estudante destacado, diplomou-se bacharel na Universidade Federal do Paraná, em 1959, tendo ingressado nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil no ano seguinte à saída dos bancos da faculdade.

No começo da década de 1960, Tristão Fernandes dividiu-se entre a advocacia e a atividade sindical. Na defesa da legalidade em contraposição ao golpe militar de 31 de março de 1964, conheceu o cárcere em Curitiba. Após a prisão por vários meses, perseguido ante convicção política e ideológica, foi banido para o Mato Grosso do Sul.

Em Ponta Porã, uma vez designado advogado do Banco do Brasil, passou a atuar, perante Vara única, nos mais diversos ramos do Direito, em especial no âmbito penal.

Em 1979, após atentado à bala que, por pouco, não lhe tirou a vida, considerada a defesa de três jovens camponeses torturados pelas forças policiais

locais, dirigiu-se ao Rio de Janeiro, onde deu início à trajetória de um dos mais prestigiados escritórios de advocacia do Brasil.

Bancário, sindicalista e advogado. De Fernando Tristão Fernandes é dado dizer que figurou no contexto nacional, contribuindo para o reestabelecimento da normalidade democrática no País com a Nova República, maior período experimentado pela democracia nacional.

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988, expressão máxima do reencontro da Nação com o Estado Democrático de Direito depois de longos anos de regime de exceção, a obra surge mais que oportuna. Se, de um lado, é possível afirmar que os tempos são alvissareiros, de outro, agigantam-se tentativas de flexibilizar garantias tão arduamente conquistadas e consagradas na Lei das leis, a Constituição Federal, sob os aplausos da maioria, potencializados pelo forte patrulhamento vivenciado.

Em época de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, de escândalos de toda ordem, cumpre lembrar a trajetória daquele que sempre permaneceu fiel à defesa da democracia e das liberdades. Tendo contribuído, como advogado, para a consolidação de ordenamento jurídico mais justo e humano, Fernando Tristão Fernandes revelou-se, nos 60 anos de formidável carreira, profissional capaz de despertar nos que o conhecem a paixão pelo ofício do jurista, porquanto engajado na transformação do mundo que o cerca, preocupado em alcançar a tão almejada promessa de justiça social.

Que seja proveitosa a leitura do volume de estudos produzidos por colegas e admiradores de Fernando Tristão Fernandes, não sendo demasia lembrar Rui Barbosa quando, recém-proclamada a República, no ano de 1892, ressaltou: “Com a lei, pela lei e dentro da lei; porque fora da lei não há salvação”. Que venham os próximos 60 anos!

Brasília, junho de 2019.

Marco Aurélio Mello

Ministro do Supremo Tribunal Federal

Apresentação

O convite para apresentar uma obra em homenagem ao colega e grande Advogado Fernando Tristão Fernandes é algo extremamente honroso. Não apenas pelo fato de que Tristão possui uma trajetória exemplar, coerente, dedicada ao Direito, uma caminhada de resistência, mas também porque 60 anos de militância advocatícia não é para qualquer um(a)!

Formado em 1958, continua fazendo história. Qual seria, portanto, a tônica que move esse excepcional ser humano? Honoré de Balzac afirmou que “*O homem começa a morrer na idade em que perde o entusiasmo*”. Neste exato sentido, Tristão Fernandes é um menino. Um menino entusiasmado, com brilho nos olhos e posturas firmes. Seu entusiasmo pela vida e pela advocacia é contagiante, conforme restará estreme de dúvidas aos(as) leitores(as) nas páginas a seguir.

Algumas passagens merecem especial destaque, como o atentado a bala que sofreu em 1979, por exemplo, e a emocionante história narrada pela ilustre advogada criminal Máira Fernandes, sobre uma mulher vítima de violência doméstica que se abrigou na casa de Tristão juntamente com seu filho de tenra idade. Eram os anos de chumbo e as particularidades do caso levaram Tristão ao cárcere.

Não são poucos os relatos sobre a atuação do nosso homenageado durante o período da ditadura militar. Seus posicionamentos políticos corajosos em prol dos valores democráticos fazem dele um sobrevivente e um exemplo de força e luta. Não à toa, diversos autores se referem a ele como “lenda viva”.

Como sabemos (ou deveríamos saber), o período em que vivemos sob o regime ditatorial no Brasil não é para ser comemorado, mas lastimado, repugnado. Comemorado, jamais!

De acordo com o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, 434 pessoas foram mortas pelo regime ou desapareceram. O relatório ainda aponta “*A prática sistemática de detenções ilegais e arbitrárias e de tortura, assim como o cometimento de execuções, desaparecimentos forçados e ocultação de cadáveres por agentes do Estado brasileiro*”.

Vivemos na atualidade um período de ascensão de forças conservadoras e autoritárias. Exemplo disso foi a tentativa do atual governo de celebrar ofi-

cialmente os 55 anos do golpe de 1964, celebração impedida tão-somente por firme Decisão de Magistrada Federal de Brasília, sob o argumento de “(...) *não repetição de violações contra a integridade da humanidade, preservando a geração presente e as futuras do retrocesso a Estados de exceção*”.

Geração presente, geração futura.

Relembrar o legado de Tristão Fernandes é fundamental e necessário tanto para a geração presente, quanto futura. Causa espanto o fato de que a advocacia criminal e o direito de defesa, embora assegurados em patamar constitucional, ainda sejam mal compreendidos nos dias atuais.

O senso comum, por ignorância ou desinformação, insiste em fundir a figura do profissional da advocacia com a de seu constituinte, esquecendo-se de que o(a) defensor(a) não defende a prática de crimes ou incremento da violência, mas sim, zela pelo direito daquele(a) que está sendo acusado(a), a ter direitos. Direito a ter direitos, simples assim. Nas palavras de Rui Barbosa, a função da defesa é “*Ser, ao lado do acusado, inocente, ou criminoso, a voz dos seus direitos legais*”.

Tamanha desinformação e tentativa de desprestigiar a advocacia teve seu ápice com a propositura do denominado Pacote Anticrime (PL 882/2019 e PL 1.864/2019), o qual pretende, entre outros desatinos, legitimar o indevido monitoramento de conversas entre advogado e preso submetido ao denominado regime fechado de segurança máxima.

Ao revisitarmos a história de Tristão Fernandes, o qual advogou corajosamente em ambiente hostil, sem sequer poder conversar reservadamente com seus constituintes, evidencia-se a absurdidade trazida por tal proposta, a qual viola frontalmente não apenas o sagrado direito de defesa e as prerrogativas profissionais dos(as) advogados(as), bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, erigida à categoria de norma constitucional, a qual dispõe que é direito do preso comunicar-se livremente e em particular com o seu defensor.

Soma-se a isto o dever ético de sigilo profissional, previsto no capítulo III do Código de Ética e Disciplina da OAB. As informações confidenciais ao(a) advogado(a) são protegidas pelo sigilo profissional justamente para viabilizar a confiança entre os envolvidos. Tal discricção e sigilo são perfeitamente comparáveis a um *setting* psicanalítico.

Geração presente, geração futura.

O legado de Tristão consolida-se, ainda, através de seu filho, o querido amigo e brilhante advogado Fernando Augusto Fernandes, como bem observado nas páginas que seguem por Antonio Carlos Barandier e Marcio Barandier: *“FERNANDO TRISTÃO FERNANDES tem trajetória de vida marcada fortemente pela luta em prol do restabelecimento da democracia brasileira durante a ditadura militar, enquanto FERNANDO AUGUSTO FERNANDES, que nasceu e cresceu naquela época tenebrosa, tornou-se advogado criminal preocupado com a manutenção do Estado Democrático de Direito. Pai e filho como nós, os autores dessas linhas, que nos alinhamos nas mesmas trincheiras”*.

Um livro como este é um presente, um ato de generosidade com a geração atual, mas, sobretudo, com as gerações futuras. Nós, seres humanos, nos constituímos enquanto sujeitos a partir de exemplos e pessoas que nos inspiram.

Fernando Fernandes, o filho, absorveu consciente ou inconscientemente os valores exemplificados pelo pai e pautou sua excepcional carreira advocatícia nesse sentido. Como na letra da canção “Aos nossos filhos”, de Ivan Lins, imortalizada na voz de Elis Regina, Fernando colheu os frutos e pode dizer qual é o seu gosto.

Os autores da apresentação desta obra também são pai e filha, também advogam conjuntamente e, emocionados, concluem este proêmio destacando a coerência histórica e importância da resistência democrática realizada pelo nosso homenageado Fernando Tristão Fernandes nas suas seis décadas de advocacia, lembradas e destacadas nesta obra. Vale repetir: 60 anos de militância advocatícia não é para qualquer um(a)!

As futuras gerações agradecem!

São Paulo, junho de 2019.

Mauro Otávio Nacif
Advogado Criminalista

Eleonora Rangel Nacif
Presidenta do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM
Advogada Criminalista

Sumário

Introdução.....	1
<i>Fernando Augusto Fernandes</i>	
Ode a Tristão.....	3
<i>Gisálio Cerqueira Filho</i>	
Uma Heroica Jornada de Lisura e Coragem.....	5
<i>José Roberto Batochio</i>	
A Coragem e a Independência como Herança.....	9
<i>Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay</i>	
Liberdades Individuais, o Grande Cliente da Advocacia.....	13
<i>Marcelo Nobre</i>	
Uma História de Amor: Neoliberalismo e Autoritarismo.....	29
<i>Rubens Casara</i>	
Revisitando a Flexisegurança.....	35
<i>Claudio José Langroiva Pereira</i>	
O Príncipe do Século XXI: Substância da Ordem Pública no Sistema Normativo Brasileiro.....	59
<i>Joana Loureiro</i>	
As Falhas Institucionais para a Concretização da Participação Popular na Constituição de 1988: Origens do Déficit Democrático Atual.....	77
<i>Gabriela Shizue Soares de Araujo</i>	
A Constituição de 1988 e o Ativismo Judicial: Propósitos Contrários.....	97
<i>Gisele Cittadino</i>	

Weimar no Sistema Germânico e a Judicialização dos Direitos no Brasil	103
<i>Breno de Carvalho Monteiro</i>	
Síndrome de Burnout no Mundo do Trabalho Contemporâneo	119
<i>Wagner Gusmão Reis Junior</i>	
A Transformação do Sindicato em Nossas Constituições Republicanas: Compatibilidade Plena da Liberdade Sindical?	127
<i>Raphael da Silva Pitta Lopes</i>	
O Direito Penal Configurado pela Sociedade de Risco.....	147
<i>Guilherme Lobo Marchioni</i>	
A Atuação das Cortes e a Colegialidade: o Caso da Presunção de Inocência	163
<i>Miguel Pereira Neto</i>	
Sobre a Liberdade de Ser: por uma Adequada Crítica às Teorias da Prevenção Especial Positiva da Pena.....	177
<i>Rodrigo J. S. Amaral</i> <i>Deborah Luíse S. Alves</i>	
A Política do Abate e a Legítima Defesa Presumida: uma Pena de Morte Inconstitucional	191
<i>Tiago Lins e Silva</i>	
A Justa Causa como Limite Necessário ao Poder Punitivo no Processo Penal Contemporâneo	201
<i>Rafaela Azevedo de Otero</i> <i>Ingrid Charinho Almeida</i> <i>Vitor Coimbra Mayon Tovil</i>	
Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – Propostas para Reflexão.....	223
<i>Thiago Bottino</i>	

Para uma Revisão da Súmula 610 do STF.....	255
<i>Christiano Fragoso</i>	
A Pornografia Adulta e o Direito Penal.....	265
<i>Maria Luíza Gorga</i>	
Considerações sobre os Novos Crimes Sexuais	281
<i>Cezar Roberto Bitencourt</i>	
Um Novo Argumento sobre as ADCS contra a Prisão em Segunda Instância	313
<i>Juliano Breda</i> <i>Lenio Luiz Streck</i>	
O Direito ao Recurso do Acusado no Processo Penal: uma Proposta para o Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal.....	319
<i>Gustavo Badaró</i>	
Encarceramento Feminino e o Drama da Maternidade na Prisão	347
<i>Maíra Fernandes</i>	
O STF na Encruzilhada	357
<i>Geraldo Prado</i>	
O Poder do Mito.....	361
<i>Pedro Vinícius Ribeiro da Silva</i>	
Fernando Tristão Fernandes – 60 Anos de Advocacia e de Luta Pela Democracia	367
<i>Antonio Carlos Barandier</i> <i>Marcio Barandier</i>	
Homenagem aos 60 anos de Profissão Dr. Fernando Tristão Fernandes.....	371
<i>Fábio Ricardo Trad</i> <i>Fábio Ricardo Trad Filho</i>	

Introdução

Na correria de todos os dias não vemos o tempo passar. Somos tomados pela luta diária, pelas emoções do “lampejo e o cintilar de espadas desembainhadas” (Friedrich Nietzsche em A filosofia na era trágica dos gregos). A cada cinco anos conseguimos homenagear nosso Fernando Tristão Fernandes. Mas fazer 60 anos de advocacia aos 91 anos de idade é algo muito especial.

O tempo foi passando e meu pai com todo vigor das lutas, da resistência à ditadura, dos casos e “causos”, foi mudando como tempo. Em 1979 resistiu a um atentado a balas. Com 80 anos fez a segunda operação cardíaca decorrência das quatro “carteiras” de cigarro nos longos júris. Aos 85 foi para uma cadeira de rodas e a coragem o levou para uma nova cirurgia de coluna: voltou a andar. Um dia protestos estavam sendo dissipados com bombas de gás lacrimogêneo perto do escritório e o velho aos seus 88 anos atravessou tudo aquilo para trabalhar.

E completa 60 anos trabalhando todos os dias! O tempo passou, mas a chama que move seu coração continua acesa como labaredas – fornalha essa que esquenta todos nós no escritório. Sua presença é como o motor de uma Maria Fumaça queimando a fornalha.

Quando Guilherme Marchioni teve a ideia dessa homenagem por artigos não sabíamos que receberíamos tanto carinho. Todos somaram nesse lindo abraço de ideias, essa linda obra sobre o feliz encontro entre a Advocacia e Fernando Tristão Fernandes.

Agradecemos muito pelos autores e pelos leitores. Nas nossas lutas diárias e na angústia do Estado de Direito que escorre entre os dedos na visão das nuvens negras que despontam no horizonte sobre nossa profissão, sob “tempos estranhos” no Supremo Tribunal Federal, que vem lesionando o pacto político fundamente da democracia brasileira ao admitir quebra de sigilo bancário sem ordem judicial sob veste de transferência de sigilo, ferimento a presunção de inocência, prisão de senador, impeachment sem crime, julgamento virtual, a criação de norma penal ... e na resistência saber que a luta pela Democracia brasileira, da inclusão social, acalenta a alma saber que não estamos sozinhos.

Que esta obra possa servir de prova da fraternidade entre aqueles que assumem essa responsabilidade da luta pelas prerrogativas – pela resistência pelos direitos humanos. Comove que a vida de meu querido pai seja uma existência que nos move todos os dias, e que possa ser dividida com todos nossos amigos, compatriotas, colegas.

Obrigado!

E ao meu querido pai, vida! Mais lutas e anos de advocacia! Que essa caminhada que tantas pegadas fortes marca o caminho, carregando essa tocha olímpica, se faça por muito tempo, para que todos nós possamos continuar marchando.

Fernando Augusto Fernandes

Ode a Tristão

Gisálio Cerqueira Filho¹

Reunidos a comemorar e a cantar
em verso e prosa a vida de Tristão Fernandes
aquele que traz o Brasil no coração pulsante
nascido capixaba, em Linhares, Santo Espírito
foi para o Sul, militante já
do movimento trabalhista e sindical
no Banco do Brasil.

Diplomou-se em Direito e Economia
no distante Paraná e logo se foi, nas
Minas Gerais, com Zulka se casar,
mas na Bahia nasceu
Fernando Fernandy, ontem procurador,
hoje jurista e desembargador
no TJ do Rio de Janeiro.

Avançando nos estudos em Curitiba,
a família consolidando, Fernando Olinto veio à luz
e, como médico doutor esteve com os Yanomamis
em terras amazônicas, fiel ao chamado de
além mar, esteve nas missões humanitárias
em Sri Lanka e Ruanda,

1 Escritor, poeta, pesquisador sênior e Professor Titular de Teoria Política na UFF

Ásia e África tão próximas.

Agora, hora e vez de Fernando Humberto, também
graduado em Direito, hoje no exterior.

Tristão, perseguido político, confinado
no sul do Mato Grosso,

renova a têmpera e a humildade

em Ponta Porã vivenciou dois fatos marcantes:

Um: num quase-milagre, escapou de um atentado.

Dois: viu nascer o caçula Fernando Augusto

cientista político e advogado,

no famoso escritório, companheiro

eixo Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro.

Com os amigos ao redor e umas cuias da

erva mate tererê, quente ou fria, não importa

celebremos todos a vida alegre

do Tristão nunca tristonho, a cantar a vida e o viver.

Uma Heroica Jornada de Lisura e Coragem

José Roberto Batochio

Advogados se mostram ainda mais imprescindíveis quando são presos no exercício intemorato do seu ofício. Quando isso ocorre, certo é que o estado democrático de direito está sendo violentado. Se defensores são presos, os constituintes já estão sendo acossados e perseguidos há muito tempo. A nobre essencialidade institucional da Advocacia se revela, nessas horas sombrias, um luzeiro iridescente, pois, como é praxe nas mais agudas quadras da resistência democrática, sempre haverá um colega apto a sair da sombra para defendê-lo e substituí-lo na vanguarda, como faziam os *partisans* da Resistência Francesa.

O homenageado neste livro, Fernando Tristão Fernandes já esteve nos dois lados da trincheira, como constituinte, defendido, preso no alvorecer da ditadura militar de 1964, e como defensor, em toda sua longa jornada de apostólica e fervorosa devoção à causa libertária da Advocacia.

Já funcionário do Banco do Brasil em Curitiba, participando das lutas corporativas e sindicais de defesa da categoria dos bancários, Fernando Tristão formou-se em Direito em 1958 para assomar à outra tribuna do ativismo advocatício, a defesa de colegas que começavam a sofrer perseguições políticas na fase de desenho do golpe militar de 1964. Já fora temperado para as jornadas cívicas quando exercera as funções de vice-presidente da Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de São Paulo e Paraná, e, quando os paranaenses conquistaram o direito de ter sua própria federação, assumira a presidência da entidade em 1963.

Período de profunda agitação política, com numerosas propostas de programas para o país, à esquerda e à direita, aqueles anos iniciais da década de 1960 germinaram um futuro que o Brasil iria amargar por duas décadas de repressão e obscurantismo. À direita do espectro político, o influxo abrasador da Guerra Fria insuflava na sociedade a convicção de que o país caminhava para o comunismo com base numa “república sindicalista”. À esquerda, como sempre atomizada em correntes antagônicas, fervilhavam as propostas das “reformas de base”, inclusive a da reforma agrária a ser feita “na lei ou na marra”. “Os mais exaltados achavam que estavam na Rússia de 17”, reprovava anos depois o

historiador Néelson Werneck Sodré, que combinava as posições conflituosas de general do Exército e membro do Partido Comunista.

Quando o espesso manto negro da ditadura cobriu o sol das liberdades, a figura do advogado ganhou especial relevância, particularmente em um ramo que estava em desuso desde a redemocratização de 1945, a do defensor de preso político. Veteranos das antessalas das masmorras, como o venerando Heráclito Fontoura Sobral Pinto, que durante o Estado Novo tivera de invocar a Lei de Proteção aos Animais em defesa do alemão Harry Berger, preso e barbaramente torturado por participar do levante da Aliança Libertadora Nacional em 1935, agora se viam às voltas com uma nova legislação de exceção, pois já em 1965 o Ato Institucional n.º 2 determinava que não mais a justiça comum e sim a militar julgaria os “crimes políticos” enquadrados na Lei de Segurança Nacional, (LSN).

Os milhares de presos sequestrados e seus advogados manietados já não se dirigiam aos tribunais regulares, mas às 21 auditorias que compunham a Justiça Militar de primeiro grau. Como a História sempre cuida de engendrar antídotos para os males que gera, surgia uma geração de defensores que, muitas vezes sem remuneração, eles próprios havidos como corresponsáveis pelas acusações feitas aos clientes, tão atrevidos quanto intemoratos, empenhavam-se em fazer valerem os princípios universais dos direitos humanos. Nomes como Heleno Claudio Fragoso, Evaristo de Moraes Filho, Nilo Batista, Modesto da Silveira, George Tavares e Augusto Sussekind de Moraes Rego, Marcelo Cerqueira, Idibal Piveta, Raimundo Pascoal Barbosa, Mario Simas, José Carlos Dias e tantos outros, atuando principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde era significativamente maior o número de prisões arbitrárias, se punham a trilhar a vereda do patrono Sobral Pinto.

A essa plêiade de cavaleiros da coragem se reuniu Fernando Tristão Fernandes no Paraná. Suas causas nobres e anônimas foram a defesa de sindicalistas e estudantes encarcerados no DOPS (Departamento de Ordem Política e Social) do Paraná, pela qual acabou sendo também detido e vítima de perseguição política. Como prática de desterro doméstico tão utilizada naqueles tempos, Tristão foi confinado em Ponta Porã, hoje Mato Grosso do Sul, na fronteira com o Paraguai, onde não se intimidou nem cruzou os braços, mas deu início a uma nova e fecunda fase da sua carreira.

A trajetória de Fernando Tristão Fernandes foi a inspiração para que seu filho o imenso e celebrado criminalista Fernando Augusto Fernandes tomasse o bastão dessa corrida pela legalidade, tanto no escritório paterno como na militância advocatícia, e homenageasse seu ilustre pai no livro *Voz Humana – A Defesa Perante os Tribunais da República* (Editora Revan, 2004). Trata-se de um vibrante e minucioso documentário da atuação (e resistência) dos advogados criminalistas na defesa de perseguidos políticos – a se perder na História do Brasil, mas que tem na pena de Rui Barbosa um marco no enfrentamento dos atentados aos direitos individuais perpetrados pelo governo do marechal-presidente Floriano Peixoto no final do século XIX.

Fernando Augusto deve, certamente, ter ouvido muitas vezes o pai relatar o quanto era penosa a atuação da defesa nas auditorias de guerra da Justiça Castrense. Em entrevista à *Conjur*, de 27/3/2018, resumiu ele: “Difícil. Os juízes ficavam muito temerosos. A ditadura militar não respeitava ninguém.” Tal espírito repressivo permaneceu até após a redemocratização de 1985, tanto que o autor foi proibido de pesquisar nos arquivos do Superior Tribunal Militar, tendo de recorrer ao Supremo Tribunal Federal para ter acesso a material que, embora público, como é próprio autos da Justiça, ainda vinha carimbado como **secreto**.

O advogado – e para ele não há título maior – Fernando Tristão Fernandes chega aos 60 anos de militância na Advocacia como um respeitado profissional à frente de uma sólida e prestigiosa banca, reconhecido pela competência e habilidade no manejo dos instrumentais jurídicos, pela lisura nos procedimentos e pela sagrada lealdade aos patrocinados. Jornada tão edificante tem sido correntemente louvada e recebido homenagens, a exemplo da Medalha Sobral Pinto que lhe conferiu em 2018 a Associação Nacional da Advocacia Criminal. Merece-as mais, e este livro é testemunho de que nessas seis décadas ele seguiu a lição perene de Sobral Pinto: *O advogado só é advogado quando tem coragem de se opor aos poderosos de todo gênero que se dedicam à opressão pelo poder.*

A Coragem e a Independência como Herança

Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay¹

Nasci em setembro de 1957, 30 anos após o nascimento do Tristão. Fiquei muito emocionado ao saber um pouco mais sobre a vida dele quando fui honrado com um convite para escrever, ainda que rapidamente, algo sobre esse grande advogado e grande figura humana.

Eu sempre quis ser advogado criminal, nunca tive outra pretensão na vida. E, ao ler um pouco mais sobre a vida do nosso Tristão, vejo como a advocacia pode fazer bem para a sociedade. Ao tomar conhecimento da sua história, percebe-se que ele sempre levou a vida de uma maneira íntegra, uma forma de viver que dá um orgulho enorme mesmo para quem não convive com ele, e que nos dá a dimensão exata da importância da advocacia criminal.

A advocacia tem relação direta com a estabilidade democrática e com a garantia dos direitos do cidadão. A vida do Tristão demonstra exatamente isso. É uma vida bonita, na qual nós todos podemos e devemos nos espelhar. Tristão, quando jovem, enfrentou com muita coragem um momento difícil da história do país, uma ditadura institucionalizada.

Hoje vivemos uma outra época. Uma época de um punitivismo exacerbado onde os direitos são diuturnamente desprezados, e onde a advocacia criminal está cada vez mais marginalizada e criminalizada.

É claro que, ao fazer uma pesquisa sobre a vida do Tristão, que eu tenho o orgulho e a honra de reproduzir neste pequeno artigo uma homenagem, eu vejo que ele passou por momentos muito mais drásticos, muito mais dramáticos, era tudo muito mais difícil, mas eu tenho a certeza absoluta que ele compreende quando nós, advogados de agora, assim como seu filho que é um brilhante advogado e nosso querido amigo, nos posicionamos com a mesma intensidade que ele se posicionava na Ditadura. Tanto que Tristão continua marcando presença, tendo assinado diversos manifestos recentes em prol do Estado Democrático de Direito.

¹ Advogado criminalista

Nós não vivemos hoje uma ditadura clara, uma ditadura tradicional, uma ditadura que os livros vão contar como sendo uma ditadura, mas nós advogados criminais sabemos que vivemos sim uma ditadura do Poder Judiciário midiático, que faz uma criminalização da advocacia, que faz uma criminalização da política, que faz com que nós tenhamos hoje juízes que pretendem ser heróis e que são alçados à condição de heróis por um poder midiático que fez uma perigosa ligação entre o Poder Judiciário e a Mídia.

Há necessidade de fazer um enfrentamento desse momento punitivo. Vivemos nos últimos anos, e eu tenho podido falar isso pelo Brasil afora há 3 anos, especialmente, um momento grave da democracia brasileira. Isso fica evidenciado pela fragilidade que se mostra, e se vê, do governo que se instaurou no país, ainda que pelo voto popular.

Nós somos todos reféns, de certa forma, de uma história que se contou da Operação Lava Jato. Na realidade, um momento muito mais dramático do que é representado pela Operação, pois estamos vivenciando um afastamento de direitos e garantias constitucionais onde a fragilização da política tradicional, da instituição do Congresso Nacional e da representatividade política se reforça de forma perigosa, o que poderá gerar graves consequências para o futuro.

Foram extirpados nos últimos tempos do país todas, ou quase todas, as conquistas individuais e constitucionais que conseguimos após a Constituição Federal de 1988: a banalização da prisão preventiva; a vulgarização do instituto da delação premiada; o uso indiscriminado da prisão para se conseguir a delação; a falta de argumentos técnicos para se manter preso um cidadão durante uma investigação que sequer daria ensejo a uma denúncia; a criminalização do advogado, a advocacia criminal passou a ser criminalizada de uma forma cruel, maldosa, e essa criminalização levou mesmo, no meu ponto de vista, a um momento tão grave, ou quase tão grave, quanto ao enfrentamento da Ditadura que foi feito pelo nosso grande Tristão.

E a Operação Lava Jato é apenas um dos pontos a ser enfrentado. Não, evidentemente, a Operação em si, pois trouxe grandes avanços, demonstrando que havia uma corrupção institucionalizada, capilarizada, no país como não se imaginava até então. Mas, esse cenário de combate à corrupção a qualquer custo acabou criando um ambiente que contraria especialmente o sistema representativo democrático.

Recentemente, dois delegados da Polícia Federal, ao escreverem um livro sobre a Operação, defenderam a necessidade de se fazer um afastamento dos direitos constitucionais ante a gravidade da corrupção no país. Ora, eu costumo dizer que não permito que juiz algum, delegado algum, procurador algum diga que quer o enfrentamento da corrupção mais do que eu, mais do que qualquer advogado criminal ou mais do que qualquer cidadão desse país, porém eu quero esse enfrentamento, como certamente quer Tristão, dentro dos limites e das garantias constitucionais, dentro dos princípios previstos na Constituição Federal.

Também já venho denunciando há alguns anos a criminalização da política. E posso notar que isso não se faz à toa, há um conjunto de atos coordenados e organizados para se chegar a uma certa desorganização social, ou seja, a substituição da representatividade política, o afastamento dos poderes políticos, ou até mesmo o fechamento do Congresso Nacional, com o uso de um poder que se pretende direto, com a população.

E além dessa tentativa de substituição dos poderes representativos clássicos, Legislativo, Executivo e Judiciário, por uma ligação direta do representante do poder com o povo, além da criminalização da política, vivemos também um momento de satanização do Poder Judiciário. Só servem para representar o Poder Judiciário aqueles que estão dispostos a prosseguir com essa satanização. O juiz, de qualquer tribunal, que ousar fazer cumprir a Constituição Federal é apresentado para a sociedade como sendo uma pessoa que está usurpando os poderes do judiciário, quando deveria ser o inverso. O juiz corajoso hoje é aquele que tem uma coragem que deveria ser simples e básica: fazer cumprir a Constituição Federal.

Com o esfacelamento da representatividade do Poder Legislativo, com o enfraquecimento e a desmoralização do Poder Judiciário, o Poder Executivo passa a ter um papel que infelizmente não está sendo levado como deveria ser. Ainda, passamos a ter um Quarto poder na estrutura clássica, que é o superpoder do Ministério Público.

Por isso ousou dizer que o momento é grave, pois de certa forma estamos vivenciando uma fragilização das instituições, que não se dá de forma desorganizada, mas sim de forma pensada, como maneira de ocupação do poder.

Ao ver hoje nosso grande Fernando Fernandes fazendo um enfrentamento técnico desse quadro que vivemos, com a coragem que, certamente, é um traço de família e que reflete a posição de seu pai, é fácil notar a influência que Tris-

tão exerceu, e ainda exerce, nesse combate diário à acidez que preside o Poder Judiciário brasileiro, um Poder Judiciário acovardado, onde o juiz de 1º grau se fez um juiz universal, e que agora está sendo desnudado como sendo um juiz que decretou a prisão do principal adversário do atual Presidente para poder depois assumir o Supremo Tribunal Federal.

A notícia de que o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal teria sido prometido ao juiz que determinou a prisão do principal adversário do atual Presidente da república há que ser investigada.

Advogo no Supremo há quase 40 anos e nunca vi tanta injúria. É de se questionar, e nisso certamente Tristão há de concordar comigo, quem é que tem a ousadia de enfrentar a Constituição, de se sobrepor à Constituição e tentar se impor como Ministro do Supremo Tribunal Federal após ser decisivo ao determinar a prisão do principal opositor ao atual ao atual Presidente, é muita ousadia!

De qualquer maneira, é muito bom ver que o Tristão não só marcou uma época, como ainda marca, e vai nos deixar um legado que é esse filho fantástico, que faz o enfrentamento diário dos abusos, das arbitrariedades, e que nos faz crer que ainda é possível sim exercer uma advocacia criminal independente, que se faz presente nos momentos mais delicados da vida nacional.

Este é o momento de fazer valer mais do que nunca os nossos valores constitucionais. A vida do Tristão é isso, a defesa do direito, a defesa da legalidade, a defesa da Constituição Federal, a defesa dos direitos humanos, e eu tenho muito orgulho de participar, ainda que de forma singela, desse projeto porque esse tipo de livro leva às pessoas que não são do direito, que não fazem parte do nosso dia a dia, a necessidade de se manter vivo os princípios constitucionais que defendem e asseguram os direitos humanos, os direitos do cidadão e as garantias que fazem com que a sociedade possa pensar em ser justa, solidária e mais humana.

Liberdades Individuais, o Grande Cliente da Advocacia

Marcelo Nobre¹

1. Alguns aspectos contextuais

Desde o homem nômade, que transitava a esmo buscando abrigo e alimento, já se destacava um traço marcante no ser humano: o desejo pela liberdade, pelo poder de ir e vir, pela procura de acomodação, ainda que transitória, no lugar e na forma que calhasse.

Ao sair das cavernas para construir suas primeiras moradias, o homem mantinha o sonho, acalantado até hoje nas variadas comunidades humanas, de solucionar as necessidades primordiais para viver e de manifestar-se livremente, de sonhar, de desejar, de procurar os meios para realizar os planos que brotam na alma.

Embora haja tanta dificuldade conceitual sobre a liberdade, todos compreendemos automaticamente do que se trata quando a ela nos referimos ou quando ela nos falta.

Porém quando tratamos das liberdades aqui, tomamos a concepção jurídica do termo, estamos no terreno das garantias, do arcabouço mínimo que o Estado Democrático de Direito deve garantir a cada cidadão. São as liberdades civis.

Cada uma das liberdades hoje consagradas no texto constitucional, no Código Civil ou em leis esparsas, funciona como um microuniverso repleto de iluminação para a vida de qualquer cidadão brasileiro.

Beccaria ensina uma preciosa lição, ao dizer que depois de vagar em meio aos erros mais prejudiciais “depois de terem exposto mil vezes a própria liberdade e a própria existência, cansados de sofrer, reduzidos aos últimos extremos, os homens se determinam a remediar os males que os atormentam.”

1 Advogado. Foi Conselheiro Nacional de Justiça – CNJ – por dois mandatos (2008/2012) Foi Chefe de Gabinete do Vice-Prefeito de São Paulo, Hélio Bicudo (2000/2004). Foi Diretor do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Foi Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP.

E neste sentido, o mestre afirma que para viver em sociedade abrimos mão, sim, de uma parcela da nossa liberdade natural, mas apenas de uma pequena parcela, o suficiente para um repositório comum, de onde o Estado saca, por exemplo, o seu direito de punir.

Quando escolhemos olhar para a grande tarefa que os profissionais do Direito possuem nas mãos, encontramos em primeiro plano as liberdades. Nada pode antecipar as liberdades civis, os direitos individuais, porque eles são *conditio sine qua non* para os demais exercícios dos direitos. Quando falham as liberdades de um sujeito, todo o sistema está para ele sem serventia.

Há inúmeros caminhos para analisar o tema das liberdades individuais mas, como disse o poeta maior, Guimaraes Rosa², “As coisas assim a gente mesmo não pega nem abarca. Cabem mesmo é no brilho da noite. Aragem do sagrado.”

Por isso escolhemos tratar do tema sob o paradigma da autonomia privada e as perplexidades que advêm dos modernos meios de comunicação ou das chamadas mídias sociais, sempre sob o ângulo da atuação da advocacia.

É o que Maffesoli³ chama de “exercer-se na magia das palavras”, buscando compreender as profundezas da experiência, além do aparente, de ser livre. Esta é a ambição.

2. Que liberdade e quais liberdades?

Precisamos abrir parênteses para sondar a liberdade, sob dois lados principais: a liberdade de pensar, de criar, de acreditar; e a liberdade de manifestar-se no mundo. A primeira habita o mundo do espírito; a segunda, o mundo fenomênico.

Do ponto de vista legislativo, já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, onde estão assentadas as escolhas feitas em nome do povo brasileiro, está assegurado o exercício da liberdade, entre outros. Esta liberdade preambular, sem mais predicados, é a própria e essencial liberdade, que faz possível ao indivíduo, sob qualquer circunstância, pensar, acreditar, manifestar-se, ir e vir, realizar-se no mundo, acontecer!

2 João Guimaraes Rosa, *Grande Sertão: veredas*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001

3 Michel Maffesoli, *A ordem das coisas- Pensar a pós-modernidade*. Trad. Abner Chiquieri. Rev. Tec. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Será que é aqui que Henry Thoreau⁴ poderia inserir sua ideia de liberdade, inclusive, em relação ao Estado? Uma liberdade inerente à condição humana, de não negociar sua qualidade de homem, de não permitir a escravidão ou o uso incorreto de seus talentos para estar no mundo; de não se submeter a um governo injusto, por exemplo, pois é preciso ser primeiro homem e depois, súdito. Parece que essa abordagem pode ser bem atual.

O legislador constituinte, entretanto, cômico de que o primado da liberdade é que dá o tom, trouxe-a novamente para o texto constitucional, inscrevendo-a entre os princípios que orientam a República Federativa do Brasil, no artigo 1º, consagrando a cidadania, a dignidade e a livre iniciativa.

Por óbvio que não há expressão de cidadania sem liberdade, da mesma forma como a dignidade humana encontra sua realização na liberdade individual. Um homem sem liberdade jamais poderá aferir a própria dignidade, se considerarmos a corrente que trata a dignidade como algo que se apresenta, que viceja, necessariamente, diante do outro.

Mas o dispositivo constitucional ainda tratou da liberdade de iniciar os próprios negócios, numa franca e óbvia realização do sistema capitalista, que também está escolhido no preâmbulo da Constituição. O princípio da livre iniciativa tende a expressar a garantia de liberdade criativa do gênio humano.

No artigo 3º, o legislador constituinte vai além, ao definir o primeiro objetivo fundamental da república: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e é sobre esta sociedade livre que devemos falar com mais vigor, nesta singular quadra da nossa história e, quiçá, da história mundial.

Iniciamos a construção da sociedade -- proposta no artigo 3º -- com as descrições dos direitos e garantias individuais, no artigo 5º, quando inúmeras liberdades foram elencadas: liberdade de agir conforme a própria consciência, sem contrariar as leis; liberdade de manifestar o pensamento, liberdade de consciência e crença; liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação; liberdade da vida privada, sendo inviolável a intimidade, a honra e a imagem; liberdade na escolha do trabalho ou ofício; liberdade de ir e vir; li-

4 Thoreau, Henry. *Desobediência civil*. 1849. Disponível em <https://www.elivrosgratis.com/download/550/a-desobediencia-civil-henry-david-thoreau.html>

berdade de reunir-se, liberdade de associar-se, liberdade de manter propriedade privada, liberdade de peticionar aos poderes públicos.

Ao lado de todas as descritas liberdades estão as garantias, que geram outras liberdades.

Porém, é fato que quando olhamos para este elenco podemos visualizar as inúmeras situações às quais o exercício da advocacia nos conduzem, fazendo ver que o texto da lei não passaria de letra morta, se não houvesse quem defenda, quem alegue, quem recorra, quem lute até a última palavra.

Muitas e tantas liberdades são subtraídas diariamente dos brasileiros, algumas de maneira sorrateira, outras de forma escandalosa. E o lindo texto constitucional repousa sereno e inativo.

A advocacia é que dá o primeiro passo crucial e intransferível para que o arcabouço legislativo se torne realidade.

Também não se pode olvidar que muitas outras liberdades estão inscritas em leis esparsas e no próprio Código Civil, fazendo com que não falte material para a defesa da autonomia de cada brasileiro, no processo de construir sua vida.

E o que se espera da advocacia na defesa dessa construção? Não há dúvida de que esta pergunta só pode ser respondida dentro de horizontes limitados, cortes como aquele que propomos para este artigo e que passaremos a enfrentar doravante.

3. Autonomia privada

Por que falar de autonomia sob o enfoque das liberdades individuais? Porque escolhemos partir do pressuposto de que exercer liberdade sucede a capacidade e a condição de se autodeterminar, de guiar-se pela própria visão de mundo.

A doutrina revela que a autonomia privada sucedeu a antiga autonomia da vontade, na medida em que se reconheceu que a ficção de uma vontade autônoma já não se sustentava, diante de tantas imposições que a sociedade moderna traz embutida em seus processos cotidianos. Expressões de limites da vontade são a própria lei; os derivados da sociedade de consumo, como o crédito e a publicidades; as correntes de pensamento majoritário expressadas nas mídias sociais, entre outras tantas.

A nosso ver, autonomia é uma expressão pura de liberdade. Havendo autonomia no pensamento e na ação, temos liberdade, na mesma medida em que a ausência do protagonismo humano é a expressão própria da subserviência.

No exemplo clássico do direito francês, multicitado pela doutrina, acerca do anão que era atirado de um lado para o outro para divertir os fregueses numa taberna, vamos encontrar uma importante discussão sobre a dignidade. O anão afirmava não sentir afrontada sua dignidade porque era livre para escolher e escolhia aquele trabalho. Ainda assim, apesar da manifestação de sua vontade, um dever maior do estado de salvaguardar a dignidade daquela pessoa, sobrepondo sua autonomia, se faz sentir.

E tal fato nos leva a questionar então o quanto de efetiva autonomia podemos exercer? A liberdade de protagonizar nossa vida, fazendo tudo o que a lei não proíbe parece ser uma resposta. Não temos liberdade, por exemplo, para atentar contra nossa própria vida, porque nossa vida é um bem juridicamente tutelado e o Estado não abre mão dessa proteção.

Se um cidadão não tem autonomia para desvendar os jogos políticos, por exemplo, exerce ele livremente o direito de votar? Ou continua dando voto de cabresto?

Khalil Gibran⁵, na célebre obra *O Profeta*, responde à questão sobre a liberdade, dizendo:

O que quereis rejeitar para serdes livres, senão fragmentos de vós próprios?

Se é uma lei injusta que pretendeis abolir, lembrai-vos de que esta lei foi escrita por vossas mãos em vossas próprias testas. Não conseguireis extingui-la, queimando vossos códigos nem lavando as faces de vossos juízes, embora despejais o mar por cima delas.

A busca pela liberdade para o poeta passa pela instância interna, de compreender as limitações autoimpostas, de entender que ela não vem de fora mas de dentro. Não é dada pelo juiz, nem está escrita nos códigos, mas se inscreve no coração.

A autonomia, neste sentido, parece passar por um espaço de compreensão sobre o quanto somos livres nos recantos do nosso ser e não apenas nas nossas expressões externas. Para Thoreau, ao tempo em que vivia sua oposição ao

5 GIBRAN, G. Khalil. *O profeta*. Trad. e apresent. Mansour Challita. Rio de Janeiro, 1980.

Estado, o único lugar onde um homem livre poderia estar era na prisão, porque estar preso expressava a ruptura do sujeito com o estado opressor.

Por outro ângulo, talvez seja importante suscitar a questão da sujeição, quando falamos da autonomia. Judith Butler⁶ trata do tema, afirmando que “o sujeito é iniciado através de uma submissão primária ao poder.” E segue considerando que ele se cria na subordinação e acaba assumindo uma forma psíquica que constitui sua identidade pessoal.

Neste sentido, chega a haver uma confusão entre o que verdadeiramente é expressão da autonomia individual e o que é manifestação da forma psíquica assumida no processo de se sujeitar.

Cabe ao advogado, muitas vezes, auxiliar o representado na compreensão desse emaranhado que o impede de ver a si mesmo no processo de tomar as rédeas da sua própria vida e liberdade.

Isto porque a formação do sujeito também decorre do discurso a que ele foi submetido durante sua vida. Uma grande e fundamental influência vem da comunicação, que auxilia na criação de mitos que vão, mais tarde e não raro, confrontar a própria liberdade do sujeito, de pensar a partir da sua mais ampla experiência de vida.

Orlando Gomes ensinou que autonomia privada era o poder dos indivíduos de ver realizados os efeitos da ordem jurídica sempre que invocados ou suscitados. Ou seja, a condição de ver efetivados os direitos, a partir da sua manifestação individual.

E esta condição é superior à manifestação da vontade, porque a vontade pode estar viciada, coagida; pode haver vontade superior imposta sobre o sujeito; pode haver vontade que nasce da ignorância ou da incompreensão dos fatos.

Autonomia privada habita um campo mais profundo. A vontade pode ser manipulada mas o pensamento autônomo e independente, que nasce das convicções mais profundas, pode ser manipulado? De acordo com Judith Butler, com certeza pode haver manipulação, mas a nosso ver pode ser a autonomia preservada, apesar dos muitos ataques que a psique sofre quando o sujeito confronta o poder externo.

6 Judith Butler, *A vida psíquica do poder – teorias da sujeição*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

E quando a autonomia não pode ser preservada, cabe ao advogado auxiliar a sua expressão, e depois a sua inteira realização, porque é o direito um grande vetor a auxiliar na preservação da autonomia, especialmente quando descreve condutas que podem colocar o sujeito a salvo dos muitos planos de poder constantemente concebidos na sociedade.

Ainda que o Direito se coloque muitas vezes inacessível, ou apesar da distância que as normas jurídicas possam tomar da vida das pessoas, em dadas circunstâncias, ainda haverá um espaço onde o indivíduo pode ser livre, pode ser autônomo. Espaço que se conquista exercitando as liberdades, permanentemente.

E neste caso, a presença da advocacia atenta e responsável é fundamental.

Marillac⁷ faz uma importante reflexão sobre o plano inatingível do Direito:

Mas o direito não quer ver. Do alto da torre, a humanidade lhe parece pequena, controlável, enquadrável, pronta para atender a todas as suas ordens. Ele se crê de fora de todos os processos interativos. Ele se crê provocador desses processos, que ele até acha importantes, mas não com ele, não para ele. Diálogo e troca estão em um plano externo, do direito para fora. (p. 21)

E assim se apresenta o direito para uma grande quantidade de pessoas que não conseguem com ele interagir, dialogar, trocar. Mas para a pessoa livre, ao contrário, o direito é permanente espaço de troca, é lugar de criação, é momento de expressão.

E a expressão da autonomia se faz no exercício do direito, do acesso à justiça, que precisa ser mediado pelo advogado, legitimado para o *jus postulandi*, como recordava Francisco Peçanha Martins⁸, em artigo na revista *Conjur*:

Ulpiano, no Digesto, assim definia o *jus postulandi*: “postulare este desiderium suum vel amici in jure apud eum qui jurisdictione praest, exonere vel alius desiderio contradicere” (postular é expor seu desejo ou o do amigo, em direito, perante aquele que goza de jurisdição ou contradizer o desejo de outrem).

A autonomia privada ganha viço quando busca o direito para amparar suas pretensões diante daquele que possui jurisdição. A liberdade, dentro dos muros vi-

7 MARILLAC, Luisa de. *O Direito entre togas, capas e anéis*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009

8 Francisco Peçanha Martins, *Requerer em juízo é a maior das prerrogativas da advocacia*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-jun-23/capacidade-requerer-juizo-maior-prerrogativas-advocacia>

giados que o Estado e o Direito construíram, com boa ou com má intenção, se exercita, se expõe e viceja. Vejamos algumas questões que podem elucidar esse quadro.

Pode uma pessoa expressar livremente sua sexualidade no Brasil? Está plenamente garantida a liberdade de agir conforme a própria consciência? E a liberdade de manifestar o pensamento e as crenças? Há garantia de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação? E será que o Estado pode garantir liberdade de intimidade, honra e imagem?

A resposta a estas questões é, repetidas vezes, negativa. Há um confronto voraz no seio da sociedade em relação às liberdades civis. Há verdadeiras guerras, por exemplo, entre pessoas que professam diferentes religiões cristãs, nas cidades, com o total abandono das lições do próprio Jesus Cristo, de quem suspostamente são todos seguidores.

Há um imenso fosso separando os que preparam a notícia e os destinatários, de modo que a comunicação não é exercida com liberdade, pois nem todos podem acessar os meios para expressar-se, bastando ver o quanto é vigiada e controlada a chamada “mídia alternativa” e o quanto é livre a mídia majoritária.

Se olharmos atentamente para as liberdades civis inscritas na Constituição Federal, vemos que muitas delas só poderão ser garantidas quando o sujeito tiver autonomia como capacidade de expressar seus direitos; quando ele efetivamente puder protagonizar suas lutas, expressando sua individualidade no mundo e quando ele puder contar com advogados competentes e dedicados para levar suas lutas aos tribunais e ao povo.

Fora disso, teremos direitos que não dialogam com a realidade.

A autonomia privada, portanto, como expressão maior do sujeito, pode ser capaz de evidenciar o complexo de suas liberdades civis, mas ainda precisará fazer o caminho até o judiciário, muitas vezes, para se efetivar.

4. Complexidades das interações das liberdades com a comunicação

Assentado um ponto até onde a autonomia privada nos conduz, é preciso começar a desatar um outro nó dos tempos modernos: a comunicação.

Considerando um natural antagonismo surge entre a liberdade individual e o mundo dos fenômenos, a comunicação pode se apresentar como elemento mediador, inclusive porque a autonomia se expressa pela linguagem.

Também não podemos esquecer que a liberdade, muitas vezes, pelo conluio da comunicação com projetos de poder, pode não estar em primeiro plano.

As complexidades dessas interações nos levam diretamente às questões sobre as interfaces das mídias sociais e da comunicação em geral com as liberdades. Podemos avaliar o problema sob diversos ângulos, mas escolhemos partir de três considerações pontuais.

4.1 Lentes individuais e autodeterminação

Só podemos partir do próprio sujeito para construir uma percepção sobre o poder da comunicação na nossa liberdade.

E o sujeito, bem pode se apresentar, retoricamente, como um papel em branco, a ser preenchido pela comunicação atraente de uma ideia. Como escreveu Giorgio Agamben⁹ “a mente é, portanto, não uma coisa, mas um ser de pura potência, e a imagem da tabuleta para escrever sobre a qual nada ainda está escrito serve precisamente para representar o modo em que existe uma pura potência.”

Embora não se possa conceber o indivíduo sempre como papel em branco, porque todos já partimos de uma visão de mundo, é justo conceber que ele é propenso a receber influências, especialmente quando elas entram pelos canais das lentes individuais.

Somos todos sujeitos capazes de receber as notícias a partir de um recorte que já está inscrito em nossa consciência. Então, somos pura potência, sujeita a todas as influências externas, a partir do substrato que já possuímos, *a priori*.

Nesse contexto, dificilmente escapamos daquilo que a comunicação bem feita prepara para nós. Então, onde está o risco para nossas liberdades? Está justamente na ausência de debate, de diálogo, de contraposição.

9 Giorgio Agamben, *Bartleby, ou da contingência*. Trad. Vinicius Honesko. Rev. da Trad. Claudio Oliveira. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015

Não pode haver liberdade real se não temos veiculadas as inúmeras propostas; se algo externo a nós fez a escolha dos recortes de realidade que nos são apresentados.

Não pode haver liberdade quando uma campanha, bem engendrada, “vende” uma ideia falsa, propõe um tema subliminarmente, escondendo todas as desvantagens de que a ideia é portadora.

Neste sentido, a mídia majoritária, forte e poderosa, pode ser facilmente cooptada por uma linha ideológica, por exemplo, que contraria visceralmente as liberdades individuais e constrói um discurso vencedor.

Se a lente individual não é capaz de passar a campanha midiática pelo bom senso, temos aqui uma consequência nitidamente desfavorável ao indivíduo, que sequer percebeu a escolha que fez.

Por isso é que o urgente debate é sobre a organização da comunicação mais ventilada possível, a fim de que todas as correntes de ideias possam ser veiculadas, seja para construção da sociedade, seja para a preservação das liberdades.

4.2 Regulamentação da comunicação social

Se é verdade que as interações humanas se fazem por meio das linguagens, é certo que a comunicação deve ser alvo de atenta e responsável regulamentação, em especial para permitir que todos se manifestem e todos possam ser ouvidos.

Neste ponto, o papel do advogado que se propõe a auxiliar na construção de uma sociedade livre, plural e solidária, é de absoluta e impostergável importância.

A oposição que pode ser feita a projetos que não auxiliem na construção de uma democracia justa e participativa no Brasil passa, necessariamente, pelo debate da nossa comunicação.

Recentemente, a Comissão de Ciência e Tecnologia do Senado Federal aprovou o PLC 79/16, que desregulamenta o setor das telecomunicações, tratando de questão que merece amplo debate do povo brasileiro.

Entidades que acompanham a temática levantaram dez pontos fundamentais que dizem respeito a, por exemplo, repasse de bens (como prédios, cabos, redes) da União às atuais concessionárias, sem qualquer pagamento; ou a questão da exclusão digital de milhões de brasileiros, que ainda não foi resolvido pelas concessionárias; escolas públicas que deveriam ter acesso gratuito à internet

pelos contratos de concessão e ainda não possuem; a permissão para que as concessionárias fiquem donas do recurso e não mais atuem com concessões temporárias; a desnacionalização da comunicação, entre outros pontos.

Ora, não há dúvida de que uma desregulamentação dessa natureza não atende aos interesses nacionais e vulnera a comunicação no Brasil, colocando em risco a liberdade individual.

Da mesma maneira, foi escrita uma carta aberta ao dono do facebook, Mark Zuckerberg, para que haja garantia de liberdade de expressão nessa potente mídia social, a fim de que os conteúdos postados não sejam excluídos sem que o usuário possa saber o motivo ou possa defender a postagem.

A Coalizão Direitos na Rede¹⁰, entidade independente criada no Brasil para defesa da internet livre e aberta no país, lançou uma carta, no ano passado, para garantia do gerenciamento democrático das comunicações através da governança multissetorial da internet, como forma também de garantir os avanços patrocinados pela Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet) e pela Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados).

São debates importantes e significativos que estão acontecendo e que colocam em evidência a gravidade do momento, diante das possibilidades nefastas que a grande rede gera ao incendiar mentes e corações com notícias falsas, por exemplo, como ocorreu recentemente, nas últimas eleições, ensejando inúmeras ações junto ao TSE e aos tribunais regionais.

Mesmo as chamadas *fake News* são tema para reflexão, havendo aqui elementos a serem considerados. Há um movimento para que tais notícias sejam retiradas imediatamente da rede, sem passar pelo Judiciário, o que pode facilmente promover episódios de censura, num retorno aos tempos terríveis de mordança, quando apenas as ideias escolhidas por um lado podiam ser veiculadas.

O tema abre espaço para muitas outras considerações que não cabem neste ensaio, mas é necessário alertar especialmente para o papel preponderante da advocacia neste momento.

10 <https://direitosnarede.org.br/>

4.3 Visões de mundo

Clóvis de Barros e Adriano Rocha¹¹ tratam da inovação e da traição, numa obra filosófica do maior significado e explicam “o novo, embutido na inovação, é resultante de uma intenção humana de transformação das coisas do mundo.”

As visões de mundo, extrapolando as lentes individuais, constituem conjuntos de pensamento a orientar parcelas da sociedade, a cada tempo. Elas podem ser portadoras dos mais variados projetos ou podem colidir frontalmente com liberdades e garantias individuais.

Mas é certo que a humanidade transita por visões que vão se modificando, diante dos dados da realidade. Há, com certeza, conjunto de posturas que se consolidam como sendo boas e válidas, mas há também aquelas que passam como uma estação, como um ritmo, como uma canção.

No imaginário de qualquer povo estão inscritas as crenças básicas, os valores fundamentais e, no nosso caso, tais valores estão também impressos na norma constitucional, como vimos anteriormente.

As inovações, que não podem deixar de acontecer porque também são tendências humanas naturais, expressam a necessidade de mudança, que ventila as visões de mundo já instaladas.

O tema importa no contexto das liberdades de pensamento, de crença, de associação, de expressão e de preservação da intimidade.

Como podem as visões de mundo desarticular liberdades individuais? Por meio da intolerância, por meio da censura, por meio da antipatia, por meio do preconceito, por meio da ruptura e ainda por meio da subserviência e da manipulação.

Quando uma única e estreita visão de mundo quer se consolidar com exclusividade, e conta com o apoio da comunicação midiática, certamente uma grande quantidade de pessoas terão suas liberdades cerceadas ou, no mínimo, diminuídas.

Nos limites da ética, vamos encontrar algumas saídas para a manipulação das visões de mundo, mas será sempre o direito a fonte segura de proteção contra os males produzidos em uma sociedade reducionista.

11 Clóvis de Barros filho /Adriano da Rocha, *Inovação e traição – um ensaio sobre fidelidade e tecnologia*. Petrópolis/RJ: Vozes 2017.

Sendo a manipulação uma afronta a liberdade e a autonomia individual, haverá de sempre se apresentar o direito para salvaguardar nossa humanidade.

5. Para concluir

Seja porque ser livre é um anseio humano natural; seja porque a sociedade justa tem como um dos seus sustentáculos a liberdade; seja porque diversas faces da liberdade estão inscritas em nossa Constituição, haveremos de sempre buscar, com afinco e certeza nossa condição de seres libertos dos grilhões.

As liberdades garantidas em diversos instrumentos no nosso ordenamento jurídico são capazes de indicar o caminho para o pleno exercício da autonomia privada, embora seja evidente que dependemos, em grande parte, do acesso à justiça para salvaguardá-la.

As oportunidades cotidianas de manipulação, de submissão a notícias falsas e as campanhas que utilizam a mentira para formar opiniões é e sempre será uma ameaça em qualquer grupamento humano, impondo cuidados redobrados para manter a cada um e a todos livres do pensamento único, que pode gerar equívocos de elevado custo para a sociedade e para os sujeitos que a compõem.

Está claramente evidenciado o papel do direito e de uma advocacia comprometida com a justiça, para que as liberdades individuais, duramente conquistadas, sejam mantidas e continuem iluminando a coexistência dos brasileiros, em espírito de liberdade e de fraternidade.

6. Por fim...

A obra para a qual este ensaio foi escrito homenageia um homem e sua atuação profissional: Fernando Tristão Fernandes, advogado e cidadão honrado, forjado na luta pela construção de um Brasil melhor, de um Brasil bom para todos os brasileiros.

Por isso escolhemos tratar aqui sobre as liberdades civis, porque nelas, nas liberdades, se encerram todas as construções de um estado justo, onde as pessoas encontram segurança e paz.

Para além de uma retórica vazia, o que realmente importa é o quanto nós, advogados, nos envolvemos com a criação da pátria pela qual todos ansiamos; o quanto labutamos diariamente com os olhos voltados para a construção de um bem maior, disponibilizado à todas as brasileiras e brasileiros.

Fernando Tristão é desses advogados para quem se pode olhar quando buscamos inspiração para pelear no cotidiano nem sempre justo do “sistema de justiça”. Alguém que lutou e não perdeu a fé; que se manteve hígido em seus princípios, construindo uma linda e inspiradora história de vida e de advocacia.

Para mim é uma grande honra participar da homenagem aos 60 anos da advocacia Tristão Fernandes, cujo exemplo queremos ver multiplicado em milhares, a fim de que nossa profissão evidencie sua face mais brilhante, aquela que testemunha a liberdade e a dignidade de cada ser humano, nos casos que defende.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Bartleby, ou da contingência*. Trad. Vinicius Honesko. Rev. da Trad. Claudio Oliveira. 1ª ed. 1ª reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015

BARROS, Clóvis de e ROCHA, Adriano da. *Inovação e traição – um ensaio sobre fidelidade e tecnologia*. Petrópolis/RJ: Vozes 2017.

BUTLER, Judith. *A vida psíquica do poder – teorias da sujeição*. Trad. Rogério Bettoni. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

GIBRAN, G. Khalil. *O profeta*. Trad. e apresent. Mansour Challita. Rio de Janeiro, 1980.

MAFFESOLI, Michel. *A ordem das coisas- Pensar a pós-modernidade*. Trad. Abner Chiquieri. Rev. Tec. Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARILLAC, Luisa de. *O Direito entre togas, capas e anéis*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009

MARTINS, Francisco Peçanha Martins. *Requerer em juízo é a maior das prerrogativas da advocacia*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2009-jun-23/capacidade-requerer-juizo-maior-prerrogativas-advocacia>

ROSA, João Guimaraes. *Grande Sertão: veredas*. 19^a ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001

Thoreau, Henry. *Desobediência civil*. 1849. Disponível em <https://www.elivros-gratis.com/download/550/a-desobediencia-civil-henry-david-thoreau.html>

Uma História de Amor: Neoliberalismo e Autoritarismo

Rubens Casara¹

*Para Tristão Fernandes, um incansável
lutador pela democracia.*

1. Um «novo» neoliberalismo

Há algo de novo na forma como se exerce o poder em todo o mundo. Paradoxalmente, esse “novo” remete ao passado, na medida em que associado tanto a discursos ultraconservadores e xenófobos quanto a práticas inquisitórias e oligárquicas. A principal característica dessa nova forma de exercício do poder é a ausência de limites, o que pode ser observado com a emergência de experiências autoritárias a partir da chegada ao poder político de pessoas como Trump, Salvini, Orban, Erdogan e Bolsonaro.

Se entendermos a democracia como um horizonte que aponta para uma sociedade autônoma (em que a pessoas não precisam apostar no autoritarismo por medo de exercer a liberdade), com deliberações coletivas (com efetiva participação popular na tomada das decisões políticas) e voltada à concretização dos direitos e garantias fundamentais (o que só é possível com limites rígidos ao exercício do poder), não é possível afastar a hipótese de que essa deriva autoritária é o resultado da estratégia de culpar a democracia pelos efeitos das políticas neoliberais iniciadas no Chile, após o golpe de Estado que derrubou Salvador Allende, e que se expandiram para todo o mundo, com especial destaque para a Inglaterra de Thatcher e os Estados Unidos de Reagan.

Segundo essa hipótese, a destruição do projeto de bem-estar social, bem como a desarticulação dos coletivos que atuavam na vida política (Sindicatos, Comunidades Eclesiais de Base etc.), somado ao ressentimento e à cólera pro-

¹ Doutor em Direito, Mestre em Ciências Penais, Juiz de Direito do TJ/RJ, Coordenador de Processo Penal da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

duzida pela perda de direitos dos trabalhadores e de prestígio social pela classe média, teria levado à opção por soluções autoritárias. Da mesma maneira que, na década de 30, o fascismo foi apresentado como uma reação ao liberalismo, o ultra-autoritarismo de hoje é vendido ao cidadão como uma resposta à atual crise.

Esse autoritarismo, que recorre a soluções que podem ser identificadas como tipicamente fascistas, surge da manipulação de sentimentos compreensíveis e promete o retorno a um passado mítico de paz e segurança. Tem-se nessa ilusão por modelos autoritários uma manifestação do que Bauman chamou de “retrotopia”, a nostalgia por um passado que nunca existiu, mas que permite “resgatar” formas de identidade (nacional, comunitária, raça, classe, gênero etc) e velhos preconceitos.

O que há de novo, e revela a engenhosidade do modelo, é que essa nova forma de governabilidade que surge da crise produzida pelos efeitos do neoliberalismo (desagregação dos laços sociais, demonização da política, potencialização da concorrência/rivalidade, construção de inimigos, desestruturação dos serviços públicos etc.) promete responder a essa crise com medidas que não interferem no projeto neoliberal e, portanto, não alcançam a causa da cólera e do ressentimento da população. Para iludir e mistificar, criam-se inimigos imaginários (os direitos humanos, a democracia representativa, a degradação moral, a depravação sexual, a diversidade, as minorias, Lula, Kirchner, Sócrates, etc.) que são apresentados como os responsáveis pelos problemas concretos suportados pela população.

Disfarçado, o neoliberalismo revela-se plural e plástico. Pode-se, então, falar em um novo neoliberalismo, “ultra-autoritário”, que, não só se alimenta da crise (e gera crises para esse fim), como também fabrica e persegue “culpados” pelos danos causados pela própria lógica neoliberal. Se, por um lado, o novo neoliberalismo (no Brasil, com Bolsonaro; nos EUA, com Trump) surge como uma “resposta” (populista, que manipula afetos produzidos na fronteira entre “nós, os insatisfeitos” e “eles, os causadores da insatisfação”) aos danos perversos gerados pelo neoliberalismo “clássico” (no Brasil de FHC; nos EUA de Clinton), por outro, continua a servir aos mesmos objetivos, mais precisamente: a busca de lucros ilimitados, a “financeirização” do mundo, a destruição dos obstáculos ao poder econômico e o controle dos indesejáveis (pobres e inimigos políticos do neoliberalismo). Em resumo, com ou sem verniz democrático, o neoliberalismo, que se revela adaptável a qualquer ideologia (inclusive, ao fascismo), sustenta e atende à lógica do capitalismo global.

No Brasil, é interessante olhar o exemplo do nacionalismo de Bolsonaro, que não tem qualquer traço de nacionalismo econômico. Se no plano discursivo, o “Brasil (estaria) acima de tudo”, no campo econômico, o mercado revela-se um Deus acima de todos. Ainda sobre o *fake-nacionalism* típico desse novo neoliberalismo, basta pensar no que se fez com as reservas brasileiras de pré-sal e na retomada dos processos de privatização. Tem-se, nesse campo, uma estranha combinação de apoio irrestrito ao capitalismo global e discurso nacionalista contra inimigos imaginários (comunistas, bolivarianos, turismo gay, etc.). Em apertada síntese, utiliza-se o discurso nacionalista para reforçar o neoliberalismo e melhor atender aos interesses do poder econômico.

O fascismo, que acompanha esse modelo em diversas partes do mundo, é acidental. Pode não existir em formas neoliberais. Entretanto, existe sempre que necessário para facilitar as coisas (e o lucro) para os detentores do poder econômico. Compreender o que é o neoliberalismo hoje, seu caráter plástico e plural, é importante para não cair na ilusão da falsa oposição entre o neoliberalismo clássico e o neoliberalismo ultra-autoritário, isso porque um só existe em razão do outro, certo que os dois miram os mesmos objetivos e atendem aos mesmos interesses. O “novo” neoliberalismo ultra-autoritário não é a resposta adequada para os danos causados pelo neoliberalismo clássico, da mesma forma que o neoliberalismo clássico não é a resposta adequada ao autoritarismo do novo neoliberalismo.

Importante, portanto, reconhecer que mais do que um conjunto teórico, um modelo econômico ou um modo de governabilidade, hoje, o neoliberalismo é uma racionalidade, uma normatividade (nesse sentido: Christian Laval e Pierre Dardot), que transforma instituições, afasta valores democráticos e condiciona o modo de ver e atuar no mundo, fazendo com que tudo e todos sejam tratados como objetos negociáveis.

2. Brasil: o laboratório do ultra-autoritarismo

No Brasil, mais do que em outros países submetidos à racionalidade neoliberal, o autoritarismo encontra facilidade para se tornar aceito no meio social, o que permite levantar a hipótese de que é o local ideal para servir de laboratório para o novo neoliberalismo ultra-autoritário. Da mesma maneira que o Chile de Pinochet foi o laboratório para as experiências do neoliberalismo clássico, o Brasil

de Bolsonaro revela-se o *locus* ideal para essa nova experiência que une mercado, rentismo, lógica concorrencial, eliminação da democracia e práticas autoritárias.

A ausência de rupturas históricas com um passado de arbítrio, violência, racismo e hierarquização entre pessoas fez com que a sociedade brasileira permaneça lançada em uma tradição autoritária que leva à crença no uso da força, ao medo da liberdade, ao anti-intelectualismo (ódio/inveja do conhecimento), ao convencionalismo (aderência rígida aos valores da classe média mesmo que contrários às conquistas civilizatórias), à tendência à simplificação da realidade (a contentar-se com explicações simplistas e ausência de reflexão), à submissão autoritária (atitude submissa e acrítica diante de autoridades idealizadas), à anti-intrapaceção (oposição à mentalidade imaginativa e sensível), à preocupação exagerada como a sexualidade alheia, à projetividade (disposição para crer em ameaças no mundo que se originam de fortes impulsos inconscientes), dentre outras distorções típicas do pensamento autoritário. Em um país com essas características, que nunca conseguiu romper com o imaginário (perverso) gerado por fenômenos como a escravidão e a ditadura militar, para citar apenas dois exemplos, não é difícil entender como tanta gente ainda aposta em medidas autoritárias e racistas.

Essa tradição autoritária, que condiciona todo o processo de interpretar o mundo e, em consequência, o modo de ser-no-mundo, explica muitos desvios e também a naturalização com que distorções autoritárias são encaradas na sociedade. Mortes desnecessárias e prisões ilegais não chocam. A liberdade, por sua vez, deixou de ser um valor inegociável e passou a ser vista como uma ameaça e, ao mesmo tempo, como um obstáculo aos fins repressivos do Estado (como um sintoma de impunidade). A recente negativa estatal de dar efetividade aos dispositivos legais que, em nome do valor democrático “liberdade”, deveriam assegurar a presunção de inocência e a fixação do regime de cumprimento da pena dos condenados após descontado o tempo de prisão provisória (este último dispositivo, aliás, elaborado a partir da sugestão e da contribuição decisiva dos juristas Giane Ambrósio Alvares, Marcelo Semer e Patrick Mariano) só pode ser explicada à luz da tradição autoritária a serviço do projeto neoliberal ou, em outras palavras, a partir da normatividade neoliberal que não conhece limites éticos, legais ou mesmo constitucionais.

Entender o neoliberalismo ultra-autoritário passa necessariamente por reconhecer que essa racionalidade leva à imunização do mercado e dos verdadeiros detentores do poder econômico contra qualquer ameaça ou intervenção ex-

terna (e a democracia é vista como uma ameaça). O neoliberalismo, ao mesmo tempo, que faz da ilimitação e da concorrência os modelos normativos a serem seguidos nas relações sociais e nas instituições, produzindo igualmente mudanças na subjetividade, tem também uma “dimensão destrutiva”, como bem percebeu Pierre Sauvêtre. Essa dimensão destrutiva visa eliminar tudo aquilo que possa representar um risco à propriedade, ao mercado, à livre circulação do capital, ao lucro, enfim, aos interesses dos detentores do poder econômico. E isso pode se dar tanto no que diz respeito à proteção do mercado contra práticas sociais ou políticas democráticas de redistribuição de renda ou regulatórias, quanto na eliminação, inclusive pelo sistema de justiça, dos inimigos do projeto neoliberal através de medidas autoritárias.

Hoje, superar o autoritarismo passa necessariamente por superar a racionalidade neoliberal: um sem o outro não se mantêm.

Revisitando a Flexisegurança¹

Claudio José Langroiva Pereira²

Introdução

No ano de 2010, fui convidado pelo Instituto de Direito do Trabalho, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a participar de um encontro de ideias e realidades, exatamente para tratar do movimento de flexibilização de direitos (fundamentais) que seguia da área trabalhista, com suas ideias sobre flexisegurança, em direção às demais áreas do direito e, especial destaque ao direito penal e processual penal, e suas diretivas sobre globalização econômica e empresarial.

Hoje, em um momento de verdadeira homenagem à advocacia, à advocacia brasileira, invoco a história do Advogado Fernando Tristão Fernandes que, em seus 60 anos de advocacia, testemunhou o tempo como expressão da razão, para aos homens de bom senso.

Viveu na própria pele as consequências da defesa de direitos fundamentais, sendo levado ao cárcere político, exatamente porque acreditou e exerceu suas crenças na vitória da democracia.

É exatamente por causa de Fernando Tristão Fernandes e de tantos outros defensores da liberdade, que podemos hoje estar e escrever aqui, conscientes de que a liberdade de manifestação e expressão foi conquistada nas marcas físicas e psicológicas destes heróis do Estado Democrático de Direito.

1 Ideias revisitadas das discussões estabelecidas e registradas nos anais do Congresso Internacional de Bireito – Brasil-Europa, organizado pelo Instituto de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: *Globalização Econômica e Direitos Fundamentais*, em face dos conceitos de flexisegurança, Lisboa: Edições Almedina, SA, 2010, pp. 205.

2 Professor Doutor de Direito Processual Penal dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Líder do Grupo de Pesquisa “Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos” da PUCSP; Vice-Líder do Grupo de Pesquisa “Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito” da PUCSP; Advogado Criminal.

Assim, dedico a revisão e releitura destes meus pensamentos, hoje tão ou mais atuais do que ao momento em que foram discutidos, como expressão mais forte desta liberdade resgatada.

1. Relembrando princípios e valores

A Constituição Federal sempre será reconhecida com base em valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito³, onde os princípios orientadores são permeados por previsões explícitas e implícitas, de forma a considerarmos, de maneira mais ampla, valores culturais, sociais, políticos, jurídicos, administrativos.

Assim, todo o sistema jurídico acaba alimentado por princípios norteadores de garantias e condutas, sem um rol taxativo, mas que expressamente determinam a proteção jurídica.

Podemos considerar, assim, que os princípios surgem como normas determinantes da realização de um projeto maior, e que envolvem possibilidades jurídicas e fáticas, em uma constituição reconhecida por Robert Alexy⁴ como verdadeiros “mandados de otimização”, que podem ser identificados por serem cumpridos por critérios de ponderação, em diversos graus, sendo incluídos como orientadores e fundamentadores de decisões.

Desta forma, decorrentes de todo um sistema jurídico-político, identificador do Estado Democrático de Direito, os princípios constituem verdadeira orientação motivadora de valores fundamentais, que acabam previstos, direta ou indiretamente, no âmbito da Constituição Federal.

2. Revisitando a democracia e os valores constitucionais

O modelo de Estado Democrático de Direito ficou delimitado na Constituição Federal Brasileira através da identificação de princípios orientadores de soberania popular, cidadania, garantia da dignidade da pessoa humana, que reco-

3 Artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4 ALEXY, Robert. *Problemas de la teoría del discurso*. Atas do “Congreso Internacional de Filosofía”, Córdoba: Universidade de Córdoba, 1988, pp. 59/70.

nhecem valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e acolhem o pluralismo político, na busca por justiça social através da defesa da liberdade e da igualdade⁵.

Podemos destacar a cidadania, como valor jurídico-político de cada integrante do Estado brasileiro, e o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade como mecanismos disponíveis para a concretização da independência do povo e do Estado em relação a outros Estados⁶, e assim constituindo uma individualidade cultural, política e social, que acabam por expressar todo um conteúdo social e democrático dos preceitos constitucionalmente adotados no Brasil⁷.

De outro lado, decorrente da soberania e realização popular⁸, apresentando a própria democracia como princípio informativo⁹ de caráter social, participativo e pluralista do Estado brasileiro, surge a legalidade democrática como princípio, exigindo a subordinação dos integrantes do Estado ao regime regulador fundamental, expresso na Constituição.

Podemos destacar, ainda, todo o sistema garantidor dos direitos fundamentais de natureza individual, coletiva, social e cultural¹⁰; o princípio da justiça social¹¹, em um exercício da democracia econômica, social e cultural¹²; os princípios da legalidade e da igualdade¹³; o princípio da segurança jurídica¹⁴; o princípio da independência de poderes¹⁵; todos integrantes desta organização democrática.

Não nos afastando da adaptação aos reclamos da sociedade, que soberanamente mantém sua existência, o princípio da justiça social possibilita a realização da democracia social e cultural, através dos valores sociais dominantes atingindo seus objetivos, sob a égide da legalidade.

5 Artigos 1º. e 3º., da Constituição da República Federativa do Brasil.

6 BARRETO, Vicente. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito"..., p. 19 e ss.

7 REALE, Miguel. *O Estado Democrático...*, p. 3.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso...*, p. 121 e ss.

9 Artigo 1º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

10 Títulos II, VII e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

11 Artigos 3º., 170, *caput*, e 193, da Constituição da República Federativa do Brasil.

12 J.J. Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional - 5ª. ed.*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 373.

13 Artigo 5º., *caput*, I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

14 Artigo 5º., XXXVI e LXXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil

15 Artigo 2º. da Constituição da República Federativa do Brasil.

Como condição pré-existente da própria natureza do homem¹⁶, a dignidade assume forma com o reconhecimento do valor da pessoa humana, imposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Surgindo como base de todos os direitos humanos previstos, a dignidade humana estabelece a conexão entre o ser humano e suas ações como integrante da sociedade, independentemente de quaisquer atributos de ordem pessoal, como função, título ou cargo¹⁷, concretizando-se através do inter-relacionamento que a sociedade proporciona aos seus integrantes, pautado pela ética comportamental e pela intervenção do Estado somente como última opção.

Considerado como supra-princípio¹⁸, e assim destacando-se como valor inerente à própria natureza do ser humano, em um caráter absoluto e informador de todos os demais princípios instrutores do Estado, a dignidade humana não permite seu afastamento em favor de outro direito constitucionalmente previsto.

Como princípio orientador, exige um reconhecimento mútuo de direitos e deveres dos cidadãos e do Estado, fruto das experiências históricas do ser humano, que conduziram à segregação de seus direitos fundamentais e, via de consequência, à dimensão dos valores essenciais à concretização destes direitos na sociedade¹⁹ e, assim, como limite de esfera de proteção e intervenção do Estado na vida do cidadão²⁰.

A Constituição que deve assumir em sua redação a existência dos direitos e garantias fundamentais, que estão acima de quaisquer ideologias políticas²¹.

Importante, ainda, reiterar que, como limite de interferência que o próprio ser permite ao outro e em seu inter-relacionamento social, figura a dignidade como va-

16 REALE, Miguel. *O Estado Democrático...*, p. 106.

17 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. "Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito". In: *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*, São Paulo: Editora Método, 2001, p. 74.

18 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional...*, p.50

19 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Editora Saraiva, 2.002, p. 48 e ss.

20 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 89.

21 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

lor supremo, que assimila o conteúdo de todos os denominados direitos fundamentais de ordem pessoal, física e moral, social e econômica, definindo-se por características de autonomia e especificidade, sendo fonte de todos os direitos humanos.

Exigindo a participação efetiva e concreta para um desenvolvimento social, de acordo com os valores definidos pelo próprio grupo²², aparece a dignidade como parâmetro social que prioriza seu cumprimento através da responsabilidade pessoal de cada integrante da sociedade, com base no seu mundo de vida.

Considerada como respeito mútuo em uma comunidade jurídica de convivência²³, possui um conteúdo de personalismo ético, de forma a possibilitar que cada ser humano possa atribuir um valor a si mesmo, a ser respeitado por todos os outros na sociedade.

Mediante o reconhecimento pleno do Princípio da Dignidade Humana, podemos concluir que toda a Constituição exige um método de interpretação próprio, que leve em conta normas positivamente definidas, mas analisadas sob a ótica dos valores democráticos defendidos neste Estado, estabelecendo uma relação entre seus princípios orientadores e as práticas constitucionais que possibilitam sua materialização²⁴. Só esta interpretação se justifica.

3. Revisitando a questão dos direitos sociais em face da expansão econômica

Após as grandes guerras mundiais, a sociedade mundial adotou princípios modeladores, verdadeiros mandados de otimização²⁵, que proporcionaram a preservação da ordem social e da ordem econômica, considerados assim como meios de produção de condições dignas de vida, buscando a integração e a

22 CAMARGO, Antonio Luis Chaves. "Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito"..., p. 74.

23 LARENZ, Karl. *Derecho Civil parte general*, tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picave, Madrid: Ed. Edersa, 1978, p. 44/46.

24 BARRETO, Vicente. "Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito"..., p. 14 e ss.

25 ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, princípios jurídicos y razón práctica*, Buenos Aires: Doxa, 1988, p. 143 e ss.

sustentabilidade dos direitos fundamentais, e conseqüentemente afastando as desigualdades do modelo de estado democrático de direito²⁶.

Sustentada pelas ideias de supressão de barreiras alfandegárias e custos variados, instalou-se uma expansão econômica que proporcionou a internacionalização, e acabou por concorrer com a ampliação das relações comerciais e dos mercados de trabalho, estabelecendo uma verdadeira integração regional que, por outro lado, levou à instabilidade nas relações sociais, em especial de trabalho.

A nova ordem mundial reconheceu que a globalização surge como caminho evolutivo, incluindo características eminentemente econômicas²⁷, acenando para a possibilidade de uma globalização das relações sociais de caráter econômico, em uma ordem comunitária ou supranacional, com uma multiplicidade de sistemas normativos reguladores (anglo-saxão/*common law*; legalista de influência francesa ou tradicional ítalo-germânico), buscando um resultado satisfatório e eficaz, que deve manter as bases constitucionais do estado democrático de direito²⁸, conduzindo esta nova ordem econômica para um patamar de valorização do trabalho humano, superando contradições históricas entre trabalho e capital, em busca de uma revalidação dos princípios de dignidade da pessoa humana²⁹.

A nova realidade econômica globalizada estabeleceu critérios de modificação da aplicação da lei no espaço, pondo em crise o princípio da territorialidade, flexibilizando princípios de proteção e segurança jurídico-sociais, justificada pelos mandatos de soberania que os Estados exercem quando das relações econômicas.

A sociedade de consumo, em uma recomposição social dirigida ao respeito às organizações transnacionais, empresariais, diretamente constituídas sobre severas previsões orçamentárias, planejamentos estratégicos e regulamentações objetivas dos limites de atuação, adaptou-se ao desenvolvimento técnico-científico, atribuindo valores significativos aos bens jurídicos de caráter econômico.

26 SILVA, Marco Antonio Marques. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 5 e ss.

27 PETERMANN, Rolf. *Conceito jurídico de constituição econômica*. Dissertação de mestrado, Biblioteca de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: Editoração do autor, 1990.

28 Artigos 170 a 192, da Constituição da República Federativa do Brasil.

29 Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

4. Revisitando a constituição de uma teoria do bem jurídico segundo parâmetros democráticos

Como princípio e valor máximo, orientador do modelo de Estado Democrático de Direito, a dignidade humana precipita uma leitura de que tudo aquilo que, em um sentido amplo de conceituação doutrinária, possuir importância para o ser humano como objeto útil, apto para satisfazer suas necessidades, em um contexto de valoração pessoal, estabelecendo uma relação entre um indivíduo e um objeto, deve ser considerado como bem.

Tendo como titular tanto o particular como a própria coletividade, o bem jurídico pode ser entendido como um valor ideal, proveniente da ordem social em vigor, juridicamente estabelecido e protegido, em relação ao qual a sociedade tem interesse na segurança e manutenção.

O bem jurídico submete-se a comandos e proibições elencadas no Direito, que têm sua origem nas denominadas normas de valoração, decorrentes de aprovações e desaprovações sociais.

Envolvendo tanto objetos físicos como qualidades de uma pessoa, tanto direitos como garantias, materiais e imateriais, em uma constituição de interesses e objetos vinculados por um conceito de valores sociais, que os destaca como de grande ou significativa valia, o bem jurídico dá preferência a determinados interesses considerados sagrados ou intocáveis, até que um novo conceito social surja³⁰.

O conceito de bem jurídico é obra da ilustração, do iluminismo, decorrente do pensamento de Paul Johann Anselm Feuerbach³¹, que passou pela discussão jurídica de Karl Binding³² e Franz von Liszt³³, até sua negação durante

30 ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.46 e ss.

31 A doutrina jurídica, em geral, praticamente de forma unânime, atribui a Paul Johann Anselm Feuerbach a limitação do Direito Penal à proteção de direitos ou interesses subjetivos, afetos a determinado sujeito. Neste sentido, dentre inúmeros outros: HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*; ROXIN, Claus. *Problemas...*, p. 27 e ss.; MIR PUIG, Santiago, *El Derecho Penal...*; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación...*; PRADO, Luiz Régis, *Bem-Jurídico Penal...*, p. 28 e ss.

32 BINDING, Carlo. *Compendio de diritto penale – parte generale*, tradução de Adelmo Boretini, Roma: Atheneum, 1927, p. 197 e ss.

33 Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899, tomo I, p. 94 e ss.

o domínio da escola nazista alemã de Kiel³⁴, que reduziu sua contextualização às lesões ao dever, estas como conteúdo ou sentido do próprio delito³⁵, o que foi facilmente aplicado pelo pensamento nazista, através da utilização de uma noção neokantiana de bem jurídico perfilada com a dependência normativa³⁶.

A recuperação das características sociais do conceito de bem jurídico, só acabou por ocorrer parcialmente com Hanz Welzel³⁷, que retoma o bem jurídico como “bem da vida”, um verdadeiro estado social, sem natureza jurídico-positiva, mas sócio-política, apesar de manter um caráter abstrato³⁸.

Em um caráter funcional de sistema, podendo qualquer coisa adquirir o caráter de bem jurídico, temos o conceito de Knut Amelung³⁹, que apresenta um posicionamento sobre os bens jurídicos como produtos da vida social.

Já Günther Jakobs⁴⁰, em uma representação da própria validação fática da norma, considera o bem jurídico como residente na garantia de expectativas de bom funcionamento da vida social, dentro de conjunturas exigidas e estabelecidas legalmente.

Tendo como base a posição de cada indivíduo em relações sociais estabelecidas, segundo valores e objetos tutelados e, por consequência, a interação que se opera entre eles, Juan Bustos Ramirez⁴¹ define o bem jurídico como consequência de uma formulação normativa sintética concreta, decorrente de uma relação social dinâmica determinada.

34 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p.25

35 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 26, nota 108.

36 R. Honig e a Escola de Marburgo, representada por E. Schwinge e L. Zimmerl, via no bem jurídico e seu conceito um princípio motriz para toda interpretação e constituição de conceitos, dentro do Direito Penal. Uma dialética de conceitos pré-estabelecidos, segundo uma ordem normativa orientada pelos bens jurídicos eleitos. Vide: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 25/26 e nota 107.

37 WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramirez y S. Yáñez, Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976, p. 15 e ss.

38 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Op. cit., p. 26.

39 Ibid., mesma página.

40 JAKOBS, Günther. *Derecho Penal- Parte general; fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss; *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996, p. 179 e ss.

41 BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Introducción...*, p. 28.

De outro lado, Claus Roxin define o bem jurídico como um conjunto de pressupostos imprescindíveis para a existência e convivência, concretizado em condições de valor, como vida, liberdade, propriedade, indispensáveis para a manutenção da vida em sociedade⁴².

Os bens jurídicos têm um caráter eminentemente pessoal, ligados às próprias condições de existência individuada de cada ser humano em uma sociedade⁴³, devendo se posicionar segundo a realidade social, formada dos conflitos estabelecidos entre as pessoas, decorrente de necessidades particulares de satisfação de interesses diversos.

Assim o bem jurídico acaba no campo dos valores sociais, traduzindo-se em uma concreta possibilidade de tutela dos interesses individuais, alinhado com um sistema jurídico social e democrático⁴⁴.

Neste sentido, para justificar a identificação do bem jurídico no atual modelo de Estado Democrático de Direito, alguns princípios orientadores de sua contextualização devem ser destacados, de forma a compor seu conceito, segundo os valores orientadores deste mesmo modelo: a dignidade da pessoa humana⁴⁵; a inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da segurança e da propriedade⁴⁶; a legalidade⁴⁷.

Estes princípios compõem um chamado constitucional para impor limites e garantias ao cidadão, satisfazendo a consciência jurídica geral, através de uma reafirmação de valores sociais⁴⁸, em uma diretiva restritiva constitucional, através de um quadro de referenciais jurídico-constitucionais, explícita ou implicitamente consagrados pela Constituição, em um exercício de proporcionalidade de bens⁴⁹.

42 ROXIN, Claus. *Problemas...*, p. 27 e 28.

43 PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal...*, pp. 49 e 50.

44 MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 161.

45 Artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil.

46 Artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

47 Artigo 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

48 MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal...*, p. 37 e 38.

49 AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Editorial Edersa, 1999, p. 178 e ss.

Um conceito de bem jurídico, por isto mesmo, vem pautado em uma apreciação dos elementos fundamentais para uma vida digna do ser humano⁵⁰, e assim referendado por teorias constitucionalistas preenchidas por conceitos sociológico-funcionalistas.

De outro lado encontramos, também, a danosidade social⁵¹ como teoria de concepção de bens jurídicos, considerada no critério de correção de condutas, segundo uma potencialidade lesiva ou ofensiva, em uma visão participativa dos princípios orientadores das práticas de reconhecimento e proteção da dignidade e da liberdade do ser humano, que surge como elemento orientador e legitimador desta teoria.

5. Uma releitura da perspectiva do trabalho como bem jurídico

Em razão da explosão demográfica das relações econômicas transnacionais, da produção e do consumo de massas, dos meios de comunicação, dentre outras atividades que escaparam ao controle individual do ser humano, a organização do homem em sociedade consolidou a existência de certos interesses que não pertenciam a indivíduos determinados, mas a toda a coletividade.

Estes interesses atingem a qualidade de vida e precipitam a necessidade de uma proteção jurídica diferenciada. Uma definição inicial destes novos interesses, não possibilita divergências quanto a serem sinônimos, mas encerra-se na problemática da definição dos interesses difusos e coletivos, segundo a doutrina civil, como um todo.

Os interesses difusos podem ser considerados como aqueles que envolvem um número indeterminado de pessoas em razão de um mesmo fato em comum. Já os interesses coletivos são aqueles que se referem aos grupos ou categorias de pessoas determinadas, individualizadas, segundo determinada categorização ou projeção corporativa. Assim, apesar de possuírem diferenças como, por exem-

50 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación...*, p. 267.

51 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos...*, p. 38.

plo, de ordem quantitativa e qualitativa, permanecem como espécies do gênero “meta-individual, supra-individual, universal”⁵².

Os interesses públicos, ou do Estado, nesta perspectiva clássica de conflito de interesses entre o Estado e os cidadãos, também compõe este mesmo grupo⁵³.

Os interesses jurídicos substanciais não subjetivados; que não se individualizam; que não se situam numa determinada pessoa, apenas reflexamente protegidos, escapam a essa esfera de subjetivação.

Embora pertinentes a uma cadeia indeterminada de indivíduos (o que lhes confere a conotação de metaindividualidade), alguns deles são passíveis de serem atraídos por atos da administração pública, e simultaneamente mantêm características de interesse individual, assim denominados de interesses difusos.

Identificados como coletivos, não envolvendo o homem-unidade, mas tão só como órgão integrante de associações ou corporações, temos outros interesses ou bens que incidem sobre o homem socialmente engajado, membro de comunidades menores ou grupos que se perfilam entre o indivíduo e o Estado, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares⁵⁴.

Por mera identidade de situações e não por vínculos associativos e corporativos, como nos interesses coletivos, os interesses difusos abraçam uma série indeterminada e aberta de indivíduos, sem se limitar a certos segmentos, com titulares que se ligam apenas mediante vínculos essencialmente fáticos.

Não podemos deixar de considerar como natural a condução à potencialização do indivíduo perante a sociedade, valorizando direitos pessoais, bem como direitos perante os grupos sociais aos quais ele se integra, ou mesmo em relação à própria estrutura social a que pertence⁵⁵.

Compondo assim um grupo homogêneo, que acaba sendo protegido “universalmente” da mesma forma, a expansão do âmbito de proteção do indivíduo,

52 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000, p. 74 e ss..

53 GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984, p. 30.

54 PRADE, Péricles. *Conceito...*, p. 41.

55 HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción...*, p. 103 e ss.

de forma progressiva, eleva o diâmetro de proteção até obter uma sobreposição de direitos individuais de mesma espécie e natureza.

Assim, a funcionalização de interesses generalizados e do próprio Estado deve ser sempre dirigida ao indivíduo, reconhecido de forma singular ou coletiva, onde a prioridade deve ser dada aos bens jurídicos individuais⁵⁶.

Da necessidade de posicionamento sobre a atuação do direito, a própria segurança ao trabalho, em todo este contexto, acaba por se destacar.

Assim, o trabalho e a segurança ao trabalho, podem ser considerados como conjuntos de valores e direitos interpretados segundo a Constituição, que reconhecem o ser humano como centro dos interesses do ordenamento.

O indivíduo coletivamente conduz a uma consideração de bens jurídicos quando estes correspondem a interesses conciliados, assegurando as necessidades vitais do ser humano⁵⁷.

Considerando o indivíduo como um ser social, temos que a real função das instituições e do próprio sistema é atender às necessidades sociais e, assim, por consequência, as necessidades individuais de cada componente esta mesma sociedade.

5.1. Relembrando a proteção, o direito ao trabalho e seu histórico-evolutivo

O trabalho, assim considerado como bem jurídico, pressupõe o respeito ao princípio da proteção do trabalhador, como orientador de todo o sistema.

A defesa do trabalhador em razão, em regra, da hipossuficiência desenvolvida na relação contratual com o empregador, prevalece como forma de representação da intervenção do Estado, para assegurar o equilíbrio das relações sociais, em verdadeiro respeito ao princípio da igualdade.

A relação estrutural do direito ao trabalho tem por base a retificação, no plano jurídico, do desequilíbrio existente no contrato de trabalho, propugnando pela igualdade na propositura de regras protetivas da vontade e dos interesses dos trabalhadores.

56 PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Barcelona: Práxis, 1991, p. 51.

57 SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *Aproximación...*, pp. 269/271.

A criação de derivações desta orientação principiológica envolve o reconhecimento da prevalência da norma favorável, da imperatividade das normas e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.

A orientação histórico-evolutiva deste princípio evidencia uma relação de sobreposição das diretivas protetoras dos trabalhadores em relação às demais normas.

Conceitos de equilíbrio social, perseguidos por séculos pela sociedade organizada, observaram na Revolução Francesa de 1789, que estabeleceu princípios abstratos de igualdade e liberdade, na busca de melhores condições de vida, um importante momento político, todavia onde a liberdade foi estabelecida em todos os níveis em igualdade de condições.

Em virtude disto, os parâmetros impostos pela Revolução Francesa não foram satisfatórios, pois marcados pelo desequilíbrio no tratamento de desiguais de forma igual, em uma verdadeira violação ao princípio ideal da igualdade, falhando no campo social ao manter a desigualdade como realidade⁵⁸.

De outro lado, o valor da Revolução Francesa, para a evolução histórica dos direitos sociais, se concretiza com o impulso na discussão da necessidade do estabelecimento de direitos sociais nas constituições, em um equilíbrio entre os deveres e os direitos inerentes a trabalhadores e empregadores.

Tal situação de equilíbrio e justiça social se vê finalmente materializada na Constituição Federal do México, 1917⁵⁹, que serviu de inspiração às demais constituições latino-americanas. A Constituição Mexicana, em seu conteúdo normativo, amplia o campo das relações sociais, estabelecendo direitos e deveres do cidadão trabalhador.

Seguindo os mesmos passos nas relações sociais, a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha, de outro lado, foi a base dos conceitos de democracia social, servindo de paradigma e inspiração para as demais constituições europeias da época, e, neste contexto, assegurando direitos e garantias dos trabalhadores.

Em 1927, o regime fascista estabeleceu na Constituição italiana⁶⁰, um modelo corporativista de direitos e garantias trabalhistas, com a significativa intervenção estatal como marca.

58 SUSSEKIND, ARNALDO L., Direito Constitucional do Trabalho, Editora Renovar, 2ª edição, 2001.

59 O artigo 123 da Constituição Federal do México estabelece direitos sociais dos trabalhadores.

60 A denominada *Carta Del Lavoro*

No Brasil, somente na Constituição de 1934 os direitos do trabalhador começam a ser considerados, em especial sob a inspiração da Constituição Alemã de Weimar.

A Carta Constitucional brasileira de 1937, agora sob a influência da Constituição italiana de 1927, adota posicionamentos corporativistas, com a intervenção do Estado como regra, quando da questão dos direitos e das garantias trabalhistas.

Seguindo a ordem evolutiva mundial, pautada pelo fim da Segunda Guerra, a Constituição brasileira de 1946 acolhe ideais democráticos como sustento das previsões sobre direitos e garantias sociais.

Em linhas gerais, a legislação trabalhista começou a ser elaborada no Brasil a partir da Revolução de 1930, quando o *Governo Provisório*, sob a chefia do Presidente Getúlio Vargas, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e promulgou a Consolidação das Leis do Trabalho, através do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

A Constituição brasileira de 1967, mesmo com a emenda constitucional de 1969, manteve estes mesmos direitos sociais do trabalhador, apesar da limitação decorrente da intervenção militar na época.

Finalmente a Constituição Federal de 1988, estabelecendo o modelo de *Estado Democrático de Direito* no país, trouxe os direitos sociais como característica marcante do texto constitucional, apesar de não se tratar de uma constituição que os tem como sua principal base de sua sustentação, daí porque o questionamento sobre suas características social-democráticas⁶¹.

A Constituição Federal de 1988 apresentou ao Brasil um avanço significativo, quando destacou os direitos trabalhistas, atribuindo-lhes a condição de direito alienável, que independe da vontade e da política a ser impressa pelo Estado, deslocando estes direitos formalmente para o título “Dos Direitos Sociais”.

6. Uma rediscussão da pós-modernidade, da globalização e da flexisegurança

Com a globalização das relações sociais, um novo modelo de relação de trabalho surgiu. Envolvendo rápidas mudanças estruturais, com a individuali-

61 SUSSEKIND, ARNALDO L., *Direito Constitucional do Trabalho*, Editora Renovar, 2ª edição, 2001.

zação nas relações de emprego, a flexibilidade dos contratos de trabalho, a ampliação do trabalho autônomo, terceirizado e do trabalho informal, uma rápida redução da segurança empregatícia se estabeleceu.

Ao contrário de toda a história dos direitos e garantias sociais é possível observar, como decorrência da globalização das relações sociais, em especial econômicas, um crescimento e a uma valorização de um princípio de proteção capitalista do empregador, em prejuízo do trabalhador.

Aparecendo como uma espécie de terceira via, a flexisegurança se coloca como uma construção situada entre o modelo americano de total desregulamentação e o direito à segurança do trabalho, este último que emergiu dos modelos constitucionais que se sustentam através de bases e garantias a direitos individuais e sociais, historicamente iniciados com a Constituição do México de 1917.

Assim, de um lado encontramos empregados com direitos individuais assegurados e, em contrapartida, estes mesmos direitos impedindo a ampliação e a conquista de outros direitos, em uma verdadeira troca de grandes concessões por pequenas conquistas, principalmente de caráter individual.

Temos, por exemplo, os casos onde o salário, abaixo das expectativas e do próprio mercado, acaba por possibilitar jornadas mais longas de trabalho, através de seu complemento por meio de horas extraordinárias, que são incorporadas ao pagamento.

No mesmo sentido vemos adicionais de insalubridade e periculosidade, que acabam por equilibrar economicamente os ambientes insalubres de trabalho, mas mantém legal a falta de medidas de segurança necessárias à diminuição dos riscos e dos prejuízos ao trabalhado, em verdadeira precariedade das condições de trabalho.

Neste contexto se identifica a flexibilização das relações de trabalho ou a flexisegurança.

Trata-se da perda da aplicabilidade jurídica do princípio da proteção do trabalhador e, assim, de uma possível deterioração da dignidade humana nas relações sociais.

Através da flexibilização dos mercados de trabalho e de sua desregulamentação, a flexisegurança resta sustentada por um modelo tecnocentrico de teorias neo-liberais, onde o homem é identificado como um produto no centro das relações de produção, distribuição e redistribuição.

A flexissegurança concilia dois valores sensivelmente antagônicos, alinhando a flexibilidade do mercado de trabalho com a segurança dos trabalhadores, de forma a flexibilizar ao máximo a mobilidade do emprego, facilitar as formas flexíveis de contratação, como a contratação temporária, e as dispensas sem ônus, os contratos de trabalho vinculados ao resultado e a fixação de horários de trabalho flexíveis que atendam à demanda de produção. Como compensação aos trabalhadores, propõe um significativo impulso à quotas do seguro-desemprego e a uma política de recolocação de trabalho.

Todavia a compensação aos trabalhadores representa prejuízos indiretos como, por exemplo, o ônus aos cofres públicos decorrente dos aumentos das quotas do seguro-desemprego e assim, conseqüentemente, levando a um aumento de impostos, a ser suportado pela sociedade. Também duvidosa resta a eficácia e a vantagem da recolocação de novo posto de trabalho.

A flexissegurança tem sua origem nos países nórdicos, Holanda, Suécia e Dinamarca.

Destaca-se neste grupo a Dinamarca, onde a flexissegurança teve sua origem com a chamada *Lei de Jante* (denominada “Lei Invisível” ou “lei não escrita”) um conjunto de regras que cuidam da flexibilização das relações de trabalho.

Um Estado onde a competitividade internacional, a segurança e a satisfação com o emprego, aliadas à qualidade de vida e sustentabilidade econômica, colocam o país entre os primeiros em qualidade de vida na União Européia. Os trabalhadores na Dinamarca recebem seguro-desemprego até a obtenção de uma recolocação no mercado, restando proibido ao trabalhador negar a empregar-se, restando caracterizada uma proteção individual, distante da segurança de postos de trabalho, em uma efetiva política de cooperação entre empregadores e empregados.

Dotada de um PIB (produto interno bruto) de cerca de 30.000 (trinta mil) euros per capita ano, e assim baseada a remuneração média anual do trabalhador neste valor, ainda mantém um salário mínimo nacional de cerca de 1.000 (mil) euros para trabalhadores com pouca formação, em uma população média de 5,5 (cinco e meio) milhões de habitantes.

A flexissegurança nasceu em um país onde o trabalho identifica-se com o próprio ser humano como parte de uma sociedade, que considera o desemprego como uma situação de vida precária, já que o trabalho lhes dá esta identificação social.

Podemos destacar a flexisegurança, através dos parâmetros dinamarqueses, dentre algumas características, por prever uma maior agilidade na dispensa do empregado, pela possibilidade da exigência de um número de 10 ou mais horas por dia quando de uma contratação e, ainda, pela possibilidade de pagamento de horas extraordinárias por preço ajustado individualmente entre empregador e empregado, que poderá trocá-las por um preço simbólico, por exemplo, pela isenção de horário fixo de trabalho, mantida sempre a impossibilidade de dispensa sem justa causa.

Desta forma, a Dinamarca apresenta um sistema laboral baseado em uma elevada mobilidade no emprego, com muitos novos empregos, com trinta por cento de trabalhadores mudando de emprego por ano e a criação de dez por cento de novos empregos, também anualmente. Ainda conta com um regime de apoio e subsídio aos trabalhadores desempregados, pagos até encontrarem um novo emprego, uma política ativa de qualificação e formação de trabalhadores, flexibilização dos horários de trabalho, por meio de acordos individuais, com partilhas de postos de trabalho de forma proporcional ao cálculo anual do tempo de trabalho, flexibilização salarial segundo os parâmetros de cada empresa.

Em defesa da flexisegurança sustentada no modelo dinamarquês, apresenta-se uma releitura de alguns elementos deste modelo de sistema.

O interesse dos empregadores na manutenção de relações de trabalho estáveis e seguras, com trabalhadores motivados, deve ser considerada. De outro lado surge o interesse do trabalhador em manter a flexibilidade de seus horários de trabalho, de sua organização e das condições salariais consequentes, em uma geração de novos modelos de mercado de trabalho, que interagem com a flexibilidade e segurança.

O dinamismo econômico do mercado liberal destaca-se ao lado de uma segurança decorrente do serviço público universal, participando de uma distribuição equitativa de rendimentos, que é muito conhecida nos “Estados-Providência” escandinavos.

Os empregadores e os empregados participam de um novo pacto social de colaboração total.

Surgem, então, parâmetros de elevada carga fiscal para empregados e empresas, à qual todos satisfeitos propõem-se ao pagamento, pois esta resta direcionada a manter os seguros-desemprego em quotas elevadas e permanentes, até recolocação no mercado de trabalho, com uma política social de conscientização da obrigação

de encontrar um novo emprego, com empregadores e trabalhadores cooperando para o interesse geral, de forma a proteger os indivíduos e não os postos de trabalho.

Desta maneira a elevação da flexibilidade na demissão e na admissão de empregados, alia-se ao crescimento econômico sustentado por finanças públicas saudáveis e estruturas sociais sólidas diante de um funcionalismo público qualificado pela formação constante, aliado ao funcionamento favorável e positivo das empresas.

Este difícil caminho buscaram trilhar outros países da União Europeia, mesmo com contradições oriundas de sociedades significativamente diferentes em suas economias e culturas. Neste sentido a impressão do “Livro Verde sobre Relações Laborais da União Européia”, em 2006, que defende uma “modernização” das relações de trabalho e, no mesmo sentido, a Diretiva n.º 21, da União Europeia, buscando a promoção de relações de trabalho sustentadas pela “flexibilidade combinada com segurança”.

Essas tendências oriundas dos membros da União Europeia, também permeiam posicionamentos sobre as relações de trabalho no Brasil, Índia, China, Austrália e Japão, dentre outros.

7. Revendo a crise na identidade globalizada

A nova ordem global imprimiu ao campo jurídico reflexos significativos ligados a um recuo dos direitos humanos, uma administrativização das competências do judiciário, de forma a levar ao seu descrédito e enfraquecimento, relegando apenas à *ultima ratio*, o direito penal, a capacidade de solucionar conflitos sociais, em uma diminuição da soberania, com a criação e a adesão a organismos supranacionais, em franca diminuição dos espaços de independência e de prevalência do Estado.

É neste cenário que a flexibilização de direitos sociais, em prol de direitos individuais, se sustenta.

Um processo de desconstitucionalização e desregulamentação, característico do instituto ou do sistema da flexisegurança, aponta para o enfraquecimento do poder do Estado e, assim, para um recuo na tutela dos direitos humanos.

O enfraquecimento do poder normativo do Estado nas relações sociais, leva à consideração de que, com o avanço do processo de desemprego, cria-se

uma classe de subempregados, destinados a fomentar a economia informal, sem meios seguros de sobrevivência, de forma a contribuir para seu encaminhamento à criminalidade. Assim apoia-se na expansão do direito penal como solução de todos os problemas de ordem social.

Estruturas políticas ligadas ao poderio econômico e à criação e sustentabilidade de conglomerados multinacionais, em um processo de globalização econômica, criam espaços para sistemas normativos internacionais, que regulam o investimento financeiro e as atividades econômicas, estendendo suas necessidades para a criação de órgãos legislativos e judiciários supranacionais, com uma globalização econômica que se expande para todos os demais setores da sociedade.

Neste cenário o que sempre resta enfraquecido são os direitos sociais e individuais, com os excluídos economicamente tornando-se “associais”, verdadeiros “párias”, em um novo contexto social baseado na economia e na sustentabilidade.

Assim quando surgem novas teorias para sustentar bases sistêmicas que afastam a função social do Estado, em direção ao aproveitamento extremo da sociedade em prol da economia, o comportamento social que se busca impor utiliza, inclusive, de teorias de comunicação como a “espiral do silêncio”, defendendo uma produção de informações voltadas a um retorno à “força da comunicação de massa”, inspiradora da teoria do “estímulo-resposta”, com a suposição fundamental de que a própria opinião pública é consequência da busca de juízos e consensos comuns daqueles que vivem em um determinado grupo social⁶².

Diante do medo, do desprezo, do isolamento, do ridículo e da falta de aceitação, a política que se tenta implantar busca que os integrantes da sociedade encontrem recompensas no conformismo e na repressão a quaisquer posições antagônicas a este juízo de valor.

Neste contexto surge uma pressão constante para que os integrantes da sociedade acolham e compartilhem uma mesma opinião, em acordos sociais – dogmas e costumes – que deveriam ser expostos publicamente quando o tema discutido aparecer, em uma verdadeira busca do estabelecimento de uma opinião pública favorável ao interesse dos economicamente e politicamente dominantes.

É sob a égide desta crise que se estabelece a discussão sobre a flexisegurança.

62 KUNCZIK, pp. 332 e ss.

Referências

AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en derecho penal*. Madrid: Editorial Edersa, 1999

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. *Direito, poder e opressão*. 3.ed. Ciência do direito. Biblioteca alfa-omega de ciências sociais, v.1. São Paulo: Alfa-ômega, 1990.

ALEXY, Robert. *Problemas de la teoria del discurso*. Atas do “Congreso Internacional de Filosofia”, Córdoba: Universidade de Córdoba, 1988.

_____. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Buenos Aires: Doxa, 1988.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade imprensa e tutela penal da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

BARRETO, Vicente. “Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito”. In: *Revista de Direito Administrativo*, volume 203 – janeiro/março, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

BINDING, Carlo. *Compendio de diritto penale – parte generale*, tradução de Adelmo Borettini, Roma: Atheneum, 1927.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. *La imputación objetiva -. Teorias actuales em el Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. “Direitos Humanos e Direito Penal: limites da intervenção estatal no Estado Democrático de Direito”. In: *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)*, São Paulo: Editora Método, 2001.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7ª edição, tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *Teorías Actuales em el Derecho Pena – 75º Aniversario del Código Penal*. Buenos Ayres: Ad-Hoc S.R.L., 1998,

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Poder Constituinte*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Editora Max Limonad Ltda., 1984

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, Casa Editorial Bosh, trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

J.J. Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional - 5ª. ed.*, Coimbra: Almedina, 1991.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos (Universidad Autónoma de Madrid), Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1996

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal- Parte general; fundamentos y teoria de la imputación*. Tradução Joaquim Cuello Contreras, José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 44 e ss;

KUNCZIK, Michael. *Manual de Comunicação - Conceitos de jornalismo – norte e sul*. Tradução Rafael Varela JR. São Paulo: Edusp Editora da Universidade de São Paulo, 2002,

LARENZ, Karl. *Derecho Civil parte general*, tradução Miguel Izquierdo y Macías-Picave, Madrid: Ed. Edersa, 1978.

Liszt, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Tradução e comentários de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1995.

MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1994.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, t. IV, 2ª. edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 4ª ed., 1990.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, São Paulo: Editora Saraiva, 2.002.

PEREIRA, Claudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais – tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PEREIRA, Guilherme Döring Cunha. *Liberdade e responsabilidade dos meios de comunicação*. São Paulo: RT, 2002.

PÉREZ ALVAREZ, Fernando. *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*. Barcelona: Práxis, 1991.

PETERMANN, Rolf. *Conceito jurídico de constituição econômica*. Dissertação de mestrado, Biblioteca de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo: Editoração do autor, 1990.

PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.003.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, traduções de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma e Ana Isabel de Figueiredo, 3ª. edição, Lisboa: Vega Universidade/Direito e Ciência Jurídica, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciência jurídico-penal alemana*. Tradução de Manuel Cancio Meliá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colômbia: Universidade Externado de Colombia, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, José Maria Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 11ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

_____. (coord.). *Processo Penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

; COSTA, José de Faria (coord.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____; MIRANDA, Jorge (coordenação) *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Lisboa/São Paulo: Editora Almedina, 2ª edição, 2009.

SUSSEKIND, ARNALDO L., *Direito Constitucional do Trabalho*, Editora Renovar, 2ª edição, 2001.

WEITNGARRTNER NETO, Jayme. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa – uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

WELZEL, Hanz. *Derecho Penal alemán*. 11ª edição, tradução de Juan Bustos Ramirez y S. Yáñez, Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1976

O Príncipe do Século XXI: Substância da Ordem Pública no Sistema Normativo Brasileiro

Joana Loureiro¹

Resumo: Este artigo tem como objetivo resgatar a base filosófica constitutiva do conceito normativo presente na Constituição Federal e no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941 denominado de “ordem pública”, que hoje é um dos elementos autorizadores da privação de liberdade do âmbito da ação penal. A pesquisa se utilizou dos métodos histórico e analítico para chegar às bases substanciais do conceito, e, ainda, compreender quais circunstâncias o incorporaram ao ordenamento jurídico brasileiro.

1. Ideias em disputa e segurança pública – problemática inicial de análise

Em razão do momento atual de intensificação de embates conceituais no imaginário brasileiro, muito tem se dedicado nos diversos campos de conhecimento a analisar elementos que são utilizados para a defesa de um ou de outro modelo de sociedade. Mais especificamente no plano do direito processual penal e da criminologia, pode-se afirmar que se vive uma problemática ideológica diante da crise sistêmica da segurança pública, categoria política que não encontra muitos consensos e soluções de fato eficazes para lidar com a questão de maneira coerente com os preceitos fundamentais contidos na Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, observa-se que há uma parcela daqueles que se debruçam sobre a temática da segurança pública defendendo a aplicação de medidas mais severas para a sua garantia, como o reforço do aparato policial, a vigilância mais ostensiva de localidades que, em tese, o crime teria mais condições de se mani-

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

festar, e o encarceramento em massa como medida de contenção de indivíduos que estariam prejudicando o funcionamento adequado da sociedade.

Diante da perspectiva de combate ao crime através do aparato punitivo, também se vislumbra que essas medidas estão justificadas na defesa de uma “ordem pública”, que acaba por estar intimamente ligada à ideia de segurança nesse imaginário. O termo em destaque, em igual sentido, está presente no Código de Processo Penal de 1941 como um dos elementos autorizadores da decretação de prisão preventiva², medida extrema de limitação da liberdade no curso da ação penal, e também, desde o julgamento do HC 126.292/2016³, passou a ser utilizado também para justificar o cumprimento antecipado de sentença condenatória sem o trânsito em julgado e após a confirmação da condenação em duplo grau de jurisdição.

Ocorre que, caso colocada sobre a esteira de conexão entre os eventos em escala na sociedade, a figura jurídica da ordem pública é justamente um elemento cuja conceituação está em disputa no embate ideológico, representando, em verdade, categoria de grande abrangência, colocando em xeque a precisão das decisões judiciais, cuja fundamentação clara e segura é imprescindível. Assim, pode-se afirmar que o mundo jurídico tem se preocupado em definir com mais concretude esse elemento tão controverso.

Para uma análise e devida compreensão de tal categoria jurídica mascarada pela aparente legalidade, é necessário ir além de uma conceituação linguística, que também poderá se mostrar ineficaz na medida em que outros conceitos também estão em tensão. Deve-se buscar a substância do elemento, investigar a sua estrutura e sua dinâmica, e como ele se apresenta no plano da realidade, ou seja, sua existência objetiva através dos fatos que possibilitaram o seu surgimento enquanto um elemento no campo do direito. Desse modo, pretende-se pesquisar o componente de formação da ordem pública, ou seja, o seu DNA no campo filosófico e histórico, relacionando-o com o processo de formação da sociedade e da jurisdição brasileira.

2 O art. 312 do Código de Processo Penal dispõe que: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. BRASIL. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de outubro de 1941.

3 Julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal que mudou o entendimento da corte, por maioria de votos, passando a autorizar o cumprimento antecipado de sentença condenatória após a confirmação do decidido em segunda instância. BRASIL. STF. HC 126.292. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do STJ. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, Dje nº 100, div. 16/05/2016.

2. A razão de estado em Maquiavel – estágio embrionário da ordem pública

O primeiro pensador a descrever filosoficamente e com precisão o dever de obediência dos súditos ao soberano foi o italiano Niccolò Dei Maquiavel. A sua obra filosófica “O Príncipe” foi responsável por uma noção moderna do que se entende por poder. Sua teoria, que, à época em que surgiu não tinha o condão de ser classificada como ciência política, exprimiu a lógica do que se pode chamar de “razão de estado”, que é a composição de uma verdadeira concepção soberana de Estado-nação, e que vai representar mais tarde a noção de “ordem” para algumas civilizações ocidentais modernas.

A título de breve contextualização, Maquiavel desenvolve seu pensamento acerca do poder político em carta dedicada a Lorenzo de Médici, então governante de Florença no início do século XVI. A obra “O Príncipe” se trata, na verdade, de uma cartilha contendo diversos conselhos e recomendações sobre a forma de como os principados deveriam agir em um momento histórico em que a região da Itália se encontrava enormemente fragmentada, estando apoiada sobre os Estados de Nápoles, Milão, Florença, Veneza e dos estados Papais. Como devoto de suas origens, o autor se preocupou em analisar os erros e acertos dos dominantes locais, buscando assim trazer uma perspectiva de unificação territorial.

A partir de sua análise, Maquiavel irá apontar que o Estado é, fundamentalmente, uma correlação de forças que está alicerçada na dicotomia que há entre o desejo de domínio, por parte dos poderosos, e do desejo de liberdade, por parte do povo que o compõe (o Estado)⁴. Com tal entendimento, o filósofo afirma que é possível determinar a ação política com base no que é útil para manter uma nação unificada.

Com a finalidade de guiar os principados, Maquiavel introduz a noção de “*virtù*”. Os governantes com tal característica seriam aqueles que sabem como agir diante das adversidades, imprimindo a vontade de unificação do Estado em cada ação. Agir com a *virtu* seria, assim, agir com humanidade ou com crueldade, a depender de cada situação colocada⁵, o que justificaria a ideia de repressão por

4 WINTER, Lairton Moacir: A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel. *Revista Tempo de ciência*, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Unioeste, Paraná. p. 117-128, 1º semestre, 2016.

5 Ibidem.

um bem coletivo. Desse modo, haveria violências que restariam plenamente justificadas quando o fim se caracterizasse no bem comum. Nas palavras do autor:

“Deve-se compreender que um príncipe (...) não pode praticar todas aquelas coisas pelas quais os homens são considerados bons, uma vez que, frequentemente, é obrigado, para manter o Estado, a agir contra a fé, contra a caridade, contra a humanidade, contra a religião. (...) nas ações de todos os homens, em especial dos príncipes, onde não existe tribunal a que recorrer, o que importa é o sucesso das mesmas. Procure, pois, um príncipe, vencer e manter o Estado: os meios serão sempre julgados honrosos e por todos louvados.⁶”

Diante de tal análise, percebe-se que as ações do príncipe, na filosofia maquiavélica, são guiadas por um princípio utilitário e desalinhado de uma preocupação moral. Na verdade, a moralidade que contorna todas as ações de um governante é a busca exclusiva da salubridade de uma nação, fato que configura a razão de estado em sua essência máxima. Como um fim ainda maior que qualquer indivíduo, a razão de estado busca a preservação da ordem social através da conservação do Estado, que representa o núcleo dessa força-tarefa.

Também é desenvolvida por Maquiavel a ideia do uso da crueldade pelo príncipe como apenas mais um meio de atingir determinado fim, sendo ela despidida de conotações morais ou éticas e preservando uma natureza meramente utilitária. O autor divide a crueldade de duas formas, sendo estas as “bem utilizadas” e as “mal utilizadas”. No cerne de suas colocações:

“Bem usadas pode-se dizer serem aquelas (se do mal for lícito falar bem) que se fazem instantaneamente pela necessidade do firmar-se [no poder] e, depois, nelas não se insiste, mas sim se as transforma no máximo possível de utilidade para os súditos; mal usadas são aquelas que, mesmo poucas a princípio, com o decorrer do tempo aumentam ao invés de se extinguirem.⁷”

Maquiavel também afirma que o príncipe, ao executar as ações próprias da preservação do Estado, também poderá se valer do uso da mentira como ato de prudência. Isso é explicado através da ideia de que não são todos os homens

6 MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1976.

7 Ibidem.

bons, de maneira que não há razão para cumprir a fé com eles se os interesses de um bem comum estão sob ameaça⁸. Tal forma de agir, contudo, deverá vir acompanhada de grande capacidade do governante de dissimular os seus atos, estabelecendo metas bastante estratégicas e ardilosas.

Apesar dos conceitos de Maquiavel não limitarem as ações do príncipe, há um princípio fundamental que rege a razão de estado: a necessidade de manter uma nação una e soberana. Os artifícios utilizados pelo governante virtuoso, por mais nocivo e agressivo que seja às partes a ele subordinadas, devem visar exclusivamente o bem do próprio povo, o que apenas é possível com a manutenção da salubridade do Estado, sendo o príncipe, portanto, zelador dessa missão.

Toda essa concepção dá uma forma até então não visualizada de um Estado, algo completamente impensado até então, como se este fosse um ser com sua própria autonomia, sendo guiado pelos seus próprios interesses, que seriam o bem comum, guiando assim todos aqueles regidos por ele rumo à sobrevivência⁹. De igual modo, o príncipe, com suas qualidades virtuosas que assim o tornam soberano, age sem restrições no que tange realizar a manutenção do poder do Estado.

É importante dizer, no mesmo sentido, que o uso da força é imprescindível à tarefa de guiar o Estado. Isso porque se tratava de um contexto em que os territórios se encontravam em constante ameaça de invasão externa, alertando assim o filósofo italiano que o príncipe não deve ter outro pensamento ou tomar qualquer outra atitude senão a própria guerra e a sua organização e disciplina¹⁰. Segue afirmando que aquele governante que se preocupar mais com delicadezas do que com as armas inevitavelmente virão a cair. Está aí conservada, portanto, na razão de Estado, o embrião de uma maneira de governar militarizada, onde a segurança interna a partir da força assume enorme importância.

Retrospectivamente, pode-se afirmar que as ideias trazidas por Maquiavel – sua razão de estado e sua forma de organização – foram fundamentais para a constituição de um Estado soberano nacional. Para que, no universo da Europa, fragmentado outrora por feudos, houvesse uma unificação em grandes porções territoriais, seria necessário que se instaurasse um domínio político específico e

8 GONÇALVES, Eugênio Mattioli: Princípios da Razão de Estado em *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel. *Revista Filogênese (Unesp)*, São Paulo, Vol. 3, nº 1, p. 7-14, 2010.

9 *Ibidem*.

10 MAQUIAVEL, N., *Loc. cit.*

regido pelas ideias da preservação de um bem geral. Assim nascem, no primeiro momento, diversas nações como a França, Espanha, Portugal, e, já nos séculos XIX e XX, Alemanha e Itália.

Desse modo, resta compreendida a primeira substância da ordem pública: quando se fala nessa fundamentação jurídica, está se remetendo a um elemento essencial de constituição da forma política do Estado territorial, que é também o poder de um soberano, que irá se traduzir na expressão conhecida como “razão de estado”.

3. O jurista da ordem pública

No início do século XX, o cenário europeu foi marcado por um período entre-guerras e de enorme instabilidade política. Mais especificamente no contexto dos Estados mais recentes como Alemanha e Itália, um clima de enorme insatisfação popular e descrença no poder dos então governantes estava instaurado em decorrência das consequências da I Guerra Mundial. O Tratado de Versalhes impôs uma série de medidas drásticas e perda de territórios importantes dos perdedores da guerra e passou a representar uma possibilidade real de fragmentação de tais territórios, ainda sem uma forte consistência.

Na Alemanha do período entre-guerras, a recém-estabelecida República de Weimar passa por enormes crises econômicas e sociais, em que a inflação atingiu durante um único ano 28.000%¹¹. Na Itália, a mesma falência financeira se acirrou, bem como se instaurou uma clara instabilidade nos territórios há pouco tempo unificados. O pessimismo e uma forte reação ao modelo de Estado estabelecido se incorporaram não apenas nas massas como no pensamento filosófico daquele momento.

Um forte expoente desse conjunto de contradições no contexto alemão foi o jurista Carl Schmitt, com suas contribuições para a ciência política alemã que, resgatando a noção maquiavélica de razão de estado, desenvolveu o que ficou conhecido como uma “garantia da ordem pública”, que se tornou figura de suma importância no contexto do século XX e mais tarde incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro.

11 ALVES, A. D.; DE OLIVEIRA, M. A. C. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 105, pp. 225-276, jul./dez 2012, p. 248.

A obra do filósofo e jurista Carl Schmitt teve sua trajetória marcada por uma polêmica sucumbência à ideia de supremacia ariana, geradora do maior genocídio do século XX. Apesar de inicialmente contrário ao partido nacional-socialista alemão, a sua filosofia serviu de maneira bastante conveniente às ideias propagadas pelo nazismo e para a instauração de um dos grandes pilares do autoritarismo de Hitler: o estado de exceção.

Em contraposição ao modelo liberal adotado pelos Estados europeus modernos de bases iluministas, Carl Schmitt defendia a adoção de um Estado pensado de maneira completamente diversa. Já no período pré-weimariano, o jurista e filósofo negava as concepções do constitucionalismo desenvolvido ao final do século XIX, bem como da noção de um direito meramente positivo defendido por Kelsen. Na sua visão, haveria uma autonomia do direito, sendo a força do Estado (externa ao direito) necessária para mediar a relação com os indivíduos. Nesse sentido, já nos primeiros escritos schmittianos pode ser encontrada a concepção de uma ordem estatal autoritária responsável por castrar a soberania individual para a devida aplicação da norma¹².

No início dos anos 20, Schmitt desenvolve as obras *A Ditadura* e *Teologia Política*, tecendo as suas teses acerca da exceção, que dão verdadeira concretude ao seu pensamento e que marcará sua trajetória dali em diante. Tais obras encontram suas raízes em autores contrarrevolucionários e que justificavam o uso da força por um Estado racional e disciplinado, sendo um deles nada menos que Maquiavel, precursor do desenvolvimento conceitual de um soberano autoritário.

Em sua obra “A Ditadura”, Schmitt realiza análise sobre o termo que, segundo sua avaliação, é tratado de maneira confusa pelos poucos livros até então existentes. De acordo com sua filosofia, o fato de toda ditadura conter necessariamente uma exceção não quer dizer que seja uma negação de uma norma qualquer, mas sim de uma norma cuja dominação deve ser assegurada na realidade político-histórica¹³. Nesse sentido, seria possível visualizar a essência da ditadura: possibilitar uma separação entre as normas de direito e as normas de realização do direito. Partindo dessa lógica, a ditadura viria então como supressora de uma situação jurídica, pois domina um procedimento que está comprometido com o sucesso de um resultado concreto, eliminando, portanto, o direito que se opõe à

12 Ibid. p. 233.

13 Ibid. p. 235.

realização de tal fim¹⁴. Schmitt termina sua análise da essência da ditadura afirmando que todo ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura latente ou intermitente, deixando claro que as suas noções em muito se assimilam com a de um Estado que justifica suas ações pelos fins a que se destinam.

Além de analisar a própria essência da ditadura, Carl Schmitt faz sua relação com o Estado, afirmando que a sua existência é concomitante com a do direito, pois é com ela que se atinge o que é buscado com um ordenamento político, mesmo que em oposição às normas que o constituem. De acordo com o seu pensamento, o direito é um meio para qual o fim é existir em sociedade, mas, caso não se mostre capaz de lidar com situações limítrofes, deve-se empregar a força e fazer o que for preciso para resguardar o Estado e a própria vida social¹⁵. Como exemplo, a guerra contra um inimigo externo e a repressão de uma desordem interna não seriam uma exceção, mas caso normal em que o Estado usa da força para atingir sua natureza finalística.

Schmitt entende, portanto, que a ditadura é justificável, pois tem o papel de realizar o direito, mesmo que o ignorando. Nesse paradoxo, é possível encontrar aquilo que incorpora a ditadura ao sistema normativo: seu fim real não representa uma ruptura com o sistema jurídico. A autoridade suprema surge, nesse caso, como aquela em condições de suspender o direito e assim instaurar a ditadura, permitindo assim uma exceção concreta.

Na sua obra *Teologia Política* Schmitt aponta que o estado de exceção seria o grande problema da filosofia contemporânea, constituindo tarefa essencial dos juristas alemães realizarem sua incorporação ao sistema normativo¹⁶. De acordo com o filósofo italiano Agambem, a incorporação de tal conceito à ordem jurídica foi um momento de enorme ruptura no século XX, em que a exceção se torna prática de governo. Nas suas palavras: “Um dos caracteres essenciais do estado de exceção, - a abolição provisória da distinção entre poder legislativo, executivo e judiciário-, mostra sua tendência a transformar-se em uma prática durável de governo” (AGAMBEN, G., 2004, p. 47 *apud* BIGNOTTO, N., 2008).

14 SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999, pp. 26-27 *apud* Ibid. p. 235.

15 Ibid. p. 240.

16 BIGNOTTO, N. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion – Revista de Filosofia*. Belo Horizonte, vol. 49, nº.118, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007>. Acesso em 06 mai. 2019.

Em seguida, ainda na mesma obra de Carl Schmitt, nos deparamos com a polêmica frase, que muito lembra os ensinamentos de Maquiavel em “O Príncipe”: “Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção”¹⁷. Tal soberania seria concebida a partir de um viés teológico, ou seja, como o soberano teria atributos similares aos de Deus. Sendo assim, faz uma clara analogia ao milagre bíblico, incorporando em carne e osso o próprio papel do Estado e detendo o poder de garantia de ordem, assim como um ente superior que dá origem ao mundo¹⁸.

Ao desenvolver a noção de estado de exceção, o autor alemão também tem a preocupação em desenvolver sua utilidade. Para ele, o estado de exceção se caracterizaria como tudo aquilo que não é normal aos sistemas jurídicos, sendo estes incapazes de dar sentido àquilo que é novo. Desse modo, a constituição de um estado de exceção não se bastaria na criação de meros institutos jurídicos dentro da norma preexistente, como a decretação de estado de sítio ou estado de emergência constitucionalmente previstos, mas sim a um sentido ontológico de atuação, sem limitações, não advindo, portanto, da norma abstrata¹⁹. Evidentemente, há um enorme esvaziamento do sentido político do Estado ao não estabelecer um espaço de decisão autônomo.

Quando defende a decisão provinda de uma excepcionalidade além do sistema normativo, Schmitt necessariamente se opõe às ideias liberais modernas que limitariam a atuação do Estado pela norma jurídica válida. Seu argumento é de que nenhuma lei pode conferir validade por si própria, sendo insustentável diante de situações limítrofes. Para que isso fosse possível, deveria existir um sistema de valores incontroversos entre as pessoas, o que, para ele, seria impossível (o que muito lembra a justificativa do uso da força em Maquiavel).

Mais adiante no desenvolver de sua filosofia, Carl Schmitt realiza outra importante obra que ia ao encontro com as concepções autoritárias de sua época, qual seja *O Conceito do Político*. É nesse momento em que realiza a associação entre decisão sobre estado de exceção e decisão sobre o inimigo, tornando

17 SCHMITT, Carl. Teologia política. In: AGUILAR, Héctor Orestes (org.). *Carl Schmitt: teólogo de lo político*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 23 *apud* ALVES, A. D.; DE OLIVEIRA, M. A. C. Loc. cit. p. 239.

18 ALVES, A. D.; DE OLIVEIRA, M. A. C. Loc. cit. p. 238.

19 *Ibidem*. p. 239.

possível uma ordem eficaz. É nesse momento, também, que se define em seu pensamento a noção adversarial, tanto trabalhada em suas obras.

Sua conceituação do que é o político se inicia defendendo que se trata do fundamento do Estado, mas não se limitando a ser a sua definição por natureza²⁰. Para Schmitt, o Estado engloba uma série de categorias não-políticas [sic], tais como a religião, os aspectos culturais, econômicos, jurídicos e científicos, não havendo como banalizar a noção de política, estendendo-a a toda a sociedade e impedindo uma atuação clara do ente estatal.

Na sua concepção, o que de fato define o político é a duplicidade amigo-inimigo, pois, como conceito amplo, seria o próprio definidor da constituição das nações. Assim, o inimigo não seria necessariamente um adversário privado, mas uma ideia pública a ser combatida pelo Estado, que é aquele que terá o condão de decidir sobre o que declarar a guerra²¹. A noção de ordem pública é muito bem incorporada à concepção “amigo-inimigo”, eis que, de acordo com as suas ideias, o inimigo do Estado é aquele contra o qual se pode travar uma guerra com o fim do extermínio.

Com a ascensão do nazismo como sistema político dominante, Schmitt aos poucos se integra como importante pensador do regime autoritário (inicialmente era contrário ao regime). Não se pode afirmar que sua obra foi central no que diz respeito aos horrores provocados pela filosofia dominante, mas não há como separar sua trajetória daquele momento histórico. Em outras palavras, as ideias de Carl Schmitt foram condizentes com as de sua época, deixando rastros que servem de importante análise para compreender uma ordem inteiramente autoritária.

Sobretudo, seu pensamento ajuda a compreensão das noções de um estado de exceção e na ideia de inimigo público, sendo ele interno ou externo. Tais ideias justificam o que mais tarde, junto com as noções desenvolvidas por Manzini, foram incorporadas ao direito processual penal brasileiro, e que até hoje prevalecem como a filosofia que guia as decisões judiciais centradas numa repressão e desconfiança em grupos de indivíduos específicos aos olhos do Estado.

20 SCHMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

21 Ibid. p. 51.

4. Francisco Campos e a subsunção da ordem pública no sistema normativo brasileiro

“De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. **Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.** O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios normativos com que, sob o influxo de um mal compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.²²”

É através do conjunto de ideias exposto acima que Francisco Campos, ministro do Estado Novo de Getúlio Vargas, justifica a criação do Código de Processo Penal de 1941. Suas contribuições não se limitaram apenas a essa matéria; redigiu também o Código Penal de 1942 e a Constituição de novembro de 1937, sendo o jurista mineiro importante figura de um cenário político brasileiro marcado pela concentração do poder em torno da figura de um soberano.

Seguindo a tradição preconizada por Carl Schmitt, Francisco Campos propunha uma recomposição jurídica e estrutural do Estado, que àquela época se organizava em torno de um sistema oligárquico de poder difuso. As reformas

22 BRASIL. *Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341. Grifos de nossa autoria.

pretendidas pelo jurista encontraram uma justificativa bastante conveniente: a ameaça do comunismo materializada pelo levante de 1935 e a enorme instabilidade política que permeava um mundo às vésperas da Segunda Guerra Mundial.

O modelo apresentado por Campos tratou de incorporar ao Estado brasileiro toda a substância da razão de estado, que fez parte da formação dos estados territoriais e mais tarde da unidade política pretendida pelos estados fascistas. Em síntese, sua teorização incorporou ao sistema jurídico brasileiro pela primeira vez o que se chama nos dias atuais de “ordem pública”, que contém em sua essência a vontade de um soberano que ordena aos seus súditos.

Conforme os estudos dos discursos do jurista mineiro indicam, haveria uma discrepância entre a essência de uma democracia e a ideia de unidade nacional pretendida. Mais especificamente, existiria uma tensão entre ambas as maneiras de organização que foram por ele trabalhadas durante a sua carreira. Se por um lado a democracia estabelecida continha em si um espírito regionalista, separatista e individualista, supostamente guiados por um ideal de igualdade e liberdade, Campos defendia a necessidade de conservar e concentrar a autoridade de modo a buscar por um espírito nacional que trouxesse harmonia; para ele, esse seria o verdadeiro espírito democrático²³.

Seguindo essa linha de raciocínio, Campos faz distinção entre os modelos de democracia que estariam ligados a formação da República brasileira. Afirmava que a transição do Império para a República gerou um enfraquecimento da unidade nacional em virtude da recepção da doutrina democrática norte-americana de Thomas Jefferson, que se baseava na ideia de total liberdade das colônias recém-libertas da metrópole inglesa. Restaria, para o jurista, estancar o desenvolvimento de tal concepção de irresponsabilidade nacional.

Para lidar com a problemática existente em torno das concepções de democracia estabelecidas no contexto brasileiro, Francisco Campos propõe a solução em torno do “governo dos legistas”²⁴, em que haveria um constante esforço em construir o texto legal dos textos legislativos de acordo com as variações e transformações do organismo político visando corrigir vícios e excessos do temperamento democrático.

23 DOS SANTOS, R. D. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Revista Dados*, vol. 50, nº2, pp. 281-323, 2006.

24 *Ibidem*.

Tal posicionamento explica o alinhamento do jurista à política presente na Primeira República, onde duras experiências foram promovidas nos governos militares. As alterações no controle ou na dinâmica do poder deveriam se legitimar, de uma maneira ou outra, pela Constituição, do mesmo modo que a interpretação constitucional se orientaria por uma “inspiração nacional”, oposta aos “conflitos democráticos”.

Para Campos, também faltaria à República brasileira um cimento social capaz de provocar a unidade nacional em virtude da existência de um presidencialismo fraco, que estaria condenado à dissolução por apostar em um idealismo constitucional. De acordo com o pensador:

“A autoridade constitucional do poder central, insuficiente e mal delimitada, está sujeita a exercer-se violentamente contra os princípios legais da autonomia. De sorte que a nação, para defender as suas prerrogativas, começa a abandonar a constituição escrita, praticando infidelidades contra a letra e o espírito dos seus textos. E é o que acontece: num país em transformação acelerada, formando o seu caráter, e uma constituição morta, que nasceu inadaptável às condições orgânicas da nação (CAMPOS, F. 1940b [1914] p. 9 *apud* DOS SANTOS, R. D., 2006).”

Desse modo, estava compreendido que uma Constituição nos parâmetros liberais seria incapaz de lidar de maneira segura com situações de exceção, estando à mercê da constante violação pela prática parlamentar, sendo, para o jurista, uma receita para o desastre. Campos, alinhado com pensadores como Euclides da Cunha e Alberto Torres, defendia uma sociabilidade capaz de dar atenção aos problemas concretos de um país nascente, agregando a opinião pública em torno de um verdadeiro programa nacional.

A solução proposta para Campos para vencer o idealismo constitucional existente na República brasileira se debruçou sobre a criação de um processo de construção de uma opinião pública nacionalista. Seguindo a mesma linha, o papel político dos juristas de conformação hermenêutica constitucional seria completado por uma unidade e estado emocional de mobilização, capaz de gerar uma verdadeira experiência nacional. Para o jurista, as soluções se dariam através de quatro âmbitos:

“(…) a educação coletiva do povo pelas experiências nacionais; a mobilização das instituições pela força espontânea das massas populares;

a compreensão e o exercício de um desígnio coletivo, que arraste a nação a experiências proveitosas, com que possa corrigir ou orientar a sua opinião; a liberdade dos órgãos operatórios da soberania nacional pela libertação e pela educação do voto”²⁵.

Sendo assim, o espírito nacional deveria ser criado com a devida mobilização das massas. Sua preocupação republicana seria a de recuperar a unidade e a autoridade do Estado visando combater facções partidárias e a desagregações promovidas pelo federalismo. Nas suas palavras, “o futuro da democracia depende do futuro da autoridade (CAMPOS, F. 1940b [1914] p. 12 *apud* DOS SANTOS, R. D., 2006)”, sendo o núcleo do seu conceito de democracia a construção da unidade nacional. De igual modo, a população se tornaria sensível à autoridade política, vinculando-se posteriormente à obediência das leis.

Fica claro que o direito, no sistema proposto, teria uma função centralizadora em contraste com uma democracia individualista (que seria tida como localismo interesseiro). Campos, em todo o seu discurso, sustenta o sentido funcional e político do direito como estabilizador e desenvolvidor da ordem social, agregando a sociedade (bem como seus interesses econômicos) ao Estado. Tais seriam as concepções geradoras de um Estado enquanto verdadeiro organismo²⁶.

Do mesmo modo, o jurista mineiro tratou de expressar ao longo de sua obra o papel das virtudes da experiência de um líder, do estadista. Isso significa dizer que sua ideia de unidade nacional dependia necessariamente da construção de uma autoridade nacional que guie a população em torno do projeto a ser desenvolvido. Essa autoridade teria sido herdada, para Campos, do Império, sendo necessária para combater os excessos da democracia. Sendo assim, a República pede para a sua construção o resgate do passado para que não se torne despotismo ou anarquia.

O conjunto dessas ideias, conforme explicitado anteriormente, termina por conceber a razão de estado, sendo incorporada à realidade através das reformas legislativas trazidas pelo jurista. Tratando-se especialmente do Código de Processo Penal, vigente desde 1941, a ordem pública presente no texto da legislação, nos moldes do que já foi estudado, carrega o espírito do pensamento de um Estado orgânico e unitário, em que um soberano é encarregado de guiar

25 Ibid.

26 Ibid.

a nação e buscar um bem comum não muito bem delimitado, mas, àquela época, traduzido como o “caminho para a modernidade”²⁷

Já no que diz respeito aos efeitos práticos do espírito normativo da ordem pública, no momento em que esta foi concebida tratou de justificar a perseguição varguista a indivíduos considerados nocivos a essa nova sociedade que se buscava. Foi um momento de bastante dureza a grupos específicos já historicamente estigmatizados, bem como de alinhamento ideológico aos estados fascistas, que foram responsáveis por enormes atentados à humanidade enquanto existiram.

Não como surpresa, Francisco Campos também foi responsável por redigir o Ato Institucional que deu origem ao período ditatorial de 1964: o AI-1. Tal momento histórico, responsável por enormes atrocidades na sociedade brasileira, seguiu a mesma orientação política concebida anteriormente no Código de Processo Penal e manteve o espírito normativo da ordem pública.

5. Conclusão – conceituação da ordem pública como fenômeno social

O trabalho de abstração de um conceito como a ordem pública e a sua expressividade no atual momento mostram que não se trata de um fenômeno meramente instrumental no sentido de aplicação das regras jurídicas, mas sim de verdadeiro elemento substancial do processo penal brasileiro.

Pode-se afirmar que a ordem pública e seus primeiros sinais de substância surgem no momento em que os Estados territoriais se constituíram e necessitaram impor a soberania dos governantes às populações até então dispersas. A ordem num primeiro momento é o modo de organização de uma nova dinâmica de relação entre uma estrutura responsável por englobar diversas camadas da sociedade, traduzindo-se na ideologia da formação da soberania das nações. A investigação da maneira como a ordem pública passou a existir é, portanto, a história de formação dos Estados modernos.

As ideias trazidas por Maquiavel com a sua razão de estado e sua forma de organização em sua mais aclamada obra *O Príncipe* foram fundamentais para a cons-

27 Ibid.

tuição de um Estado soberano nacional. O universo da Europa, outrora fragmentado por feudos, pouco a pouco passou a se juntar em enormes porções territoriais com elementos de junção bastante sólidos. Houve, para tanto, a necessidade de um domínio político específico e regido pelas ideias da preservação de um bem geral.

Há, portanto um caráter político da ordem pública. Quando se fala decretar a prisão de alguém para a garantia da ordem pública, sem que as pessoas saibam, elas estão remetendo a um elemento de constituição dessa forma política do estado territorial. A partir de um ponto de vista, o poder do príncipe, que se traduz nesta expressão: razão de estado.

Esse preceito filosófico, que Carl Schmitt e Francisco Campos resgataram após séculos de história, tem uma ligação direta com o processo penal brasileiro. Ainda que se afirme que os longos períodos de ditaduras militares e de um forte autoritarismo façam parte do passado e a Constituição Cidadã de 1988 persista por quase 30 anos; ainda que se diga que o novo sucede o antigo, o que acontece com as ideias? No da história das ideias, estas não se sucedem e a sucedida desaparece. Elas ficam, e aquela ideia aparentemente arquivada, mas num determinado momento de intranquilidade social, crise econômica e ameaça ao modelo econômico vigente, o que pode acontecer? Como se resgassem um arquivo no almoxarifado, ela volta.

Quando tal ideia retorna, vem para tranquilizar as pessoas com o medo. Ela não traz a ordem pública sem a razão do estado, sem o seu elemento autoritário – vem inteira destruidora, e fazendo aquilo que sempre fez: encarcerando as populações historicamente oprimidas: os negros, as mulheres, os pobres, os dissidentes; vem decretando prisões sem fundamentação e sem justificação; vem cerceando a liberdade a partir da ideia de que é necessário conter as massas para que não se possa questionar a legitimidade do príncipe.

A ordem pública está em Maquiavel não porque ele a criou. Maquiavel observou um fenômeno e designou esse fenômeno, deu a ele uma denominação. O filósofo disse: para controlar em determinados momentos uma área com pessoas, o emprego da força deve ser legitimado. O mesmo está em Francisco Campos: o jurista não incorporou um conceito completamente novo ao direito processual penal – a ideia de contenção de massas, de inimigo público e de uso irrestrito da força com a finalidade defensiva do soberano talvez seja tão antiga quanto a própria história brasileira.

Feitas as observações, pode-se perceber que ao compreender a ordem pública em seu DNA, a presente pesquisa termina com a seguinte questão, e que pode servir de objeto a futuras análises: a quem serve esse elemento? De tanto ser mencionado por representantes específicos da organização social-estatal, o que exatamente se está tentando preservar quando se defende a manutenção de tal conceito? Sobretudo, pensando em uma sociedade que se pretende democrática, com justiça social e garantias fundamentais a todos, o conceito filosófico apresentado é compatível com esse tipo de organização? Responder a essas questões, ainda que a nível apenas individual, pode ser de enorme importância para compreender o enfrentamento de subjetividade vivido em tempos tão sombrios.

Referências

AGUILAR, Héctor Orestes (Org.). *Carl Schmitt - teólogo de la política: prólogo e selection de textos*. México: Fondo de Cultura, 2001.

ALVES, A. D; DE OLIVEIRA, M. A. C. Carl Schmitt: um teórico da exceção sob o estado de exceção. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte: n. 105, pp. 225-276, jul./dez 2012.

BIGNOTTO, N. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. *Kriterion – Revista de Filosofia*. Belo Horizonte: vol. 49, nº.118, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200007>. Acesso em 21 nov. 2017.

BRASIL. *Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 341.

_____. Decreto-Lei nº 3689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília: 24 de outubro de 1941.

_____. STF. HC 126.292. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC nº 313.021 do STJ. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, Dje nº 100, Brasília: 2016.

DOS SANTOS, R. D. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Revista Dados*, vol. 50, nº2, pp. 281-323, 2006.

GONÇALVES, Eugênio Mattioli: Princípios da Razão de Estado em *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel. *Revista Filogênese (Unesp)*, São Paulo: Vol. 3, nº 1, p. 7-14, 2010.

MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. Tradução de Roberto Grassi. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1976.

SCHMITT, Carl. *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de clases proletaria*. Tradução de José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999.

_____. *O Conceito do Político*. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

WINTER, Lairton Moacir: *A concepção de Estado e de poder político em Maquiavel*. *Revista Tempo de ciência*, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Unioeste, Paraná: p. 117-128, 1º semestre, 2016.

As Falhas Institucionais para a Concretização da Participação Popular na Constituição de 1988: Origens do Déficit Democrático Atual

Gabriela Shizue Soares de Araujo¹

Sumário: Introdução. 1. A insuficiência da participação popular na redemocratização e seus reflexos na Constituição de 1988. 2. A ausência da participação popular como fator determinante do *Déficit Democrático* no Brasil pós Constituição de 88. 3. A participação popular almejada: igualdade, liberdade, pluralidade em todas as esferas institucionais e sociais. 4. Considerações Finais.

Palavras-chave: Democracia. Participação popular. Crise institucional. Déficit Democrático.

Introdução

Desde as manifestações que ficaram conhecidas como as “Jornadas de Junho de 2013”, ficou evidente o descrédito crescente da população brasileira em suas instituições democráticas, enquanto as redes sociais, cada vez mais, foram assumindo o espaço do debate público sobre absolutamente todos os assuntos.

Um espaço anárquico e ao mesmo tempo controlado pelos algoritmos e bolhas identitárias virtuais, e um dos responsáveis pela bipolarização da sociedade entre “antipetistas” e “anti-antipetistas”, “comunistas” e “fascistas”, “mortadelas” e “coxinhas”, “vermelhos” e “amarelos”, consolidada definitivamente nas Eleições de 2014 e posteriormente nas manifestações pró e contra o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff.

O acesso à internet, às redes sociais e aos *smartphones*, que se tornou praticamente universal, - muito em razão da política de democratização do consumo

¹ Advogada. Doutoranda e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); professora e coordenadora da Extensão da Escola Paulista de Direito (EPD).

promovida pelos governos petistas -, se, de um lado, representou a conquista da cidadania para boa parte da população, promovendo o acesso à informação e a conteúdos didáticos relevantíssimos, além da comunicação veloz a preços módicos, por outro lado, paradoxalmente, sujeitou essas mesmas pessoas à desinformação e à manipulação de correlações de forças econômicas e políticas obscuras.

As eleições de 2018, com a profusão de *fakes news* e de trocas de insultos e ataques de todos os lados, baseados em afetos, preconceitos, medo e ódio, foi apenas o ápice de um processo de desdemocratização que vem acontecendo ao longo dos anos, e cujas origens se remetem à própria fundação da Constituição de 1988.

Embora tenha consolidado em seu texto um amplo rol de direitos e liberdades civis, políticas e sociais, o texto constitucional falhou em garantir uma esfera pública de debate institucional que contribuísse para a formação de uma consciência cívica e democrática na população brasileira.

O que se pretende demonstrar no desenvolvimento do presente artigo, portanto, é que a alternância entre o modelo representativo e a participação popular direta faz-se fundamental para a compreensão das regras do jogo e da importância da política na vida do cidadão comum.

Como se verá no primeiro capítulo, a educação para a política, por meio da ampliação da participação popular, trata-se de uma premissa fundamental para a formação de qualquer democracia que se pretenda sólida e perene, mas torna-se especialmente imprescindível em um país como o Brasil, de origem colonial e monarquista e de baixíssima vivência democrática.

Desde a proclamação da República, em 1889, até a Constituição de 1988, o período republicano foi permeado por golpes de Estado alternados com simulacros de democracia, em que a maioria da população não participava sequer do processo de escolha de seus representantes, quanto menos era estimulada a participar diretamente das tomadas de decisão e da formação da vontade popular na condução do Estado.

O último desses golpes, em 1964, resultou em uma ditadura militar que se prolongou por longos 21 (vinte e um) anos.

A conquista da redemocratização, portanto, deveria ter sido sucedida de um esforço institucional em se incluir o maior número de partícipes no processo democrático, ou seja, de se educar o povo brasileiro para a democracia, depois de séculos de apatia política.

Infelizmente, e conforme será exposto no segundo capítulo do presente artigo, não foi o que aconteceu. Nas últimas três décadas, noventa e nove emendas foram realizadas na Constituição, sem qualquer consulta popular prévia ou posterior. Dos quatro presidentes eleitos diretamente pelo povo brasileiro, dois sofreram processo de impeachment parlamentar – mais uma vez, sem qualquer consulta popular. E os instrumentos de participação popular previstos no texto constitucional caíram praticamente em desuso – plebiscito e referendo são nomes estranhos para a maioria daqueles que não frequentaram os bancos das Faculdades de Direito.

Sem experiência democrática anterior, a maior conquista do povo brasileiro com a Constituição de 1988, em termos de inclusão política, foi o sufrágio universal, por meio de voto direto e secreto, e periodicamente – a cada quatro anos, em nível nacional, estadual e municipal.

Isso significa somente a participação na escolha dos representantes que passarão a tomar decisões em nome dos seus eleitores, mas sem qualquer controle social ou fidelidade programática dos eleitos com suas bases – já que não há previsão constitucional para tanto.

Ora, não há como desenvolver o apreço à democracia, sem que se tenha a oportunidade de realmente vivenciá-la e de se apropriar de seus valores mais caros – e isso não apenas na escolha da representação política, mas também na formação de todos os colegiados e instituições que tenham influência na vida em sociedade.

Nesse sentido, igualdade, liberdade, pluralidade e democracia social serão os temas do terceiro capítulo.

Sob o ponto de vista da participação popular, a proposta deste artigo é, em suma, proceder a uma análise crítica do desenho institucional brasileiro, desde as suas origens, com reflexões que possam contribuir para a diminuição do abissal *déficit* democrático enfrentado pelo país na atualidade.

1. A insuficiência da participação popular na redemocratização e seus reflexos na Constituição de 1988

Desde a proclamação da República, em 1889, e até o que se chama de “redemocratização”, em 1988, portanto no decorrer de apenas um século, não se pode

dizer que o Brasil viveu uma democracia em sua acepção plena, se não simulacros de democracia, sempre alternados por golpes e ditaduras civis e militares.

O último período de ditadura no país, aliás, durou mais de duas décadas e foi aquele que antecedeu a promulgação da Constituição de 1988, chamada por muitos de “Constituição Cidadã”, não apenas por ter devolvido os direitos e liberdades civis e políticas que haviam sido suprimidos do povo brasileiro, mas também por ter consolidado em seu texto um imenso rol de direitos sociais e fundamentais, quase que de forma exaustiva, em comparação aos tratados de direitos humanos internacionais contemporâneos.

No entanto, apesar de sua riqueza programática, e a despeito de se ter argumentado à época que a Constituição resultou de uma composição de diversos atores da sociedade brasileira, a verdade é que faltou um debate mais ampliado e talvez tempo suficiente para se envolver o povo, de fato, em sua construção.

A ditadura militar acabou em uma transição pacífica acordada entre aqueles que desejavam a liberdade e os seus opressores, estes últimos já desgastados por uma forte crise econômica, pressões internacionais em razão dos excessos e das torturas mundialmente conhecidos, conjugados com as mobilizações estudantis e, principalmente, sindicais, contrárias ao regime e de alto impacto na opinião pública.

Não houve uma revolução popular massiva capaz de derrubar à força o governo ilegítimo, assim como, durante a maior parte dos vinte e um anos do violento regime militar, a oposição foi encampada praticamente de forma suicida por estudantes, intelectuais, artistas, políticos e um reduzido estrato da sociedade, em número inversamente proporcional à violência com que foi perseguida e reprimida pelo aparato militar estatal. O exercício das liberdades políticas e da cidadania ativa foi substituído por censura, opressão, prisão, tortura e morte.

Foi, portanto, a adesão da classe trabalhadora no fim dos anos 70 que deu real corpo à oposição ao regime militar, embora estivesse muito mais bem organizada em torno do ressurgimento do sindicalismo e dos movimentos grevistas que protestavam contra o arrocho salarial e clamavam por melhores condições de trabalho do que preocupada com a luta por liberdades civis e políticas em si.

Ocorre que, por um longo período, o regime ditatorial contou com a apatia da maior parte da população brasileira, uma vez que, até aquele momento de nossa história, ainda não haviam sido dados ao povo brasileiro os recursos necessários ou a vivência mínima para o desenvolvimento de consciência e engajamento

cívico na defesa dos valores democráticos, especialmente se considerarmos que as mulheres somente passaram a votar em par de igualdade com os homens a partir de 1946, em uma conjuntura político-jurídica sem sufrágio universal e de forte influência do coronelismo oligárquico patriarcal herdado dos tempos de colônia.

Em verdade, até a promulgação da atual Constituição, em 1988, e durante todo o período republicano anterior, negros, mulheres e pobres ficavam à margem de qualquer simulacro de processo eleitoral que houvesse, e, portanto, participar ou não do processo de escolha de seus representantes não era algo que tivesse grande relevância em suas vidas.

A eleição indireta do civil Tancredo Neves, em 1985, marcaria o fim do regime militar, permeado de tensões e do receio de que os militares não cumprissem com a sua parte no acordo de transição para a democracia, notadamente após a morte de Tancredo, às vésperas da posse.

Esse açodamento em se consolidar de vez a democracia, ainda sob a sombra dos militares recém derrotados, mas ainda empoderados de suas armas e protegidos por uma “anistia ampla, geral e irrestrita”, talvez, tenha prejudicado um processo deliberativo mais aberto, com a inclusão de todas as forças políticas no próprio processo de formação da Assembleia Constituinte. Para tanto, teria sido necessário um certo tempo de maturação, ainda mais se consideramos a falta de experiência democrática brasileira à época, como já referido anteriormente.

Tivemos uma Assembleia Constituinte composta por mentes brilhantes e um texto redigido pelos melhores juristas do país, e não se pode dizer que não se intencionou ampliar o máximo possível o debate e o pluralismo de representantes partícipes desse processo.

Contudo, não tivemos deliberações nos municípios, discussões, devoluções de texto, enfim, entendimento popular sobre cada um dos dispositivos que seriam incluídos na Constituição Federal. Tampouco houve consulta popular para referendar o texto final aprovado.

É nesse aspecto que permanece tão atual e ainda premente a insistência de Hannah Arendt, lá em meados do século XX, pelo sistema distrital, pela formação de Conselhos, pela municipalização dos debates políticos para a manutenção de uma democracia perene e duradoura.

A redemocratização do país concretizada pela Constituição de 1988 merece, desta forma, crítica semelhante à realizada por ARENDT (2011, p. 297) com rela-

ção à Revolução Americana, uma vez que a luta pela conquista da liberdade para o povo não perseverou também na luta pela conquista de um espaço público para o exercício dessa liberdade: “ (...) apenas os representantes do povo, e não o próprio povo, tinham oportunidade de se engajar naquelas atividades de expressar, discutir e decidir que, em sentido positivo, são as atividades próprias da liberdade”.

Portanto, não é exagero dizer que, com a formação do Poder Constituinte Originário, o “poder de dominação do Estado” - emprestando-se aqui os termos de Jellinek² - instaurou-se antes mesmo que se pudesse explorar de forma concreta o “poder de associação” das classes populares que por tanto tempo se subjugaram a uma ditadura opressora.

ARENDT³ (2011, p.192) também tecia severas críticas às Constituições europeias redigidas por especialistas no pós-Primeira Guerra, as quais, sem participação efetiva popular, “como se uma Constituição fosse um pudim que se faz com uma receita”, preocuparam-se apenas na salvaguarda das liberdades civis, em estabelecer limites para o poder do Estado, mas deixaram de se preocupar com a garantia de um espaço público onde as liberdades conquistadas pudessem ser exercidas.

No pensamento arendtiano, a fundação de uma Constituição coincide com a fundação da liberdade pública, ou seja, não basta libertar o povo oprimido do poder do tirano, mas é necessário garantir o exercício da liberdade como modo político de vida, consubstanciada no direito de todos a ter voz ativa na sociedade, na deliberação e pactuação contínua entre os mais diversos setores, em busca da prosperidade comum.

Nesse sentido, em sua clássica obra “A Democracia na América⁴”, TOQUEVILLE (2005, p.71) já defendia a participação dos cidadãos como um requisito indispensável à longevidade de uma democracia:

“As instituições comunais estão para a liberdade assim como as escolas primárias estão para a ciência: elas a colocam ao alcance do povo, fazem-no provar seu uso tranqüilo e habitam-no a empregá-la. Sem ins-

2 JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

3 ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. 1ª Ed. São Paulo: Cia das Letras, 2011.

4 TOQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes – de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. Vol. 1 – 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Paidéia)

tuições comunais uma nação pode se dotar de um governo livre, mas não possui o espírito da liberdade. Paixões passageiras, interesses de um momento, o acaso das circunstâncias podem lhe dar as formas externas da independência; mas o despotismo reprimido no interior do corpo social cedo ou tarde volta à tona”.

Aliás, vale lembrar que o debate coletivo e a participação ativa dos cidadãos nas questões de interesse comum da sociedade são pressupostos que deram origem à própria democracia como forma de governo, desde a Antiguidade clássica, como bem se extrai dos registros do historiador ateniense Tucídides (460-400 a.C.), ao relatar os valores da democracia direta e da cidadania ativa na Atenas de Péricles: “ (...) olhamos o homem alheio às atividades públicas não como alguém que cuida apenas de seus próprios interesses, mas como um inútil; nós, cidadãos atenienses, decidimos as questões públicas por nós mesmos, ou pelo menos nos esforçamos por compreendê-las claramente, na crença de que não é o debate que é empecilho à ação, e sim o fato de não se estar esclarecido pelo debate antes de chegar a hora da ação”⁵.

Infelizmente, se na própria Constituinte de 88 a participação popular foi insuficiente, o que veio depois foi muito pior. Apesar da opção constitucional pela democracia semidireta - “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”⁶ -, não foram disponibilizados mecanismos eficazes no texto da Constituição que garantissem, na prática, o exercício da cidadania ativa.

E o interessante é que se cria assim um paradoxo: as liberdades civis e políticas tão almejadas foram todas contempladas expressamente no texto constitucional, mas estão sendo flexibilizadas e muitas vezes até rejeitadas por parte da população, justamente porque não foi construído um espaço público de debate em que se pudesse conscientizar os cidadãos da importância desses direitos.

Quando a liberdade pública se torna privilégio de uma minoria, que é o que ocorre hoje com nossa democracia extremamente disfuncional e com o enorme déficit democrático que o sistema eleitoral quase que exclusivamente

5 TUCÍDIDES. História da Guerra do Peloponeso. Trad. Mario Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade Brasília/Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001, p. 155 e 156.

6 Parágrafo único do Art. 1º da CFRB.

representativo gerou, as instituições todas entram em crise e as vozes, que não são ouvidas onde deveriam sê-lo, buscarão naturalmente espaços alternativos.

Esses espaços alternativos são as redes sociais, a internet, os aplicativos de trocas de mensagens, por meio dos quais as informações são facilmente manipuladas e deturpadas, e onde não se permite a prática do convencimento e da persuasão pelas ideias, como tão valorizado nas origens da democracia, na Antiguidade clássica.

A força motriz dos anárquicos fóruns digitais são as paixões, as emoções, o sentimento identitário que fortalece o agrupamento de pessoas com hábitos e preferências semelhantes, e a transformação de grupos diferentes em inimigos. Uma homogeneização schimitiana que nem Hitler poderia ter imaginado em seus mais ambiciosos delírios.

2. A ausência da participação popular como fator determinante do *Déficit Democrático* no Brasil pós Constituição de 88

A baixa compreensão sobre o funcionamento das instituições estatais, o excesso de burocracia, o afastamento dos cidadãos comuns dos espaços públicos de tomada de decisão, a ausência de *accountability* e de controle social dos mandatos, dentre outros fatores, são patologias da representação que têm colocado em risco não apenas a estabilidade democrática do Brasil, mas que também são responsáveis por fenômenos como o *Brexit*, no Reino Unido, as eleições de Donald Trump, nos Estados Unidos, os coletes amarelos, na França, e a ascensão de uma extrema direita sectária e muito próxima do fascismo, em diversas partes do mundo, inclusive em países de longa tradição democrática.

Ocorre que o modelo exclusivamente representativo, que ganhou força no pós-Guerras na segunda metade do século XX, muito por conta da necessidade de reorganização de comunidades ainda traumatizadas pelo totalitarismo que marcou de forma sombria a história da Europa e da civilização ocidental naquele século, já não atende às demandas das novas gerações nascidas na era tecnológica e cada vez mais interativa do século XXI.

Sempre que se vivencia longos períodos de repressão a liberdades civis e políticas, como ocorreu nos 21 (vinte e um) anos de ditadura militar no Brasil,

é natural que a população, no período imediatamente posterior à reconquista de seus direitos mais primários, atravesse por uma fase de celebração da democracia e da liberdade *per se*.

No entanto, é da natureza do homem, como ser social, o desejo pela liberdade na acepção de liberdade pública, como partícipe ativo das decisões que conduzirão a vida da comunidade na qual está inserido. A contemplação da liberdade, assim, logo passa à exigência do gozo da liberdade plena e à busca por ainda mais democracia.

Eis porque, embora não seja mais possível a utilização exclusiva da democracia direta, como nas pequenas *pólis* gregas da Antiguidade, também não se pode dizer que a democracia exclusivamente representativa seja suficiente. Ambas as formas de exercício de cidadania são requisitos complementares e indispensáveis para a subsistência de qualquer Estado que se queira dizer democrático.

Desde Rousseau, passando por Arendt e Bobbio, até hoje, tem-se consciência de que, quanto mais ampliada e mais descentralizada a participação popular nas esferas de decisão, maior será a segurança conferida à estabilidade das instituições e dos mandatos.

Como já escreveu BOBBIO⁷ (2015, p. 99), a “democracia dos modernos é o Estado no qual a luta contra o abuso de poder é paralelamente travada em duas frentes – contra o poder que parte do alto em nome do poder que vem de baixo, e contra o poder concentrado em nome do poder distribuído”.

Porém, conforme alertado alhures por Montesquieu, “*todo homem que tem poder é levado a abusar dele*”, de modo que mesmo em um sistema político democrático, são necessárias previsões normativas muito rigorosas para controle social dos mandatos representativos e desconcentração do poder exercido pelos representantes eleitos para ocupar as esferas de decisão em nome do povo.

Caso contrário, abre-se espaço para o que vemos hoje no Brasil: o Poder Legislativo, que deveria ser justamente a “Casa do Povo”, vê-se desincumbido de prestar contas de suas ações e se afasta cada vez mais do que deveria ser a expressão da vontade popular.

7 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

O julgamento político do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, em 2016, na Câmara dos Deputados, revelou de forma muito perturbadora os efeitos desse distanciamento entre legisladores e o povo brasileiro: mesmo aqueles cidadãos que apoiavam o *impeachment*, viram-se constrangidos por uma maioria de deputados – desconhecidos de grande parte da população - que urravam no microfone, como *hooligans* descontrolados, seus votos em nome de suas próprias famílias, de Deus, e de diversos outros interesses pessoais, menos em nome do povo que os elegeu e a quem deveriam representar.

É comum, aliás, que os cidadãos se esqueçam, no período de quatro anos entre uma eleição e outra, em quais parlamentares votaram nas Eleições anteriores. No Brasil de origem colonial, e de recentíssima e frágil experiência democrática, a figura de um soberano condutor de seus súditos, típica das monarquias absolutistas, ainda não deu lugar ao poder do povo soberano na consciência popular. Eis porque os representantes do Poder Executivo, em todas as esferas, despertam maior interesse e suas ações causam maior impacto sobre a sociedade brasileira.

Dentro de uma tradição política construída com base em decisões tomadas sem participação popular, em um país de história oligárquica e escravocrata, por mais que a redemocratização tenha ampliado o sufrágio e os direitos políticos, ainda assim, isoladamente, tal medida não foi capaz de educar o povo brasileiro para a cidadania ativa.

Isso se deve a falhas estruturais pontuais do texto constitucional na organização dos poderes e instituições democráticas.

Como já apontado anteriormente, previu-se uma ampla gama de direitos fundamentais, mas não se garantiu o gozo e a concretização desses direitos, especialmente aqueles relacionados à prática da cidadania e das liberdades públicas.

Por exemplo, o plebiscito e o referendo⁸, os principais instrumentos de consulta popular previstos no Constituição, e que são amplamente utilizados nas democracias europeias do século XX, entraram em desuso no Brasil, simplesmente porque a prerrogativa para sua convocação é exclusiva do Congresso

8 “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular”. (CFRB/88)

Nacional⁹. E o Congresso Nacional, em 31 anos de vigência da atual Constituição, foi capaz de emendá-la 99 (noventa e nove) vezes, sem qualquer consulta popular prévia ou posterior.

Em “*O Contrato Social*”, publicado originalmente em 1762, ROUSSEAU (2017, p. 107), ao analisar o sistema político da Inglaterra, já denunciava essa tendência do parlamento em desviar sua função de representação da vontade popular e, portanto, colocava como pressuposto do sucesso da democracia representativa a consulta popular:

“A soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ela é mesma ou é outra, não há meio-termo. Os deputados do povo, portanto, não são nem podem ser seus representantes, são apenas comissários; não podem nada concluir definitivamente. Toda lei que o povo em pessoa não ratificou é nula, não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; está muito enganado, pois só o é durante a eleição dos membros do parlamento; tão logo estes são eleitos, ele é escravo, é nada¹⁰”.

No caso brasileiro, em âmbito nacional, houve apenas duas ocasiões em que o povo foi consultado pelo parlamento. A primeira delas, em 1993, já estava prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹ e se tratava da escolha pela forma e sistema de governo que seriam adotados pelo Brasil, a partir da redemocratização, tendo vencido a república presidencialista. A segunda e última vez em que houve consulta popular, em âmbito nacional, foi em 2005, em referendo sobre uma legislação que proibiria a comercialização de armas de fogo no Brasil, tendo essa legislação sido rejeitada.

Ambas as consultas populares realizadas mobilizaram amplamente a sociedade e geraram um profícuo debate, com o envolvimento de diversas entidades e fortalecimento de algumas organizações civis.

9 “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;” (CFRB/88)

10 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

11 “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.” (ADCT)

Da mesma forma, os quatro únicos projetos de lei que se considera como se fossem de iniciativa popular¹², aprovados nas últimas três décadas, também tiveram um efeito mobilizador e de debate público institucional muito importante para o engajamento cívico da população nos assuntos relacionados ao interesse comum e à condução da coisa pública.

Contudo, a irrisória apresentação de projetos de iniciativa popular, em tantos anos, aliada à baixa intensidade de associação política dos cidadãos brasileiros, pode ser atribuída, mais uma vez, às falhas estruturais do próprio texto constitucional.

Para que um projeto de lei de iniciativa popular seja submetido à Câmara dos Deputados, é necessário que ultrapasse óbices burocráticos e atenda a requisitos dificilmente atingíveis, como a sua subscrição por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles¹³.

A ausência de assinatura digital e a dificuldade em se conferir a veracidade de tantas assinaturas, fez com que, mesmo esses quatro projetos de lei que se dizem de iniciativa popular, incluído aí o que resultou na conhecida Lei da Ficha Limpa, tenham sido deflagrados formalmente por parlamentares, que os “adotaram”, e não propriamente pelo trâmite constitucional oficial de um projeto de iniciativa popular.

O sistema proporcional em lista aberta adotado pelo Constituinte de 88, em uma importação mal ajambrada de institutos alienígenas, também é um fator que contribui para o afastamento entre o povo detentor do poder soberano e aqueles que deveriam representa-lo, e explica em parte o “porquê” de muitos dos deputados que bradavam impropérios no processo de *impeachment* não terem sido reconhecidos pelos eleitores brasileiros na cobertura ao vivo promovida pelas principais emissoras de televisão.

Pelo sistema proporcional atual, aplica-se o quociente eleitoral e o quociente partidário para preenchimento de vagas no Legislativo, de forma que

12 Verificar as seguintes leis: Lei n.8930/94 (Projeto de Iniciativa Popular Glória Perez); Lei n.9840/99 (captação de sufrágio); Lei n.11124/2005 (Fundo Nacional para Moradia Popular); Lei Complementar n.135/2010 (Ficha Limpa).

13 Art.61. (...) § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. (CFRB/88)

nem sempre o candidato com maior número de votos será eleito: dependerá muito do partido e, até as Eleições de 2018, dependia também da coligação da qual fizesse parte. Eis a razão de tantas coligações esdrúxulas entre partidos de ideologias distintas e da existência de partidos nânicos “de aluguel”, que só surgiam em época de eleição, dispostos a todos os tipos de alianças, sem qualquer comprometimento programático.

Após a reforma política de 2017, com o fim das coligações nas eleições proporcionais, e o estabelecimento das cláusulas de barreira, algumas das idiossincrasias acima relatadas serão corrigidas, mas ainda assim o eleitor poderá votar em um candidato e eleger outro desconhecido, mesmo que seja do mesmo partido.

Esse tipo de sistema de votação enfraquece os partidos e não permite que os eleitores se reúnam em torno de programas e ideias de construção democrática de um país, privilegiando-se a votação mais em pessoas por suas qualidades individuais do que propriamente em razão de seus projetos – e, mais uma vez, remetemo-nos à tradição oligárquica de escolha de soberanos ou líderes populistas a serem seguidos.

De outra parte, se os partidos fossem obrigados a apresentar listas fechadas de candidatos, a implantação de legislações afirmativas para a igualdade de gênero e a inclusão da diversidade nos espaços de poder seriam muito mais eficazes, evitando-se malabarismos dos caciques partidários, como vem ocorrendo, por exemplo, com a apresentação de candidaturas femininas laranjas “pro forma”, apenas para atendimento da cota de gênero.

A democracia precisa estar presente não apenas no processo de escolha da representação política, mas também dentro das próprias instituições e das entidades que sobre estas orbitam, desde a organização partidária até a formação das diretorias e das tomadas de decisão nas empresas, nos sindicatos, nas escolas etc.

Não é possível exigir entendimento democrático em uma sociedade que não vive a democracia em todas as suas esferas.

3. A participação popular almejada: igualdade, liberdade, pluralidade em todas as esferas institucionais e sociais

A igualdade, ao lado da liberdade, constitui em valor inderrogável de qualquer Estado que se queira democrático. Não há como conformar a vontade

popular de um país plural como o Brasil, sem incluir toda a sua diversidade de cidadãos e cidadãs nos fóruns de decisão, e, sob esse aspecto, a paridade de gênero, raça, e classe sócio-econômica é uma meta a ser alcançada.

Quando se fala da necessidade de participação popular nas esferas públicas de debate, quer-se dizer também da necessidade de inclusão de mulheres, negros, índios, LGBT e pobres no interior do parlamento. É na pluralidade de partícipes que a democracia evolui.

Nesse sentido, tem-se a democracia como um valor, um princípio a ser obedecido por qualquer sociedade civilizada e pacífica, muito mais do que uma simples forma de governo, de modo que a sua vivência deve se espalhar em todas as instituições e espaços da sociedade.

É o que bem justifica BOBBIO (2015, p. 92), ao afirmar que não é possível a sobrevivência de um Estado democrático numa sociedade não democrática, posto que "(...) uma vez conquistada a democracia política, nos damos conta de que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil¹⁴".

Embora reconheça que a participação popular não deva estar restrita ao voto, Bobbio conclui que o índice de desenvolvimento de um Estado democrático, hoje, pode ser medido pelo número de locais, diferentes dos locais políticos, em que se exerce o direito de voto, pressupondo-se, claro, que o sufrágio universal já foi alcançado.

No caso do Brasil, antes de irmos tão longe, na realização do ideal da democracia social, é preciso primeiro que se atinja a democracia na estruturação dos poderes estatais.

A começar pela forma de nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, que hoje se dá por indicação exclusiva do presidente da República, para a ocupação de mandatos vitalícios, o que fere frontalmente o princípio democrático de alternância de poder.

Em democracias mais avançadas, vale destacar, além de estabelecimento de mandatos temporários, as Cortes Constitucionais são formadas com a participação de todos os poderes da República, ou ao menos dos dois poderes eleitos pelo povo, Executivo e Legislativo, de forma equilibrada.

14 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Edipro.

Ademais, são estabelecidos requisitos legais pessoais e profissionais bastante objetivos aos candidatos, permitindo-se a identificação de seu grau de conhecimento jurídico e qualificação técnica para o exercício do cargo, ao contrário dos vagos conceitos de “notório saber jurídico e reputação ilibada” estipulados na Constituição brasileira e da sabatina “pro-forma” realizada por um Senado já conciliado pelos acordos próprios do presidencialismo de coalizão tupiniquim.

Esse presidencialismo de coalizão, insta destacar, aliado ao baixo grau de comprometimento programático do Poder Legislativo, e à ausência de participação popular, e que deu vazão a dois *impeachment* presidenciais durante o curto período de vigência da atual Constituição, também contribui para o descrédito do povo brasileiro nas instituições democráticas e para o seu encantamento com operações policiais-judiciais-midiáticas como a centopéica Lava-Jato, personalizada na figura do comprovadamente parcial ex-juiz de piso e hoje Ministro da Justiça, Sérgio Moro - diretamente beneficiado com o cargo, após ser responsável por tirar o ex-presidente Lula da corrida eleitoral, até então o principal adversário do atual presidente, Jair Bolsonaro, chefe de Moro.

Nesse contexto, importante destacar o papel da mídia de massa no enfraquecimento de nosso modelo democrático.

Se atualmente o foco das preocupações dos cientistas políticos é entender o novo fenômeno da influência da informalidade das redes sociais na propagação de notícias falsas e de movimentos de ódio, especialmente o ódio à política – sentimento que já começou a se voltar também contra qualquer representação institucional, incluindo aí o Poder Judiciário e a própria mídia -, não se pode ignorar que a mídia concentrada de massa por muitas décadas teve o total controle da opinião pública e exerceu esse mesmo papel antidemocrático que as redes sociais, embora de forma mais organizada.

Ocorre que a formação da mídia no Brasil é ainda muito pior do que o modelo pouco democrático de composição do Supremo Tribunal Federal mencionado alhures. Somente cinco grupos familiares ou seus proprietários individuais concentram mais da metade dos veículos de comunicação, bem como figuram entre os mais ricos do país¹⁵ -, colocando o Brasil entre os países de maior concentração e menor democratização de mídia do mundo!

15 Veja os dados da organização Repórter Sem Fronteiras sobre o Brasil aqui <https://rsf.org/en/brazil> e aqui <http://brazil.mom-rsf.org/br/proprietarios/>

Em um país de baixa educação política e pouca vivência democrática como o Brasil, o efeito colateral de tamanha concentração de poder sobre os meios de comunicação parece óbvio: a opinião pública equivale praticamente à opinião publicada, posto que não há filtro para a distinção do que é informação e do que é opinião – ou manipulação.

Desta forma, com a concentração da mídia sob o poder de seletos representantes das mais altas elites econômicas, tem-se a formação de um “quarto poder”, que corre completamente à parte dos mecanismos de freios e contrapesos desenvolvidos desde a concepção do modelo de Separação dos Poderes pensado no século XVII e adotado ainda hoje pelas modernas democracias.

Com esse poder praticamente ilimitado, posto que imprevisto institucionalmente, houve nos últimos anos um esforço concentrado e aberto da mídia monopolizada, principalmente por parte da principal emissora de televisão do país, no desgaste do Partido dos Trabalhadores, em uma aliança promíscua com setores do aparato burocrático judiciário-policial, o que resultou no apoio da opinião pública a prisões – muitas vezes arbitrárias – vexatórias e espetaculosas de políticos ligados ao partido e até mesmo a um impeachment presidencial sem qualquer fundamento constitucional.

A derrogação do voto popular por meio do impeachment presidencial, em 2016, em pouco mais de um ano após o início do mandato da então legitimamente eleita presidente Dilma Rousseff; a prisão e negação de candidatura à presidência ao ex-presidente Lula, então favorito nas pesquisas eleitorais de 2018; a usurpação de poderes perpetrada pelo Poder Judiciário e por órgãos burocráticos estatais, como polícia e Ministério Público, com o suporte iluminista de boa parte dos ministros do Supremo Tribunal Federal; tudo isso teve grande apoio da mídia concentrada de propriedade de cinco conglomerados econômicos e familiares.

Entretanto, qualquer desequilíbrio institucional, mesmo que favoreça momentaneamente os interesses obscuros que levaram à sua provocação, não pode deixar incólume a estabilidade democrática ou escapar de efeitos colaterais deletérios a todos.

Quando o sistema de justiça se desviou de sua função de imparcialidade, reserva e garante dos direitos fundamentais, aliando-se à mídia monopolizada justamente na flexibilização dessas garantias, em busca de holofotes ou para atender às ondas de opinião, no sentido contrário do seu dever essencialmente

contra majoritário, acabou colocando-se na situação de refém da opinião pública e em crescente desmoralização perante ela.

Melhor exemplo disso são as recentes manifestações populares por todo o país em oposição ao Supremo Tribunal Federal, com ataques diretos à sua institucionalidade, insufladas por apoiadores do atual presidente da República. Esse mesmo tribunal que adotou a postura de reproduzir ao vivo e de forma espetacularizada julgamentos de ações penais, expondo assim os réus ao sadismo punitivista das massas, tal qual nos períodos inquisitoriais, e que por muito tempo gozou da aclamação popular em razão das atuações “magistrais” diante das câmeras de TV, hoje se sente ameaçado pela onda de opinião contrária.

Os meios de comunicação tradicionais, por sua vez, já vêm há anos perdendo audiência – especialmente no público mais jovem – para a internet e meios de comunicação alternativos.

Se a mídia monopolizada teve sucesso imediato no desgaste de políticos eleitos como “inimigos”, principalmente políticos ligados à esquerda, por outro lado, não contava com a disseminação de uma aversão a toda a classe política, inclusive aos liberais democratas de sua preferência, derrotados por um partido e um candidato que sequer tiveram tempo de exposição na televisão: praticamente toda a campanha do PSL do atual presidente Jair Bolsonaro foi realizada pelas redes sociais, o que demonstra como os meios de comunicação tradicionais estão perdendo sua credibilidade e o seu domínio até então monopolizado da opinião pública.

Tais efeitos reversos sobre o Judiciário e a mídia concentrada evidenciam como a estabilidade democrática depende do real funcionamento das instituições e da experiência democrática em sua própria conformação, o que pressupõe participação popular, alternância de poder e pluralidade de partícipes.

Não há como exigir educação política de um povo que não participa das esferas públicas de debate e é afastado intencionalmente daqueles que deveriam ser seus representantes, assim como não há como se exigir compreensão do modelo democrático, quando não se vive a democracia em todas as esferas sociais.

A democracia social como experiência de vida e a democracia na estruturação das instituições, abrindo-se para a participação popular, em toda a sua diversidade, são indispensáveis para que se valorize a política e o respeito às regras do jogo – aí entendidas dentro do texto constitucional.

A tolerância à diversidade de opiniões, a educação para a mediação e o consenso, a valorização dos direitos fundamentais, a evolução da consciência cívica e comunitária, dependem diretamente da prática democrática em todos os aspectos da vida em sociedade.

Qualquer lampejo de concentração de poder, ainda que de parte de entes não governamentais, como a mídia, por exemplo, pode ser extremamente nocivo à saúde democrática de um país. Quanto mais quando essa concentração de poder parte de uma instituição formal como o Poder Judiciário.

4. Considerações Finais

Como se pretendeu demonstrar ao longo do presente trabalho, o imenso *déficit* democrático que se observa no Brasil de 2019 resulta diretamente do afastamento intencional em que se colocou o povo das esferas públicas de debate, dando-se vazão à falta de compreensão sobre o funcionamento das instituições e à não apropriação dos valores democráticos.

Ignorou-se uma característica da natureza humana que é a necessidade de gozar a liberdade em sentido público, no sentido de se ter voz e de se ser ouvido nos rumos comunitários e na construção de uma vida em sociedade.

Quando não se dá espaço para essas vozes nos meios institucionais, fica fácil que todo o seu inconformismo seja direcionado para a anarquia das redes sociais e para a vulnerabilidade da desinformação política.

A crise institucional e a subversão da separação de poderes, com o recente protagonismo do Poder Judiciário, em conluio com a mídia concentrada, um quarto poder não previsto por Montesquieu, tem agravado esse quadro de distanciamento do povo brasileiro dos valores democráticos.

É necessário que o Poder Legislativo recupere o seu papel de real representante da vontade popular e que abra espaço para a interação com o eleitor, viabilizando meios de controle social dos mandatos e prestação de contas, em um mundo cada vez mais globalizado e tecnológico.

Em pleno século XXI, não há como se justificar o alijamento da participação popular apenas ao ato de escolha da representação política. Se é verdade que as cidades cresceram demais para comportar as deliberações diretas de todos em

praça pública, é verdade também que as tecnologias avançadas, a internet e as redes sociais permitiram transportar essa praça pública ao mundo virtual.

É preciso que se utilize a tecnologia em favor da evolução da cidadania ativa e da democracia direta, a qual, embora há mais de trinta anos prevista na Constituição, jamais foi explorada dentro de toda a sua potencialidade.

Enquanto as elites e a própria classe política não desenvolverem a compreensão do real significado da democracia, ou seja, participação popular ampla e com a maior pluralidade de partícipes, o Brasil jamais alcançará uma maturidade democrática suficiente que lhe permita ficar a salvo de retrocessos civilizatórios e de novos golpes de Estado.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Cia. das Letras, 2011. BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 13. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FABRE-GOYARD, Simone. *O que é democracia?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: *Collected Papers of John Stuart Mill*. Londres: University of Toronto Press, Routledge and Kegan Paul, 1977, v. XIX. [trad. Bras. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1982].

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SOARES, Alessandro. *A democracia direta no constitucionalismo latino-americano e europeu: análise comparada de Venezuela, Equador, Brasil e Espanha*. São Paulo: Liberars, 2017.

TOQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes – de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução de Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia de François Furet. Vol. I – 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Coleção Paidéia)

TUCÍDIDES. *História da Guerra do Peloponeso*. Trad. Mario Gama Kury. 4. ed. Brasília: Universidade Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2001.

A Constituição de 1988 e o Ativismo Judicial: Propósitos Contrários

Gisele Cittadino¹

O pensamento jurídico brasileiro, se tomarmos a história de boa parte do século XX, é marcadamente positivista e comprometido com a defesa de um sistema de direitos voltado para a garantia da autonomia privada dos cidadãos. Uma cultura jurídica positivista e privatista atravessa não apenas os trabalhos de autores vinculados à área do direito privado, mas também caracteriza a produção teórica de muitos dos nossos publicistas. Em todos estes autores a defesa do sistema de direitos se associa prioritariamente aos direitos civis e políticos e menos à implementação dos direitos econômicos e sociais, inclusive pelo fato de que defendem uma concepção menos participativa do que representativa da democracia.

No final do século passado, há um ponto de inflexão nessa cultura jurídica – influenciado, ao meu ver, pela filosofia política comunitarista – e os constitucionalistas passam a buscar, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurado pela nova Constituição. Recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar, segundo estes autores, para um *constitucionalismo societário e comunitário*, que confere prioridade aos valores da igualdade e da dignidade humanas. A esse respeito, seria difícil encontrar algum constitucionalista brasileiro que não fizesse suas as palavras de José Afonso da Silva (*Curso de Direito Constitucional Positivo*) quando defende o caráter abrangente da Constituição Brasileira: “O constituinte (...) rejeitou a chamada constituição sintética, que é a constituição negativa, porque construtora apenas de liberdade-negativa ou liberdade-impedimento, oposta à autoridade, modelo de constituição que, às vezes, se chama de constituição-garantia (ou constituição-quadro). A função garantia não só foi preservada como até ampliada na nova

1 Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC-Rio. Mestre em Direito (UFSC). Doutora em Ciência Política (IUPERJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. Membro fundador da ABJD.

Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limites. Assumiu o novo texto a característica de constituição-dirigente, enquanto define fins e programa de ação futura...”

Esse constitucionalismo designado como *societário e comunitário* toma a constituição como uma estrutura normativa que envolve um *conjunto de valores*. Há, portanto, uma conexão de sentido entre os valores compartilhados por uma determinada comunidade política e a ordenação jurídica fundamental e suprema representada pela constituição, cujo sentido jurídico, conseqüentemente, só pode ser apreciado em relação à totalidade da vida coletiva.

Os representantes deste constitucionalismo “comunitário” se contrapõem, portanto, à ideia de que a tarefa primordial da constituição é a defesa da autonomia dos indivíduos (e da sociedade) contra um poder público inimigo, através da criação de um sistema fechado de garantias da vida privada. Não há como defender, segundo estes autores, uma tal concepção, de vez que os direitos fundamentais possuem hoje uma dimensão objetiva em função da integração dos indivíduos no processo político comunitário e da ampliação do chamado espaço público. Ao *sistema fechado* de garantias da autonomia privada, eles opõem a ideia de *constituição aberta*, que enfatiza os valores do ambiente sociocultural da comunidade.

Concretizar o sistema de direitos constitucionais, portanto, pressupõe uma atividade interpretativa tanto mais intensa, efetiva e democrática quanto maior for o nível de abertura constitucional existente. Neste sentido, é exatamente porque não se prescreve o regime da aplicabilidade imediata da maioria das normas relativas aos direitos fundamentais que se espera a decisão política da comunidade histórica no sentido de efetivamente participar do grupo de intérpretes da constituição. E não há outra forma de viabilizar esta participação jurídico-política senão através da criação, pelo próprio ordenamento constitucional, de uma série de instrumentos processuais-procedimentais que, utilizados pelo círculo de intérpretes da constituição, possa vir a garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Importa esclarecer que ao definir uma série de institutos processuais asseguradores dos direitos fundamentais, os constitucionalistas “comunitários”, de vez que comprometidos tanto com o ideal da igualdade-dignidade humanas, como com o processo de participação jurídico-política da comunidade, privilegiam menos os procedimentos que reclamam um comportamento negativo do poder público do que aqueles que exigem prestações positivas por parte do Esta-

do. E, aqui também, não poderia ser diferente. Afinal, lutam exatamente contra uma concepção de direitos subjetivos enquanto esfera que demanda proteção contra invasões indevidas por parte da autoridade estatal. Ao invés, conferem prioridade ao *dever de ação* e não ao *dever de abstenção* por parte do Estado.

É precisamente contra este “não fazer” que o constitucionalismo “comunitário” erige determinados instrumentos processuais que possam dar efetividade às normas constitucionais asseguradoras de direitos, especialmente dos direitos sociais, ainda não regulamentadas de forma eficaz. O dever de ação por parte do Estado, portanto, se associa, neste momento, à necessidade de pôr fim à omissão. Ou, de outra forma, controlar as omissões do poder público, seja do Legislativo, seja do Executivo, é a maneira pela qual se garante o dever de prestação.

Para o constitucionalismo “comunitário”, portanto, o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle, por parte da comunidade, das omissões do poder público. E são os institutos processuais destinados a controlar diretamente estas omissões – mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, por exemplo – que viabilizam a participação jurídico-política, garantindo o valor dignidade da pessoa humana.

De outra parte, essa dimensão objetiva do sistema de direitos constitucionais – que será tanto mais efetiva quanto maior for a eficácia normativa da constituição – também depende da operosidade das instituições encarregadas do seu cumprimento. E o Poder Judiciário, na qualidade de último intérprete da Constituição – já que aqui prevalece o sistema jurisdicional de controle da constitucionalidade – tem um papel proeminente. Mais do que isso, não seria exagero afirmar que o constitucionalismo “comunitário” brasileiro defende a figura de um Estado-Juiz, acompanhando, também aqui, o pensamento comunitário na defesa da jurisdição constitucional enquanto regente republicano das liberdades positivas.

Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Cidadã, a expansão do sistema de justiça e um forte ativismo judicial transformaram-se em consequências não previstas de um modelo de constitucionalismo que ignorou nossa cultura política, nossa tradição histórica e confiou em modelos teóricos que acreditam que a força legitimadora da formação democrática da vontade deriva da convergência de concepções éticas assentadas. O constitucionalismo “comunitário” parece ter esquecido o fato de que, diferente do constitucionalismo estadunidense, não temos,

no Brasil, como dar sustentação histórico-cultural a conceitos como “constitucionalismo patriótico”, “patriotismo republicano” ou “republicanismo cívico” – para lembrarmos Bruce Ackerman, Charles Taylor e Ronaldo Dworkin – sem os quais não há como impedir uma expansão do sistema de justiça que viole não apenas as liberdades individuais, mas também a soberania popular.

A história brasileira é marcada por rupturas com a legalidade vigente, por longos anos de autoritarismo, tanto civil, como militar, por violações dos direitos fundamentais, especialmente os das camadas populares, o que nos revela a inexistência de qualquer tipo de integração ética. Tal como assinala Jürgen Habermas ao se referir à história alemã, aqui também não podemos “confiar antropologicamente em nossas próprias tradições”, e ainda precisamos filtrá-las por algum tipo de consciência do pecado. As discontinuidades históricas e a cultura autoritária nos impedem de fazer uso de chaves hermenêuticas incompatíveis com nossas tradições culturais.

É preciso ter claro que nenhum discurso ético tem a capacidade de equilibrar os conflitos de interesses que no Brasil se confrontam. Se lançarmos um rápido olhar sobre nossa sociedade, vamos perceber de imediato, o caráter perverso que o pluralismo social assume entre nós, de vez que ele se caracteriza, antes de mais nada, por profundas divisões sociais. Com efeito, se não podemos caracterizar a sociedade brasileira como congruente e harmônica, tampouco podemos nos referir à Constituição como uma ordem concreta de valores compartilhados por nossa comunidade. Não podemos, como querem os “comunitários”, tomar as normas jurídicas como bens atrativos sobre os quais recaem preferências valorativas. A garantia do sistema de direitos constitucionais, que certamente foi instituído com o objetivo de enfrentar os antagonismos e as divisões provenientes do nosso perverso pluralismo social, só será possível se tomarmos as normas constitucionais em um sentido deontológico, ou seja, tão-somente como comandos que obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção.

Quanto mais analisarmos as normas como “bens preferidos”, mais facilmente o sistema de justiça terá a oportunidade de apresentar-se como o grande e infalível intérprete do nosso ordenamento constitucional, comportando-se como vanguarda iluminista ou regente republicano da soberania popular ou ainda, simplesmente, como um novo ator político autoritário que pretende controlar o poder político a partir da esfera de atuação do Poder Judiciário.

A Constituição Federal assegurou direitos, instituiu mecanismos para sua implementação e ampliou a esfera de atuação do sistema de justiça, contando ainda com uma cidadania juridicamente participativa que lutasse pelo poder de ação do aparelho estatal e por políticas públicas capazes de integrar uma grande parcela do povo brasileiro que historicamente vivia ao largo da sociedade. No entanto, de tudo isso jamais poderá derivar a instituição de um novo ator autoritário, encarnado no sistema de justiça, que pretenda agir como um demiurgo, um artesão divino capaz de interpretar o suposto compromisso ético de uma inexistente comunidade brasileira, definindo seus rumos e criminalizando todos aqueles que se voltarem contra seu projeto político.

Weimar no Sistema Germânico e a Judicialização dos Direitos no Brasil

Breno de Carvalho Monteiro¹

1. Introdução

É inegável que o conceito de constitucionalidade abrange uma ideia fixa e enraizada de formalidades legislativas, advindas da concepção materialista de um Poder Reformador. Neste sentido, é importante ressaltar a relevância do papel do Poder Judiciário dentro de um modelo republicano de sociedade, na construção jurídica evolutiva de um conceito de “controle de constitucionalidade”.

Assim, é o Supremo Tribunal Federal, Corte maior do Poder Judiciário pátrio, o *braço* sistemicamente responsável pelos julgados elucidativos das atualizações de interpretação quanto ao texto constitucional.

O Pretório Excelso, com a evolução dos parâmetros jurisdicionais de civilidade, sempre tendeu a aplicar novas formas de visão acerca do que a norma constitucional tem como objetivo ao delimitar, por exemplo, garantias individuais e coletivas de funcionamento do grupo social.

É fundamental que a regra positivada seja modernizada e melhor moldada para as necessidades momentâneas e futuras de uma sociedade em específico. Isso é o que impulsiona e delimita a mutabilidade da norma, observando sempre uma maior vinculação possível aos princípios que norteiam de forma geral o conceito de Constituição, Lei e Estado.

Este é, também, um desafio constante ao julgador brasileiro. Como tornar o Direito, em especial o Constitucional, uma instituição cada vez mais fluida e “auto moldável”, em contraponto com o que a grande opinião comum enxerga a matéria. A percepção é de um modelo de legislação definido e posto, como um meio imutável de coerção jurídica na relação Estado *vs.* Sociedade.

¹ Pós-graduado e especialista em Direito Penal e Criminologia; Advogado criminalista

O estudo da mutação constitucional nos mostra que tal relação deve ser exatamente o oposto disso. Porém, em se tratando de pilares consolidados, não se deve lançar mão de conquistas jurídicas e sociais, e muito menos pôr quaisquer normas que sejam à disposição de uma interpretação que venha a mitigá-la por completo. Este aspecto é característico de uma sociedade que preza por uma base política moderna e adaptada para o progresso dos direitos a cada fase evolutiva que passa, onde são instituídas lutas e conquistas, que tendem a ser positivadas e regularem o plano jurídico.

A busca pela integração das fontes do Direito é constante, e faz com que nada na sociedade possa ser considerado definitivo.

Destarte, a mutação constitucional advém, também, como uma forma de integração da produção científica dentro da comunidade jurídica como um todo. Pode-se admitir que qualquer forma de conhecimento metodológico dentro do Direito seja um meio de análise da norma em si. Isso faz com que a problemática de eficácia das normas seja constantemente discutida e alvo de uma profunda busca por seu aperfeiçoamento contínuo.

A problemática aqui exposta nos leva também a questionar, de forma abrupta, a possibilidade de maximização exagerada deste referido poder reformador informal do Supremo Tribunal Federal. É o que se define como um processo de “judicialização” do cotidiano social, quando são conferidos poderes *extra materiais* ao Judiciário no que se refere à forma de moldar e interpretar a norma constitucional.

Este fenômeno é perceptível durante todo o curso da história do mundo jurídico. Um exemplo relevante é o controle de constitucionalidade exercido pelos Tribunais na Alemanha nazista, subvertendo preceitos positivados pela Constituição de Weimar (1919). Grandes conquistas sociais perante o Estado serviram como preceitos fáticos que contribuíram com a ascensão ao poder do Terceiro Reich, notadamente o mais autoritário regime de poder na História do mundo.

Este estudo visa, institucionalmente, traçar um parâmetro direto entre as subversões praticadas no âmbito do direito germânico, com a atuação extravagante do Poder Judiciário brasileiro em apostar na maximização da figura dos magistrados a nível nacional, ocasionando, assim, um progressivo caráter de judicialização do cotidiano social e, em especial, a mitigação dos direitos fundamentais.

2. Dos efeitos da mutação constitucional no sistema normativo germânico

2.1. Breve diferenciação entre o papel do Poder Judiciário nos sistemas normativos

Primeiramente, adota-se aqui ressalva para um breve estabelecimento da preponderância do Poder Judiciário para a construção dos Ordenamentos jurídicos baseados no sistema e normas do *common law*.

Adotado por países como Estados Unidos e Inglaterra, este sistema advém historicamente, segundo José Rogério Cruz e Tucci (2004)², de decisões judiciais proferidas pelos rei e juízes, determinando o comando prático a ser seguido em um caso determinado. Sua catalogação se dava, ao longo dos anos, nos *statute books*, considerado um livro de precedentes a ser utilizado pelos juízes e juristas como fonte para a solução dos casos semelhantes futuros.

Esta é uma concepção embrionária do sistema de aplicação de precedentes que acompanhamos hoje nas Cortes Supremas americanas, por exemplo, que ditam todos os parâmetros de repetição de comportamento que devem ser seguidos e replicados pelas mais variadas instâncias de julgamento em casos semelhantes.

Uma característica dos processos submetidos à Suprema Corte dos Estados Unidos é o caráter de repercussão geral auferido por praticamente todos os julgados que por lá passam. Todos eles significam e fazem parte de uma estruturação de normas concebidas, tanto ao Poder Judiciário, como à sociedade civil organizada como um todo.

O *civil law*, por sua vez, carrega pressupostos e aplicabilidade distintos.

Se, em uma perspectiva história, o sistema de *common law* adveio da interferência direta dos interesses da Coroa nos liames jurisdicionais, o modelo romano germânico (*civil law*), notabiliza-se por, desde a sua criação, estabelecer uma relação um pouco mais direta entre povo e norma.

2 TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente Judicial como fonte do direito. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2004.

A organização do direito era a pauta a ser seguida e, desta forma, por volta dos séculos XII e XIII, a época renascentista pela qual passava a Europa Ocidental acabou por privilegiar o sistema de positivação das normas para construção da sociedade, uma vez que “*somente o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso*” (DAVID, 2002, p. 39)³.

Há interferência direta do modelo republicano de sociedade adotado pela grande maioria das nações do Ocidente da Europa (excetuam-se, aqui, os países componentes do Reino Unido, que se submetem ao regime monárquico). O princípio da separação dos poderes em corrente tripartite, basilar da república, impõe que o Estado calque sua organização em uma profunda interligação de seus atos com as suas normas postas.

As normas positivadas passam por uma análise de aplicação que, republicaneamente, concerce aos três poderes instituídos. O Judiciário, nesta temática, é o responsável pelo julgamento e, casuísticamente, aplicação do direito positivo às demandas concretas, servindo também como auxiliar do texto constitucional na condição de seu intérprete e atualizador, conforme os preceitos específicos de cada sociedade.

2.2. A Constituição da República de Weimar e as implicações do *Welfare State* alemão no sistema jurídico

Dentro do liame republicano, é posto o instituto da Mutação Constitucional como a participação direta do Poder Judiciário na produção do conjunto de normas do sistema romano germânico. O constitucionalismo alemão tem grande influência nesta construção, ao consagrar a atuação jurisdicional como parte do processo de aplicação dos direitos.

Há uma tendência histórica a anexar jurisdição e cotidiano social, incisivamente consagrada pela promulgação da Constituição da República de Weimar, no ano de 1919, no que cabe um breve recorte histórico do diploma constitucional.

A Constituição de Weimar foi a responsável por consagrar e, de forma definitiva, positivar constitucionalmente os direitos fundamentais sociais. Representou, perante o sistema judiciário, a crise do Estado Liberal advindo do

3 DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

século XVIII, até sua transformação no Estado Social – celebrado mundialmente durante todo o século XX – e contribuiu para a construção dos primórdios conceituais da social democracia contemporânea, que rege a grande maioria dos Ordenamentos jurídicos ocidentais atuais.

Ainda que tenha sido promulgada dois anos após a Constituição Mexicana, que já trazia previsão de direitos sociais, a de Weimar, na história do Direito, foi notabilizada como precursora do constitucionalismo social, especialmente em razão do fato de “possuir, como característica, a organização e a sistematização de seus preceitos” (PINHEIRO, 2006)⁴.

Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro teceu, em seu estudo, uma profunda análise da característica específica de cada direito social positivado pela Constituição de Weimar, dentre os quais, destaca-se: direito à igualdade (art. 109); igualdade cívica entre homens e mulheres (art. 109, § 1º); direito à nacionalidade (art. 110); liberdade de circulação no território e para fora dele (arts. 111 e 112); direito das minorias de língua estrangeira (art.113); inviolabilidade de domicílio (art. 115); irretroatividade da lei penal (art. 116); sigilo de correspondência e de dados telegráficos ou telefônicos (art. 117); liberdade de manifestação do pensamento (art. 118); vedação à censura, exceto para proteger a juventude e para combater a pornografia e a obscenidade (art. 118, § 1º); proteção ao matrimônio e à família (art. 119); igualdade jurídica entre os cônjuges (art. 119); igualdade entre filhos havidos na constância ou fora do matrimônio (art. 121); liberdade de reunião (art. 123); liberdade de associação (art. 124); direito ao voto secreto (art. 125); direito de petição ao Poder Público (art. 126); igualdade de acesso aos cargos públicos (art. 128); direito adquiridos e reivindicáveis perante o Poder Judiciário, em tema aspirações patrimoniais de servidores públicos e soldados de carreira (art. 129, «caput» e § 3º); liberdade de consciência e crença religiosa (art. 135); separação Estado/Igreja (art. 137); liberdade de associação religiosa (art. 137, § 1º) e liberdade de sindicalização (art. 159).

Os direitos sociais, conquistas históricas da sociedade transportadas ao campo jurídico, demandaram certo aprimoramento da atuação jurisdicional, a fim de que pudessem ser efetivados.

4 PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1192, 06 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9014>>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

A forma com o qual esta evolução se deu é notabilizada por trazer à baila, irremediavelmente, o aumento direto das prerrogativas dos indivíduos julgadores como proteção ao seu exercício laboral. Não há ordenamento jurídico que esteja em constante evolução e que não readeque seus parâmetros de limitações com o próprio sistema normativo.

Com efeito, mesmo advindo no sentido de conferir garantias processuais às partes e até aos próprios acusados no processo penal, a Constituição de Weimar acabou demandando uma maior integração entre norma e sujeito julgador.

Esta integração foi possível, ao longo dos tempos, com os diversos procedimentos, tanto expressos quanto tácitos, de interpretação dos direitos postos pelo texto constitucional. É de suma importância, dentro de um Ordenamento inaugurado, que as normas já postas antes da promulgação de nova Carta Magna, se mantenham em parâmetros compatíveis com o exercício efetivo da jurisdição.

O estabelecimento desta proximidade entre interpretação e aplicação dos direitos sociais é o que fundamenta a evolução do instituto da mutação constitucional dentro do sistema jurídico alemão.

A suprema corte do sistema germânico é denominada Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (em alemão: *Bundesverfassungsgericht*; ou *BVerfG*). Assim como no Brasil, a Corte é responsável pela interpretação normativa dos preceitos constitucionais. Exerce a atualização dos direitos positivados pela Constituição alemã – denominada Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ou, em alemão, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* –, promulgada em 1949 em razão da revitalização da “Grande Alemanha”, em cacos após a Segunda Guerra Mundial e a derrocada política do regime nazista.

Ou seja, em uma perspectiva histórica, a Constituição de Weimar é a penúltima em vigor na Alemanha. Permaneceu vigendo durante todo o Terceiro Reich, entre os anos de 1933 e 1945. Com a subversão do *welfare state* em sua versão germânica, o Estado nazista acabou por, literalmente, aparelhar todos os braços da República a fim de ascender ao poder.

O Judiciário alemão não fugiu desta regra. O *BVerfG* era, a assim dizer, um dos principais meios para efetivação do arbítrio de poder em face dos povos oprimidos na Alemanha durante as décadas de 30 e 40.

A instituição de entendimentos jurisprudenciais favoráveis à imposição e, principalmente, a manutenção do sistema, advindo interpretações completamente distorcidas da realidade constitucional posta pela Carta Magna da época, foi marcante.

É de se registrar o papel desempenhado pela suprema corte, ao subverter a ordem posta pela Constituição de Weimar, mitigando e, em certos casos, praticamente revogando por completo direitos previstos quatorze anos antes pelo texto constitucional.

A título de exemplo histórico, os já citados direito à nacionalidade (art. 110) e direito das minorias de língua estrangeira (art.113). A interpretação conferida pelo Poder Judiciário a estes dois direitos fundamentais positivados pela Constituição precursora do estado de socialdemocracia, inverteu a sua motivação.

O direito à nacionalidade, elevado a patamares que desafiaram a própria existência da dignidade humana serviu como fundamento para ações antisemitas que devastaram os povos perseguidos pelo regime. O controle da opinião popular era muito bem exercido pelo comando do regime, de modo que a divulgação das pautas por parte da mídia – diga-se, também controlada pelo *Reich* – acabou destinando-se a evidenciar a imagem dos componentes dos poderes do Estado, onde se incluem os magistrados.

O Poder Judiciário, portanto, não era independente. Muito pelo contrário, era parte da dominação, braço forte da opressão e um dos mantenedores do sistema que subjugou os direitos na Alemanha. Muito disso se deve à mitigação dos próprios direitos fundamentais conferidos pela Constituição de Weimar, através da mutação constitucional material.

Transpondo este raciocínio para o Ordenamento Jurídico brasileiro, há notável semelhança. Em se tratando de sistemas normativos baseados em pilares semelhantes (Estado; República; Separação dos poderes; *Civil Law*; Controle de constitucionalidade pela Suprema Corte), os ordenamentos tendem a seguir tendências parecidas.

É neste íterim que incorre o Brasil atualmente para a supervalorização da figura do Poder Judiciário dentro da sociedade, ocasionando em mitigação de direitos e o desencadeamento de um contínuo processo de judicialização do cotidiano social, como no capítulo a seguir será definido.

3. Estado democrático de direito(s) e o caráter de judicialização da sociedade brasileira

Não é fruto do acaso o surgimento do Estado Democrático de Direito. Ele é resultado de uma evolução histórica iniciada ainda no século XVIII, partindo dos pressupostos dos pensamentos iluministas, cujas ideias propagadas ousaram desafiar o autoritarismo impregnado desde a Idade Média, através da defesa de direitos individuais e inalienáveis para todos os seres humanos. Contudo, a consolidação definitiva de tais ideias só ocorreu a partir da redemocratização das repúblicas europeias após a II Guerra Mundial.

O que antes era conhecido apenas como Estado de Direito, ou ainda, Estado Legislativo de Direito, não foi o suficiente para garantir os direitos individuais – principalmente os de minorias – diante dos Estados totalitários brasileiros da primeira metade do século XX. Os princípios fundamentais onde se arvoravam muitas das garantias individuais não passavam de mera retórica, visto não terem nenhum valor normativo. Dessa forma, o Estado Legislativo de Direito pode usar da própria legislação, em total ressonância com o princípio da legalidade, para castrar indivíduos de seus direitos.

Para evitar o retorno à barbárie que o Estado Legislativo de Direito não foi capaz de impedir, insurgiu-se, então, o Estado Democrático de Direito.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli⁵ diferencia os dois modelos de Estado de Direito introduzindo os conceitos de *garantismo* e *democracia substancial*. Para o *jus* filósofo, o que garante a superioridade ética dos Estados Democráticos de Direito é que estes:

“Incorporam, nos níveis normativos superiores, limites não somente formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. O termo ‘Estado de direito’ é aqui empregado no segundo destes dois significados; e neste sentido é sinônimo de ‘garantismo’. Designa, por esse motivo, não simplesmente um ‘Estado legal’ ou ‘regulado pelas leis’, mas um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado: a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está em subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas

5 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 687-688.

de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes (...); b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.”

Não obstante, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso⁶, o “*Estado Democrático de Direito também é conhecido como Estado Constitucional de Direitos*”. Essa nomenclatura nos dá uma orientação sobre onde devemos buscar as normas capazes de efetivar a democracia: nas Leis Maiores.

Desta forma, se faz claro. Em uma democracia que se pretenda popular, como o sistema pretensamente protegido por nosso ordenamento, é a Constituição que deve reger os procedimentos de formação do Estado e de definição direta dos direitos, como suas aplicações e suas próprias eficácias a partir da previsão positivada.

Os reflexos de uma subversão dessa ordem no seio da sociedade não passam despercebidos. Muito pelo contrário, podem ser enxergados com facilidade no dia-a-dia, uma vez que diretamente afetos a essa temática.

Conforme muito bem nos leciona o autor Carlos Henrique Ramos⁷:

“O direito e a teoria da Constituição não passariam imunes a esse quadro de intensas e profundas transformações. O fenômeno da globalização aprofunda a crise dos tradicionais paradigmas e categorias do direito moderno construídas ao longo da história. Os conceitos-chave que sempre formaram o arcabouço teórico do direito constitucional, como o próprio conceito de Estado e de soberania, passam a nos mostrar insuficientes para enquadrar a nova realidade, marcada pelo pluralismo jurídico e pelo esgotamento do Estado-Nação, que não mais detém o monopólio do direito.” (RAMOS, 2013, p. 34)

6 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

7 RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional – Constituição e Identidade Constitucional Evolutiva*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

Com efeito, não deveria o texto constitucional, além do Poder Constituinte Originário, submeter-se a mitigações dos direitos – em especial, os “fundamentais”, cláusulas pétreas – nos quais positiva conquistas sociais adquiridas, resultados de um longo período de debate entre sociedade e Estado.

A se pensar a partir de uma leitura sobre as diversas composições pelas quais passou o Supremo Tribunal Federal a partir de 2001, é possível tecer diversas hipóteses acerca dos reflexos dos entendimentos produzidos pela Corte no seio da sociedade civil organizada.

Estes reflexos têm interferência no padrão de comportamento da própria Corte.

O *site* Nexo Jornal produziu um profundo estudo⁸, no qual demonstra a tendência “natural” de ocorrer unanimidade nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em Plenário (incluem-se, neste raciocínio, as ADI’s, que visam julgar incidentes de inconstitucionalidade).

Segundo o estudo, o Ministro Marco Aurélio representaria, sozinho, 12% dos casos de divergência de todo o resto dos componentes da Corte. Dos demais julgamentos, 71,5% seriam unânimes. Ou seja, em praticamente três quartos dos julgamentos ocorridos no mais alto escalão do Poder Judiciário brasileiro, nenhum dos outros nove ministros julgadores ousaram divergir do posicionamento apresentado pelo ministro relator do caso.

Este é mais um reflexo da expoente exacerbação da figura dos componentes do Poder Judiciário, infringindo, assim, para a tendência de judicialização do cotidiano social. O ato de divergir de um colega de Tribunal em um julgamento, a despeito de toda a independência funcional conferida pelo sistema para que os julgadores exerçam seu livre arbítrio de jurisdição, por muitas vezes é mitigado em razão da política de “boa vizinhança”. A soberba e a vaidade impregnadas no Poder Judiciário impedem que os julgamentos contemplem a completude das teses levadas aos tribunais. Isto resulta, portanto, em um altíssimo índice de convergência entre os tantos julgadores a nível nacional, não estando o STF, de nenhuma forma, imune a isso.

8 (Disponível em <https://www.nexojornal.com.br/especial/2017/03/21/Como-os-ministros-do-Supremo-se-aproximam-ou-se-distanciam-entre-si-de-acordo-com-suas-decis%C3%B5es>. Acesso em 01 de maio de 2017).

E “a vaidade é um princípio de corrupção”, já disse Machado de Assis⁹.

O antigo Presidente da Suprema Corte, Ministro Ricardo Lewandowski, em declarações públicas, sustentou que “estamos no século do Poder Judiciário”. Ele analisou que, numa concepção histórica evolutiva, os dois séculos passados teriam sido, respectivamente, dos poderes Legislativo e Executivo, enquanto que o século XXI notabiliza-se por conferir uma maior relevância social ao Judiciário.

Para basear sua afirmação, se utiliza da premissa de que “a Constituição de 1988 escancarou as portas do Judiciário para a sociedade. Não bastasse isso, a nossa Carta Magna é uma das mais generosas do mundo, em que todos os direitos estão amplamente contemplados”¹⁰.

Em que pese a Constituição de 1988 ser, de fato, um diploma essencialmente progressista e garantista de direitos, não há como se deixar de se observar com o fenômeno ocorrido no sistema alemão, após a Constituição de Weimar. Estabelecendo uma relação direta entre aplicação de direitos e aumento de prerrogativas de poderes dos membros do Judiciário, este pensamento nos induz a crer que, em razão do ordenamento constitucional pós Ditadura Militar ter sido caracterizado por privilegiar o Direito positivado, somos automaticamente compelidos a conviver com a judicialização contínua do cotidiano social, uma vez que seria “muito difícil” para o Judiciário conciliar a aplicação dos direitos sem subvertê-los em seus próprios paradigmas.

A subversão dos direitos – sobretudo as cláusulas pétreas – à interpretação mitigada do Supremo é um risco que nunca está inerte de existir. Um exemplo deste fenômeno é a recente deliberação em reputar como aplicável a execução da pena em segunda instância, no âmbito criminal

A deliberação acerca desta possibilidade restou aberta com o julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP¹¹, no Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão ficou assim ementado:

9 Fala de Bentinho, personagem-narrador da obra “Dom Casmurro” (ASSIS, Machado de), datada do ano de 1899.

10 (Disponível em <http://amatra4.org.br/77-noticias/730-estamos-no-seculo-do-poder-judiciario-afirma-ministro-lewandowski-na-abertura-do-17-conamat>. Acesso em 01 de maio de 2017).

11 Julgado em 02 de novembro de 2009. Relator o Ministro Teori Zavascki.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Ainda este que não tenha sido um entendimento colegiado unânime – pelo contrário, a aceitação da hipótese se deu em um panorama de seis votos a cinco –, já vem sendo amplamente aplicado pelos Tribunais do país. A presunção de inocência, ou “*não culpabilidade*”, foi mitigada em praticamente sua plenitude, a despeito do que prevê o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República¹², pretensa cláusula pétrea do Ordenamento jurídico, em tese, completamente defesas à mitigação pelo controle de constitucionalidade difuso.

Sobre esse aspecto, valiosa a lição de RAMOS:

“A previsão de um extenso elenco de direitos fundamentais na Constituição, os quais foram elevados à categoria de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV) e prevista sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º), além da consagração da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV) e da previsão de inúmeros remédios constitucionais (aspecto processual da fundamentalidade), reforçaram a já mencionada cultura de tutela de tais direitos, e geraram uma verdadeira elevação institucional do Poder Judiciário entre nós, que teve sua independência fortalecida.” (RAMOS, 2013, p. 68)

Este entendimento, fora da comunidade jurídica, encontrou grande respaldo da sociedade civil organizada. Ainda que tenha significado uma subversão da ordem constitucional dentro do processo penal, a população, com pouco contato com o conhecimento técnico jurídico, vibrou com a possibilidade aberta pela jurisprudência do STF. Este fenômeno não é de difícil compreensão se

12 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória

analisados os efeitos que a atuação do Poder Judiciário causa na massa do grupo social, em especial fomentado pelos materiais vinculados pela mídia jornalística. A supervalorização de imagens de membros do “jogo” judiciário (em especial, membros do Ministério Público e Magistratura), estabelecendo uma relação de “salvamento” entre sociedade e autoridades, contribui especificamente para que o cotidiano social se veja, cada vez mais, judicializado.

Isso significa dizer que, a cada arbitrariedade do Poder Judiciário convalidada pela opinião popular, a sociedade penetra em uma cova de judicialização do seu dia-a-dia, conferindo mais poderes a entes públicos que têm como pressuposto de existência a garantia dos direitos, e não sua subversão.

A análise feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski é uma prova concreta deste fenômeno. Não é raro que o Poder Judiciário, no que se refere a políticas públicas, seja visto como titular de sua execução, quando, em realidade, dentro do modelo republicano, seria a última *ratio* de debate.

Contudo, não é difícil também que se compreenda o porquê da recente tendência da sociedade civil organizada de exacerbação da figura de membros do Poder Judiciário.

Guardadas as devidas proporções e as diferenças claras entre os regimes jurídicos e momentos sociais vividos pelos dois países, esta falsa representação remete exatamente ao período do Terceiro *Reich*, que neste trabalho de aduz.

A mídia, assim como na época a que se faz referência, tem papel fundamental nessa distorção da realidade. Estabelece uma relação de vítima e herói entre sociedade e Magistrados, dando margem e deixando à mercê do Poder Judiciário a subversão dos direitos. O STF, em óbvio, não está inerte a ser – por assim dizer – infectado por esta tendência, o que leva à mitigação de direitos através de uma mutação constitucional extravagante, como é o caso do princípio da presunção de inocência e o *Habeas Corpus* 126.292/SP.

Isto porque, como o sistema de normas perante a socialização dos direitos é de **modulação** precípua do Poder Judiciário, o complexo social do modelo republicano se vira em muito aos olhos da judicialização dos chamados “eventos sociais”. O instituto da mutação constitucional é parâmetro direto de observância deste fenômeno, já que a mutação ocorre intrinsecamente à norma positivada. A conferência de força às vezes supra constitucional, a assim dizer, ao Poder Judiciário ocorre, então, *de dentro para dentro* e *de fora para dentro*, uma vez que os anseios

exprimidos pela sociedade exercem total influência a todos os três poderes da República brasileira, tornando o sistema judiciário, cada vez mais, um modelo autoritário e distante dos preceitos instituídos pela Constituição de 1988.

4. Conclusão

O estudo aqui exposto tende mais a propor uma reflexão do que sugerir uma resolução, em si. A forma com a qual encaramos a aplicação dos direitos e a efetividade da prestação jurisdicional diz muito sobre a maturidade democrática de uma sociedade, e estabelece objetivos civilizatórios em longo prazo.

Durante toda sua trajetória de vida, Fernando Tristão Fernandes prezou por se contrapor frontalmente ao exercício arbitrário do poder. Demonstrando altivez e coragem, encarou um regime ditatorial que governou o país por mais de duas décadas. O século XXI trouxe consigo novas formas de exercício do arbítrio, o que exige renovação dos métodos de resistência.

E nisso, o mestre Fernando Tristão Fernandes possui experiência, afinal, são mais de seis décadas ininterruptas resistindo.

Referências

RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação Constitucional – Constituição e Identidade Constitucional Evolutiva*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BULOS, Uadi Lammego. *Mutação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – Lições de Filosofia do Direito*; compilado por Nelson Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. 1ª ed. São Paulo: Ícone, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. *STF e Mutação Constitucional – A Ampliação dos Poderes da Suprema Corte por suas Próprias Decisões*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DURÃO, Rodrigo. *Mutação constitucional – Conceito histórico e evolução*. Disponível em: <https://duraorodrigo.jusbrasil.com.br/artigos/154636521/mutacao-constitucional-conceito-historico-e-evolucao>. Acesso em: 25 de novembro de 2016.

Mapa – Memória da Administração Pública Brasileira. *Casa de Suplicação do Brasil*. Disponível em: <http://linux.an.gov.br/mapa/?p=2832>. Acesso em: 26 de novembro de 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 2004.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução por Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9014/a-constituicao-de-weimar-e-os-direitos-fundamentais-sociais/3>. Acesso em: 06 de maio de 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2002.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CENCI, Ana Righi. BEDIN, Gabriel de Lima. FISCHER, Ricardo Santi. *Do Liberalismo ao Intervencionismo: O Estado como protagonista da (des)regulação econômica*. ABDConst. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista5/cenci.pdf>. Acesso em 08 de maio de 2017.

Nexo Jornal. *Qual é o grau de discordância entre os ministros do Supremo*. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/especial/2017/03/21/Como-os-ministros-do-Supremo-se-aproximam-ou-se-distanciam-entre-si-de-acordo-com-suas-decis%C3%B5es>. Acesso em 07 de maio de 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3ª ed. Malheiros Editores. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. LIMA, Mar-tonio Mont'Alverne Barreto. *A nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/perspectiva_stf_controle_difuso. Acesso em 06 de maio de 2017.

SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. BEÇAK, Rubens. *Hermenêutica Jurídica*. XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/5911f6p7/0c8W647Dd4tTkR2j.pdf>. Acesso em 07 de maio de 2017.

Síndrome de *Burnout* no Mundo do Trabalho Contemporâneo

Wagner Gusmão Reis Junior¹

É um fato público, notório, reconhecido por todos e vivenciado por muitos o fenômeno da intensificação da competitividade no mercado de trabalho. A maior oferta de mão de obra que se opõe proporcionalmente à redução da demanda produz, como efeito, uma disputa muito mais acirrada por postos de trabalho. A inteligência artificial já é uma realidade e muitos postos de trabalho vêm sendo – e ainda serão – extintos em decorrência dessa realidade.

A escolha do tema, nesta obra coletiva em homenagem ao Dr. Fernando Tristão Fernandes, resulta do compromisso histórico do nosso homenageado com a qualidade de vida dos trabalhadores. Como aguerrido dirigente sindical, sempre lutou pela melhora na condição de vida e de trabalho dos trabalhadores. Como advogado trabalhista, sempre buscou soluções equilibradas para os conflitos entre capital e trabalho.

1. Conceitos

Necessário é que, antes de se aprofundar ao estudo proposto, se inicie conceituando para o leitor, do que estaremos a tratar nas próximas linhas, pois não se pode, a nosso sentir, pretender abordar nenhum assunto academicamente sem principiar pelo conceito.

Nas palavras da médica Maria Helena Varella Bruna, “A síndrome de burnout é um distúrbio psíquico caracterizado pelo estado de tensão emocional e estresse provocados por condições de trabalho desgastantes”.²

1 Professor de Direito e Processo do Trabalho e de Prática Forense Trabalhista na Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Estácio de Sá; autor do livro *Garantia de Emprego ao Portador do Vírus da Aids*.

2 VARELLA BRUNA, Maria Helena. “Síndrome de Burnout” in <<https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/sindrome-de-burnout/>> acesso em 05.11.2018.

A exaustão especificamente relacionada ao ambiente de trabalho se tornou motivo de preocupação no mundo todo e, não por acaso, passou a constar no documento de referência de doenças usado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), ainda na década de 1990. Nele, o *burnout* se enquadra na categoria de “problemas relacionados a dificuldades de gestão da vida”.

A preocupação crescente com esse transtorno é crescente desde que a Organização Mundial da Saúde divulgou a informação de que problemas que afetam a saúde mental dos trabalhadores acarretam redução na produtividade e isso gera uma perda de US\$ 1 trilhão, por ano, no mundo, em riquezas cuja geração é inviabilizada.

A síndrome também é conhecida pelo nome de síndrome do esgotamento profissional. Trata-se de um distúrbio psíquico descrito, pioneiramente, em 1974, por Freudenberger, um médico americano. O transtorno está registrado no Grupo V da CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde)³.

A síndrome é mais comum em profissões que exigem maior relacionamento interpessoal como na educação, saúde, recursos humanos, segurança patrimonial ou pessoal, bem como naquelas profissões que expõem o profissional ao maior nível de tensão emocional, isto é, profissões nas quais o erro cometido pode acarretar consequências danosas irreversíveis, como ocorre com médicos, advogados, auditores, engenheiros, entre outros. É verificada, ainda, a grande incidência dessa síndrome em mulheres que enfrentam dupla jornada de atividades.

Um estudo de 2016, realizado pela *London School of Economics* trouxe um *ranking* dos países com maior incidência de distúrbios psíquicos relacionados ao trabalho e o Brasil aparece como um nada honroso segundo colocado, abaixo apenas dos Estados Unidos da América. Este dado sinaliza a alarmante informação de que um trabalho psicologicamente saudável é uma questão de saúde pública. O país deixa de gerar riqueza e tem sua produtividade afetada pela queda no rendimento dos trabalhadores e por afastamentos. É um problema que afeta o sistema previdenciário, em vista dos auxílios doença e aposentadorias concedidos os quais poderiam ser evitados, com maior nível de conscientização e prevenção.

3 *Idem*

O mundo do trabalho contemporâneo vivencia a glorificação do estresse. É visto como um bom profissional, em geral, o indivíduo estressado, constantemente acelerado, que faz propaganda de que está produzindo até tarde da noite ou muito cedo pela manhã. Ocorre que essa obsessão por noticiar a todos que está produzindo, sem que necessariamente esteja, suprime a capacidade criativa do profissional. Os gestores de recursos humanos tendem a identificar como positiva a conduta de um profissional que responde a e-mails profissionais ao longo da madrugada ou em momentos que seriam destinados ao descanso. Isso, todavia, é um erro elementar. O *workaholic* (pessoa viciada em trabalho) tende a perder qualidade de vida, privando-se da prática de atividade física, do sono, dos estudos e isto reflete, negativamente, em sua produtividade no desempenho de sua profissão.

2. Principais causas do desencadeamento da Síndrome de *Burnout*

O assédio moral é uma das principais causas do desenvolvimento desse transtorno. Pessoas que recebem metas inalcançáveis e são cobradas com rigor excessivo tendem a, no médio prazo, desenvolver o *burnout*. Indivíduos expostos à carga laboral extensa também estão altamente propensos a desenvolver essa síndrome.

Quando se verifica o rol de fatores que contribuem, decisivamente, para o desenvolvimento da síndrome, é inevitável refletir, comparativamente, acerca da transformação que a relação de trabalho sofreu nos últimos anos.

Há 40 anos, um trabalhador, independentemente de sua condição contratual de empregado ou não, saía de seu local de trabalho e se desconectava, por completo, dos afazeres e compromissos próprios de suas atividades laborais. Hoje, essa realidade é bastante diferente. Um profissional que deixa seu local de trabalho está remotamente conectado ao trabalho permanentemente através das múltiplas ferramentas de comunicação. Tem sido cada vez mais comum que corporações exijam de seus empregados um estado de permanente disponibilidade para responder, de pronto, às mensagens em aplicativos, aos e-mails ou, simplesmente, atender chamadas telefônicas para tratar de assuntos do trabalho em momentos que, legalmente, seriam destinados ao descanso ou ao lazer.

A revolução tecnológica tem forçado a comunidade jurídica a se deparar com um contexto fático, no mundo corporativo, absolutamente diferente do de antes. Tem

sido cada vez mais comum entre profissionais de grandes empresas, essa rotina de permanente conexão com os compromissos e responsabilidades próprias do ambiente laboral. Há 40 anos, esses encargos ficavam adstritos ao ambiente profissional. Hoje, com a imposição – expressa ou velada – de utilização de rádios comunicadores, *smartphones*, aplicativos de mensagens instantâneas, *laptops* conectados à internet, localização por GPS etc. os compromissos e responsabilidades se estendem para além das paredes físicas do estabelecimento empresarial e invadem – sem cerimônia – o ambiente domiciliar, os momentos de descanso, de lazer e de convívio familiar.

O Direito do Trabalho não parou diante dessa mudança de conduta. É crescente, na comunidade trabalhista, o instituto denominado *Direito à Desconexão*, esplendidamente tratado pela jurista Vólia Bomfim Cassar, senão vejamos:

“Quando o trabalhador fica obrigado a portar qualquer tipo de intercomunicador, telerádio, BIP, celular, pager ou *laptop* para ser encontrado, chamado ou conectado, mesmo que vez ou outra, seja para trabalhar ou para resolver problemas da empresa à distância, terá direito à remuneração deste tempo à disposição. Isto se explica porque não se pode comparar o empregado que, ao final da jornada, pode se desligar do trabalho e relaxar, com aquele que, apesar de ter saído do ambiente de trabalho ao final da jornada, ainda leva consigo um prolongamento do ofício, tendo que responder com habitualidade aos chamados do empregador.

(...)

O direito à ‘desconexão’ foi apontado por Souto Maior como direito fundamental do trabalhador ao repouso e à privacidade, uma vez que o total afastamento do ambiente de trabalho e dos problemas decorrentes preserva os momentos de relaxamento, de lazer, o tranqüilo convívio familiar, o ambiente domiciliar etc.

(...)

Portanto, o direito à desconexão ou ao não trabalho perpassa por quatro elementos: o estresse enfrentado pelo trabalhador por ter que se manter o tempo todo atualizado, causando além da fadiga mental, em alguns casos, o vício (doença relacionada ao trabalho); o direito ao descanso sem reflexos do trabalho (reposição das energias e higiene mental); o direito à privacidade e intimidade; direito a trabalhar menos, ou ao limite de trabalho (direito à saúde).⁴³

4 ³ CASSAR, Vólia Bomfim. “Princípios Trabalhistas, Novas Profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas”. Niterói : Impetus, 2010. pp. 188-190.

Nessa mesma obra jurídica, Vólia Bomfim Cassar prestigia a lição de Jorge Luiz Souto Maior, que expõe com a clareza e precisão habituais:

“Ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho.

Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito as contradições que marcam o nosso ‘mundo do trabalho’.

A primeira contradição está exatamente com a preocupação com o não trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego.

A segunda diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas por outro lado, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho.

Em terceiro plano, em termos das contradições, vale notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com o seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder o mercado no mercado de trabalho.”⁵⁴

O investimento dos empregadores num ambiente de trabalho mais saudável, que respeite os momentos de descanso do trabalhador deveria ser uma preocupação por parte das empresas. Isto porque, a incapacidade laboral, definitiva ou provisória, resultante do diagnóstico da síndrome de *burnout* traz, como consequência, a responsabilidade civil do empregador. O disposto no art. 5º, V e X, da Constituição da República, combinado com os arts. 186 e 927, do Código Civil, remete a essa conclusão. Dito de outro modo, significa que, além da perda produtiva do empregador com o empregado acometido por essa síndrome, ainda há o risco de responsabilidade civil, tornando o empregador obrigado a indenizar pelo dano. O Tribunal Superior do Trabalho tem julgado o tema e vem atribuindo o dever de indenizar ao empregador, em razão da síndrome de *burnout*:

5 ⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. “Do direito à desconexão do trabalho”. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 23, 2003. *Apud* CASSAR, Vólia Bomfim. *Idem*.

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA.

1. DOENÇA OCUPACIONAL. – SÍNDROME DE *BURNOUT* - OU - SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL-. GESTÃO POR ESTRESSE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

2. DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.

O pleito de indenização por dano moral, estético e material resultante de acidente do trabalho e/ou doença profissional ou ocupacional supõe a presença de três requisitos: a) ocorrência do fato deflagrador do dano ou do próprio dano, que se constata pelo fato da doença ou do acidente, os quais, por si sós, agridem o patrimônio moral e emocional da pessoa trabalhadora (nesse sentido, o dano moral, em tais casos, verifica-se pela própria circunstância da ocorrência do malefício físico ou psíquico); b) nexos causal ou concausal, que se evidencia pelo fato de o malefício ter ocorrido em face das condições laborativas; c) culpa empresarial, excetuadas as circunstâncias ensejadoras de responsabilidade objetiva. Embora não se possa presumir a culpa em diversos casos de dano moral - em que a culpa tem de ser provada pelo autor da ação -, tratando-se de doença ocupacional, profissional ou de acidente do trabalho, essa culpa é presumida, em virtude de o empregador ter o controle e a direção sobre a estrutura, a dinâmica, a gestão e a operação do estabelecimento em que ocorreu o malefício. Registre-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição da República, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88)”. (Tribunal Superior do Trabalho, 3ª Turma, publicado no DEJT de 03/10/2014, Processo AIRR 13161120-12.5.03.0037, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado)

Como acentuado no julgado acima, *leading case* que examina a síndrome de *burnout* como doença laboral – equiparada, portanto, a acidente de trabalho, conforme preconiza o art. 20, I, da Lei 8.213/1991 – reconhece a responsabilidade civil do empregador sob o fundamento de que a culpa é presumida. Na prática, admitir a culpa presumível do empregador implica aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, segundo a qual a responsabilidade recai sobre o empregador independentemente de culpa. Impende assinalar que em profissões

que expõem o trabalhador à pressão com maior frequência já tem o reconhecimento, por parte da doutrina e da jurisprudência, da incidência da responsabilidade objetiva – independente demonstração de culpa.

“Responsabilidade Objetiva

Responde objetivamente, todavia, pelos danos causados ao empregado por companheiros de trabalho ou terceiros, contra quem pode mover ação regressiva visando ao ressarcimento.

No nosso entender, cabe indenização contra o empregador pelas sequelas causadas ao empregado em decorrência do exercício do trabalho em atividades de risco, como bancos e usinas nucleares. Seria um contra-senso imaginar que o empregador responde objetivamente pela morte do cliente e pela morte do caixa somente em caso de culpa ou dolo. Se o Direito foi feito para ser realizado, não se pode conceber interpretação literal ao texto constitucional, muito menos discriminatória. A regra é a responsabilidade subjetiva, nos termos do art. 7º, XXVIII, *in fine*, da CF, mas, excepcionalmente, poderá ser objetiva quando a atividade explorada pelo empregador for suscetível de importar em risco físico ou perigo para o empregado (art. 927, parágrafo único do CC).

Nota-se que não estão presentes no texto constitucional as limitações impostas por expressões como ‘somente’, ‘em nenhuma hipótese’, ou outras do gênero, ao referir-se à responsabilidade do empregador por culpa ou dolo, pelo que nas hipóteses de desenvolvimento de atividade de risco, a responsabilidade do empregador é a mesma que teria em relação ao cliente, colocado na mesma situação: objetiva.

Concluindo, causando o empregador, por dolo ou culpa, ou em razão do exercício de atividade ou circunstâncias de risco, acidente do trabalho ao empregado, deverá indenizar o trabalhador ou sua família os danos morais provenientes da seqüela imposta, quer a psicológica, quer a estética, sem prejuízo da recomposição dos danos patrimoniais que serão infra-examinados.⁶⁵

No exato momento em que encerrávamos a redação do presente artigo, acabara de ser veiculado pela Imprensa brasileira que a Organização Mundial da Saúde (OMS), em Assembleia Mundial que se encontra em curso em Genebra, desde 20 de maio de 2019, deliberou por incluir a síndrome de *burnout* na lista de doenças ocupacionais.

6 ⁵ BELMONTE, Alexandre Agra. Curso de Responsabilidade Trabalhista: Danos Morais e Patrimoniais nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. pp. 74-75.

“A Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-11) ficou pronta no ano passado, após aprovação na 72^a Assembleia Mundial da OMS. Porém, só agora os Estados membros a aprovaram, para que entre em vigor no dia 1^o de janeiro de 2022.

A Classificação estabelece uma linguagem comum que facilita o intercâmbio de informações entre os profissionais da área da saúde ao redor do planeta. O *burnout*, que foi incluído no capítulo de ‘problemas associados’ ao emprego ou ao desemprego, recebeu o código QD85.

O problema foi descrito como ‘uma síndrome resultante de um estresse crônico no trabalho que não foi administrado com êxito’ e que se caracteriza por três elementos: ‘sensação de esgotamento, cinismo ou sentimentos negativos relacionados a seu trabalho e eficácia profissional reduzida’¹.

3. Conclusões

É interessante observar que a incidência de transtornos psíquicos decorrentes do trabalho só cresceu desde o início da revolução tecnológica – que ainda se encontra em curso. O surgimento das primeiras normas de Direito do Trabalho na história da humanidade, a exemplo da Encíclica Papal *Rerum Novarum*, de 1891, ocorreu com o escopo de, justamente, estabelecer proteção jurídica para compensar a fragilidade econômica do trabalhador. As primeiras normas tiveram o condão de limitar a carga horária laboral. A Convenção Internacional n. 01, da OIT (Organização Internacional do Trabalho) teve e tem, até hoje, essa finalidade.

A trilha histórica sinalizada pela evolução do Direito do Trabalho ao longo do tempo sinaliza que, sem exageros, a proteção à parte economicamente mais frágil sempre teve presença marcante. Isso torna evidente que as recentes mudanças que o Direito do Trabalho sofreu no Brasil, com as Leis 13.429/2017, 13.467/2017, entre outras produzidas contemporaneamente, apresentam-se na contramão da história do Direito Social no Brasil e no mundo. As mudanças foram substanciais e recentes, para a cronologia própria do Direito. Vejamos, nos tempos vindouros, os impactos que tais alterações implicarão na vida em sociedade.

1 Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/05/27/oms-define-sindrome-de-burnout-como-estresse-chronico-e-a-inclui-na-lista-oficial-de-doencas.ghtml>> acesso em 27.05.2019.

A Transformação do Sindicato em Nossas Constituições Republicanas: Compatibilidade Plena da Liberdade Sindical?

Raphael da Silva Pitta Lopes²

Resumo: O presente artigo tem como objetivo tecer breves comentários acerca da unicidade sindical em nossas constituições republicanas, bem como fazer uma análise do referido instituto, cujas premissas essenciais se contrapõem o pluralismo sindical, este último não adotado, atualmente em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário da unicidade sindical, a pluralidade sindical, permite a possibilidade de criação de diversos sindicatos numa mesma categoria profissional ou econômica, dentro da mesma base territorial, diametralmente oposto do atual sistema previsto em nossa Carta Magna, qual seja, da unicidade sindical.

Deste contexto, se discutirá, a transformação da unicidade sindical, na ótica das nossas constituições republicanas e responder algumas questões, envolvendo até que ponto isso é prejudicial na democratização do acesso e conquistas nos direitos, sobretudo os trabalhadores.

Palavras chaves: Unicidade sindical, pluralidade sindical, constituições republicanas.

1. Introdução

Inicialmente, cumpre destacar que o nascimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no final da Primeira Guerra Mundial, tanto o sindicalismo quanto o próprio direito de sindicalização, já estava sólido e firme em países industrialmente avançados e, por conseguinte, a associação iniciava a se propagar em locais e Estados que hodierno são tidos como terceiro mundo, dentre eles o Brasil.

² Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Advogado e Professor.

O direito do trabalho, mesmo após a com advento da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista), cumpre função social e política de suma relevância. É bem verdade que a referida lei, alterou profundamente o direito do trabalho no Brasil. Todavia, no que tange a unicidade sindical, esse instituto permaneceu incólume, em que pese o impacto sofrido pelo direito sindical, sobretudo no que concerne o fim da contribuição sindical obrigatória.

A unicidade sindical permaneceu sem sofrer alteração, mesmo com algumas críticas no que concerne ao suposto conflito com a liberdade sindical, e, por conseguinte, no alcance de uma maior democratização nos direitos, sobretudo dos trabalhadores.

Nesse texto será abordado justamente a transformação histórica, do ponto de vista constitucional da unicidade sindical, desde a nossa primeira Constituição Republicana, de 1891 até a Constituição Republicana de 1988, que mantém a unicidade em detrimento ao pluralismo sindical, fato esse criticado por boa parte da doutrina, inclusive num precedente do próprio Supremo Tribunal Federal, conforme vereamos adiante.

2. A Transformação do Sindicato em nossas Constituições Republicanas

A discussão acerca da unicidade sindical e o princípio da liberdade sindical não é nova e como dito o modelo adotado no Brasil é o da unicidade sindical. Nessa ótica, é inegável o valor do sindicato na conquista plena da democratização de poder, no âmbito social e na democratização das sociedades atuais.

Todavia, para que haja uma atuação eficiente e firme dos sindicatos, e, por conseguinte ocorra a efetivação dos propósitos seus mencionados, é fundamental que seja assegurado a eles a necessária liberdade de ação e de atuação, tal como buscou nossa atual Constituição brasileira atual.

A liberdade sindical é princípio de suma importância norteador de todo o direito coletivo do trabalho não podendo ser afastado pelo poder estatal. Nesse particular José Afonso da Silva³ afirma que a liberdade sindical implica na

3 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.302.

liberdade de fundações de sindicato, na liberdade de adesão ao sindicato, na liberdade de atuação e de filiação de seus trabalhadores

Importante pontuar que a reforma trabalhista trouxe um enorme impacto nos sindicatos, que estavam acostumado com a contribuição sindical obrigatória, compulsória, e que, agora, devem buscar novas receitas, eis que o desconto no salário passou a ser facultativo e condicionado à prévia e expressa autorização, inteligência aos arts. 545, 578 e 579, CLT⁴, razão pela qual, haverá uma necessidade de se “reinventar” e buscar novas receitas.

Nessa toada, urge a discussão acerca da escolha da unicidade sindical e a possível violação do princípio da liberdade sindical, como forma de prejudicar uma maior democratização nas conquistas dos trabalhadores, tendo em vista a importância do sindicato em contribuir com a cidadania dos seus representados. Nesse particular, importante trazer à baila os ensinamentos de Thomas Marshall, que ao fazer uma reconstituição do desenvolvimento da cidadania na Europa, berço da sociedade capitalista, sobretudo na Inglaterra, destacou a cidadania como sendo a relação do indivíduo com o Estado, a partir da qual são conferidos direitos individuais num movimento em direção à igualdade material ou à plena cidadania⁵, e nesse particular inegável o papel que exerce o sindicato, suprimindo algumas “lacunas” do Estado, sobretudo no que concerne a representação de seus filiados, assistência, inclusive a jurídica.

Em que pese as profundas alterações em nosso arcabouço jurídico, há na doutrina um clamor pela busca de um sistema de leis que fundamentem em bases democráticas depois de percorrer um longo caminho na sua história política.

No Brasil, não diferente de outros países, as corporações de ofício antecederam os sindicatos e o direito de associação, motivo pelo qual, não seria

4 Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados. Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas. Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

5 MARSHALL, Thomas. H. CIDADANIA, CLASSE SOCIAL E STATUS, Editora: Zahar, 1967, cap. III, p 57-114.

nenhuma injustiça afirmar que elas foram um embrião do sistema sindical. Outrossim, existe quem sustente que as primeiras associações de trabalhadores no Brasil foram as ligas operárias, uniões e sociedades, cujas principais reivindicações e pleitos, focavam na melhoria de salários, redução das jornadas de trabalho e a assistência social. (NASCIMENTO, 2015, p.99)

2.1 Nossa primeira Constituição Republicana, de 1891

Não diferente, a Constituição Republicana, de 1891, teve como norte estabelecer os princípios do regime republicano. Com um viés liberal, representou avanços, se cotejada com a Constituição do Brasil Império de 1824. Mesmo não tratando diretamente as entidades sindicais, estabeleceu, no seu artigo 72, de forma cristalina o direito de reunião e associação.⁶

Importante registrar que na Primeira República, as organizações sindicais existiam de forma bem embrionária, reverberando justamente o momento histórico do país, saindo de um modelo escravagista, na sua produção, com a economia focada na agricultura.⁷

Por sua vez, no ano de 1903, foi promulgado o Decreto 979, que regulamentou os profissionais da agricultura e das indústrias rurais a organizarem sindicatos, para tanto era necessário somente a existência de sete sócios e cada indivíduo tinha o direito de ingressar ou se retirar do sindicato. Não menos importante eram as atribuições assistenciais do sindicato, quais sejam, criação de caixas para os sócios, cooperativas de crédito e facilitação do comércio da produção⁸.

6 Art. 72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos seguintes termos: (...)§ 8º: A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem pública.

7 LEAL, Carla Reita F., MARTINAZZO, Waleska M. Piován. A plena liberdade sindical no Brasil como resultado da aplicação da Convenção 87 da OIT e outros documentos internacionais, in FRANCO FILHO, Georgenor De Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.) Direito Internacional do Trabalho: O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil, São Paulo: LTR, 2016, p. 78.

8 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 101

Destaca-se que os preceitos ali estabelecidos foram ratificados no Decreto 1.637 de 1907, que, igualmente, regulamentou a criação e funcionamento dos sindicatos urbanos⁹, organizando o sindicalismo urbano de trabalhadores de profissões similares, mantendo outrossim, a liberdade de constituição dos sindicatos e maneira de registrar o mesmo, qual seja, bastando o depósito de cópia dos estatutos no órgão competente.

Não obstante, foram consignadas funções de estudo, de defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão e dos interesses individuais de seus respectivos membros. Ademais, previu o surgimento de Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem para dirimir controvérsias entre empregadores e empregados, capital e trabalho, respectivamente.¹⁰

Mais adiante, na década de 1930, foi possível identificar um movimento no sentido de robustecer o movimento sindical brasileiro, sobretudo com os Decretos 19.770/1931, 22.239/1932, 23.611/1933 e 24.694/1934. Inclusive para doutrina, a partir da década de 1930, o “Estado resolveu pautar a sua política social na ideologia da integração das classes trabalhistas e empresariais, sob a forma de categorias por ele delimitadas, um plano denominado enquadramento sindical”.¹¹

Nesse sentido, importante descrever que para José Eduardo Faria descreve os setores vinculados ao sistema capitalista multinacional arrocham o Estado a otimizar e ampliar as condições de “competitividade sistêmica”. Em outras palavras, eles reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção de programas de desestatização, flexibilização da legislação trabalhista, bem como a implementação de outros projetos dentre eles a “deslegalização” e “desconstitucionalização”. (FARIA, 1999)

Nesse diapasão, os sindicatos ganharam atribuições de colaborar com o Poder Público, ou seja, ficando evidenciado a ingerência e interferência do poder público no sindicato, com o cunho de suavizar e não tencionar as relações e eventuais tensões entre empregadores e empregados, inclusive salientou Oliveira Viana:

9 PEREIRA NETO, João Batista. O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação. São Paulo: LTR, 2017, p. 28.

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 101

11 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 106

o propósito de chamar o sindicato para junto do Estado, tirando-o da penumbra da vida privada, em que vivia, para as responsabilidades da vida pública. Neste intuito, deu-lhe a representação da categoria e lhe deu duplamente: para efeitos jurídicos e para efeitos políticos. Mais que isto: investiu-o de poderes de autoridade pública, transferindo-lhe prerrogativas próprias da pessoa do Estado¹²

Percebe-se uma evidente cisão com os pilares do sindicato, pois antes eram pessoas jurídicas de direito privado e posteriormente, com o controle do poder público, passou a ter uma natureza praticamente pública.

Havia uma tutela do Estado sobre o mercado na constituição do mesmo, por parte dos interessados, o que tornou impossível devido a ser um órgão de colaboração do Governo, tutelados pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

Ademais, anteriormente, existia uma autonomia sindical na sua forma de atuação, o que tornou essa tarefa impossível, pois havia uma obrigatoriedade em apresentar relatórios de suas atividades aos órgãos fiscalizadores competentes. Adotando outrossim, “estrutura de representação dos trabalhadores a do sindicato único em cada base territorial, de modo que ficou comprometida a liberdade de fundação de mais de um sindicato dos trabalhadores da mesma categoria e base territorial. O critério de agrupamento foi o de profissões idênticas, similares e conexas em bases territoriais municipais”¹³. Isso contribuiu para pulverização dos Sindicatos em suas reivindicações.

2.2 A Constituição de 1934 e sua “novidade”

A novidade no sindicalismo brasileiro veio justamente com a Constituição de 1934, uma vez que foi estabelecido no seu artigo 120, *caput* e parágrafo único¹⁴, justamente a possibilidade de vários sindicatos, ou seja, a pluralidade sindical, inclusive a completa a autonomia do mesmo, passando o sindicato a

12 VIANA, Oliveira. Problemas de direito sindical. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/d, apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 107

13 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 107

14 Art. 120 Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei. Parágrafo único. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos.

ter liberdade de ação, de constituição e de administração. Nas palavras de Pinto Ferreira, a Constituição de 1934, foi o “reflexo sul-americano da Constituição de Weimar, brilhou fugaz como sua mãe democrática alemã, como constituição de compromisso entre a burguesia e o proletariado”¹⁵, pois tentou introduzir harmonia entre categorias pelas suas diferenças.

Todavia, em que pese a novidade da liberdade plena e sobretudo a pluralidade, não foi bem isso o que ocorreu, pois um pouco antes da promulgação da referida Constituição, o Decreto 24.694/1934, previu, a vedação de criação, em uma mesma base territorial de um sindicato, nesse particular, pontuou Amauri Mascaro Nascimento que:

Foi aprovado dias antes da Constituição, adiantou-se a ela, antecipando alguns dos seus princípios. Foi um decreto bastante detalhista e interferente. Previu três níveis de organizações sindicais: quais sejam, sindicatos, federações e confederações. Autorizou os sindicatos com sede no mesmo Município a formar uniões para coordenar os interesses gerais das profissões. Estipulou as funções dos sindicatos. Fixou os requisitos exigidos para a criação dos sindicatos. Proibiu a sindicalização dos funcionários públicos. Exigiu dos sindicatos a obrigatoriedade do pedido de reconhecimento. Enumerou certas exigências a serem observadas na elaboração dos estatutos sindicais. Impôs algumas condições essenciais para o funcionamento do sindicato e deliberações da assembleia. Deu garantias aos empregados sindicalizados e fixou penalidades, estas previstas para a hipótese de inobservância dos seus dispositivos, com o que, pela dimensão dessa regulamentação legal, não é possível situá-la entre os ordenamentos que favorecem a maior espontaneidade e a formação natural do modelo sindical.¹⁶

2.3 A Constituição de 1937

Por sua vez, a Constituição de 1937, no Estado Novo, a unicidade sindical foi “resgatada”, ou seja, representação de apenas um sindicato, sendo inclusive controlado pelo Estado. A chamada de “Carta Fascista”, foi outorgada no dia 10 de novembro de 1937.

15 Luiz Pinto Ferreira, *Teoria Geral do Estado*, vol.1, p. 425. Ed. Saraiva, São Paulo, 1975.

16 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Direito sindical*. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 110.

Inegável a preservação de alguns direitos dos trabalhadores, todavia, efetiva-los era uma tarefa árdua e praticamente impossível, tendo em vista a interferência estatal, pois apenas o sindicato reconhecido pelo Estado tinha esse direito de representação.

Mais adiante, foi editado o Decreto 1402/1939, que previu expressamente ser privativa dos sindicatos reconhecidos pelo Estado a representatividade de categorias e a celebração de convenções coletivas, inclusive não sendo reconhecido mais de um sindicato para cada profissão.¹⁷¹⁸

A pluralidade foi sepultada no Estado Novo, sendo inserido inclusive a ingerência do Estado, eis que eliminou a Federação, suprimiu a autonomia dos Estados – membros, e desidratou os Poderes Judiciário e Legislativo, bem como vedou o direito de greve. Acerca do tema, salientou Werneck Sodré que:

a ditadura instaurada por Vargas, em 1937, correspondia uma tentativa de realizar a revolução burguesa sem o proletariado. Sob a camada que lhe dava fisionomia, atrás da fachada policial do Estado Novo, realmentemente, buscava compor as novas forças econômicas internas.¹⁹

Como bem salientou parte da doutrina trabalhista, foi “possível concluir que esse conjunto de normas jurídicas atingiu o epílogo de um processo de dirigismo estatal sobre a organização sindical (...).” Como nos dias de hoje, que o Estado regula o mercado, naquela época, o Estado, estabeleceu regras e diretrizes acerca da administração dos sindicatos, seus órgãos, inclusive em sua própria eleição, da mesma forma, vedou a greve e o *lockout*, por considerar “antissociais, nocivos ao trabalho e ao capital”, bem como serem “incompatíveis com os superiores interesses da produção”.²⁰

O referido modelo, de certa forma, é o alicerce o regime sindical brasileiro, sendo reforçado com a Consolidação das Leis Trabalhistas e nesse particular advoga João Batista Pereira Neto, que “A aprovação da CLT em 1943 aper-

17 PEREIRA NETO, João Batista. O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação. São Paulo: LTR, 2017, p. 33.

18 Art. 6º Não será reconhecido mais de um sindicato para cada profissão.

19 Nelson Werneck Sodré. Formação Histórica do Brasil. Civilização Brasileira 10ª Edição. Ano: 1979, p. 529.

20 NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. Direito sindical. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015, p. 113

fez o intervencionismo estatal na estrutura sindical e nos sindicatos em si, apresentando-se diversas condições para sua organização e administração e sobre as eleições, o enquadramento e a contribuição sindicais”.²¹

2.4 As Constituições de 1946 e 1967

No que tange às Cartas Magnas de 1946 e 1967, é de suma relevância pontuar que não houve grande alteração, sendo resgatado alguns direitos (como o direito de greve, por exemplo), permanecendo a unicidade sindical.

A Constituição de 1946, promulgada no dia 18 de setembro de 1946, ampliou, ainda que modicamente alguns direitos sociais, até então, suprimidos nas Constituições anteriores, uma vez que representou somente um compromisso entre forças conservadoras e progressistas atuantes na época.²²

Mais adiante, precisamente dois anos após a promulgação da Constituição de 1946, foi aprovada a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, tratando justamente acerca da liberdade sindical, bem como da proteção do direito sindical, sendo concedido aos trabalhadores o direito de opinar acerca do melhor meio de organização, ou seja, concedeu aos trabalhadores um poder democrático maior, desde que não houvesse a intervenção do Estado. Todavia, os alicerces previstos na Convenção 87 chocavam-se e chocam-se com o sistema sindical brasileiro, motivo pelo qual não foi levado muito em consideração para alterações no sistema sindical brasileiro.

Por sua vez, a Constituição de 1967, denominada de “Constituição do Brasil”, promulgada no dia 24 de janeiro de 1967, surgindo do golpe militar, era extremamente repressiva, inclusive impossibilitou o exercício do movimento sindical. Nesse período houve movimento paredista entre as antigas e as novas lideranças sindicais.

Nesse período houve movimento paredista entre as antigas e as novas lideranças sindicais. De um lado os pelegos, alinhados com governo e os em-

21 PEREIRA NETO, João Batista. O sistema brasileiro de Unicidade Sindical e Compulsoriedade de Representação. São Paulo: LTR, 2017, p. 33

22 BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 416.

pregadores, de quem também recebiam favores, sempre avessos aos conflitos, alguns até bons administradores dos recursos sindicais, podendo tornar o sindicato atraente pelos benefícios que oferecia. Mas, de uma maneira geral eram figuras detestadas pelos sindicalistas mais aguerridos, eis que a base operária era excluída e o poder sindical se resumia a um estado-maior sem tropa²³.

Com o fim do regime militar, ratificou-se um movimento que vinha ganhando força desde a década de 40, “Os sindicatos se fortaleceram na luta pelos direitos trabalhistas, que tinham uma dimensão utópica irrecusável para trabalhadores miseráveis, que fugiam do campo em busca de melhoria de vida, atraídos também pelos direitos”.²⁴

2.5 A Constituição cidadã de 1988

Ultrapassado o regime ditatorial, com desejo manifesto da sociedade brasileira, o movimento das “diretas já”, nasceu o pleito de uma nova Constituição, sendo essa pretensão obstada no primeiro momento. Contudo, foi atendido pelo então presidente José Sarney, através da emenda constitucional de nº 26, de 27 de 1985, promulgada no dia 05 de outubro de 1988, urge a Constituição Republicana de 1988, com seu ideal democrático.

Com medidas inovadoras e salutares, a referida Constituição trouxe uma oxigenação importante, sobretudo ao sistema sindical brasileiro, relativizando a interferência odiosa estatal, mormente à livre fundação de sindicatos, dispensada a aprovação do Ministério do Trabalho; o reconhecimento constitucional da investidura sindical na representatividade da categoria; a liberdade de filiação dos sindicatos; a obrigatoriedade da participação sindical nas negociações coletivas; a possibilidade de instituição, via assembleia, de contribuição confederativa.²⁵

23 CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 122

24 CARDOSO, Adalberto Moreira. Dimensões da crise do sindicalismo brasileiro, in *Cadernos CRH*, v. 28, n. 75, p. 493- 510, set/dez 2015, p. 502-503.

25 PEREIRA NETO, João Batista. *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*. São Paulo : LTR, 2017, p. 36

A Constituição de 1988, seguramente foi precursora de novos ares, sobretudo no que diz respeito ao direito sindical, tendo em vista o princípio da não intervenção e não interferência do Estado na organização sindical (art. 8º, I, da CRFB).

A referida Constituição Federal impossibilitou a ingerência política-administrativas do Estado, através do Trabalho e Emprego, no sindicato (art. 8º, I, CF/88)²⁶, ou seja, endossou a função cardeal dos sindicatos, inclusive no que tange questões judiciais e administrativas (art. 8º, III, CF/88)²⁷. Ampliou, outrossim, a força da negociação coletiva trabalhista, sendo obrigatório a participação sindical obreira (art. 8º, VI; art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, CF/88)²⁸.

Contudo, estranhamente, o constituinte de 1988 optou pela manutenção de um sistema sindical baseado pela unicidade sindical, apesar de assegurar a liberdade sindical no mesmo texto, ou seja, monopolizou a representação na respectiva base territorial.

Em que pese a ruptura do constituinte com o modelo anterior, permaneceu incólume os traços ou características, representado por normas que se afiguram incompatíveis com um sistema pleno de direito à liberdade sindical,²⁹ ou seja, novamente o Estado brasileiro mantendo o controle sobre o mercado de trabalho e determinando as relações do mercado de trabalho.

Nesse particular, Amauri Mascaro Nascimento destacou que a nova Carta foi contraditória, pois “tentou combinar a liberdade sindical com a unicidade

26 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

27 III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

28 VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

29 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: a proposta da comissão de empresa. São Paulo: LTr, 2000. p. 111-112.

sindical imposta por lei e a contribuição”.³⁰ Seguindo esse raciocínio é importante trazer à baila os comentários de Bismarck Diniz, ao afirmar que:

a alusão a categorias, à contribuição sindical compulsória e à preferência pelos mecanismos de auto-imposição para solução dos conflitos trabalhistas e a presença de corpos intermediários em todas as estruturas sociais e econômicas da sociedade, denota que a organização sindical brasileira continua tendo como base os princípios corporativistas como reflexo de unidade ideológica, e principalmente, como instrumento condicionante de sua inserção no âmbito do Estado. Portanto, pelo princípio da recepção, tem-se que inúmeros dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho conservaram a sua vigência após a promulgação desta Lei Fundamental.³¹

Infere-se pela análise do inciso II, do art. 8º, da Constituição Federal de 1988, que a liberdade de a associação não é tão plena como indica o diploma legal, uma vez que como destacado o legislador constitucional consagrou o princípio da unicidade sindical, autorizando o sindicato representar toda categoria econômica ou profissional, na base territorial em que atue.

Nesse diapasão, importante destacar, ainda que se discuta acerca da pertinência ou não da unicidade sindical, é inegável reconhecer a sua função histórica importante, sobretudo na década de 40, quando os operários, espalhados e dispersos no território brasileiro para negociar com seus empregadores, tinham voz de uma entidade, com prerrogativas úteis para marcar a posição e defesa dos interesses de seus substituídos.³²

Como dito, a referida Constituição assegurou no seu artigo 8º, caput³³, e incisos, algumas medidas tipicamente voltada a liberdade sindical, sendo elas a

30 NASCIMENTO. Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho; relações individuais e coletivas, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1061.

31 Bismarck Duarte Diniz. Organização Sindical Brasileira. Cuiabá: UFMT, 1995, p. 237/238.

32 SAAD, Eduardo Gabriel. Federação, confederação e central sindical, apud PEREIRA NETO, João Batista. O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação. São Paulo :LTR, 2017, p. 53

33 Constituição de 1988: Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior a área de um Município; III - ao sindicato cabe

proibição de intervenção do Estado na organização sindical, contudo destoou do seu viés libertário típico da constituinte prestigiando a unicidade sindical, ou seja, o sindicato único por categoria por uma base territorial, não podendo ser inferior a um município.

2.6 A Liberdade Sindical no âmbito dos organismos internacionais

Importante pontuar que no âmbito dos organismos internacionais há uma preocupação em se estabelecer a liberdade sindical como um dos princípios reitores das relações sindicais, conforme se infere da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)³⁴, aprovada na 31ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em São Francisco, e que entrou em vigor no plano internacional, em 04.07.1950, estabeleceu justamente a liberdade sindical e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos e Culturais, adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, em seu art. 8º ao estabelecer o compromisso dos Estados em garantir o direito de liberdade sindical³⁵.

a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se a organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

- 34 1. A liberdade sindical coletiva, que é a liberdade de empregados e empregadores se unirem e formarem um sindicato, redigirem seus estatutos e estabelecer em seu programa de ação; 2. A liberdade sindical individual, que é o direito de todo empregado e de todo empregador de ingressarem ou se desligarem de um sindicato de sua escolha; 3. A autonomia sindical, que concebe o sindicato como senhor de suas deliberações, sem ingerência de forças estranhas
- 35 ARTIGO 8º - 1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias; b) O direito dos

A liberdade sindical presume uma composição legal que não determine obstáculos imponha óbices para a associação de trabalhadores, seguindo o mesmo caminho, outrossim, importante destacar a Convenção n. 98, aprovada na 32ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, e que entrou em vigor no plano internacional em 18 de julho de 1951.

A salientada convenção foi aprovada, ratificada e promulgada pelo Brasil Estado através do Decreto Legislativo n. 49/52 e do Decreto n. 33.196/53, tendo sua vigência iniciada no dia 18 de novembro de 1953 e especificamente do direito de sindicalização, bem como da negociação coletiva e é especialmente relevante no contexto da presente reclamação³⁶.

Cumpre salientar, outrossim, no próprio comitê de liberdade sindical da OIT tem algumas diretrizes que contemplam o princípio da autonomia sindical³⁷. Todavia, em que pese a preocupação internacional no sentido de estabelecer uma liberdade sindical, sobretudo a convenção 87 da OIT que trata especificamente da pluralidade sindical, importante destacar que há uma incompatibilidade com nosso sistema trabalhista, eis que nosso ordenamento jurídico

sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas. c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas: d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país. 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da política ou da administração pública. 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção.

36 Art. 1 — 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego (...) art. 2 — 1. As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração.]

37 466 – O direito dos trabalhadores a constituir organizações de sua escolha e o direito destas organizações elaborarem seus estatutos e regulamentos administrativos e a organizar sua gestão e sua atividade supõem a independência financeira, o que implica que as organizações não estejam financiadas de maneira tal que estejam sujeitas ao poder discricionário dos poderes públicos. 468 – As disposições referentes à administração financeira das organizações de trabalhadores não devem ser de índole tal que as autoridades públicas possam exercer faculdades arbitrárias sobre as mesmas. 469 – As disposições que restringem a liberdade dos sindicatos de administrar e utilizar seus fundos segundo seus desígnios para levar a cabo atividades sindicais normais e legais são incompatíveis com os princípios da liberdade sindical

adotou a unicidade sindical, conforme estabelecido no inciso II do artigo 8º da Constituição, sendo vedado o surgimento mais de uma organização sindical representativa da mesma categoria em uma mesma base territorial.

Em resumo, não é possível estabelecer, por exemplo, dois ou mais sindicatos representativos da categoria dos professores no mesmo Município, motivo pelo qual, indaga-se o sistema da unicidade sindical traz prejuízos à autonomia da atuação sindical??? Nesse particular, esse é um dos motivos que, Amauri Mascaro Nascimento destaca não existir uma plena liberdade sindical no Brasil.³⁸

A ausência da pluralidade sindical impossibilita o trabalhador uma filiação à organização que atenda aos seus interesses e anseios, ou seja, que ele venha optar. O trabalhador, não tem a liberdade de optar por qual será o sindicato que irão se associar ou filiar, que melhor atenderá suas necessidades.

Como dito, o sistema sindical previsto em nossa Constituição de 1988 está lastreado na unicidade sindical (art. 8º, II, da CF/88), representatividade compulsória (art. 8º, III, da CF/88) e a contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final, da CF/88).³⁹Ademais, é no mínimo curioso, o fato da Constituição Republicana de 1988, com um viés democrático e pautando na cidadania, ter mantido a unicidade sindical prestigiada por exemplo da Constituição de 1937, implantada num momento histórico diametralmente oposto ao atual, na ditadura do Estado Novo, razão pela qual questiona-se se a unicidade sindical, de fato reverbera os anseios e as necessidades dos principais atores?

38 [...] o direito de constituir, sem necessidade de prévia autorização do Estado, entidades sindicais, julgadas convenientes pelos próprios interessados, trabalhadores ou empresários, bem como o direito complementar de filiação, positivo ou negativo, nessas associações, entendendo-se como direito positivo o de ingressar e negativo o de sair da entidade livremente; assim, não há como compatibilizar o nosso sistema com a liberdade plena [...].NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*, São Paulo: LTr, 2008, p. 184

39 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II — é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município. III — ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV — a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo, da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei.

Nessa linha o próprio Supremo Tribunal Federal, assentou que “o princípio da unicidade sindical, previsto no art. 8º, II, da CRFB/88, é a mais importante das limitações constitucionais à liberdade sindical”.⁴⁰

Não obstante, relevante destacar o diálogo de Amauri Mascaro Nascimento, acerca do tema, senão vejamos:

Quais são os problemas que dificultam a reforma sindical?

São de orem jurídica, e natureza política ou esses dois aspectos em conjunto?

Os próprios sindicatos desejam uma reforma?

O primeiro motivo, a nosso ver, é cultural. É a herança que recebemos do corporativismo e que continua presente, e se isso acontece é porque, conquanto não faltasse vontade, o peso da ideia e sistema sindical que acompanha a nossa história é muito forte e ela não conseguimos ainda nos afastar.

Essa herança, para que seja preservada como é pelos sindicatos, tem algo do que os sindicatos não querem abrir mão. [...]

As entidades sindicais amoldaram-se a esse modelo e com ele se acostumaram. Com isso, impediram a inevitável competição entre as entidades sindicais que haveria se tivéssemos seguido com um desenho de liberdade sindical. [...]

A liberdade sindical, como princípio, perdeu o significado, porque parece ser vista pelos próprios interessados como uma ameaça que passariam a sofrer perante as novas entidades sindicais.⁴¹

O período colonial longo, marcado pela escravidão concedeu ao “estado brasileiro nascente” uma fonte supervisionada sobre a sociedade, a tal ponto que essa supremacia não foi abatida. Com o advento do capitalismo até hoje há uma interferência estatal no mercado, o que fere a lógica interna do próprio capitalismo. Destaca-se que nosso capitalismo pela intenção do mercado e isso não ocorre somente nos sindicatos. Está na quantidade de empresas, algumas mantidas mesmo apresentando resultados negativos. A educação regulada pelo Estado, assim como regra para abrir novas empresas são adotadas e assim por diante.

E, o direito, acompanha essa realidade, pois ele regula um mercado que não tem regras próprias, ou as que existem são insuficientes e promulgadas pelo

40 RE 310.811 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 12/5/2009, 2ª T, DJe de 05-06-2009. Acesso em: 31/10/2018.

41 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6.ed. São Paulo: LTR, 2009, p. 577.

Estado com o cunho centralizador e controlador que impõe ao trabalhador uma ausência de liberdade plena, pois inviabiliza a opção do mesmo de qual sindicato irá se associar ou filiar-se.

O sistema atual, obriga o trabalhador ser representado, em algumas oportunidades, pelo sindicato que não há qualquer afinidade de ideias, nesse particular é importante registrar que a questão da liberdade plena do sindicato, ou seja, o fim da unicidade sindical prestigiado em nosso ordenamento jurídico, constou no item “Economia”, subitem “Modernização da Legislação Trabalhista”, do plano de Plano de Governo do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro,⁴² fato inclusive endossado na declaração do secretário especial de Previdência e Trabalho, Rogério Marinho, ao afirmar que governo estuda uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) para acabar com a unicidade sindical no País⁴³.

O término da unicidade sindical acerta em cheio a estrutura dos sindicatos e, por conseguinte, representa uma enorme reformulação e reestruturação “obrigatória” do mesmo, que desde novembro de 2017, com o advento da reforma trabalhista, sofreu uma aguda alteração em toda sua estrutura, sobretudo com o fim da contribuição obrigatória, que representou uma redução de aproximadamente 90%, de R\$ 3,64 bilhões para R\$ 500 milhões e provavelmente seja a nova “realidade” do Sindicato, tendo em vista a Medida Provisória (MP) 873, editada em 1º de março de 2019, pela Presidência da República que dentre outras determinações estipulou que os sindicatos não poderão mais estabelecer em assembleias ou outras negociações coletivas descontos em folha de salário a contribuição sindical. Ademais, caso o empregado tenha interesse em contribuir obrigatoriamente deverá autorizar expressamente e individualmente, por escrito e realizar o pagamento através de boleto bancário.

42 (...) propomos a permissão legal para a escolha entre sindicatos, viabilizando uma saudável competição que, em última instância, beneficia o trabalhador. O sindicato precisa convencer o trabalhador a voluntariamente se filiar, através de bons serviços prestados à categoria. Somos contra o retorno do imposto sindical”. Essa é proposta que consta no item “Economia”, subitem “Modernização da Legislação Trabalhista”, do plano de Plano de Governo do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro. Extraído do site oficial do Tribunal Superior do Trabalho: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/propostas-de-candidatos>>Acesso:06/11/2018.

43 https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2019/03/07/internas_economia,1035922/para-sindicalistas-intencao-do-governo-e-dividir-movimento.shtml

3. Conclusão

A partir do estudo realizado, de forma bem resumida e diante de todas as transformações ocorridas na sociedade, como demonstrado, inclusive no que concerne a liberdade sindical, prestigiada em nossa Constituição Republicana de 1988, é importante uma reflexão acerca da unicidade sindical.

Será que a mesma traz prejuízos à autonomia da atuação sindical e, por conseguinte nos anseios dos principais atores, sobretudo os trabalhadores na efetivação de seus direitos?

Como vimos, a ausência da pluralidade sindical impossibilita o trabalhador uma filiação à organização que atenda aos seus interesses e anseios, ou seja o trabalhador, não tem a liberdade plena de optar qual será o sindicato que irá se associar ou filiar-se, ou seja, podendo acarretar prejuízos inclusive na própria representação e na busca de uma maior democratização de seus direitos, pois não pode ao menos optar pelo sindicato que se identifica, uma vez que a unicidade sindical inviabiliza a criação de mais de um sindicato para a mesma categoria na mesma base territorial.

O sistema atual, obriga o obreiro ser representado, em algumas oportunidades, pelo sindicato que não há qualquer afinidade de ideias, em total contraponto com os organismos internacionais, pois há uma preocupação em se estabelecer a liberdade sindical como um dos princípios reitores das relações sindicais, de forma plena.

Ademais, como exposto, é no mínimo curioso o fato da Constituição Republicana de 1988, com um viés democrático e pautando na cidadania, manter a mesma unicidade sindical que foi prestigiada na Constituição de 1937, implantada na ditadura do Estado Novo.

Por fim, não menos importante, cumpre registrar que essa liberdade plena, consta no item “Economia”, subitem “Modernização da Legislação Trabalhista”, do plano de Plano de Governo do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro.⁴⁴

44 (...) propomos a permissão legal para a escolha entre sindicatos, viabilizando uma saudável competição que, em última instância, beneficia o trabalhador. O sindicato precisa convencer o trabalhador a voluntariamente se filiar, através de bons serviços prestados à categoria. Somos contra o retorno do imposto sindical”. Essa é proposta que consta no item “Economia”, subitem “Modernização da Legislação Trabalhista”, do plano de Plano de Governo do Presidente eleito Jair Messias Bolsonaro.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT: a proposta da comissão de empresa*. São Paulo: LTr, 2000.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Dimensões da crise do sindicalismo brasileiro, in: *Cadernos CRH*, v. 28, n. 75, p. 493- 510, set/dez 2015, p. 502-503.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo Caminho*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DINIZ, Bismarck Duarte. *Organização Sindical Brasileira*. Cuiabá: UFMT, 1995.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Teoria Geral do Estado*, vol.1, p. 425. São Paulo: Saraiva, 1975.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

LEAL, Carla Reita F., MARTINAZZO, Waleska M. Piovan. A plena liberdade sindical no Brasil como resultado da aplicação da Convenção 87 da OIT e outros documentos internacionais, in: FRANCO FILHO, Georgenor De Sousa; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.) *Direito Internacional do Trabalho: O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil*. São Paulo: LTR, 2016.

MARSHALL, Thomas. H. *Cidadania, classe social e status*. São Paulo: Zahar, 1967.

MORAES, Evaristo de. *O problema do Sindicato Único no Brasil: seus fundamentos sociológicos*. 2ª ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1978.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 6.ed. São Paulo: LTR, 2009.

_____; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Direito sindical*. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

PEREIRA NETO, João Batista. *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*. São Paulo : LTR, 2017.

SAAD, Eduardo Gabriel. Federação, confederação e central sindical, *apud* PEREIRA NETO, João Batista. *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*. São Paulo :LTR, 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil. Civilização Brasileira* 10ª Edição, 1979.

VIANA, Oliveira. Problemas de direito sindical. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/d, *apud* NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. *Direito sindical*. 8ª ed. São Paulo: LTR, 2015.

O Direito Penal Configurado pela Sociedade de Risco

Guilherme Lobo Marchioni¹

É realmente oportuno homenagear um profissional do direito competente e corajoso como Fernando Tristão Fernandes com uma reflexão sobre o Direito. Doutor Tristão alcança o invejável patamar de sessenta anos em plena atividade da advocacia, a longevidade de seu ofício nos convida a refletir sobre a evolução do direito no passar dos anos, e é sobre um aspecto desta que tratam as breves considerações a seguir sobre o direito penal frente a sociedade do risco.

Todavia, impõe refletir que a verdadeira homenagem à perseverança de sessenta anos de advocacia reside no esforço de manter acessa a chama da combatitividade da advocacia na defesa do justo e do perfeito equilíbrio entre a atuação do Estado e as liberdades e garantias civis.

1. O Direito entre a sociedade do risco e o medo

O Direito se altera constantemente. Entre evoluções de conceitos, interpretações diferenciadas de princípios, geração de novas legislações, o direito se constrói e reconstrói a partir dos problemas sociais que lhe são apresentados.

Das visões que vem para trazer novas reflexões ao Direito, a sociologia está entre aquelas que mais nos permite compreender o caminho que nos trouxe até o cenário atual da ciência jurídica. Nesse sentido, as ponderações da chamada sociedade de risco merecem lugar de destaque, haja vista o impacto das problemáticas que impõe ao Estado.

A expressão sociedade de risco foi cunhada pelo sociólogo Ulrich Beck. Em obra de 1986 – sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade –, nela

¹ Advogado criminalista, pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal, especialista em Gestão de Riscos e Compliance.

o autor apresenta um estudo sobre a magnitude dos riscos na sociedade pós-industrial, definindo sua compreensão e sua configuração na era moderna.

Sustenta o sociólogo que a sociedade, com sua crescente produção social de riqueza, apresenta uma extensão dos riscos inerentes à convivência, superando-se a esfera individual e adentrando a uma dimensão de novos riscos coletivos.

De acordo com o autor, na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científicos-tecnologicamente produzidos.²

Em apertada síntese, o argumento central explanado na obra sobre a sociedade do risco diz respeito à maneira como a sociedade industrial, caracterizada pela produção e distribuição de bens, foi deslocada pela sociedade de risco, em que a distribuição dos riscos não corresponde às diferenças sociais, econômicas e geográficas da típica primeira modernidade. O desenvolvimento da ciência e da técnica não podem mais dar conta da predição e controle dos riscos. Estes, por sua vez podem gerar ocorrências de alta gravidade para a saúde humana, o meio ambiente, e sistema econômico e social, desconhecidas a longo prazo e que, quando descobertas, tendem a ser irreversíveis.

A sociedade de risco, pelo próprio autor, caracteriza-se “como uma época em que os aspectos negativos do progresso determinam cada vez mais a natureza das controvérsias que animam a sociedade”³

Ulrich Beck aponta que os riscos modernos incluem os riscos ecológicos, químicos, militares, nucleares, genéticos, informacionais e produzidos industrialmente. Incorporou também os riscos econômicos, como as quedas nos mercados financeiros internacionais e desestruturação da máquina estatal, os quais podem advir, aliás, de práticas criminosas relacionadas a crimes econômicos.

E delimita, ainda, delimita a definição destes riscos pela conjugação de três elementos fundamentais que o compõe. São, portanto, riscos que: (i) não são limitáveis nem no espaço nem no tempo e tampouco no plano social; (ii)

2 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

3 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010. p. 229.

não podem ser atribuídos a pessoas com base nas regras de causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade em vigor; e (iii) não podem ser objeto de compensação ou de alguma fiança⁴.

A tese exposta pela sociedade de risco é compreendida a partir de momento posterior à segunda guerra, quando a sociedade se torna deveras complexa ao aportar riscos que são verdadeiramente globais⁵.

Neste sentido, o raciocínio proposto por Ulrich Beck é figurado pela concepção de que a modernização dissolveu a sociedade agrária no século XIX, abrindo espaço à sociedade industrial. No período atual, a modernização dissolve o perfil tradicional da sociedade industrial, fazendo com que surja outra noção de sociedade.⁶

Assim o autor pondera que “risco” não significa catástrofe, significa *antecipação* da catástrofe. Os riscos consistem em encenar o futuro no presente, ao passo que o desenrolar das futuras catástrofes é, em princípio, desconhecido. Sem técnicas de visualização, sem formas simbólicas, sem meios de comunicação de massa, os riscos não se concretizam como método de imbuir na sociedade uma sensação de temor.

A questão sociológica é esta: se a destruição e o desastre foram antecipados, isso pode gerar uma pressão para agir. A construção social de uma antecipação “real” de catástrofes futuras no presente (como a mudança climática ou a crise financeira) pode se tornar uma força política que transforme o mundo (para melhor ou para pior) ⁷.

Afirma, ainda, que os riscos de grande escala atravessam a autossuficiência das culturas, idiomas, religiões e sistemas tanto quanto a agenda política nacional e internacional; eles perturbam suas prioridades e criam contextos

4 BECK, Ulrich. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010 p. 229.

5 É imperioso recordar-nos dos riscos advindos da produção de energia nuclear com potencialidade de dizimar completamente territórios extensos, crises financeiras iniciadas no sistema bancário que atingem toda a economia global, casos de distribuição de remédios impróprios que são disponibilizados ao alcance de milhares de pessoas.

6 AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 77.

7 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 362.

para a ação entre posições, partidos e nações conflitantes que não conhecem nada uns sobre os outros, que se rejeitam e se opõe.⁸

Em que pese a brevidade com que se trata um conceito tão complexo como o da sociedade de risco neste espaço, deve-se considerar que é forçoso reconhecer que a sociedade sempre envolveu riscos, mesmo que tomada a definição do termo tal qual empregada pela sociologia. Contudo, constata-se que a profundidade do estudo conclui pela significação do risco de maneira mais agressiva em razão das particularidades, em grande parte derivadas das facilidades tecnológicas e desenvolvimento cultural, da atual sociedade. Quer dizer que, diferentemente do passado, os riscos hodiernamente enfrentados pela sociedade se protraem no tempo e no espaço.⁹

Há a possibilidade de que as consequências derivadas dos riscos mencionados venham a se produzir tão-somente em outro Estado, ou que uma decisão tomada hoje venha a produzir efeitos deletérios daqui anos à frente. É como constatou Paulo Silva Fernandes:

O *réquiem* pela sociedade industrial (seguido do advento do prefixo ‘pós’ e subsequente baptismo da nossa era com esta designação) coincide com a transmutação dos riscos, de local e temporalmente localizados e definidos, em universais e de difícil delimitação temporal, e também do aparecimento de terríveis catástrofes derivadas de, já se disse, decisões humanas.¹⁰

Certo é que o Direito não seria poupado do debate jurídico instaurado ante a percepção da sociedade de risco. Com efeito, podemos concluir sem grandes esforços que o fato de vivermos na sociedade de risco influencia, diretamente e especialmente, o Direito Penal.

8 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 365.

9 É bem de se ver que o homem, em sua vivência em comum, sempre se viu deparado com inúmeros riscos; mas, por igual, inegável é que, principalmente a partir da segunda metade do séc. XX, com o advento de novas situações de risco, foi ele também submetido a uma inesperada vida mais perigosa. Na Europa, por exemplo, verificaram-se situações paradigmáticas, como o desastre de Chernobyl ou as dramáticas ocorrências relativas ao Contergan, Lederspray ou do Azeite de Colza. Em particular no Brasil, de se notar, além dos inúmeros desastres naturais como os referentes a derramamentos de petróleo, a catástrofe ocorrida na Vila Parisi, São Paulo. Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. In: Boletim do IBCCRIM, janeiro de 2003.

10 FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 51-52.

É notável que com o advento da nova sociedade do risco e suas facilidades adveio também crônica sensação social de insegurança, culminada em uma sociedade do medo. Este sentimento é propagado no imaginário coletivo agravado pelas características da sociedade massificada atual, da qual é inerente a intensa divulgação de fatos de interesse jurídico-penal, amplamente mostrados e repetidos por intermédio dos inúmeros e velozes meios de comunicação, ecoando-se sua gravidade a tal ponto que os receptores das mensagens sentem real temor e assimilam o entendimento de que o Estado revela-se incapaz de prevenir e reprimir a prática de infrações penais.

Neste contexto, o Direito Penal se rearma como resposta ao medo determinado por uma maior identificação/solidarização da coletividade com as vítimas, em decorrência do medo de tonar-se uma delas.¹¹

Esse medo está relacionado ao sentido dado por Zygmunt Bauman ao sentimento, para quem esta é a denominação concedida à incerteza, bem como à ignorância da ameaça e do que pode ser feito, do que é possível ou impossível de ser realizado, sobretudo se a solução estiver além do alcance do indivíduo.¹²

É esse o medo da sociedade de risco, ele assombra sem que haja uma explicação visível, é difuso, disperso, mas orienta o comportamento cultural e social. É nesse ponto que o medo e a necessidade por mais segurança se encontram com a limitação da liberdade. A liberdade, a intimidade, a privacidade individual tornam-se passíveis de sofrer restrições severas em troca de expectativa de segurança em relação aos sofrimentos e riscos do mundo externo. Aqui é o próprio indivíduo que vem a “abrir a mão de uma parcela, geralmente generosa, de liberdade em troca da obtenção, em tese, de mais segurança¹³”.

11 WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011. p. 15. Escreve o citado autor: *o medo assume verdadeiro protagonismo na vida das pessoas, trazendo, como consequência, uma generalizada sensação de insegurança capaz de criar o ambiente propício para a expansão do direito penal*.

12 BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 57.

13 TRAMBORLIM, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. *Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos*. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (coord). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 8.

É o cenário, portanto, que leva ao clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva e uma constante pressão sobre os poderes públicos para que reformas penais sejam realizadas, sempre no sentido de promover um maior rigor no combate à criminalidade.¹⁴

Não importa se o perigo representado pelo risco de que algo vá acontecer venha a se concretizar ou não. Basta a possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma realidade social nova, para que um novo valor tido pelo grupo como algo digno de proteção seja violado, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em insegurança.¹⁵ O mero risco – gerador do medo e da insegurança – é suficiente para que os cidadãos se sintam ameaçados e em perigo, e conseqüentemente clamem por proteção. Sentimento este que é fielmente diagnosticado pela oportuna expressão: *o discurso do risco começa ali onde a crença na segurança termina*¹⁶.

Neste marco da sociedade mundial do risco, com surgimento de riscos tomados como em grande escala graças aos efeitos da globalização e assimilando as incertezas e inseguranças criadas pelos novos riscos tecnológicos e econômicos, se estabeleceram os elementos para que a crescente demanda social por segurança ocorresse. O fato, contudo, é que esta demanda revelou-se normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal.

As demandas pelo incremento da repressão penal diante do discurso do risco são comumente atendidas pelos poderes públicos em termos populistas, e que com pouco apreço a soluções não imediatistas busca o Direito Penal como um instrumento que serve para alardear uma pretensa solução. Assim, não raras vezes são criadas leis com normas incriminadoras compostas por tipos insuficientemente concretos que deixam de considerar o delito como fenômeno social, possuindo uma matriz meramente simbólica¹⁷. Evidentemente, a insegurança jurídica gerada pela

14 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 178.

15 SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartierlatin, 2007. p. 108.

16 FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade do risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra, Almedina, 2001. p. 59.

17 Conforme explica o Professor Alemão Claus Roxin, efetivamente “as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora

presença de um Direito Penal simbólico, em muito, supera a suposta segurança social dele oriunda.¹⁸, de modo que, nesse aspecto, o discurso motivado pelo frenesi do risco pode acarretar a ineficiência do próprio sistema penal.

2. Bens jurídicos supraindividuais face a expansão do Direito Penal

Sendo os grandes riscos que dão corpo à sociedade do risco aqueles que superam a esfera individual, a hipótese que admite lidar com tais riscos por meio do Direito Penal conduz à ideia de uma criminalidade moderna, de um Direito Penal moderno.

Este Direito Penal moderno comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Winfried Hassemer a partir das seguintes características: não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supraindividuais e vagos; os danos causados tem pouca visibilidade à primeira vista; suas formas de concretização são civis, ou seja, raramente a ação culmina em violência física e as práticas criminosas caracterizam-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho¹⁹. Tais fatores conjugados com a criminalidade de massa contribuem para a sensação de ausência de proteção comunitária.

Tem-se que as questões sociais e políticas afetam o cerne do Direito Penal porquanto demandam uma resposta prática. Isso implica a necessidade de interpretação, sistematização e desenvolvimento da ordem jurídica e de teorias científicas no que tange ao Direito Penal, acarreta, portanto na dogmática penal, o caminho da racionalização jurídica²⁰. Nas palavras da professora Marta Machado:

do Estado". In: ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

18 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 70.

19 HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41-51.

20 ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartierlatin, 2012. p. 29.

a percepção dos fenômenos da sociedade do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais.²¹

Identificam-se, assim, no campo dos novos riscos, tendências de política criminal que tem em comum, de maneira geral uma proposta de extensão da intervenção estatal sancionadora, de modo a utilizá-la como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis.

Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva.

A propósito disso, o professor espanhol Jesús-María Silva Sánchez constata em sua obra *a expansão do Direito Penal*, que:

A sociedade atual aparece caracterizada, basicamente, por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. O extraordinário desenvolvimento da técnica teve, e continua tendo, obviamente, repercussões diretas em um incremento do bem-estar individual. Como também tem a dinâmica dos fenômenos econômicos. Sem embargo, convém não ignorar suas consequências negativas.²²

Verifica-se, de fato, uma real expansão do Direito Penal, como bem ressalta Silva Sánchez. Para o autor, já desde algum tempo, pode-se perceber, na maioria dos países, uma tendência clara de introdução de novos tipos penais, agravamento de penas já existente, reinterpretação de garantias penais clássicas, criação de novos tipos penais, ampliação dos espaços de risco relevantes, flexibilização de regras de imputação e relativização de princípios de garantia.

21 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Op. cit.* p. 92.

22 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 28-29.

A isso poderia se ter por expansão do Direito Penal.²³ É claro, ainda, que os elementos trazidos pela sociedade do risco foram a verdadeira força motor no desenvolvimento da expansão do direito penal.

Ainda que se pretenda conceber a política criminal moderna a partir de uma índole restritiva e minimalista, na prática o movimento a que se submete o Direito Penal na sociedade do risco é o de expansão – efetivamente, essa é a tônica das alternativas propostas pelo direito penal do risco, sintetizado na extensão da proteção a bens jurídicos supraindividuais.

A política criminal que vem sendo imposta pode ser verificada a partir da constatação das seguintes alterações ocorridas no paradigma da *práxis* do Direito Penal; (i) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais passíveis de intervenção penal, a qual passa a abarcar tanto as novas realidades e riscos sociais quanto aqueles preexistentes cuja vulnerabilidade é potencializada; (ii) a significativa transformação dos objetivos e do campo de atuação da própria persecução penal, que passa a se preocupar com a criminalidade dos poderosos, principais detentores da capacidade de desenvolver as novas formas delitivas utilizando de posição e condição social, e que até então dificilmente entravam em contato com o sistema punitivo; (iii) proeminência à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social; (iv) necessidade de adequação do conteúdo do Processo Penal às dificuldades ínsitas à persecução das novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa o processo de modernização e atualização de instrumentos punitivos e métodos de investigação no sentido de torná-los mais eficazes ao processamento dos crimes inseridos na lógica da sociedade de risco.

Ademais, em referência à dogmática penal, o salutar debate em pauta é delimitar pelas seguintes tendências político-jurídicas da criminalidade do risco: (v) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supraindividuais; (vi) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; (vii) a formulação de tipos indeterminados e de normas penais em branco, que trazem largas

23 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

referências a dispositivos extrapenais; e, (vii) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas.

Tais mecanismos voltam-se à utilização do Direito Penal como instrumentos para responder aos anseios da sociedade por proteção, promovendo, assim, uma alteração qualitativa na intervenção penal. Em última instância, tais estratégias buscam a eficácia na obtenção da almejada segurança e inserem-se em um clima político voltado à estabilização da confiança dos cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídica. Há aqui uma alusão a um confronto entre Estado e riscos sociais, cujo combate vem sendo realizado por meio do Direito Penal em detrimento de ser, em verdade, o ramo do Direito que se caracteriza pela utilização como *ultima ratio*.

A relevância da qual se revestiu o Direito Penal ao tutelar os bens jurídicos de natureza supraindividual é realidade incontestável. Se, em princípio, o direito penal cuida dos interesses individuais, com o evoluir da sociedade moderna, passou-se também a ocupar-se bens coletivos e, depois, com os bens metaindividuais. Hoje, não sem razão, bens jurídicos em demasia encontram-se penalmente resguardados, sendo, contudo, motivo de preocupação dogmática.²⁴ Temas como a tutela do meio ambiente, direito do consumidor, direito médico, direito informático são objetos desta proteção penal supraindividual.

A este propósito, o Professor Renato de Mello Jorge Silveira constata a economia como um dos bens jurídicos supraindividuais mais tutelados pelo Direito Penal moderno²⁵. O autor aponta duas definições ao Direito Penal econômico, o primeiro considera-o simplesmente o direito das atividades econômicas ou da empresa, vale dizer, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens de serviços. Já o segundo – em sentido estrito – poderia ser visto como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia.²⁶

24 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 29.

25 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

26 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

O Direito Penal Econômico guarda particularidades muito próprias, inserindo-se na categoria do Direito Penal supraindividual. Ele, conceitualmente, contudo, é anterior à constatação da chamada sociedade de risco descrita por Ulrich Beck, estando presente desde a segunda metade do século XX.²⁷ De fato, os primeiros passos do Direito Penal econômico foram determinados por Edwin Sutherland em suas proposições criminológicas acerca dos crimes dos poderosos – o famigerado crime do colarinho branco – com capacidade para afrontar a economia amplamente considerada.

A evolução analisada aqui, contudo, constata-se pela conjugação do advento da expansão penal e do da preocupação com direitos supraindividual, que constituem as condições necessárias à verdadeira inserção de bens jurídicos como a proteção da economia em sentido amplo ou o meio ambiente na legislação criminal gerando instrumentos normativos atualizados como a Lei de Lavagem de Capitais, a Lei das Organizações Criminosas, a Lei da Empresa Limpa, e a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais. É como aponta Cláudia Barrilari ao asseverar que o Direito Penal, antes isolado na torre da última reserva de resposta estatal para os autos individuais, agora é chamado para tutelar os conflitos que surgem nesse novo panorama mundial²⁸.

3. Conclusões

Apresentadas algumas das características principais do Direito Penal enveredado a lidar com a moderna concepção de risco, é possível afirmar que o fenômeno do surgimento dos riscos efetivamente impõe ao Direito Penal um confronto entre as novas tendências político-criminais, que têm em seu horizonte a sociedade do risco, e os princípios fundantes da racionalidade penal moderna.

É, atualmente, lugar-comum falar-se na necessidade da busca de um “Direito Penal mínimo”. Entretanto, tais colocações, entram em choque com a constata-

27 *Idem*. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. In: *Boletim do IBCCRIM*, n. 238, setembro de 2012.

28 BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018, p. 21.

tação de certa expansão desse mesmo Direito Penal, sentida pela criação de novos tipos penais próprios de uma sociedade em fase de avanços tecnológicos.²⁹

Nesse sentido, diante da complexidade da sociedade de risco ante a estrutura da dogmática penal, pode se dizer que o produto da pós-modernidade, no ambiente de relações sociais, econômica e culturais, trouxe consigo um conjunto de riscos e insegurança, bem como problemas do controle social, que afetaram, sobremaneira, o Direito Penal. Ramo do direito que agora, que recebeu a missão de dispor de novas formas de prevenção e minimização dos riscos.³⁰

Nos termos das abordadas ideias sobre a expansão do Direito Penal por Jesús-María Silva Sanchez, o expansionismo da repressão penal é uma realidade incontestável em contínua progressão, bastante favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas, em razão de fatos como instabilidade econômica e política e das questões geradas pela globalização. A consequência é a configuração do direito criminal como verdadeiro Direito Penal do Risco, que pode ser constatado através do Direito Penal aplicado ao contexto das empresas³¹:

*El Derecho penal de la empresa ha ido configurándose progresivamente como un "Derecho penal del riesgo". Ello ha determinado su transformación estructural. Así, la estructura clásica del Derecho penal – la prohibición directa del riesgo jurídicamente desaprobado – ha pasado a convivir con otras estructuras mas compleja y menos estudiadas, que sin embargo habrán de asociarse a aquella de modo probablemente irreversible. Es cierto que el modelo de prohibición directa de riesgos ha debido afrontar la aparición de fenómenos problemáticos para cuya superación seguramente no dispone de los mecanismos adecuados.*³²

Neste proceder, se à expansão do Direito Penal segue-se um direito penal do risco, a sociedade deve se preparar para lidar com a situação instalada, sem prejuízo da discussão sobre a correção ou não deste expansionismo a descarac-

29 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

30 LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

31 SÁNCHEZ, Jesús-Mária Silva. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 77.

32 SANCHÉZ, Jesus-Maria Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013. p. 13.

terizar os aspectos fundantes do Direito Penal. Isto porque pouco se atentou para criar mecanismos verdadeiramente adequados para tratar os riscos relacionados a direitos supraindividuais.

De fato, nós nos defrontamos com um conflito no Direito Penal, ou seja, a mudança de paradigma da discussão distintiva da dogmática penal, a qual se alterna da função do direito penal e passa a focar na penúria de buscar atender à necessidade de um sistema de prevenção capaz de contrapor-se aos riscos e, por via reflexa, prevenir riscos penais. Com efeito, o avanço da tipificação de crimes de perigo, levando em consideração a lesão a bens jurídicos transindividuais, é consequência da utilização do Direito Penal como um instrumento de gestão de riscos³³.

Assim, ganham espaço no ordenamento jurídico penal os crimes de perigo, aqueles estruturados para a proteção dos bens coletivos supraindividuais ou difusos, mas é preciso ter cautela com a criação de crimes como os de perigo abstrato. Deve-se ter a elaboração de leis penais de maneira bastante estrita a um mínimo indispensável, sob pena de, além da notada expansão penal, ter-se presente, também, uma quebra dos princípios fragmentários e de *ultima ratio*, tão duramente alcançados como verdadeira garantia humana em face do poder do Estado.³⁴ Bem por isso insiste-se que não se vislumbra, ao menos pelo direito criminal a solução adequada e eficaz para o tratamento de riscos alinhados a bens jurídicos supraindividuais.

Uma importante repercussão da conjugação desses elementos é percebida no que concerne ao mundo empresarial, onde surgiu o debate sobre a implementação de programas de conformidade (ou *compliance*). O que antes existia sob o manto da Governança Corporativa e gestão de riscos, sendo por grandes companhias na lida com questões societárias e administrativas, passa também a tutelar, por meio de regras privadas, situações atinentes ao Direito Penal.

Com efeito, a empresa que cria regras próprias atendendo a demandas geradas pela legislação com conteúdo penal ou administrativo-sancionador, tal como ocorre com Lei de Lavagem de Capitais e a Lei da Empresa Limpa, exerce

33 RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014. p.133;

34 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual. Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67

uma auto regulação regulada³⁵ afim de gerir riscos criminais, sob esse aspecto o *Compliance Criminal* é mais uma resposta atual à mudança de paradigma determinada pelas particularidades da nossa sociedade do risco.

Em conclusão, experimentamos atualmente uma reação no Direito, fruto da sociedade do risco combinada com a sensação de medo que lhe é latente, forçando-o a evoluir. O resultado prático tem sido enxergar no Direito Penal o instrumento a viabilizar a panaceia de todos risco, incluindo àqueles na mira da modernidade que são inerentes à atuação econômica, ao meio ambiente, ao campo tecnológico, entre outros que causam riscos massivos. Consequentemente verifica-se um aumento da repressão criminal, uma expansão das situações tuteladas pelo Direito Penal para tratar dos direitos supraindividuais, circunstância essa que impôs atualmente uma lógica diferenciada na atuação do judiciário criminal suplantando o Direito Penal clássico rumo a um novo Direito Penal.

Referências

ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. *Tipicidade penal: uma análise funcionalista*. São Paulo: Quartierlatin, 2012;

BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. *A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008;

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011;

35 Para o tema da autorregulação, consultar a obra *Crime Empresarial, autorregulação e compliance* de Cláudia Barrilari, que com maestria pondera: A consolidação da autorregulação passa por uma reconfiguração não só do Direito como do Estado, que não pode mais ser compreendido como um conjunto unitário e isolado, cuja estrutura interna é segmentada de forma hierárquica. Esse novo Estado, denominado por alguns Estado policêntrico, convive com estruturas mais autônomas, com vínculos horizontais de interdependência, de modo a convergir para a estrutura de rede. Cf: BARRILARI, Cláudia Cristina. *Crime empresarial, autorregulação e compliance*. São Paulo: RT, 2018, p. 58.

_____. A política na sociedade de risco. In: *Ideias: revista do instituto de filosofia e ciências humanas*, n. 1. Campinas: Unicamp, 2010;

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007;

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001;

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011;

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005;

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do direito penal. In: *Revista brasileira de ciências criminais*. n. 95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

RODRIGUES, Fillipe Azevedo. *Análise econômica da expansão do direito penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014;

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva (Director). *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*. Barcelona: Ed. Atelier, 2013;

_____. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós industrial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Aproximação ao Direito Penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: Interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

_____. A ideia penal sobre a corrupção no Brasil - da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 89. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A busca de legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. In: *Boletim do IBCCRIM*, n. 238, setembro de 2012.

TRAMBORLIM, Fábio Augusto; SANTANA, Vinícius Cruz. Sociedade de risco e a democratização da gestão de riscos. In: BUSATO, Paulo César; GUARAGNI, Fábio André (coord). *Compliance e Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 2015

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

A Atuação das Cortes e a Colegialidade: o Caso da Presunção de Inocência

Miguel Pereira Neto¹

Prólogo: Com grande honra e prazer recebi o convite a fazer parte de um livro em homenagem ao grande advogado Fernando Tristão Fernandes, reconhecido por sua atuação incansável na defesa da democracia, da liberdade e dos direitos sociais. Por isso lhe dedico este texto, cujo objeto versa sobre a importância da atuação dos juristas, em especial das nossas cortes, para a consolidação e garantia de direitos e como obstáculo ao autoritarismo, sobretudo na defesa do basilar princípio da presunção de inocência.

1. Introdução

O crescente papel institucional que o Judiciário vem adquirindo e as polémicas em torno de decisões recentes dos nossos tribunais superiores impõem aos juristas uma análise cada vez mais atenta em torno à atuação das cortes.

Afinal, como destaca Habermas (2012, p. 281): “perante o legislador político, o tribunal não pode arrogar-se o papel de crítico da ideologia; ele está exposto à mesma suspeita de ideologia e não pode pretender nenhum lugar neutro fora do processo político”. A questão que se coloca é como legitimar o direito e a jurisdição (sobretudo a constitucional) diante da falibilidade das normas jurídicas e do avanço dos conteúdos constitucionais no sentido da materialização de direitos e, portanto, de diminuição das injustiças.

De fato, atualmente, as constituições deixaram de ser clássicas constituições-garantia e passaram a positivar direitos fundamentais e sociais.² Trata-se de fenô-

1 Advogado, sócio do escritório Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich e Schoueri Advogados.

2 “A democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro, após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, com o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais,

meno a que Lenio Streck (2013) denomina “Constitucionalismo Contemporâneo” (em contraposição ao termo “neoconstitucionalismo”). A lógica deste constitucionalismo, de acordo com Habermas (2012, p. 325), é, mais ou menos, a seguinte:

Se pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a ideia da auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito.

A emergência dessas constituições dirigentes/diretivas/rígidas, com funções promocionais do direito, contempladas em uma complexa estrutura principiológica, passaram a colocar novos desafios para a interpretação constitucional. É que a presença de normas de princípio nas constituições exigem uma interpretação construtiva do caso concreto, sensível ao contexto e referida a todo o sistema de regras. Esse modelo pode fortalecer a liberdade e a responsabilidade dos sujeitos que agem comunicativamente; porém, no interior do sistema de direito, ele significa uma “ampliação do espaço de decisão judicial, que ameaça desequilibrar a estrutura de normas do Estado clássico de direito, às custas da autonomia dos cidadãos” (HABERMAS, 2012, p. 306).

Isso acarretou, de fato, uma transformação das competências jurisprudenciais. O papel do judiciário vem sendo redimensionado, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, como muito bem aponta Lenio Streck (2013), vem ocupando um “espaço que a Política – por assim dizer, o Parlamento – deveria ter aberto para uma ampla discussão democrática (e não o fez)”. Daí a importância de trazer a discussão de Habermas à tona, sobretudo a que se seguirá: a respeito do papel destinado à justiça constitucional.

De fato, estamos assistindo a uma profunda transformação nas funções da administração pública e é crescente a intervenção jurisdicional nos mais variados setores da vida social.

estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno (...) lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica” (OLIVEIRA, 2006).

Com efeito, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal está, cada vez mais, sendo chamado a decidir casos importantes para a sociedade. Basta perceber a pauta de julgamentos do Plenário da Corte do primeiro semestre de 2019, em que se destaca: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44, da relatoria do ministro Marco Aurélio, em que se discute a execução da pena a partir da condenação em segunda instância; o Recurso Extraordinário (RE) 635659, que trata da constitucionalidade da criminalização do porte de droga para consumo próprio; processos que tratam da Reforma Trabalhista, como a constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente (ADI 5826) e outros sobre Direito do Trabalho, como o RE 635546, que trata da equiparação de direitos entre terceirizados e empregados contratados pela tomadora de serviços, e a ADC 48 que discute a existência de vínculo de emprego de motoristas de cargas além de questões ambientais; previdenciárias; sobre terras indígenas; e servidores públicos.

Ao decidir tais questões, não raro, as cortes são alvo de críticas no sentido de que sua atuação estaria violando a separação de poderes, notadamente a função do legislativo. Com efeito, a crítica à jurisdição constitucional é conduzida quase sempre em relação à distribuição de competências entre o legislador democrático e o judiciário e, nessa medida, “ela é sempre uma disputa pelo princípio da divisão dos poderes”³.

Nessa conjuntura, pretende-se, neste texto, tecer considerações a respeito de como compatibilizar as pretensões conflitantes de segurança jurídica (legalidade) e correção normativa (legitimidade) no exercício da jurisdição (sobretudo a constitucional). Para tanto, o capítulo está dividido em dois momentos: primeiro, considerações teóricas a respeito da legitimidade da jurisdição (constitucional); segundo, estudo de caso de um julgamento da corte que trouxe outro ponto ao debate: o princípio da colegialidade. Trata-se do *habeas corpus* impetrado em favor do ex-presidente Lula, o qual versou sobre o princípio da presunção de inocência. Neste julgamento, a Excelentíssima Ministra Rosa Weber decidiu, aparentemente, de forma contrária ao seu entendimento pessoal, em nome do princípio da colegialidade. Isto é, entendeu que, por se tratar do julgamento de um recurso que beneficiaria um paciente, deveria prevalecer o entendimento anterior da Corte, pela possibilidade da decretação de prisão em momento anterior ao trânsito em julgado; enquanto que, se fosse para julgar as ADC's n.ºs 43,44 e 54, seu entendimento seria diverso.

3 HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I, p. 298.

2. Racionalidade e legitimidade da jurisdição constitucional

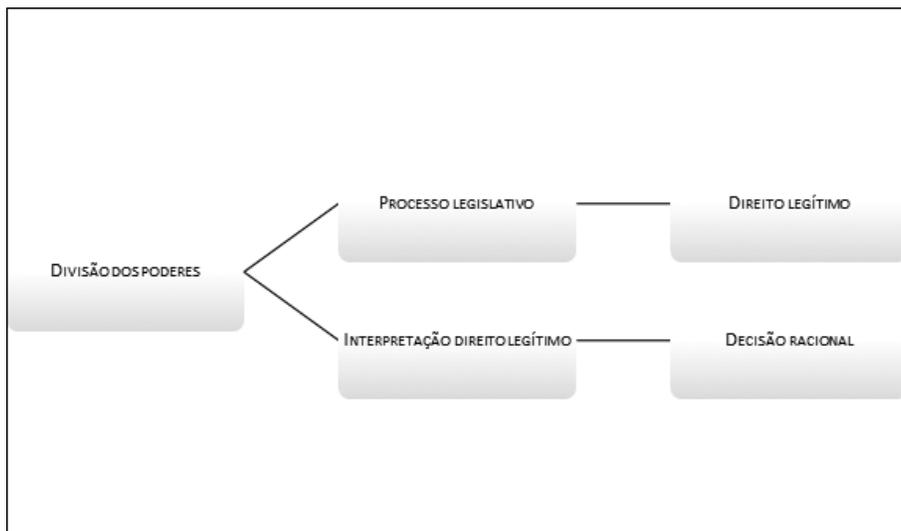
Na prática da decisão judicial (ou jurisdição), duas garantias devem ser resgatadas simultaneamente: a segurança jurídica e a correção normativa. Nas palavras de Habermas (2012, p. 246): “Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente”.

De um lado, o princípio da segurança jurídica (ou decisão consistente) exige decisões tomadas consistentemente no quadro da ordem jurídica estabelecida. De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões que devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais/corretas pelos destinatários do direito.

Ocorre que nem sempre ambas as garantias estão de acordo, surgindo, assim, o problema da racionalidade da jurisdição, qual seja: “como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo” (HABERMAS, 2012, p. 247).

A questão que se coloca no que tange à jurisdição constitucional é a seguinte: de que modo a prática da interpretação que procede construtivamente pode operar no âmbito da divisão de poderes do Estado de Direito, sem que a justiça (constitucional, sobretudo) lance mão de competências legisladoras. Isto é, diante do crescente potencial criativo da jurisdição constitucional, exige-se uma elaboração mais consistente em torno dos limites dessa jurisdição, de forma a manter o equilíbrio entre os poderes e garantir a segurança jurídica do ordenamento.

Ilustração 1 - Distribuição de Competências entre o Legislativo e o Judiciário



Veja-se que a prática de decisão — tarefa do judiciário — está ligada ao direito e à lei e a racionalidade da jurisdição depende da legitimidade do direito vigente, a qual depende, por sua vez, da racionalidade de um processo de legislação — tarefa do legislativo. Logo, a criação do direito legítimo não está, segundo o princípio da divisão dos poderes, à disposição dos órgãos da aplicação do direito.

Daí que Habermas (2012) afirma que há uma relação problemática entre justiça e legislação e, para analisá-la, na perspectiva da teoria do direito, ressalta que o ponto de referência metódico está na autorização para exercer o controle judicial da constitucionalidade. Isso porque, como se sabe, as constituições estão cada vez mais complexas, não funcionando mais como meras reguladoras negativas da relação entre o Estado e os cidadãos, e assumindo papéis centrais nos ordenamentos jurídicos no sentido de procurar concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos.

A função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma liberal de direito, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos autônomos contra os excessos do aparelho estatal. Nesse contexto, entram em cena os tribunais constitucionais.

A atuação das cortes pode ocasionar na sua intromissão em funções legislativas. Nessa conjuntura, a interpretação constitucional e o controle de

constitucionalidade tornam-se cada vez mais complexos, advindo a questão de estabelecer-se as reais funções da jurisdição constitucional.

O tribunal constitucional deve ter em vista onexo interno entre o sistema de direitos (direitos fundamentais) e a autonomia política dos cidadãos, com isso “precisa utilizar os meios disponíveis no âmbito de sua competência para que o processo de normatização jurídica se realize sob condições da *política deliberativa*, que fundam a legitimidade” (HABERMAS, 2012, p. 340). Segundo essa compreensão, não é admissível uma postura metodológica bastante difundida dentre os tribunais constitucionais: a da jurisprudência dos valores. Segundo Habermas, a assunção por parte dos tribunais constitucionais — dentre eles, o alemão e o brasileiro — dessa compreensão metodológica para o controle de constitucionalidade como se fosse a maneira correta, é absolutamente falsa e traz consequências problemáticas para a jurisdição constitucional.

Essa interpretação falsa da interpretação construtivista concebe a constituição como uma “ordem concreta de valores” (e não como um sistema de regras e princípios). Trata-se de entendimento derivado da teoria dos princípios de Robert Alexy, o qual interpreta os princípios transformados em valores como mandamentos de otimização, de maior ou menor intensidade (STRECK, 2013).

É que os princípios ou normas não se confundem com valores e, com eles, não podem ser confundidos. Vejamos suas diferenças:

Ilustração 2 - Quadro Comparativo: Princípios x Valores

Princípios ou normas	Valores
Sentido deontológico	Sentido teleológico
Agir obrigatório. Obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida	Agir teleológico. Preferências compartilhadas intersubjetivamente
Codificação binária. Pretensão de validade binária: podendo ser válidas ou inválidas	Codificação gradual de sua pretensão de validade. Relações de preferência: determinados bens são mais atrativos que outros: assentimento maior ou menor
Obrigatoriedade absoluta. Validade deontológica tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal	Obrigatoriedade relativa. Atratividade de valores tem o sentido relativo de uma apreciação de bens
Normas diferentes não podem contradizer umas às outras – contexto coerente = formam um sistema	Valores distintos concorrem para obter a primazia

Fonte: a partir de HABERMAS, 2012.

Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira: “à luz de normas, é possível decidir o que *deve* ser feito; ao passo que, no horizonte de valores, é possível saber qual comportamento é *recomendável*” (HABERMAS, 2012, p. 317).

Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas do direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias — e não segundo o modelo de bens atraentes (HABERMAS, 2012, p. 321).

A jurisprudência de valores implica um tipo de concretização de normas que coloca a jurisprudência constitucional no estado de uma legislação concorrente. E mais, o Tribunal Constitucional pode transformar-se numa instância autoritária; afinal, em caso de colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, “o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito”.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, “cresce o perigo dos juízos irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos” (HABERMAS, 2012, p. 322). Afinal, cada valor é particular de cada um (escapa a uma conceituação lógica), ao passo que as normas devem sua validade a um teste de universalização. Ora, “normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obrigatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade” (HABERMAS, 2012, p. 321).

Partindo dessa compreensão, é possível encontrar um sentido para as competências do Tribunal Constitucional, que corresponde, inclusive, à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: “proteger o sistema de direitos” (HABERMAS, 2012, p. 326). Isto é, o Tribunal Constitucional precisa examinar os conteúdos das normas, especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e das condições procedimentais do processo de legislação democrático. Afinal, para garantir o procedimento democrático, mostra-se necessária a garantia da autodeterminação dos cidadãos, a qual depende, por sua vez, da concretização dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, leis que discriminam minorias étnicas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, transexuais, deficientes, idosos, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, tanto do ponto de vista do conteúdo, quando sob o aspecto do procedimento democrático. Afinal, as classificações desiguais de grupos que deveriam ser tratados de modo igual apresentam-se como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas.

3. O *habeas corpus* nº 152752: colegialidade vs. presunção de inocência?

Por falar em jurisdição constitucional, há um tema recorrente na suprema corte brasileira que é a discussão a respeito da execução provisória da pena privativa de liberdade; isto é, o embate entre a execução de pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e o princípio da presunção de inocência, tal como disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição. Quanto a isso, há duas ações pendentes de julgamento: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Enquanto não são julgadas tais ações, resta ao Supremo Tribunal Federal decidir *habeas corpus* com esta temática. Nesse sentido, em 22 de março de 2018, o plenário da corte julgou o Habeas Corpus nº 152752, por meio do qual a defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva buscava impedir a execução provisória da pena diante da confirmação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) de sua condenação pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

Nessa ocasião, os ministros e as ministras negaram, por maioria de votos, a concessão de salvo-conduto a Lula. Em tal julgamento, para além das discordâncias quanto à interpretação dada ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição, também chamou a atenção o voto da Ministra Rosa Weber, especificamente no que tange à submissão de seu voto ao entendimento anterior da Corte.

Com isso, há um ponto pouco debatido na doutrina que ganhou protagonismo a partir desse julgado, trata-se da noção de colegialidade.

A existência de decisões colegiadas ampara-se na presunção de que grupos decidem melhor do que uma pessoa sozinha (tal qual a premissa aristotélica de *wisdom of the crowd*). Afinal, a partir das deliberações de cada um dos membros, acumula-se informação e argumentos, de modo a agregar razão e legitimidade para a decisão.

Por outro lado, é equivocado presumir que colegiados sempre decidirão melhor. Isto é, a decisão colegiada pode, mas não necessariamente produzirá melhores resultados. Inclusive, como bem pontuam Igor De Lazari e Carlos Bolonha (2017, p. 110), “colegiados não remediam [...] desacertos individuais, mas, inversamente, os amplificam”, dada a repercussão e a importância de suas decisões. Quer dizer, julgamentos colegiados majoram os custos da decisão.

Portanto, para garantir a qualidade/legitimidade das decisões colegiadas, não basta a previsão de colegiado, deve-se instituir nas cortes desenhos institucionais que maximizem as possibilidades de acerto e a legitimidade de suas decisões. Para isso, acredita-se na necessidade da instituição de uma verdadeira colegialidade.

O conceito mais difundido de colegialidade é o elaborado pelo juiz norte-americano (membro e *ex-chief justice do United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*), Harry T. Edwards, para quem colegialidade é a qualidade de um tribunal composto por julgadores dispostos tanto a persuadir como a serem persuadidos por seus pares, na busca pelo melhor direito aplicável ao caso concreto (KAYAT, 2012).

Para tanto, a colegialidade implica, entre outras coisas:

(i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to be convinced by good arguments from other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation) (SILVA, 2013, p. 563).

Isto é, deve-se instituir práticas que incentivem a observância de uma verdadeira colegialidade, com deliberações sinceras. Nesse sentido, por exemplo, há uma norma do regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (artigo 135), determinando: “concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade”.

Com isso pretende-se com que os ministros mais novatos não se sintam impelidos a seguir os mais antigos. O objetivo aqui, ao que parece, é o de aumentar a qualidade decisória do colegiado, a partir da mitigação de eventuais influências entre os ministros.

Percebe-se, portanto, que há um ponto delicado na relação existente entre o julgamento individual e o coletivo; entre a vontade de um e a vontade de todos os julgadores. Sendo que, pela noção de colegialidade, é importante que os julgadores se sintam à vontade para proferir aquela que reputam a melhor decisão possível.

Ora, a colegialidade não significa submissão dos julgadores a uma decisão anterior, mas justamente o contrário: uma atitude disposta de deliberação, em busca da aplicação do melhor direito.

Outro fator importante para o aprimoramento da colegialidade do tribunal é a diversidade na sua composição. Uma diversidade tanto quanto aos caminhos profissionais – diversidade de *expertise* –, com membros de diferentes posições ideológicas e especialistas em diferentes ramos do direito; tanto quanto à diversidade demográfica, com membros de diferentes idades, raças, gêneros.

De modo a abarcar uma estimulante heterogeneidade de pensamentos e maximizar, mais uma vez, a qualidade e a legitimidade de suas decisões. Enfim, conforme alertam LAZARI e BOLANHO (2017. p. 112), “se os desenhos não servirem aos presentes propósitos, a agregação de juízes não possuirá quaisquer benefícios, podendo, inclusive, produzir resultados piores”.

Portanto, não se sustenta o argumento utilizado, ao adotar suposto entendimento do colegiado, quando este entendimento, além de ir de encontro a princípio constitucional, choca-se com seu próprio entendimento.

Ora, antecipar a execução das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias ao julgamento em segunda instância significa flagrante e grave violação à Constituição, mormente por esta dispor claramente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (inciso LVII, do artigo 5º, da Constituição Federal).

O princípio da presunção de inocência encontra-se previsto não só na Constituição brasileira, como também na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A provisoriedade da execução da pena afeta diretamente o princípio da não-culpabilidade, pois este assegura ao acusado não lhe seja adotada medida irreversível, como é o caso da prisão fruto da condenação. Ou seja, na hipótese de reforma pelos Tribunais Superiores do acórdão prolatado em segunda instância, como seria devolvido o tempo de liberdade? Como seria preservada a dignidade da pessoa humana?

A relação processual, portanto, deve pautar-se pelo respeito e pela transcendência dos direitos fundamentais, a permitir transcorra a defesa com a devida proporcionalidade à força estatal, inexistindo a possibilidade de tornar-se regra a excepcionalidade da prisão anterior ao trânsito em julgado, nem tampouco relativização ou flexibilização em um caso ou noutro, pois desestabiliza o sistema e abre espaço para medidas arbitrárias, da investigação à condenação.

Inclusive, a própria Constituição, atenta à possibilidade de mudanças de forças políticas no poder, estabelece proteção máxima a algumas de suas disposições mandamentais, as quais não podem ser modificadas, de modo a preservar a essência garantista do Estado de Direito e, sobretudo, democrática.

Tratam-se tão-somente de quatro cláusulas pétreas: (i) a forma federativa de Estado; (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico; (iii) a separação dos Poderes, e (iv) os direitos e garantias individuais.

Não há qualquer dúvida de a presunção de inocência configurar verdadeira garantia individual e das mais fundamentais para a ocorrência de um processo penal democrático e justo, irradiando seus postulados por toda a persecução penal, desde a investigação, até o final do processo. Todos os cidadãos têm direito de ser tratados como se inocentes fossem, até o trânsito em julgado da sentença condenatória

4. Conclusão

Nas condições do pensamento pós-metafísico, o Estado e o direito perderam sua substância sagrada. Com isso, para que o Estado democrático de Direito persista e se fortaleça, não há outro caminho que não seja sua defesa progressiva. É dizer, há que se trabalhar para sua democratização progressiva. E o Direito exerce papel primordial nessa tarefa de defesa da democracia.

Aí aparece uma das questões centrais da teoria do direito contemporânea: o exercício da jurisdição. É dizer, deve-se compreender como devem os juízes interpretar o direito e, sobretudo, como devem resolver um caso diante da indeterminação do direito, seja por ausência de lei ou por haver uma lei ilegítima ou inconstitucional.

Conforme desenvolvido neste texto, a jurisdição necessita conjugar as pretensões, muitas vezes conflitantes, de segurança jurídica (obediência à legalida-

de) e correção normativa (legitimidade). Para tanto, os princípios constitucionais exercem um papel primordial.

É na jurisdição constitucional que se mostra mais latente a complexidade da interpretação e aplicação do direito e, ainda, o conflito entre justiça e política. É que com a emergência, após a Segunda Guerra Mundial, de constituições diretivas que procuram positivizar direitos fundamentais e sociais ampliou-se o espectro de atuação jurisdicional, ensejando crescente ativismo por parte dos tribunais constitucionais. Nesse sentido, o controle judicial da constitucionalidade aparece como ponto de referência metódico.

A questão que se coloca é a de saber se é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional que corresponda à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito. De acordo com nossa compreensão, é possível: o tribunal deve atuar no sentido de proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.

O direito individual do cidadão garante seja a sociedade norteadas pela supremacia das leis aprovadas pelo povo e não de forma subjetiva por agentes estatais. As atividades legislativa ou jurisdicional não podem se esquivar dos ditames legais e constitucionais limitadores da atuação subjetiva ou do poder do homem, mesmo em eventual ou momentânea maioria.

Nesse sentido, impõe-se à jurisdição constitucional preservar o princípio da presunção de inocência, eis que configura verdadeira garantia individual e das mais fundamentais para a ocorrência de um processo penal democrático e justo, irradiando seus postulados por toda a persecução penal, desde a investigação, até o final do processo.

Do contrário, há o risco de a intervenção estatal se dar de forma avessa à Constituição, criando cultura por ideais e decisões conflitantes e entendimento jurisprudencial a ceifar em dispersas doses o estado de não-culpabilidade a ser preservado no processo, o que representa indevida atuação, em razão do dever de respeito às normas e princípios da Constituição.

Afinal, o princípio da presunção de inocência está em absoluta harmonia com os demais princípios e direitos fundamentais ínsitos na Carta Magna, como o da liberdade; da igualdade; da privacidade; da intimidade; do trabalho e do livre exercício de atividade lícita e de desenvolvimento econômico; da re-

lação familiar; da propriedade; da ampla defesa; enfim, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal.

Assim, não se admite extirpar, reprimir, retroceder ao *in dubio pro societatis*, o que representa a contramão, a via oposta à construção democrática instaurada pela Constituição, com a preservação de seus conteúdos essenciais.

Referências

CALVO GARCÍA, Manuel. *Transformações do Estado e do direito: do direito regulativo à luta contra a violência de gênero*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2007.

EDWARDS, Harry T. *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*. Disponível em <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3222&context=penn_law_review>. Acesso em: 18 abr. 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Vol. I. Tradução de Flávio Beno Siebneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

KAYAT, Roberto Carlos Rocha. *Efeitos Sistêmicos nas Decisões Jurisdicionais Colegiadas: uma Abordagem a Partir de Estudos de Adrian Vermeule e Robert Jervis*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

LAZARI, Igor de; BOLONHA, Carlos. “Teoria institucional e decisões colegiadas: novos parâmetros de análise”. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 97-117, Set.-Dez., 2017.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Moralidade e jurisdição: a compreensão procedimentalista do direito em Jürgen Habermas*. 337 f. Tese (doutorado em direito)

– Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Deciding Without Deliberating”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 27 de outubro de 1980. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Sobre a Liberdade de Ser: por uma Adequada Crítica às Teorias da Prevenção Especial Positiva da Pena

Rodrigo J. S. Amaral¹

Deborah Luíse S. Alves²

Devo confessar que compartilho dessas dúvidas. A questão é se uma técnica dessas pode realmente tornar um homem bom. A bondade vem de dentro, 6655321. Bondade é algo que se escolhe. Quando um homem não pode escolher, ele deixa de ser um homem. Anthony Burgess³.

Introdução

A presente coletânea tem como escopo celebrar o advogado Fernando Tristão Fernandes, tendo em vista que o homenageado completou, recentemente, o marco de 60 (sessenta) anos de exercício da advocacia. Sua trajetória profissional tem importante relação com a liberdade como valor, de forma que está justificada a escolha do tema aqui tratado: a teoria da pena e, mais especificamente, às teorias da prevenção especial positiva (correção ou ressocialização).

Parece-nos correta a premissa de que todo instituto estatal carece de justificção. O exercício de poder estatal, se não se quer que seja mero poder arbitrário, deve trazer consigo razões que justifiquem o seu emprego, em especial para aqueles que serão os afetados pela atividade. No caso da pena, essa questão

1 Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Ciências Criminais e Segurança Pública pela mesma instituição. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Advogado criminal associado da Fernando Fernandes Advogados.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Estagiária da Fernando Fernandes Advogados.

3 BURGESS, Anthony. *Laranja Mecânica*. 2ª ed. 6ª reimpressão. Trad. Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2014, p. 85.

torna-se ainda mais delicada e urgente, haja vista tratar-se do mais potente exercício de poder que o Estado pode empregar contra um indivíduo. Além disso, é inegável que a pena está carregada de uma dimensão de reprovação ética que faz dela um instituto mais grave e que demanda especial reflexão.

Com o presente estudo, pretendemos dedicar algumas linhas para examinar as linhas gerais das teorias da prevenção especial positiva (tanto pela ótica da correção, quanto da ressocialização), bem como as possíveis críticas. Serão abordadas as três principais linhas argumentativas contrárias à prevenção especial positiva no bojo do debate sobre as teorias da pena. São elas: a falta de comprovação empírica da eficácia da pena para o fim de ressocializar o apenado (2); o conflito entre a citada pretensão preventiva e o princípio da culpabilidade (3); e, por fim, o problema da ressocialização à luz da proibição kantiana de instrumentalização da pessoa humana (4).

Antes de examinar os argumentos contrários, faz-se logicamente necessário, antes, expor as linhas gerais das teorias examinadas (1). Dessa forma, passamos à análise da matéria.

1. Breves considerações acerca da prevenção especial positiva e sua presença na lei de execuções penais

A função da prevenção especial positiva da pena está centrada na correção ou ressocialização do apenado. Sendo assim, ao executar uma pena, dever-se-ia inserir no indivíduo valores aptos a impedir o cometimento de um novo crime. Essa função da penal estatal materializar-se-ia corrigindo ou ressocializando o apenado, objetivando a adequação deste aos padrões ou objetivos socialmente aceitos. Liszt⁴, por exemplo, cria a definição de “adaptação artificial”, prescrevendo que a pena pode converter o indivíduo num membro útil à sociedade, retraindo os seus maus institutos.

Tendo como base a Lei de Execuções Penais (LEP), é nítida a preocupação, no plano abstrato do Direito positivo, do Estado brasileiro em assegurar a efetivação da pena por meio da correção ou ressocialização do apenado. O

4 LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*: volume I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Russel, 2003, p. 144.

diploma legal traz como um de seus objetivos a ressocialização do indivíduo por meio da reinserção social, cuja pretensão é materializada a partir de condições oferecidas ao detento para que este possa retornar ao seio social sem reincidir. Para demonstrar isso, basta citar os artigos 1^o e 10, *caput*⁶ da LEP.

No tema tratado não se analisa o *quantum* de inibição, ou medo para prevenir o cometimento de uma infração penal, mas o cerne é verificado no sentimento gerado no indivíduo de querer se corrigir, recuperar, readaptar ou ressocializar, para que ele seja reinserido na sociedade. Dentre as “opções” trazidas pelo Estado, podem ser dadas como exemplo a educação, qualificação profissional e o esporte. O objetivo da execução da pena estaria sendo alcançado na medida em que fossem bem-sucedidos os esforços para alterar o comportamento do apenado, corrigindo-o para assim inseri-lo na sociedade. Aqui o foco não é retribuir o fato passado, mas buscar a reintegração social do indivíduo apenado, tendo como pretensão precípua a evitação de reincidência delitiva.

2. A crítica fraca: a carência de comprovação empírica

A primeira crítica que as teorias preventivas em geral enfrentam consiste na falta de comprovação fática de sua efetividade. No caso da prevenção especial positiva, em virtude da ausência de uma relação necessária de causa e efeito entre pena e reforma do indivíduo, exige-se uma comprovação empírica da eficácia da medida em relação aos objetivos declarados (*in casu*, correção ou ressocialização). Portanto, pode-se delimitar uma diferença básica entre as teorias retributivas ou absolutas e as teorias preventivas ou relativas: nas primeiras, a pena não tem o ônus de produzir um efeito externo, ao passo que nas últimas este é necessário para a sua legitimação. Nesse sentido, Hassemer⁷ assevera que as teorias da prevenção especial e geral podem ser frustradas, respectivamente, “quando a ressocialização não obtiver êxito” ou “quando os potenciais autores não se preocu-

5 *In verbis*: “Art. 1^o A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

6 *In verbis*: “Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”.

7 HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. da 2^a ed. alemã: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 312.

pam com a ameaça da pena, mas somente com a probabilidade de que eles sejam apanhados”. Críticas à possibilidade de ressocialização da pena são numerosas⁸. Portanto, o raciocínio pode ser assim sintetizado: não se pode atribuir à pena uma finalidade que não se sabe se o instituto pode alcançar.

A deficiência dessa crítica é tão fundamental quanto simples. Isso porque a utilidade ou inutilidade da pena à luz de determinado fim é um elemento que estará sempre subordinado às circunstâncias do momento, que são *per definitionem* contingentes, não necessárias⁹. Em outras palavras: se a crítica se limitasse a argumentos de utilidade, só seria válida de forma circunstancial, isto é, condicionada. Bastaria, por exemplo, um hipotético estudo demonstrando como a pena poderia ser orientada preventivo-especialmente de forma eficaz para refutar as críticas dessa natureza. Esse é o cerne do problema da *falácia naturalista*¹⁰, que consiste no estabelecimento do *dever ser* com base no *ser*. Como

8 Por todos, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 164; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7^a ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 426-427; TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1^a ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 49; ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro - I*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 127.

9 “Necessário é o que não pode deixar de ser como é. Temos a impressão de que todos os seres poderiam não ser. Este livro, que temos aqui, poderia não existir. Todos os seres têm possibilidades, e a possibilidade é do ser de tudo quanto há. Como qualquer ser não tem apenas uma possibilidade, mas muitas, e apenas algumas se realizam, podemos admitir que, em vez desta, outra poderia ter-se atualizado, o que leva a aceitar a contingência dos acontecimentos, que sucedem deste modo e poderiam suceder de outro”. SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. 1^a ed. São Paulo: É Realizações, 2018, p. 213.

10 “Por “falácia naturalista” entende-se o erro lógico oriundo de ignorar a impossibilidade de extrair conclusões normativas (dever ser) de premissas descritivas (ser). Por ex., diz-se: “todo homem é infiel; logo, devo ser infiel”. A premissa limita-se a verificar um estado de coisas, tais como elas são (a geral infidelidade masculina); a conclusão, porém, formula diretrizes a respeito de como as coisas deveriam ser (como eu devo me comportar). A rigor, uma tal argumentação apresenta uma premissa escondida, de índole normativa, que possibilitará que a conclusão seja formulada em linguagem normativa. No nosso exemplo, essa premissa seria “eu devo me comportar como todo homem se comporta”. Bem se vê que aqui está o ponto mais vulnerável do silogismo, pois não é de modo algum evidente que tal dever exista. Mas, num argumento que comete a falácia naturalista, essa duvidosa premissa normativa acaba sendo ocultada e, com isso, subtraída à crítica, uma vez que não consta explicitamente da dedução. Afinal, esta falaciosamente finge partir apenas de premissas descritivas”. GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, 2005, p. 227-228. Ademais, cf. os clássicos FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3^a ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 176; MOORE, George Edward. *Principia ethica*. Trad. Márcio Pugliesi e Divaldo Roque de Meira. São Paulo: Ícone, 1998, p. 108-112, que aponta para um outro aspecto do erro lógico do reducionismo de um conceito a um objeto natural: objeto e predicado não se confundem. Para usar o

o dever ser normativo possui vigência universal (isto é, necessária), não é possível derivar conclusões dessa natureza por meio de argumentos contingentes vinculados ao plano do ser. Portanto, se se deseja fazer uma crítica de natureza universal, não se pode fazer uma proposição de caráter contingente¹¹.

Além disso, deve-se observar, por fim, que só se pode refletir sobre a eficácia de uma medida pressupondo a sua legitimidade. A título exemplificativo, não faz sentido refletir sobre a eficácia preventiva da pena de prisão perpétua no Brasil, tendo em vista que, em última instância, o instituto não é legítimo sob a ótica constitucional atual (art. 5º, XLVII, alínea *b* da Constituição de 1988 – doravante CRFB). Confundir os planos da *legitimidade* e da *eficácia* é um sintoma clássico da falácia apontada.

3. A crítica intermediária: os problemas práticos da prevenção especial à luz do princípio da culpabilidade

Uma segunda constelação de críticas normalmente aponta para a dificuldade de realização de pretensões corretivas ou ressocializantes diante de um sistema penal limitado à culpabilidade do agente. Roxin¹², por exemplo, observa que os problemas práticos dessa natureza geraram um grande ceticismo na doutrina, por duas razões: uma pena orientada a fins de prevenção especial possivelmente geraria condenações por tempo indeterminado, por tempo demasiadamente grande em relação à gravidade do delito ou até mesmo fundamentaria a aplicação contra aqueles que não cometeram um delito, mas que aparentam inclinações a um comportamento desviante futuro. Teixeira¹³ observa o mesmo problema: “alega-se que é possível atingir fins preventivos somente quando se empreendem grandes

mesmo exemplo do citado filósofo inglês, dizer que a fruta laranja tem coloração amarela não significa, de forma alguma, dizer que amarelo somente corresponde à fruta em questão.

11 Esse é o cerne da crítica de Greco à defesa que faz Stuart Mill à autonomia humana por meio de argumentos utilitaristas. Em síntese, uma proposição categórica não pode ter fundamento em considerações contingentes. Cf. GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, n. 7, 2012, p. 81-92.

12 ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Trad. da 2ª edição alemã: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 87-88.

13 TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 46.

variações no *quantum* da pena, o que, no entanto, na maioria dos casos conduz à extrapolação dos limites da pena adequada à culpabilidade”.

Os motivos para tal são cristalinos: primeiramente, a determinação taxativa de uma quantidade máxima de pena seria um grande inconveniente sob o prisma das necessidades preventivo-especiais, tendendo-se a abandonar essa limitação em nome da efetividade da medida. Pelos mesmos fundamentos, haveria o risco de existência de execuções penais por grandes períodos de tempo, de forma desproporcional. Por fim, uma política criminal guiada por fins preventivos sem a barreira da culpabilidade poderia desencadear, invocando-se uma maior eficácia, à punição de indivíduos sem culpa, sob o fundamento de potencialidade delitiva. Esta última hipótese, além de problemática por ignorar a total ausência de culpa, seria guiada por razões subjetivas, ficando à mercê da arbitrariedade do agente público.

Köhler, seguindo semelhante linha, afirma que a ideia de prevenção especial positiva permitiria a execução de uma pena demasiadamente dura se comparada com a gravidade do delito, a pretexto de considerações sobre a periculosidade do agente¹⁴. O mesmo autor também observa que poderia ocorrer o contrário: delitos extremamente graves poderiam não ser sancionados sob o argumento de ausência de periculosidade do autor do fato¹⁵. Hassemer¹⁶, no mesmo sentido, aduz que o tempo de pena limitado pela proporcionalidade “em regra, não é suficiente para um tratamento”, adicionando que, mesmo nos casos de pena proporcional, o apenado “pode ser sobrecarregado de modo intensamente desproporcional pelo interesse no tratamento profissional”.

Figueiredo Dias¹⁷ afirma que, para a solução do problema, existem dois caminhos: a eliminação da culpa como elemento integrante do sistema, subsistindo, no máximo, a proporcionalidade, servindo esta como o seu substitutivo, ou mantém-se a culpa, tirando desta o “elemento da censura pessoal a ela conatural, concebendo-a como um puro ‘derivado da prevenção’ e das específicas

14 KÖHLER, Michael. O conceito de pena. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, n. 110, 2014, p. 82.

15 *Ibidem*.

16 HASSEMER, Winfried. *Op. cit.*, p. 381.

17 DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime - 2ª parte - Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 1, 1993, p. 17.

exigências desta”. No entanto, o mesmo ressalta que qualquer uma das hipóteses seria “uma perda irreparável da doutrina do crime” e que só é possível pretender a legitimidade da prevenção especial “se e na medida em que do mesmo passo se chame a debate, para cabal legitimação da intervenção penal, o princípio da culpa enquanto elemento limitador do poder e do intervencionismo estatais”¹⁸.

Entendemos que a crítica, neste plano, possui um nível consideravelmente mais robusto que a questão de sua eficiência. Aqui, não se trata de um óbice meramente contingente, e, com isso, torna-se possível um primeiro argumento contrário à prevenção especial positiva no plano normativo. Todavia, o argumento da culpabilidade ainda não ataca os institutos da correção ou ressocialização a nível fundamental, haja vista que não aponta para a ilegitimidade destes, mas sim para uma certa incompatibilidade do fim perseguido com um dos alicerces do sistema atual. Dessa forma, seria possível replicar que a prevenção especial positiva seria legítima na medida em que fosse limitada pelo princípio da culpabilidade.

Com isso, estaria aberta uma potente via argumentativa para os defensores da prevenção especial positiva: o déficit de eficiência preventiva seria compensado por um ganho no aspecto deontológico do respeito ao princípio da culpabilidade. Dessa forma, um defensor da correção ou ressocialização estaria na nobre posição de quem abre mão de uma certa dose de eficiência em nome do respeito ao ser humano.

Destarte, ao passo que realmente há uma certa incompatibilidade entre prevenção especial positiva e culpabilidade, esta seria contornável, de modo que não pode ser o argumento que resolve o problema. Dessa forma, passaremos ao ponto decisivo para o debate: o imperativo de respeito ao ser humano como ser autônomo.

4. A questão fundamental: o plano ético e a liberdade de ser

A dignidade humana é um fundamento da República (art. 1º, III, CRFB/1988), constituindo o objeto principal de proteção do Estado de Direito brasileiro. Em Kant¹⁹, trata-se da *proibição de instrumentalização do ser humano*.

18 *Ibidem*, loc. cit.

19 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.

Em outras palavras, a ideia prescreve que o homem, por ser dotado de *dignidade*, deve ser respeitado como um fim em si mesmo. Em suma, aquilo que tem dignidade é o que não possui equivalente e, portanto, não tem preço²⁰, não podendo, dessa forma, ser instrumentalizado. Dignidade essa que, no caso do ser humano, existe em razão da sua capacidade de autolegislação como ser racional²¹⁻²².

No que tange à prevenção especial positiva, a questão que se impõe é se o Estado, submetido ao imperativo categórico de respeito à capacidade humana de autolegislação, está autorizado a buscar a alteração da personalidade de um indivíduo por meio de um ato de coação. O núcleo do problema reside no fato de que, se se parte da concepção de que um indivíduo é plenamente capaz, esse mesmo indivíduo deve ser livre para eleger, segundo seus próprios valores, o projeto de vida boa que ele pretende buscar²³. Com base nessa ideia de liberdade humana é que parte considerável da doutrina critica a ideia de emprego da pena, como um ato de coação estatal, com o fim de alterar a personalidade de um indivíduo²⁴. Greco²⁵ coloca, corretamente, que esperar que o apenado melhore com o ato de coação estatal não é razão idônea para justificar a execução da pena e que, ademais, o respeito à autonomia do cidadão proíbe categoricamente o uso de coação para corrigir alguém. Ferrajoli²⁶ defende que não só a dignidade humana, mas também a pluralidade de valores está violada quando

20 *Ibidem*, p. 77.

21 “A natureza racional existe como fim em si.”. *Ibidem*, p. 69. Não desconhecemos o debate acerca da relação entre capacidade de autolegislação e proibição de instrumentalização em Kant. Sobre isso, cf. SEELMANN, Kurt. Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual. Trad. Gastón Chaves Hontou. In: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 27-38.

22 Não entraremos no debate filosófico mais fundamental sobre se realmente a capacidade de autolegislação deve ser o fundamento da proibição de instrumentalização, por sair do âmbito temático do presente estudo. O que importa aqui, é notar que a autonomia moral do indivíduo deve ser respeitada pelo Estado, o que deve influenciar também a questão dos fins da pena.

23 GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015, p. 111.

24 Exemplificativamente, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 427; TEIXEIRA, Adriano. *Op. cit.*, p. 50; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

25 GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto... op. cit.*, p. 346.

26 FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 254.

o Estado pretende usar a pena como forma de corrigir ou ressocializar alguém. Hegel defende a preservação da autodeterminação da subjetividade, isto é, da liberdade como relação de si a si, negando a legitimidade da prevenção especial positiva como fim da pena²⁷.

Isso ocorre, sobretudo, em razão da autonomia moral do ser humano e da faculdade que cada um tem de ter os próprios valores, projetos, vontades, ambições etc. Sobre o tema, convém citar, *ipsis litteris*, a bela colocação de Robert Nozick²⁸:

Pensemos em Wittgenstein, Elizabeth Taylor, Bertrand Russel, Thomas Merton, o iogue Berra, Allen Ginsburg, Harry Wolfson, Thoreau, Casey Stengel, The Lubavitcher Rebbe, Picasso, Moisés, Einstein, Hugh Hefner, Sócrates, Henry Ford, Lenny Bruce, Baba Ram Dass, Gandhi, Sir Edmund Hillary, Raymond Lubitz, Buda, Frank Sinatra, Colombo, Freud, Norman Mailer, Ayn Rand, o barão Rothschild, Ted Williams, Thomas Edison, H. L. Mencken, Thomas Jefferson, Ralph Ellison, Bobby Fischer, Emma Goldman, Peter Kropotkin, você e seus pais. Há realmente um único modo de vida que seja o melhor para cada uma dessas pessoas?

Já afirmamos que o poder estatal deve justificar-se, inclusive e principalmente, àqueles que serão afetados pela medida. No caso da pena, isso significa que não é suficiente recorrer a um hipotético ganho geral se a consequência que advém daí é a violação da autonomia humana ou, em termos kantianos, da capacidade de autolegislação do homem como ser racional. Em outras palavras, é um imperativo reconhecer a existência de um certo núcleo de liberdade humana que está absolutamente fora do alcance de um poder estatal que se pretenda justificado.

É verdade, por outro lado, que a perfeita delimitação do âmbito de liberdade individual pertencente à esfera privada do indivíduo, que está imune ao poder estatal (art. 5º, X, CRFB/88), ainda permanece carente de devida delimitação²⁹. Todavia, parece que, seja qual for a delimitação do conceito, é certo

27 É importante pontuar que Hegel vai além e nega qualquer fim preventivo à pena, afirmando que a prevenção não dignifica o apenado. Cf. os §§ 93 a 104 do “*Princípios da filosofia do Direito*”. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 84-95.

28 Grifado no original. NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. 336.

29 Uma primeira tentativa de apontar um caminho para a solução do problema pode ser encontrada em GRECO, Luís. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal

que a soberania moral sobre si mesmo é parte inegavelmente integrante desse âmbito que deve ser inalcançável pelo poder estatal.

A ideia geral, assim, é que *ninguém tem o direito de deliberar sobre a legitimidade da existência de outra pessoa*. Existir é o direito humano por excelência, pois somente a partir da existência é que todos os outros direitos podem materializar-se. Não há nada fora da existência-em-si. Com relação à execução penal, empreender esforços para alterar alguém não é problemático sob o prisma da “boa intenção” declarada, mas sob a ótica daquilo que não é dito: *quando se tenta mudar alguém, fica implícita a insatisfação daquilo que a pessoa é*. Ao Estado não é permitido deliberar sobre a legitimidade ou conveniência da existência de um indivíduo tal qual ele é. Isso ocorre porque uma pessoa é também os valores que ela adota para a própria vida, de modo que o poder estatal não tem legitimidade para determinar quais valores cada indivíduo deve adotar em seu foro íntimo³⁰.

Há de se notar, adicionalmente, o risco observado por Paganella Boschi³¹: quando o Estado escolhe seu modelo de sociedade perfeita e suas patologias, dá à pena ressocializadora o caráter de moldar o transgressor discordante em direção à ideologia adotada para os fins escolhidos por aquele detentor do poder punitivo. Isso é evidentemente inadmissível em qualquer Estado que seja herdeiro do clássico ideal liberal do pluralismo de valores, consagrado na Carta Magna brasileira por meio de

Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 87, 2010, p. 90-99, que prefere o emprego do termo *autonomia* em vez de *esfera privada*. O autor aponta um promissor caminho para a resolução da questão: a *universalizabilidade*, que corresponde ao imperativo categórico kantiano (“quer dizer a ideia da vontade de todo o ser racional concebida como vontade legisladora universal.” KANT, Immanuel. *Op. cit.*, p. 72). A ideia geral, em Greco, seria que o exercício da autonomia individual não pode inviabilizar o exercício da autonomia de outrem.

30 “Isso porque, em primeiro lugar, não constitui território da lei recomendar virtudes, mas apenas prescrever deveres que podem ser legalmente cumpridos.” HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004, p. 317. O mesmo autor prossegue, linhas abaixo: “A instrução não deve ser imposta nem mesmo aos criminosos, porquanto, pelo próprio fato de estar sendo aplicada, perde sua utilidade e eficiência e vai de encontro aos direitos do criminoso, que nunca poderá ser obrigado a qualquer outra coisa além de sofrer a pena imposta.” *Ibidem*, p. 319. É verdade que o citado pensador alemão do século XIX emprega os termos “utilidade” e “eficiência”, que remetem à ideia consequencialista já criticada neste trabalho. Porém, por outro lado, parece que o cerne do seu pensamento é realmente o direito do indivíduo de não ter alterada a própria personalidade por meio da coação estatal. A única mudança legítima na personalidade de uma pessoa é aquela que parte dela mesma.

31 BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 98.

diversos incisos do seu art. 5^º³². E é a partir dessa concepção fundamental que a pena não pode ser empregada para fins de prevenção especial positiva.

5. Considerações finais

Para concluir, convém reafirmar que a única crítica adequada da prevenção especial positiva da pena gravita em torno do poder de escolha do indivíduo, materializado pelo direito fundamental inerente ao homem: a liberdade de autodeterminação. Nessa linha, não é admissível que o Estado, fazendo-se valer do *jus puniendi*, coaja o indivíduo a mudar o seu ímpeto, sua essência, para que este seja reintegrado ao meio social. Dessa forma, nota-se que o Estado interfere na esfera subjetiva de liberdade do indivíduo, âmbito este que deve permanecer inalcançável pelo poder estatal.

Qualquer que seja o ideário ressocializador ou corretivo, este estará intrinsecamente violando a proibição de instrumentalização inerente à dignidade da pessoa humana, por meio de uma inadequada interferência na esfera íntima de liberdade de escolha e de pensamento. O apenado não deixa de ser pessoa dotada de dignidade, mesmo não exercendo, temporariamente, sua cidadania em sentido pleno e amplo. Deve-se ter em mente que a aplicação da pena deve estar limitada por considerações de respeito ao ser humano, sendo este o motivo pelo qual o apenado deve ser respeitado como ser racional, com vontade e poder de escolha.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 23^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime - 2^a parte - Sobre a construção do tipo-de-culpa e os restantes pressupostos da punibilidade. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 1, n. 1, 1993.

32 A título exemplificativo, veja-se: o inciso IV garante a liberdade de manifestação do pensamento; o inciso VI afirma a inviolabilidade da liberdade de crença e de consciência; o inciso IX afirma a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação; o inciso XVII garante a plenitude da liberdade de associação para fins lícitos; e o inciso XX garante que ninguém será obrigado a associar-se ou permanecer associado.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3^a ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. A crítica de Stuart Mill ao paternalismo. In: *Revista Justiça e Sistema Criminal*, n. 7, 2012.

_____. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Trad. Paola Dropulich e José R. Béguelin. Madri: Marcial Pons, 2015.

_____. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 18, n. 87, 2010.

_____. Sobre o chamado direito penal do inimigo. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 7, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. da 2^a ed. alemã: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Trad. Jesualdo Correia. Rio de Janeiro: Topbooks, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KÖHLER, Michael. O conceito de pena. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 22, n. 110, 2014.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*: volume I. Trad. José Hygino Duarte Pereira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Russel, 2003.

MOORE, George Edward. *Principia ethica*. Trad. Márcio Pugliesi e Divaldo Roque de Meira. São Paulo: Ícone, 1998.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no direito penal. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. *Derecho penal*: parte general, tomo I. Trad. da 2ª. edição alemã: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Mário Ferreira dos. *Filosofia e cosmovisão*. 1ª ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

SEELMANN, Kurt. Dignidad humana y las formulaciones segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual. Trad. Gastón Chaves Hontou. In: SEELMANN, Kurt. *Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2013, p. 27-38.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro - I*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

A Política do Abate e a Legítima Defesa Presumida: uma Pena de Morte Inconstitucional

Tiago Lins e Silva¹

Tema presente em todas as rodas, a violência é uma realidade e precisa ser enfrentada, não há dúvida.

No entanto, ao invés de se buscar compreender as causas da violência, para se criar políticas públicas voltadas à inclusão social, que solucionem a origem principal do problema (rememore-se a primorosa síntese de Evaristo de Moraes Filho: “o crime é o juro da dívida social”²), são observados, com frequência, discursos e projetos de lei que visam endurecer penas e criar novos tipos penais, medidas desnecessárias na maioria das vezes e que não resultam na diminuição dos índices criminais. Por outro lado, falta investimento no desenvolvimento da inteligência policial e há clara opção política por operações policiais de confronto, que, como a experiência demonstra, geram grande repercussão e vítimas de todos os lados (policiais, suspeitos e outros cidadãos “achados” por balas “perdidas”), mas não resolvem o problema.

Nesse contexto, emergem partidários da eliminação do “inimigo”, como se fosse aceitável a execução de alguém que esteja portando uma arma ou que seja suspeito do cometimento de crimes, independente da real necessidade dessa medida extrema. É preciso repudiar essa fala, principalmente quando parte de governantes, que devem, sempre, respeitar e exigir respeito às leis e aos direitos fundamentais.

Exemplo notório se tem no atual governador do Estado do Rio de Janeiro, Wilson Witzel, que, apesar de sua formação jurídica, defende, abertamente, que “O correto é matar o bandido que está de fuzil. A polícia vai fazer o correto: vai

1 Advogado criminal e mestre em ciências penais

2 “A lei e a morte”, in Antonio Evaristo de Moraes Filho: 80 anos – saudade: artigos, discursos e palestras com notas introdutórias e atualizações / coordenação Eduardo de Moraes, Renato de Moraes, Antonio Evaristo de Moraes Neto, 1ª ed., Rio de Janeiro: Topbooks, 2013, p. 383

mirar na cabecinha e... fogo! Para não ter erro”³. Note-se que a mensagem não tem o cuidado sequer de ressaltar que essa medida – a execução de um suspeito pela polícia - somente poderia ser admissível em episódios singulares, quando efetivamente configurada a hipótese de legítima defesa, ou seja, quando não houvesse outro meio, mais moderado, para repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito do próprio policial ou de outrem.

Definitivamente, quando se discursa que a mira deve ser na *cabecinha*, *para não ter erro*, ou que “*quem usa fuzil e não usa uniforme é inimigo, é terrorista e será abatido*”⁴ está se orientando e legitimando o policial a optar por matar, quando este poderia, mesmo numa situação em que tivesse que intervir rapidamente e atirando, por exemplo, dar um tiro de advertência ou mesmo mirar em outra região do corpo do suspeito, de forma a repelir moderadamente sua agressão, mas sem matá-lo. No caso específico do governo do Rio de Janeiro, a fala de Wilson Witzel tem um peso e gravidade ainda maior, pois sequer há mais secretaria de segurança pública, colocando-se o governador como orientador da atuação policial, e que, lamentavelmente, recomenda seja abatido aquele que considera inimigo, desprezando todo o arcabouço legal em vigor, transformando o policial em juiz e executor de uma pena de morte, o que não se pode admitir.

Trata-se a vida de direito primordial e inviolável, garantia fundamental de todos, nos termos do *caput* do art. 5º de Constituição Federal, não podendo ninguém, e nem o Estado, matar quem quer que seja.

A pena de morte, que até hoje há quem defenda volte a existir, tem proibição categórica, por cláusula pétrea constitucional (art. 5º, XLVII, CF/88)⁵, somente excepcionando-se o caso de guerra declarada: “XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;”

3 Entrevista concedida por Wilson Witzel ao jornal o Estado de São Paulo: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,a-policia-vai-mirar-na-cabecinha-e-fogo-diz-novo-governador-do-rio,70002578109>

4 Wilson Witzel em discurso durante a posse do secretário da Polícia Militar, no dia 03/01/2019: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/witzel-quem-usa-fuzil-nao-usa-uniforme-inimigo-terrorista-sera-abatido-23342659.html>

5 Acrescente-se que o restabelecimento da pena de morte também é vedada pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), nos termos de seu artigo 4.3 (“Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”), à qual o Brasil aderiu, pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992.

Desnecessário frisar a falácia de alegações no sentido de que o Brasil estaria a enfrentar uma situação de *guerra* contra a criminalidade ou o narcotráfico, visto que a Constituição Federal explicita o conceito de guerra declarada, em seu art. 84, inciso XIX, atribuição do Presidente da República e que pressupõe agressão estrangeira e autorização do Congresso Nacional.

Admitir e recomendar a execução de criminosos pela polícia, ainda mais como política pública, é atentar contra o Estado Democrático de Direito, contra as leis vigentes e as garantias previstas na Constituição Federal de 1988.

Ademais, para argumentar, ainda que o Brasil adotasse a pena de morte, esta somente poderia ser imposta após o devido processo legal, perante juiz competente, garantida a ampla defesa e com condenação transitada em julgado.

É evidente a possibilidade de o policial agir em legítima defesa, sua ou de outrem, o que excluiria a antijuridicidade da morte causada. Como se sabe, o Código Penal prevê causas de justificação, que, nas palavras de Delmanto “excluem a própria ilicitude ou antijuridicidade”⁶. Conforme a lição de Heleno Fragoso, “Como o ordenamento jurídico não contém apenas proibições, mas, por igual, normas que permitem ou autorizam certas condutas, em regra proibidas sob ameaça de pena, não basta a realização da conduta típica para determinar a sua antijuridicidade: é necessário examinar se a ação ou a omissão não estão cobertas por uma norma permissiva, que exclui a antijuridicidade. Assim a ação de matar alguém só será antijurídica se não houver causa de justificação, como, por exemplo, a legítima defesa.”⁷

A legítima defesa, contudo, somente se caracteriza se verificados seus requisitos, previstos no art. 25 do Código Penal: o emprego moderado dos meios necessários à defesa, para repelir uma injusta agressão atual ou iminente a direito próprio ou de terceiro.

Desse modo, se o policial mata um suspeito pelo fato deste portar um fuzil, mas sem que estivesse atirando contra alguém ou na iminência de fazê-lo, não há falar em legítima defesa, por inexistir agressão atual ou iminente, muito menos o emprego moderado dos meios necessários.

6 Delmanto, Celso... (et al), Código penal comentado, 6ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 44

7 Fragoso, Heleno Claudio, Lições de direito penal: parte geral, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 186.

Lembre-se que ao crime de porte ilegal de arma, mesmo de uso restrito, é cominada pena de reclusão, nos termos da Lei nº 10.826/2003, cabendo ao policial efetuar a prisão em flagrante de quem está com um fuzil na mão, e não abatê-lo, como recomenda o atual Governador do Estado do Rio de Janeiro. Aliás, qualquer tipo de ordem nesse sentido deve ser considerado manifestamente ilegal, não havendo que se cogitar da excludente de antijuridicidade do “estrito cumprimento do dever legal”. Não são raros os casos em que o criminoso que porta arma, ao se ver cercado por policiais, se rende e se submete à prisão e ao processo que irá apurar sua culpabilidade, cumprindo a pena prevista em lei para o seu delito. O Estado, através de suas polícias, não pode agir de forma ilegal.

Também inadmissível a execução de criminosos em fuga. Relembre-se, nesse aspecto, a doutrina de Nelson Hungria, em seus festejados “Comentários ao Código Penal”: “A reação é, em qualquer hipótese, preventiva: preventiva do começo de ofensa ou preventiva de maior ofensa. Não é, assim, admissível legítima defesa contra uma agressão que já cessou (...). Assim, não se pode reconhecer legítima defesa no caso de quem, já ferido, consegue ferir, por sua vez, o agressor fugitivo”⁸.

Obviamente, há muitos casos em que atuação policial se dá em legítima defesa, seja própria ou de terceiro. Presentes os requisitos da excludente de antijuridicidade, poderá ser arquivado o inquérito que apurou a morte de um suspeito por um policial ou ser este absolvido ao final de uma ação penal, mas é indispensável a investigação e a comprovação da legítima defesa em cada caso concreto.

Tal observação se faz importante porque não são poucos os que sustentam que a legítima defesa de policiais em operação deveria ser presumida ou flexibilizada, garantindo-se a essa categoria uma espécie de imunidade, o que, inevitavelmente, aumentará o já gravíssimo quadro de matança pelas polícias, em especial quando atuam nas periferias das grandes cidades. No Estado do Rio de Janeiro, de acordo com os dados do Instituto de Segurança Pública⁹, o número de mortes “por intervenção de Agente do Estado” no ano de 2018 foi de 1.534 pessoas, mais de 35% acima do número de mortes sob essa mesma classificação no ano de 2017 (1.127).

Casos recentes mostram a gravidade desses discursos legitimadores da execução sumária por parte de agentes do Estado, como o recente episódio, de tristeza

8 Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Vol. I, Tomo 2º, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 286/287

9 <http://www.ispdados.rj.gov.br/Arquivos/SeriesHistoricasLetalidadeViolenta.pdf>

emblemática, ocorrido em 07.04.2019 na Av. Brasil, no Rio de Janeiro, quando militares dispararam 257 tiros contra o carro conduzido por um músico, matando-o, embora ele estivesse simplesmente se dirigindo com sua família para um batizado (ao que consta, os militares teriam confundido o veículo com outro, envolvido num roubo, o que, de todo modo, jamais poderia justificar a execução de um suspeito).

No campo legislativo, já houve Projeto de Lei do Senado acrescentando parágrafo único ao art. 25 do Código Penal, criando, sem rodeios, a figura da legítima defesa *presumida*, nos seguintes termos: “A *legítima defesa se presume quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta, ilegal e ostensivamente, arma de fogo de uso restrito*.” Tal Projeto (PLS nº 352/2017) foi arquivado em 21/12/2018¹⁰, mas em razão do final da legislatura, nada impedindo que seja retomado esse tema e nesse tom, o que muito preocupa, pois, na prática, desconsidera a pena prevista para o crime de porte ilegal de arma de fogo, validando que o agente de segurança mate ou lesione o suspeito.

No mesmo sentido, são observados outros projetos de lei, ainda em tramitação, como o PLS nº 112/2018¹¹, que objetiva que, no caso de violação de domicílio, seja presumida a legítima defesa do morador ou proprietário que age contra o invasor. Ou seja, tal projeto não exige sequer que a defesa seja realmente necessária e muito menos que seja exercida de forma moderada. Basta que alguém entre no terreno de casa alheia (para buscar uma bola, por exemplo) e sua morte pelo proprietário ou morador estaria justificada por essa presunção legal, que desrespeita, gritantemente, o conceito da legítima defesa.

Preocupa o fato de que o próprio Presidente da República, Jair Bolsonaro, manifestou-se recentemente pela aplicação da excludente de ilicitude quando alguém atirar e matar no caso de invasão de domicílio¹², sendo ainda mais enfático no que se refere ao proprietário rural¹³.

10 <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>

11 PLS 112/2018: O CONGRESSO NACIONAL decreta: Art. 1º O art. 25 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: “Art. 25. (...) Parágrafo único. No caso de violação de domicílio, presume-se que o morador ou proprietário age em legítima defesa contra o invasor.” (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132576>)

12 <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/em-entrevista-a-radio-bolsonaro-defende-excludente-de-ilicitude-para-cidadao-comum-em-vias-publicas,7bc715657f5a504285bc726b0faeca89t4yr1fk1.html>

13 <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/04/29/bolsonaro-quer-isentar-de-punicao-proprietario-rural-que-atirar-em-invasor.ghtml>

Essa linha de pensamento desvirtua o conceito de legítima defesa, que, como acima consignado, só se verifica se presentes seus requisitos, que são, afinal, os fundamentos, a razão lógica da existência dessa excludente de antijuridicidade. Legítima defesa não se pode presumir, mas exige constatação de sua ocorrência. As propostas acima indicadas, se viessem a ser aprovadas nesses termos, representariam, na prática, a autorização da pena de morte, ainda que em outras palavras.

Propostas de presunção e flexibilização do conceito de legítima defesa têm merecido maior análise da doutrina diante do Projeto de Lei nº 882/2019 (“pacote anticrime”), apresentado pelo Ministro da Justiça e ex-Juiz Federal Sergio Moro, em trâmite na Câmara dos Deputados.

Embora não haja alteração no *caput* do art. 25 do Código Penal, que define a legítima defesa, o referido projeto propõe a inclusão de parágrafo único naquele dispositivo, nos seguintes termos: “Parágrafo único. Observados os requisitos do *caput*, considera-se em legítima defesa: I - o agente de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e II - o agente de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes.”

De plano, cabe dizer que se “*Observados os requisitos do caput*”, desnecessário seria qualquer outra circunstância para se considerar que o agente policial ou de segurança pública agiu em legítima defesa. Assim, na realidade, é precisamente para situações em que os requisitos da legítima defesa (previstos no art. 25 do Código Penal) não estão configurados, que tal Projeto de Lei busca conferir um tratamento diferenciado ao policial, deformando o conceito do instituto.

Na precisa lição do Professor Juarez Cirino dos Santos¹⁴, as inovações “que introduzem privilégios funcionais, modificam a base objetiva da situação justificante e criam casuísmos incompatíveis com a justificação, com o objetivo político-criminal de instituir dois conceitos diferentes de antijuridicidade, já rejeitados pela literatura e jurisprudência internacionais: uma antijuridicidade mais rigorosa para o cidadão comum, outra antijuridicidade mais flexível para agentes policiais ou de segurança pública”. Como principais problemas dogmáticos, destaca Cirino que a fórmula apresentada como substituta da situação justificante, primeiramente, é vaga e indeterminável na hipótese de vítima mantida refém

14 In Boletim da SACERJ, nº 2, abril/maio 2019, pág. 10.

durante a prática de crimes e quanto aos conceitos de conflito armado ou de risco iminente de conflito armado (a depender “das representações intelectuais e das reações emocionais do agente policial ou de segurança pública”, inclusive sobre situação hipotética, se presente ou não risco iminente de conflito armado e em qual nível). Prossegue o renomado Professor, criticando o projeto, que “substitui o verbo repelir (art. 25, do Código Penal) pelo verbo prevenir (art. 25, I, do Projeto Moro), com mudança radical do significado semântico para o conceito de legítima defesa, com os seguintes problemas: a) o verbo repelir da lei penal pressupõe situação justificante existente no passado, tem por objeto agressão injusta de natureza atual (agressão em processo de realização) ou iminente (agressão na fase final da preparação), segundo pacífica teoria dominante; b) o verbo prevenir do Projeto Moro (i) pressupõe situações justificantes existentes no futuro, na forma de simples projeção psíquica do agente policial ou de segurança pública, (ii) tem por objeto hipóteses de agressão injusta e iminente (inciso I, parágrafo único), ou de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (inciso II, parágrafo único) - situações imaginárias que podem se assemelhar a hipóteses de legítima defesa putativa, mas que se situam fora dos limites legais de justificação ou de exculpação.”

Não resta dúvida de que esse projeto “anticrime”, a partir de conceitos vagos, que não se prestam a configurar hipótese de defesa efetivamente legítima, objetiva criar uma espécie de imunidade às arbitrariedades cometidas pelos policiais, o que resultará num incentivo ao abate de suspeitos.

No entanto, o que mais choca, é a leitura da exposição de motivos do Ministro Sérgio Moro, ao consignar que: “A realidade brasileira atual, principalmente em zonas conflagradas, mostra-se totalmente diversa da existente quando da promulgação do Código Penal, em 1940. O agente policial está permanentemente sob risco, inclusive porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas. É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal, a fim de que não tenhamos uma legião de intimidados pelo receio e dificuldades de submeter-se a julgamento em Juízo ou no Tribunal do Júri, que acabem se tornando descrentes e indiferentes, meros burocratas da segurança pública. As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania. (...) Na mesma linha, a nova redação do art. 25, que reconhece ao agente público a condição de achar-se

em legítima defesa em conflito armado ou risco desta situação, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, inclusive vítima mantida refém. Este dispositivo corrige situação atual de absoluta insegurança do policial, pois impõe-lhe aguardar a ameaça concreta ou o início da execução do crime para, só depois, reagir. Com a nova redação, ele pode agir preventivamente, ou seja, quando houver risco iminente a direito seu ou de outrem.”¹⁵

Inaceitável essa argumentação, que defende, na verdade, que diante da mera possibilidade de conflitos armados (bastando ao policial achar que há o risco de conflito), “em comunidades sem urbanização”, onde não se consegue “distinguir pessoas de bens dos meliantes”, se garanta proteção aos policiais através de uma legítima defesa presumida ou abrandada. Ou seja, há expressa categorização, na exposição de motivos, quanto a localidades onde “pessoas de bem” são difíceis de distinguir de “meliantes”, como se a atuação policial pudesse ser diferenciada, a partir dessa premissa lamentável, carregada de preconceito.

Como bem observou a notável Desembargadora Federal Simone Schreiber, em debate promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, a justificativa do Ministro da Justiça consegue ser pior do que a do presidente: “Bolsonaro diz que ‘apenas’ bandidos devem ser atingidos por policiais. Já Moro está legitimando a atuação indiscriminada do policial porque ele não consegue diferenciar bandidos de pessoas ‘de bem’. É inacreditável.”¹⁶

O resultado prático da imunidade que se pretende conferir a policiais e agentes de segurança será trágico, agravando o que já se observa: mais vítimas de operações policiais, sempre entre os mais vulneráveis (pobres, negros, moradores de comunidades carentes), mantendo-se a histórica perversidade do sistema penal.

O discurso da defesa da sociedade não pode abrigar a legitimação de crimes de homicídio, fora das hipóteses das causas de justificação, como a legítima defesa. A Constituição Federal não permite, tratando-se de um atentado aos direitos fundamentais.

Sempre oportuno lembrar das palavras do muito saudoso mestre Evandro Lins e Silva, que, em magistral conferência sobre a pena de morte, ressaltou

15 https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=Tramitacao-PL+882/2019

16 https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/desembargadora-moro-legitima-mortes-causadas-policiais?fbclid=IwAR3326Z-WuvWMgWCy2WJic6zFXjihxPVjnLXc_gkSwOq_npctLQChbtpB4

que: “São inúmeros os motivos que justificam a abolição da pena de morte. Se alguém a defende as suas razões são puramente instintivas e não racionais; em geral esses defensores obedecem a interesses políticos procurando criar e desenvolver, no público, uma sensação de insegurança, uma atmosfera de pânico, explorando o aumento da criminalidade violenta e organizada e exibindo suas formas espetaculares para sensibilizar a opinião pública. Nenhum desses pregadores da repressão mais brutal jamais se alistou entre os que estão pensando na prevenção dos delitos, no atendimento aos menores abandonados, na criação de condições sócio-econômicas que impeçam a geração de novos delinquentes.”¹⁷

O populismo penal, que pretende angariar o apoio da sociedade com a promessa do aniquilamento de “inimigos”, deve ser rejeitado. Não é de hoje que surgem projetos sedutores, reverberando a sensação de insegurança que propicia a oração de “salvadores da pátria” e que prometem acabar com o medo sofrido pela população, seja pela criação de novos tipos penais, aumento de penas, diminuição de garantias para acusados, o abate de criminosos, etc.

Além da necessidade de se evitar projetos sem embasamento científico, carentes de estudo e debate prévio, é fundamental o respeito ao Estado Democrático de Direito e aos preceitos constitucionais, especialmente por parte do Estado, que não pode tergiversar na exigência de que seus agentes ajam conforme as leis em vigor, cumprindo repudiar discursos irresponsáveis, que legitimam execuções policiais e aplaudem a institucionalização de uma pena de morte inconstitucional.

17 A morte não vale a pena - Conferência realizada em Curitiba, no dia 20/08/1991, no “Ciclo de Conferências Sobral Pinto, a pena de morte no Brasil”, publicado pelo Governo do Estado do Paraná, p. 10

A Justa Causa como Limite Necessário ao Poder Punitivo no Processo Penal Contemporâneo

Rafaela Azevedo de Otero¹

Ingrid Charinho Almeida²

Vitor Coimbra Mayon Tovil³

Introdução

A presente coletânea tem por objetivo celebrar o aniversário de 60 (sessenta) anos de advocacia de Fernando Tristão Fernandes.

Tristão Fernandes, em sua corajosa trajetória de advocacia militante, esteve na linha de frente da luta em defesa do Estado Democrático de Direito, dividindo armas com Sobral Pinto, Sepúlveda Pertence e tantos outros que, mesmo nos momentos mais sombrios (e autoritários) de nossa República, não se desincumbiram do compromisso com a democracia, indissociável do ofício do advogado.

Certamente tributamos muitas das conquistas em matérias de direitos fundamentais, consubstanciadas na Constituição Federal de 1988, a incansáveis personagens como Tristão Fernandes. Trinta anos após a redemocratização, vivemos em um momento de crise da “nova” República, que põe à prova a força de nossas instituições democráticas e sua capacidade de resguardar direitos.

É nesse cenário, e com o intuito de homenagear e preservar tão importante legado, que buscamos tecer algumas considerações acerca da justa causa e seu papel como limitador de toda coação ilegal (compreendida, como veremos,

1 Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Graduada em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG).

2 Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Estagiária do escritório Fernando Fernandes Advogados.

3 Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Estagiário do escritório Fernando Fernandes Advogados.

em sentido amplo) no processo penal. Afinal, este campo do direito é fértil para o autoritarismo: como salienta Nilo Batista, “o poder se implantou e se exerceu em muitos lugares e ocasiões recorrendo à pena e ao sistema penal”⁴

1. Breve histórico da justa causa no processo penal

No Código de Processo Penal de 1941, que vigora até hoje, não havia menção à justa causa como uma das condições para a ação penal. Ainda que essa expressão constasse em alguns dispositivos, encerrava significados consideravelmente distintos da atual acepção do termo⁵.

O moderno conceito de justa causa é fruto de lento desenvolvimento na história. Objeto de diversas e distintas (por vezes, contraditórias) interpretações, foi fruto sobretudo de uma articulação doutrinária e jurisprudencial que, diante de uma necessidade concreta de limitar o poder punitivo do Estado para evitar coações arbitrárias (como veremos, o próprio processo penal representa uma coação em si), para, então, ser acompanhada pela legislação.

Cumprir fazer uma breve retrospectiva histórica do conceito, tal como recebido no direito brasileiro. Maria Thereza Rocha de Assis Moura assinala que o emprego da justa causa “está intimamente ligado ao habeas corpus, que foi introduzido em nosso país pelo Código Criminal do Império, de 16.12.1830”⁶. A história da justa causa, portanto, confunde-se com a desse remédio constitucional, que ganhou densidade normativa e teve seu escopo ampliado em semelhante proporção ao longo dos anos.

Ocorre que na época do Império, de acordo com a redação do dispositivo vigente, o *habeas corpus* cabia tão somente nos casos de prisão ou constrangimento ilegal, razão pela qual o escopo do remédio processual era interpretado restritivamente.

4 BATISTA, Nilo. Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 183.

5 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 5, p. 121.

6 *Ibid.*, p. 135.

Foi somente com a primeira Constituição republicana, de 1891, que esse instituto ganhou força. Gabriel Antinolfi Divan assinala que:

Uma oxigenação do instituto do *habeas corpus* e a verdadeira ponte para que se desenvolvesse de modo irreversível uma “nova” noção de *justa causa* é encontrada na disciplina do *writ* feita pela Constituição de 1891, que anota em seu Artigo 72, no parágrafo 22: “Dar-se-á o *habeas corpus*, sem que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder”.⁷

Paralelamente, na doutrina, a “noção de justa causa evoluiu, então, de um conceito abstrato para uma ideia concreta, exigindo a existência de elementos de convicção que demonstrem a viabilidade da ação penal”⁸. Desenvolveu-se nos últimos anos até ganhar corpo como condição da ação penal autônoma.

Segundo Divan,

Entre a virada dos séculos passados, começou a haver uma transição estrutural do conceito de *justa causa* e até certo protagonismo do mesmo dentre as considerações doutrinárias sobre o *habeas corpus*. Noções que implicam na análise de justiça (em si) da medida de constrição (atual ou futura) e sua necessidade (temperando a composição estrita da *legalidade*) ganham força.⁹

Nesse sentido, Moura identifica que foi a partir dessa mudança de entendimento jurisprudencial segundo a qual se passou a interpretar extensivamente o termo “coação ilegal” para avaliar também a legalidade da ação penal¹⁰. Ressalta a autora, todavia, que esse alargamento não foi de todo inédito, uma vez que seguia a tendência da jurisprudência inglesa consolidada no século XIX, ainda sob vigência da investigação de caráter inquisitorial¹¹.

7 DIVAN, Gabriel Antinolfi. Processo penal e política criminal – uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 317.

8 BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 178.

9 DIVAN, Gabriel Antinolfi. Op. cit. p. 325.

10 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 121.

11 Ibid., p. 121.

Na legislação, a justa causa estava ausente dos projetos de novos códigos processuais. Não estava prevista no Anteprojeto “Hélio Tornaghi” (1963) e não possuía o moderno sentido no projeto “Frederico Marques” (1970) – sendo inclusive retirada do texto quando da sua tramitação no Congresso Federal.¹²

A falta de respaldo expresso no Código Processual Penal vigente, todavia, não inviabilizava a consideração da justa causa como condição da ação penal. Com efeito, a hermenêutica jurídica tradicional compreendia já estar prevista em seu antigo art. 43, inciso III¹³. Nas palavras de José Frederico Marques,

Deve, pois, o juiz rejeitar a denúncia com base no que diz o artigo 43, nº III do Código de Processo Penal, que determina tal rejeição quando *faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal*. Ora, a acusação não deixa de ser ameaça de coação; e como esta se considera ilegal quando sem justa causa (Código de Processo Penal, artigo 648, nº I), evidente é que o legítimo interesse, como justa da causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta.¹⁴

Tal posição, ainda que não fale expressamente em justa causa, parece indicar que não basta mera peça acusatória narrando o fato criminoso e imputando-o a um autor, e sim que deve trazer elementos mínimos de suporte probatório que a sustentem. Para Carvalho *et. al*¹⁵, ainda que o autor não empregue diretamente a expressão, sua explicação acerca da legitimidade do interesse de agir deságua na concepção mais comum de justa causa.

Essa concepção já encontrava eco na antiga “Lei de Imprensa”. Esse diploma legal positivava a justa causa como condição para o recebimento da denúncia ou queixa nos casos abarcados por seu escopo¹⁶. Nas palavras de Divan,

O pioneirismo da dita “Lei de Imprensa” nesse aspecto adiantou a futura (pós-2008) redação que foi empregada pelo CPP, e de certa forma consolidou a visão de que a *justa causa*: (a) não mais estava necessariamente

12 Ibid., p. 125-126.

13 “A denúncia ou queixa será rejeitada quando: (...) III- For manifesta a ilegitimidade da parte ou falta condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.”. BRASIL, Código de Processo Penal, 1941.

14 MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual, vol. I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 294.

15 CARVALHO; CHAGAS; FERRER *et al.*, Justa Causa Penal Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 13.

16 DIVAN, Gabriel Antinolfi. Op. cit. p. 328.

adstrita ao campo de estudos do *habeas corpus* e (b) não apenas possuía efeitos doutrinários de discussão quanto à legalidade da(s) *coação(s)* em si, como também era instrumento de “uso” processual (no sentido, justamente, de impedir a “existência” de um processo desnecessário, ou, podemos dizer, *injusto*).¹⁷

Apesar de já estar assentada na doutrina e na jurisprudência – e timidamente presente na legislação –, o mais moderno entendimento da justa causa só foi positivado em 2008, com o advento da Lei 11.719/2008, que alterou significativamente nosso Código de Processo Penal. A reforma processual consolidou, finalmente, a justa causa como condição da ação, incluindo-a no rol do art. 394 do CPP.

Feitas essas breves considerações, passemos a uma análise mais detida do conceito de justa causa, tal como ele é modernamente concebido pela doutrina e aplicado pela jurisprudência.

2. Conceito

Inicialmente, importante ressaltar o quão difícil, senão impossível, é definir o que é justa causa.

Segundo ASSIS MOURA, “esta impossibilidade decorre, a nosso ver, precipuamente de dois fatos: ‘causa possui significado vago e ambíguo, enquanto que ‘justo constitui um valor.’”¹⁸ Por outro lado, para a autora, é possível definir um “conceito-limite”:

Concordamos ser inviável estabelecer-se uma definição absoluta; mas um conceito-limite é praticável para, a partir dele, examinar-se o caso concreto, dentro do amplíssimo leque de hipóteses de falta de justa causa. A pergunta que deve ser sempre feita é: Há, segundo a ordem jurídica vigente, causa legítima para a coação processual?

Plínio de Oliveira Corrêa conceitua justa causa como a “prova indubitosa da existência de uma hipótese delitiva e, pelo menos, em indícios idôneos de sua autoria”.¹⁹

17 Ibid., p. 327.

18 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 97.

19 CORRÊA, Plínio de Oliveira. Teoria da Justa Causa. Revista Ajuris, nº 70, julho de 1997, p. 266-280.

A importância de conceituar a justa causa reside no fato de que, a

Análise da injustiça ou justiça da razão determinante da coação, a fim de considerar legal ou não o constrangimento, a violência, deve ser feita pelo julgador, mas sempre a partir do conceito de ‘justa causa’²⁰.

Cumprido ressaltar que a justa causa, para alguns autores, integra o rol de condições da ação penal, figurando como um quarto elemento de análise. Para Eugênio Pacelli²¹, a justa causa estaria inserida, assim, no contexto do interesse de agir, porquanto necessária a apresentação de um lastro mínimo de prova, demonstrando que tal ação seria viável.

Como apreendido das lições de Thereza Moura, há uma enorme dificuldade na conceituação da justa causa, uma vez que se trata de uma expressão ampla, somada ao fato de não possuir um conteúdo estabelecido legalmente.

Assim, Gustavo Badaró²², em contraponto ao posicionamento de Pacelli, aduz que não há de fato um consenso acerca do enquadramento da justa causa entre as condições da ação, havendo entendimentos pela sua inserção ao interesse de agir, bem como na possibilidade jurídica do pedido.

Para o autor, no entanto, não haveria que se falar na justa causa como integrante das condições da ação, tendo em vista a cisão contida no art. 395 do Código de Processo Penal, que separa a justa causa das condições da ação penal, acondicionando-as em incisos distintos. Assim, o autor conclui que a justa causa está ligada à ausência dos indícios suficientes de autoria, bem como pela falta de prova da materialidade delitiva, sendo uma possibilidade de análise prática do instituto para nortear o magistrado no momento de recebimento – ou rejeição – da denúncia.

3. Ausência de justa causa no oferecimento das denúncias

Segundo Gustavo Badaró “a justa causa foi identificada como a necessidade de que a denúncia ou queixa descrevesse, em tese, um fato típico. Isto é, era

20 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 172.

21 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 73.

22 BADARÓ, Gustavo Henrique. Op. cit., p. 180.

necessária a tipicidade abstrata da conduta imputada”²³. Assim, faltaria justa causa quando o fato narrado não constituísse crime.

No entanto, como vimos, o significado da expressão evoluiu para designar também um suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva. Nesse sentido, leciona Badaró:

A razão de exigir a justa para a ação penal é evitar que denúncias ou queixas infundadas, sem uma viabilidade aparente, possam prosperar. Inegável o caráter infamante do processo penal. É exato que, sob o ponto de vista jurídico, a garantia constitucional da presunção de inocência, enquanto regra de tratamento do acusado, assegura que nenhuma diferenciação possa existir entre, de um lado, aquele que é acusado de um delito, sem que haja uma condenação transitada em julgado contra si, e, de outro, qualquer cidadão que nunca foi processado. Contudo, também é certo que, do ponto de vista moral, social e mesmo psicológico, o simples fato de estar sendo processado criminalmente é um pesadíssimo fardo a ser carregado pelo acusado. Ser réu em processo penal criminal significa, portanto, de alguma forma, já estar sendo punido²⁴.

O art. 395, caput, do CPP determina que a denúncia ou queixa será rejeitada quando faltar “condições para o exercício da ação penal” (inc. II) ou “justa causa para ação penal” (inc. III). Não há no texto legal, contudo, definição das hipóteses de ausência de justa causa.

Nesse sentido, a respeito da justa causa, Badaró observa que “a ausência desse lastro probatório ou da probable cause autoriza a rejeição da denúncia e, em caso de seu recebimento, faltará justa causa para a ação penal”²⁵.

Segundo Lopes Jr.²⁶, para o oferecimento de uma denúncia, o Ministério Público precisa apresentar elementos probatórios mínimos que justifiquem a admissão da acusação, pois caso os elementos sejam insuficientes para justificar a abertura do processo penal, o juiz deve rejeitar a acusação.

23 Ibid., p. 175.

24 Ibid., p. 176.

25 Ibid., p. 163.

26 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 380.

A acusação não pode, diante da inegável existência de penas processuais, ser leviana e despida de um suporte probatório suficiente para, à luz do princípio da proporcionalidade, justificar o imenso constrangimento que representa a assunção da condição do réu. É o “lastro probatório mínimo”, a que alude JARDIM²⁷, exigido ainda pelos artigos 1, 39, § 5º, 46, §1º, e 648, I (a contrário senso), do Código de Processo Penal.”²⁸

Vejamos decisão de relatoria do Ministro Gilmar Mendes:

Direito Processual Penal e Penal. 2. Inquérito. 3. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional, art. 19 da Lei 7.492/86. Obtenção de financiamento mediante fraude. 4. Crime imputado a parlamentar e outros dirigentes de cooperativas. 5. Preliminares de incompetência do STF em relação aos réus que não ostentam prerrogativa de função, de inépcia da inicial e de falta de justa causa. 6. Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do CPP, inépcia não configurada. 7. Justa Causa: “ônus da acusação de demonstrar, ainda que superficialmente, porém com fundamento de relativa consistência, nesta fase preliminar do processo, os fatos constitutivos sobre os quais se assenta a pretensão punitiva do Estado”. Precedentes. 8. Inexistência de elemento, ainda que circunstancial, que autorize intuir validamente o nexo de causalidade entre a atuação do primeiro acusado e o resultado afirmado. 9. Rejeição da denúncia com relação ao parlamentar, único detentor da prerrogativa de função nesta Corte, com a conseqüente declinação de competência para o exame e eventual processamento da denúncia no juízo de primeiro grau.”²⁹

Depreende-se, dessa forma, que não se pode admitir uma denúncia que não possua uma mínima base probatória quanto à existência do crime e sua autoria.

A Ministra Carmen Lúcia também tem decidido pela rejeição da denúncia em casos que não sejam demonstrados indícios “*consistentes de autoria e materialidade delitiva*”³⁰.

27 JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*, São Paulo: Juspodivm, 2012, p. 99.

28 LOPES JR., Aury. *Op. cit.*, p. 380.

29 Inq 3507, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2014. DJ-e: 10/06/2014.

30 Inq 2792, Relatora: Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015. DJ-e de 09/10/2015.

É precisamente nesse sentido o ensinamento de Maria Thereza Rocha de Assis Moura³¹:

É que, para que alguém seja acusado em juízo, faz-se imprescindível que a ocorrência do fato típico esteja evidenciada: que haja, no mínimo, probabilidade (e não mera possibilidade) de que o sujeito incriminado seja seu autor e um mínimo de culpabilidade.

Assim, deverá ser declarada a ausência de justa causa quando não estiver minimamente demonstrada a concorrência do denunciado em relação aos intentos criminosos expostos. Não se pode atribuir de forma irrefletida a um sujeito o cometimento de ilícitos sem a mínima análise fática e contextual, necessária para verificar se de fato houve a prática de condutas criminosas.

Com efeito, devemos levar em conta as considerações do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do HC 158.329:

Não é difícil perceber os danos que a mera existência de procedimento penal impõe ao indivíduo. Daí, a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa de persecução e daqueles que podem decidir-lhe o curso.

Não caso, a denúncia não atendeu aos requisitos mínimos exigidos para que seja considerada hígida. Entendo que a inicial não descreveu minimamente de que modo o paciente agiu para realização dos tipos. A omissão, nesses termos, de fato importa em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, no processo penal contemporâneo, profundamente marcado pela Operação Lava-Jato, tornou-se corriqueiro o oferecimento de denúncias carentes do mínimo de provas, fato agravado diante da parcialidade de alguns magistrados que atuam nos processos.

A atuação conjunta de promotores e juízes permite o oferecimento de denúncias genéricas, nas quais com frequência se burla o princípio do juiz natural. Imputa-se aos acusados fatos algumas vezes deturpados, com o objetivo de escolher o juízo que irá apreciar a denúncia.

31 MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. Op. cit., p. 222.

Sabendo o Ministério Público de antemão que a denúncia será recebida, mesmo sem possuir lastro probatório mínimo, inverte-se o ônus da prova. Ao acusado caberá fazer prova negativa de culpa, em total afronta ao Princípio da Presunção de Inocência.

4. Decisão de recebimento da denúncia

Como já exposto anteriormente, para que uma denúncia seja recebida, esta deve conter indícios mínimos de materialidade e autoria. Caso contrário, ela deverá ser rejeitada pelo juiz. Isso porque, nas palavras de Aury Lopes Jr.,

Deve existir, no momento em que o juiz decide se recebe ou rejeita a denúncia ou queixa, uma clara proporcionalidade entre os elementos que justificam a intervenção penal e processual, de um lado, e o custo do processo penal, de outro.³²

Questiona-se: é a decisão que recebe a denúncia no processo penal mero despacho rotineiro, sem afetação ao andamento do processo, ou trata-se de decisão que necessita de fundamentação, atendendo ao princípio da publicidade dos atos e decisões jurídicas e a necessidade do controle público nas decisões que recebem a denúncia?

Nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal³³, todas as decisões do Poder Judiciário deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Nesse diapasão, o art. 155 do CPP infere-se que o juiz formará sua convicção de forma livre, mas deverá fundamentar sua decisão³⁴.

Para Nereu Giacomolli:

32 LOPES JR., Aury. Direito processual penal. Op. cit., p. 380.

33 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

34 *In verbis*: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Com o recebimento da denúncia ou da queixa-crime altera-se a situação do sujeito, de cidadão comum para acusado, processado. Trata-se, portanto, de relevante decisão criminal, modificativa do *status* do sujeito e não e mero despacho ordinatório. Na medida em que a própria CF determina a motivação de um mero ato administrativo (art. 93, X), as decisões com maior potencialidade restritiva de direitos, como o é o recebimento da denúncia ou da queixa-crime, também comportam fundamentação idônea (circunstâncias de fato e de direito). Portanto, o magistrado há de dizer, argumentar, comunicar racionalmente, a motivação fática e jurídica, não só da rejeição da peça acusatória (arts. 41 e 395 do CPP), mas também os que o levaram a receber a denúncia ou a queixa-crime.³⁵

Gomes Filho³⁶, por sua vez, afirma que a divergência de entendimentos sobre a decisão de recebimento da denúncia tem origem na falta de técnica do Código de Processo Penal. Isso porque esse diploma legal, na sua redação original, cuidava a rejeição da peça acusatória em título relacionado à ação penal, enumerando as hipóteses em que isso deve ocorrer (art. 43, I, II e III). Só mencionava o recebimento, contudo, ao disciplinar o processo comum, dispondo no art. 394: “o juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente”³⁷.

Acerca desta questão, defende Gomes Filho:

Daí – e de qualquer modo – a generalizada tendência, mesmo da mais autorizada doutrina, de classificar o provimento judicial de recebimento da acusação como despacho ou despacho interlocutório simples, o que levou a jurisprudência anterior à Constituição de 1988 não só a entender dispensável a fundamentação, porque não expressamente exigido pelo Código, mas até mesmo a considerar possível o recebimento implícito da denúncia, quando o juiz manda autuar e designa dia e hora para o interrogatório³⁸.

35 GIACOMOLLI, Nereu José. O devido Processo Legal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 262

36 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p 170.

37 BRASIL, Código de Processo Penal. 1941.

38 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. cit., p 171.

Desse modo, é impossível negar a natureza decisória do recebimento da denúncia, diante dos reflexos desfavoráveis que uma acusação infundada pode representar para o cidadão inocente.

Nesse sentido, Yarochevsky³⁹ afirma que:

Não é despiciente saliente que na maioria das vezes o recebimento da denúncia se dá de forma burocrática e por meio de carimbo onde só resta ao juiz assinar “recebo a denúncia”. Em decisões desta estirpe, verifica-se que o magistrado está se furtando em motivar a decisão conforme exigência cravada na Constituição da República (art. 93, IX, CR).

Além disso, há a evidente necessidade de justificação da decisão, em que o juiz demonstre ter analisado os requisitos da peça inaugural e os motivos pelos quais concluiu pela admissibilidade da acusação, sob pena da decisão ser declarada ilegal. Gomes Filho assevera que “trata-se também aqui de conferir à exigência constitucional de motivação de todas as decisões judiciais a apontada função de garantia da efetiva cognição judicial”⁴⁰.

Isso não significa, ressalte-se, que a decisão deva analisar minuciosamente os fatos objeto da denúncia. Deve, sim, verificar se estão presentes os aspectos de regularidade formal da acusação e aqueles relacionados às condições da ação – dentre eles, a justa causa – sem, contudo, adiantar o mérito do caso. É nesse sentido que aduz Giacomolli:

Como na formalização da acusação há somente um juízo provisório de culpabilidade, a fundamentação restringe-se ao *thema decidendum*, ou seja, à verificação da viabilidade acusatória, portanto um juízo provisório de culpabilidade.⁴¹

O que não se admite é uma decisão desprovida de fundamentação, na qual deixe de ser realizada ao menos uma cognição superficial dos indícios de provas indicados pelo Ministério Público. O magistrado não pode silenciar-se diante de acusações sem lastro probatório e desprovidas de verossimilhança.

39 YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. *O Direito Penal em tempos sombrios*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 193.

40 GOMES FILHO, Op. cit., p. 172.

41 GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 263

Nesse sentido, o momento de análise do recebimento da denúncia merece especial importância. É a partir desse ato decisório que o sujeito é convertido, de fato, em réu de uma ação penal, capaz de refletir em todos os aspectos da vida do processado os efeitos negativos da persecução penal.

Desse modo, não deve o magistrado se eximir de analisar o lastro probatório que deve acompanhar a denúncia e torná-la apta ao recebimento, tampouco incorrer em um despacho simples, com um juízo de admissibilidade carente de fundamentação quanto aos elementos apresentados pela acusação, tendo em vista que este é o momento que inaugura o processo criminal. Nessa linha é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, nos autos do Inquérito 4743:

Ementa: INQUÉRITO. DENÚNCIA. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA, CORRUPÇÃO ATIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO (ART. 317, § 1º, ART. 333, § 1º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, V, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DE ATOS SUPOSTAMENTE ILÍCITOS. REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL OBSERVADOS. **FRAGILIDADE DOS INDÍCIOS APRESENTADOS À DEFLAGRAÇÃO DA PERSECUTIO CRIMINIS IN JUDICIO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA CONFIGURADA. DENÚNCIA REJEITADA.** 1. Não contém vício a impedir o exame da deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo aos acusados compreendê-la e exercer o direito de defesa (AP 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.6.2015; INQ 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 3.8.2015). 2. Na espécie, mesmo formalmente apta, a proposta acusatória sucumbe diante da fragilidade dos elementos de informação apresentados para lhe dar suporte, circunstância que evidencia a impossibilidade da deflagração de ação penal desprovida de justa causa, nos termos do art. 6º, caput, da Lei n. 8.038/1990, c/c art. 395, III, do Código de Processo Penal. 3. A narrativa que pretende estabelecer a correlação entre a doação eleitoral supostamente negociada em favor de Romero Jucá Filho e os depósitos realizados pela Gerdau Comercial de Aços S/A nas contas de campanha do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) não encontra suporte indiciário seguro para o prosseguimento da persecutio criminis in judicio, seja pela flagrante diferença de valores repassados por intermédio do Comitê Financeiro Estadual em determinadas doações, seja pela dificuldade em se identificar, à míngua de dados indiciários concretos, a origem do dinheiro, devido à intensa movimentação de depósitos verifi-

cados em favor do comitê, permitida, à época, doação eleitoral de pessoas jurídicas. 4. Denúncia rejeitada.⁴² (grifos nossos)

Ocorre que, apesar da doutrina e jurisprudência apresentarem certa flexibilidade quanto à necessidade de fundamentação, em especial, após a deflagração da Operação Lava-Jato, alguns magistrados passaram a evocar o chamado princípio *in dubio pro societate*, ou a simplesmente aplicar fórmulas prontas de admissibilidade para receber denúncias sem maiores considerações sobre a viabilidade técnica da acusação.

Acerca desse princípio, vejamos trecho da ementa da Ação Originária 2275, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgada em 23.10.2018:

4. Na fase de deliberação quanto à possibilidade de recebimento da denúncia, na qual vigora o princípio do *in dubio pro societate*, afigura-se como suficiente para que se autorize a instauração da ação penal tão somente a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade. A inicial acusatória, portanto, deve alicerçar-se em elementos probatórios mínimos que demonstrem a materialidade do fato delituoso e indícios suficientes de autoria, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

De todo modo, mesmo que se avenge o princípio *in dubio pro societate*, que entendemos ser inconstitucional, deve a denúncia estar alicerçada em elementos probatórios mínimos.

5. Os parâmetros legais para a admissão da acusação estão descritos nos artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal. O primeiro, de conteúdo positivo, enumera os requisitos formais da peça acusatória. Com efeito, a denúncia ou queixa que não contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, além da classificação do crime, impede o exercício da ampla defesa, na medida em que submete o acusado à persecução penal, privando-o do contexto sobre o qual se desenvolverá a relação processual. Já o art. 395 do CPP, de conteúdo negativo, estipula que o libelo acusatório não pode incorrer nas impropriedades a que se reporta,

42 Inq 4347, Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 27/03/2018. DJ-e de 27/03/2019.

quais sejam, a inépcia da denúncia; a falta de pressuposto processual ou condição da ação e a falta de justa causa para o exercício da ação penal.⁴³

Acerca desses elementos probatórios, importante ressaltar que o juízo de admissibilidade da denúncia não deve considerar todo e qualquer “lastro probatório” apresentado pela acusação.

Isso porque, sobretudo com o desenvolvimento da Operação Lava-Jato, investigações foram instauradas com base em depoimentos oriundos dos Acordos de Colaboração Premiada. Assim, o denominado “delator” ou “colaborador”, em acordo com o Ministério Público, revela informações sobre supostos crimes cometidos, dos quais possuía conhecimento, apontando meios para a obtenção de prova e, sobretudo, fornecendo os nomes das figuras supostamente envolvidas nos intentos.

Ocorre que as declarações obtidas através dos referidos acordos passaram a “instruir” as denúncias oferecidas pelo Ministério Público. Assim, se recebida a denúncia pelo juízo, instaurava-se uma ação penal baseada em declarações, muitas vezes desacompanhadas de elementos de provas independentes da palavra do colaborador. Com isso, estaria inaugurada a perseguição penal a um sujeito apenas em virtude das declarações fornecidas por um terceiro.

Reiterados os casos de processos instaurados nessas condições, a partir de denúncias que traziam como base probatória apenas a declaração de colaboradores, a jurisprudência manifestou-se no sentido da impossibilidade de continuidade de um processo no qual as informações fornecidas pelo colaborador não fossem ratificadas por outros elementos de prova. Um exemplo é a decisão no HC 158.319, no Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Corrupção passiva e lavagem de capitais (artigo 317, caput, c/c o artigo 71, ambos do Código Penal; e artigo 1º, caput, da Lei 9.613/1998, respectivamente). 3. Denúncia recebida, por maioria, pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Réu Deputado Estadual. 4. Pedido de declaração de inépcia da denúncia e consequente trancamento da ação penal, por falta de justa causa. 5. A peça acusatória não observou os requisitos que poderiam oferecer substrato a uma perseguição criminal minimamente aceitável. Precário atendimento dos requisitos do artigo 41 do CPP. 6. Violação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da dignidade da pessoa

43 AO 2275, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 23/10/2018. DJ-e de 27/02/2019.

humana. Precedentes. 7. Ordem concedida para trancamento da ação penal instaurada contra o paciente.⁴⁴

Contudo, apesar do relativo avanço pelo reconhecimento da impossibilidade de uma ação penal possuir como base probatória apenas um acordo de colaboração, tal juízo revelou-se relativamente tardio. Tornou necessária a provocação defensiva, por meio da impetração de *habeas corpus* para o trancamento da ação penal.

Consideramos tardio o juízo porque, a essa altura, o sujeito já se encontrava na posição de réu em um processo criminal, com todas as repercussões negativas que tal condição pode trazer. Essa situação é agravada por uma denúncia frágil do ponto de vista probatório, carente, portanto, o réu de elementos sobre os quais precisaria se defender, em uma clara violação ao contraditório e à ampla defesa.

Situações como essa poderiam ser evitadas ainda no momento de admissibilidade da denúncia pelo magistrado. A justa causa, carente de um conceito legal determinado, possibilita uma análise particular ao caso concreto pelo julgador, a fim de constatar se a denúncia oferecida pela acusação possui elementos mínimos de autoria e materialidade, bem como se possui lastro probatório adequado. Em sentido mais amplo, possibilita também analisar se, de fato, persistem motivos para deflagrar a persecução penal.

Assim, ausente a justa causa, o magistrado pode rejeitar a denúncia, interrompendo os seus efeitos sobre o acusado, e impedindo a instauração de um processo criminal. Nesse sentido, Eugênio Pacelli⁴⁵ ensina que:

Do ponto de vista do exercício do Poder Público, com efeito, não se deve admitir o desenvolvimento de atividade jurisdicional inútil, ou útil apenas em relação a determinados fins e interesses. Não há um direito subjetivo do acusado em ver julgado o mérito da ação penal, sobretudo quando o único fundamento a legitimar tal pretensão seja a inadequação da iniciativa persecutória.

44 HC 158319, Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 26/06/2018. DJ-e de 11/10/2018.

45 PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. Op. cit., p. 73.

Não restam, portanto, dúvidas acerca da imprescindibilidade da análise pelo magistrado, de ofício, da ausência de justa causa, de acordo com o caso concreto. Não pode subsistir o juízo genérico e raso de aceitação das alegações feitas pelo Ministério Público para que, apenas com o curso do processo, busque-se provas para a condenação do tornado acusado.

Acerca do momento processual de análise da justa causa – a decisão de recebimento da denúncia –, pode se constatar um lapso sem a possibilidade de exercício do contraditório e da ampla defesa. Entre o oferecimento da denúncia e a análise pelo magistrado competente não há qualquer oportunidade prevista para a manifestação da defesa, em um claro descompasso com a paridade de armas que deveria prevalecer no processo penal.

O primeiro momento em que a defesa é instada a se manifestar ocorre justamente após a decisão que recebe a denúncia, ainda que nesta esteja ausente a justa causa. Assim, o réu deve oferecer resposta à acusação, que pode se revelar uma árdua tarefa quando a peça inicial não apresenta elementos mínimos da autoria ou materialidade dos crimes narrados, privando o acusado de clareza quanto ao que de fato precisa se defender.

Visando a solução de tal deficiência, foi proposto o Projeto de Lei 7023/2017, de autoria do Deputado Federal Wadih Damous, buscando a alteração dos arts. 396, 396-A e 397 do Código de Processo Penal, a fim de que o momento de oferecimento da resposta à acusação se desse antes do recebimento da denúncia. Assim, o magistrado, ao analisar a acusação oferecida pelo Parquet, estaria diante também das razões defensivas, priorizando o contraditório e a ampla defesa para a tomada de decisão⁴⁶.

Tal mudança processual se mostra necessária na medida em que é perceptível a falta de análise pelos juízos da presença ou não de justa causa para a instauração da ação penal, tendo em vista que ocorre reiteradamente uma consideração não apenas rasa dos elementos apresentados pela acusação, mas um juízo equivocado a respeito da produção probatória.

46 Nesse sentido, retomamos as lições de Leonardo Yarochewsky: “Em nome dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa nada mais acertado do que logo após o oferecimento da denúncia ou da queixa-crime (ação de iniciativa privada) seja dado vista à defesa para responder a acusação. Assim, quando o juiz decidir sobre o recebimento ou não da denúncia ou da queixa, deverá o fazer, levando em consideração, também, as razões apresentadas pela defesa. Somente assim haverá um desejado equilíbrio entre as partes”.

De fato, no momento de recebimento da denúncia o magistrado deve formular um juízo superficial, sem adentrar ao mérito da causa. Tem vigorado, contudo, o entendimento de que, ainda que ausentes os elementos probatórios quando do oferecimento da denúncia, esta deveria ser recebida para que então, com o desdobramento do processo, sejam produzidas as provas necessárias ao julgamento do caso.⁴⁷

Há, portanto, certa confusão quanto ao momento processual do recebimento da denúncia, uma vez que, apesar da necessidade de análise superficial dos fatos e fundamentos apresentados, não pode o juízo receber uma acusação absolutamente vaga, sem provas ou narrativa adequada aos preceitos processuais penais, para buscar ao longo do processo elementos que corroborem a acusação. Retomando as lições de Eugênio Pacelli, “se a acusação não tem provas nem as declina na inicial, não deveria propor a ação”⁴⁸.

Ademais, com a antecipação do momento de oferecimento da resposta à acusação, subsistiria à defesa a possibilidade de suscitar a absolvição sumária do acusado, nos termos do art. 397 do Código de Processo Penal. A ausência de justa causa poderia ser uma das razões de absolvição sumária apreciadas pelo magistrado. Isso sem prejuízo, segundo Pacelli⁴⁹, de a acusação, tendo a sua denúncia rejeitada nesses termos, ingressar novamente em juízo após a coleta de material probatório.

Assim, tal raciocínio mostra-se o mais razoável, de modo a garantir que a denúncia só seja recebida e o processo penal instaurado quando presentes elementos mínimos que garantam o seu transcurso, possibilitando ao acusado a

47 Merece destaque a conclusão, a qual consideramos equivocada, do Deputado Edson Moreira, relator do Projeto de Lei 4372/2016, que buscava a alteração do dispositivo processual penal da justa causa, no que tange os crimes da lei 12.850, para que a denúncia fosse rejeitada quando só possuísse como base delação premiada. Assim votou o relator, para rejeitar a proposta: “[...] Deve-se rememorar que, para se dar início a um processo penal, não se faz necessário um juízo de certeza acerca da prática delituosa, de forma que “nada impede que uma colaboração premiada, isoladamente considerada, sirva como fundamento para a instauração de um inquérito policial ou até mesmo para o oferecimento de uma peça acusatória”. A certeza deve ser buscada durante a instrução probatória, oportunidade em que poderão ser colhidos elementos que corroborem as declarações prestadas em sede de colaboração premiada [...]”.

48 PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 73.

49 *In verbis*: “É que se admitir a rejeição da peça acusatória sob tal fundamento (falta de justa causa) iria unicamente em favor dos interesses persecutórios, dado que permitiria o novo ingresso em juízo, após nova coleta de material probatório. Ora, se a acusação não tem provas nem as declina na inicial, não deveria propor a ação. Uma vez oferecida a denúncia, ou queixa, podese argumentar, a ação deveria ter seguimento, com a absolvição do acusado – e não a rejeição da denúncia, por falta de justa causa –, se insuficiente a atividade probatória da acusação”. PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 73.

ampla defesa e o contraditório. O réu saberá precisamente o que lhe está sendo imputado, bem como lhe será oportunizada a refutação das provas que o Ministério Público apresenta para corroborar da sua narrativa.

Tal entendimento resta corroborado pelas lições de Rubens Casara e Cesar Melchior⁵⁰, que, acerca das denúncias recebidas sem justa causa, afirmam: “todo este imbróglio jurídico seria evitado se compreendido que a reforma do Código de Processo Penal, em 2008, buscou o fortalecimento de um contraditório prévio, evitando a instauração leviana de demanda criminal”.

5. Correlação entre denúncia e sentença

Para além de tais equívocos no momento de análise da justa causa, destaca-se que o problema surge, para Lênio Streck, quando juízes “decidem e depois fundamentam”⁵¹.

O juiz que já possui “convicção” sobre a culpabilidade dos denunciados apenas recebe a denúncia, desincumbindo-se da análise da existência de provas suficientes sobre os fatos narrados, bem como do dever de fundamentação da decisão. Viola-se, desse modo, o devido processo legal e o princípio do *in dubio pro reo*, além de permitir, com frequência, o prosseguimento de lides temerárias.

Diante desse quadro, é necessário que se garanta alguma correlação entre a denúncia e a sentença. Isso significa que os fatos descritos na denúncia deverão ser o objeto da sentença penal, não podendo o juiz inovar na sentença atribuindo fatos completamente diversos ao denunciado.

Gustavo Badaró, em sua obra intitulada “Correlação entre acusação e sentença” fala sobre o objeto da imputação:

Podemos então dizer, já adiantando algumas conclusões, que o objeto do processo penal está ligado à imputação, que consiste na formulação da pretensão penal. O objeto da imputação, isto é, o fato enquadrável em um tipo penal, que se atribui a alguém, deve permanecer imutável ao

50 CASARA, Rubens; MELCHIOR, Antonio Pedro. Dogmática e crítica. Conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, *apud* YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O direito penal em tempos sombrios. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 193.

51 Fala do jurista Lênio Streck na Aula Aberta “Diálogos entre a democracia, constituição e o processo penal”, organizada pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, em 09 mai. 2019.

longo do processo, pois o objeto da sentença tem de ser o mesmo objeto da imputação, lá baseado em um juízo de certeza, aqui em uma probabilidade. Se o processo serve para a verificação da imputação, a sentença, como momento máximo de conclusão do processo, deve confirmar ou refutar a imputação. Assim, a sentença não pode fundar-se ou ter em consideração algo diverso, ou que não faça parte da imputação.⁵²

Essas regras, contudo, não parecem ser as mesmas após o advento da Operação Lava-Jato e da jurisprudência que a acompanhou.

Frequentemente, o juiz recebe a denúncia sem fazer uma análise detida da imputação penal e sem verificar se há indícios mínimos de prova. Disso resulta que, após a instrução processual, não é possível confirmar a tese acusatória. Nesses casos, pode ocorrer de o magistrado não absolver o réu, imputando a ele outros fatos e outros delitos não descritos na peça inaugural do Ministério Público.

O processo é, assim, desvirtuado. Ao réu, imputam-se outras condutas que não eram objeto do processo e de que não pode se defender. Prescinde-se, pois, da correlação entre a acusação e a sentença, fato inaceitável em um sistema acusatório.

Do mesmo modo, viola-se o princípio da ampla defesa. Nas palavras de Gustavo Badaró, “o desrespeito a princípios tão fundamentais do direito processual, sem dúvida, implicará na ineficácia da sentença que violar a regra da correlação entre a acusação e sentença”⁵³.

Desta forma, o denunciado acaba sofrendo com um processo arbitrário, processado por um juiz – por vezes incompetente – e que muitas vezes já possui “convicção” de sua culpa.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e verdade, senão também uma garantia de segurança(ou de defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça”⁵⁴

52 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Correlação entre acusação e sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 85.

53 *Ibid.*, p. 130.

54 LOPES JR., Aury Celso Lopes Jr. *Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 181.

6. Conclusão

Diante do exposto, torna-se evidente que a justa causa é um instituto imprescindível para a análise da viabilidade de uma ação penal no momento de sua instauração. Para além de um viés estritamente analítico, a justa causa revela-se como uma espécie de freio ao arbítrio do acusador, que não pode se eximir do cumprimento dos requisitos formais de oferecimento da denúncia, apresentando uma base probatória mínima que corrobore a narrativa acusatória.

A justa causa desponta, ainda, como um parâmetro de análise obrigatória ao magistrado, impedindo o início de uma ação penal infundada, baseada em uma denúncia sem os mínimos elementos probatórios. Essa medida de análise revela-se necessária para a garantia, sobretudo, do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal, de modo a permitir a maior participação defensiva no processo.

Assim, plenamente justificável o pleito de reformulação do rito processual estabelecido, qual seja, a apresentação da resposta à acusação antes do recebimento da denúncia pelo magistrado, a fim de privilegiar o debate no processo penal, garantindo de fato a paridade de armas entre acusação e defesa.

Desse modo, compreende-se que uma análise mais detida pelo magistrado quanto à justa causa, considerada como um conceito amplo, garante que nenhum cidadão seja submetido a um processo que sequer deveria ser iniciado, sob a justificativa de permitir a produção probatória ao longo da persecução penal. Ora, se o Código de Processo Penal prevê a rejeição da denúncia que não apresenta a justa causa, não pode ser este momento neutralizado pelo juízo para tornar pendentes ao curso do processo elementos que já deveriam constar no oferecimento da denúncia.

Entendemos, em conclusão, que a justa causa está intimamente relacionada com as garantias constitucionais e processuais penais do cidadão, de modo a limitar (e racionalizar) o início de ações penais para as situações nas quais estejam presentes todos os seus pressupostos legais, garantindo o respeito, sobretudo, à ampla defesa e ao contraditório.

Habeas Corpus nos Tribunais Superiores – Propostas para Reflexão

Thiago Bottino¹

Resumo: O artigo apresenta parte dos produtos elaborados durante o Projeto de Pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores”, selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil”, financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE). Trata-se de pesquisa empírica que examinou as impetrações de *habeas corpus* e recurso de *habeas corpus* perante o STF e o STJ no período de 2008 a 2012.

Sumário: 1. Introdução – 2. Contextualização: o uso do *habeas corpus* no sistema processual penal brasileiro – 3. Análises quantitativas: 3.1 Autoridade coatora; 3.2 Impetrante; 3.3 Julgamento – 4. Análises qualitativas: 4.1 Crime de roubo e dosimetria; 4.2 Crime de roubo e fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 4.3 Crime de furto e princípio da insignificância; 4.4 Crime de furto e prisão cautelar; 4.5 Crime de tráfico e prisão cautelar; 4.6 Crime de tráfico e fixação do regime inicial de cumprimento de pena; 4.7 Questões gerais de dosimetria – 5. Conclusão.

“*Querer-se livre é também querer livres os outros.*” (Simone de Beauvoir).

¹ Doutor em Direito. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Pesquisador visitante do Ipea e coordenador da Pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores”.

1. Introdução²

O presente artigo consolida um diagnóstico sobre o uso de *habeas corpus* (HC) e recursos ordinários de *habeas corpus* (RHC) no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF), proveniente de duas fontes distintas.

A primeira fonte é o relatório final do Projeto de Pesquisa “Panaceia universal ou remédio constitucional? *Habeas corpus* nos tribunais superiores”, selecionado na Chamada Pública Simplificada Ipea/PNPD 131/2012, no âmbito do projeto “Pensando o Direito e as Reformas Penais no Brasil”, financiado pelo Ministério da Justiça (MJ) e pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), vinculado à Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE).³

A segunda fonte, tão importante quanto a primeira, foram as observações, críticas e sugestões recebidas durante as diversas apresentações realizadas para debater os resultados da pesquisa,⁴ que permitiram seu refinamento, aprimoramento, além da realização de cruzamentos de dados que não haviam sido cogitados inicialmente.

2 Artigo publicado originalmente na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 112 (2015).

3 Gostaria de agradecer a todos aqueles que integraram a equipe de pesquisa, alunos da graduação, do mestrado e do doutorado da FGV (Direito Rio, EBAPE e EMAP), da UNIRIO e da UERJ: Alessandra Corrêa Cid, Amanda Pimenta Gil Prota, Ana Beatriz Mandina da Graça Couto, Ana Heymann Arruti, Ana Luiza Aucar Pinheiro, Arthur Lardosa dos Santos, Beatriz Nunes Valim, Bianca Dutra da Silva Rego, Bruna Brilhante Peluso, Bruno de Castro da Rocha, Daniel Lopes da Silva Ferreira Oliveira, Eduardo Cavaliere Gonçalves Pinto, Eugeniusz Costa Lopes da Cruz, Fernando Seraphim Nunes, Gabriel Borges Mariano, Giulia Schettino Rigolon, Gustavo Cavaliere da Rocha, Harllos Arthur Matos Lima, Igor da Costa Damous, Israel da Silva Teixeira, Jacques Felipe Albuquerque Rubens, João André Dourado Quintaes, João Moreno Onofre Barcellos, José Luiz Nunes, Julia Leite Valente, Juliana Dantas Machado, Larianne Pinto Sampaio, Larissa de Lima e Campos, Leonardo Kozlowski Miguez, Luca Pereira Wanick Vannuzini, Lucas Florençano de Castro Monteiro, Lucas Ferreira Machado Homem, Lucas Matheus Bastos, Lucas Seta Araujo Figueiredo, Lucas Valentim Mendes, Luis Guilherme Scherma Reis, Marcelo Mattos Fernandes, Marcos Vinícios Belmiro Pronsca, Matheus Eleon Peixoto Figueiredo Vieira, Orlando Ribeiro da Silva Netto, Patricia Motta Rubio Pinto Alves, Patricia Perrotta de Andrade, Paulo Ricardo Figueira Mendes, Pedro Henrique Archer, Pedro Henrique Lourenço da Costa, Rafael Serra de Carvalho, Raphael Rodrigues da Cunha Figueiredo, Rebeca Jardim de Barros, Ricardo Carrion Barbosa Alves, Ricardo Duarte Fernandes Figueira, Rogério de Barros Sganzerla, Savio Azevedo Capra Marinho, Thiago Silva Belisário, Victor Morozowski Guimarães, Vinicius Cardoso Reis e Yasmin Curzi de Mendonça. Devo um agradecimento especial à equipe do Projeto Supremo em Números (www.fgv.br/supremoemnumeros), nas pessoas do coordenador do projeto, Prof. Ivar Alberto Martins Hartmann, parceiro de primeira hora e interlocutor fundamental nessa empreitada, e também a Daniel de Magalhães Chada e Felipe Araújo Silva.

4 Foram realizadas apresentações, seguidas de debate, nos seguintes locais: (1) Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 16.10.2013; (2) Gabinete do Min. Og Fernandes, STJ, em 25.11.2013; (3)

O artigo está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo é destinado a uma breve contextualização sobre as razões que levaram à realização da pesquisa. O *habeas corpus* é uma das ações judiciais mais importantes do sistema jurídico brasileiro e a mudança de orientação jurisprudencial que limitou a utilização do *writ* iniciada no âmbito da 1.^a T. do STF (rapidamente adotada e ampliada pelo STJ) repercutiu de forma contundente não só no mercado como na academia. A pesquisa foi realizada neste contexto.

O segundo capítulo é dedicado à análise quantitativa dos dados coletados e apresenta os resultados obtidos a partir de algumas das diversas variáveis pesquisadas. A base de dados construída durante a pesquisa permite constante atualização, bem como a realização de inúmeros novos cruzamentos entre os dados, de modo que os exames aqui apresentados constituem uma pequena fração das informações que podem ser obtidas.

O terceiro capítulo apresenta a pesquisa qualitativa sobre os temas e fundamentos de maior ocorrência identificados na etapa anterior. Buscou-se identificar as questões jurídicas subjacentes aos crimes e temas de maior ocorrência – algo que não fica claro quando se trabalha apenas dados quantitativos – a fim de que se pudesse compreender as razões do grande número de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante os tribunais superiores.

Por fim, o quarto e último capítulo formula propostas de articulação e integração entre as instituições do sistema de justiça para a melhoria da prestação jurisdicional, buscando conciliar (1) o uso do HC como instrumento de proteção da liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder com (2) o sistema de competências das diversas instâncias judiciárias e, fundamentalmente, com (3) a eficiência do sistema de prestação jurisdicional pelos Tribunais Superiores.

Ministério da Justiça, em 26.11.2013; (4) TJSP, em 16.05.2014; (5) Comissão de Defesa do Direito de Defesa do Conselho Federal da OAB, em 20.05.2014; (5) FGV Direito SP, com IBCCrim e IDDD, em 28.05.2014; (6) STJ, em 02.06.2014; (7) TJRJ, em 04.08.2014; (8) Gabinete do Presidente do TJSP, em 14.08.2014; e, (9) 20.^o Seminário Internacional do IBCCrim, em 29.08.2014. Cabe, aqui também, alguns agradecimentos especiais àqueles que viabilizaram essas apresentações e foram apoiadores importantes da equipe de pesquisa: Professores Heloísa Estellita e Pierpaolo Cruz Bottini, Desembargadores Sérgio Verani e Renato Nalini e os Ministros Og Fernandes e Rogério Schietti Cruz. Por fim, é preciso agradecer aos membros do Ipea e da Sal que apoiaram esses eventos e também aos três avaliadores do relatório final da pesquisa, que contribuíram para seu aperfeiçoamento.

2. Contextualização: o uso do *habeas corpus* no sistema processual penal brasileiro

A previsão da ação de *habeas corpus* consta da Constituição Brasileira de 1988 no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, LXVIII).⁵ Não se trata de novidade no sistema constitucional brasileiro. Todas as Constituições, desde 1824, previram tal ação, que já surgiu com as principais características que até hoje o colorem, tais como a possibilidade de pedido em nome alheio e o rito especial, marcado pela celeridade e pela simplicidade. O Código Criminal de 1832 dispensava o pagamento de emolumentos, previa a concessão da ordem *ex officio*, o cabimento contra ato de particular e punições para quaisquer pessoas que se negassem ou dificultassem o cumprimento imediato da ordem. Da mesma forma, o primeiro Código Criminal da República (Dec. 848, de 11.10.1890, promulgado pelo Governo Provisório) orientou-se pela percepção de que a existência de uma ação própria para a salvaguarda da liberdade de locomoção constitui pedra de toque para a estruturação de um Estado de Direito.⁶

Por outro lado, os regimes autoritários, de modo geral, sempre nutriram desconfiança desta ação de proteção da liberdade individual. Não por outro motivo, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu o recurso *ex-officio*

5 “Conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na ameaça de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”.

6 “O mesmo zelo pela liberdade individual presidiu às disposições relativas ao *habeas corpus*. As formulas mais singelas, mais promptas, e de maior efficacia foram adoptadas; e, como uma solida garantia em favor daquelle que sofre o constrangimento, ficou estabelecido o recurso para o STF em todos os casos de denegação de ordem de *habeas corpus*. Tanto quanto é possivel e dentro dos limites naturalmente postos á previsão legislativa, ficou garantida a soberania do cidadão. É este certamente o ponto para onde deve convergir a mais assidua de todas as preocupações do governo republicano. O ponto de partida para um solido regimen de liberdade está na garantia dos direitos individuaes. O principio fundamental de que só um poder judicial independente é capaz de defender com efficacia a liberdade e os direitos dos cidadãos na lucha desigual entre o individuo e o Estado, foi neste organismo rigorosamente observado” (sic). No início da República, a extensão dada a essa ação foi tamanha que a polêmica que se formou sobre a interpretação da disposição constitucional ficou conhecida como “doutrina brasileira do *habeas corpus*” e só foi encerrada com a aprovação de uma emenda constitucional, em 1926, limitando a utilização do *habeas corpus* para situações em que estivesse ameaçada a liberdade de locomoção.

(*rectius*, reexame necessário) das decisões concessivas de *habeas corpus* por juiz de primeiro grau (art. 574, I, do CPP) ao argumento de defesa social.⁷

O *habeas corpus* é e sempre foi um mecanismo ágil para a proteção da liberdade fundamental. Sua utilização no sistema processual penal brasileiro está indissociavelmente ligada à evolução da cidadania no Brasil e à proteção das liberdades civis.

No início da República, quando as ameaças provinham, sobretudo, do Poder Executivo, os embates entre o Presidente Floriano Peixoto e o STF constituíram uma defesa importantíssima para a afirmação das liberdades civis.⁸ Igualmente, as ditaduras que assolaram o Brasil nas décadas de 30/40 e 60/70 do século passado foram sofreadas pelo Poder Judiciário graças ao manejo dessa ação.

Com efeito, o único período histórico no qual se impediu a utilização do *habeas corpus* no Brasil foi durante a ditadura militar, por meio da edição do Ato Institucional 5, de 13.12.1968: “Art. 10. Fica suspensa a garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.”

De forma similar, o Ato Institucional 6, de 01.02.1969, alterou a Constituição para impedir a impetração de *habeas corpus* substitutivo de recurso em *habeas corpus*: “Art. 114. Compete ao STF: (...) II – julgar, em recurso ordinário: a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário”.

A preocupação do regime ditatorial em proibir a impetração de *habeas corpus* e sua utilização como substitutivo de recurso de *habeas corpus* revela a importância processual do instituto para a proteção do Estado Democrático de Direito e também sua relevância histórica. A Constituição de 1988, que se seguiu à ditadura militar instalada em 1964, não autoriza a suspensão da garantia do *habeas corpus* nem mesmo durante a decretação de Estado de Sítio ou Estado de Defesa (arts. 136 a 141).

7 A exposição de motivos do Código de Processo Penal, redigida por Francisco Campos (publicada no DOU de 13.10.1941) afirma: “Ora, se admitiu recurso para o Tribunal de Apelação, da sentença do juiz inferior no caso de denegação do *habeas corpus*, não seria compreensível que a Constituição [Carta outorgada de 1937], visceralmente informada no sentido da incontestável supremacia do interesse social, se propusesse à abolição do recurso ex-offício, para o mesmo Tribunal de Apelação, da decisão concessiva de *habeas corpus*, também emanada do juiz inferior, que passaria a ser, em tal caso, instância única”.

8 Costa, Emilia Viotti da. O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania. São Paulo: Unesp, 2006.

Não por outra razão, restabelecida a democracia, o *habeas corpus* passou a ser utilizado com força renovada. Entre 1990 e 2012 o crescimento das impetrações de *habeas corpus* foi de 397%, representando 6,8% de todos os casos julgados pelo STF em 2012, (ficando atrás, em número de feitos julgados, apenas dos recursos extraordinários e agravos de instrumento). O recurso ordinário de *habeas corpus* teve crescimento muito maior, de 1.170%, porém continua representando apenas 0,28% dos julgamentos do STF em 2012.

No entanto, esse crescimento deu-se de forma acentuada a partir de 2008. A média de *habeas corpus* julgados no STF entre 2003 e 2007 foi de 1.792 *habeas corpus* por ano, ao passo que entre 2008 e 2012 foi de 5.845 casos por ano, o que representa 326% da média anterior. Já no STJ, a média de *habeas corpus* julgados era de 14.363 por ano entre 2003 e 2007, passando para 32.935 por ano no período de 2008 a 2012, o que representa 229% da média anterior.

Até 2003, medidas pontuais foram tomadas pelo STF para estreitar o âmbito de utilização do *habeas corpus*. Considerando-se apenas as súmulas editadas pelo STF nos últimos 30 anos, houve limitações em 1984⁹ e 2003.¹⁰

Entretanto, as hipóteses de impetração alcançadas por esses enunciados são pouco relevantes numericamente, talvez com exceção da Súmula 691, a qual, contudo, é frequentemente desrespeitada pelo próprio STF. Por outro lado, também em 2003, foi estabelecida uma nova possibilidade de impetração, não prevista na Constituição,¹¹ criando uma nova hipótese de cabimento de *habeas corpus* (entendimento que só perdurou até 2007).

9 Súmula 606, de 29.10.1984: “Não cabe habeas corpus originário para o Tribunal Pleno de decisão de turma, ou do Plenário, proferida em habeas corpus ou no respectivo recurso”.

10 Súmulas 691, 692, 693, 694 e 695, todas de 09.10.2003: Súmula 691: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” Súmula 692: “Não se conhece de habeas corpus contra omissão de relator de extradição, se fundado em fato ou direito estrangeiro cuja prova não constava dos autos, nem foi ele provocado a respeito.” Súmula 693: “Não cabe habeas corpus contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada.” Súmula 694: “Não cabe habeas corpus contra a imposição da pena de exclusão de militar ou de perda de patente ou de função pública.” Súmula 695: “Não cabe habeas corpus quando já extinta a pena privativa de liberdade”.

11 Súmula 690, de 09.10.2003: “Compete originariamente ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de habeas corpus contra decisão de turma recursal de juizados especiais criminais”. Esse entendimento só foi modificado em 2007.

Porém, em 2012 ocorreu uma mudança na orientação da 1.^a T. do STF no que tange ao conhecimento de *habeas corpus*, estabelecendo a inadequação do *habeas corpus* quando o caso sugere recurso ordinário constitucional. O principal argumento do relator do HC 109.956/PR (j. 07.07.2012, publicado no DJe em 11.09.2012), Min. Marco Aurélio, foi o grande número de *habeas corpus* ajuizados perante o STF nos últimos anos.¹²

Essa nova orientação foi imediatamente seguida pela 5.^a T. do STJ, que decidiu de forma semelhante o HC 216.882, não conhecendo *habeas corpus* impetrado em substituição ao recurso em *habeas corpus*, cabível no caso concreto. A partir daí, ganhou força a jurisprudência de não conhecer *habeas corpus* em substituição a qualquer outro recurso cabível.¹³ Este posicionamento foi duramente criticado, na medida em que reproduzia as limitações à utilização do *habeas corpus* impostas pela ditadura militar com a edição do Ato Institucional 6.

Mas o ponto mais importante é que tais medidas restritivas não foram capazes de gerar uma redução significativa na demanda (se é que geraram esse efeito): conforme já mencionado, a média de *habeas corpus*/ano no STF entre 2008 e 2012 foi de 5.845 casos e no STJ de 32.935 casos. Em 2013, o STF julgou mais de 5 mil *habeas corpus* (HC) e cerca de 800 recursos de *habeas corpus* (RHC). No STJ, a situação se mostra ainda mais dramática: mais de 31 mil *habeas corpus* e cerca de 6 mil recursos em *habeas corpus* julgados em 2013. Tais números se mantiveram em patamares extraordinariamente altos, incompatíveis com uma prestação jurisdicional célere e qualificada. Uma situação insatisfatória para jurisdicionados, advogados e julgadores.

12 “Em época na qual não havia a sobrecarga de processos hoje notada – praticamente inviabilizando, em tempo hábil, a jurisdição –, passou-se a admitir o denominado *habeas substitutivo* do recurso ordinário constitucional previsto contra decisão judicial a implicar o indeferimento da ordem. Com isso, atualmente, tanto o Supremo quanto o STJ estão às voltas com um grande número de *habeas corpus* – este Tribunal recebeu, no primeiro semestre de 2012, 2.181 *habeas* e 108 recursos ordinários, e aquele, 16.372 *habeas* e 1.475 recursos ordinários. Raras exceções, não se trata de impetrações passíveis de serem enquadradas como originárias, mas de medidas intentadas a partir de construção jurisprudencial”. Vê-se, portanto, que o fundamento não tratou de dogmática jurídica, mas sim de gestão judiciária.

13 Vejam-se os HC 243.034, 284.176 e 292.926, todos julgados pela 5.^a T. do STJ, em que não se conheceu *habeas corpus* em substituição a recurso especial, e HC 269.717, 287.349, 283.544, julgados pela 6.^a T. do STJ. Veja-se, também, os HC 250.990 e 295.674, julgados respectivamente pelas 5.^a e 6.^a T., em que não se conheceu o *habeas corpus* em substituição à revisão criminal.

Assim, o problema do alto número de processos persiste. E gera efeitos perversos. De um lado, a demora no julgamento de ações que são, por sua própria natureza, urgentes. Considerados todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados entre 2008 e 2012, estavam ainda pendentes de julgamento em 2013 cerca de 9% no STF e 11% no STJ. Também é alto o percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* que, quando chegam ao julgamento, são considerados prejudicados: cerca de 20% no STF e de 25% no STJ, considerando o período entre 2008 a 2012. Somadas, as taxas de “injustiça pela demora” (29% no STF e 36% no STJ) correspondem a quase um terço de todas as impetrações.

De fato, as decisões do STF e STJ que restringem o uso do *habeas corpus* substitutivo de recurso em *habeas corpus* ou de qualquer outro recurso pretendem limitar o número de ações reduzindo a amplitude do uso do *habeas corpus*. No entanto, essa solução não se mostra adequada.

De primeiro porque tanto o STF como o STJ concedem muitas ordens de ofício nos *habeas corpus* que supostamente não são conhecidos. Ora, não conhecer, mas conceder de ofício uma ordem pelos próprios fundamentos da impetração não é mais do que um jogo de palavras e não gera incentivos para a diminuição da demanda.

Por outro lado, cria riscos para o funcionamento do sistema penal. Não se pode esquecer que, historicamente, mas, sobretudo, após a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988, as mais importantes decisões do STF e STJ em matéria de Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução Penal foram travadas em sede de *habeas corpus* ou recursos em *habeas corpus*, dentre os quais, muitos impetrados pelos próprios pacientes.

Os *leading cases* (precedentes importantes) e as principais discussões constitucionais em matéria penal (gerando significativas mudanças legislativas a partir de declarações de inconstitucionalidade) foram proferidas pelos tribunais superiores graças ao fato de que *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* chegavam livremente aos tribunais superiores. Nesse aspecto, pode-se dizer que em matéria penal, o *habeas corpus* é mais salutar para o sistema penal do que as próprias ações de controle concentrado de constitucionalidade.

3. Análises quantitativas

Este capítulo destina-se a apresentar os dados quantitativos obtidos na pesquisa. Dentre as diversas variáveis mapeadas – (1) autoridade coatora; (2) impetrante; (3) relator; (4) órgão julgador; (5) se se tratava de matéria criminal; (6) decisão liminar; (7) parecer do Ministério Público; (8) resultado do julgamento; (9) tipo penal; (10) fundamento da decisão; (11) tema em discussão; (12) situação do paciente no momento da impetração; (13) concessão *ex officio* – esse artigo abordará apenas cinco: origem (autoridade coatora), resultado, impetrante, tipo penal, tema em discussão.

3.1 Autoridade coatora

No caso do STF, seriam esperadas apenas três origens: STJ, STM (tribunais superiores que atuam em matéria criminal, cujas decisões são passíveis de impugnação perante o STF) e, excepcionalmente, autoridades cujos atos estejam sujeitos à competência do STF, como Deputados e Senadores (geralmente no exercício de funções em Comissões Parlamentares de Inquérito).

Nesse sentido, houve surpresa ao se identificar o percentual de 15,4% de casos oriundos de instâncias inferiores (tanto tribunais de 2.^a instância como varas de 1.^a instância), o que se refletiu no grande número de casos de não conhecimento com fundamento na incompetência do STF para apreciação das ações de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus*.

Embora seja um percentual elevado, tais *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* são facilmente identificáveis, sendo “filtrados” já no momento de autuação e distribuição, recebendo decisões padronizadas de declaração de incompetência com o declínio para o órgão correspondente.

Já no STJ, o percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos de órgãos jurisdicionais não sujeitos à sua jurisdição é bem menor, da ordem de 3,6% (muito embora seja a 6.^a maior origem registrada). A surpresa fica por conta da altíssima concentração de casos com origem no TJSP.

A alta concentração de casos oriundos do TJSP mostra-se um ponto de especial relevância, uma vez que não é compatível com dados de população (São Paulo concentra apenas 21,72% da população brasileira)¹⁴ nem com dados de população prisional¹⁵ (embora seja o Estado com a maior população carcerária, com 34,60%).

Como se pode perceber na tabela abaixo, essa discrepância não se verifica nos Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, nem no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos quais os dados de população e população carcerária conjugados se mostram mais próximos ao percentual de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ.

ESTADO	População demográfica	Percentual população demográfica	Percentual população carcerária	HCs e RHCs no STJ
São Paulo	43.663.672	21,72%	34,60%	43,80%
Minas Gerais	20.593.366	10,24%	9%	9,40%
Rio de Janeiro	16.369.178	8,14%	7%	7,40%
Rio Grande do Sul	11.164.050	5,55%	6%	6,70%
Distrito Federal	2.789.761	1,39%	5,65%	4,40%

Vê-se que São Paulo apresenta uma diferença de mais de 20 pontos percentuais em relação à população total e mais de 10 pontos percentuais quando se observa a população carcerária. O elevado percentual de casos oriundos do TJSP sugeriu a necessidade de que fossem aprofundadas as pesquisas nesses casos, como se verá à frente.

Em recorte específico dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*, isolando-se a variável “crime”, verificou-se uma alta concentração de casos concentrados em determinados tipos penais. Dentre os 102 (cento e dois) diferentes tipos registrados nos casos examinados, mais de 70% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos dos cinco Tribunais de Justiça mais acionados no STJ estão concentrados em apenas seis tipos penais: roubo (sim-

14 Dados população: IBGE. DOU 20.08.2013, p. 65.

15 Dados população carcerária: Depen, junho/2011. Disponível em: [<http://jus.com.br/artigos/21091/cinco-estados-compoem-62-da-populacao-carceraria-nacional#ixzz31RLAgSIh>]. Acesso em: 18.06.2014.

ples e qualificado), furto (simples e qualificado), tráfico de drogas, homicídio qualificado, estupro (e atentado violento ao pudor) e posse e porte de armas.

Trata-se de informação muito relevante. Os Tribunais de Justiça de SP, MG, RJ, RS e DF somados representam a origem de 71,7% de todos os *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ. E 72,59% de todas as impetrações provenientes desses Estados tratam dos mesmos seis crimes, indicando que enfrentar as matérias ainda controversas relativas a eles pode trazer grande impacto na redução das impetrações perante o STJ.

A mesma concentração ocorre quando se analisam os principais temas das impetrações. Dentre os 41 temas registrados, apenas oito aparecem de forma recorrente nos cinco Tribunais de Justiça com maior número de impetrações perante o STJ. São eles: progressão de regime, prisão cautelar, regime inicial de cumprimento de pena, erro na dosimetria, excesso de prazo, incidentes na contagem de pena, ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Ressalta, de plano, que todos esses temas estão diretamente relacionados à privação da liberdade de locomoção. Não há, portanto, percentual representativo, em nenhum desses cinco Tribunais de Justiça, de temas processuais com reflexo indireto na liberdade de locomoção (como, por exemplo, cerceamento de defesa, falta de condição da ação, falta de suporte probatório, inépcia da denúncia, impedimento e suspeição, incompetência e princípio da vedação de provas ilícitas).

Vale dizer, ainda, que se tais temas fossem agrupados com questões semelhantes, estaríamos diante de apenas seis grandes temas: (1) progressão de regime e incidentes sobre contagem de pena; (2) prisão cautelar e outras medidas cautelares; (3) erro na dosimetria (1.^a, 2.^a e/ou na 3.^a fases de aplicação da pena); (4) regime inicial de cumprimento de pena; (5) excesso de prazo; e, (6) ausência de vaga em estabelecimento prisional adequado.

Origem	Crime de maior incidência	Tema de maior incidência
TJSP	Roubo (simples e majorado)	Progressão de regime
TJMG	Tráfico de drogas	Prisão cautelar
TJRJ	Roubo (simples e majorado)	Prisão cautelar
TJRS	Tráfico de drogas	Prisão cautelar
TJDF	Roubo (simples e majorado)	Prisão cautelar

A tabela acima revela as particularidades relativas a crimes e temas de maior incidência nesses cinco Tribunais de Justiça com maiores impetrações.

Embora a prisão cautelar apresente requisitos definidos em lei, dois fatores justificariam sua maior taxa de incidência. Em primeiro lugar, o uso de conceitos abertos no art. 312, *caput*, do CPP (como garantia da ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal), os quais dão margem para diferentes interpretações. Em segundo lugar, o cabimento ou manutenção de uma prisão preventiva não está sujeito a prazos máximos ou de reexame, ensejando muitas impetrações em face do princípio da razoável duração do processo, ou de sua aplicação em sede de crimes que admitiriam, em tese, a aplicação de penas restritivas de direitos ao invés de restritivas de liberdade.

Por outro lado, a progressão de regime possui balizamentos muito mais detalhados na legislação, seja no tocante às circunstâncias em que deve ser aplicado, seja em relação aos prazos para sua incidência no regime de execução penal. O regramento mais claro e preciso deveria dar mais segurança jurídica ao juiz e ao condenado, reduzindo a quantidade de impugnações; no entanto, não é isso que apontam os números.

Considerando que o TJSP é responsável por quase 45% de todas as impetrações perante o STJ e apresenta uma taxa de concessão bem superior às dos demais tribunais de segunda instância, optou-se por fazer um exame mais detalhado desse tribunal no que tange às variáveis “crime” e “tema”. Inicialmente, buscou-se identificar os temas de maior ocorrência associados ao crime de roubo, tipo penal predominante nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* com origem no TJSP.

Vê-se que, nas impetrações oriundas do TJSP em crime de roubo, o tema do regime inicial aparece com maior frequência. Essa constatação surpreende na medida em que há súmulas tanto do STF (718 e 719, de 2003) como do STJ (440, de 2010) que tratam do tema da imposição de regime inicial mais gravoso, sem fundamentação concreta da necessidade.

Verifica-se, na tabela abaixo, que as taxas de concessão crescem justamente naqueles recortes de maior concentração. Enquanto a taxa média de concessão de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* oriundos do TJSP é de 32,9%, quando se isola a variável “crime de roubo” a taxa de concessão se eleva para 44,7% e cresce ainda mais, para 62%, quando se discute eventual erro na fixação do regime inicial em crime de roubo.

3.2 Impetrante

A segunda variável apresentada trata autoria das impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos tribunais superiores. Neste aspecto, embora o senso comum fosse de que o acesso a esses Tribunais fosse exclusividade de uma parcela da sociedade em condições de contratar um advogado, os dados obtidos revelam o contrário. A parcela de atuação das Defensorias Públicas nos tribunais superiores é bastante significativa.

Como se verá adiante, relativamente à taxa de sucesso de cada impetrante, a Defensoria Pública é a classe de impetrante com maior percentual de concessão (integral e parcial) nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados perante o STJ. De cada 100 *writs* concedidos, 66,4 são impetrados por Defensores Públicos (cerca de 2/3 do total de concessões).

Outro fator aventado durante a pesquisa – e sempre levantado por ocasião das apresentações públicas da pesquisa realizada – foi a criação da Defensoria Pública no Estado de São Paulo em 2006. A implantação e crescimento do serviço de assistência jurídica gratuita no Estado mais populoso da federação alcançou, como era de se esperar, uma grande massa de pessoas que não dispunha de meios para acionar o Poder Judiciário.

Ademais, considerando que São Paulo é o Estado com maior população encarcerada e que os crimes e temas em que a Defensoria atua são os crimes

e temas de maior ocorrência na pesquisa,¹⁶ seria razoável supor que há uma relação clara entre o aumento do número de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* total nos tribunais superiores com a instalação de um serviço qualificado de assistência jurídica gratuita no Estado.

No entanto, como se verifica do gráfico abaixo, a participação da Defensoria Pública de São Paulo é percentualmente inferior às participações das Defensorias Públicas em atuação nos outros quatro Tribunais de Justiça que se destacam como maior origem de *habeas corpus* e recurso em *habeas corpus* no STJ.

Assim, ainda que, em números absolutos, a Defensoria Pública de São Paulo impetire mais *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* do que suas congêneres de outros Estados, não se pode falar em participação excessiva da Defensoria Pública de São Paulo nas impetrações perante os tribunais superiores.

Um dado importante diz respeito às características de cada impetrante. Se examinados os quatro crimes com maior incidência nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados nos tribunais superiores, verifica-se que o percentual de ações ajuizadas pelas Defensorias é muito superior à média. Nesse aspecto, pode-se inferir que, não obstante tenha crescido a fatia de participação da Defensoria Pública nas impetrações perante os tribunais superiores, isso ocorre de forma concentrada em determinados crimes e temas.

A tabela abaixo demonstra a prevalência de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos crimes e temas de maior incidência nos tribunais superiores. A predominância de impetrações realizadas por advogados ocorre apenas no tema “prisão cautelar” associado aos crimes de “roubo” e “tráfico de drogas”.¹⁷

16 Veja-se a tabela de predominância de impetrações nos cruzamentos de crimes e temas com maior incidência nos Tribunais Superiores, ao final deste **tópico**.

17 Um dado interessante a ser notado na atuação das Defensorias Públicas é seu menor protagonismo nos casos envolvendo prisão cautelar. Esse desvio talvez se deva ao fato de que muitas Defensorias estaduais não tenham núcleos especializados ou dedicados a atendimento no momento da prisão em flagrante, somado ao fato de que o Código de Processo Penal ainda é tímido ao disciplinar a assistência jurídica gratuita nessa etapa anterior ao início do processo.

Tabela de predominância de impetrações nos cruzamentos de crimes e temas com maior incidência nos tribunais superiores			
Cruzamento crime, tema e impetrante	Defensoria	Advogado	Paciente
Roubo e Regime Inicial	80%	19%	1%
Roubo e Dosimetria	86%	11%	3%
Roubo e Prisão Cautelar	31%	63%	6%
Furto e Princípio da insignificância	86%	11%	3%
Furto e Regime Inicial	73%	27%	0
Furto e Prisão Cautelar	52%	42%	6%
Tráfico e Regime Inicial	67%	29%	4%
Tráfico e Prisão Cautelar	26%	69%	5%
Tráfico e Excesso de prazo na prisão	12,15%	73,83%	14,02%

Estudo recente da Anadep e do Ipea¹⁸ indica que 71,86% das comarcas brasileiras não são atendidas por defensores públicos e que o *déficit* nacional de cargos a serem providos é de 40,5% das vagas totais. Ademais, os Estados de Goiás,¹⁹ Santa Catarina,²⁰ Paraná e Amapá ainda não haviam provido nenhum cargo de Defensor Público quando da coleta dos dados que embasam a presente pesquisa.

À medida que as Defensorias Públicas expandem seus serviços – seja por meio da interiorização, seja por meio do aumento de seu quadro – pode-se prever o crescimento de sua atuação também perante os tribunais superiores. A variável “autoria” aponta para um crescimento da atuação da Defensoria Pública e, portanto, da maior qualificação do serviço de assistência jurídica às camadas mais pobres da sociedade.

18 Moura, Tatiana Whately de; Custódio, Rosier Batista; Sá E Silva, Fabio e Castro, André Luis Machado de: Mapa da Defensoria Publica do Brasil. Brasília: DF. 2013. Disponível em: [www.anadep.org.br/wtksite/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso_.pdf]. Acesso em: 06.03.2013.

19 A Defensoria Pública do Estado de Goiás foi criada em 2005 e seu primeiro concurso iniciado em 2010. No entanto, até a edição da publicação do Ipea e da Anadep nenhum cargo fora provido.

20 Em março de 2012, o STF determinou a obrigatória instalação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, fixando o prazo de um ano para cumprimento. Disponível em: [http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-03-14/stf-obriga-santa-catarina-implantar-defensoria-publica-em-ate-um-ano].

3.3 Julgamento

Uma das principais questões ligadas ao uso do *habeas corpus* é sua taxa de concessão pelos tribunais superiores. Um dos relatórios de acompanhamento e avaliação do Ipea/MJ recebidos pela equipe de pesquisa solicitava que esse dado fosse investigado. No relatório preliminar enviado em setembro de 2013, já se indicava um percentual de 8% de concessão no STF, semelhante aos dados do “Justiça em Números”, com 10%.²¹

A média de concessão com a conclusão da pesquisa indica o percentual de 8,27% de taxa de sucesso (consideradas concessão integral e parcial) no STF e de 27,86% no STJ. Em ambos os gráficos abaixo, a categoria “Outros” refere-se às impetrações que não tiveram julgamento, tratando-se de homologação de desistências ou autuações que não tiveram seguimento.

A elevada taxa de sucesso das impetrações no STJ deve ser interpretada como uma alta taxa de reversão das decisões dos tribunais de 2.^a instância. Considerando que os temas tratados nos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* perante os tribunais superiores não são novidades – já tendo sido objeto de diversas decisões – a inferência que se pode fazer é no sentido de uma divergência entre as decisões dos tribunais de 2.^a instância e as do STF e STJ. Esse fenômeno é bem claro no STJ, responsável pela alta taxa de reversão das decisões inferiores, o que permite inferir que o STF é protegido de uma avalanche de impetrações graças à atuação do STJ.

A pesquisa aponta que taxas de reversão ainda mais altas estão associadas a determinados crimes e determinados temas. Ao se cruzar temas e crimes de maior incidência com o resultado do julgamento, nota-se que a taxa de decisão favorável ao paciente (concessão e concessão parcial) é muito superior às taxas médias de concessão.

O caso da combinação do tipo penal “roubo” com o tema “erro na fixação do regime inicial de cumprimento da pena” em *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* impetrados contra o TJSP, por exemplo, possui uma taxa média de sucesso da ordem de 62% dos casos. Trata-se de uma taxa de concessão de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* extremamente alta, considerando que a matéria já fora apreciada tanto na 1.^a como na 2.^a instâncias.

21 Importante frisar que, isolando-se o crime, o tema e a origem, as taxas de concessão variam bastante.

Isso indica que uma grande quantidade de casos versando sobre os mesmos temas e crimes é objeto de contínua apreciação pelos tribunais superiores. O grande afluxo de casos semelhantes deveria ter reduzido ao longo do tempo caso as cortes de 2.^a instância decidissem com base nos mesmos parâmetros dos tribunais superiores.

De forma objetiva, tem-se que combinações entre certos crimes e determinados temas indicam necessidade de reforço da jurisprudência dos tribunais superiores junto aos tribunais de 2.^a instância, medida capaz de reduzir o volume das impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus*. Veja-se, por exemplo, dados do TJSP:

Cruzamento de crime com tema e resultado tendo o TJSP como autoridade coatora	Concessão (integral e parcial)	Não concessão	Não conhecimento	Pendente	Prejudicado
Roubo e Regime Inicial	62%	11%	14%	6%	7%
Roubo e Dosimetria	49%	24%	20%	5%	2%
Roubo e Prisão Cautelar	11%	18%	24%	3%	45%
Furto e Insignificância	37%	14%	31%	11%	7%
Furto e Regime Inicial	47%	15%	20%	---	18%
Furto e Prisão Cautelar	5%	19%	15%	6%	56%
Tráfico e Regime Inicial	36%	21%	20%	9%	15%
Tráfico e Prisão Cautelar	6%	28%	18%	7%	41%
Tráfico e Excesso de prazo na Prisão Cautelar	4%	22%	17%	3%	54%

Os dados acima indicam com precisão quais as situações em que as decisões de um tribunal de 2.^a instância divergem da jurisprudência já consolidada pelo STJ. Por se tratar de tema mais sensível à análise do caso concreto, o tema da prisão cautelar apresenta as menores taxas de sucesso. Com efeito, dentre os crimes com maior recorrência nas impetrações perante o STF e o STJ, é sempre a combinação com o tema da prisão cautelar que aparece associada a uma taxa de fracasso (não concessão) inferior à taxa de sucesso (concessão integral e parcial). Nesses casos, o resultado mais comum é “Prejudicado”.²²

22 O julgamento “prejudicado” geralmente indica que o pedido formulado no habeas corpus ou recurso em habeas corpus não era mais necessário ou cabível, em razão das mudanças nas circunstâncias de

4. Análises qualitativas

Finda a análise quantitativa, foi possível identificar os principais crimes e temas em discussão nos tribunais superiores. A partir de então, todos os julgados relativos a esses crimes e temas foram reexaminados, dessa vez, para que se identificassem as questões jurídicas subjacentes.

Diante desses dados, afirma-se que o crescimento do número de impetrações de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* não é uma “doença”, mas o “sintoma” de uma “doença”. Neste aspecto, a análise qualitativa revelou, como uma espécie de diagnóstico faria, quais as questões de direito material, processual ou de execução penal que estão envolvidas em maior incerteza jurídica. Por conseguinte, quaisquer restrições que se façam à utilização do *habeas corpus* não serão capazes de atacar o verdadeiro problema do crescimento dessas ações, apenas de mascará-lo, além de coibir importantes discussões nos tribunais superiores que, como foi citado no início deste artigo, historicamente contribuíram para consolidar importantes entendimentos jurisprudenciais em matéria penal, processual penal e de execução penal.

Com efeito, desde o início da pesquisa, uma das possibilidades com que se trabalhou foi a de que um alto número de concessões de *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* nos tribunais superiores indicaria um mau funcionamento dos tribunais de 2.^a instância, no sentido de que continuavam a decidir impetrações contrariamente à jurisprudência em situações que já haviam sido examinadas pelos tribunais superiores. No entanto, isso também pode ser creditado à demora destes tribunais em identificar e pacificar tais questões jurídicas.

A pesquisa identificou as dez questões jurídicas de maior frequência nos tribunais superiores. Este dado resulta da análise conjunta dos seguintes fatores: (1) tipos penais que mais ensejam impetrações; (2) temas associados a esses tipos penais (questões ligadas a direito material, processual ou de execução penal); e, (3) teses jurídicas que se discutem nestes casos.

fato como, por exemplo, a contestação sobre uma prisão preventiva que se transforma em definitiva devido ao trânsito em julgado de uma condenação ou, mesmo, a absolvição do paciente.

4.1 Crime de roubo e dosimetria

A principal questão envolvendo o crime de roubo e o tema da dosimetria da pena diz respeito ao emprego de arma de fogo para incidência da causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP, especificamente quanto à necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo para aplicação da causa de aumento relativa ao emprego de arma. A pesquisa identificou que essa questão originou-se a partir de controvérsia nas decisões do próprio STJ. Com efeito, o entendimento predominante na 6.ª T. era da imprescindibilidade da apreensão e perícia.²³

No entanto, em 2011 a 3.ª Seção do Tribunal definiu, por quatro votos a dois, não ser necessária a apreensão e a realização de perícia em arma para que incida o aumento da pena por uso de arma em roubo se outras provas evidenciarem o seu emprego. Desde então, o entendimento predominante é o de que a apreensão e perícia da arma de fogo são dispensáveis, sendo suficientes outros meios de prova, como o depoimento da vítima ou prova testemunhal.

Antes de 2011, a principal argumentação para diminuição da pena era no sentido de que a necessidade de apreensão e perícia da arma de fogo seria consequência lógica da revogação da Súmula 174 do STJ (que autorizava a exasperação da pena mesmo que empregada arma de brinquedo).

No entanto, a tese vencedora no julgamento da 3.ª Seção foi no sentido de que a potencialidade lesiva da arma poderia ser presumida, uma vez comprovado seu emprego. E que, não sendo encontrada a arma para que se fizesse a perícia, caberia ao réu a prova em contrário da potencialidade lesiva da arma (ou, mais especificamente, a ineficácia da arma empregada). Este entendimento encontrou respaldo em caso julgado pelo STF (HC 96099).

No entanto, a questão do uso de arma parece não estar completamente resolvida pelo STJ. Enquanto, em alguns julgamentos, a arma desmuniada foi considerada justificativa para a causa de aumento,²⁴ em outros se considerou necessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva, não podendo ser

23 Neste sentido: HC 122580; HC 157509; HC 106235; HC 143224; HC 160211; HC 161836; HC 162303; HC 178731; HC 134177; HC 98234; HC 158.489; HC 161.836; HC 190.831; HC 146.183; HC 161.539; HC 156.553; HC 162.539; HC 157.574; HC 233.358; HC 157.509; HC 141.444; HC 152.538; HC 190194; HC 190217; HC 186624; HC 178484; HC 176705; HC 126515; HC 138544 HC 182396; HC 117409; HC 169143; HC 248514; HC 159978; HC 142604; HC157643, e HC157574.

24 Neste sentido, vejam-se, por todos, os HC 222527 e HC 181281, do STJ.

aplicada a causa de aumento sem esta comprovação.²⁵ Também é necessário um entendimento mais firme sobre a questão da aplicação da causa especial de aumento quando a arma é apreendida, mas a perícia não é realizada.²⁶

4.2 Crime de roubo e fixação do regime inicial de cumprimento de pena

Na maioria dos casos levados aos tribunais superiores acerca dessa combinação “crime + tema”, as decisões contestadas em sede de *habeas corpus* condenavam o réu ao cumprimento inicial de pena em regime fechado com base na periculosidade do agente ou na gravidade abstrata do delito de roubo, a despeito da regra do art. 33, § 2.º, do CP admitir, pelo critério da pena definitiva, que se inicie em regime semiaberto.

Esta questão jurídica aparecia associada, por vezes, aos casos em que não existiam outras circunstâncias desfavoráveis que acentuassem a culpabilidade do réu, senão a violência inerente ao próprio tipo penal. Esta matéria, contudo, já fora sumulada pelo STF em 2003 (Súmulas 718 e 719 do STF) e ainda pelo STJ em 2010, no Enunciado 440.²⁷

Dessa forma, o altíssimo percentual de concessão desses *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* foi facilmente identificado: a resistência dos tribunais inferiores de aplicarem os Enunciados 718 e 719, da Súmula do STF, posteriormente reafirmado pelo Verbete 440 da Súmula do STJ.

Portanto, não obstante já fosse entendimento sumulado que a gravidade abstrata do delito não é fundamentação idônea para imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso, por diversas vezes os tribunais superio-

25 Neste sentido, vejam-se, por todos, os HC 110880, HC 156760 e HC 106926, do STJ.

26 Nesta hipótese, o entendimento mais recente é o de que não pode incidir causa de aumento nesse caso: HC 142766, do STJ.

27 Súmula 440 do STJ: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.” Súmulas 718 do STF: “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” Súmula 719, STF: “A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.”

res se viram obrigados a julgar *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* apenas para reafirmar sua jurisprudência.

A tese repudiada pelos tribunais superiores (e recorrente nas fundamentações dos tribunais de 2.^a instância) é a de que o regime fechado é o único compatível com a gravidade do delito de roubo e da periculosidade presumida dos autores desse tipo de crime. No entanto, as discussões que antecederam as súmulas nos tribunais superiores já apontavam que as circunstâncias invocadas pelas instâncias ordinárias são próprias ao delito de roubo em concurso de agentes e com o emprego de arma.

Inferre-se que o juízo acerca da periculosidade do agente – previsto na Lei 6.416/1977, expurgada do ordenamento na Reforma Penal realizada pela Lei 7.209/1984 – ainda é largamente empregado por magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição.

A solução, entretanto, parece simples. Uma vez que se identifica altíssima carga de repetição de casos em que as instâncias ordinárias utilizam fundamentação sem amparo legal, contrária às súmulas dos tribunais superiores, para estabelecer um regime inicial de pena mais gravoso, parece ser o caso de se reforçar o entendimento pacificado pelo STJ e STF por meio de súmula vinculante.

4.3 Crime de furto e princípio da insignificância

Esta análise buscou identificar os parâmetros utilizados na aplicação do princípio da insignificância pelos tribunais superiores em casos de furto. Acredita-se que essa questão jurídica, causa de muitas impetrações, poderá ser sensivelmente reduzida se tais parâmetros forem enfrentados pelo STF e STJ e pacificados.²⁸

Embora a jurisprudência já tenha pacificado alguns dos vetores que devem ser analisados para incidência do princípio da insignificância – (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; (d) a

28 Quando da elaboração deste artigo a imprensa noticiava a decisão do Min. Luís Roberto Barroso de afetar ao Plenário do STF o caso de um acusado de furtar um par de chinelos no valor de R\$ 16,00 (dezesesseis reais). O HC fora denegado pelo TJMG porque, embora o chinelo tenha sido devolvido, o acusado já possuía uma condenação transitada em julgada. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-set-13/pleno-stf-julgar-insignificancia-aplica-reincidentes]. Acesso em: 26.09.2014.

inexpressividade da lesão jurídica provocada – o fato é que ainda há uma margem muito grande de incerteza nesta aplicação.

Ao longo dos cinco anos examinados (2008-2012), não parece haver nenhum padrão que demonstre uma tendência à uniformização das decisões na aplicação do princípio da insignificância a favor de uma. Pelo contrário, decisões contrastantes invocam os precedentes mais convenientes à sua decisão independentemente de decisões opostas em períodos equivalentes e em casos similares.

São dois os principais fatores de divergência na aplicação do princípio da insignificância.

O primeiro aspecto da divergência está ligado ao risco de reiteração da prática criminosa e que é associado, pelos julgados examinados, às seguintes características do agente: (1) existência de inquéritos ou ações penais em andamento; (2) maus antecedentes; (3) reincidência; ou, ainda, (4) quando há indícios de continuidade na prática dessa conduta. As decisões oscilam entre aquelas que não consideram tais características pessoais no juízo de tipicidade da conduta e aquelas que o fazem. De acordo com esta segunda corrente, considerar a conduta atípica poderia gerar um incentivo à prática de crimes de baixa lesão jurídica. Afirma-se, igualmente, que, mesmo que cada furto individualmente possa ter um valor irrelevante, quando vários furtos cometidos pelo mesmo agente são somados, eles ultrapassariam um limite aceitável para a incidência do vetor da inexpressividade da lesão jurídica.²⁹

Todavia, importante registrar uma inconsistência desta tese com a jurisprudência pacificada nos próprios tribunais superiores acerca das características do agente. Como visto anteriormente, tanto STJ como STF rechaçam a tese de que inquéritos ou ações penais em andamento possam justificar aumento de pena – uma vez que o princípio da presunção de inocência impede que se deem efeitos jurídicos prejudiciais ao indivíduo a questões jurídicas ainda pendentes de decisão final. No entanto, na aplicação do princípio da insignificância, a corrente que sustenta ser necessário examinar as características do agente leva

²⁹ Mesmo quando o valor do furto é inequivocamente insignificante, a reincidência é critério suficiente para afastar o princípio da insignificância. No HC 229.451, do STJ, por exemplo, o caso versava sobre furto de material elétrico no valor R\$ 20,00, mas a prática reiterada de furtos pelo agente foi considerada contrária ao vetor do reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta.

em consideração, além da reincidência e dos maus antecedentes, a simples existência de inquéritos em andamento.

Por outro lado, há vários julgados, tanto no STJ como no STF, que apresentam fundamentação oposta, no sentido de que é preciso estabelecer um critério objetivo para a aplicação do princípio da insignificância no caso concreto, devendo o crime de bagatela ser julgado sem se considerar a personalidade do autor do crime, a reincidência e os maus antecedentes³⁰ – e, muito menos incidentes penais pendentes de decisão final.

A segunda questão jurídica mais discutida quando se trata de aplicação da insignificância em casos de furto diz respeito ao valor do bem subtraído. Se o princípio da insignificância afasta a tipicidade material sob a premissa de que o Direito Penal não deve intervir em casos de lesões irrelevantes a bens jurídicos tutelados, é necessário que se tenha um parâmetro mais uniforme para caracterizar uma lesão jurídica inexpressiva, estabilizando-se a jurisprudência.³¹

Não obstante, no conjunto dos *habeas corpus* e recursos em *habeas corpus* examinados, verifica-se, em grande parte, uma incerteza quanto ao valor que pode ser tido como irrelevante no crime de furto, embora se possam notar alguns limites nos extremos dessa área cinzenta. Excluindo-se os casos em que a incidência do princípio da insignificância foi afastada por outros motivos³² além do valor financeiro do furto, temos os seguintes dados:

- O valor máximo de consideração da inexpressividade da lesão foi de R\$ 90,00 (HC 94.770/STF: furto de instrumento musical). Até esse valor, todos os casos julgados foram considerados insignificantes.

30 No HC 140.341, do STJ, o Des. conv. Celso Limongi assevera que “com referência às condições pessoais do paciente, frise-se que o princípio da bagatela exclui a tipicidade, de tal sorte que aspectos subjetivos, o que inclui a reincidência, são irrelevantes para a aplicação ou não do standard. Uma vez excluído o fato típico, não há crime, de maneira que carece de utilidade a análise dos atributos pessoais do agente, sob pena de se criar um direito penal do autor e não dos fatos”.

31 Isso ocorreu, em alguma medida, com os crimes tributários. Atualmente, o STF considera insignificantes crimes tributários que não excedam R\$ 20.000,00 (vinte mil reais): HC 123.035/STF, HC 121.717/STF, HC 118.067/STF e HC 120.139/STJ.

32 Nota-se a existência de resistência nos tribunais superiores a utilizar exclusivamente o valor do bem subtraído para aferição da expressividade da lesão. Apenas para fins de ilustração desse conceito, podem-se citar o caso do HC 182.884/STJ, em que o réu furtara um botijão de gás (no valor de R\$ 40,00) de uma escola e, por isso, prejudicara a merenda dos alunos da instituição; e o caso do HC 229.783/STJ, em que o réu teria furtado 70m de fio de cobre de uma concessionária elétrica, prejudicando seus usuários e configurando-se um dano financeiro que extrapolava o da vítima direta do crime.

- O caso de não concessão com valor mais baixo foi de R\$ 98,80 (HC 122.306/STJ): furto de 26 embalagens de goma de mascar).
- O maior valor em que foi concedido o princípio da insignificância foi de R\$ 200,00 (HC 110.717/STF: furto de aparelho celular).

Verifica-se que a zona em que há maior variação de decisões para valores similares se encontra entre R\$ 100,00 e R\$ 200,00, levando-se em conta a totalidade dos *habeas corpus* analisados. No entanto, parece haver uma tendência em considerar os furtos dentro desse valor como insignificantes.³³

Considerando-se o salário mínimo atual³⁴ (R\$ 724,00), os valores acima demonstram uma tolerância de 13,8% a 27,6% do salário mínimo. Todavia, se esses valores forem analisados em razão dos respectivos anos em que os furtos foram cometidos, os valores alcançam até 40% do salário mínimo. Dessa forma, poderia se considerar, levando em conta os valores levantados, a fixação de um critério objetivo para a incidência do princípio da insignificância em até 40% do salário mínimo vigente à época do fato.

4.4 Crime de furto e prisão cautelar

A falta de fundamentação idônea para a prisão cautelar é a causa mais comum nas impetrações. Como a maioria dos casos que chegam ao STJ são julgados como prejudicados, seja pela concessão da liberdade, ou seja pela prolação de sentença absolutória ou condenatória, a análise do mérito é apenas incidental. O principal fundamento para decretação da prisão preventiva é a garantia da ordem pública e a alegação recorrente nas impetrações é de que o juiz fundamentou a prisão de forma genérica e abstrata.

O motivo que mais aparece associado à manutenção da prisão preventiva pelo juiz como garantia da ordem pública é a reiteração criminosa. O STJ vem entendendo, por meio da sua 3.^a Seção, inexistir constrangimento ilegal quando a prisão estiver

33 Também foi aplicado o princípio da insignificância nos seguintes pedidos: HC 155.991/STJ (R\$ 180,00), HC 109.363/STF (R\$ 180,00), HC 104.828/STF (R\$ 130,00), HC 191.166/STJ (R\$ 119,70), HC 227.454/STJ (R\$ 110,60), HC 163.004/STJ (R\$ 100,00), HC 123.592/STJ (R\$ 100,00) e HC 186.728/STJ (R\$ 100,00).

34 Em setembro de 2014.

fundamentada na necessidade da medida para as garantia da ordem pública. As decisões do STJ e do STF são no sentido de que a reiteração criminosa é elemento concreto, fundamento idôneo capaz de afastar a alegação de constrangimento ilegal.³⁵

Tais julgados, no entanto, não são unânimes ao apontar quais seriam os elementos concretos que caracterizariam a reiteração delitiva, sendo possível identificar diferentes fundamentos, tais como: inquéritos ou ações penais em andamento, condenação anterior, reincidência, indicativos de que a prática delituosa era reiterada (como circunstâncias semelhantes de lugar e próximas no tempo e o modo de execução das práticas delituosas), a possibilidade real e concreta de reiteração futura, e a periculosidade do agente.

No que tange a não concessão de liberdade provisória – seja pela conversão automática da prisão em flagrante em preventiva, seja pelo não enfrentamento da questão pelo juiz, contrariando o art. 310 do CPP – a perda de objeto³⁶ se dá, na totalidade dos casos examinados, pela concessão da liberdade pelas instâncias inferiores ou por superveniente sentença condenatória.

Aqui, pode-se apontar um descompasso entre o tempo do processo, a utilização da prisão cautelar e as condenações em regimes diferentes do fechado. Ademais, verificou-se que, em muitas situações, o paciente era denunciado por furto qualificado, mas sentenciado por furto simples, de modo que a prisão cessava justamente no momento da condenação, criando-se uma situação inusitada: enquanto é presumidamente inocente, o paciente permanecia preso; quando considerado culpado e condenado, era solto.

Outra questão jurídica muito discutida é a desproporcionalidade da decretação da prisão cautelar em face do prognóstico da sentença condenatória. O argumento da defesa é de que não é razoável que o paciente aguarde preso sentença que não o condenará ao regime fechado e, portanto, que fique em situação mais gravosa ao longo do julgamento do que a que lhe seria imposta em uma eventual condenação. Também há divergência nos tribunais superiores a respeito dessa tese.

35 HC 199.854/DF, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 5.^a T., DJe 01.02.2012; HC 105834, rel. Min. Gilmar Mendes, 2.^a T., DJe 20.05.2011; HC 119.391/CE, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.^a T., DJe 08.06.2011; HC 236.177/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5.^a T., DJe 01.08.2012; HC 113.470/MS, rel. Min. Og Fernandes, 6.^a T., DJe 22.03.2010.

36 O reconhecimento da perda do objeto deve-se a vários fatores como a liberdade concedida pelo juiz de primeiro grau ou ainda pelo tribunal no curso do processo, a condenação com expedição de alvará de soltura e até pela absolvição.

Em alguns julgados, decidiu-se que a prisão cautelar se justifica desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP.³⁷ Outros julgados acolhem a tese defensiva de que no caso de furto, ainda que qualificado, não se justificaria prisão provisória mais gravosa que a definitiva.³⁸

Importante destacar, ainda, que com advento da Lei 12.304/2011 foram criadas medidas cautelares diferentes da prisão preventiva (art. 319 do CPP). É certo que a modificação legislativa foi introduzida apenas em maio de 2011, entrando em vigor apenas em julho daquele ano e abrangendo apenas 30% do período pesquisado. No entanto, mesmo depois dessa alteração ainda se identificaram impetrações com o fundamento de que o juiz não optou por medida cautelar diversa da prisão preventiva e que sua insuficiência ou incompatibilidade deveria ser demonstrada, inobstante a lei seja taxativa ao exigir tal fundamentação (art. 282, § 6.º, do CPP “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”).

Diversas impetrações também abordavam prisões cautelares decorrentes de sentenças condenatórias não transitadas em julgado. Trata-se de tema que se acreditava pacificado na jurisprudência – em observância ao princípio da presunção de inocência. Em todo caso, essa foi uma das hipóteses em que as decisões se baseavam no entendimento pacificado pela decisão do Plenário do STF.³⁹

Por fim, alguns casos discutem a mera referência à reincidência do paciente como fundamento para a decretação da prisão preventiva. O STJ vem entendendo que a exclusiva menção da reincidência não é fundamentação capaz de manter a custódia cautelar.⁴⁰

4.5 Crime de tráfico e prisão cautelar

A grande maioria das impetrações nesse caso apontava a deficiência da fundamentação da prisão cautelar, à luz dos requisitos verificados no art. 312 do

37 Veja-se, neste sentido, o HC 219472/STJ, com menção dos precedentes.

38 Neste sentido, HC 112552/HC 139582; HC 244526; HC 212779; HC 238466; HC 219472; HC 203140; HC 230882; HC 247085; HC 112552, todos do STJ.

39 STF, HC 84078/MG, Tribunal Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 05.02.2009, DJe 25.02.2010.

40 Veja-se, neste sentido, o HC 175109, com menção dos precedentes.

CPP. Embora a lei assim o exija e a doutrina seja pacífica acerca da impossibilidade de que a mera referência aos requisitos apontados pelo art. 312 do CPP não é suficiente para fundamentar a imposição da prisão cautelar, sendo necessário demonstrar elementos concretos que caracterizem a necessidade da medida excepcional, esta questão encontra muita resistência no âmbito das decisões de primeiro e segundo grau de jurisdição.

De acordo com as impetrações, ao invés de demonstrarem a existência concreta de alguma das hipóteses elencadas pelo dispositivo supracitado, a maioria das decisões que determinou a cautelar constritiva se baseou somente na gravidade em abstrato do delito ou citou genericamente algum destes requisitos, porém sem demonstrar concretamente a sua existência no caso.

Contudo, não obstante o STJ venha afirmando o entendimento de que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta ou mantida apenas quando atendidas as hipóteses da lei, concretamente demonstradas, o fato é que a maioria destas impetrações não foi julgada a tempo, restando prejudicadas.

Dentre as impetrações que não foram concedidas nos tribunais de 2.^a instância, a maior parte decorreu da aplicação do art. 44 da Lei 11.343/2006.⁴¹ No entanto, tal dispositivo foi considerado inconstitucional pelo Plenário do STF justamente no julgamento de um *habeas corpus* (HC 104339), em maio de 2012.

Vale frisar que, muito embora o Plenário do STF já tivesse declarado, em *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União (HC 97256, julgado em setembro de 2010), a inconstitucionalidade desse mesmo dispositivo na parte em que proibia expressamente a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos para condenados por tráfico de drogas, a decisão não repercutiu na prisão cautelar, eis que havia expressa vedação à concessão de liberdade provisória no art. 44 da Lei 11.343/2006.

41 “Art. 44 da Lei 11.343/2006. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1.º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

4.6 Crime de tráfico e fixação do regime inicial de cumprimento de pena

A principal questão jurídica envolvendo o regime de cumprimento de pena no crime de tráfico era o conflito entre o princípio da individualização da pena e o texto do art. 2.º, § 1.º, da Lei 8.072/1990, com a redação dada pela Lei 11.464/2007, que estabelecia a obrigação de que o cumprimento da pena no crime de tráfico ilícito de entorpecentes fosse iniciado em regime fechado. No entanto, é possível constatar que, ao longo do tempo de duração da pesquisa, importantes mudanças de entendimento nos tribunais superiores ocorreram nesta questão jurídica.

A primeira mudança relevante foi tomada pelo Plenário do STF no julgamento do HC 97.256/RS, em setembro de 2010, o qual fora impetrado pela Defensoria Pública da União. Nesta ocasião, o STF admitiu a possibilidade da imposição de regime de cumprimento de pena mais brando que o fechado, caso restasse caracterizado o menor potencial ofensivo do tráfico, observando-se a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação do princípio da individualização da pena. Este entendimento passou a ser adotado também pela 6.ª T. do STJ (HC 171005; HC 198970; HC 184973; HC 211942; HC 258284; HC 192216; HC 177693 e HC 247426).

A segunda mudança foi a própria declaração de inconstitucionalidade deste dispositivo (considerado incompatível com os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena) pelo Plenário do STF, por ocasião do julgamento do HC 111.840/ES, em junho de 2012.⁴²

4.7 Questões gerais de dosimetria

Relativamente à dosimetria, a primeira questão jurídica mais debatida foi o aumento de pena além do percentual mínimo de 1/3 quando presentes duas ou mais majorantes, notadamente no crime de roubo. Grande parte das decisões reformadas pelo STJ diz respeito ao percentual de aumento na terceira fase da dosimetria quando há mais de uma majorante.

As impetrações sustentavam ser necessária uma fundamentação adequada para o aumento da pena além do mínimo definido no tipo penal, defendendo

42 O inteiro teor do acórdão, contudo, só foi publicado em 17.12.2013, cerca de um ano e meio após o julgamento.

a tese de que a presença de mais de uma circunstância de aumento da pena no crime de roubo não seria causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que fossem constatadas particularidades que indiquem a necessidade da exasperação.

A questão foi pacificada com o advento do verbete 443 da Súmula do STJ, em 2010: “O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

A segunda questão predominante neste tipo de impetrações foi a necessidade de fundamentação adequada para fixar a pena base acima do mínimo legal. Em diversas ocasiões,⁴³ o STJ reverteu decisões de tribunais de 2.^a instância que mantinham a exasperação da pena base com fundamento em expressões vagas e imprecisas como “dolo intenso” ou “péssimos antecedentes”, por considerar necessária a fundamentação do aumento em elementos concretos.

No mesmo sentido, muitas impetrações se insurgiam contra exasperações de pena com base em inquéritos policiais e ações penais em curso.⁴⁴ Esta questão também foi sumulada em 2010: “Súmula 444: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Por fim, outra questão jurídica relevante tratava da compensação entre reincidência e confissão espontânea. Embora houvesse divergência quanto à possibilidade da atenuante da confissão compensar a agravante da reincidência,⁴⁵ a questão foi resolvida pela 3.^a Seção em 2012,⁴⁶ pacificando a tese de que a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência são igualmente preponderantes e se compensam.

43 Exemplos paradigmáticos: HC 155641; HC 126929; HC 204117; HC 162672; HC 142766; HC 142498; HC 223694; HC 107135; HC 178484; HC 138544; HC 168292; HC 224367; HC 225486; HC 177620; HC 125608; HC 192658; HC 107557; HC 107620; RHC 96952; RHC 112940; RHC 115429; HC198666 e HC 173944, todos do STJ.

44 Por exemplo: HC 194702, HC 145451, HC 137076, HC 165424, HC 155137, HC 114802, HC 262569 e HC 241582, todos do STJ.

45 Veja-se, por todos, acerca do entendimento que a reincidência prevalece sobre a atenuante o HC 135537, do STJ.

46 O *leading case* dessa questão é o acórdão proferido nos EDiv em REsp 1.154.752/RS, rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 23.05.2012, *DJe* 04.09.2012. No mesmo sentido vejam-se ainda os seguintes julgados: HC 217249/RS, HC 130797/SP, HC 250701/SP, HC 143303/DF, HC 242774/SP, HC 199858/DF, HC 169281/MS, EDiv em REsp 1042712, REsp 1341370.

5. Conclusão

Dentre as 10 questões jurídicas identificadas, cinco questões já foram objeto de intensa discussão e, atualmente, encontram-se pacificadas na jurisprudência dos tribunais superiores. São elas:

1. Não se pode impor regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que o previsto no Código Penal sem que haja fundamentação concreta, não bastando a referência à gravidade em abstrato do delito (*Súmula 440 do STJ, editada em 2010, e Súmulas 718 e 719 do STF, editadas em 2003*).
2. Aumento de pena decorrente de duas ou mais majorantes precisa ser fundamentado com base em argumentos concretos, não bastando a simples referência à presença das majorantes (*Súmula 443 do STJ, editada em 2010*).
3. Inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para aumentar a pena-base (*Súmula 444 do STJ, editada em 2010*).
4. É possível a concessão de liberdade provisória para acusados da prática do crime de tráfico de drogas (*decisão do Plenário do STF no HC 104.339 declarando a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44 da Lei 11.343/2006*).
5. É possível o cumprimento de pena por crime de tráfico de drogas em regime inicial diferente do fechado (*decisão do Plenário do STF no HC 111840 declarando a inconstitucionalidade da imposição constante no art. 44 da Lei 11.343/2006*).

Outras cinco questões ainda necessitam ser objeto de maior debate pelos tribunais superiores, pacificando a jurisprudência:

1. É possível aplicar a causa de aumento prevista no art. 157, § 2.º, I, do CP quando não comprovada pela acusação a potencialidade lesiva da arma empregada?
2. É possível aplicar o princípio da insignificância a condutas praticadas por agente sobre o qual pesam suspeitas da prática de fatos semelhantes, que seja reincidente ou que possua maus antecedentes?
3. Existe um valor objetivo – expresso em percentual do salário mínimo vigente no momento da conduta – que possa ser utilizado no juízo sobre a tipicidade do crime de furto?
4. É cabível a prisão preventiva em crimes de furto, uma vez que a pena máxima cominada ao crime admite a substituição por medida restritiva de direitos, ou se trata de vedação absoluta? Elementos como periculosidade do agente, inquéritos ou ações penais em andamento, existência

de condenação interior ou ainda indícios de prática continuada dessa conduta podem embasar a decisão de custódia cautelar?

5. É possível compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena? Esta questão, embora já pacificada no âmbito do STJ (no julgamento do EDiv em REsp 1.154.752, pela sua 3.^a Seção), ainda suscita posicionamentos diferentes no STF, onde há decisões a favor (HC 101.909) e contra (HC 112.774) a compensação, preponderando essa segunda orientação.

Não se considera necessária, nem apropriada, qualquer restrição à impletação de *habeas corpus* substitutivo de qualquer recurso. Afinal, o crescimento dos casos de não conhecimento por esse fundamento também foi acompanhado pelo crescimento de concessões de ordem *ex-officio*. No STJ, 22,22% de todas as concessões de ordem *ex-officio* foram proferidas em casos de *habeas corpus* não conhecidos por serem substitutivos de recursos. Já no STF, o percentual de concessão de ordem *ex-officio* em casos de *habeas corpus* não conhecidos por serem substitutivos de recursos alcança 25,67%.

Sabe-se também que o sistema processual penal brasileiro é lento e que essa lentidão se agrava no sistema de recursos, seja perante os tribunais de 2.^a instância, seja perante os próprios tribunais superiores. Um recurso pode demorar anos até ser apreciado e essa questão não pode ser ignorada. Portanto, não obstante os tribunais superiores tenham buscado impedir a utilização de *habeas corpus* como substituto de recurso em *habeas corpus* (no caso do STF) ou de qualquer outro recurso cabível (no caso do STJ), a medida aparenta ser um “remédio” ainda mais perigoso do que a “doença”.

Some-se a isso o fato de que não há, tampouco, debate no âmbito do Poder Legislativo acerca de modificações relevantes deste instituto. Considerando-se projetos apresentados nos últimos 20 anos, só há quatro projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados que tratam de *habeas corpus*, sendo dois deles (PL 8045/2010 e 7987/2010) projetos de reforma integral do Código de Processo Penal. O PL 3789/2008 estabelece a preferência do julgamento dos *habeas corpus* na pauta dos Tribunais e a PEC 180/2007 modifica a Constituição para admitir *habeas corpus* para punições disciplinares militares. No Senado não existe qualquer Projeto de Lei que pretenda limitar a utilização do *habeas corpus*.

No meio acadêmico o *habeas corpus* também não é objeto de controvérsias doutrinárias. Na ocasião em que este artigo foi finalizado (03.08.2014) a base de dados do CNPq registrava a existência de apenas um grupo de pesquisa sobre o tema no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Brasil: justamente o que foi constituído para a realização desta pesquisa.

O fato de que algumas das principais questões levadas a julgamento perante os tribunais superiores tenham sido pacificadas durante o período pesquisado indica que o STJ e o STF têm sido parcialmente capazes de lidar organicamente com o crescimento do número de casos, identificando as questões recorrentes e sumulando seu entendimento (ainda que os tribunais de 2.^a instância resistam em seguir a jurisprudência). No entanto, parte significativa destas questões ainda precisa ser enfrentada de modo a sinalizar, com clareza, para as instâncias inferiores, o entendimento a ser seguido.

Por todo o exposto, as propostas para reflexão e debate que se pretende colocar são as seguintes:

1. Criação de um mecanismo de acompanhamento das ações de *habeas corpus* nos tribunais superiores para identificar, com agilidade, as questões jurídicas que multiplicam as impetrações;
2. Com este dado, submeter os principais temas à análise do Plenário do STF e à 3.^a Seção do STJ, visando à pacificação do entendimento, inclusive por meio da edição de súmulas; e,
3. Em caso de manutenção de altas taxas de impetração pelos mesmos fundamentos, edição de súmulas vinculantes pelo STF. Registre-se, contudo, que este último recurso deve ser reservado às questões em que as decisões sejam pró-réu.

Para uma Revisão da Súmula 610 do STF

Christiano Fragoso¹

1. Introdução

Livros em homenagem a advogados ou a professores de direito costumam ser lançados para a comemoração de aniversários de nascimento do homenageado; é tradição muito comum nos países da família jurídica romano-germânica, e as coletâneas de artigos em homenagem normalmente surgem quando os homenageados completam 70 anos de vida. O presente livro inova por celebrar os anos de *advocacia* (e não de vida) de um ilustre colega, o Dr. Fernando Tristão Fernandes, que completa a excepcional marca de sessenta anos de exercício desse nobre ofício; esse marco ligado à vida profissional (e não à vida biológica) é, talvez, muito mais adequado e representativo, especialmente para aqueles que – como o homenageado – fazem da advocacia uma verdadeira profissão de fé, uma missão de vida.

O advogado, como se sabe, é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, cf. art. 133, da Constituição Federal. Para além da representação de cidadãos em Juízo ou fora dele, uma das mais importantes atividades do advogado é a crítica técnica à jurisprudência dos tribunais, sempre visando o aperfeiçoamento da administração da Justiça; comumente, a jurisprudência é influenciada pela atuação da advocacia.

A cristalização de uma certa orientação jurisprudencial em uma súmula (ainda que meramente persuasiva, e não vinculante) **não** deve constituir desestímulo à crítica de decisões judiciais. Ao contrário, precisamente por deterem excepcional força persuasiva, muito superior a um mero precedente não-sumulado, as súmulas devem ser examinadas e reexaminadas periodicamente, de modo a que se analise se se mantêm procedentes.

Pareceu-me, assim, relevante escolher, como tema, precisamente a revisão crítica de uma súmula do Supremo Tribunal Federal, a de n.º 610, editada em

¹ Professor Adjunto de Direito Penal da UERJ; Advogado Criminal.

17.10.1984 (i.e., há quase 35 anos), e que trata do tipo penal com a pena mais alta de todo o nosso ordenamento jurídico-penal: “*Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima*”. Mesmo sem força normativa, essa Súmula 610 tem tido observância praticamente impositiva em todos os casos penais que tangenciam a matéria.²

Previsões legais específicas para o resultado *morte* ocorrido no âmbito de um roubo são tradicionais. Nosso Código Penal de 1890 previa o latrocínio entre os crimes contra a pessoa e a propriedade (art. 359): “*se, para realizar o roubo, ou no momento de ser perpetrado, se cometer morte*”. O art. 157, § 3.º, II, de nosso vigente Código Penal, em disposição que, em seu preceito primário, se manteve inalterada desde 1940, estabelece que “*se da violência resulta morte, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa*”. A morte pode ocorrer antes da subtração (i.e., para permitir sua realização), durante a subtração (i.e., para lograr a consumação), ou após a subtração (i.e., para assegurar a detenção da coisa, ou para garantir a impunidade).

Especialmente tormentosas são as hipóteses relacionadas ao art. 157, § 3.º, II, CP, em que *apenas um* dos eventos, seja a morte, seja a subtração, é atingido. Referindo-se a essas hipóteses, o preclaro Ministro Nelson Hungria dizia que “*o Código não resolve, expressis verbis, nenhuma dessas hipóteses, e tem-se, então, de indagar: em qualquer delas deve ser reconhecido como consumado o latrocínio, ou apenas como tentado?*” (Comentários, VII, 1958, p. 62).

As dificuldades decorrem, a nosso ver, de três circunstâncias: (i) temos, aqui, um crime complexo, instituto que já tem características essenciais importantes, mas que, no caso, inspira maiores cuidados, pois, entre os crimes-membro, o resultado do crime-meio (a morte no *homicídio*) que é mais grave do que o resultado no crime-fim (a subtração no *roubo*); (ii) nossa lei penal abre a possibilidade de uma desproporcionalidade de sanções, mesmo nos resultados dolosos, quando se confrontam as figuras penais do art. 157, § 3.º, *in fine*, e do art. 121, § 2.º, V, CP, mormente com suas possíveis combinações com a regra da tentativa (art. 14, II, CP); e (iii) embora hoje com menos intensidade, a questão relativa ao resultado *morte* do art. 157, § 3.º, *in fine*, CP, ser apenas culposo ou

2 Para recente discussão da matéria, v. MOREIRA/PEDROSO/RAIOL, “Tentativa de latrocínio: a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal e a necessária revisão de seu conteúdo normativo”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 155, p. 71-101, mai./2019.

também doloso, para além do ponto do concurso de crimes, influencia a consumação e a tentativa do latrocínio.

No caso de subtração tentada e de morte consumada, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é hoje tranquila no sentido de que o latrocínio está consumado, na esteira da Súmula 610. A questão, todavia, está longe de ser tranquila; desde a edição do CP de 1940 até a edição da citada Súmula, surgiram soluções díspares.

2. O caminho entre a promulgação do Código Penal e da edição da Súmula 610 pelo STF

Antes da referida Súmula, a maioria dos autores convergia no sentido da exigência, para a consumação do latrocínio, da ocorrência de ambos os resultados (morte e subtração). Magalhães Noronha dizia: “*o citado parágrafo [§ 3.º] exige a consumação do crime constituído pela violência, e do delito corporificado pela subtração*” (**Código Penal Comentado, 1948, p. 188**). Hungria, identicamente, entendia que “*nos crimes complexos, salvo disposição legal em contrário, se um dos crimes-membros deixa de consumir-se, fica prejudicada a consumação do todo unitário*”; assim, ele entendia que só há latrocínio consumado se “*o homicídio e a subtração patrimonial se consumam*” (**Comentários, VII, 1958, p. 62-63**). Essa corrente majoritária dissentia, todavia, quanto à solução mais adequada à hipótese de morte consumada e subtração tentada: por exemplo, Magalhães Noronha pugnava pelo concurso formal próprio de crimes de homicídio qualificado e tentativa de roubo simples (**ob.cit., loc. cit.**), Nelson Hungria entendia haver homicídio qualificado (**ob.cit., loc. cit.**), e Damásio de Jesus sustentava haver latrocínio tentado (**Código Penal Anotado, 2002, p. 588**). Pouquíssimos autores – entre eles, Bento de Faria (**Código Penal Comentado, 1959, p. 54**) – entendiam que a hipótese seria de latrocínio consumado.

Magalhães Noronha, já em 1948, entendia que a hipótese era de concurso *formal* próprio entre homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, V, CP) e tentativa de roubo (art. 157, c/c art. 14, II e parág. ún., CP) (**Código Penal Comentado, 1948, p. 192**). Ele chegava a essa solução após ter examinado (e refutado) a possibilidade de configurar-se uma tentativa de latrocínio: a partir do resultado

da pena mínima da época (5 anos, ao qual se chegava ao diminuir-se 2/3 de 15 anos), ele reputava injusto falar-se em tentativa de latrocínio.

O próprio Magalhães Noronha já previa as objeções e buscava transpô-las – sem sucesso, a nosso ver. A primeira objeção por ele prevista é a de que há *bis in idem* (pela dupla consideração da violência) em tal concurso de crimes; Magalhães Noronha a refuta pelo fato de haver dois resultados distintos (o de dano [morte] e o de perigo [para o patrimônio]). Ocorre que isto não elide o fato de que o modo de execução (violência) está sendo reprovado duas vezes. Assim, a adotar-se a hipótese de concurso formal, dever-se-ia falar em concurso entre furto tentado (e não roubo tentado) e homicídio. A segunda objeção que Magalhães Noronha busca superar (igualmente, sem sucesso) está na possibilidade de considerar-se concurso formal próprio, e não concurso impróprio³: ele considerava que “*a ação é única e único o desígnio: matar para roubar*”. Aqui, não se pode concordar: há, via de regra, duplicidade de desígnios (matar e roubar), salvo a hipótese de dolo eventual quanto à morte.

Na década de 1950, Hungria também entendia que, nesse caso (subtração meramente tentada, e morte consumada), não se poderia punir por latrocínio tentado, por dois motivos: (i) “*não pode se ter a simples tentativa deste quando um dos crimes-membros se consumou*”; e (ii) tal punição faria com que o agente incorresse “*em pena inferior à do homicídio simples*”. Por isso, ele pretendia, “*como menos subversiva dos princípios*”, a solução de que o agente respondesse por homicídio consumado qualificado para assegurar a execução de outro crime (art. 121, § 2.º, V, CP).⁴

Certamente em virtude das posições de Magalhães Noronha e de Nelson Hungria e da importância prática da discussão sobre a competência jurisdicional, verifica-se que historicamente as discussões no âmbito do STF quanto à hipótese da subtração tentada e da morte dolosa consumada se iniciaram pela questão de haver homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, V, CP), eventualmente em concurso com o roubo tentado (art. 157, CP, como queria Magalhães No-

3 Como se sabe, o concurso formal impróprio está na hipótese de desígnios autônomos, e leva à aplicação da regra do concurso material (cf. art. 70, CP, que tem a mesma redação do antigo art. 51, § 1.º, do CP de 1940, que era sob o qual MAGALHÃES NORONHA escrevera).

4 De fato, na redação original do CP 1940, a pena do latrocínio tentado poderia chegar, no patamar mínimo (15 anos, menos dois terços), a 5 anos; hoje, na mesma hipótese, o patamar mínimo estaria em 6 anos e 8 meses (20 anos, menos dois terços).

ronha), ou de latrocínio (art. 157, § 3.º, *in fine*, CP), ainda sem se discutir – na última hipótese – se o latrocínio estaria tentado ou consumado.

Em 1971, no âmbito de um *habeas corpus* em que a impetração pretendia, para levar o caso ao Tribunal do Júri, que, na hipótese de morte dolosa, seria aplicável concurso de homicídio e de roubo (e não o latrocínio), o STF decide que, qualquer que seja a natureza do resultado morte (dolosa, culposa ou preterintencional), configura-se o art. 157, § 3.º, CP, sendo competente o juízo singular (2.ª T., HC 49.276/AM, rel. Min. Thompson Flores, j. 05.11.1971). Embora a hipótese tratasse de subtração *consumada*, a decisão é relevante para nossa discussão, pois marca uma posição sobre direito processual penal (competência de órgão julgador) que influenciaria decisões posteriores sobre o aspecto penal; de fato, assentada a competência do Juiz singular para o latrocínio com morte dolosa, fica em desvantagem a ideia de Hungria de que a hipótese de subtração tentada e morte consumada poderia ser homicídio qualificado (e não latrocínio), eis que representaria estabelecer um órgão julgador e um rito processual diferentes, para as duas hipóteses.

Posteriormente, em 1976, no julgamento de um recurso extraordinário criminal, o STF enfrenta diretamente a posição de Hungria (de que se estaria diante de um homicídio qualificado, e não de um latrocínio): no RECr 84.591/SP, a Corte decidiu que “*ainda quando, para a prática do roubo, haja homicídio consumado e subtração tentada, não se descaracteriza o latrocínio, crime complexo. Em tais casos, quer se considere que o latrocínio já se consumou, quer se entenda que ele foi simplesmente tentado – essa questão não está em causa no presente recurso – a competência para o processo e julgamento é do Juiz singular, que é o competente, segundo entendimento do STF, em se tratando de latrocínio*” (RECr 84.591/SP, 2.ª T., rel. Min. Moreira Alves, j. 08.10.1976, DJ 12.11.1976).⁵ Como se vê, esse acórdão não pretendeu decidir a questão da consumação, ou não, do latrocínio, mas, afastando a possível configuração de homicídio qualificado, prepara o terreno para tal discussão. No mesmo sentido, quase dois anos depois, outro julgado do STF, no qual ainda não se discute diretamente a hipótese da consumação, ou não, do latrocínio: “*Latrocínio. Crime complexo. Consumado ou tentado, competente é o juiz singular para julgá-lo. HC indeferido*” (HC 56.171/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Cordeiro Guerra, j. 15.08.1978).

5 Posteriormente, em 1984, o STF, editaria a Súmula 603, no sentido de que “*a competência para o processo e julgamento de latrocínio é do Juiz singular e não do Tribunal do Júri*”.

Já no ano seguinte, em 1979, o STF finalmente enfrentaria a questão quanto à consumação, ou não, do latrocínio, no caso em que a morte se consuma, mas a subtração patrimonial resta tentada. Em 20.02.1979, a Segunda Turma decide que “*se na prática do roubo ficou consumado o homicídio, estará sempre tipificado o crime de latrocínio [consumado], pouco importante se houve ou não a efetiva subtração do bem patrimonial*” (HC 56.704/SP, 1.^a T., rel. Min. Cunha Peixoto, j. 20.02.1979). O Min. Cunha Peixoto, em seu voto, faz veemente defesa da consumação do latrocínio, ressaltando o seguinte:

(i) “*hoje, entretanto, predomina o entendimento de que, sendo o latrocínio um crime complexo, que não pode ser cindido, estará o mesmo caracterizado desde que se consume o crime-meio, ou seja, o homicídio*”;

(ii) “*O latrocínio é mais rigorosamente apenado do que os demais crimes exatamente para proteger a pessoa humana contra os assaltantes à mão armada que diuturnamente causam vítimas em todo o território nacional*”;

(iii) “*A lesão à pessoa, evidentemente, sobrepõe-se à lesão patrimonial, e ninguém de bom senso pode negar essa verdade*”;

(iv) não se poderia considerar, como faz Hungria, que a hipótese seria de homicídio qualificado, da competência do Tribunal do Júri, eis que “*o mesmo raciocínio teria de ser adotado quando o réu, além de matar, conseguisse consumir o crime-fim, no caso o roubo. Bastaria, para tanto, capitular o delito como homicídio qualificado pelo motivo torpe*”; e

(v) o CP abstrai, na definição do art. 157, § 3.^o, CP, “*se houve efetiva lesão patrimonial*” e “*dá especial ênfase à violência*”.

Esse acórdão é o mais importante julgado que apoiaria a Súmula 610, em 1984. Todavia, não podem prosperar esses argumentos do Supremo Tribunal Federal. O crime complexo **não** se consuma com a mera prática do crime-meio. Para perceber isto, não é necessário ir longe: se se considerar o roubo simples (art. 157, CP), que é crime complexo, ver-se-á que tal crime não se consuma com o mero emprego de violência ou de grave ameaça, sendo necessária a subtração (independentemente da teoria que se adote quanto a ela). O crime complexo só se consumará com a mera prática do crime-meio se o crime-fim estiver, no tipo, em termos de um mero fim de agir (e não, como ocorre no latrocínio, quando se exige a subtração). A tese de Cunha Peixoto de que o crime complexo consumir-se-ia com o mero crime-meio parece ser uma teoria *ad hoc* para o latrocínio, e não do crime complexo como um todo.

A circunstância de o latrocínio ser mais rigorosamente apenado não pode influenciar na questão relativa ao momento de sua consumação. É claro, por outro lado, que a violação à vida é mais importante do que a lesão patrimonial, mas isto também não se relaciona com a fixação do momento consumativo, podendo (e devendo!) ser considerado em outro momento, como adiante se verá. A especial ênfase à violência realmente existe no art. 157, § 3.º, CP, mas estando ele no contexto do art. 157, CP, não é possível esquecer que a subtração é exigível. Tem razão Cunha Peixoto quando afasta a configuração de homicídio qualificado, mas esse argumento não se relaciona com decidir-se pela consumação, ou não, do latrocínio.

3. A imperiosidade da revisão da Súmula 610, STF

A Súmula 610 STF merece ser revista, por uma vasta ordem de razões. Primeiramente, há alguns aspectos históricos, relacionados com leis anteriores e com projetos de lei. Nosso CP de 1890 optava *explicitamente* pela solução de que, ocorrendo a morte, o crime de latrocínio estava consumado, ainda que não se operasse a subtração da coisa (cf. art. 360, CP 1890). Idêntica disposição passou ao art. 360 da Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, adotada pelo Decreto n.º 22.213, de 14.12.1932. Além disso, o projeto Alcântara Machado, sobre o qual a Comissão Redatora do CP de 1940 trabalhou, previa expressamente que “*a pena do crime consumado ou tentado [roubo] será: I – de reclusão de 5 a 15 anos, se da violência resultar lesão grave ou gravíssima; II – de reclusão de 15 a 30- anos, se da violência resultar a morte*” (art. 359, § 4.º). Ora, o CP de 1940 não reproduziu nenhuma dessas disposições, sendo lícito entender – mormente quando se conhece a posição de Hungria – que não se tratou de omissão involuntária: a exigência de que ambos os resultados ocorram, para que haja a consumação do latrocínio, constituiu claramente uma opção legislativa.

Considerar-se consumado o delito de latrocínio na hipótese em que a subtração resta tentada viola, ainda, a lei: ora, o art. 14, I, do Código Penal diz claramente, que se reputa “*consumado [o crime], quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal*”. Ora, sem que se logre a subtração, falta esse elemento do tipo, não se podendo considerar consumado o crime.

Também dogmaticamente a solução mais acertada é considerar-se que a hipótese é de latrocínio tentado; não se justifica considerar que um crime complexo estaria consumado se o evento do crime-fim não é atingido. Por outro lado, há importante instrumento dogmático para chegar a um resultado justo: na medida em que o evento *morte* (relacionada ao crime-meio) é mais grave do que o evento *subtração* (relacionada ao crime-fim), e a vida constitui valor muito mais importante do que o patrimônio, é perfeitamente adequado considerar que a diminuição da tentativa deve ser, nesse caso, necessariamente a menor possível (i.e., um terço). Com isso, dá-se especial ênfase ao valor vida. Esse instrumento dogmático, de aplicar a diminuição mínima, aplaca, com tranquilidade, as preocupações relacionadas com uma pena concreta muito baixa (que, como se viu, estavam subjacentes às posições de nossos mais ilustres juristas).

Além disso, fatos posteriores à edição, em 1984, da Súmula 610 STF também podem ser invocados para indicar que, político-criminalmente, é adequada sua revisão. Em 1990, com a lei dos crimes hediondos, a pena *mínima* do crime de latrocínio foi bastante aumentada, passando de 15 anos, para 20 anos. Isto significa que, se se considerar que a hipótese de morte consumada e subtração tentada é de latrocínio tentado, a pena mínima – que seria diminuída de apenas 1/3, eis que a morte se consumou – será de 13 anos e 4 meses, superior à do homicídio qualificado (que era a posição de Hungria) e próxima àquela aplicável – como crime consumado – à época da edição da Súmula 610 STF.

Com o recente aumento de pena e a regra de diminuição mínima aqui defendida, evita-se, o risco indicado por Assis Toledo, que fala em “ilogismo de se punir um homicídio qualificado muito mais severamente do que um homicídio praticado como meio para a consumação de um delito patrimonial, o que repugna à consciência jurídica” (citado no voto do HC 56.817/SP, Min. Moreira Alves, j. 23.02.1979, 2.^a Turma); também resolve-se a crítica de Damásio de Jesus de que a pena seria desproporcionalmente baixa (Código Penal Anotado, 2002, p. 588).

Mais ainda: em 2007 foi editada a lei 11.464, de 2007, que estabelece que no caso de crimes hediondos (tal como o latrocínio!), a progressão de regime só se faz após o cumprimento de 2/5 (se primário) ou de 3/5 (se reincidente) de pena. Em 1984, a regra era a de um sexto. Assim, para aqueles que se preocupam com uma suposta “leveza” da solução aqui proposta, veja-se, considerando o atual quadrante, que o tempo mínimo de prisão em regime *fechado* seria de 5 anos e 4 meses (i.e., dois quintos de 13 anos e 4 meses), enquanto que, na siste-

mática vigente em 1984 (pena mínima de 15 anos, com progressão em 1/6), o tempo mínimo de prisão em regime fechado era de 2 anos e 6 meses.

Por fim, há, ainda, dois outros pontos importantes a considerar: **primeiro**, a partir de 1987, o STF (RE 102.490/SP, Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 17.09.1987) e, em seguida, o STJ (Súm. 582) passaram a entender que o roubo se consuma com a mera inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada. Ainda que se possa entender que esta posição é equivocada⁶, fica claro que, enquanto constituir jurisprudência dominante, ela pode ser invocada como argumento: ora, se a consumação do roubo foi notavelmente antecipada diminui-se a margem de hipóteses em que, de acordo com a jurisprudência dominante, poder-se-ia considerar apenas tentada a subtração e, conseqüentemente, apenas tentado o latrocínio. **Segundo**: Nossa lei penal é, ainda, altamente defeituosa por incluir, no art. 157, § 3.º, CP, sem distinção, os resultados dolosos e culposos; toda a doutrina e a jurisprudência entendem que, no art. 157, § 3.º, *in fine*, CP, estão as hipóteses de morte dolosa e de morte culposa, o que conduz à noção de que, na hipótese de morte culposa, a pena mínima de 20 anos será demasiadamente elevada.⁷

A previsão de um crime complexo leva a várias dificuldades relacionadas com as hipóteses de tentativa do crime-meio ou do crime-fim, bem como na hipótese de pluralidade de eventos. Melhor seria, como ensina Heleno Fragoso, que nossa lei penal se conduzisse para a solução límpida do concurso entre homicídio e roubo, que resolve com facilidade todos os problemas, e evita desproporcionalidades sancionatórias (Jurisprudência Criminal, 1982, item 339, p. 395). Há resistência, especialmente de nossos tribunais quanto a essa solução, eis que atrairia a competência do Tribunal do Júri; a nosso ver, a subtração do latrocínio (com morte dolosa, tentada ou consumada) à competência do Tribunal do Júri é claramente inconstitucional.

Por todos esses motivos, cremos que é de rigor que o STF reavalie a Súmula 610, para que declare que a hipótese de morte consumada e de subtração tentada é de latrocínio tentado (art. 157, § 3.º, *in fine*, c/c art. 14, parág. ún., CP), no qual a diminuição da tentativa deve ser obrigatoriamente a mínima (um terço).

6 Nesse sentido, FRAGOSO/GLIOCHE, **Crimes de furto e de roubo**, 2017, itens 2.6 e 4.5.

7 O CP de 1969 buscaria solucionar esse defeito, tanto na redação original (cf. arts. 168, § 2.º, V, e § 3.º), quanto na redação dada pela lei 6.016/1973 (cf. art. 167, §§ 4.º e 5.º).

Referências

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código Penal Brasileiro (Comentado)*. Vol. V. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1959.

FRAGOSO, Christiano; GLIOCHE, Patrícia. *Crimes de furto e de roubo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FRAGOSO, Heleno. *Jurisprudência Criminal*. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 13.^a São Paulo: Saraiva, 2002.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Código Penal Comentado*. V. V, 1.^a parte. São Paulo: Saraiva, 1948.

MOREIRA, Helio Luiz Fonseca; PEDROSO, Janari da Silva; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. “Tentativa de latrocínio: a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal e a necessária revisão de seu conteúdo normativo”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, n. 155, p. 71-101, mai./2019.

A Pornografia Adulta e o Direito Penal

Maria Luiza Gorga⁸

1. Introdução; 2. Movimentos Antipornografia; 3. O *revenge porn*; 4. O cenário internacional; 5. O cenário legislativo brasileiro; 6. Conclusão

1. Introdução

Quando se fala em pornografia e crime, inevitável é a associação do termo à pornografia infantil. Acontece que também existem condutas criminalizadas e que cercam o mundo da pornografia adulta – profissional ou não –, conforme se verá com maior detalhe a seguir.

O primeiro ponto é a constatação de que, à primeira vista, as disposições do artigo 234 do Código Penal – que criminaliza a importação, exportação, aquisição e guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública de escritos, desenhos, pinturas, estampas ou qualquer objeto **obsceno** – parece incompatível com a existência de uma indústria pornográfica legal e que opera às claras.

Ocorre que, como tudo em uma legislação penal datada da década de 1940, é importante ter em mente que o princípio da adequação social pode vir a legitimar a prática de condutas que, à época de sua redação, adequar-se-iam ao tipo penal.

No caso da pornografia elaborada por adultos, cuja confecção, distribuição ou visualização, tenha sido válida e inequivocamente consentida, não há qualquer dificuldade em afirmar que a sociedade aceita e tolera tais condutas e que, portanto, não há qualquer lesão ao tecido social que precise ser reparada através da tutela estatal.

Pode-se entender tal tolerância e aceitação como a aplicação do princípio da adequação social, ou seja, como uma concepção que incide antes

8 Doutoranda e Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra/IBCCrim. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial e Ética e do Colégio Brasileiro de Executivos em Saúde. Advogada Criminal.

mesmo da inserção do tipo penal no ordenamento, e não como uma exclusão de tipicidade em casos específicos⁹.

Sem sombra de dúvidas a grande evolução tecnológica do século passado e início deste teve grande colaboração para este cenário. Os mecanismos áudio visuais tornaram-se cada vez mais acessíveis e a grande modernização dos meios de comunicação, principalmente a internet, permitiu tanto o seu compartilhamento como também a disseminação de ideias e valores, em sua maioria libertários, tanto contra a opressão política quanto a moral.

Neste cenário, vale ressaltar que o Direito Penal moderno e democrático não é condizente com a tutela de valores morais, como indubitavelmente o são as condutas previstas no referido artigo. De fato, é da exposição de motivos da parte geral do Código Penal que “o direito penal não pode abdicar de sua função ética, para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes”, visão essa já superada pela doutrina.

Nesse sentido, como bem leciona Manuel da Costa Andrade¹⁰, o Direito Penal se legitima apenas na proteção de valores ou metas iminentes ao sistema social – este, erigido sobre a Constituição, que dá o controle e o fundamento do Direito Penal –, e não a fins outros, ideológicos, religiosos ou moralistas.

Assim, qualquer espécie de aspiração ética na seara criminal somente justifica-se enquanto voltada para a promoção da segurança social através da tutela dos bens jurídicos, não se confundindo esta, contudo, com uma tutela da virtude ou da moral¹¹, tampouco com tentativa de modelar o caráter ou a personalidade individuais¹².

Ora, além da superação doutrinária também a própria sociedade não vê seus valores morais violados por meio de condutas praticadas em certas condições. É o caso, assim, da pornografia produzida, distribuída, e consumida por pessoas adultas mediante consentimento válido e inequívoco.

9 Como, por exemplo, no caso de lesões corporais em eventos esportivos. É socialmente esperado e aceito que os atletas se machuquem, não havendo ilícito desde que os fatos ocorram dentro da normalidade do esporte.

10 ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, 1992. p. 173-205.

11 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007. T. 1. p. 112.

12 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12-13.

Tal aceitação é inclusive tacitamente reconhecida pelo legislador moderno, posto que o artigo 78 do Estatuto da Criança e do Adolescente regulamenta, ao menos parcialmente, a venda de material pornográfico e/ou obsceno, impondo o dever de mero aviso e proteção com embalagem opaca, de forma a que se resguardem os menores. Ou seja: havendo uma limitação expressa sobre a forma de comercialização, inversamente se entende que a exposição adequada é reconhecida pelo Estado e permitida.

A produção de material pornográfico e obsceno, entretanto, não se limita apenas à indústria profissional. O fácil acesso a meios de produção de vídeos – hoje em dia, por exemplo, alguns aparelhos de telefonia celular têm a qualidade de filmagem semelhante a equipamentos profissionais – permitiu que pessoas não profissionais também produzissem seus próprios filmes (e demais materiais) pornográficos de maneira amadora, seja para arquivo e uso pessoal, seja para distribuição paga ou gratuita em inúmeros websites e fóruns de venda online.

Tal fenômeno além de evidenciar de maneira ainda mais contundente a já propalada adequação social da produção e comercialização de material pornográfico adulto, também é precursora de uma nova e, infelizmente, corriqueira maneira de violar direitos fundamentais merecedores de tutela penal, a qual analisaremos adiante.

Inobstante esta adequação social generalizada, ainda assim há aspectos da questão que merecem comentário, a começar pelos movimentos contrários, em variados graus, à própria ideia da pornografia.

2. Movimentos antipornografia

Apesar da abertura da sociedade à pornografia, há posições radicais, com algumas propostas que buscam a proibição de toda a pornografia, incluindo a adulta e profissional. Tal corrente parte tanto de vertentes do feminismo radical quanto de interpretações do jogo de poder envolvido na questão através da lente dos direitos fundamentais.

Como exemplo desta interpretação, Alberto Binder¹³ afirma que o Direito Penal preocupa-se com a criminalização de condutas que atentam contra a dignidade humana, dentre as quais aquelas que objetificam o ser humano, a exemplo da escravidão.

A partir desta premissa, o autor alega que a pornografia nada mais é do que a objetificação dos corpos, principalmente do feminino. Ademais, afirma que não é possível saber até que ponto a pessoa que participa da criação de material pornográfico tem preservada a autonomia de sua vontade.

Afirma, ainda, que, mesmo considerando-se a autonomia da vontade, o Direito não permitiria que alguém se vendesse como escravo. Qual seria, então, a diferença entre ambos os casos? O autor não fornece resposta, porém a provocação é interessante e, de certa forma, conversa também com as limitações estatais sobre a autonomia individual como é o caso da eutanásia.

De outro lado, nos anos de 1970 e 1980, feministas como Andrea Dworkin, Catherine A. MacKinnon e Nikki Craft passaram a reivindicar a criação de leis antipornografia, argumentando que a pornografia era uma das causas da violência contra mulheres – para tal, alegam que a objetificação e sexualização criam uma imagem de que a mulher deve ser submissa e servir aos desejos masculinos, gerando uma expectativa que, quando quebrada ou confrontada, pode levar à violência.¹⁴

Andrea Dworkin¹⁵ afirma que as leis que tratam da pornografia, em regra, visam apenas a proteção da moral pública ou da virtude privada, não questionando a injúria pessoal ou o abuso coletivo de um gênero, e, portanto, não regulando a segurança ou a equidade, não remediando a exploração das minorias (no caso, mulheres), não havendo questionamentos a respeito do dano causado pela pornografia a grupos e indivíduos.

13 BINDER, Alberto M. Pornografia: dignidad humana y represión cultural, *Doctrina Penal – Teoría u Práctica em las Ciências Penales*, Ano 9, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986. p. 622/623.

14 RAMOS, Maria Eduarda. LAGO, Mara Coelho de Souza. Pornografia feminista, *Seminário Internacional Fazendo Gênero*, 10, Florianópolis: Anais eletrônicos, 2013. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1386547561_ARQUIVO_MariaEduardaRamos.pdf. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

15 DWORKIN, Andrea; MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights: A new day for women's equality*. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988. p. 24.

Em seu texto, Andrea Dworkin traz a lume as questões também levantadas por Alberto Binder a respeito da liberdade de autonomia daqueles que participam da indústria pornográfica.

Afirmam as autoras¹⁶:

“Obscurecida por baixo da neblina jurídica de leis de obscenidade e o escudo da lei de privacidade e da piada perversamente cruel da lei contra a prostituição, existe a verdadeira **compra e venda de indivíduos reais através de coerção ou de aprisionamento, ou através da exploração de sua impotência, inutilidade social e falta de opções e credibilidade, do seu desespero e, por vezes, da sua esperança.** Blindado da vista do público, em parte através da colaboração de lei, tem sido a fabricação - de pele e sangue - que arruína a vida, de um produto vicioso feito por pessoas cruéis, evidência direta de uma relação causal entre o consumo de pornografia e aumentos dos níveis sociais da violência, hostilidade e discriminação.” (g.n.)

Dworkin participou de movimentos que propunham a criação de normas antipornografia, possibilitando que mulheres pudessem buscar seus direitos – caso provassem danos –, tornando a ação finalmente possível. A intenção era a de desobjetificar a mulher, demonstrando que aquelas pessoas dos filmes também eram seres humanos e que, caso fossem lesadas, algo deveria ser feito a respeito.¹⁷

Conquanto tais propostas não tenham obtido sucesso, ainda hoje existem correntes que buscam a proibição da pornografia sob tais afirmações.

De outro lado, existe também parte do movimento feminista que enxerga na pornografia uma possibilidade de empoderamento feminino, através da subversão dos papéis retratados, da discussão do prazer feminino e da autonomia sobre o corpo, sendo esta uma vertente que é inconciliável com o movimento antipornografia.¹⁸

16 *Ibidem.* p. 24/25. N. A. tradução livre. Original: “Obscured beneath the legal fog of obscenity law and the shield of the law of privacy and the perversely cruel joke of the law against prostitution has been the real buying and selling of real individuals through coercion or entrapment, or through exploiting their powerlessness, social worthlessness and lack of choices and credibility, their despair and sometimes their hope. Shielded from public view, in-part through the collaboration of law, has been the manufacture from skin and blood and ruined lives of a vicious product by vicious people direct evidence of a causal relationship between the consumption of pornography and increases in social levels of violence, hostility, and discrimination.”

17 *Ibidem.* p. 29/30.

18 Para referência: CAPIBARIBE LEITE, Fernanda. O que é bom para ela: cenários de empoderamento numa pornografia feminista. *Ciberlegenda*, Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, n.

Essas visões, contudo, não dizem respeito (ainda) ao ordenamento penal e às suas tipificações. Não é este o caso, contudo, da pornografia de vingança.

3. O *revenge porn*

A chamada *revenge porn*, ou pornografia de vingança, é uma forma relativamente nova de constrangimento e exposição da intimidade de terceiros, possibilitada pelas formas de comunicação e compartilhamento de arquivos de que dispomos com a internet e seus meios de comunicação massificada como o *Whatsapp* e o *Facebook*.

Trata-se, primordialmente, do vazamento de imagens íntimas, em regra de mulheres, e invariavelmente ligadas a algum tipo de desavença com o detentor original da imagem – comumente são ex-parceiros que buscam humilhar e denegrir a imagem da mulher, por não se conformarem com uma separação, ou ainda companheiros tomados por acessos de ciúmes e raiva.¹⁹

O potencial danoso é imenso, não apenas pelo conteúdo veiculado, que geralmente chega ao conhecimento de familiares, colegas e empregadores, como também pela possibilidade de tornar a vítima dos vazamentos uma vítima de ameaças anônimas, *cyberbullying*²⁰, e até mesmo ameaças reais, com a divulgação de dados pessoais como nome, endereço e local de trabalho.

A proteção legal para tais vazamentos era, até sanção da Lei n. 13.718/2018, vacilante, em parte porque as imagens, no momento de sua produção, em regra foram realizadas de forma consensual (há a possibilidade de gravações não consentidas, porém é difícil a comprovação).

Tal prática segue crescendo de forma exponencial, já havendo *websites* dedicados exclusivamente à reprodução de tal conteúdo – um levantamento

26, p. 167-178, 2012. Disponível em: <http://www.uff.br/ciberlegenda/ojs/index.php/revista/article/view/507/308>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

19 Cf.: GROSSMAN, Joanna L.. FRIEDMAN, Lawrence M..The Power and Peril of the Internet: How Should “Revenge Porn” Be Handled?. *Verdict*, 3 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2015/02/03/power-peril-internet>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

20 A prática de *bullying* no ambiente virtual, facilitada pela possibilidade do anonimato.

realizado em julho de 2014 contabilizou mais de três mil domínios dedicados exclusivamente à pornografia de vingança²¹.

Outra faceta da questão é a publicação de imagens após a invasão de dispositivos por *hackers*. Neste caso, pode ou não existir o pano de fundo encontrado nos vazamentos por ex-parceiros, sendo mais comum nesses casos o vazamento de imagens de figuras públicas, como forma de humilhação para a vítima e sensação de poder e conquista para o *hacker* responsável pela invasão.

O cenário legal para a proteção das vítimas e punição dos responsáveis está em formação, tanto no Brasil quanto internacionalmente.

4. O cenário internacional

Enquanto os legisladores pátrios recém tipificaram a pornografia de vingança, no cenário internacional alguns países já possuem há tempos normas específicas a esse respeito.

Nos Estados Unidos, por exemplo, diversos estados possuem normas a respeito do tema²². O estado da Califórnia criou legislação sobre a *revenge porn*²³, já em 2013, tornando uma conduta criminoso a distribuição intencional de imagens íntimas de terceiro identificável, ou de imagens de terceiros identificáveis praticando atos sexuais, sendo que a participação da vítima, na produção das imagens, deu-se em contexto privado e com a promessa de que tais imagens assim permaneceriam.

Tal tipificação, contudo, também depende do elemento subjetivo do agente distribuidor saber ou dever saber que tal divulgação causaria danos emocionais e que a pessoa vitimada pela divulgação tenha realmente sofrido tais consequências.

21 The Economist. Misery Merchants. *The Economist Newspaper Limited*, 5 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.economist.com/news/international/21606307-how-should-online-publication-explicit-images-without-their-subjects-consent-be>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

22 Cf.: <http://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

23 Cf.: GROSSMAN, Joanna L.. FRIEDMAN, Lawrence M.. *Op. Cit.*

Outros países com legislação sobre o tema são, a exemplificar, Inglaterra e País de Gales²⁴, Israel²⁵, e Austrália (o estado de Victoria)²⁶.

Já existem alguns casos de condenações pela prática – tanto em locais com legislação específica, como em locais que ainda se utilizam de outras normas para encaixar tal proteção.

Em abril de 2015, em San Diego (EUA), um operador de *website* de *revenge porn*, que não apenas aceitava e divulgava tais imagens e vídeos, mas cobrava das vítimas para sua retirada, foi condenado a uma pena de 18 anos de prisão, em julgamento histórico para tais casos.²⁷ Ainda, em dezembro de 2014, um homem de Los Angeles foi condenado a um ano de prisão pela divulgação de imagens de sua ex-namorada²⁸, também com base na nova legislação da Califórnia sobre o tema.

O movimento é recente e ainda esparso, porém há uma tendência global de preocupação com o tema, a qual deve se refletir em propostas legislativas. No momento, resta aguardar e acompanhar a evolução do tema nos ordenamentos estrangeiros, buscando trazer ao país as boas ideias.

5. O cenário legislativo brasileiro

Até a sanção da Lei n. 13.718/2018 ao final de agosto de tal ano, ainda não havia legislação específica a respeito da *revenge porn*. Contudo, existia já dispositivo legal criado em um contexto de vazamento de fotos íntimas de celebridades, que configuram uma das facetas da pornografia de vingança.

24 <http://www.bbc.com/news/uk-31429026>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

25 <http://www.timesofisrael.com/israeli-law-labels-revenge-porn-a-sex-crime/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

26 <http://www.kitguru.net/channel/jon-martindale/australian-state-outlaws-revenge-porn/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

27 http://nypost.com/2015/04/04/revenge-porn-site-operator-gets-18-years-for-identity-theft/?utm_campaign=SocialFlow&utm_source=NYPTwitter&utm_medium=SocialFlow. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

28 <http://losangeles.cbslocal.com/2014/12/01/man-sentenced-to-year-in-jail-under-revenge-porn-law/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

Assim, conquanto o primeiro passo na questão foi dado com a aprovação da Lei n. 12.737/2012, apelidada de Lei Carolina Dieckman, por ter sido motivada pelo vazamento de imagens íntimas da atriz em questão.

O delito previsto na Lei Carolina Dieckmann foi incluído no Código Penal, e trata da invasão de dispositivos informáticos alheios:

“Art. 154-A - Invasão de dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

“Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos.”

Verifica-se que a proteção é demasiado específica – apenas caso haja a violação de mecanismo de segurança -, e ao mesmo tempo genérica – tratando de quaisquer dados ou informações –, além de prever elemento subjetivo complexo, não tratando-se, portanto, de crime de mera conduta, o que dificulta a prova e a punição.

Ainda, a ação penal é condicionada à representação, o que abre espaço a chantagens por parte dos perpetradores do delito, que podem impedir a vítima de procurar as autoridades judiciárias.

Buscando tratar da questão como um todo, existia o Projeto de Lei n. 6.630/13²⁹, de autoria do Deputado Federal Romário. Tal projeto prevê as seguintes tipificações:

“Divulgação indevida de material íntimo

Art. 216-B. Divulgar, por qualquer meio, fotografia, imagem, som, vídeo ou qualquer outro material, contendo cena de nudez, ato sexual ou obsceno sem autorização da vítima. Pena – detenção, de um a três anos, e multa.

§1º Está sujeito à mesma pena quem realiza montagens ou qualquer artifício com imagens de pessoas.

29 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1166720.pdf>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

§2º A pena é aumentada de um terço se o crime é cometido:

I - com o fim de vingança ou humilhação;

II – por agente que era cônjuge, companheiro, noivo, namorado ou manteve relacionamento amoroso com a vítima com ou sem habitualidade;

§3º A pena é aumentada da metade se o crime é cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa com deficiência.” (NR)

Art. 3º O agente fica sujeito a indenizar a vítima por todas as despesas decorrentes de mudança de domicílio, de instituição de ensino, tratamentos médicos e psicológicos e perda de emprego.

Art. 4º O pagamento da indenização prevista no artigo anterior não exclui o direito da vítima de pleitear a reparação civil por outras perdas e danos materiais e morais.

Art. 5º Se o crime foi cometido por meio da Internet, na sentença penal condenatória, o juiz deverá aplicar também pena impeditiva de acesso às redes sociais ou de serviços de e-mails e mensagens eletrônicas pelo prazo de até dois anos, de acordo com a gravidade da conduta.”

Verifica-se, assim, que as condutas tipificadas efetivamente dizem respeito à prática da pornografia de vingança, com a separação dos elementos subjetivos como agravantes do ato da distribuição, de forma que aumenta a proteção da vítima ao facilitar a comprovação do delito mesmo quando a agravante seja de difícil prova.

Tal Projeto de Lei foi apensado ao Projeto de Lei n. 5.555/13³⁰, que visa a alteração da Lei Maria da Penha através da inclusão da seguinte previsão:

“Art. 7º (...) VI – violação da sua intimidade, entendida como a divulgação por meio da Internet, ou em qualquer outro meio de propagação da informação, sem o seu expresso consentimento, de imagens, informações, dados pessoais, vídeos, áudios, montagens ou fotocomposições da mulher, obtidos no âmbito de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.”

O apensamento das propostas, contudo, não é benéfico. Isto porque, apesar da semelhança das proposições, o primeiro Projeto busca a alteração do Código Penal, traz uma proteção ampla – a vítima pode ser homem ou mulher

30 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1087309.pdf>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

–, além de trazer agravantes e disposições que tornam a tipificação completa, cobrindo as frentes conhecidas da pornografia de vingança.

Já o Projeto de Lei n. 5.555/13, ao alterar o art. 7º da Lei Maria da Penha, apenas prevê um novo tipo de violência contra a mulher – excluindo os homens da proteção legal –, além de engessar a tipificação da conduta aos requisitos da Lei Maria da Penha, os quais, no caso do Projeto de Lei n. 6.630/13 encontram-se contemplados na forma de agravante sem, contudo, consistirem pré-requisito de toda a proteção.

Apesar de suas falhas, tais propostas constituem avanços na mentalidade legislativa e devem ser refinadas, buscando-se sua aprovação célere, de forma a modernizar o ordenamento e a proteção penal a violações que são sobremaneira perniciosas.

Tal avanço levou ao PLS 618/2015, de autoria da então Senadora Vanessa Grazziotin, o qual tinha por objetivo “tipificar o crime de divulgação de cena de estupro e prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas”³¹ – ou seja, buscava punição adicional de situações já claramente criminosas e que possuíssem um adicional de reprovabilidade pela forma de execução e/ou de divulgação do ato hediondo.

Durante sua tramitação, tal projeto evoluiu para tornar-se a atual Lei n. 13.718/2018, que dentre os diversos dispositivos que tratam de crimes de natureza sexual, torna a persecução de ação penal incondicionada, na linha do que ocorre nos crimes previstos na Lei Maria da Penha, e insere o art. 218-C ao Código Penal, dispondo:

“Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

31 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

§ 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação.”

De início, há evidente confusão na redação sendo, contudo, compreensível o espírito da norma. Mesmo assim, há que se criticar a técnica legislativa, inclusive na indefinição do que consistiria em “relação íntima de afeto” – Namoro? Amizade? *Ficantes?* –, definição que certamente recairá nos braços do Poder Judiciário.

Percebamos, ainda, que o tipo busca coibir a prática não apenas pela punição daquele que produz o material, como de todos aqueles envolvidos em sua propagação, visando assim a proteger a integridade moral, a integridade psíquica, e a liberdade sexual da vítima através do controle dos agentes envolvidos em tais tipos de disseminação.

Nesse sentido, cumpre a norma a função reparadora do equilíbrio do convívio social³² que é imanente ao Direito Penal. A esse respeito:

“(…) postula-se atualmente que a função da pena é a prevenção geral positiva, isto é, ‘a reação estatal a fatos puníveis, que ao mesmo tempo importa num apoio e num auxílio para a consciência normativa social’, ou seja, ‘a afirmação e assecuração das normas fundamentais’. O mesmo sustenta-se dizendo que a ‘tarefa do direito penal é a manutenção da norma, como modelo orientador do convívio social’ e que ‘o conteúdo da pena, portanto, é o repúdio à desautorização da norma, levado a cabo à custa de quem a infringiu’.”³³

Já sob um viés positivo, a colocação da intenção de vingança ou humilhação como causa de aumento permite que haja o enquadramento típico ainda em situações na qual o *animus* do agente seja ocultado ou dissimulado, sempre um grande problema na aplicação penal de tipos que dependem de uma análise interna e aprofundada da motivação.

A importância de tal legislação é bem apresentada pela promotora de Justiça do Grupo de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Ministério Público de São Paulo, Silvia Chakian de Toledo Santos:

32 BACIGUALPO, Enrique. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

33 *Ibidem*, p. 30-31.

“(...) numa sociedade ainda patriarcal e marcada pela desigualdade de gênero é fácil constatar como as mulheres acabam sendo impactadas ainda mais negativamente.

A violência de gênero praticada no ambiente virtual tem inegavelmente alcance maior, dada a capacidade de exposição da intimidade da vítima, que pode ser disseminada a um número elevado e indeterminado de usuários, em poucos segundos.”³⁴

Com tal tipificação recentíssima, ainda é cedo para sabermos os seus resultados práticos. Contudo, é possível afirmar que a aprovação de tal lei reflete importante abertura na mentalidade legislativa e na proteção das mulheres no país.

6. Conclusão

A temática da pornografia apresenta forte carga moral, sendo necessária a separação clara sobre o que está sendo criminalizado por ferir direitos fundamentais ou ofender bens jurídicos já eleitos pelo legislador como relevantes, e o que estaria sendo criminalizado apenas como forma de controle moral da sociedade.

Sob este enfoque, a criação de legislação no ordenamento brasileiro a respeito da prática de *revenge porn* coaduna-se com os bens jurídicos já eleitos e com a função de proteção da dignidade da pessoa humana que o Direito Penal possui, sendo clara a intenção ofensiva a bens jurídicos daqueles que praticam tais condutas, bem como não havendo dúvidas a respeito da efetiva lesividade de tais atos.

Por outro lado, a criminalização da pornografia de forma geral possui um cunho moralista que não encontra guarida em um Estado Democrático de Direito, pluralista e moderno. A regulamentação do setor e a preservação de direitos e integridade física e moral dos envolvidos deve ser objeto de tutela, através da aplicação das normas já existentes, não necessariamente penais, contudo a prática em si não pode, razoavelmente, ser proibida.

Dessa maneira, embora em franca evolução, a questão não pode ser esquecida ou ignorada pelos juristas e acadêmicos.

34 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. A dignidade penal e a carência de tutela penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, fasc. 2, 1992.

BACIGUALPO, Enrique. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

BINDER, Alberto M. Pornografía: dignidad humana y represión cultural, *Doctrina Penal – Teoría u Práctica em las Ciências Penales*, Ano 9, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

CAPIBARIBE LEITE, Fernanda. O que é bom para ela: cenários de empoderamento numa pornografia feminista. *Ciberlegenda*, Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, n. 26, p. 167-178, 2012. Disponível em: <http://www.uff.br/ciberlegenda/ojs/index.php/revista/article/view/507/308>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2007. T. 1.

DWORKIN, Andrea. MACKINNON, Catharine A. *Pornography and civil rights: A new day for women's equality*. Minneapolis: Organizing Against Pornography, 1988.

GROSSMAN, Joanna L.. FRIEDMAN, Lawrence M..The Power and Peril of the Internet: How Should “Revenge Porn” Be Handled?. *Verdict*, 3 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://verdict.justia.com/2015/02/03/power-peril-internet>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

RAMOS, Maria Eduarda. LAGO, Mara Coelho de Souza. Pornografia feminista, *Seminário Internacional Fazendo Gênero*, 10, Florianópolis: Anais eletrônicos, 2013. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1386547561_ARQUIVO_MariaEduardaRamos.pdf. Acessado em: 304 de outubro de 2018.

THE ECONOMIST. Misery Merchants. *The Economist Newspaper Limited*, 5 de julho de 2014. Disponível em: <http://www.economist.com/news/international/21606307-how-should-online-publication-explicit-images-without-their-subjects-consent-be>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1166720.pdf>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1087309.pdf>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.cagoldberglaw.com/states-with-revenge-porn-laws/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.bbc.com/news/uk-31429026>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.timesofisrael.com/israeli-law-labels-revenge-porn-a-sex-crime/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.kitguru.net/channel/jon-martindale/australian-state-outlaws-revenge-porn/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

http://nypost.com/2015/04/04/revenge-porn-site-operator-gets-18-years-for-identity-theft/?utm_campaign=SocialFlow&utm_source=NYPTwitter&utm_medium=SocialFlow. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://losangeles.cbslocal.com/2014/12/01/man-sentenced-to-year-in-jail-under-revenge-porn-law/>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2086414>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

<https://www.conjur.com.br/2018-out-04/silvia-chakian-novos-crimes-sexuais-lei-137182018>. Acessado em: 04 de outubro de 2018.

Considerações sobre os Novos Crimes Sexuais

Cezar Roberto Bitencourt¹

Sumário: 1. Considerações preliminares. 2. Bem jurídico tutelado. 3. Sujeitos ativo e passivo. 4. Tipo objetivo: adequação típica. 4.1. Na presença de alguém. 4.2. Ejacular furtivamente em alguém: prática de ato libidinoso não consentido. 5. Tipo subjetivo: adequação típica. 6. Divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável e de sexo ou pornografia. **6. 1. Considerações preliminares sobre o crime descrito no art. 218-C.** 7. Bem jurídico tutelado. **8. Tipo objetivo: adequação típica.** 8.1 As diversas condutas tipificadas. 8.2. **A simplificação do exagero legal.** 9. Induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual. 9.1. **Considerações preliminares do crime descrito no art. 218-D.** 10. Bem jurídico tutelado. 11. Sujeitos ativo e passivo. 12. A figura secundária do partícipe e a cooperação dolosamente distinta. 13. Tipo objetivo: adequação típica. 14. Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor. 14.1 *Incitação pública a crime contra a dignidade sexual.* 14.2. *Apologia pública de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor.* 14.3. Elemento normativo do tipo: publicamente.

Importunação sexual

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

1 Professor do Mestrado da Faculdade “Damas”, Professor colaborador do Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUCRS, advogado criminalista e parecerista. Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal. Procurador de Justiça aposentado.

Divulgação de cena de estupro e estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um a dois terços se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima, ou com o fim de vingança ou humilhação.

§ 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, se ela for maior de dezoito anos.

Projeto de lei nº 5.452/2016; Art. 218-D. Induzir ou instigar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual:

Pena – detenção, de um a três anos.

Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, publicamente, incita ou faz apologia de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor.

1. Considerações preliminares

O Senado Federal aprovou, no dia 7 de agosto de 2018, o Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei n. 5.452-B que tipifica os *crimes de importunação sexual, divulgação de cena do crime de estupro, de sexo ou pornografia*. Trata-se de dois tipos penais de extraordinária importância, preenchendo importantes lacunas em nosso sistema penal, como deixaram claro os graves fatos ocorridos no interior dos meios de transportes públicos de São Paulo, com criminosos *ejaculando*, impunemente, em mulheres indefesas e comprimidas nesses locais, sem chance de defesa. Em situações como essas – agora tipificadas como *importunação sexual* –, o executor da ação degradante *violenta* a dignidade sexual da vítima, que é ultrajada, vilipendiada e humilhada por uma conduta repugnante e indigna do referido agressor. Nessas hipóteses, a vítima ofendida fica impotente, sem qualquer possibilidade de reagir ou se defender pelo inesperado, pelo inusitado, pela surpresa da “agressão” sexual realizada pelo agente, para satisfazer a sua lascívia ou a de outrem.

Essas ações de indivíduos inescrupulosos, v. g., *ejaculando, furtivamente, nas vítimas no interior de coletivos* (trens, metrô, ônibus etc.), não encontravam adequação típica nas molduras penais em vigor, vagando no universo socio-jurídico brasileiro à procura de um tipo penal até então inexistente. Eventualmente, condutas semelhantes poderiam adequar-se ao crime de “ato obsceno”² (art. 233), que é uma infração penal contra o *ultraje ao pudor público*, cuja pena cominada é de três meses a um ano de detenção, que, convenhamos, é absolutamente *desproporcional* à gravidade da conduta praticada. Ademais, essa infração penal – *ato obsceno* – não tem um sujeito passivo individual (destinatário da ação), ao contrário do que ocorre na conduta referida. Na verdade, a coletividade é o sujeito passivo do crime de *ato obsceno*, como regra, podendo, eventualmente, também figurar alguém como sujeito passivo. Por outro lado, ante o novo tipo penal – *importunação sexual* –, a conduta incriminada é praticada, sempre, *contra alguém*, pois o faz na sua presença e, inclusive, não raro, tocando na própria vítima, sem a sua anuência, que, aliás, na maioria das vezes, sequer percebe a intenção do agressor ultrajante.

2 Não ignoramos, inclusive, que alguns casos chegaram a ser tipificados, na ausência de previsão legal adequada, como importunação ofensiva ao pudor (art. 61 da Lei das contravenções penais).

O Substitutivo ao Projeto de Lei 5.452, de 2016, da Deputada Federal Laura Carneiro, de 2017, incluiu, entre outras alterações, o crime de “induzimento ou instigação de alguém a prática de crime contra a dignidade sexual”, o qual acabou sendo excluído do substitutivo que resultou na Lei 13.718/18, que seria tipificado no art. 218-D. No entanto, por sua importância e, principalmente, por suas peculiaridades especiais – até por que poderá voltar a ser impulsionado pelo legislativo – faremos a sua análise técnico-jurídica neste texto, mais adiante.

Em relação ao crime de importunação sexual, que é, pode-se dizer, o crime da moda, estranhamente, o Poder Executivo, provavelmente por erro involuntário, publicou a Lei n. 13.718/2018 com a redação alterada do art. 215-A que o capitula, substituindo a locução “na presença de alguém” (constante do PL n. 5.452/2016), que foi o teto aprovado pelo Congresso Nacional, por “contra alguém”.

Na realidade, com essa alteração ocorrida na publicação da lei, deixará a descoberto a maioria daquelas condutas que a nova lei pretendia abranger, como, v. g., ações praticadas na presença da vítima, mesmo sem tocá-la, por exemplo, masturbando-se em sua presença, expondo sua genitália etc. Tais condutas não são praticadas diretamente “contra alguém”, resultando em flagrante atipicidade, afóra o aspecto constitucional que atribui ao Congresso Nacional a função de elaborar as leis.

Por outro lado, “praticar contra alguém e sem sua anuência ato libidinoso” poderá, em tese, tipificar o crime de estupro (mediante grave ameaça – 2ª parte do art. 213), criando muitas dificuldades em sua aplicação; permite, inclusive, às partes acusadas de estupro argüirem e, até conseguirem, desclassificar este crime para a novel infração. E, o mais grave, poderão invocar a revogação tácita daquela parte do art. 213 pela Lei n. 13.718/2018 por ser posterior e mais benéfica.

Considerando, por fim, tratar-se de equívoco involuntário, acreditamos que poderia ser, voluntariamente, anulado e republicado com a re-ratificação do texto para corresponder àquele que foi aprovado pelo Parlamento Nacional.

2. Bem jurídico tutelado

A *liberdade sexual*, entendida como a *faculdade* individual de escolher livremente não apenas o parceiro ou parceira sexual, como também quando, onde e como exercitá-la, constitui um *bem jurídico autônomo*, independente, distinto da liberdade geral, com idoneidade para receber, autonomamente, a

proteção penal. No entanto, reconhecemos a importância de existir um contexto valorativo de regras (não jurídicas) que discipline o comportamento sexual nas relações interpessoais, pois estabelecerá os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de *cultura comportamental*, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente.

Pois é exatamente esse contexto valorativo de regras (normas não jurídicas) que disciplina o comportamento sexual nas relações interpessoais e estabelece os parâmetros de postura e de liberdade de hábitos, como uma espécie de *cultura comportamental*, que reconhece a autonomia da vontade para deliberar sobre o exercício da liberdade sexual de cada um e de todos, livremente. É esse *contexto normativo cultural* que estabelece os limites toleráveis de nosso comportamento social sexual e nos recomenda respeitar a liberdade do outro, que tem o direito de preservar a sua privacidade, liberdade e dignidade sexuais, as quais, sendo desrespeitadas, transformam seus violadores em verdadeiros infratores penais, devendo responder criminalmente pela violação desses bens jurídicos sagrados e consagrados na própria Constituição Federal. Por isso, sua violação constitui crime não apenas contra a liberdade sexual – livre direito de escolha –, como também contra a própria dignidade sexual, que é maior e mais abrangente, aliás, tanto que abrange a própria dignidade humana.

Para concluir este tópico, destacamos que a prática das condutas incriminadas neste dispositivo legal vai além da própria dignidade sexual, para atingir, simultaneamente, também a liberdade sexual, que o próprio tipo penal ressalva, ao afirmar “sem o consentimento da vítima”.

3. Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo, como *crime comum*, pode ser praticado ou sofrido, indistintamente, por homem ou mulher, sendo indiferente o gênero do sujeito ativo e do sujeito passivo, inclusive por ex-maridos, ex-namorados ou ex-companheiros após o término da relação, e, nesta última hipótese, ganha especial relevo a ausência de *consentimento* da vítima. Embora possa soar um pouco estranho, lembramos a possibilidade do crime de estupro na constância da relação, entre casais de qualquer natureza, como sustentamos ao examinar essa infração penal, não chega

a ser um despropósito pensar-se na possibilidade da autoria deste crime, após o término da relação. Considerando-se que os direitos e as obrigações de homens e mulheres são, constitucionalmente, iguais (art. 5º, I, da CF), inclusive no âmbito sexual, pessoas de qualquer gênero podem ser sujeito ativo deste crime.

Sujeito passivo, igualmente, pode ser, independentemente, homem ou mulher, embora seja mais comum as mulheres estarem mais sujeitas a essa exposição e até pela natureza feminina correm mais riscos de serem exploradas, abusadas e até humilhadas por indivíduos inescrupulosos, em quaisquer circunstâncias. As pessoas do sexo feminino estão mais sujeitas a violações dessa natureza, inclusive em termos de relações afetivo-sexuais, até mesmo por vingança.

4. Tipo objetivo: adequação típica

O tipo descrito no art. 215-A prevê uma única modalidade de conduta delituosa, qual seja, *praticar – na presença de alguém –, isto é, na presença da vítima, qualquer ato de libidinagem, como é o caso do exemplo clássico, ejacular na presença, ou na própria vítima, como ocorreu no interior de coletivos urbanos deste país*. Assemelha-se a essa conduta – e, por isso mesmo, está abrangida por este tipo penal – quando alguém, sem que a vítima perceba ou contra o seu assentimento, *apalpe as suas regiões pudendas (nádegas, seios, pernas, genitália etc.)*, cuja forma de execução traz consigo a presença inequívoca da *vontade consciente* de satisfazer a própria lascívia ou a de outrem. Nesses casos, o agente aproveita-se da *desatenção da vítima*, do local em que se encontra, das circunstâncias de tempo e lugar ou da sua eventual dificuldade de perceber a intenção lasciva daquele. Em outros termos, o agente desrespeita a presença de alguém e pratica, sem sua anuência, *ato libidinoso* buscando satisfazer sua própria lascívia ou a de terceiro. Na verdade, o agente aproveita-se da presença de alguém (a vítima) e, de inopino, o surpreende, e *sem sua anuência, pratica ato libidinoso* realizando verdadeiro *ultraje ao pudor*, ofendendo-lhe a liberdade e a dignidade sexuais.

Enfim, a prática de *atos de libidinagem*, na presença da ofendida (ou ofendido), *constrange-a a assistir* a (e a sofrer) os de luxúria, de lascívia ou de libidinagem de outrem, sem o seu assentimento, trazendo em seu bojo uma *violência intrínseca* suficientemente idônea para atingir a liberdade, a honra e a dignidade sexuais da vítima que não pode ser obrigada a sofrer constrangimento imoral e degradante dessa

natureza. A forma executiva desse crime é *praticar, realizar ou executar ato libidinoso*, na presença de alguém, *a fim de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro*. Necessário realçar, por fim, que não há a mínima *participação* da vítima, cujo ato libidinoso é praticado, repetindo, sem a sua anuência, limitando-se a sofrê-lo por ser “constrangida” (surpreendida) a *presenciá-lo e sofrê-lo*, sem a sua anuência ou consentimento, sem possibilidade de resistir pelo fator surpresa com que se depara.

A *ausência de consentimento ou de anuência* da vítima (alguém) na prática de *ato de libidinagem*, na sua presença, é uma verdadeira *elementar constitutiva negativa deste tipo penal* que, se não existir, afastará a própria adequação típica do *ato* executado. Dito de outra forma, *se houver consentimento ou anuência* da vítima na prática do ato libidinoso não haverá crime, pois o que o caracteriza é a sua prática sem a anuência daquela. Com efeito, havendo o seu assentimento, não estará contrariando ou ofendendo a sua liberdade e dignidade sexuais. A existência de consentimento na prática de ato libidinoso, na sua presença, afasta a violação à sua liberdade e à sua dignidade sexuais, não se adequando, portanto, à descrição típica.

Ato libidinoso é ato lascivo, voluptuoso, erótico, concupiscente, que pode ser, inclusive, a conhecida *conjunção carnal* (cópula vagínica) ou qualquer outro ato libidinoso diverso dela, v. g. a *ejaculação*, praticada na presença da vítima e até mesmo nela, “mas não com ela”, e *sem a sua anuência*. Dentre os *atos de libidinagem*, podem-se destacar como os mais graves, quando praticados mediante violência física ou moral, o *sexo anal* e *sexo oral*, por representarem, nessas circunstâncias, para os mais conservadores, pelo menos, um *desvirtuamento de sua finalidade funcional*, e, por isso, *violentarem* de forma mais grave a *liberdade sexual individual do ser humano* e a sua dignidade sexual e, por extensão, a própria dignidade humana. No entanto, as condutas tipificadoras do crime de estupro – *conjunção carnal* e *ato libidinoso diverso* (sexo oral e anal) –, logicamente, estão excluídas desta infração penal – *importunação sexual* –, quer por constituírem aquelas infrações penais, quer por sua gravidade que seria desproporcional à pena aqui cominada.

A maior dificuldade, para alguns, é interpretar e admitir que o ato de *ejacular* sobre uma mulher, sem seu consentimento, possa configurar *ato libidinoso*. Contudo, para nós, *libidinoso* é todo ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, *libidinoso* é espécie do gênero *atos de libidinagem* que envolve, inclusive, a *conjunção carnal* (que, por sua natureza e gravidade, não integra este tipo penal). Nessas circunstâncias, não se pode negar que aquelas *ejaculações* constrangedoras praticadas – e divulgadas pela mídia – no ano de 2018, nos

coletivos paulistas, inclusive no corpo de mulheres, sem que as tenham anuído, tipificam, inegavelmente, este crime, porque preenchem todas as elementares constitutivas desta figura penal. A lamentar somente a impossibilidade de retroagir para alcançá-los, pois o Direito Penal só é aplicável a fatos futuros e nunca a passados, posto que antes de sua tipificação não constituíam crimes, devendo-se respeitar o dogma da irretroatividade de norma penal incriminadora.

4.1. Na presença de alguém

O texto legal utiliza os vocábulos “na presença de alguém” e “sem a sua anuência”, ou seja, com a locução “na presença de alguém” fica claro que o ofendido, de qualquer gênero, deve encontrar-se, fisicamente, no local onde se realiza o *ato libidinoso*. Referido vocábulo tem significado muito específico, iniludível, de que o ofendido deve estar, pessoalmente, *in loco*, ou, dito de outra forma, deve estar “de corpo presente” onde se desenrola o ato libidinoso. Em outros termos, na *presença* de alguém significa ante alguém que está presente, alguém que vê ou assiste *in loco* e na hora em que é praticado, e não, indiretamente, via qualquer mecanismo tecnológico, físico ou virtual, como permitiria o mundo tecnológico.

Para os dicionaristas, na *presença* de alguém é o “fato de uma pessoa ou uma coisa encontrar-se em um lugar determinado”, e *presenciar* significa “assistir a, estar presente a”, e, numa segunda versão, pode ser “verificar, observar”³ algo. Em sentido contrário, comentando vocábulo semelhante constante do art. 218-A, o Prof. Guilherme Nucci sustentou, *verbis*: “Assim não nos parece, pois a evolução tecnológica já propicia a *presença* – estar em determinado lugar ao mesmo tempo em que algo ocorre – por meio de aparelhos apropriados. Portanto, o menor pode a tudo assistir ou presenciar por meio de câmaras e aparelhos de TV ou monitores. A situação é válida para a configuração do tipo penal, uma vez que não se exige qualquer toque físico em relação à vítima”⁴.

3 Grande dicionário Larousse Cultural da Língua Portuguesa, São Paulo, Nova Cultural, 1999, p. 738.

4 Guilherme de Souza Nucci, *Crimes contra a dignidade sexual...*, p. 50. Igualmente equivocado, no particular, Yordan Moreira Delgado ao concluir que: “A vítima pode presenciar o ato libidinoso estando próximo ao local, ou mesmo por outro meio, como no computador com câmera etc.”, in Yordan Moreira Delgado, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13629&p=1>>.

Claro está que discordamos radicalmente desse entendimento, pelos fundamentos que expusemos acima. Essa elasticidade interpretativa não é recepcionada pelo Direito Penal da culpabilidade de um Estado democrático de direito, e tampouco pelo *princípio da tipicidade estrita*, pois abarcaria condutas não abrangidas pela descrição contida no tipo penal incriminador, e sabido é que nenhuma norma penal incriminadora admite interpretação extensiva.

4.2. Ejacular furtivamente em alguém: prática de ato libidinoso não consentido

Os fatos do cotidiano não param de surpreender o legislador, que é incapaz de prever todas as condutas possíveis para criminalizá-las. Quando se poderia imaginar alguém *ejaculando*, furtivamente, no pescoço de uma distraída senhora no interior de um veículo coletivo, como ocorreu na cidade de São Paulo? Sabe-se agora que este caso do ônibus ocorrido em São Paulo (agosto de 2017), não foi o único, pelo contrário, sua prática é muito mais frequente do que se pode imaginar⁵.

Logicamente, situação como essa cria enorme “constrangimento” a qualquer pessoa vítima de “agressão” dessa gravidade, humilhante, degradante e efetivamente *constrangedora*. Certamente, como veremos adiante, o inusitado da situação não apenas dificulta como também inviabiliza qualquer manifestação ou reação da vítima, que sofre, de inopino, furtivamente, verdadeira agressão à sua honra, à sua dignidade humano-sexual e à sua liberdade de escolha e manifestação de vontade ou de consentimento. Na realidade, *ejacular em alguém*, sem o seu assentimento, aproveitando-se de sua distração, surpreende a vítima, impedindo ou dificultando que se defenda ou apresente alguma resistência. Inegavelmente, *ejacular em alguém*, sem seu consentimento, surpreendendo-o pelo inusitado da situação inesperada, *constitui a prática de ato libidinoso, diverso de conjunção carnal*.

5 Esse fato ocorreu no dia 29 de agosto de 2017, na cidade de São Paulo, no interior de um coletivo em que um indivíduo masturbou-se e *ejaculou no pescoço de uma mulher* que se encontrava distraidamente sentada. Referida senhora somente percebeu o fato quando sentiu a viscosidade do esperma que correu pelo seu pescoço. Gerou grande debate no meio jurídico sobre que crime teria ocorrido, ante o entendimento do Ministério Público e do magistrado que o tipificaram como *contravenção penal* (importunação ofensiva ao pudor). Nas semanas seguintes referido indivíduo voltou a repetir a mesma conduta, descobrindo-se que, provavelmente, tratava-se de um desequilibrado mental.

Logo, como veremos adiante, pela presença de todas as elementares descritas no tipo, também caracteriza a novel infração tipificada no art. 215-A.

Com efeito, a *ação de ejacular* sobre alguém, especialmente sobre uma mulher desconhecida, distraída, “desligada” e envolta em seus pensamentos, constitui a prática de um *ato de libidinagem* repugnante, covarde e cruel, na medida em que é um *ato lascivo, voluptuoso* e objetiva, igualmente, *obter prazer sexual* ou erótico, ainda que realizado sem conhecimento e consentimento da vítima, mas sobre ela, como ocorreu na hipótese do indivíduo que *ejaculou* sobre o pescoço da passageira de um coletivo, que não concorreu de forma alguma para esse fato. Ademais, como referimos em tópico anterior, o dispositivo legal atual (art. 215-A) não exige que a vítima (masculina ou feminina) de *ato libidinoso* tenha um comportamento ativo, para rejeitar ou defender-se. Por isso, o fato de a vítima permanecer inerte ou sequer perceber a tempo de reagir ao ato agressor de sua honra não impede nem estimula que haja sua execução pelo ofensor.

Por outro lado, não se pode ignorar que o *ato libidinoso de ejacular*, mesmo sobre alguém, não cessa e não se encerra com a *ejaculação*, puramente, mas se prolonga para além desse momento, posto que o *gozo* e a satisfação extravasam o momento *ejaculatório*, de tal forma que a sensação de prazer e de bem-estar do indivíduo estende-se por tempo razoavelmente longo, especialmente em situações patológicas, como é o caso em questão. Segundo estudos científicos, após a *ejaculação* o organismo reage *liberando hormônios* que produzem grande sensação de prazer e satisfação sexual. Essa *fase prazerosa final da ejaculação* integra o próprio ato ejaculatório, que se exaure com esse relaxamento muscular, mas dele não se separa, pelo contrário, o integra.

Sintetizando, pela inexistência de *anuência* ou de consentimento da vítima, a conduta de *ejacular na vítima ou na sua presença*, de inopino, configura o *crime de importunação sexual* e justifica uma pena de dois a cinco anos de reclusão para essa conduta, que objetiva a satisfação da lascívia do autor (ou de terceiro), que age *burlando* ou *dificultando* a livre manifestação da vítima, violando a sua liberdade sexual.

Por todas as razões expostas, na nossa concepção, a *ação de ejacular* em alguém, sem consentimento, seja no interior de coletivos, seja em aglomerados de pessoas, ou em circunstâncias em que a vítima não perceba a tempo para evitá-la ou impedi-la, configura o crime de *importunação sexual* previsto no art. 215-A do Código Penal, praticado na presença da vítima e sem a sua anuência.

5. Tipo subjetivo: adequação típica

O elemento subjetivo do crime – *importunação sexual* – é o *dolo* constituído pela *vontade consciente* de praticar a ação descrita no tipo penal, qual seja, *praticar*, na presença de alguém e sem a sua anuência, *ato libidinoso* com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro. No entanto, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal, mas, principalmente, do *não consentimento da vítima*. Com efeito, quando o processo *intelectual-volitivo* não abrange qualquer das elementares constitutivas do tipo penal, o *dolo* não se completa e sem *dolo* não se tipifica o crime de *importunação sexual*, e não há previsão de modalidade culposa.

O fim especial de *satisfazer a própria lascívia* (como também a de terceiro) constitui o *elemento subjetivo especial do injusto penal* e a razão de ser da própria conduta incriminada; aliás, pode-se afirmar, na hipótese de ejaculação, que *é a satisfação sexual do agente, não se esgota no ato em si*, mas reside, fundamentalmente, na sensação de estar satisfazendo sua lascívia no contato, não autorizado, com outra pessoa, em ambiente público, se expondo para a indefesa vítima, roubando-lhe a *satisfação* unilateral de sua lascívia ou, eventualmente, também a de terceiro. É como se o agente não se satisfizesse somente com a prática do *ato libidinoso* propriamente, mas com o fato de ser *furtivo*, desautorizado e em público. É, pode-se afirmar, verdadeiramente, uma perversão sexual do agente.

6. Divulgação de cena de estupro, de estupro de vulnerável e de sexo ou pornografia

6.1. Considerações preliminares sobre o crime descrito no art. 218-C

O presente tipo penal, sem precedente similar na legislação brasileira que, até então, não se havia preocupado com condutas semelhantes a aqui criminalizada, recebe agora a sua proteção penal. O texto tipifica a divulgação de *cena de estupro* ou de *imagens de sexo*, sem que haja *consentimento* da pessoa atingida.

Pune-se com pena de um a cinco anos (01 a 05 anos) de prisão *quem divulgar, publicar, vender ou dar publicidade a cena de estupro, estupro de vulnerável, de sexo ou pornografia, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável, cena de sexo, nudez ou pornografia*, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, sem a anuência da vítima, ou que faça apologia ou induza a sua prática.

O texto legal prevê aumento de pena em dois terços se o crime for praticado por quem mantém ou tenha mantido relação íntima afetiva com a vítima, como namorado, namorada, marido, esposa ou similar. Há ainda a previsão de aumento de pena de metade a dois terços se do crime resultar gravidez. No caso de o criminoso transmitir doença sexualmente transmissível que sabe ser portador, ou se a vítima for idosa ou pessoa com deficiência, a pena será ampliada de um terço a dois terços. Trata-se, enfim, de crime essencialmente *subsidiário*, como destaca o preceito secundário do *caput*, ou seja, somente será aplicável “se não constituir crime mais grave”, como, por exemplo, o crime de estupro em qualquer de suas modalidades. Nessa hipótese, as condutas aqui descritas ficarão absorvidas pela referida infração.

7. Bem jurídico tutelado

Protege-se, genericamente, a *dignidade sexual individual*, de homem e mulher, indistintamente, consubstanciada na liberdade sexual e direito de escolha, especialmente da mulher que é, com mais frequência, exposta nas redes sociais por ex-companheiros, namorados ou cônjuges, inclusive por vingança ou apenas para humilhar. Em outros termos, o presente tipo penal insere-se na finalidade abrangente de garantir a todo ser humano, que tenha capacidade de autodeterminar-se sexualmente, que o faça com liberdade de escolha e vontade consciente, mas, principalmente, *preservando a sua privacidade*, que é assegurada, inclusive, constitucionalmente. Protege-se, inclusive, a *moralidade pública e o pudor público*, particularmente no que se refere ao aspecto sexual, considerando-se que esse tipo penal encontra-se no Título da Parte Especial que disciplina os *crimes contra dignidade sexual*.

Não se ignora as consequências devastadoras da *invasão da privacidade* divulgando fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro

ou estupro de vulnerável, cena de sexo, nudez ou pornografia, *sem o consentimento* da vítima. Os danos morais à vítima, homem ou mulher, mas principalmente desta, são absolutamente *irreparáveis*, pois a destruição moral que referidas condutas produzem com tal exposição social nunca mais poderá ser consertada ou recuperada, por isso, talvez, fosse recomendável uma sanção ainda mais grave. Mas, de qualquer sorte, além das sanções criminais aqui cominadas, a vítima, homem ou mulher, ainda tem a seu dispor a possibilidade de buscar no plano cível uma justa e merecida reparação dos danos sofridos em consequência dessa infração penal.

8. Tipo objetivo: adequação típica

Trata-se de um tipo penal extremamente complexo, com uma redação prolixa, composto de nove condutas nucleares, com uma série de elementos normativos especiais, admitindo sua prática por qualquer meio, mas, mesmo assim, relaciona vários deles. Enfim, nessa constituição tipológica do crime de *divulgação de cena de estupro e estupro de vulnerável, e de sexo ou pornografia* o legislador sacrifica literalmente o vernáculo gramatical, parecendo-nos, sem exagero, uma das piores redações descritivas de crimes - que tem um estilo muito particular de redigir -. Exige demasiado esforço intelectual-interpretativo dos “operadores” desta ciência dogmática. Constitui, enfim, verdadeira *anomia tipológica* no direito pátrio, simples amostra dos efeitos nefastos da ridícula retalhação do Código Penal a que se está procedendo nos últimos anos, com a inflação diária, desordenada e descriteriosa de leis esparsas, chamada de “reformas pontuais, alterando, inclusive, o perfil deste exemplar diploma legal. Ademais, reforçando nossa visão crítica, destacamos que não se pode olvidar que a referida norma foi estruturada num manifesto erro técnico de composição típica, violando as mais sagradas normas gramaticais, como concordância nominal, verbal e, ainda, incorrendo em erros de sintaxe, tornando praticamente incompreensível a redação deste dispositivo legal.

Desafortunadamente, o legislador, uma vez mais, volta a utilizar quase uma dezena de condutas proibidas em um mesmo tipo penal, chegando a ser repetitivo (v. g., publicar ou divulgar), imaginando variadas formas do mesmo comportamento que pretende proibir. Vejamos, sucintamente, o significado de cada um desses nove verbos nucleares deste tipo penal, que também é recheado de elementos normativos como veremos adiante.

8.1 As diversas condutas tipificadas

1) *Oferecer* significa expor à venda, mostrar ou apresentar aos interessados, doar como presente ou ofertar *fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável*; determinado produto a potenciais consumidores; (2) *trocar* em troca de algo, substituir uma coisa por outra, permutar ou tomar uma coisa por outra; (3) *disponibilizar* tem o significado de colocar à disposição do público; (4) *transmitir*, no sentido deste texto, significa transferir para outrem, cambiar, enviar ou transportar de um lugar para outro; (5) *vender ou expor à venda*: devia ser proibido esse tipo de construção tipológico-penal, pois acaba criando situações ridículas e não apenas inusitadas, violadora da tipicidade estrita. *Vender ou expor à venda têm, basicamente, o mesmo significado, exigindo certo preciosismo para distingui-las. Vender é alienar algo a alguém por um preço convencionado, trocar, no caso, por dinheiro; vender é comerciar, negociar algo; vender é transferir a outrem, mediante pagamento, a coisa ou objeto que se tem com o objetivo de comercializá-lo; 6) expor à venda é oferecer ao público, colocar em exposição o objeto material para ser vendido, para atrair comprador; é a exibição do produto que se quer vender, para ser vendido, aliás, a rigor, expor à venda, examinado com mais cuidado, não passaria de mero ato preparatório da ação de vender e, como tal, sequer pode ser punido, se não chegar, pelo menos, a iniciar a venda; 7) distribuir, também é uma forma de dar publicidade, de tornar público, de divulgar os mesmos objetos proibidos constante do tipo penal. Por outro lado, repetindo a redundância, distribuir também é uma forma ou meio de expor à venda, como o é, igualmente, um meio de oferecer a interessados o produto que se quer proibir; 8) publicar tem o sentido tradicional de divulgar, propagar, dar grande publicidade a fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável, que são expressamente os objetos materiais de proteção da norma incriminadora. E, em tempos e mídia eletrônica e redes sociais, principalmente fazer uso desses modernos meios de comunicação, aliás, expressamente destacados, como elementar típica, proibição de divulgação “por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática”; 9) ou divulgar, constata-se aqui, mais uma grande redundância desse tipo penal, pois divulgar tem exatamente o mesmo sentido de publicar, dar publicidade ou propagar a veiculação dos objetos materiais proibidos, por qualquer meio, espe-*

cialmente pelos meios de comunicação e redes sociais que produzem efeito dizimador sobre a honra, a dignidade, honestidade e vida privada de suas vítimas.

8.2. A simplificação do exagero legal

Sem necessidade de maiores observações, constata-se que há um desnecessário exagero na tipificação de condutas que nada mais são que sinônimos, ou seja, várias delas têm o mesmo significado, levando o raciocínio andar em círculo, sem sair do lugar. Mas esse defeito linguístico do legislador brasileiro não é original, na medida em que se iniciou no ano de 1990, com a publicação da não menos anárquica *lei de antidrogas* e, a despeito das severas críticas dos grandes especialistas da área, passaram-se décadas, desde então, mas a *anarquia linguística* não foi abandonada pelos “deszelosos” legisladores contemporâneos, que, com regular frequência, nos brindam com textos de qualidade sofrível com presente.

Enfim, tudo isso apenas para tipificar as condutas de divulgar, publicar, vender ou dar publicidade a cena de estupro, estupro de vulnerável, de sexo ou pornografia, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou estupro de vulnerável, cena de sexo, nudez ou pornografia, por qualquer meio, inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática, sem consentimento da vítima, ou que faça apologia ou induza a sua prática. Percebe-se, sem muito esforço, que toda essa prolixidade dificulta sobremodo qualquer tentativa de dar-lhe uma redação menos complexa e mais coerente com a pretensão do legislador.

8.3. Majorante e isenção de pena

Acrescenta-se, para evitar a realização de vingança ou humilhação, *causa especial de amento de pena* se, qualquer dessas condutas, for praticada por agente que mantém ou manteve relação íntima de afeto com a vítima ou o faz *com o fim de vingança ou humilhação*. Por outro lado, há uma excludente especial de criminalidade, quando o agente pratica as condutas descritas no *caput* deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, se ela for maior de dezoito anos.

Cabe destacar, finalmente, que a existência de *consentimento da vítima* afasta a adequação típica da conduta do autor, isto é, afasta-lhe a própria *tipicidade* da ou das condutas do sujeito ativo, e não apenas a sua *ilicitude*, o que significa dizer, em outros termos, que não há que se falar em crime.

9. Induzimento ou instigação a crime contra a dignidade sexual

9.1. Considerações preliminares a projeção desse crime

No Título IX da Parte Especial do Código Penal são concebidos como crimes contra a *paz pública*, a *incitação ao crime*, a *apologia do crime de do criminoso e associação criminosa*, usando nos dois primeiros os mesmos verbos indicativos das ações *incriminadas*, ou seja, *incitar* ou *fazer apologia de crimes*. Destaca a doutrina, a *unanimidade*, que os mesmos bens jurídicos lesados pelo crime que o eventual incitado ou apologético vier a praticar, não serão os mesmos dos aqui contemplados, como destacava Magalhães Noronha⁶: “Diverso, conseqüentemente, é o bem jurídico, aqui contemplado, daquele que é ofendido pelo crime objeto da instigação, v. g., linchamento, assalto etc.”.

Pois, nesse Projeto, que não chegou a ser convertido em lei, utiliza-se exatamente as duas figuras descritas nos arts. 286 (incitação ao crime) e 287 (apologia ao crime e ao criminoso), com dois diferenciais: (i) não se trata de *crime contra a paz pública*, abstratamente considerada, mas de *crime contra a dignidade sexual*, por que ambos são direcionados especificamente a essa modalidade de crimes; (ii) a sanção prevista para essas duas novas figuras é exatamente a mesma cominada ao crime contra a dignidade sexual, e não uma sanção penal especificamente para essas condutas *in abstracto*.

⁶ *Direito penal*, 10. ed., São Paulo, Saraiva, 1978, v. 4, p. 88.

10. Bem jurídico tutelado

O bem jurídico protegido, no crime de *induzir ou instigar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual* é, por excelência, a *dignidade sexual* da pessoa humana, a exemplo dos outros dois crimes aqui abordados; mas protege, igualmente, a *liberdade sexual* de todos, homens e mulheres, *desde que não seja menor de quatorze anos, pois, nesse caso, poderá configurar outro crime mais grave, inclusive estupro de vulnerável, dependendo das demais circunstâncias elementares típicas.*

O bem jurídico tutelado no parágrafo único, por outro lado, - *incitar ou fazer apologia de crime ou criminoso* contra a dignidade sexual -, como espécie *sui generis* (por ter uma finalidade especial) dos crimes contra a paz pública, é diferente do bem jurídico daqueles “crimes contra a paz pública”, sendo exatamente o mesmo bem jurídico dos demais crimes do mesmo capítulo dos crimes contra a liberdade sexual, ou seja, a dignidade e a liberdade sexual do ser humano. A própria redação do parágrafo único que define essas condutas típicas - *induzir ou instigar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual* - não deixa qualquer dúvida ao prescrever que o infrator incorre na mesma pena prevista no *caput*. Em outros termos, embora se possa, em um primeiro momento, ficar em dúvida quanto ao bem jurídico “paz pública”, a finalidade específica *da incitação e da apologia de crime* não dá lugar a dúvida quanto a esse bem jurídico protegido, que, aliás, questionamos duramente a proteção de uma dita “paz pública” naqueles crimes previstos nos arts. 286 a 288.

11. Sujeitos ativo e passivo

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, homem ou mulher, heterossexual, homossexual, bissexual, transexual, travesti (etc.), enfim, qualquer indivíduo, sem nenhuma qualidade ou condição especial, tratando-se, portanto, de crime comum, mas de qualquer crime contra a dignidade sexual da vítima, e não apenas do crime de estupro como pode parecer à primeira vista. Trata-se, a rigor, de uma espécie *sui generis* de um *crime de concurso necessário*, pelo menos, quando o “induzido” recepiona a indução e prática o crime contra a dignidade sexual. Nessa hipótese, o *indutor* responde pelos dois crimes, ou seja, por este crime e, em coautoria, pelo crime praticado pelo *induzido*.

O “alguém” – induzido ou incitado – ou seja, aquele (a) que se serve da ação criminosa a que foi “induzido” ou “incitado” a praticar o crime sexual, isto é, aquele ou aquela que se “aproveita” da ideia indutora ou instigadora para satisfazer seu perverso e deturpado instinto sexual não é vítima ou sujeito passivo deste crime, mas sim autor direto, como executor, da ação incriminada, uma espécie de *longa manus* do indutor ou incitador, ou, em outros termos, é autor do crime contra a dignidade sexual aqui tipificado. Em outros termos, ambos são sujeitos ativos desta conduta criminosa e por ela respondem, igualmente. *Alguém, no caso*, deve ser pessoa certa, determinada, isto é, identificada, de qualquer sexo, caso contrário, poderia até constituir o crime do art. 228 (favorecimento da prostituição). A proibição contida no texto do projeto, no entanto, não exige que se trate de determinado indivíduo, que, a rigor, pode ser mais de um. O que se exige é que a(s) pessoas seja(m) certa (s) ou definida(s), pois, repetindo, se o *induzimento* ou a instigação referir-se a número indeterminado, vago ou impreciso de indivíduos, o crime poderá passar a ser o de favorecimento da prostituição (art. 228).

Na nossa concepção, ambos, indutor/instigador e induzido/instigado, são coautores do crime, e não mero *participe* e, em tese, nenhum deles tem *participação de menor importância*, por duas razões básicas: o indutor/incitador por que a conduta dele lhe é expressamente imputada no tipo penal pelas condutas “induzir” e “incitar” tipificadoras desse crime; portanto, jamais poderá esquivar-se sob a alegação de que não praticou a execução material do fato, por que a sua tipificação de “induzir” ou “incitar”, neste caso, é crime formal e não reflete o agir de *participe* tradicional, abrangida por extensão através do art. 29 deste CP, mas é absorvida diretamente pela descrição do próprio núcleo típico. O “induzido” ou “incitado” (talvez devêssemos dizer melhor, fazendo um trocadilho, o “excitado”), por sua vez, embora não pratique nenhuma das condutas nucleares descritas – *induzir* ou *excitar* -, executa materialmente o resultado pretendido pelo comparsa, que tem o comando das ações, como “homem de trás”, e que lhe assegura o “domínio do fato”, aliás, instituto este tão maltratado nos últimos tempos pela jurisprudência de nossos tribunais.

Por fim, *sujeito passivo* desta absurda infração penal pode ser, indiferentemente, homem ou mulher, independentemente de sua orientação sexual, desde que não seja menor, pois, nessa hipótese, poderá configurar-se outro crime mais grave, inclusive estupro de vulnerável.

12. A figura secundária do partícipe e a cooperação dolosamente distinta

Deve-se destacar, ademais, que os verbos “induzir e instigar” têm, jurídico-penalmente significado próprio, qual seja, o de identificar uma atividade secundária, acessória, na imputação da prática de crimes, qual seja, a de caracterizar a figura do partícipe e não a de autor ou coautor de crimes. No entanto, para simplificar, nesta hipótese deste crime não caracteriza a *figura secundária de um mero partícipe* e tampouco a da *cooperação dolosamente distinta*, como veremos adiante.

13. Tipo objetivo: adequação típica

As ações tipificadas pelo Substitutivo ao Projeto de Lei 5.452, de 2016, que criaria o tipo pena do art. 218-D, são *induzir* e *instigar* alguém a praticar crimes contra a dignidade sexual. *Induzir* alguém, nesta hipótese, consiste em persuadir, aliciar, levar alguém a praticar crime contra a dignidade sexual de qualquer pessoa, ou seja, praticar qualquer dos crimes constantes do Título VI da Parte Especial do Código Penal, e não apenas os *crimes contra a liberdade sexual*. Em outros termos, *induzir* significa suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do *induzido* uma ideia até então inexistente, e, exatamente, neste particular, reside sua diferença com a conduta de *instigar*, como veremos abaixo.

Para que haja *induzimento* de alguém a prática de crime contra dignidade sexual, a nosso juízo, é absolutamente desnecessário que exista – embora até possa haver - promessas, dádivas ou súplicas, como forma de cativar a confiança e a “vulnerabilidade” do induzido, coautor do crime, na hipótese, na medida em que se trata de crime de forma livre, que pode ser praticado por qualquer meio ou modo de execução, inclusive utilizar-se de meios ou modos ilícitos.

Há ainda a segunda conduta descrita no *caput*, que é a ação de *instigar* alguém a praticar crime contra a dignidade sexual, a qual tem significado muito parecido com a ação de *induzir* e, por isso mesmo, normalmente, o legislador as utiliza, quando faz uso de tais verbos, como forma de se complementarem, até para evitar discussões estéreis sobre seus significados, abrangências e extensões. No entanto, ambas têm sentidos distintos, embora muito próximos, que, por vezes, até se confundem. *Com efeito*, *instigar* significa animar, estimular, reforçar

uma ideia existente (o induzimento, ao contrário, cria uma ideia que até então não existia). O *instigador* limita-se a provocar a resolução criminosa do autor, não tomando parte nem na execução nem no domínio do fato. Há *instigação* quando o *partícipe* atua sobre a vontade do autor, no caso, do instigado. É indiferente o *meio* utilizado para a instigação: persuasão, conselho, dissuasão etc. Para que haja *instigação*, é necessária uma influência no processo de formação da vontade, já existente, abrangendo os aspectos volitivo e intelectual. Não é suficiente *criar* uma situação tentadora para o autor, o que poderia configurar cumplicidade. A instigação deve dirigir-se a um fato determinado, assim como a um autor ou autores determinados⁷.

Resumindo, a *instigação* é, pode-se afirmar, uma espécie de *participação moral* em que o *instigador* age sobre a vontade do autor, embora aqui não tenha o significado simplesmente identificador da *forma de partícipe* estrito senso, mas de atribuir efetivamente uma das duas modalidades de realização da conduta nuclear do tipo penal *sub examine*. Nesta hipótese, *instigar* nada mais é do que uma modalidade de agir provocando o surgimento no *instigado* da vontade de cometer o crime contra a dignidade sexual, ou seja, estimulando-lhe, propriamente, a ideia já existente, ou, de qualquer modo, *contribuindo moralmente* para a prática desse crime. Enfim, para a tipificação do presente crime é indiferente se o “alguém” é *induzido* ou *instigado* a cometê-lo, importando mesmo é que a motivação e decisão de executá-lo decorra efetivamente da ação do indutor ou instigador de sua prática. Pois, nessa forma de agir, induzindo ou instigando, resulta o nexo causal identificador, neste crime, *da própria coautoria* e não simplesmente a configuração de mera forma de participação estrito senso.

O objetivo ou pretensão do *induzimento* ou instigação, neste crime, caracteriza o próprio dolo, representado pela vontade livre e consciente de levar o induzido ou instigado a praticar qualquer dos crimes contra a dignidade sexual. Não há, inclusive, o desejo de satisfazer a lascívia própria ou outrem. Não se trata, por outro lado, ao contrário do crime previsto no art. 218, de levar o induzido ou instigado a práticas sexuais contemplativas, exibicionistas, expositivas (v. g., *strip-tease*), pois não tem como motivação a contemplação da lascívia própria ou de outrem.

7 Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 166.

Deve-se tomar algum cuidado no exame desta figura penal em razão de sua abrangência para o indutor: (i) teoricamente, o indutor/incitador pratica, isoladamente, o crime se o incitado não se deixar seduzir pela ação daquele e não praticar crime algum; (ii) contudo, se o induzido/instigado praticar o crime levado pela ação do indutor, ele responderá pelos dois crimes: pelo primeiro, isoladamente, e, pelo segundo (praticado pelo induzido), em concurso material de crimes.

O induzimento e a *instigação* abrangem tanto a *influência psíquica*, com o objetivo de fazer surgir no indivíduo (induzimento) o propósito criminoso antes inexistente, quanto a *instigação* propriamente dita, que como também reforça eventual propósito já existente (instigação). De qualquer sorte, é fundamental que a ação do agente se limite a esse “estímulo”, sem a efetiva e direta intervenção na deliberação concreta do agir do *induzido/instigado*, sob pena de aquele transformar-se em verdadeiro coautor/*partícipe* do crime praticado pelo induzido. Com efeito, essa *zona gris* entre a *incitação ao crime* e a *participação em sentido estrito* acaba por confundir-se quando o induzido/instigado acede à incitação e realmente executa o crime determinado, transformando o sujeito ativo desta infração penal em *partícipe/coautor* daquele, dependendo da extensão de sua participação efetiva no crime levado a efeito. Nessa hipótese, haverá concurso material de crimes para aquele que incita (induz ou instiga), publicamente, a prática de crime.

A distinção, portanto, reside em que para a configuração do crime de *induzimento ou instigação a prática de crime contra a dignidade sexual* não é necessário que o incitado pratique crime algum, ao passo que o *partícipe*, quer por instigação, quer por induzimento, somente responde se o crime for, pelo menos, tentado. Vimos, quando abordamos a Parte Geral, que a *instigação* é uma espécie de participação em sentido estrito, ao lado da *cumplicidade*. Sua punibilidade, no entanto, depende não apenas de ser aceita, como também de que o instigado tenha, pelo menos, iniciado a execução, o que não ocorre na hipótese de induzimento ou incitação ao crime sexual, que é um *tipo penal especial*, erigindo em figuras autônomas certas formas (induzir e instigar) que, teoricamente, não passariam de meros *atos preparatórios*, genericamente impunes (art. 31).

Assim, se o crime incitado (induzido ou instigado) vier a ser efetivamente executado, nesse caso, haverá concurso material de crimes: o sujeito incitado responderá pelo crime que cometer, e o sujeito ativo deste responderá por ambos, ou seja, pelo *crime de incitação* e pelo crime efetivamente praticado por aquele. No entanto, para que se atribua a “participação” do instigador em crime que venha

a ser executado pelo instigado, torna-se indispensável comprovar a relação de causa e efeito entre a instigação/induzimento levada a efeito e a conduta realizada pelo instigado; não sendo demonstrada essa *relação de causalidade*, o instigador responderá somente pela incitação. E não era outra a manifestação de Heleno Fragoso⁸, ao referir a tipo penal semelhante (art. 286 do CP), *in verbis*: “Se a pessoa instigada a praticar um crime vem efetivamente a praticá-lo, o instigador poderá responder também por ele, como coautor (desde que a incitação tenha representado um contingente causal na formação do propósito delituoso). Nessa hipótese, haverá concurso material entre tal crime e o de incitação”.

No entanto, convém que se observe, que o crime será único quando, com uma única conduta, o sujeito ativo incite a prática de vários delitos: a pluralidade resultante de conduta única não implica concurso de crimes.

14. Incitação ou apologia de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor

Quer nos parecer, pelo menos, teoricamente, que se tratam de duas figuras penais redundantes e, conseqüentemente, absolutamente desnecessárias, na medida em que as condutas aqui previstas já constituem os crimes constantes dos arts. 286 e 287 deste mesmo diploma legal. Dito de outra forma, a punição de quem incitar ou fizer apologia ao crime ou a criminoso já responderia por tais condutas, na forma daqueles dois dispositivos legais citados, pelo menos, para quem conhece o Código Penal. A única diferença e que, não se pode negar, é bastante relevante, refere-se às penas cominadas que, nos dispositivos anteriores são de detenção de três a seis meses e multa, ao passo que, na novel infração penal comina-se a pena de reclusão de um a três anos, além do fato de os agentes responderem exatamente pelo mesmo crime contra a dignidade sexual que for praticado.

Mas, enfim, vejamos abaixo o que significam, especificamente, essas duas figuras penais vinculadas diretamente a crimes contra a liberdade e a dignidade sexual, com peculiaridades especiais, dentre as quais, a aplicação da mesma pena do crime contra a dignidade sexual.

8 Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 276.

14.1 Incitação pública a crime contra a dignidade sexual

A essência desta figura delitiva, que é excepcional, consiste em incitar, publicamente, a prática de um crime, sem que este seja efetivamente executado. De plano constata-se que, a despeito da semelhança com a *instigação genérica*⁹ (art. 29 do CP), dela distingue-se por não se tratar de *ação acessória* e dispensar o início da execução do crime incitado. O art. 31 determina que a instigação não é punida se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, salvo expressa disposição em contrário. Esta é, pode-se constatar, uma das exceções à regra do dispositivo mencionado, pois pune os atos “preparatórios” de incitação à prática de crime, ainda que este não venha a ser executado, a exemplo do que ocorre com as previsões dos crimes contra a paz pública previstos nos arts. 286 e 287 do CP.

O que o teto do projeto *sub examine* incrimina, em seu parágrafo único, é pura e simplesmente a *incitação* à prática de crime contra a dignidade sexual em si mesma, desde que, deve-se registrar, tenha *idoneidade* para o fim proposto, independentemente de o incitado deixar-se persuadir pela incitação. Com efeito, para a configuração da *incitação* à prática de crime é irrelevante que o *incitado* execute o crime a que fora estimulado, desde que a conduta incriminada realmente tenha a eficácia necessária para instigá-lo a isso. Enfim, a lei pune a *incitação* em si, cometa ou não o crime incitado. Nesse sentido pontificava Sebastian Soler¹⁰, ao referir-se a “incitação ao crime”, previsto no Código Penal argentino, afirmando que “a instigação pública é punível ‘pela própria instigação em si mesma’. A hipótese da lei, segundo temos dito, é, pois, a de uma instigação não cumprida”. A ação incriminada consiste em *incitar* (estimular, instigar, provocar, excitar) a *prática de crime*; é a ação de quem *incute*, estimula ou impele alguém ao crime contra a dignidade sexual. Contudo, *se o fato incitado ou instigado não constituir crime*, mesmo que se revista de imoralidade ou configure alguma contravenção, não tipifica o delito previsto no *sub examine*, ou seja, está excluída dessa tipificação a incitação à prática de contravenção penal ou de fatos imorais.

9 *Instigar* significa incentivar, estimular, ou seja, fazer com que alguém se decida a executar um ato ou uma ação, ou pelo menos reforçar-lhe o propósito ou intenção. Faz-se apresentando motivos, justificativas ou razões que o movam, seja reforçando sentimento já existente, seja criando-o, ou mesmo anulando ou reduzindo eventual rejeição.

10 *Derecho penal argentino*, v. 4, p. 598.

O conceito de *incitação* abrange tanto a *influência psíquica*, com o objetivo de fazer surgir no indivíduo (determinação ou induzimento) o propósito criminoso antes inexistente, quanto a *instigação* propriamente dita, que reforça eventual propósito já existente. De qualquer sorte, é fundamental que a ação do agente se limite a esse “estímulo”, sem a efetiva e direta intervenção na deliberação concreta do agir do *incitado*, sob pena de aquele transformar-se em verdadeiro e comum *partícipe* do crime incitado. Com efeito, essa *zona gris* entre a *incitação ao crime* e a *participação em sentido estrito* acaba por confundir-se quando o incitado acede à incitação e realmente executa o crime determinado, transformando o sujeito ativo desta infração penal em *partícipe* daquele. Nessa hipótese, haverá concurso material de crimes para aquele que incita, publicamente, a prática de crime. A distinção, portanto, reside em que para a configuração da *incitação ao crime* não é necessário que o incitado pratique crime algum, ao passo que o *partícipe*, quer por instigação, quer por induzimento, somente responde se o crime for, pelo menos, tentado. Vimos, quando abordamos a Parte Geral, que a *instigação* é uma espécie de participação em sentido estrito, ao lado da *cumplicidade*. Sua punibilidade, no entanto, depende não apenas de ser aceita, como também de que o instigado tenha, pelo menos, iniciado a execução, o que não ocorre na hipótese da *incitação ao crime*, que é um *tipo especial*, erigindo em figuras autônomas certas formas que, teoricamente, não passariam de meros *atos preparatórios*, genericamente impunes (art. 31).

Assim, se o crime incitado vier a ser efetivamente executado, nesse caso, haverá concurso material de crimes: o sujeito incitado responderá pelo crime que cometer, e o sujeito ativo deste responderá por ambos, ou seja, pelo *crime de incitação* e pelo crime efetivamente praticado por aquele. Nesse sentido, também se manifestava Soler¹¹, “é claro que se o fato instigado se executa, como produto da instigação, o sujeito resulta partícipe desse delito”. No entanto, para que se atribua a “participação” do instigador em crime que venha a ser executado pelo instigado, torna-se indispensável comprovar a relação de causa e efeito entre a instigação levada a efeito e a conduta realizada pelo instigado; não sendo demonstrada essa relação de causalidade, o instigador responderá somente pela incitação. E não era outra a manifestação de Heleno Fragoso¹², *in verbis*: “Se a

11 Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino*, v. 4, p. 598.

12 Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 276.

pessoa instigada a praticar um crime vem efetivamente a praticá-lo, o instigador poderá responder também por ele, como coautor (desde que a incitação tenha representado um contingente causal na formação do propósito delituoso). Nessa hipótese, haverá concurso material entre tal crime e o de incitação”.

No entanto, convém que se observe, que o crime será único quando, com uma única conduta, o sujeito ativo incite a prática de vários delitos: a pluralidade resultante de conduta única não implica concurso de crimes.

Como a lei fala em crime, há de ser, nesta hipótese, especificamente crime contra a dignidade sexual, como prevê o *caput* do artigo previsto no Projeto, e não qualquer crime, ao contrário do que prevê o art. 286. A *incitação* deve ser de crime ou *crimes determinados*, pois a incitação feita genericamente, por ser vaga e imprecisa, não tem eficácia ou idoneidade necessária para motivar alguém a delinquir, ou seja, não é *meio* materialmente idôneo para configurar a tipicidade material exigida pelo tipo penal. Como destacava Soler, “não basta falar, genericamente, a favor do roubo, mas é preciso instigar a prática de determinado roubo ou de certa pluralidade de roubos determinados”¹³, ou, mais precisamente, no magistério de Heleno Fragoso¹⁴, que subscrevemos integralmente: “É indispensável, todavia, que se trate de um fato delituoso *determinado* (e não de instigação genérica a delinquir). Por fato determinado entende-se, por exemplo, um certo homicídio ou um certo roubo, e não roubos ou homicídios *in genere*”. *Mutatis mutandis*, aplica-se aqui a mesma interpretação de Fragoso.

Em síntese, a *incitação* deve, necessariamente, dirigir-se a crime determinado, embora possa destinar-se a alguém indeterminado, isto é, a ofendido não individualizado.

14.2. Apologia pública de crime contra a dignidade sexual ou de seu autor

A *apologia ao crime*, por sua vez, é uma espécie secundária da *incitação* ao crime (instigação *ínsita* ou *implícita*, segundo Magalhães Noronha¹⁵), constitui

13 Soler, Sebastian, *Derecho penal argentino*, v. 4, p. 595.

14 Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 275.

15 *Direito penal*, v. 4, p. 93.

figura penal ainda mais recente, sendo encontrados seus antecedentes mais remotos no Código Zanardelli (1889), posteriormente repetidos no Código Rocco (1930), arts. 247 e 414, *in fine*, respectivamente. Não havia antecedentes no direito brasileiro, sendo recepcionada essa figura delituosa, pela vez primeira, pelo Código Penal de 1940, que, ao contrário da orientação seguida pelos diplomas legais italianos, disciplinou a *apologia de crime e criminoso* como crime autônomo. A legislação esparsa, no Brasil, também andou tipificando esse mesmo delito. Assim, por exemplo, as Leis n. 6.620/78 (art. 44), 5.250/67 (art. 19, § 2º) e o Decreto-lei n. 431/38 (art. 3º, n. 11).

Todas as considerações que fizemos sobre a “apologia de crime” ao comentarmos o art. 287 deste Código Penal, *mutatis mutandis*, aplica-se à previsão deste novo dispositivo legal, como de resto as considerações que fizemos no dispositivo anterior relativamente à incitação de crime, ressalta a diferença de penas cominadas.

Maggiore¹⁶ sustentava que o crime de *instigação a delinquir* apresentava-se sob duas formas, uma *direta* e outra *indireta*: a primeira – *instigação direta* – consistia em *incitar publicamente* a cometer um ou mais crimes; a segunda – *instigação indireta* – consistia em *fazer publicamente a apologia* de um ou mais crimes (o Código Rocco possibilitava que a apologia se destinasse a mais de um fato criminoso).

Nas definições de verdadeiros ícones da antiga doutrina nacional¹⁷, constata-se que, por mais eloquentes que tenham procurado ser nossos doutrinadores do passado, apenas conseguem retratar uma espécie *sui generis* de superficial, genérica e vaga *instigação*, sem idoneidade para motivar eficazmente a prática de *crime determinado*, não passando, quando muito, de simples desejo, de mera intenção, de vaga expectativa, que nem sequer caracteriza o simples *animus* do agente. Mas a análise dessa falta de *substância* ínsita na descrição da “apologia ao crime e ao criminoso”, fizemos com absoluta contundência quando examinamos a “apologia do crime e do criminoso” no art. 287, deste mesmo volume do nosso Tratado de Direito Penal, para onde remetemos o leitor.

O *elogio* (apologia) deve referir-se, sustentava a doutrina tradicional, a *fato definido como crime* ou a seu autor, de forma a constituir incentivo indireto ou *implícito* à repetição da ação delituosa, por quem quer que seja. Não era outro o

16 *Diritto penale*, v. 2, t. 2, p. 354.

17 . Ver nossa crítica aos doutrinadores clássicos sobre a “apologia de crime e de criminoso”, em Cezar Roberto Bitencourt. *Tratado de Direito Penal*, 13ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2017, vol. 4, p...

magistério de Frago¹⁸, para quem a apologia “deve referir-se a *fato criminoso*, ou seja, fato que a lei penal vigente considera crime (e não simples contravenção), devendo tal fato ser *determinado*, e efetivamente acontecido. Não se concede apologia de crime ou crimes *in genere* ou não sucedidos”.

Quanto ao *aspecto temporal* do fato criminoso, no entanto, equivocava-se, clamorosamente, o festejado Hungria¹⁹, quando afirmava que “pouco importa que o mesmo seja considerado *in concreto* ou *in abstracto*, como episódio já ocorrido ou acontecimento futuro”. Discordava, acertadamente, dessa orientação Magalhães Noronha, quando destacava especificamente: “Não endossamos a opinião do preclaro Hungria. A lei fala em *fato criminoso*, isto é, que se realizou ou aconteceu. Não fosse isso e, realmente, mínima seria a diferença entre esse crime e o antecedente. Mas assim não é. Enquanto o do art. 286 só pode ter por objeto um crime futuro, pois não se pode incitar ou instigar ao que já se consumou, o presente dispositivo alcança somente o crime praticado”. Todos os clássicos italianos são unânimes nesse sentido, como se pode ver, por todos, em Sabatini²⁰: “... A instigação liga-se a crimes a cometer, a apologia se relaciona a crimes já cometidos²¹ e só indiretamente se reduz a instigação a cometer delitos...”. Inegavelmente, o conteúdo da descrição típica, nesse particular, é de clareza meridiana: criminaliza a apologia de “fato criminoso”, como fato, enquanto fato, e, *venia concessa*, crime *in abstracto*, como queria Hungria, é só uma *ideia*, e não um *fato*. Quando o *nomen juris*, v. g., “apologia de crime ou criminoso”, alegado por Hungria, discrepa do conteúdo da descrição típica, o *princípio da tipicidade estrita* exige que se priorize a descrição do dispositivo legal, no caso, “fazer apologia de fato criminoso”, que, repetindo, só pode já ter sido executado.

Em outros termos, a previsão das condutas descritas no *caput* referem-se a *fatos futuros*, enquanto a previsão constante de seu parágrafo único referem-se a *fatos passados*, a despeito de aplicarem a mesma sanção penal, constituindo esse aspecto temporal verdadeira *elementar típica implícita* das referidas condutas que não pode ser ignorada.

18 Frago, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 278.

19 Hungria, Nélon, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 173.

20 Sabatini, Guglielmo, *Il Codice Penale illustrato articolo per articolo*, dir. Ugo Conti, Milano, 1934, p. 678.

21 No mesmo sentido, Sebastian Soler, *Derecho penal argentino*, v. 3, p. 615.

Finalmente, a apologia feita ao *autor do crime* deve referir-se aos *meios de execução* necessários à prática deste, e não à personalidade do delinquente. Não pode ser considerado *apologista* quem se limita a explicar o comportamento criminoso de alguém ou apenas a apontar seus atributos ou qualidades pessoais. Na verdade, a *apologia* limita-se a *elogio* ao criminoso por ter praticado a ação criminosa, por sua habilidade, competência ou motivação na execução do crime, não abrangendo, evidentemente, nenhuma apreciação favorável relativa a outros atributos – verdadeiros ou fantasiosos – da sua personalidade ou de seu caráter. Eventual pronunciamento em favor de um criminoso, críticas ou censura à Justiça *tampouco podem ser considerados apologia ao crime ou ao criminoso*, sob pena de violar a liberdade de expressão, caracterizando odiosa censura à manifestação do pensamento.

Convém enfatizar, ademais, que “fazer apologia” não se confunde com *defesa* de alguém ou de alguma conduta ou defender alguém acusado de algum crime; por isso, é equivocado afirmar que *apologia* significa “elogio ou *discurso de defesa*”²² (grifamos), pois confunde um direito sagrado, garantido como fundamental pela Constituição Federal brasileira, com a manifestação de um sentir, de uma concepção sobre determinado comportamento penalmente censurado, que o legislador, imprudente e apressadamente, eleva à categoria de crime. Fragoso²³ reforçava entendimento semelhante, afirmando que “não será bastante, portanto, a simples manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável, ainda que veemente, não sendo punível a mera opinião. Apologia não é *defesa*”.

14.3. Elemento normativo do tipo: publicamente

Constata-se que, segundo o parágrafo único, tanto a *incitação* quanto a apologia do crime contra a dignidade sexual devem, necessariamente, ser feitos *publicamente*. Com efeito, não há como *incitar* ou fazer *apologia* de nada, privadamente. Para que a conduta do sujeito ativo se *ajuste* à descrição típica é necessário que a *incitação* ocorra em *público*: a *publicidade* da conduta é *elemento normativo do tipo*, por isso é indispensável a sua percepção por indeterminado número de pessoas. É necessário, em outros termos, que a *incitação* se faça perante certo número de pessoas, para que se possa falar em *perturbação da paz*

22 Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal comentado*, p. 918.

23 Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 278.

pública, em alarma social etc. Com efeito, destacava Hungria²⁴, acertadamente, que “a nota essencial ou condição *sine qua non* do crime é a *publicidade*: a incitação deve ser feita *coram multis personis*, isto é, deve ser percebida ou perceptível por indeterminado número de pessoas”. Com absoluta razão Hungria, pois sem a característica da *publicidade* falta à conduta do sujeito ativo aquela consequência natural que é o *alarma da coletividade*, não se podendo falar em ofensa da paz pública, que permaneceria inalterada, sem qualquer repercussão social, faltando-lhe, pois, a sua essência, representada pela repercussão que produz o *alarma social*. No entanto, não é apenas o número de pessoas que caracteriza a *elementar da publicidade* exigida pelo tipo penal; o incitamento ao crime, levado a efeito por alguém em uma reunião familiar – destacava Magalhães Noronha – com a presença de diversas pessoas, não satisfaz a tipicidade exigida, concluindo que “a publicidade é constituída também pelo lugar, momento e outras circunstâncias que tornam possível a audição, por indeterminado número de indivíduos, do incitamento ao delito”²⁵. *Incitar* publicamente, por outro lado, não se confunde com incitar ou instigar diretamente o público, cuja generalidade impede a adequação típica exigida pelo dispositivo em exame.

A *publicidade*, na verdade, implica na presença de inúmeras pessoas ou a utilização de meio realmente capaz de levar o fato ao conhecimento de número indeterminado de pessoas. No entanto, a exposição feita em lugar privado – como referido no exemplo anterior de Magalhães Noronha – a número limitado de pessoas não é pública, pois, como destacava Sebastian Soler²⁶, “a publicidade surge de certa indeterminação nos destinatários. Não é, porém, o número que deve ser indeterminado, mas as pessoas; assim, por exemplo, se em determinada reunião admite-se somente a participação de cinquenta pessoas, o número é absolutamente determinado; mas as pessoas, não”.

Não se trata, ademais, de *condição objetiva de punibilidade*, como sustentava Manzini²⁷, mas de verdadeiro elemento normativo da estrutura típica, que deve, necessariamente, apresentar-se *objetiva* e *subjetivamente*, ou seja, além de concorrer objetivamente, o sujeito ativo deve ter consciência de sua existência.

24 Hungria, Nélon, *Comentários ao Código Penal*, v. 9, p. 166.

25 Noronha, Magalhães, *Direito penal*, v. 4, p. 89.

26 *Derecho penal argentino*, v. 4, p. 597.

27 Manzini, Vincenzo, *Trattato di diritto penale italiano*, Turim, 1951, v. 6, p. 143.

Em outros termos, o elemento *normativo da publicidade* há de ser abrangido pelo *dolo* do agente, isto é, este deve realizar a instigação com consciência de que o faz publicamente, sob pena de não se configurar esse tipo penal.

Aliás, a ausência da *publicidade* em fato dessa natureza – *incitação ao crime* – reduz essa conduta do agente, se efetivamente praticada, à sua insignificante condição de mero *ato preparatório*, não estando, por conseguinte, ao alcance da *reação penal*, por força do disposto no art. 31 do CP. Magalhães Noronha²⁸ lembrava-nos, nesse aspecto, que “a lei penal prevê tão só o incitamento, abrindo exceção aqui a um de seus postulados, de não punir o *ato preparatório* e tão somente a execução (tentativa) e a consumação”. Vemos, em verdade, na tipificação da “incitação à prática de crime” um caráter marcadamente preventivo, quando, por sua natureza, o direito penal material deve ter natureza essencialmente repressiva, como já percebia Magalhães Noronha²⁹ ao reconhecer que “a punição dos fatos integrantes do capítulo é inspirada mais em motivo de prevenção; é com o fim de conjurar maiores males que o legislador os pune e reprime...”; efetivamente, na hipótese de o indivíduo incitado não levar a sério a incitação, isto é, não se deixar motivar por ela para a prática do crime “sugerido” pelo incitador, não se configuraria nada além de meros *atos preparatórios*, impuníveis, segundo a dicção do art. 31 do CP. Damásio de Jesus³⁰, comentando esse aspecto, chega a afirmar que “a impaciência do legislador fez com que este punisse a anterior incitação à prática de qualquer crime, procurando-se evitar que, em virtude da incitação, alguém praticasse fato definido como delito, lesando outros bens jurídicos que incumbe ao ordenamento jurídico tutelar”.

Tudo o que comentamos acima sobre a *publicidade da incitação* aplica-se, igualmente, a figura da *apologia ao crime e ao criminoso*. Com efeito, a publicidade de ambas as condutas é requisito do tipo penal, a exemplo dos comentários que fizemos quando examinamos os crimes constantes dos arts. 286 e 287. Em outros termos, requer-se que a *apologia* seja feita *publicamente*, ou seja, em condições que permitam a percepção de um número indefinido de pessoas; somente assim poderá resultar *perigo à “paz pública”*, juridicamente entendido como a *probabilidade ou o perigo* de o crime ser repetido por outrem, ou estimulando terceiros a delinquir.

28 *Direito penal*, v. 4, p. 88.

29 *Direito penal*, v. 4, p. 85.

30 *Direito penal*, v. 3, p. 417.

À semelhança do que ocorre com a *incitação à prática de crime* (art. 286), é absolutamente irrelevante o *meio de publicidade* utilizado na conduta apologética, podendo ser, por exemplo, em reuniões comunitárias, imprensa escrita, televisada, representação teatral, radiodifusão ou qualquer outra similar. Repetindo, tudo o que dissemos a respeito da publicidade em relação à incitação aplica-se a apologia.

A apologia feita ao *autor do crime* deve referir-se aos *meios de execução* necessários à prática deste, e não à personalidade do delinquente. Não pode ser considerado *apologista* quem se limita a explicar o comportamento criminoso de alguém ou apenas a apontar seus atributos ou qualidades pessoais. Na verdade, a *apologia* limita-se a elogio ao criminoso por ter praticado a ação criminosa, por sua habilidade, competência ou motivação na execução do crime, não abrangendo, evidentemente, nenhuma apreciação favorável relativa a outros atributos – verdadeiros ou fantasiosos – da sua personalidade ou de seu caráter. Eventual pronunciamento em favor de um criminoso, críticas ou censura à Justiça *tampouco podem ser considerados apologia ao crime ou ao criminoso*, sob pena de violar a liberdade de expressão, caracterizando odiosa censura à manifestação do pensamento.

Convém enfatizar, por fim, que “fazer apologia” não se confunde com a *defesa* de alguém ou de alguma conduta ou defender alguém acusado de algum crime; por isso, é equivocado afirmar que *apologia* significa “elogio ou *discurso de defesa*”³¹ (grifamos), pois confunde um direito sagrado, garantido como fundamental pela Constituição Federal brasileira, com a manifestação de um sentir, de uma concepção sobre determinado comportamento penalmente censurado, que o legislador, imprudente e apressadamente, eleva à categoria de crime. Fragoso³² reforçava entendimento semelhante, afirmando que “não será bastante, portanto, a simples manifestação de solidariedade, defesa ou apreciação favorável, ainda que veemente, não sendo punível a mera opinião. Apologia não é *defesa*”.

Enfim, essas são algumas das considerações que fizemos sobre esses crimes trazidos pela Lei 13.718, de 2018, bem como obre aquele que seria acrescentado pelo Substitutivo ao Projeto de Lei 5.452, de 2016, da Deputada Laura Carneiro, que não chegou a ser convertido em lei.

31 Nucci, Guilherme de Souza, *Código Penal comentado*, p. 918.

32 Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal*, v. 2, p. 278.

Um Novo Argumento sobre as ADCS contra a Prisão em Segunda Instância

Juliano Breda¹

Lenio Luiz Streck²

As ADCs 43, 44 e 54 pedem ao STF a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que restringe a expedição do mandado de prisão em decorrência de sentença penal condenatória ao trânsito em julgado da decisão.

No julgamento do pedido liminar, por maioria, os Ministros reconheceram a constitucionalidade daquela regra, mas “com interpretação conforme à Constituição, assentando que é coerente com a Constituição o principiar de execução criminal quando houver condenação assentada em segundo grau de jurisdição, salvo atribuição expressa de efeito suspensivo ao recurso cabível”.

Nos votos majoritários, um argumento histórico ganhou força. De acordo com o Ministro EDSON FACHIN, a “Suprema Corte retomou um entendimento que vigorou desde a promulgação da Constituição em 1988 até 2009, por quase vinte e um anos portanto, segundo o qual o efeito meramente devolutivo dos recursos especial e extraordinário não colide com o princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Como se vê, vinte e um dos vinte e oito anos registrou essa compreensão”. O Ministro ROBERTO BARROSO também destacou a oscilação da Corte ao longo do tempo.

Nessa retrospectiva sobre a guinada jurisprudencial do STF - de 88 até 2009 (Acórdão EROS GRAU) e, posteriormente, de 2009 (GRAU) até a alteração do entendimento em 2016 (Acórdão TEORI), faltou, porém, um sobrevo importante sobre o alcance do princípio constitucional da presunção de inocência a respeito da execução das penas restritivas de direitos.

1 Advogado Criminal. Conselheiro Federal da OAB

2 Advogado e membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB

Isso porque, muito antes da “virada jurisprudencial” de 2009 na direção de uma ampliação do campo normativo da regra constitucional às hipóteses de execução da pena privativas de liberdade, o STF, em sucessivos julgamentos, já proclamava a impossibilidade de execução antecipada das sanções restritivas de direitos. Embora seja óbvio, vale anotar que penas restritivas de direitos e penas privativas de liberdade distinguem-se somente como espécie, mas não deixam de integrar o mesmo gênero na estrutura das consequências jurídicas do crime.

E, nesse passo, *nos votos favoráveis à execução antecipada da pena de 2016 não há menção ao relevante fato histórico de que até o ano de 2009 os Ministros que admitiam a execução antecipada da pena privativa de liberdade vedavam a execução das restritivas de direitos antes do trânsito em julgado*. Votavam nessa linha Carlos Velloso, Ellen Gracie e Joaquim Barbosa, além de Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cesar Peluso, Ayres Britto, Eros Grau e Ricardo Lewandowski (HC 84.859, 14 de dezembro de 2004; HC 84.677, 23 de novembro de 2004; 88.413, 23 de maio de 2006; HC 89.435, 20 de março de 2007).

Embora sem decisão específica nessa linha, a Ministra Carmen Lucia, no HC 92.275, em 22 de novembro de 2007, com base na compreensão consensual de seus pares, afirmou: “A pena privativa de liberdade fora substituída por duas *penas restritivas de direitos, as quais somente se executam depois do trânsito em julgado da condenação* (art. 147 da Lei de Execução Penal), que ainda não ocorreu, pois, segundo informa o Impetrante, está pendente o julgamento de recurso por ele interposto”.

O STF, portanto, *jamais esteve dividido sobre a impossibilidade de execução antecipada das penas restritivas de direitos* em razão de um obstáculo intransponível: o limite semântico de uma norma que condiz com o ordenamento jurídico constitucional, ou seja, a “*literalidade*” da regra do art. 147 da Lei de Execução Penal:

“Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.

Quando o plenário do STF decidiu pela inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado (2009), os votos vencidos fundaram-se na linha da divergência inaugurada pelo Min. Menezes Direi-

to, no sentido de que, na medida em que os “recursos extraordinário e especial não dispõem de efeito suspensivo, a execução provisória é consequência possível”.

O ponto central da discussão é muito simples e objetivo. Antes mesmo da decisão paradigma de 2009, *todos os Ministros do STF entendiam que não poderia existir execução antecipada de pena contra expressa disposição de lei infraconstitucional*, independentemente da regra constitucional da presunção de inocência.

Essa constatação é fundamental para definir as premissas jurídicas nas quais a questão posta nas ADCs só pode e só deve ser decidida, uma vez que as ações pedem a declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP, regra de criação posterior à decisão de 2009.

Sai que, *entrando em vigor o art. 283 no ano de 2011, a única interpretação constitucionalmente admissível é a mesma que adotavam todos os Ministros do STF em relação ao art. 147 da LEP*.

A solução oferecida em 2016, para fugir da antiga unanimidade sobre a inconstitucionalidade da execução antecipada das penas restritivas de direitos em face de previsão expressa de lei, foi o recurso à chamada “interpretação conforme à constituição”. Já de início soa curioso o fato de que nenhum – absolutamente nenhum³ – dos grandes Ministros que ocuparam as cadeiras do Plenário do STF na década de 2000 tenha invocado essa regra hermenêutica para supostamente adequar o art. 147 da LEP à Constituição de 1988, permitindo-lhe também uma leitura que admitisse a execução antecipada.

3 Cabe fazer menção ao argumento da interpretação sistêmica do Ministro Eros Grau no HC 84.677/RS. Seu argumento não se relaciona com a interpretação conforme à constituição. Isso porque a interpretação do direito, na visão do ministro, desenrola-se em três contextos distintos, quais sejam: o linguístico, o sistêmico e o funcional. Assim, a semântica do enunciado normativo é discernida no primeiro contexto, o seu significado normativo é compreendido a partir da sua inserção no contexto sistêmico do ordenamento jurídico para, posteriormente, afirmar-se no plano funcional. A fundamentação da interpretação sistêmica para Eros Graus está relacionada com o motivo pelo qual “não se interpreta o direito em tiras” e com a própria *applicatio* do direito. Em síntese, para Grau, seria necessário interpretar o art. 147 da LEP de forma sistêmica e não (apenas) na sua literalidade, o que significou a possibilidade da execução provisória das penas restritivas de direito naquele momento. Contudo, a interpretação compreendida pelo ministro não se relaciona (de nenhuma forma) com a (suposta) interpretação conforme à constituição empregada pelo Supremo Tribunal Federal em 2016, que já foi devidamente analisada nesta coluna: (<https://www.conjur.com.br/2016-out-07/streck-stf-presuncao-inocencia-interpretacao-conforme>). Para eventual aprofundamento no argumento empregado no HC 84.677/RS, indica-se GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016. A interpretação conforme à Constituição, por sua vez, pode ser aprofundada no livro “Jurisdição constitucional e decisão jurídica” – principalmente nos capítulos 9 e 10.

Mas ainda que se aceite a descoberta tardia desse princípio, no que, efetivamente, consiste a chamada “interpretação conforme” e até onde ela pode ajudar no julgamento do mérito das ADCs 43, 44 e 54?

Gomes Canotilho explica que a interpretação conforme encontra limites precisos, sendo vedado ao juiz, ao analisar a aplicação de determinada regra, promover uma “revisão do seu conteúdo”. A interpretação conforme a constituição tem os seus limites na própria constituição, nos limites semânticos das leis democraticamente criadas e na reconstrução da nossa história institucional, com o risco, para o grande autor, de a “alteração do conteúdo da lei através da interpretação” poder levar “a uma *usurpação* das funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei”.⁴

Trata-se de uma obviedade: cumprir a “letra da lei (constitucional)” é um dever inerente ao Estado Democrático de Direito. Assim como é inerente o dever dos juizes constitucionais, com responsabilidade política, aplicarem o ordenamento jurídico constitucional. Vamos explicar um pouco melhor isso, a partir de Victoria Iturralde Sesma, Catedrática da Universidad Del País Basco,⁵ para quem temos de abandonar a expressão “significado literal” por “significado convencional”. *Falar de significado convencional de uma regra jurídica (legal ou constitucional) não significa que exista um único significado, porém se delimita até onde pode chegar a interpretação e onde começa a invenção.* Para melhor entender isso, ela cita Umberto Eco, quem critica aquelas posturas que autorizam ao intérprete produzir ilimitadas leituras de um texto.

Ademais, se não bastasse a literalidade (melhor dizendo, o significado convencional) eloquente do art. 283, a “vontade do legislador” de 2011 é inquestionável. Esse artigo, introduzido pela Lei 12.403/2011, teve origem em proposta elaborada por uma Comissão de Juristas, constituída em 2000 pelo Ministério da Justiça, que se transformou no Projeto de Lei nº 4.208, de 2001, de iniciativa do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Na Exposição de Motivos nº 00022 – MJ, de 25 de janeiro de 2001, sustentava-se expressamente “a impossibilidade de, antes de sentença condenatória transitada em julgado, haver prisão que não seja de natureza cautelar”.

4 Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1172.

5 In: Interpretación literal y significado convencional. Marcial Pons, 2014, p. 26 e segs.

Aqui poderíamos parafrasear uma tese de Christian Baldus (introduzido e estudado no Brasil por Otavio Luiz Rodrigues Jr) sobre interpretação histórica negativa:

determinado comando ou certa hipótese de incidência não são aceitáveis ou compreensíveis porque o legislador, se os desejasse, tê-los-ia incluído no texto de lei.

Simple assim!

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, por exemplo, o parecer aprovado textualmente afirmava que a regra “tem como propósito definir que toda prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, terá sempre caráter cautelar. A denominada execução antecipada não se concilia com os princípios do Estado constitucional e democrático de direito”.

Ainda, a nossa história institucional clama por uma decisão no mesmo sentido dos julgados sobre as penas restritivas de direitos. A reforma de 2011 do artigo 283 do Código de Processo Penal reforça de maneira clara o sentido semântico do art. 105 da Lei de Execuções Penais (vigente desde 1984!):

“Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Percebe-se como a compreensão da norma é reforçada pelo sentido semântico do texto, pela história constitucional pátria e pela coerência do ordenamento.

Em síntese, as ADCs 43, 44 e 54 pedem simplesmente o respeito à Constituição de 1988, à lei e ao Congresso Nacional. E pedem que seja respeitada a opinião unânime dos Ministros do STF, construída ao longo da década de 2000, no sentido da constitucionalidade de lei infraconstitucional que expressamente impeça a execução antecipada de pena. Pedem, por fim, o respeito ao direito. E aos textos. Nunca devemos esquecer a advertência de Fr. Müller: *Die texten können zurück schlagen* (os textos podem revidar).

O Direito ao Recurso do Acusado no Processo Penal: uma Proposta para o Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal

Gustavo Badaró¹

Sumário: Introdução; 1. O recurso e sua conformação legal; 2. O fundamento jurídico dos recursos; 3. Conteúdo do duplo grau de jurisdição; 4. O direito de recorrer nas declarações internacionais de direitos humanos; 5. Direito ao recurso do acusado absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6. A Corte Interamericana de Direitos Humanos *vs.* o Supremo Tribunal Federal; 7. Uma proposta para uma leitura do duplo grau de jurisdição: direito ao recurso do acusado para um controle epistêmico da presunção de inocência.

Palavras-chave: Direito ao recurso, duplo grau de jurisdição

Introdução

Ter a oportunidade de escrever em um livro em homenagem ao Doutor Fernando Tristão Fernandes é um orgulho. Um advogado que é um símbolo da advocacia. Estar na defesa dos direitos de seus clientes há 60 anos, é ser uma garantia do direito de não ter medo. Do direito de o cidadão de poder enfrentar quem viola a lei e defender quem tem a lei ao seu lado.

Para o advogado, a apelação é um instrumento importantíssimo, por ser o instrumento para reverter a injustiça máxima: aquela que vem consubstanciada numa sentença penal, quando indevidamente condena inocente.

1 Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da USP. Advogado Criminalista e Consultor Jurídico. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Membro do Conselho Científico do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano, do Instituto de Ciências Criminais da Faculdade de Derecho da Universidade Georg-August de Göttingen – Alemanha.

O direito ao recurso tem por fundamento o duplo grau de jurisdição. No processo penal, contudo, essa não é uma garantia que se coloca de modo isonômico para a acusação e para a defesa. Antecipando o que se pretende defender ao final, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais do que assegurar o direito ao duplo grau de jurisdição, como instrumento bilateral de correção de sentença equivocada, consagra uma “garantia do acusado”, fortalecendo a sua presunção de inocência, em caso de condenação em primeiro grau ou segundo grau.

1. O recurso e sua conformação legal

A palavra recurso é originária do latim *recursus*, particípio passado do verbo *recurrere*,² que significa *recorrer*, retomar o curso, voltar pelo mesmo caminho.

De uma maneira geral, em todos os sistemas processuais, há recursos. Do ponto de vista axiológico, é uma forma de fazer prevalecer o valor “justiça” sobre a “segurança jurídica”. Mecanismos de correção do erro possibilitam o aprimoramento da decisão, para que seja correta em seus aspectos fáticos e jurídicos e, portanto, seja justa. Por outro lado, a segurança jurídica somente irá se impor em momento posterior, esgotadas as possibilidades recursais, cristalizando-se no instituto da “coisa julgada”.

Com razão, Barbosa Moreira afirmou que “não há nenhum céu de puras essências, onde se logre descobrir um conceito de recurso *anterior* ao que revelar o sistema da lei”.³

E, conseqüentemente, a adoção de terminologias e classificações estrangeiras, ainda que relevante para fins doutrinários e comparatísticos, muitas vezes chegará a resultados errôneos para as soluções de problemas do direito nacional. Esse cenário de diferenças mostra como o tema recursal está diretamente ligado ao direito posto de cada país.

2 Francisco da Silveira Bueno, *Grande Dicionário Etimológico-Prosódico da Língua Portuguesa...*, v. 7, p. 3409.

3 José Carlos Barbosa Moreira, *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro, 1968, p. 10. A advertência é expressamente compartilhada por Araken de Assis (*Manual dos Recursos*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 50). No mesmo sentido, afirma Nelson Nery Jr. (*Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 198) que o conceito de recurso deve ser construído a partir do que estabelece o direito positivo.

O que se pretende no presente estudo, e por isso essa pequena observação se justifica, é destacar o conteúdo do direito de o acusado condenado recorrer a um tribunal superior, a partir do conteúdo do art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus reflexos prático no exercício da advocacia criminal.

2. O fundamento jurídico dos recursos

O *fundamento jurídico* do direito ao recurso é o princípio do duplo grau de jurisdição, que assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que proferiu a decisão, em grau de hierarquia superior.⁴

O duplo grau de jurisdição significa que o processo deve ser examinado uma vez em primeiro grau de jurisdição e uma segunda vez em sede recursal pelo Tribunal. Assim viola o duplo grau de jurisdição uma situação em que não haja previsão de recurso contra uma sentença, porque haverá a supressão do segundo grau. Mas também haverá violação do duplo grau de jurisdição, se uma matéria for objeto de exame direto pelo Tribunal, sem que tenha sido apreciada no grau inferior, por supressão do primeiro grau de jurisdição.

A Constituição de 1988 assegurou explicitamente várias garantias processuais, como contraditório e ampla defesa (art. 5.º, LV), devido processo legal (art. 5.º, LIV), juiz natural (art. 5.º, LIII), publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), entre outros. Não há, porém, uma previsão explícita do duplo grau de jurisdição.⁵

Há recursos expressamente previstos na Constituição, como recurso extraordinário (art. 102, III) e recurso especial (art. 105, III), que não têm por função assegurar o duplo grau de jurisdição.⁶ São recursos com função nomofilática, isto é, de controle da correta aplicação da Constituição e da lei federal.⁷ O

4 Araken de Assis, *Manual dos Recursos...*, p. 93.

5 O princípio do duplo grau de jurisdição foi previsto expressamente na Constituição do Império de 1824, no art. 158: “Para julgar as Causas em segunda, e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos Povos”.

6 Já o recurso ordinário em *habeas corpus* para o STF e para o STJ (CR, art. 102, II, *a*, e art. 105, II, *a*) tem a função de assegurar o duplo grau de jurisdição, no âmbito limitado do *habeas corpus*.

7 Na doutrina italiana, com relação ao *ricorso per cassazione*, afirma-se ser uma impugnação de mera “legitimidade” (Gian Domenico Pisapia, *Compendio di Procedura Penale*. Padova: CEDAM, 1975,

escopo é a preservação do direito objetivo, isto é, a autoridade e uniformidade da aplicação das normas, e não o direito subjetivo da parte processual que se sinta prejudicada e interponha tais meios de impugnação.⁸

Por outro lado, como a Constituição, ao estruturar os órgãos do Poder Judiciário, prevê órgãos de primeiro e órgãos de segundo grau de jurisdição, sendo função precípua de esses últimos reverem as decisões proferidas em primeiro grau, tem-se entendido que o princípio do duplo grau de jurisdição é um *princípio constitucional implícito*.⁹

Em verdade, a discussão se o duplo grau de jurisdição é um princípio explícito ou implícito pouco representa.¹⁰ O fundamental é definir se é possível que uma decisão penal e, em especial a sentença, absolutória ou condenatória,

p. 413). E Aniello Nappi (*Guida al codici di procedura penale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2001, p. 791) afirma que a Corte de Cassação “tem no ordenamento italiano uma função nomofilática, porque o art. 65 do Ordenamento Judiciário lhe assinala a função de realizar a unidade do direito objetivo nacional, assegurando a correta observância e a interpretação uniforme da lei”. No mesmo sentido, Mario Pisani, “Impugnazione”, In: Mario Pisani et al. *Manuale di Procedura Penale*. 8. ed. Bologna: Monduzzi, 2008, p. 589; Giorgio Spangher, Il doppio grado di giurisdizione, in Filippo Frappaale Dinacci (coord.) *Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 498; Alfredo Gaito, Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità in epoca di giusto processo (tra essere e dover essere). In: Filippo Frappaale Dinacci (Coord.) *Processo Penale e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 521; Sergio Sottani, Il controllo delle decisioni giudiziarie nella progressione processuale. In: Alfredo Gaito (Org.). *Le impugnazioni penali*. Torino: Utet, 1998, p. 44.

8 Nesse sentido: Araken de Assis, *Manual dos Recursos...*, p. 71.

9 Grinover, Gomes Filho e Scarance Fernandes (*Recursos...*, p. 23) consideram o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional implícito. Vicente Greco Filho (*Manual de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54-55) considera que o direito de recorrer da decisão desfavorável é inerente à ampla defesa. Por sua vez, Rogerio Schietti Machado Cruz (*Garantias processuais nos recursos criminais*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 49-50) manifesta-se pela natureza constitucional do duplo grau, por ser inerente ao regime democrático, por decorrer de tratados internacionais de direitos humanos, em especial da CADH, e por ter fundamento no art. 5.º, LV, da CR. Jaques de Camargo Penteado (*Duplo grau de jurisdição no processo penal: garantismo e efetividade*. São Paulo: Ed RT, 2006, p. 123) entende que o duplo grau de jurisdição tem natureza constitucional entre nós, por força do art. 8.2.h da CADH e do art. 14.5 do PIDCP, incorporados ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 678/1992 e pelo Decreto 592/1992, respectivamente. Por sua vez, Nelson Nery Jr. (*Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2000, p. 169), invocando o art. 8, n. 2, letra h, da CADH, conclui que, no processo penal, o duplo grau de jurisdição é uma garantia constitucional absoluta.

10 O STF, em antigo julgado afirmou que inexistente, no ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do duplo grau de jurisdição (STF, HC 71.124/RJ, 1.ª T, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 28.06.1994, v.u.). No mesmo sentido: STF, AgRg no AgIn 513.044/SP, 2.ª T, rel. min. Carlos Velloso, j. 22.02.2005, v.u.

seja irrecorrível.¹¹ Em caso de resposta negativa, isto é, admitindo-se que toda e qualquer sentença penal de mérito deve estar sujeita a recurso, é necessário, ainda, definir qual a abrangência de tal meio impugnativo e qual a sua finalidade.

3. Conteúdo do duplo grau de jurisdição

Definir o duplo grau de jurisdição significa, nas palavras de Spangher, “definir uma criatura do pensamento jurídico, um paradigma pertencente ao conjunto dos conceitos jurídicos dos quais a ciência se serve como instrumento de análise”.¹²

Do conteúdo semântico da expressão “duplo grau de jurisdição” e com alguma complementação lógica, o mínimo a se extrair de tal direito é que seria um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.¹³

Não violará o duplo grau de jurisdição, portanto, um sistema que trabalhe com a irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Neste caso, obviamente, se não há recurso contra uma decisão proferida no curso do processo que causou gravame à parte, se ao final o julgamento de mérito lhe for desfavorável, deverá apelar e, no recurso contra a sentença, também trazer como matéria recursal a impugnação da decisão anterior.

Normalmente não é suficiente assegurar que o recurso seja endereçado a um órgão hierarquicamente superior.¹⁴ Esse órgão hierarquicamente superior,

11 Por exemplo, no processo civil, Araken de Assis (*Manual dos Recursos...*, p. 96) afirma que “prevalece o entendimento que autoriza o legislador ordinário, ponderando outros princípios constitucionais, tão relevantes quanto o duplo grau, a exemplo da efetividade e da duração razoável do processo, a estabelecer barreiras ao duplo grau”. E, complementa (*op. cit.*, p. 76): “em relação às causas cíveis, o princípio não se afigura irrestrito”.

12 Giorgio Spangher, *Il doppio grado di giurisdizione*, in Filippo Fraffaele Dinacci (coord.), *Processo Penale e Costituzione*. Milano; Giuffrè, 2010, p. 495.

13 Nesse sentido: Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 495; Coral Arangüena Fanego, *El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción en el orden penal*. In: García Roca, Francisco Javier; Santolava Machetti, Pablo (Coord.), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 279.

14 Entre nós, Nereu Giacomolli (*O devido processo penal ...*, p. 292) afirma que não há necessidade de que o órgão seja hierarquicamente superior, desde que seja distinto do primeiro órgão e funcionalmente superior, com poder de revisar a decisão impugnada: “A relação que há de ser estabelecida é julgador-

em geral, deve ter uma composição colegiada, em razão da própria finalidade do recurso, que é o controle da decisão do juiz *a quo*, reduzindo a possibilidade de erro do Poder Judiciário.¹⁵

O direito ao duplo grau de jurisdição, exercitável por meio do recurso, não é absoluto ou totalmente incondicionado,¹⁶ podendo a lei subordinar seu exercício ao cumprimento de determinadas condições, entre nós denominadas “requisitos de admissibilidade recursal”, desde que estes não sejam de tal natureza que cheguem a impedir ou dificultar excessivamente o acesso ao recurso,¹⁷ como era o caso de exigir que o acusado se recolhesse à prisão para poder apelar da sentença condenatória, no revogado art. 594 do CPP. O TEDH também considerou que viola o direito ao duplo grau em matéria penal a possibilidade de o Tribunal agravar a pena pelo órgão inferior, em recurso exclusivo do acusado. Isso porque o apelante não poderá analisar as possibilidades de êxito de seu recurso perante o Tribunal superior, porque a apresentação do recurso lhe infundirá o temor lógico de um possível agravamento da condenação.¹⁸

revisor e não necessariamente inferior superior”. Nesse sentido, na doutrina argentina, Alberto M. Binder, *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 223. Tal situação, embora possa não ser considerada incompatível com o direito ao recurso, deve operar apenas excepcionalmente, pois como bem destaca Vinicius Gomes Vasconcellos (*Direito ao Recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental de um modelo de limitação do poder punitivo estatal pelo controle efetivo da sentença condenatória*. 2017. Tese. (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 119) “deve-se respeitar a necessidade de hierarquia organizacional superior do tribunal revisor, visto que assim há um maior afastamento em relação ao juízo inicial, fortalecendo a imparcialidade e a independência do julgador recursal. Nesse diapasão, as hipóteses de juízo sobre a condenação realizado por órgão diverso do mesmo tribunal devem ser aceitas somente em situações de inviabilidade de superioridade hierárquica, como nos casos de competência originária do Tribunal máximo do ordenamento”.

- 15 Alcides Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1976, p. 145.
- 16 Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 1035, n. 2.
- 17 Alberto Montón Redondo, Los medios de impugnación, in Montero Aroca et al., *Derecho Jurisdiccional III: proceso penal*. 18. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 377. No mesmo sentido posiciona-se Mario Chiavario (*Processo e garanzie della persona*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1984, v. II, p. 191), admitindo que o direito ao recurso seja subordinado a determinadas condições, desde que “razoáveis”. Na mesma linha é jurisprudência da Corte Interamericana: CoIDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentença de 02.07. 2004. Serie C n. 107, § 161; Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 17.11. 2009. Serie C n. 206, § 90.
- 18 TEDH, Caso Baucher vs. França, sentença de 24.04.2007, § 47. No mesmo sentido, na doutrina, Júlio Maier (*Derecho procesal penal...*, t. I, p. 717) entende que o direito a impugnar a sentença inclui a proibição da *reformatio in pejus*.

Quanto ao seu resultado, o que o duplo grau de jurisdição pode garantir é apenas a *possibilidade de reduzir as chances de erro*.¹⁹ Isso porque o segundo julgamento não será uma análise inicial que partirá do nada. Ao contrário, terá por base uma decisão anterior, que já será fruto de uma análise das questões de fato e de direito, cujo acerto ou equívoco será verificado pelo Tribunal. Trata-se, nas palavras de Carnelutti, de um “julgamento sobre o julgamento e, dessa maneira, um julgamento elevado à segunda potência”.²⁰ O recurso ocorre quando o debate da causa já esmiuçou as pretensões conflitantes e a sentença de primeiro grau já situou a intervenção judicial em um certo sentido, “apresentando-se o debate escoimado de superfluidades”.²¹

Além disso, a decisão inicial será, por sua vez, submetida a um novo confronto dialético propiciado pelas razões e contrarrazões recursais, tudo isso a permitir uma *depuração* de seu conteúdo, facilitando que seus erros, se existirem, possam estar mais visíveis para o Tribunal.²²

Some-se a isso que, no sistema brasileiro, em que o primeiro grau de jurisdição é, em regra, monocrático, e o segundo grau, colegiado, a revisão por um órgão plúrimo, minimiza a probabilidade de erro. Num ato de juiz singular, se o magistrado se equivoca, haverá uma injustiça consumada. Já no caso de uma decisão colegiada, o erro individual será, apenas, um voto errado, que poderá ser superado por uma posição correta dos demais julgadores.²³ A colegialidade das decisões,

19 Nesse sentido, no processo civil: Mendonça Lima, *Introdução aos recursos cíveis...*, p. 133. Por sua vez, Hélio Tornaghi (*Curso de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 2, p. 305) refere-se à “maior probabilidade de acerto e, portanto, de justiça”.

20 Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950., v. IV, p. 102.

21 Sérgio Bermudes, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1975. v. 7, p. 10. Na doutrina italiana, esse argumento já era utilizado, em 1931, por Mario Bellavitis, *Sui limiti del concetto di doppio grado di giurisdizione*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, II, 1931, p. 3.

22 Ou, como diz José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários...*, v. V, n. 137, p. 236): “o juízo *ad quem* beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso”.

23 O juízo de muitos, diz Borges da Rosa (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 5, p. 696), “traz consigo bem fundada presunção de superioridade sobre o de um só”. Em sentido contrário, para Nereu José Giacomolli (*O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*, São Paulo: Atlas, 2014, p. 294) “o maior acerto do *decisum* não se dá, necessariamente, pelo fato de haver julgamento coletivo”.

afirma Pontes de Miranda, assegura diversos exames ao mesmo tempo, “que se transforma em superioridade sempre que desejamos maior certeza”.²⁴

4. O direito de recorrer nas declarações internacionais de direitos humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, não assegurou, de forma explícita, o direito ao duplo grau de jurisdição, embora tenha previsto, no art. XI.1, que “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que estabeleceu várias garantias processuais, que serviram de modelo para os tratados posteriores e no art. 6.º estabeleceu o que é considerado a síntese dos “cânones europeus do justo processo penal”,²⁵ não assegurou explicitamente a garantia do acusado de recorrer da sentença condenatória. Posteriormente, o Protocolo VII à referida Convenção, de 1984, em seu art. 2.1, assegurou o “direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal”, nos seguintes termos: “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infração penal por um Tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior²⁶ a declaração de culpabilidade ou a condenação.²⁷ O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei”.²⁸

24 *Comentários...*, t. VII, p. 11.

25 Mario Pisani, Nozioni Generali. In Pisani, Mario et al., *Manuale di Procedura Penale*. 8. ed. Bologna: Monduzzi, 2008, p. 19.

26 Para Arangüena Fanego (*El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 282) é indiferente o caráter unipessoal ou colegiado do órgão superior.

27 Sobre a expressão “declaração de culpabilidade ou a condenação”, Arangüena Fanego (*El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 279) explica que abarca tanto os casos que o acusado tenha sido sancionado com pena, quanto os que lhe sejam impostas medidas de segurança. No mesmo sentido: Spangher, *Diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale...*, p. 945.

28 Por outro lado, o item 2 do mesmo art. 2.º, prevê que: “Este direito pode ser objeto de exceções em relação a infrações menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição ou declarado culpado e condenado no seguimento

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, no art. 14.5, estabelece que: “Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei”.²⁹

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, igualmente assegura, no art. 8.2.h, a toda pessoa acusada de um delito “o direito de recorrer da sentença a um juiz ou Tribunal superior”.

Inicialmente, a garantia convencional do direito ao recurso não assegura a impugnação de toda e qualquer decisão de primeiro grau, mas somente das sentenças e, no caso, de natureza condenatória.³⁰ Como não há explicitação, a apelação pode se insurgir contra a condenação ou a pena imposta. Também será cabível nos casos em que se impuser medidas de segurança.

Seria perfeitamente compatível com a CADH um sistema em que nenhuma das decisões interlocutórias admitisse recurso,³¹ mas que da decisão final,

de recurso contra a sua absolvição”. Todavia, o Corte Interamericana já decidiu que as exceções do art. 2.2 do Protocolo VII à CEDH, não servem para interpretar o art. 8.2.h, da CADH, que diferentemente do que ocorre no sistema europeu, não prevê exceções à garantia do direito ao recurso: CoIDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, n. 255, § 94; CoIDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgamento em 30.01.2014, Série C, n. 276; § 96.

29 No sentido de que o recurso de cassação não satisfaz à exigência do art. 14.5 do PIDCP: Chiavario, *Processo e garantia...*, v. II, p. 177; Paolo Ferrua, *Il “giusto processo”*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 2007, p. 204; Enrique Bacigalupo, *El debido proceso penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2005, p. 131-132; Carlos Parma, *Recursos y acciones contra una sentencia penal arbitraria*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 118. De se destacar, porém, que o TEDH tem entendido que não vulnera o direito garantido no art. 2.º do Protocolo VII à CEDH os casos em que, para fazer efetivo o direito ao duplo grau de jurisdição, os Estados-membros estabeleçam em sua legislação interna o recurso de cassação, a despeito das limitações de tal recurso, em que não se conhece de matéria fática. Nesse sentido há várias decisões de inadmissão: TEDH, Caso Ramos Ruiz vs. Espanha, demanda n. 65892/01, de 19.02.2002; TEDH, Caso Guala vs. França, demanda n. 64117/00, de 18.03.2003; TEDH, Caso Piñeiro Nogueira vs. Espanha (demanda n. 8035/05, de 22.05.2006).

30 Nesse sentido decidiu a TEDH, em relação ao art. 2.º do Protocolo Adicional VII à CEDH, e ao art. 14.5 do PIDCP: Caso Decourt vs. Bélgica, sentença de 17.02.1970; Caso Krombach vs. França, sentença de 13.02.2001; Caso Mariani vs. França, sentença de 31.03.2005; Caso Gurepka vs. Ucrânia, sentença de 06.09.2005; Caso Grecu vs. Romênia, sentença de 30.11.2006.

31 Salvo as decisões sobre liberdade, que o art. 7.6 da CADH assegura que: “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou Tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais (...)”.

isto é, da sentença, coubesse recurso. Evidente que, em tal contexto, de irre-
corribilidade absoluta das decisões interlocutórias não haveria preclusão e as
matérias deveriam se tratadas, ao final do procedimento em primeiro grau, no
mesmo recurso em que se impugnasse a sentença.

Também seria compatível com a convenção um sistema que somente ad-
mitisse recurso *pro reo*. Por exemplo, as sentenças condenatórias seriam apelá-
veis, mas não caberia recurso das sentenças absolutórias. Tal cenário não seria
incompatível como o art. 8.2.h, da CADH, embora pudesse ser questionado sob
a ótica da paridade de armas, por representar um modelo excessiva e injustifi-
cadamente desequilibrado, em prejuízo da acusação.

De se lembrar, porém, que as garantias dos tratados de direitos humanos
não são declarações de direitos em favor do Estado, no caso, representado pelo
órgão acusador oficial. São garantias do indivíduo e, no caso do processo penal,
isto é, do acusado, que por sua posição mais fraca necessita de salvaguardas
mínimas.³² Como explica Chiavario, no processo penal, o direito ao justo pro-
cesso é essencialmente um “direito do acusado”, e a regra da “paridade de armas
das partes”, longe de refletir uma exigência de absoluta simetria de posições,
representa a exigência de um balanceamento estabelecido como garantia e não
em prejuízo do acusado.³³

Sobre o conteúdo ou as características do recurso assegurado pela CADH,
³⁴ no caso de sentença condenatória, é necessário que se trate de um meio

32 Como explica Júlio Maier no art. 8.2.h a CADH “não se propõe – nem se pode propor – ‘defender’ o Estado, mas sim, ao contrário, conceder uma garantia a quem sofre a coação estatal. A Convenção se refere, precisamente, às garantias processuais frente à ação e à força aplicada pelo Estado”. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996, t. I, p. 711). No mesmo sentido: Vasconcelos, *O duplo grau de jurisdição...*, p. 229-230.

33 *Processo e garantia...*, v. II, p. 177. E, diante disso, admite o que denomina um “sistema extremo”, no qual o acusado não tivesse contra si recurso que pudesse prejudicá-lo, mas sendo assegurado o direito à impugnação que lhe favorecesse.

34 Em conhecida doutrina, Júlio Maier vai além e, com base na garantia contra a dupla persecução e, em especial, no art. 8.4 da CADH – “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” – entende que não se deve admitir recurso do Ministério Público contra sentenças absolutórias. Entende que tal fórmula tem um alcance maior, que impede a *múltipla persecução*, também em sentido processual, relacionado com a renovação do processo, ainda que esteja em curso. E conclui: “O principal efeito da regra é impedir absolutamente a possibilidade de recurso de revisão contra o acusado absolvido ou do condenado por crime mais leve; em conjugação com o direito ao recurso do condenado, determina também, a ab-rogação da faculdade – comum entre nós: sistema bilateral de recursos – de o acusado recorrer da sentença, ao menos em

amplo de impugnação da sentença, que admita revisão de seu conteúdo tanto sobre questões de direito, quanto *sobre questões de fato*, isto é, admitindo uma nova valoração da prova por parte do Tribunal.³⁵ O condenado deve ter possibilidade de impugnar, perante outro juiz, tanto os *errores in procedendo* quanto os *errores in iudicando*, obtendo “uma” possibilidade de obter um “reexame de mérito”, em que os erros possam ser verificados.³⁶

Sobre o momento da realização do juízo recursal apto a cumprir com o direito ao recurso no processo penal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou, em diversos casos, que o direito ao recurso da condenação deve ser garantido “antes de que a sentença adquira a qualidade de coisa julgada”, uma vez que tal meio tem por objetivo proteger o direito de defesa, assegurando ao acusado “durante o processo, a possibilidade de interpor um recurso para evitar que se torne definitiva uma decisão com vícios e que contenha erros que ocasionarão um prejuízo indevido”.³⁷

alguma instância” (*Derecho procesal penal...*, t. I, p. 599 e 717). Tal posicionamento, contudo, não tem sido acolhido pela jurisprudência da Corte de Direitos Humanos.

35 Nesse sentido é a posição do TEDH, em relação ao art. 2.º do Protocolo Adicional VII à CEDH, e ao art. 14.5 do PIDCP: Caso *Le Compt, Van Leuve e De Meyere vs. Bélgica*, (plenário) sentença de 26.06.1981; Caso *Öztürk vs. Alemanha*, (plenário), sentença de 21.02.1984; Caso *Helmets vs. Suécia*, sentença de 29.10.1991 e Caso *Krombach vs. França*, sentença de 13.02.2001. No mesmo sentido, ainda, a comunicação 701/1996, do Comitê de Direitos Humanos, no Caso *Gomes Vasques vs. Espanha*. Assim, por exemplo, foi considerado violado do duplo grau no sistema francês em que das sentenças da Corte D’Assises – Tribunal de escabinos – não cabe apelação para reexame de matéria fática, mas apenas recurso para questões de direito, sendo que tal recurso exige proposição por advogado, e o acusado havia sido julgado *in absentia* e sem defensor (TEDH, Caso *Lowenguth vs. França*, sentença de 2000; Caso *Deperrois vs. França*, sentença 2000). Em sentido contrário manifesta-se José Ignacio Cubero Marcos (*Derecho a un Doble Grado de Jurisdicción en materia penal*, in Iñaki Lasagabaster Herrarte (Org.) *Convenio europeo de Derechos Humanos: comentario sistematico*. 3 ed. Navarra: Ed. RT, 2015, p. 1011) para quem “del artículo 2 no parece deducirse una obligación de llevar a cabo un examen acerca de las cuestiones fácticas y jurídicas”.

36 Nesse sentido: Chiavario (*Proceso e garanzie...*, v. II, p. 191) em relação à garantia equivalente do art. 14.5 do PIDCP.

37 Nesse sentido: CoIDH, Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentença de 02.07.2004, § 158; CoIDH, Caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Sentença de 17.11.2009, Serie C No. 206, § 88; CoIDH, Caso *Vélez Lóor vs. Panamá*, sentença de 23.11.2010, Serie C No. 218, § 179; CoIDH, Caso *Mohamed vs. Argentina*, sentença de 23.11.2012, Serie C No. 255, §§ 98 e 99; CoIDH, Caso *Mendoza e outros vs. Argentina*, sentença de 14.05.2013, Serie C No. 260, §§ 243 e 244; CoIDH, Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, sentença de 30.01.2014. Serie C No. 276, § 85. Sobre isso, na doutrina: Vasconcellos, *Direito ao Recurso no Processo Penal...*, p. 123.

Outro ponto fundamental que se pode extrair da jurisprudência, em especial da Corte Europeia de Direitos Humanos, é que o direito ao recurso inclui o direito a uma audiência perante o Tribunal que o julgará, quando tal órgão revisor se pronunciar sobre o caráter do acusado ou os motivos que o levaram a cometer o crime, ou sobre matéria de fato nova ou que possa repercutir na severidade de sua pena, ou ainda, que possa levar a uma condenação depois da absolvição de primeira instância.³⁸

5. Direito ao recurso do acusado absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Além das linhas gerais já expostas, cabe analisar mais detidamente, inclusive com base na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao direito ao recurso, a situação do acusado que foi absolvido em primeiro grau, mas em razão de recurso do Ministério Público, se vê condenado, pela primeira vez, no julgamento do Tribunal em segundo grau.³⁹

O direito ao recurso, no caso de acórdãos condenatórios decorrentes de apelações que reformam absolvições proferidas em primeiro grau, foi analisado pela Corte Interamericana no caso *Mohamed vs. Argentina*, julgado em 23.11.2012.⁴⁰

38 Nesse sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 720. No mesmo sentido, em relação ao sistema europeu: Paulo Pinto de Albuquerque, *Comentários...*, p. 1036, n. 5. Sobre a jurisprudência do TEDH: Caso *Ekkbatani vs. Suécia*, (plenário), sentença de 26.05.1988; Caso *Helmets vs. Suécia*, (plenário), sentença de 29.10.1991; Caso *Kremzow vs. Áustria*, sentença de 21.09.1993; Caso *Constantinescu vs. Romênia*, sentença de 27.06.2000; Caso *Pobornikoff vs. Áustria*, sentença de 03.10.2000; Caso *Destrehem vs. França*, sentença de 18.05.2004; Caso *Dondarini vs. São Marino*, sentença de 06.07.2004 e Caso *Hermi vs. Itália (GC)*, sentença de 18.10.2006.

39 Não é objeto do presente estudo analisar a compatibilidade do direito ao recurso assegurado pelo art. 8.2.h da CADH. Anote-se que o tema foi analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos CoIDH, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 17.11.2009, Série C, n. 2006. CoIDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos julgamento em 30.01.2014, Série C, n. 276. Sobre o tema, cf. Gustavo Henrique Badaró, *Manual dos Recursos Penais*. São Paulo: RT, 2018, p. 53-55

40 CoIDH, *Caso Mohamed vs. Argentina*, Objeções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, julgado em 23.11.2012, Série C, n. 255.

O caso pode ser assim resumido: Carlos Alberto Mohamed foi processado por crime de homicídio culposo, decorrente de um atropelamento, enquanto dirigia um ônibus, na cidade de Buenos Aires. Ao término do processo, foi absolvido em primeiro grau. Houve recurso do Ministério Público e o Sr. Mohamed acabou condenado a pena de 3 anos de prisão, cujo cumprimento ficaria suspenso, além de 8 anos de suspensão do direito de dirigir veículo. Contra tal acórdão condenatório era possível interpor um recurso extraordinário, que não admitia revisão da matéria fática.

A Corte considerou que o duplo grau de jurisdição somente se torna efetivo se for garantido a todo acusado que seja condenado, tendo em vista que a sentença condenatória é manifestação do exercício de poder punitivo do Estado. Seria contrário à finalidade do direito ao duplo grau de jurisdição não garantir o recurso para alguém condenado em um julgamento que reforma decisão absolutória de instância inferior. Interpretar o direito ao recurso contrariamente a isso significa deixar tal condenado desprovido do direito ao recurso contra a condenação.⁴¹ Assim, a Corte Interamericana concluiu que o Sr. Mohamed tinha o direito de recorrer da decisão condenatória do Tribunal que reformou a decisão que o absolveu em primeira instância, vez que o direito ao duplo grau se aplica a partir da primeira decisão que condena o acusado.⁴²

Em suma, do Caso Mohamed *vs.* Argentina, extrai-se que, para a Corte Interamericana o direito ao duplo grau, assegurado ao acusado condenado pelo art. 8.2.h, da CADH, se aplica a partir da primeira decisão condenatória, ainda que esta seja uma decisão que tenha reformado uma absolvição anterior.⁴³

Além disso, a Corte destacou que a dupla conformidade judicial, expressa mediante o acesso a um recurso que assegure a possibilidade de revisão integral da sentença condenatória dá maior credibilidade ao ato jurisdicional do Estado e, ao mesmo tempo, dá maior segurança e proteção aos direitos do condenado.⁴⁴ Com base em outros julgados, a Corte Interamericana fixou parâmetros para o

41 CoIDH, Caso Mohamed *vs.* Argentina ..., § 95.

42 *Idem*, § 96.

43 Em sentido contrário, o Protocolo VII à CEDH, em seu art. 2.2, prevê que o direito ao duplo grau pode ser excepcionado no caso de o acusado ser “declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”.

44 CoIDH, Caso Mohamed *vs.* Argentina ..., § 97.

conteúdo do direito ao recurso: (i) o recurso deve garantir a possibilidade de um exame integral da decisão recorrida;⁴⁵ (ii) o recurso deve ser acessível, isto é, não devem ser exigidas maiores complexidades que tornem esse direito ilusório, devendo ser mínimas as formalidades exigidas, não podendo constituir um obstáculo para que o recurso concretize sua finalidade de examinar e resolver as questões trazidas pelo recorrente;⁴⁶ (iii) deve possibilitar a análise das questões fáticas, probatórias e jurídicas da sentença impugnada, posto que há uma interdependência entre as determinações fáticas e a aplicação do direito, devendo o recurso possibilitar um amplo controle dos aspectos impugnados da sentença condenatória;⁴⁷ e (iv) o recurso deve respeitar as garantias processuais mínimas que, conforme o art. 8.º da CADH, sejam relevantes e necessárias para decidir as reclamações do recorrente, o que não significa que deva ser realizado um novo juízo oral.⁴⁸

6. A Corte Interamericana de Direitos Humanos vs. o Supremo Tribunal Federal

Sem entrar em longas discussões sobre o relacionamento entre ordenamento jurídico interno e internacional, ou sobre a celeuma entre monismo e dualismo, ou mesmo qual terá primazia, se a ordem interna ou a internacional, o fundamental é que se promova a integração do sistema constitucional com os tratados e convenções de direitos humanos.

Como visto, o duplo grau de jurisdição é *expressamente previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos* (art. 8.2.h) e no *Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos* (art. 14.5). Aceita a premissa de que as garantias dos tratados de direitos humanos têm *status* constitucional, ainda que por força de integração da CR com a CADH e o PIDCP, é possível afirmar que, *no processo penal brasileiro, o direito ao recurso contra a sentença condenatória é uma garantia constitucional*.⁴⁹

45 Idem, § 97.

46 Idem, § 99.

47 Idem, § 100.

48 Idem, § 101.

49 Nesse sentido: Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 229. Em obra posterior, acrescenta que “o reexame da sentença condenatória é direito fundamental do acusado no processo penal, integrante do denominado bloco de constitucionalidade, que ‘é formado pela Constituição e pelos tratados

Não é esse, contudo, o entendimento do STF sobre o tema. Como sabido, há décadas o STF se posicionou no sentido de que os tratados internacionais, sejam eles de direitos humanos ou não, ingressavam no ordenamento interno em regime de paridade com as leis ordinárias.

Retratando esse primeiro período, em relação especificamente ao duplo grau de jurisdição, em emblemático julgamento o STF decidiu: “Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do *juízo de única instância ordinária*, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8.º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de ‘toda pessoa acusada de delito’, durante o processo, ‘de recorrer da sentença para juiz ou Tribunal superior’”.⁵⁰ O referido acórdão também declarou que, no caso de confronto entre a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos, deve se dar prevalência à Constituição.

Posteriormente, o STF passou a entender que os tratados internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal, isto é, superior à lei ordinária, mas inferior à Constituição. O *overruling* ocorreu com o julgamento, pelo Plenário, do Recurso Extraordinário 466.343/SP.⁵¹ Deste relevantíssimo precedente extrai-se, como consequência, que as leis ordinárias, anteriores ou posteriores à CADH e

internacionais envolvendo direitos humanos, ratificados pelo país, que servem de parâmetro para o controle das demais normas internas” (Id., *Direito ao Recurso no Processo Penal...*, p. 48). Aliás, mesmo no processo civil, em que não há tal fundamento convencional, Araken de Assis (*Manual dos Recursos...*, n. 5.3, p. 101) afirma que “não se podem pregar a supressão de apelo e a eliminação do duplo grau, com o fito de ganhar tempo, mudança que suprimirá as esperanças de aperfeiçoar a decisão da causa e a fé no valor da justiça”.

50 STF, RHC 79.785/RJ, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 29.03.2000, v.u.

51 STF, RE 466.343/SP, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008. Destaque-se, ainda, que, posteriormente, em outros julgados, o STF reconheceu a que os tratados internacionais de direitos

ao PIDCP que com eles colidirem, não terão eficácia jurídica. Restaria, porém, a possibilidade de uma colidência entre tais tratados e a própria Constituição, que na linha do decidido, provavelmente seria solucionado com base no critério da hierarquia: *lex superior derogat legi inferiori*, prevalecendo a Constituição.

Não é possível concordar com tais entendimentos sobre a força dos tratados de direitos humanos no ordenamento brasileiro, seja antigamente, quando eram equiparados às leis ordinárias, seja atualmente, em que se lhes dá hierarquia supralegal. Isso porque, no caso de colidência entre a Constituição e os tratados de direitos humanos, a regra de solução do conflito normativo deve seguir o critério de interpretação *pro homine* e o princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo. O critério de interpretação *pro homine* exige que a interpretação dos direitos humanos seja sempre a mais favorável ao indivíduo; já o princípio da *primazia da norma mais favorável* significa que, no caso de conflito de normas (quer nacionais ou internacionais), deve prevalecer a seja mais *benéfica* ao indivíduo. Como explica André de Carvalho Ramos, “por esse critério, não importa a origem (pode ser uma norma internacional ou nacional), mas sim o resultado: o benefício ao indivíduo”.⁵²

Por outro lado, no ponto de interesse específico desse artigo, qual seja, o direito ao recurso do acusado condenado, não há colidência entre o art. 8.2.h da CADH – ou o art. 14.5 do PIDCP – e qualquer artigo da Constituição. De um lado, as normas convencionais asseguram ao condenado o direito de recorrer da sentença. De outro, inexistente dispositivo constitucional que preveja algo como: “o condenado não tem direito a recorrer da sentença”.

Não há, pois, antinomia entre normas. Como leciona Bobbio, a antinomia pode se dar em três casos: “(1) entre uma norma que *ordena* fazer algo e uma norma que *proíbe* fazê-lo (contrariedade); (2) entre uma norma que *ordena* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*) (3) entre uma norma que *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*)”.⁵³

humanos subscritos pelo Brasil *possuem status normativo supralegal*: STF, HC 90.172/SP, 2.^a T., rel. min. Gilmar Mendes, j. 05.06.2007, v.u.

52 *Curso de Direitos Humanos...*, p. 106. O TEDH, por exemplo, analisando essa temática, decidiu, no *Caso Söring*, que a interpretação de um tratado de direitos humanos deve ser feita de modo a tornar seus dispositivos efetivos: TEDH, *Söring vs. Reino Unido* 14038/88, sentença de 07.07.1989, § 87.

53 *Teoria do ordenamento jurídico...*, p. 85.

O art. 8.2.h da CADH *ordena* que o Estado assegure, a todo condenado, um recurso pleno contra sentença condenatória. Os arts. 102, inciso II, e o artigo 105, inciso II, ambos da CR não são normas que estabelecem casos de recursos ordinários para o STF e o STJ. Tais dispositivos, porém, não *proíbem* tais recursos (situação 1) nem são normas que “permite não fazer” (situação 2), isto é, não instituir o recurso ordinário das condenações em segundo grau, decorrente de reforma de absolvição em primeiro grau. Logo, não havendo relação de contrariedade ou contraditoriedade, inexistente antinomia.⁵⁴

Por outro lado, as normas de tratados de direitos humanos são *autoaplicáveis*, conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em seu Parecer Consultivo 07/86. Isso significa que, uma vez em vigor, os direitos convencionais nela protegidos devem ser aplicados perante todos os órgãos estatais, inclusive os do Poder Judiciário, sem que haja necessidade de edição de lei ou de ato administrativo.

Como explica André de Carvalho Ramos, “para melhor defesa dos direitos humanos *adota-se a aplicabilidade imediata dos textos normativos às situações fáticas existentes*, de modo que se reconhece que, sob o aspecto formal (jurídico normativo), tais direitos são tendencialmente completos, ou seja, aptos a serem invocados desde logo pelo jurisdicionado”.⁵⁵ Aliás, a mesma regra de aplicação imediata dos direitos fundamentais está prevista no art. 5.º, § 1.º, da Constituição: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁵⁶

Ou seja, tanto no plano internacional, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto no plano normativo interno, o que se tem é o reconhecimento do caráter *self-executing* das normas de direitos humanos. E há uma regra que prevê que todo condenado tem direito a um recurso que, como visto,

54 O mesmo se diga em relação às normas que estabelecem foro por prerrogativa de função – CR, art. 102, I, b e c; art. 105, I, a; art. 108, I, a; art. 29, X; art. 96, III – que não permitem, nem permitem não instituir recurso contra a condenação.

55 *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196.

56 Quanto à definição do conteúdo das normas convencionais, para serem autoaplicáveis, Cançado Trindade (*Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos...*, v. I, p. 431) explica que: “Para que uma norma convencional possa ser autoaplicável, passou-se a considerar necessária a conjugação de duas condições, a saber, primeiro, que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, e segundo, que seja ela suficientemente específica para poder ser aplicada judicialmente em um caso concreto, operando *per se* sem a necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas subsequentes. A norma diretamente aplicável, em suma, consagra um direito individual, passível de pronta aplicação ou execução pelos tribunais ou juízes nacionais”.

tem que ser amplo, envolvendo questões de fato e de direito. Por outro lado, o art. 8.2.h da CADH e o art. 14.5 do PIDCP são suficientemente específicos para serem aplicados pelos tribunais no caso concreto. Há previsão do titular de tal direito: “toda pessoa acusada de um delito” (CADH) ou “pessoa declarada culpada de crime” (PIDCP). Isto é, o titular de tal direito é todo o acusado que foi condenado por uma sentença ou acórdão. Há previsão do conteúdo do direito: um recurso para reexaminar a sentença condenatória. Por fim, há a definição de quem deverá prestar tal direito: um juiz ou Tribunal superior.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisando especificamente o art. 8.2.h da CADH, no caso *Mendoza e outros vs. Argentina*, asseverou que o direito ao recurso: “Se trata de uma garantia do indivíduo frente ao Estado e não somente de um guia que oriente o desenho dos sistemas recursais nos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes da Convenção”.⁵⁷ Isto é, o acusado condenado tem que dispor de um recurso amplo que lhe permita atacar a primeira decisão condenatória que superou o seu estado de inocência.

No caso de acusado condenado por sentença condenatória a questão é simples. O recurso amplo, isto é, o recurso ordinário por excelência, é a apelação.

A questão mais complexa e de difícil solução ocorre no caso em que o acusado foi absolvido em primeiro grau e, com a interposição de apelação pelo Ministério Público ou querelante, se vê condenado, pela primeira vez, no acórdão do Tribunal de Justiça ou do Tribunal Regional Federal. Inegavelmente, também nessa situação tem incidência a garantia do art. 8.2.h da CADH ou do art. 14.5 do PIDCP.

Todavia, no desenho institucional do sistema recursal brasileiro, os recursos cabíveis contra tal acórdão são o recurso especial e o recurso extraordinário, que são recursos limitados às questões de direito e não satisfazem a exigência constitucional.

Haveria, então, no direito posto brasileiro um recurso apto a cumprir com os compromissos internacionais e efetivar o direito ao recurso do acusado condenado? A resposta é positiva. Esse recurso existe: é o recurso ordinário para o STJ (CR, art. 105, II) ou recurso ordinário para o STF (CR, art. 102, II).⁵⁸ Nem se objete que não há previsão legal sobre o prazo ou o procedimento recursal.

57 CoIDH, *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*, sentença de 14.05.2013, serie C, n. 260, § 241

58 Este, no caso de o acusado ter sido condenado, pela primeira vez, em provimento a recurso especial, do Ministério Público, tendo sido anteriormente absolvido em primeiro e segundo graus de jurisdição.

Também não o há, na Constituição, em relação aos recursos ordinários no caso de crimes políticos, e isso não impediu o STF de conhecer e julgar tal recurso.

Ressalte-se que recurso ordinário criminal, previsto no Regimento Interno do STF, nos arts. 307 a 309, não é o recurso ordinário para os crimes políticos, previstos no art. 102, II, *b*, da CR. Todavia, a falta de previsão legal de um prazo e de um procedimento específico em lei, não impede seu julgamento. Mais do que isso, o STF entendeu que “está-se julgando recurso criminal ordinário que tem natureza de apelação, da mesma forma como são elas julgadas pelos Tribunais de Justiça, pelos Tribunais regionais Federais, pelos Tribunais de Alçada etc.”.⁵⁹ Assim, não havendo regra expressa, mas diante da necessidade de implementar tal direito que assegura um recurso, no caso, um recurso amplo, permita a revisão de matéria de fato e de direito, caso tenha sido absolvido em primeiro grau, mas posteriormente condenado em segundo grau., esse recurso será o recurso ordinário do inciso II do art. 105 da Constituição, ao qual se deverá aplicar com as devidas adaptações, o procedimento da apelação, previsto no art. 593 e ss. do CPP.⁶⁰

7. Proposta para uma leitura do duplo grau de jurisdição: direito ao recurso do acusado, para um controle epistêmico da presunção de inocência

Do que foi exposto, é de se concluir que o duplo grau de jurisdição pode ser visto sob duas perspectivas, que levarão a resultados distintos: (i) como um mecanismo que busca dar prevalência ao “valor justiça”, permitindo a correção do erro judiciário, tanto sobre as questões de direito, quanto sobre as questões

59 STF, RC 1.468-5/RJ, Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 23.03.2000, m.v. (a citação é de passo do acórdão, do voto preliminar do Min. Maurício Corrêa, p. 54).

60 Com razão, Vasconcellos (*Direito ao Recurso no Processo Penal...*, p. 57) afirma que “nos casos em que o ordenamento não apresente recurso cabível previsto em suas leis ordinárias em razão de inércia do poder legislativo, o judiciário deverá tomar as medidas para garantir a efetividade do direito ao recurso sobre a condenação. ... pensa-se que deve ser admitida a interposição de recurso inominado, utilizando-se por analogia o procedimento de recurso diverso, mais adequado ao caso em análise, relativizando-se o princípio da taxatividade em prol da efetividade do direito ao recurso do condenado”.

de fatos; e (ii) como “garantia do acusado”, fortalecendo a sua presunção de inocência, em caso de condenação em primeiro grau ou segundo grau.⁶¹

Evidente que a adoção de um ou outro modelo implicará repercussões importantes na legitimidade recursal. O duplo grau como revisão para “aprimoramento da justiça” admite o recurso de ambas as partes, acusador e acusado, bem como de terceiros intervenientes, como o assistente de acusação. Mais do que isso, como o erro, em tese, pode estar tanto na condenação quanto na absolvição, o recurso será *pro et contra*. Todas as partes podem recorrer de qualquer resultado. Por outro lado, quando lê o duplo grau sob a ótica da “garantia do acusado”,⁶² o direito recurso – ao menos em sua amplitude máxima, com devolução de questão de fato e de direito – somente será conferido ao acusado condenado, como mecanismo que implementa a possibilidade de uma “dupla conforme” para a condenação.⁶³ De outro lado, o Ministério Público e a vítima não terão legitimidade recursal para impugnar a sentença absolutória quanto às questões de fato. Como explica Júlio Maier, nesse sistema em que a legitimidade para impugnar a sentença, pertence tanto ao acusado quanto aos órgãos públicos, o recurso não é uma garantia processual em favor do acusado, mas antes um meio de controle pelos tribunais superiores sobre a correção da decisão dos magistrados inferiores.⁶⁴

Não há dúvida de que o sistema desenhado pelo Código de Processo Penal de 1941, no que diz respeito à impugnação objetiva (hipóteses de recurso) e

61 Casara (*O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 506) refere-se, de um lado, ao “nexo entre o direito ao duplo grau de jurisdição e o valor ‘verdade’” e de outro a análise da mesma garantia em “razão do valor ‘liberdade’”, defendendo que essa segunda é o fundamento do recurso. Nereu Giacomolli (*O devido processo penal...*, n. 11.3, p. 294) também nega que o fundamento do direito ao recurso seja a “busca da verdade”.

62 Nesse sentido: Casara (*O Direito ao Duplo Grau de Jurisdição...*, p. 506) afirma que o duplo grau é “uma garantia individual daquele que se vê perseguido em juízo”. No mesmo sentido posiciona-se Vinícius Gomes Vasconcelos (Duplo grau de jurisdição na Justiça Criminal: o direito ao recurso como possibilidade de questionamento da motivação da sentença condenatória. In: Nereu José Giacomolli; Vinícius Gomes de Vasconcelos (Orgs.), *Processo Penal e Garantias Constitucionais: Estudos para um processo penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 238) que, analisando o art. 8.2.h da CIDH e o art. 14.5 do PIDCP afirma: “os textos apresentam similaridade em sua redação, especialmente em relação ao sujeito possuidor do referido direito: ‘toda pessoa’ e ‘toda pessoa declarada culpada’, ou seja, cristalinamente refere-se ao indivíduo que sofre a perseguição penal e deve ter seus direitos fundamentais garantidos frente ao poder punitivo estatal”. Na doutrina estrangeira: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 710. No mesmo sentido, em relação ao art. 2.º do Protocolo VII à CEDH, Arangüena Fanego, *El Derecho al Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 280.

63 Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 709.

64 *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 707.

impugnação subjetiva (legitimados a recorrer) é pensado para ser um modelo de “aprimoramento da justiça”. E, não seria exagerado dizer, que o “aprimoramento da justiça” é buscado com vista a dar à acusação uma chance a mais de obter a condenação. Primeiro, porque a legitimação é bilateral: de um lado, acusação e vítima, de outro, o acusado e seu defensor. Ao mais, geralmente o recurso do acusado estava condicionado a sua prisão o que era um contrassenso. Para demonstrar que houve erro e “aprimorar a justiça” por meio do recurso, para que o inocente não tivesse que cumprir pena e ser privado da liberdade, ele primeiro deveria ser “preso” para que se pudesse fazer justiça para ele não ser... preso!

Atualmente, contudo, a escolha entre um ou outro modelo não é mera opção técnica, fruto de escolha de política legislativa.⁶⁵ O duplo grau de jurisdição, instrumentalizado pelo direito ao recurso do acusado é um direito fundamental, decorrente de posições axiológicas que não podem ser pautadas pela maioria dominante do Poder Legislativo num ou noutro momento.

A leitura feita pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao art. 8.2.h da CADH exige – e não apenas sugere – que o acusado tenha o direito de recorrer da decisão condenatória. E esse recurso é cabível quer quando o acusado é condenado em primeiro grau e apela para o segundo grau, quer quando ele é absolvido em primeiro grau e condenado em segundo grau, em decorrência de recurso da acusação. Neste caso, o direito ao duplo grau sobre a decisão condenatória implicará, na prática, a necessidade de um “terceiro” grau.⁶⁶ Esse recurso tem que permitir a revisão tanto de matéria de fato, como de matéria de direito. Seja, portanto, numa feição típica da nossa apelação. Por outro lado, não satisfaz a garantia do art. 8.2.h da CADH a possibilidade do nosso recurso especial e extraordinário, nos moldes estreito que estão previstos na Constituição e, mais ainda, a sua limitadíssima admissibilidade ainda mais restrita por uma inegável jurisprudência defensiva.

65 Segundo Spangher (*Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 496) trata-se de tema “aparentemente técnico que, ao contrário, tende a um perfil fortemente político-ideológico”.

66 Nesse sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 714. Diversamente, na doutrina espanhola, Cubero Marcos (*Derecho a un Doble Grado de Jurisdicción...*, p. 1021) observa que, justamente porque o Protocolo VII à CEDH prevê que o duplo grau pode ser excepcionado no caso de o acusado ter sido absolvido em primeiro grau e, depois, condenado em razão de recurso da acusação, é que alguns países europeus implantaram um recurso de cassação que funciona como um sucedâneo de terceira instância.

Na doutrina atual, começam a surgir vozes no sentido de que o duplo grau de jurisdição no processo penal deve ser visto sob a ótica de garantia do acusado. Geraldo Prado sustenta, com base na CADH, que “a previsão de recurso para assegurar o duplo grau de jurisdição é exclusiva da defesa” e, conseqüentemente, deve ser extinto o recurso do Ministério Público contra sentença absolutória. Isso porque, a acusação tem na instrução de primeiro grau, o seu momento procedimental para provar a imputação e obter a condenação, mas “se não o consegue, se o acusador não convence o juiz, não há porque supor que o Tribunal que normalmente não tem contato com as mesmas provas e com os mesmos argumentos, e que se limitará a uma atividade de interpretação de textos, fará justiça modificando a sentença absolutória”.⁶⁷ Assevera ainda, que, se assim não for, na situação paradoxal, em que o Tribunal, julgando recurso de apelação do Ministério Público, condena o réu que havia sido absolvido em primeiro grau, “no mínimo cabe assegurar ao réu o direito de recorrer, muito embora não haja no sistema brasileiro um recurso com a amplitude da apelação que o novel condenado possa lançar mão quando condenado no julgamento da apelação”.⁶⁸

Tal posicionamento implica reconhecer que o direito ao recurso, sobre questões de fato e de direito, só deverá existir contra a sentença condenatória, como uma garantia do acusado “no sentido de possibilitar o questionamento e a impugnação da fundamentação do pronunciamento judicial, que intenta macular a presunção de inocência”.⁶⁹ Além disso, na apelação defensiva contra sentença condenatória deve se admitir o refazimento da atividade probatória em segundo grau, bem como a produção de novas provas, não como algo excepcional, mas como uma natural decorrência do direito à prova.⁷⁰ Apelando a defesa para o controle de eventual erro na superação da presunção de inocência, que redundou na condenação do acusado,

67 Geraldo Prado, Duplo grau de jurisdição no processo penal brasileiro: visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Júlio B. J. Maier. In: _____. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 42. No mesmo sentido posiciona-se Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 239.

68 Duplo grau de *jurisdição...*, p. 44.

69 Vasconcellos, *Duplo grau de jurisdição...*, p. 239. No mesmo sentido: Maier, *Derecho procesal penal...*, t. I, p. 721.

70 Nesse sentido, na doutrina italiana: Sandro Fürfaro e Filippo Giunchedi, Filippo, *La “parità delle armi” tra Costituzione, diritto sovranazionale e alchimie interpretative*, In: *La disciplina delle impugnazioni tra composizione in Chiave Costituzionale*, Merito, 2008, p. 39.

seria assegurado um verdadeiro *novo rum iudicium*, destinado a percorrer novamente o itinerário motivacional e gnosiológico do primeiro grau.⁷¹

Somente assim, se assegurará, na plenitude, um duplo grau de jurisdição como verdadeiro direito do acusado condenado, sendo um reforço e uma chance a mais de manutenção do seu estado de inocência. Num sistema de impugnação, com tais características, perde sentido a manutenção dos embargos infringentes, na medida em que já haveria, ao menos potencialmente, a necessidade de uma espécie de “dupla conforme”, quanto ao juízo de fato, para a superação da presunção de inocência e a liberação da eficácia do poder punitivo estatal.

Outra posição merecedora de destaque é a de Vinícius Vasconcelos, para quem o recurso se concretiza como “uma garantia dirigida à proteção do acusado no processo penal”, tendo por função a “efetivação de seus direitos fundamentais, especialmente ao permitir o questionamento e a refutação da decisão judicial que intenta fragilizar a presunção de inocência”, o que exige um “controle da motivação da decisão jurisdicional”. Todavia, o direito ao recurso assegura mais que mero controle da fundamentação, vez que “a revisão recursal deve ser ampla, o que engloba elementos fáticos e probatórios”, propiciando “uma revisão integral, que permita a análise sobre a legalidade e a legitimidade da persecução penal de um modo amplo, o que, por óbvio, necessariamente deve envolver o reexame da suficiência do lastro probatório e da racionalidade de sua valoração para o rompimento da presunção de inocência”.⁷²

Por outro lado, do ponto de vista dinâmico, esse direito ao recurso exige uma reforma procedimental, para assegurar a centralidade da oralidade também em segundo grau, para o que Vinícius Vasconcellos sugere um “procedimento-modelo” do juízo recursal, “para o julgamento oral, público e contraditório da apelação interposta sobre a sentença, o qual partirá dos seguintes pressupostos: 1) necessidade de um recurso que possibilite uma revisão ampla da condenação; 2) indispensabilidade de mudanças no procedimento dos Tribunais, diante da generalizada prática que esvazia profundamente a efetividade do direito ao recurso; 3) opção por um sistema de audiências orais, públicas e em contraditório; 4) fortalecimento da defesa e do contraditório como influência na decisão judicial; 5) necessidade de um sistema em que o julgador efetivamente decida

71 Idem, p. 40

72 *Direito ao Recurso no Processo Penal...*, p. 184.

a partir dos argumentos e elementos probatórios apresentados no juízo recursal pelas partes; 6) consolidação da apelação como um instrumento de controle sobre a decisão, e não um novo juízo integral com renovação de todos os atos”.⁷³

Quanto ao titular do direito ao recurso, o fato de não se tratar de um direito constitucional ou convencional do Ministério Público ou do acusador particular, não significa que não se possa admitir um recurso contra a absolvição. Todavia, sua finalidade será diversa, não sendo realizar o controle das questões de fato e, muito menos, possibilitar uma nova atividade de produção probatória. A apelação do Ministério Público, apta somente a atacar a legitimidade da sentença absolutória, do ponto de vista das questões de direito, não violaria a presunção de inocência. Nesse caso, contudo, poderia se optar entre um recurso de apelação limitado a questões de direito para os tribunais locais, ou um “recurso de cassação”, ainda que com alguma ampliação de suas hipóteses.

No segundo caso, seria de se admitir a interposição direta pela acusação apenas de recurso especial e extraordinário contra sentença absolutória, sendo em tal caso aconselhável uma ampliação legal das hipóteses de cabimento de tais “recursos excepcionais”, para expressamente admitir um controle mais efetivo da motivação sobre o juízo de fato, e do próprio caráter lógico do raciocínio judicial nela externado, ainda que, evidentemente, não se vá permitir a reavaliação das provas.

Todavia, diante da interpretação que, em nosso direito posto, as hipóteses de recurso especial e extraordinário são taxativas e somente podem estar previstas na Constituição, parece preferível a criação de uma “apelação limitada” para os tribunais locais. Seria um recurso restrito às questões de direito, bem como, no campo probatório, ao controle de sua legalidade, da racionalidade do método de valoração da prova e da completude da valoração dos elementos probatórios produzidos, além do acerto na aceitação de eventual narrativa alternativa apontada como caracterizadora de uma hipótese geradora de dúvida razoável e, por fim, do controle da motivação realizada pelo julgador.

No caso de sentença condenatória, também se poderia limitar o cabimento do recurso do Ministério Público, visando a majoração da pena, ao aspecto de controle da legalidade. Conseqüentemente, não seria impugnável a sentença condenatória, por exemplo, porque em razão da quantidade da droga apreendida, o juiz aumentou

73 *Direito ao Recurso no Processo Penal...*, p. 264.

a pena em 1 ao invés de 2 anos. Ou porque, em razão da reincidência, aumentou a pena em 6 meses, quando deveria tê-la acrescido 1 ano. Seria cabível, apenas para uma rigorosa verificação do procedimento legal de dosimetria da pena, com aptidão de corrigir erros de subsunção de certos aspectos fáticos assentados na sentença, aos elementos legalmente previstos como valoráveis. Também seria admissível a revisão da fixação da pena quanto ao respeito do processo trifásico de dosimetria e da integralidade de todo o processo de individualização da pena.

O modelo proposto é desequilibrado, com apelação do acusado ampla, sobre questões de fato e de direito, e apelação do Ministério Público restrita, somente sobre matéria de direito. Não há, contudo, violação da paridade de armas. As posições de tais sujeitos não são rigorosamente paritárias e a justificativa para a inapelabilidade da sentença absolutória decorreria da diferença da posição do acusado diante de uma condenação, com a do Ministério Público diante da absolvição, a justificar mecanismos diversos de tutela, mediante remédios recursais diferentes, contra o erro da condenação do inocente e a absolvição do culpado.⁷⁴

Mesmo uma apelação limitada do Ministério Público não impediria o problema de o Tribunal poder condenar quem foi absolvido em primeiro grau. Nesse caso, contudo, como o recurso de apelação somente foi cabível por questões de direito, não seria necessário que se estabelecesse um “terceiro grau”.⁷⁵ Isso porque o reexame da condenação proferida pelos TJs ou TRFs, sobre o enfoque das “questões de direito”, poderia ser feito por meio de recurso especial e extraordinário.

Outro ponto fundamental para uma maior efetividade do duplo grau é exigir um rigoroso controle da motivação em primeiro grau, com justificativa específica para todos os seus capítulos e, dentro dos capítulos, dos pontos de decisão. Assim, será possível, a construção de um sistema que, embora não paritário, passa a admitir um regime recursal do Ministério Público, contra determinados pontos da sentença, seja ela condenatória, seja absolutória.⁷⁶

74 Nesse sentido: Ferrua, *Il 'giusto processo'...*, p. 201.

75 Diversa é a proposta de Spangher (*Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 516), que admite o recurso do Ministério Público contra a sentença absolutória, em matéria de fato, com a “imposição ao juiz de um ônus reforçado de motivação e um controle mais intenso em Cassação, que tenha em conta o desenvolvimento completo do procedimento e, sobretudo as duas decisões contrastantes, de modo a permitir uma valoração unitária dos raciocínios desenvolvidos pelos dois juízes”.

76 Nesse sentido: Spangher, *Il Doppio Grado di Giurisdizione...*, p. 515.

Por fim, mas não menos relevante, há a necessidade de contrabalançar os mecanismos de estímulo e desincentivo dos recursos e, no modelo proposto, principalmente do recurso defensivo. Evidente que, entre nós, um potente estímulo ao recurso defensivo é a garantia constitucional da presunção de inocência, que assegura que a condenação não seja eficaz antes do trânsito em julgado da condenação penal.⁷⁷ Mas isso é uma opção de civilidade do sistema, com a qual não se pode transigir. Outro “estímulo” ao recurso defensivo e, mais que isso, de muitos recursos meramente protelatórios, é a possibilidade de prescrição intercorrente, tendo por objeto os lapsos temporais entre a sentença e o trânsito em julgado da condenação penal. Na doutrina estrangeira, há propostas de suspensão da prescrição durante a tramitação dos recursos, seja nos tribunais locais, seja, principalmente, no caso dos recursos especial e extraordinário. Um modelo recursal adequado implicará, inclusive, maior respeito à garantia de que o acusado deve ser julgado em prazo razoável (CR, art. 5.º, *caput*, LXXVIII, c/c CADH, art. 8.1).

Todavia, aqui a eficiência não pode ser buscada à custa da eliminação de garantias. Sem dúvida, o maior responsável pela demora do trânsito em julgado em segundo grau não é a existência dos recursos, mas os tempos mortos. No balanceamento de valores, não se pode aceitar que a busca da eficiência deve prevalecer sobre as garantias fundamentais do acusado.⁷⁸ Não é excesso de garantismo, mas uma condição de justiça, reconhecer a quem é condenado, a possibilidade de impugnar, ao menos uma vez e de modo amplo, a sentença que o declarou culpado.⁷⁹ No processo penal, o duplo grau de jurisdição deve ser visto como um direito do acusado, com a finalidade de reforçar a presunção de inocência, fazendo com que o juízo de fato condenatório possa ser submetido a um controle racional intersubjetivo.

Evidente que o sistema precisa ser alterado no que diz respeito aos recursos. E não é preciso suprimir garantias para melhorar o sistema.

É necessário dar-lhe maior racionalidade interna, p. ex.: suprimindo a carta testemunhável e prevendo a subida obrigatória do recurso em sentido estrito

77 No mesmo sentido, em relação ao sistema italiano: Chiavario, *Processo e garanzie...*, v. II, p. 193.

78 Nesse sentido, embora se referindo à presunção de inocência, Enzo Zappalà, *Il controllo di legittimità e la presunzione di non colpevolezza*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazione*. Milano: Giuffrè, 2000, p. 158.

79 Vincenzo Garofoli, *Diritto processuale penale*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 483.

contra decisão denegatória de apelação. Mas também é preciso um adequado procedimento de primeiro grau, pois muitos dos problemas do segundo grau decorrem de má disciplina do procedimento no juízo *a quo*. Urge, por exemplo, que haja um verdadeiro juízo de admissibilidade da acusação, somente após previa manifestação do acusado, e com possibilidade de recurso – sem efeito suspensivo, evidentemente – da decisão de recebimento da denúncia.

O respeito ao duplo grau de jurisdição, como direito de recurso do acusado, para o controle do juízo de fato e de direito sobre a condenação contra ele proferida exigirá, também, alterações no modelo de *ações penais de competência originária dos tribunais*. Há uma necessidade inegável de um recurso ordinário, com feições de apelação, para o STJ, das decisões condenatórias proferidas pelos TJs e TRFs, em caso de suas competências originárias.⁸⁰ Aqui, portanto, o problema seria apenas a criação de mais um recurso para o STJ. No mesmo sentido, deveria ser criado um recurso ordinário para o STF, para as condenações decorrentes de competência originária do STJ.

80 Analisando a questão à luz do direito vigente, o STF negou a possibilidade de interposição de um “recurso inominado”, da decisão do TRF, em ação de competência originária: “1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3.º do art. 5.º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio se revista de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição. 5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante” (STF, AgRg no AgIn 601832/SP, 2.ª T. rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 17.03.2009, v.u.).

Encarceramento Feminino e o Drama da Maternidade na Prisão

Maíra Fernandes¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar as condições de maternidade nos presídios brasileiros. Para tanto, será abordada a relação da lei de drogas com o superencarceramento, notadamente o feminino. Depois, será analisado o perfil da mulher encarcerada no Brasil hoje, para que se compreenda quais mulheres estão sendo, em números cada vez maiores, assimiladas pelo sistema punitivo estatal e a elevada proporção de presas sem condenação. Então, a partir dos dados de pesquisa realizada pelo Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ apenas com grávidas e puérperas encarceradas no Rio de Janeiro, serão analisadas as condições de maior vulnerabilidade e abandono que se encontram as mulheres que vivenciam a maternidade na prisão, e como as consequências da privação de liberdade afetam a vida de seus filhos².

Antes de tudo: breves palavras sobre a sensibilidade de Tristão, que deu abrigo a uma mulher e seu filho durante a ditadura militar.

Não se sabe, ao certo, se Tristão Fernandes defendeu alguma estudante na época da ditadura. Os relatos não incluem, especificamente, uma mulher. Mas há um caso bastante curioso, que evidencia a sensibilidade desse grande advogado com as mulheres, de modo que o presente artigo, publicado em sua homenagem, parece condizente com suas convicções libertárias e sua história de vida.

O Brasil vivia os anos de chumbo da ditadura militar de 1964. Uma mulher, vítima de violência doméstica por parte do marido, fugiu de casa com o filho e se abrigou na casa de Tristão, em Ponta Porã. O agressor e pai, ligado à ditadura,

1 Maíra Fernandes. Advogada criminal. Coordenadora do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no Rio de Janeiro (IBCCRIM-RJ). Vice presidente da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas no Rio de Janeiro (ABRACRIM-RJ). Diretora secretária do Instituto dos Advogados Brasileiros. Integrante e uma das fundadoras do Movimento da Mulher Advogada. Ex-presidente do Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro.

2 Artigo escrito em maio de 2019.

inventou que o menino havia sido sequestrado pelo comunista Tristão. Por conta disso, seu veículo foi parado pelo exército, quando ele estava acompanhado de sua esposa, Zulka, da mulher vítima da agressão e do pequeno menino.

Tristão pediu aos militares para segui-lo até sua casa para deixar o carro. Ele entrou pela garagem, abandonou o carro, fechou o portão e exigiu ordem judicial para os militares entrarem em sua residência. A mulher e a criança saíram pela outra porta e Tristão foi preso. Permaneceu encarcerado alguns dias, até perceberem que não havia sequestro algum. O menino, a mãe e o “comunista” ficaram bem.

O drama que será narrado nesse artigo não diz respeito à violência doméstica, mas a outro tipo de violência contra as mulheres: a referente ao encarceramento de mulheres em situação de maternidade, ou seja, grávidas ou com filhos pequenos delas dependentes. Prisões, em sua maioria, perfeitamente desnecessárias, que poderiam ter sido substituídas, senão pela liberdade, ao menos por medidas e penas alternativas à prisão.

Embora o encarceramento feminino não tenha sido o foco de atuação de Tristão Fernandes, tudo leva a crer que ele também se compadece dessas mulheres.

1. A Lei de drogas e o superencarceramento de mulheres

De acordo com os dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias³ a população prisional total no Brasil é de 726.712 pessoas, das quais 42.355 são mulheres e 665.482 homens⁴. Em que pese sua menor proporção, o encarceramento feminino tem tido uma taxa de crescimento muito superior ao masculino: 455% em 16 anos⁵. São números assustadores: o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, posição de que não nos orgulha.

Quando investigamos as causas para o grande aumento da população prisional feminina, percebemos que 64% delas estão presas por tráfico de drogas, porcentagem muito superior à da população prisional masculina (27%). Quan-

3 BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres 2016**. 2ª edição. Brasília, maio de 2018. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil>.<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres>>

4 BRASIL, 2017, p. 11.

5 BRASIL, 2017, p. 14

do analisamos quem são essas mulheres, vemos que 62% delas são negras⁶ e, apesar da baixa representatividade da amostra coletada, que 74% delas são mães⁷. É preciso, portanto, realizar a leitura desses dados levando em consideração alguns aspectos do encarceramento feminino.

1.1 A vulnerabilidade da mulher no tráfico de drogas e a feminização da pobreza⁸

O que leva uma mulher a praticar o tráfico de drogas? Há certo mito de que as mulheres ingressam no tráfico de drogas “por amor”, por se relacionar com uma pessoa envolvida com esse crime. Pode haver um ou outro exemplo nesse sentido e não se desconhece a existência de casos de mulheres presas em flagrante ao tentar ingressar nos presídios, em dias de visitas, levando drogas para seus companheiros ou filhos encarcerados.

Todavia, a maior motivação para o tráfico de drogas, apontada pelas mulheres, é a dificuldade financeira, e seus dados socioeconômicos corroboram essa realidade, como ficou comprovado na pesquisa “Mulheres e Crianças Encarceradas: Um Estudo Jurídico-Social sobre a Experiência da Maternidade no Sistema Prisional do Rio De Janeiro”, que entrevistou 41 mulheres entre junho e agosto de 2015, em situação de maternidade na prisão, no Presídio Talavera Bruce e na Unidade Materno Infantil (unidades localizadas no Complexo Penitenciário de Gericinó).

Dentre as mulheres entrevistadas, metade delas trabalhava na época em que foi presa, mas em empregos precarizados (85% sem carteira assinada), e grande parte delas era responsável pelo sustento do lar: 19% integralmente e 22% em parte. Alia-se a esses dados o fato de que a maioria delas declarou possuir dois filhos (31,7%) e três filhos (26,8%), dado que se aproxima ao nacional,

6 BRASIL, 2018, p. 40.

7 BRASIL, 2018, p. 51.

8 Tópico que tem como base o relatório da nossa pesquisa que abordou profundamente o tema: BOITEUX, Luciana, FERNANDES, Maíra, PANCIERI, Aline e CHERNICARO, Luciana. **Mulheres e Crianças Encarceradas: Um Estudo Jurídico-Social sobre a Experiência da Maternidade no Sistema Prisional do Rio De Janeiro**. LADIH, UFRJ. Resumo publicado em 2015, disponível em: <http://filesserver.idpc.net/library/M--es-encarceradas-UFRJ.pdf>. Acesso em 02/05/2018. Íntegra da pesquisa no prelo.

em que 74% das mulheres encarceradas possuem filhos⁹. De fato, a análise do encarceramento não pode desconsiderar o perfil da população carcerária feminina no Brasil. Segundo o DEPEN e, como pudemos comprovar na pesquisa realizada no Rio de Janeiro, são mulheres jovens^{10,11}, pardas ou negras¹², com baixíssima escolaridade¹³, marcadas por episódios de violência ao longo da vida e, como dito, sem vínculo formal de trabalho¹⁴.

Nessa circunstância, o tráfico de drogas que, nada mais é, do que um ato de comércio, acaba sendo, muitas vezes, uma opção de renda ou de complementação de renda que a mulher pode realizar mesmo grávida ou enquanto cuida dos seus filhos, até mesmo de dentro da sua própria casa (basta fazer dali um ponto de venda), ou levando a droga de um local a outro, pois a atividade em si, embora ilegal, não envolve violência¹⁵. A proposta de um trabalho rápido

9 BRASIL, 2018, p. 51.

10 Segundo o DEPEN (2014): a população penitenciária brasileira é jovem, entre 18 e 29 anos, de acordo com o Estatuto da Juventude. Comparando o perfil etário da população prisional e da população brasileira em geral, nota-se que a proporção de jovens é maior no sistema prisional (56%) que na população em geral (21,5%). Não há uma significativa diferença entre o perfil etário da população prisional feminina e masculina e pequena, mas nota-se uma maior proporção de jovens entre a população masculina (56%), comparada à feminina (49%). BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias InfoPen- junho de 2014**. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> Acesso em 27/11/2018.

11 Na pesquisa realizada com mulheres em situação de maternidade nas prisões do Rio de Janeiro, em 2015, 78% possuíam até 27 anos. BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

12 Na pesquisa realizada com mulheres em situação de maternidade nas prisões do Rio de Janeiro, em 2015, 77% eram negras/pardas. BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

13 Na pesquisa realizada com mulheres em situação de maternidade nas prisões do Rio de Janeiro, em 2015, 75,6% afirmaram não possuir o ensino fundamental completo, sendo que 9,8% não sabiam ler nem escrever. Muitas afirmam terem desistido da escola porque não se sentiam mais motivadas a estudar na época. Apenas duas concluíram o ensino médio. BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

14 Para entender esse perfil das mulheres encarceradas é indispensável a leitura do livro de Juliana Borges, que dedica um capítulo ao tema “Gênero, raça e classe e guerra às drogas: estruturas de manutenção das desigualdades”. BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte-MG: Letramento, Justificando, 2018.

15 Isso não significa dizer que não haja, em razão da proibição do tráfico de drogas, todo um contexto violento. Mas ele não é inerente ao ato de comércio em si. Nesse sentido, Valois destaca que é: “Complicado fazer os adeptos do proibicionismo verem que o traficante, um comerciante, quando se torna violento, o faz justamente em razão da proibição, que o coloca na clandestinidade, sem os aparatos do Estado para defender os seu comércio, tendo que recorrer à violência e a outros meios

e bem remunerado, não raras vezes, acaba sendo tentadora demais para quem está passando por dificuldades financeiras.

Como destaca Luciana Chernicaró¹⁶, a criminalização feminina está intrinsecamente relacionada à sua situação socioeconômica. Merece destaque o processo conhecido como feminização da pobreza, inicialmente descrito por Diana Pearce, em 1978¹⁷, considerando o aumento (proporcional) do número de mulheres entre as pessoas vivendo em situação de pobreza e o aumento do número de famílias chefiadas por mulheres. Isso significa dizer que, se não for revertido ou estancado esse processo, as mulheres ficarão cada vez mais pobres (na realidade, já estão ficando).

Além disso, é preciso notar que as mulheres não ingressam no tráfico de drogas em posição de liderança e que a estrutura do tráfico de drogas reproduz a divisão sexual do trabalho, atribuindo às mulheres funções menos valorizadas e privilegiadas. De modo geral, elas ocupam posições eminentemente subalternas, o que as torna vulneráveis, descartáveis, sem qualquer apoio daqueles para os quais trabalham e, portanto, ainda mais suscetíveis à seletividade policial (que leva em conta as condições socioeconômicas da mulher, a cor da pele e o local da prisão) e do sistema judicial, notadamente adepto a uma política criminal repressiva.

Pode-se dizer que as desigualdades de gênero encontradas no mercado de trabalho formal são reproduzidas de modo similar na estrutura do tráfico de drogas e os exemplos de mulheres em posição de comando são excepcionais.

Na pesquisa realizada com mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro, somente uma mulher declarou ter sido gerente da “boca de fumo”, ao passo que 33% delas declararam ter ocupado a função de “mula” – nome pejorativo atribuído à mulher contratada para o transporte internacional de drogas, em seu próprio corpo – talvez o melhor exemplo da “objetificação” e do tratamento descartável atribuído às mulheres. Isso porque, o simples fato de transportar drogas no interior do próprio corpo já lhes oferece um risco adicional. Além disso, muitas vezes elas são contratadas, justamente, para serem presas, de modo a desviar a

ilícitos na disputa com outros comerciantes” ou, naturalmente, em razão do enfrentamento com a polícia. VALOIS, 2016, p. 426.

16 CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, 2014.

17 PEARCE, Diane. The Feminization of Poverty: Women, Work and Welfare. In: **Urban and Social Change Review**. Vol. 11, 1978, p.28-36.

atenção de agentes policiais, permitindo o ingresso de carregamentos maiores de drogas no país e protegendo as verdadeiras lideranças do tráfico¹⁸.

Essa menor participação da mulher no tráfico foi ressaltada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, por ocasião do *Habeas Corpus* 118533¹⁹:

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica. Enfim, são mulheres que foram consideradas culpadas, do ponto de vista penal, simplesmente porque guardavam alguma relação de causalidade com a ação criminosa, embora menor, mas, apesar disso ficaram impedidas de ser contempladas, dentre outros benefícios prisionais, com o indulto e a comutação de penas, porque pesa sobre essa capitulação (mesmo na sua forma privilegiada) uma condição impeditiva, que inviabiliza a utilização desses institutos. (...) Quer dizer, são de pessoas que não apresentam um perfil delinquencial típico e, nem tampouco desempenham nas organizações criminosas um papel relevante. São, enfim, os “descartáveis”, dos quais se utilizam os grandes cartéis para disseminar a droga na sociedade. Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da “individualização da pena”, sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

18 BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

19 *Habeas Corpus* 118533/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão: 23/06/2016. Tal julgamento é de extrema importância para as discussões relacionadas à Lei de Drogas, pois, na ocasião, o STF excluiu as interpretações que atribuíam natureza hedionda ao tráfico privilegiado, possibilitando, via de consequência, benefícios como a redução de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 118533/MS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Decisão proferida em 23 de junho de 2016, p. 6/9.

Os dados relacionados ao encarceramento feminino impressionam, ainda, em razão do elevado número de presas provisórias: 45% das mulheres presas não têm condenação²⁰. A pesquisa realizada com mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro identificou que 73,2% delas estavam presas cautelarmente, inobstante sua situação de gestante, puérpera ou com bebê de poucos meses na Unidade Materno Infantil²¹. Essa situação é inadmissível e fere o princípio da presunção de inocência. Afinal, as mulheres submetidas aos diversos efeitos nocivos do encarceramento, sem sequer terem sido condenadas, podem ao final do processo ser absolvidas ou até mesmo condenadas a uma pena alternativa à prisão, ou menor que o tempo em que aguardaram o julgamento presas. Trata-se de um encarceramento inteiramente evitável, que tem um impacto não só na vida das mulheres, mas também de suas famílias, pois 74% das presas são mães.

1.2 Prisão e maternidade

“Como está meu filho?” Esta é a pergunta que se repete nos presídios femininos, pois nada é capaz de aplacar a angústia de uma separação que não foi determinada pelo juiz, mas é o efeito prático do encarceramento.

Quando um homem é preso, sua esposa, mãe, filha lhes dão suporte e mantém vivo o contato dele com os filhos, o que serve de esperança e alento. Quando a mulher é presa, muitas vezes a família se desfaz. Do lado de dentro, verdadeiros cemitérios de mulheres vivas, locais de saudade e solidão²². Do lado de fora, crianças abandonadas à própria sorte.

Se ela estiver grávida, ou com seu filho dentro do Sistema, o cenário é igualmente desolador: a maioria dos presídios não possui estrutura para preservar a saúde da gestante, tampouco para garantir um espaço de convivência lúdico entre mãe e filho. São tantos os relatos de partos nas celas ou nas viaturas, que não se sabe como elas e os rebentos sobrevivem – ou não sobrevivem, e os dados de mortalidade podem estar sendo escamoteados por aí. Quando chegam

20 BRASIL, 2018, p. 19

21 BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

22 Debora Diniz, em seu belíssimo livro *Cadeia*, traça a “biografia das mulheres da máquina do abandono”, expressão que identifica, com perfeição, o espaço prisional feminino. DINIZ, Debora. *Cadeia: Relatos sobre mulheres*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015, p. 12.

ao hospital, não raro elas dão a luz algemadas: tortura e violência obstétrica²³ em último grau, como se verifica nos relatos a seguir:

“Comecei a sentir dor desde a madrugada. Quando foi pela manhã eu pedi para chamar a SOE (Serviço de Operações Especiais)²⁴ porque eu ia ganhar o neném. Aí a guarda pediu para eu aguardar um pouco porque ia ter a troca de plantão e às 9h iam me buscar. Nisso, me chamaram para eu ir ao ambulatório, pois achavam que eu não tava sentindo tanta dor para o meu filho nascer. Falaram que iam fazer o pedido da emergência novamente, e já eram dez e pouco. Aí me mandaram para a cela de novo, quando foi 14:50 minha bolsa estourou e eu estava na cela. Só nessa hora que chamaram o SOE e o SOE chegou eram 15h, 15:15 eu estava dentro do carro e ela nasceu. A SOE disse: “Não fica fazendo força não que você vai arrumar ideia”. Mas eu continuei fazendo porque vi que ia nascer. Quando a SOE viu a cabecinha da minha filha ela segurou pra mim, mas eu tive a minha filha praticamente sozinha”.

“O SOE (Serviço de Operações Especiais) demora muito a chegar, quando vem. No hospital, eu dormi algemada e amamentei o meu filho algemada. A enfermeira perguntou se eu tinha alguma coisa e o SOE foi e falou: “já viu presa ter alguma coisa? Presa não tem direito a nada!”.

“Depois do parto, comecei a dar hemorragia e ele me algemou no corredor. Fiquei passando mal ali algemada”.

“Eles tentaram fazer parto normal em mim, mas não tinha passagem. Estava com muita dor, sentei no carro. A SOE achou um absurdo eu estar sentada e me algemou. Disse que meu neném ia nascer e cair no chão. Depois, quando tive meu filho, à noitinha eu tava deitada para dormir e eles me algemaram. Não dava pra trocar a fralda do meu filho, nem amamentar ele”²⁵.

Qualquer que seja a estrutura da unidade prisional, uma gestação no sistema prisional será sempre de risco. Não é difícil notar que o encarceramento de mulheres grávidas, ou mães de filhos menores de 12 anos causa danos não só à

23 Sobre o tema: FERNANDES, Maíra e DORNELLAS, Mariana Paganote. Maternidade e violência atrás das grades. In: BOITEUX, Luciana; MAGNO, Patricia Carlos; BENEVIDES Laize (Orgs.). **Gênero, feminismos e sistemas de Justiça: discussões interseccionais de gênero, raça e classe.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, pp. 639-656.

24 O Serviço de Operações Especiais da Secretaria de Administração Penitenciária é responsável pelo transporte de presos e presas.

25 Todos os relatos foram obtidos de mulheres que estavam com seus bebês recém-nascidos na Unidade Talavera Bruce, em 2015. BOITEUX, FERNANDES, PANCIERI, e CHERNICARO, 2015.

mulher, mas também às crianças. Por isso, a Lei 13.257, de março de 2016, chamada de Marco legal da Primeira Infância, incluiu os incisos IV, V e VI no art. 318 do Código de Processo Penal, que passou a prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar para gestantes, mulheres com filho de até 12 anos de idade incompletos, e para homens, no caso de ele ser o único responsável pelos cuidados de filho de até 12 anos de idade incompletos. Tal disposição permite que as mulheres aguardem seu julgamento em casa, embora seja importante ressaltar que elas não estão aguardando livres, como deveria ser a regra, mas cumprindo as diversas exigências que a prisão domiciliar impõe.

Tal previsão legislativa ganhou um enorme reforço interpretativo após o Supremo Tribunal Federal, em julgamento histórico, deferir o *Habeas Corpus* coletivo nº 143641/SP²⁶, decidindo pela substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo o território nacional, que sejam gestantes ou mães de crianças de até 12 anos ou de pessoas com deficiência, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes, ou em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas, com previsão expressa de aplicação para as adolescentes nas mesmas condições que cumprem medida socioeducativa²⁷.

No entanto, mesmo com previsão legislativa da prisão domiciliar que, por si só, demandaria sua aplicação pelo judiciário, e ainda após a concessão do referido *Habeas Corpus* coletivo pelo STF, ainda há resistência para sua efetiva aplicação pelos juízes. Muitas prisões preventivas têm sido mantidas sob o argumento de que se trata de “situação excepcional”.²⁸ e, não raras vezes, sob o argumento de que o fato de a mulher praticar o tráfico de drogas representa um

26 A iniciativa do Habeas Corpus foi do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 143641/SP. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coatores: juízes e juízas das Varas Criminais estaduais, Tribunais dos estados e do Distrito Federal e territórios, juízes e juízas federais com competência criminal, Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Decisão proferida em 20 de fevereiro de 2018.

27 Sobre o tema: FERNANDES, Luciana Costa e DORNELLAS, Mariana Paganote. **A internalização das Regras de Bangkok e seus efeitos na execução da pena por mulheres no Brasil: limites e desafios no contexto de encarceramento em massa.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol 145, ano 26, p. 209-240. São Paulo: Ed RT, julho 2018.

28 <https://www.jota.info/stf/do-supremo/hc-coletivo-viabilizou-liberacao-de-presas-maes-mas-enfrenta-resistencia-06062018>. Acesso em 02.10.18.

risco aos seus filhos. Ou seja, não bastasse o desrespeito à decisão da mais alta Corte do país, os magistrados parecem exercer um julgamento de valor sobre o exercício da maternidade e desconsideram os riscos a que serão expostas as crianças, com o encarceramento de sua mãe.

2. Considerações Finais

As mulheres encarceradas são invisíveis à sociedade e carregam o preconceito e o estigma em todas as suas formas. Presas, em grande parte, por tráfico de drogas, estão em enorme situação de vulnerabilidade, que não pode ser desconsiderada na análise do tema.

Para se discutir a Lei de Drogas e o alto encarceramento em razão desse crime, é preciso ter em mente que esse fenômeno é, também, um efeito da criminalização e feminização da pobreza e das desigualdades de gênero presentes tanto no mercado formal de trabalho, quanto na ilegalidade.

É preciso, também, levar em conta que, se a prisão é cruel para os homens, ela é infinitamente pior para as mulheres, especialmente as que são mães, pois elas: i) estão em um lugar predominantemente masculino, cumprem pena em unidades construídas por e para homens e apenas (mal) adaptadas para mulheres e sem qualquer preocupação com as especificidades de gênero; ii) sofrem o estigma de “mulher criminosa” e, iii) no caso de grávidas e de mães de filhos pequenos, estas ainda recebem mais uma punição: são também privadas da convivência com seus filhos, com todas as consequências sociais que decorrem desse distanciamento.

De fato, a experiência da gravidez e do nascimento de um filho no cárcere constitui um dos aspectos mais perversos da opção por uma política criminal repressiva, com foco preferencial na pena privativa de liberdade e desprezo por medidas alternativas ao encarceramento.

Em tempos de debate sobre a Lei de Drogas, é preciso reformular, com urgência, toda a política criminal em torno do tema e, especialmente, a política bélica de “guerra às drogas” que, fracassada no mundo todo, só tem servido para destroçar famílias, pois leva à morte de policiais e de moradores das favelas e encarcera, cada vez mais, jovens e mulheres, sem reduzir, em nada, o consumo e a venda de entorpecentes no país.

O STF na Encruzilhada

Geraldo Prado¹

Em homenagem a Tristão: ou, sem medo de ser feliz!

As pessoas leigas em Direito muitas vezes somente percebem a importância do respeito escrupuloso às regras jurídicas quando vivenciam alguma experiência elas próprias.

O sentimento mais particular da relevância do cumprimento das leis não é suficiente para a construção de uma sociedade mais digna, fraterna e ética. O salto para o plano do coletivo é fundamental porque é o passo à frente na criação e manutenção de uma tradição genuinamente democrática. Cobrar a aplicação do Direito em relação ao desconhecido ou mesmo ao adversário como deveria ser aplicado a si mesmo é um dos fatores que caracterizam uma cultura democrática.

A exigência moral de que a lei se aplique a todos que estejam na mesma situação, de que as normas jurídicas devem ser escrupulosamente respeitadas, de que as competências para elaborar as leis, decidir sobre sua correta aplicação aos casos e governar a sociedade sejam igualmente tratadas como espaços políticos autônomos que devem conviver harmoniosamente, são condições básicas de que não devemos e podemos abrir mão.

O que a história nos ensina, dolorosamente, é que sempre que esta ética é desprezada, as leis ignoradas e a vontade dos poderosos é imposta como régua moral para corrigir a corrupção alheia, as sociedades entram no terreno do vale-tudo no qual prevalece a lei do mais forte. E a história também ensina que não importa o quão poderosa seja a pessoa no momento em que maneja a interpretação das leis contra o texto legal, com fundamento em aparentes boas razões e também não interessa a que título exerce o poder, se deriva da riqueza ou da ocupação de um cargo público: o exercício do poder é algo transitório e

1 Professor de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

amanhã será o poderoso de ontem a reclamar em sua defesa o direito que ele próprio pisoteou e ajudou a destruir.

No próximo dia 11 de agosto, o Mundo comemora os cem anos da Constituição alemã de Weimar. Para quem não sabe convém explicar que a Constituição de Weimar, promulgada após a derrota alemã na I Guerra Mundial, pretendia ser uma barreira contra os autoritarismos e uma alavanca capaz de impulsionar a proteção de direitos individuais e sociais (dos trabalhadores, previdenciários etc.).

O generoso projeto constitucional, no entanto, não foi capaz de impedir a ascensão do nazismo. Mesmo antes de 1933, quando Hitler chega ao poder, várias personagens importantes da vida alemã, não necessariamente autoritárias, já clamavam por aplicar a Constituição contra seu texto expresso, na defesa de virtudes cidadãs e patrióticas e no presumido interesse geral sobre o individual, usando como argumento a prevalência do fático sobre as regras jurídicas: a vida muda, o mundo se transforma e a velocidade dessa dinâmica social não é acompanhada pelas alterações da Constituição que obedecem a rituais lentos e exigências formais rigorosas, é o que diziam.

A este movimento de mudar a Constituição sem alterar seu texto e mesmo aplicá-la contra o que a própria Constituição determina deu-se o nome de Mutação Constitucional. Pessoas poderosas convictas de suas virtudes *corrígiam* por conta própria os *erros* da Constituição. A mutação constitucional idealizada na Alemanha em 1906, em outras circunstâncias, pelo jurista Jellinek, para proteger direitos, converteu-se nas mãos dos virtuosos da década de 30 no instrumento que levou o mundo à beira do abismo.

Parece que não aprendemos a lição. Ao menos não aqui no Brasil. Em seu voto contra a aplicação literal e incontroversa da presunção de inocência conforme está definida na Constituição – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória – o Ministro Luís Roberto Barroso invocou a Mutação Constitucional para justificar sua posição de não aguardar o trânsito em julgado de uma sentença condenatória para considerar alguém culpado.

O trânsito em julgado, dizem os que não apreciam a presunção de inocência, é algo demorado nos processos criminais, em especial quando se trata de processos criminais contra acusados ricos e poderosos. Aguardar por ele, como preconiza o texto constitucional, é não estar atento aos novos tempos, que reclamam seja a opinião pública satisfeita em seu desejo de ver punidos os

poderosos. É necessário, portanto, deixar de aplicar a Constituição – em outras palavras, atuar na prática em sentido contrário ao texto da Constituição – para nos ajustarmos aos novos tempos.

A porta que se escancara quando o STF se transforma de guardião da Constituição em órgão que a corrige, por entender que a Constituição está errada, termina por permitir que passe todo tipo de gente que se entende virtuosa e, estando temporariamente no exercício do poder, resolva corrigir os rumos da história por suas próprias mãos.

É o que hoje a totalidade dos brasileiros constata ao ver desnudados pelas reportagens do The Intercept Brasil os métodos ilegais no âmbito da Lava-Jato, métodos praticados por Sérgio Moro e alguns Procuradores da República, que tímida, contraditória e prudentemente os reconhecem.

Não é verdadeira a alegação de que a tradição autoriza relações juridicamente promíscuas entre juiz e acusador. A regras legais não autorizam, antes proíbem, juízes de interferir na preparação da futura acusação, sugerir estratégias à acusação contra o réu, pasmem no curso do processo (!) e eleger critérios políticos para igualmente sugerir ao acusador quem, quando e em que medida este deve ou pode acusar alguém, quer esta pessoa mereça ou não ser *melindrada*.

Atitudes dessa ordem, flagrantemente ilegais, que violam a regra canônica da imparcialidade do julgador, da integridade do processo, da independência do Ministério Público e da impessoalidade na atuação dos seus membros, levam à nulidade de condenações que hajam sido proferidas. Em 2004 o STF declarou inconstitucional a atuação de juiz em preparação da acusação por violar a imparcialidade do julgador (ADI 1.570 rel. Maurício Correa).

Narrativas estrategicamente definidas de antemão por acusadores e juízes podem ser mascaradas no processo por meio de um relato que aparentemente faça sentido. Como dizem os portugueses, «com a verdade me enganas».

Estes comportamentos, no entanto, somente foram e são possíveis por que incentivados em um ambiente de Mutação Constitucional que no lugar de ampliar a proteção de direitos, como pretendia Jellinek, os suprime, como ocorreu na Alemanha de 1930. O potencial autoritário de se transferir aos virtuosos a decisão de aplicar ou não as leis e a Constituição é imenso e a grande prejudicada, ao fim e ao cabo, é a sociedade.

Como disse no início. Poder não é algo que alguém tenha. As pessoas exercem o poder temporariamente, não se tornam donas dele para sempre. Daí a ironia de ver na audiência do Senado o Ministro da Justiça que tanto defendeu o aproveitamento – e ao que tudo indica cogitou – de provas ilícitas manifestar-se agora enfaticamente contra elas. A próxima etapa será vê-lo defendendo a presunção de inocência. Convém anotar.

A Constituição não deve valer apenas enquanto é útil para nos defender. Ela deve valer o tempo todo, em relação a todas as pessoas.

Caberá ao STF assegurar isso. Se são verdadeiros os boatos de que há militares contrários à aplicação da Constituição, algo em que não acredito, apenas resta dizer que... já passamos dessa fase.

O Poder do Mito

Pedro Vinícius Ribeiro da Silva¹

“True myth may serve for thousands of years as an inexhaustible source of intellectual speculation, religious joy, ethical inquiry, and artistic renewal. The real mystery is not destroyed by reason. The fake one is.” Ursula K. Le Guin

Como disse Geraldo Prado, “Tristão é um mito”². Conforme desenvolvido pelo jurista, a vida de Tristão Fernandes pode ser confundida com qualquer narrativa mitológica clássica: seja pelo seu nome de herói medieval, seja pela sua história que se encaixa com perfeição na estrutura da jornada do herói – com episódios de fuga, quase morte e superação – ou seja ainda pelo poder simbólico de inspirar novos advogados a atuar de forma ética e comprometida com a Democracia e os Direitos Humanos.

Porém, para além dessas características, o mito também tinha uma função básica na Antiguidade abandonada nos dias de hoje: a transmissão de conhecimento e de verdades através das gerações. Embora as histórias ainda sejam largamente utilizadas como forma de ensinar valores, a discussão da verdade tornou-se objeto de outros campos, como a História, a Filosofia, o Jornalismo e as Ciências de forma geral. As narrativas ficcionais perderam sua importância nesse sentido. Entretanto, nem sempre se deu assim. Antes mesmo da invenção da escrita, os povos antigos já eram capazes de transmitir conhecimentos adquiridos e acumulados ao longo de muitas gerações através das narrativas orais passadas adiante pelos contadores de histórias. Mais tarde muitas dessas histórias foram eternizadas pela escrita e são estudadas ainda hoje como forma de descobrir informações sobre o passado.

1 Mestrando em Direito pela UFRJ

2 PRADO, Geraldo. “Introdução”. Em “Fernando Fernandes: 55 anos de advocacia”. Rio de Janeiro, 2015.

É a partir dessa função do mito que tentarei desenvolver esse ensaio, sem nenhuma pretensão acadêmica. Em tempos onde falsos mitos se destacam e a verdade é sufocada por aqueles que se apresentam como seus conhecedores e libertadores, a figura de Tristão Fernandes cumpre um papel fundamental na preservação da memória e da verdade sobre tempos sombrios e é por isso que a celebração dos 60 anos de sua carreira é tão importante.

Recentemente, o presidente Bolsonaro assinou um decreto que põe em risco as atividades do Grupo de Trabalho de Perus, responsável pela identificação de centenas de restos humanos encontrados em valas clandestinas no cemitério de Perus, em São Paulo³. Duas semanas depois, o vice-presidente Mourão afirmou que “o regime militar matou muito poucas pessoas”, em entrevista ao jornal *Le Monde*⁴. Antes disso, o presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Dias Toffoli já havia relativizado a gravidade do Golpe Militar de 1964 dizendo: “Hoje, não me refiro nem mais a golpe nem a revolução. Me refiro a movimento de 1964”⁵. Está claro que existe atualmente uma tendência de resignificação do passado por parte de certas autoridades no Brasil. E essa tendência encontra respaldo em uma parcela da população a partir da criação do sentimento de nostalgia.

Vivemos em uma época nostálgica. A indústria cultural inunda o mercado todos os anos com inúmeros *remakes*, *reboots* e *remixes*. Os materiais originais já não têm tanto apelo e grandes franquias do passado ressurgem soberanas como uma ponte capaz de reconectar seus espectadores à pureza da sua infância perdida. Além disso, um descontentamento geral com a política, com a economia ou até mesmo com os resultados da seleção na Copa geram uma impressão de que “antigamente as coisas era melhores”, inclusive naqueles que muitas vezes nem estavam lá para saber.

Isso significa que o sentimento de nostalgia é um dos mais fortes entre aqueles que assolam os indivíduos de muitas sociedades. Mas antes de entrarmos nesse ponto, é preciso esclarecer o que queremos dizer com “nostalgia”. Nostalgia tem sua origem no grego *nostos* (retornar ao lar) e *algia* (saudades). Dessa forma, ela é

3 <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/04/22/decreto-assinado-por-bolsonaro-impede-trabalho-de-equipes-tecnicas-em-ossadas-de-perus.ghtml>

4 <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/04/regime-militar-matou-poucas-pessoas-diz-mourao-a-le-monde.shtml>

5 https://www1.folha.uol.com.br/amp/poder/2018/10/toffoli-diz-que-hoje-prefero-chamar-ditadura-militar-de-movimento-de-1964.shtml?fbclid=IwAR0nvQ00Lgox_TRVN9XpnYUU-oxi6N8-ERTZJouxkxrl0AlGzYBk5sgmGA

a falta que sentimos de algo que não temos mais ou que nunca existiu. Porém, se a nostalgia se limitasse a essas características, não haveria como diferenciá-la do sentimento de saudade. A marca da nostalgia é acima de tudo um envolvimento romântico do sujeito com a sua própria fantasia⁶. Esse sentimento não está relacionado a um passado considerado em sua totalidade ou a uma terra natal lembrada em todos os seus detalhes. O sujeito nostálgico tem uma visão idílica e idealizada do objeto do seu sentimento. Dentro de certos contextos, esse sentimento é inofensivo. É saudável que as pessoas sejam capazes de lembrar de sua infância de forma fantástica e que não levem em conta as amenidades pelas quais passaram na hora de resgatar certas memórias. O problema, como vimos, é quando esse sentimento está a serviço da transformação de um passado autoritário e nefasto em uma época de inofensiva paz pública e ordem social.

Assim, ficou claro como a memória é central ao sentimento de nostalgia. Porém, a memória só interessa ao sujeito nostálgico em sua forma deturpada e idealizada. É justamente por ser falsa que essa memória é capaz de causar uma vontade de retornar a esse outro momento perfeito que nunca existiu. A verdade é inimiga da nostalgia porque pode destruir todas as memórias em que ela se baseia. Nesse sentido, para evitar que a nostalgia tenha sucesso em “transformar” o período da Ditadura Militar – um dos mais cruéis da nossa historiografia recente – em um passado idealizado, é preciso lutar pelo reconhecimento da verdade histórica sobre o que ocorreu na época. É esse papel que tantos grupos – dentre eles o Grupo de Trabalhos de Perus – desempenharam e ainda desempenham hoje no Brasil mais de 34 anos após o fim do Regime Militar.

No contexto do Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro, Igor Alves Pinto demonstra como se relacionam os conceitos de memória, verdade e justiça para os ex-presos políticos:

“O Grupo sempre entendeu que a verdade que colocava tinha uma perspectiva própria. Isso quer dizer que a verdade era um objeto de luta onde eles diziam uma coisa e os demais diziam outra. Essa ‘verdade história’ que é sempre trabalhada é justamente a forma como o grupo se refere a concretização da sua memória coletiva. Essa luta se valeu, ao longo dos anos, de diversas etapas.

6 BOYM, Svetlana. *The Future of Nostalgia*. New York, 2001.

Em primeiro lugar precisamos entender como o Grupo fala sobre o assunto. O discurso que é mais utilizado nessa linha é a questão do ‘direito a verdade’. O Grupo coloca, mesmo dizendo muitas vezes não saber exatamente qual o embasamento jurídico, que é um direito dele e de seus participantes terem acesso à verdade do que aconteceu (verdade histórica). Esse direito à verdade seria calcado nos direitos fundamentais de nossa Constituição Federal onde se coloca o direito à dignidade humana. Um dos discursos feitos pelo Grupo é de que não se pode ter dignidade humana sem que se respeite a verdade e a memória humana. Essa argumentação é a que sempre foi utilizada para se pedir a abertura dos arquivos da ditadura.”⁷

A partir do exposto fica claro o dilema do momento em que nos encontramos. Na luta pela construção dessa verdade histórica, de um lado temos as autoridades comprometidas em manter o sentimento de nostalgia (seja porque sua plataforma eleitoral ganha com isso, ou porque também compartilham desse sentimento) e do outro lado temos os grupos interessados em resgatar a verdade que foi ocultada em arquivos sigilosos e em cemitérios clandestinos. No entanto, um lado está claramente em desvantagem quando o seu sucesso depende da colaboração do outro.

É nesse cenário de diminuição das possibilidades de realização dessa luta que entra a importância do poder mitológico de figuras como Tristão Fernandes. Se a verdade já não pode mais se encontrada na pesquisa arqueológica ou de arquivo, se os investigadores já não podem mais construir essa verdade histórica de forma científica, então faz-se necessário resgatá-la de maneira semelhante àquela que serviu por milhares de anos aos povos antigos.

A verdade carregada pelo mito Tristão Fernandes é aquela da luta sindical que levou à melhora das condições de trabalho de tantos brasileiros, esquecida hoje em dia por aqueles que desejam se desfazer dessas conquistas e extinguir direitos trabalhistas. A verdade carregada por esse mito é aquela da perseguição sofrida por quem ousava desafiar as autoridades em nome dos interesses coletivos. Tristão Fernandes carrega no próprio corpo as marcas da verdade sobre o que aconteceu com aqueles que defendem os indignos de vida contra os interesses dos poderosos.

7 PINTO, Igor Alves. *O que lutar quer dizer: o Grupo Tortura Nunca Mais do Rio de Janeiro e sua luta por justiça*. Rio de Janeiro, 2015.

É por ser uma memória viva de um período em que muitos foram assassinados que Tristão Fernandes consegue exercer essa função mitológica. Ele nos relembra apenas com sua presença de todas as verdades que são tão inconvenientes para aqueles que desejam vender o retorno a um passado nostálgico como algo bom e necessário para o Brasil.

Fernando Tristão Fernandes – 60 Anos de Advocacia e de Luta Pela Democracia

Antonio Carlos Barandier¹

Marcio Barandier²

Quando Fernando Augusto Fernandes nos convidou para essa homenagem aos 60 anos de advocacia do seu pai, Fernando Tristão Fernandes, ao mesmo tempo em que ficamos lisonjeados, fomos tomados por um sentimento de identificação que extrapola a amizade e a admiração. Fernando Tristão Fernandes e o primeiro autor deste texto, Antonio Carlos Barandier, tiveram suas trajetórias de vida marcadas fortemente pela luta pelo restabelecimento da democracia brasileira durante a ditadura militar, enquanto os filhos Fernando Augusto Fernandes e Marcio Barandier (segundo autor deste texto), ambos da geração que nasceu e cresceu naquela época tenebrosa, tornaram-se igualmente advogados criminais preocupados com a manutenção do Estado Democrático de Direito. E este parece ser um desafio permanente no Brasil, que ciclicamente é assaltado por movimentos autoritários.

Neste momento em que Tristão Fernandes completa 60 anos de advocacia, a nação enfrenta período novamente tumultuado no campo político, ao ponto do Presidente da República e seus apoiadores por vezes fazerem aberta apologia da ditadura militar e da tortura e por outras defenderem um revisionismo histórico inacreditável de negação da realidade de um tempo em que vigorou nada menos do que o AI-5, com cassação de juízes, fechamento do Congresso Nacional, censura, criminalização de meros opositores e críticos do regime etc., sem falar na institucionalização da tortura e nos assassinatos promovidos por agentes da repressão.

1 Advogado criminal; Sócio de Barandier Advogados Associados; ex-Professor de Processo Penal da Universidade Candido Mendes; ex-Conselheiro da OAB/RJ; ex-Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB/RJ; ex-Presidente do Conselho Penitenciário do Estado do RJ; ex-Presidente da SACERJ – Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do RJ; Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.

2 Advogado criminal; Sócio de Barandier Advogados Associados; Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros

Bancário, sindicalista, advogado. Fernando Tristão Fernandes foi tudo isso e continua advogado. Não é pouco, tamanha a dedicação com que viveu cada uma dessas fases. Quando chegaram ao poder os golpistas de 1964, ele passou a integrar a relação dos odiados do novo regime, mas não arrefeceu, não se intimidou, não se dobrou. E, por isso, sofreu inomináveis violências pessoais. Tanto que certa vez, ao responder pergunta de uma jornalista, disse que foi “muito mais preso político do que advogado de preso político”.

É interessante lembrar a observação de Tristão Fernandes há alguns poucos anos, numa entrevista, comparando esses dias em que vivemos sob a égide da Constituição Cidadã, como a denominava Ulysses Guimarães, e as duas décadas de governos de exceção. Com efeito, externou o nosso homenageado a percepção de um distanciamento agora maior do Poder Judiciário em relação ao advogado, e afirmou que, durante o regime militar, eles (os juízes) respeitavam mais os advogados do que hoje, quando parecem ter receio de nos encarar frente a frente. E lembrou ainda, nesse contexto, as invasões a escritórios de advocacia nos últimos anos pela Polícia Federal em “Operações” autorizadas judicialmente.

Essa sensação, que parece paradoxal, é compartilhada pelo primeiro autor deste texto (Antonio Carlos Barandier), que atuou na defesa de perseguidos políticos durante a ditadura, vivenciou a transição democrática e prosseguiu na advocacia criminal nos anos subsequentes. No seu livro intitulado *Relatos – um advogado na ditadura*, inclusive, cita observação do saudoso Evaristo De Moraes Filho, extraída da obra *Lei de Segurança Nacional – um atentado à liberdade*: “Dentro desta ordem de raciocínio é legítimo lembrar que muito pior do que a violência dos impacientes e desesperados, que chegam a crestrar seus ideais, e espalham a desordem e semeiam a morte, intoxicados pelo ódio que lhes parece justo; que muito pior do que a violência daqueles que exorbitam na manutenção da ordem e violam lares, invadem escritórios, desprezam as leis, sequestram pessoas e vulneram a integridade física de indefesos prisioneiros – muito pior do que essas formas de terrorismo, é o terror branco, é aquele terror que, no dizer do magistrado francês Louis Proal, se disfarça em perseguição legal, mais odiosa do que o veneno das serpentes, porque reúne a hipocrisia à iniquidade, sendo os juristas que coonestam esta perseguição mais perversos do que os carrascos”.³

3 BARANDIER, Antonio Carlos. *Relatos – Um advogado na ditadura*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 73

A razão para tal preocupação na quadra atual se mostra bem justificada, por exemplo, quando examinamos o Projeto de Lei nº 882/2019, enviado ao Congresso Nacional pelo Governo Federal no início de 2019. Entre as inúmeras propostas de mudanças legislativas, todas basicamente para restringir direitos de defesa, facilitar e aumentar o encarceramento e dificultar a liberdade de presos, consta até mesmo previsão de necessidade de agendamento, mediante requerimento à direção das unidades prisionais federal, das entrevistas dos advogados com seus clientes presos e, mais grave, de possibilidade de gravações desses encontros mediante autorização judicial!

Ou seja, em plena “democracia”, sob o pretexto de combater a corrupção e o crime organizado, o Governo Federal, por seu Ministério da Justiça, propõe o inconcebível aniquilamento do sagrado sigilo de comunicação entre advogado e cliente.

O autoritarismo tem realmente muitas facetas, e se projeta por vezes de maneira insidiosa, com aparência de legalidade. Daí a importância das pessoas com capacidade crítica para enxergar esses movimentos que frequentemente se renovam com maior ou menor intensidade, de forma mais grosseira ou mais requintada.

Rubens Casara, na sua excelente obra *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão de indesejáveis*, lembra que, “ao longo da história, as crises sempre foram utilizadas, quando não fabricadas, para permitir ações excepcionais, atitudes que não seriam admitidas em situações de normalidade”.⁴ E prossegue: “No Estado Pós-Democrático a democracia permanece, não mais com um conteúdo substancial e vinculante, mas como mero simulacro, um elemento discursivo apaziguador”.⁵

E se Tristão Fernandes sobreviveu à truculência da repressão política estatal, que fez tantas vítimas fatais, tinha mesmo que sobreviver ao açougueiro *serial killer*, de quem cobrou pessoalmente, em nome de um cliente, uma dívida. Anos mais tarde, o açougueiro o procurou para defendê-lo de várias acusações de homicídio. E a certa altura, disse: “Doutor Tristão, não sei como não lhe matei naquele dia. Acho que gostei do senhor”.⁶

4 CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. 1ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. P. 13

5 *Op. cit.* P. 23

6 Entrevista reproduzida no livro sobre os 55 anos de advocacia de Fernando Tristão Fernandes.

As vivências de Tristão Fernandes ao longo dessas seis décadas de advocacia são extremamente ricas. Mas se tivermos que ressaltar um aspecto mais relevante, certamente é esse compromisso intransigente com a defesa da democracia, em qualquer circunstância, mesmo diante das mais extremadas situações. Até porque, embora se cogite de um dever de todo profissional do direito, de qualquer especialidade e no exercício de qualquer cargo, infelizmente é olvidado por tantos.

Esse exemplo de vida profissional e pessoal realmente merece celebração!

Homenagem aos 60 anos de Profissão Dr. Fernando Tristão Fernandes

Fábio Ricardo Trad

Fábio Ricardo Trad Filho

Em tempos de cólera punitiva, de agressivo acinte do mediévico sobre o Estado Democrático, comemorar os 60 anos de advocacia do grande defensor das liberdades Dr. Fernando Tristão Fernandes é dádiva e também lição.

É que homens como o Dr. Fernando Tristão Fernandes que iluminam os tempos enevoados pela cólera são tão importantes para a manutenção do sistema democrático, do distanciamento da inquisitorialidade e da seletividade penal, que devem ter suas histórias muito mais do que festejadas, devem tê-las lembradas dia a dia, como um mantra.

Eles são páginas honradas da história brasileira, grandes esplendores da liberdade, homens como Heleno Fragoso, Evandro Lins e Silva, Sepúlveda Perence, Nilo Batista, Nelson Trad e Tristão Fernandes, não apenas lutaram contra o atraso, mas foram atingidos por ele, em seus corpos e em suas liberdades e o preço que pagaram por lutar pelo progresso, em nome de todos nós, foi ter de arcar com a ira cruel do *status quo*.

As histórias de Nelson Trad e Fernando Tristão Fernandes se entrelaçam em alguns aspectos, dentre eles, a geografia, já que ambos passaram o período da ditadura militar em solo sul mato-grossense, Nelson como advogado criminalista na cidade de Campo Grande – MS, e Fernando Tristão Fernandes, também advogado, na cidade de Ponta Porã, na fronteira com o Paraguai.

Fernando Tristão Fernandes era servidor concursado do Banco do Brasil em 1964 e trabalhava na agência de Curitiba – PR, sendo também atuante no Sindicato dos Bancários, onde ajudou na criação da Federação dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de São Paulo e Paraná, conseguindo inclusive mobilizar os trabalhadores para o recolhimento de um fundo, que equivalia a um dia de trabalho, possibilitando a fundação de mais entidades de trabalha-

dores, como o Sindicato dos Trabalhadores Rurais. E foi esta capacidade de mobilização social que alarmou autoridades e segmentos da Igreja Paranaense. Instaurado o golpe, o jovem Fernando Tristão Fernandes foi preso durante alguns meses, acusado de vários “crimes”, inclusive subversão. Após o período encarcerado, foi transferido para o estado de Mato Grosso, residindo em definitivo em Ponta Porã, cidade fronteira com o Paraguai.

O motivo da prisão? Sua incansável peregrinação através da justiça, seu espírito genuinamente democrático e a notável coragem com que sempre regeu sua vida.

Consta dos anais da história do Mato Grosso do Sul que, certa vez, Tristão foi procurado pela humilde família de 03 jovens camponeses que foram presos em certa delegacia da cidade de Ponta Porã para interceder por suas liberdades que foram arbitrariamente cerceadas pelas forças policiais daquela cidade. O competente advogado conseguiu devolver lhes suas liberdades, mas os jovens não conseguiam sequer andar tamanhas foram as *surras* que haviam levado no interior da delegacia. Imbuído da bravura e honra que sempre lhe foram peculiares, Tristão Fernandes se revoltou, colocou os jovens em sua caminhonete particular e os levou até a sede do Exército, onde denunciou o delegado pelo ato de tortura.

Pouco tempo depois veio a sofrer o atentado que o tirou da cidade de Ponta Porã. Alvejado por vários tiros, ainda carrega dois projeteis em seu próprio corpo, escoltado por oficiais do Exército veio até Campo Grande e daqui rumou para o Rio de Janeiro, para se tratar em melhores hospitais e não mais voltou a estas terras.

O motivo do atentado? Sua incansável peregrinação através da justiça, seu espírito genuinamente democrático e a notável coragem com que sempre regeu sua vida.

Enquanto que, o jovem Nelson Trad se destacava pela vibrante oratória e incansável luta em defesa dos trabalhadores e trabalhadoras, Petebista por essência, assim como Tristão Fernandes, se candidatou em 1962 a vice-prefeito da capital, quando a legislação eleitoral permitia candidaturas independentes para prefeito e vice e elegeu se com votação maior do que a que sufragaria Antonio Mendes Canale, do PSD, para a chefia do Executivo.

Ainda nos primeiros anos da década de 1960, Nelson Trad, já vice-prefeito, não deixava de proclamar suas posições mais à esquerda. Incluindo as reformas de base, inclusive a reforma agrária. O regime militarista que vinha conquistando adeptos civis e sendo patrocinado pelos Estados Unidos da América, forjou então uma armadilha para Nelson Trad, inventaram um “júri simulado”

na associação dos pecuaristas da cidade de Campo Grande com o tema da reforma agrária e o jovem Nelson com o coração que transbordava a boa ideologia defendeu a necessidade da reforma agrícola em frente aos maiores latifundiários da região, cutucou os leões em sua toca.

Em 1964, instaurado o golpe militar, assim como aconteceu com Tristão Fernandes, os *milicos* acusando Nelson Trad de “agitador comunista” o prenderam, cassaram seu mandato de vice-prefeito e suspenderam-lhe os direitos políticos que só veio a recuperar após a anistia, em 1979.

O motivo? Sua incansável peregrinação através da justiça, seu espírito genuinamente democrático e a notável coragem com que sempre regeu sua vida.

Provas contra Nelson e Tristão? Ora, neles repousava o mais lídimo espírito de democracia, este foi o “crime” que arrepiou os cabelos dos *milicos verde oliva*. Nestes dois jovens advogados estava a luta pela igualdade, o amor pela liberdade e pelos direitos sociais e estes predicados eram os ataques ao pérfido regime que iniciava ali.

Ademais, para referendar as suas acusações, o Exército ainda contava com “Associações” em todo o país. Aqui no então sul do Mato Grosso homens corajosos como Tristão Fernandes e Nelson Trad eram vigiados pelo servilismo da ADEMAT- Associação Democrática Mato Grossense, um ajuntamento de civis reacionários que forneciam listas de “supostos comunistas” e “inimigos do regime”, com nome, endereço e qualificação. Um trabalho covarde para abastecer um regime despótico. Destas acusações feitas por tais “associações” ao redor do país todo, resultaram inúmeras prisões e os mais de 400 jovens mortos e que tiveram seus corpos ocultados por aquele virulento regime.

Visitado na prisão por seu irmão Ricardo Trad, Nelson lhe disse: “A ditadura, por pior que seja, por mais brutal, um dia se esgota, um dia se esvai. Ao fim, o Direito como esteio das democracias sempre prevalecerá”.

E ela se esvaiu, graças a luta incansável e honrosa de homens como Nelson Trad e Fernando Tristão Fernandes que se somaram a outros baluartes da luta pela democracia em solo brasileiro e conseguiram enfim vencer as agruras do período da ditadura militar.

E é por isto que em momentos como o atual, de flagrante violação de direitos sociais, de escancarado ódio para com as minorias, de frontais ataques contra a educação pública, ou seja, de retrocesso político e civil, que é absolutamente

necessário encarar a história de Fernando Tristão Fernandes, **como um mantra, que deve ser lembrado dia a dia.** É preciso buscar inspiração nos grandes.

Somos agraciados com estas grandes lições de vida e nos compete seguir a mesma incansável peregrinação através da justiça, alimentar nossos espíritos com o sentido democrático e nos inspirar na grande coragem que sempre norteou a vida destes grandes expoentes da história brasileira, para que ao fim, o Direito como esteio das democracias sempre prevaleça.

O Brasil lhe agradece por sua coragem, dignidade e por seu iluminado exemplo de defesa dos direitos e garantias individuais, Dr. Fernando Tristão Fernandes.

O homenageado neste livro, Fernando Tristão Fernandes já esteve nos dois lados da trincheira, como constituinte, defendido, preso no alvorecer da ditadura militar de 1964, e como defensor, em toda sua longa jornada de apostólica e fervorosa devoção à causa libertária da Advocacia. (José Roberto Batochio)

A advocacia tem relação direta com a estabilidade democrática e com a garantia dos direitos do cidadão. A vida do Tristão demonstra exatamente isso. É uma vida bonita, na qual nós todos podemos e devemos nos espelhar. Tristão, quando jovem, enfrentou com muita coragem um momento difícil da história do país, uma ditadura institucionalizada. (Antônio Carlos de Almeida Castro, Kakay)

Em tempos de cólera punitiva, de agressivo acinte do mediévico sobre o Estado Democrático, comemorar os 60 anos de advocacia do grande defensor das liberdades Dr. Fernando Tristão Fernandes é dádiva e também lição. É que homens como o Dr. Fernando Tristão Fernandes que iluminam os tempos enevoados pela cólera são tão importantes para a manutenção do sistema democrático, do distanciamento da inquisitorialidade e da seletividade penal, que devem ter suas histórias muito mais do que festejadas, devem tê-las rememoradas dia a dia, como um mantra. (Fábio Ricardo Trad; Fábio Ricardo Trad Filho)

As vivências de Tristão Fernandes ao longo dessas seis décadas de advocacia são extremamente ricas e devem sempre ser revisitadas. Se tivermos, porém, que destacar um aspecto mais relevante, certamente é esse compromisso intransigente com a defesa da democracia, em qualquer circunstância, mesmo diante das mais extremadas situações e dificuldades. Este é um dever de todo profissional do Direito, de qualquer especialidade e no exercício de qualquer cargo, infelizmente olvidado por tantos. (Antonio Carlos Barandier; Marcio Barandier)