



SOCIEDADE DOS ADVOGADOS
CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

BOLETIM DA SACERJ

JULHO/DEZEMBRO - 2023

▶ **N15** ISSN 2965-3649



CONTEÚDO

Apresentação	1
Palavra do Presidente	2
Editorial	3
A CORAGEM NECESSÁRIA PARA DESCRIMINALIZAR O ABORTO NO BRASIL.....	3
Miscelânea	5
ADVOGADO HOMENAGEADO.....	5
UM TRIBUTO A NILO BATISTA - XII CONFERÊNCIA ESTADUAL DA OAB-RJ.....	7
A SACERJ no FRONT	8
AS REMINISCÊNCIAS CRIMINAIS DO ESCRITÓRIO MODELO NILO BATISTA DA SACERJ.....	8
CURSO DE ADVOCACIA CRIMINAL DA SACERJ.....	9
EDITAL DE CONVOCAÇÃO PARA OS ALUNOS DO I CURSO DE ADVOCACIA CRIMINAL DA SACERJ.....	11
UMA RESENHA SOBRE A MISTIÇAGEM NO BRASIL.....	12
Dois Dedos de Prosa	12
JUIZ NÃO É POETA: UMA CRÔNICA DA DESILUSÃO.....	15
MEU PAI ME CONTOU: ENY MOREIRA.....	18
Artigos	19
CONFORTO PARA O PRESO, ESPERANÇA PARA A FAMÍLIA E TEMOR PARA O CARRASCO: A DOCTRINA DE SOBRAL PINTO.....	19
Pareceres	61

APRESENTAÇÃO

Kátia Tavares
Editora Responsável

O Boletim é uma publicação da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro – SACERJ, que completou 32 anos de sua fundação no último dia 9 de setembro.

Aproximamo-nos do fim de mais um ano agitado para a advocacia criminal e a SACERJ segue em sua incansável vocação para a reflexão crítica e sensível de nossos tempos, sempre em defesa dos valores democráticos e dos interesses e demandas da advocacia Criminal.

Esta edição do nosso boletim é o reflexo perfeito disso. Nela reunimos artigos sobre: falsificações e furtos de arte no cenário globalizante, da lavra de Luís Guilherme Vieira; as correlações entre o neoliberalismo em sua expressão contemporânea e o encarceramento em massa, instigantemente exploradas por Taiguara Soares e Lucas Castellar; e sobre os oitenta anos de processo penal autoritário no Brasil, da sempre brilhante Victoria-Amália de Sulocki; além de uma crítica aguçada sobre o conceito de mestiçagem e seus reflexos na história do país de autoria de Kátia Tavares.

As homenagens àqueles que nos guiam e inspiram é também uma marca nessa edição. Ladeando a escolha de Heráclito Fontoura Sobral Pinto como advogado homenageado desta edição, Antonio Pedro Melchior o situa na noção maior de “comunidade afetiva” e contribui para um resgate detalhado e comovente de sua emblemática história. Já na tradicional coluna “Meu pai me contou”, Márcio Barandier relembra a força e a bravura de Eny Moreira, que nos

DIRETORIA

João Carlos Castellar
Presidente

Marcia Dinis
Vice-Presidente

João Bernardo Kappen
Diretor Executivo

June Cirino dos Santos
Secretária Executiva

Maria Clara Batista
Diretora Financeira

Carlos Bruce Batista
Secretário Financeira

Kátia Tavares
Diretora Cultural

Luciano Saldanha
Secretário Cultural

CONSELHO CONSULTIVO

Alexandre Moura Dumas

André Nascimento

Arthur Lavigne

Carlos Eduardo Machado

Carmen da Costa Barros

Dea Rita Matosinhos

Fernando Fragoço

João Mestieri

José Carlos Tórtima

Juarez Cirino dos Santos

Juarez Tavares

Luís Guilherme Vieira

Marcio Barandier

Nilo Batista

Renato Tonini

EDIÇÃO DO BOLETIM

Kátia Tavares
Editora Responsável

* * *

Projeto Gráfico
PoD Editora

Capa
Emanuel Soledade

Diagramação
Luiz Claudio Furtado

Impressão
PoD Editora

Contato

Av. Almirante Barroso, 91, Salas 1209/1216 -
Centro | Rio de Janeiro - RJ • <http://sacerj.com.br>
T. +55 21 2004-5160



deixou recentemente em meio a um pranto de saudades. Outra homenagem, que certamente comoverá o leitor, é a de Alexandre Dumans ao professor e amigo Nilo Batista, prestada por ocasião da XXII conferência estadual da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro.

Em um tom entre a arte e a técnica, também nos brinda Mário Miranda Neto, com a crônica (“da desilusão”) “Juiz não é poeta”.

Para fechar a edição, trouxemos também dois pareceres apresentados e aprovados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros: um da lavra de nosso Presidente, João Carlos Castellar, sobre o polêmico projeto de Lei que pretende estabelecer paridade de gênero entre os jurados do Tribunal do Júri; e outro enfrentando o recente debate sobre a possibilidade de prisão especial para pessoas com diploma de ensino superior, da pena de ninguém menos que Antonio de Moraes Pitombo.

Antes de encerrar essa apresentação, aproveitamos também para homenagear os poetas e escritores que tanto nos inspiram nessa tarefa essencial de nosso ofício, a escrita:

“ (...) Torce, aprimora, alteia, lima
A frase; e, enfim,
No verso de ouro engasta a rima,
Como um rubim.

Quero que a estrofe cristalina,
Dobrada ao jeito
Do ourives, saia da oficina
Sem um defeito:

E que o lavor do verso, acaso,
Por tão subtil,
Possa o lavor lembrar de um vaso
De Becerril.

E horas sem conto passo, mudo,
O olhar atento,
A trabalhar, longe de tudo
O pensamento.

Porque o escrever - tanta perícia,
Tanta requer,
Que ofício tal... nem há notícia
De outro qualquer.

Assim procedo. Minha pena
Segue esta norma,
Por te servir, Deusa serena,
Serena Forma! (...)”

Olavo Bilac

PALAVRA DO PRESIDENTE

João Carlos Castellar –
Presidente da SACERJ

Cumprindo relevante missão institucional, mais uma edição do Boletim da SACERJ é entregue para o deleite dos associados. Estimular o aperfeiçoamento profissional da advocacia criminal, promovendo palestras, cursos, concursos jurídicos, debates, e outras atividades culturais e comemorativas, bem como fomentar a publicações de trabalhos acadêmicos dos associados em boletins e revistas é finalidade precípua da SACERJ, que ora se completa com o oferecimento, especialmente aos integrantes do Escritório Modelo Nilo Batista, do Curso de Advocacia Criminal, ministrado exclusivamente por advogados integrantes do quadro social.

Destaco aqui os nomes de Alexandre Dumans e Katia Tavares como idealizadores dessas atividades, mas também os de Felipe Braga, Luiz Biolchini, Rafael Borges e Rafael Fagundes, todos seus generosos artífices e também, é claro, os advogados integrantes do Escritório e os alunos do curso, sem os quais nada disso seria factível.

Além disso, está em pleno andamento a construção da memorabilia da SACERJ, colhendo-se entrevistas por audiovisual dos seus fundadores, com vistas a construir para os pósteros o registro histórico da nossa instituição. Este projeto institucional foi desenvolvido por Antonio Pedro Melchior.

Inaugura-se também no período novo formato de debate, o literário. Luciano Saldanha, nosso jus filósofo, trará à discussão o tema: “Tragédia e Punição: desvendando a justiça na tragédia de Eumênides”. Marcia Dinis organizou o evento.

Plenamente regularizada perante os órgãos competentes, inclusive no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e Receita Federal, a partir de agora tem a SACERJ a possibilidade de avançar e expandir sua atuação. É o que fará, não tenho dúvida.

A sensação é de dever cumprido!



A CORAGEM NECESSÁRIA PARA DESCRIMINALIZAR O ABORTO NO BRASIL

Kátia Rubinstein Tavares¹ e
Luciana Boiteaux²

“... O que a vida quer da gente é coragem”.
Guimarães Rosa

Finalmente, depois de seis anos de tramitação, a Ministra Rosa Weber pediu pauta e irá iniciar ainda no mês de setembro de 2023 o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 442, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), com o apoio do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS). Nesta ação, propõe-se a descriminalização da interrupção voluntária da gravidez nas primeiras 12 semanas de gestação, pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento na violação de diversos princípios fundamentais.³

O aborto foi criminalizado pela primeira vez na legislação brasileira no Código Criminal do Império de 1830, punindo tão somente a pessoa que realizasse o procedimento, mas nenhuma sanção sofria a gestante que praticasse em si manobras abortivas ou admitisse que outro o fizesse.⁴ A partir de 1890, o Código Penal da República passou a criminalizar também a mulher que cometesse aborto em si, cuja pena poderia ser de 2 a 6 anos de prisão, caso houvesse a expulsão do feto; além do aumento e o agravamento das penas no caso de aborto provocado por

terceiros e que resultasse em morte.⁵ Tais mudanças estavam em consonância com os padrões associados à época de uma crescente necessidade em disciplinar e controlar socialmente a sexualidade feminina.⁶

No Código Penal de 1940, ainda em vigor, o aborto é considerado crime, previsto nos artigos 124 a 126. A pena varia de 1 a 3 anos de prisão para a mulher ou pessoa que gesta ao provocar aborto em si ou consentir que outra pessoa lhe provoque. Há somente a permissão legal que autoriza a interrupção voluntária quando a gravidez é resultante de estupro ou se houver risco para a vida da mulher (artigo 128) e nos casos de anencefalia, este último por decisão do STF na ADPF 54. Mesmo assim, são notórios o drama e a burocracia que a gestante enfrenta para conseguir permissão junto ao Poder Judiciário e, também, na realização do procedimento nos hospitais públicos para acesso ao aborto legal.

A tese da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442 se fundamenta em diversas razões jurídicas: a criminalização do aborto pelo Código Penal não se sustenta, porque viola os preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, das mulheres e das pessoas *trans*, da cidadania, da discriminação, da inviolabilidade da vida, da liberdade, da igualdade, da proibição de tratamento desumano ou degradante, da saúde e do planejamento familiar de mulheres, adolescentes e meni-

⁵ O crime de aborto era previsto no capítulo IV do Título X: TÍTULO X Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida CAPITULO IV DO ABORTO “Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção: No primeiro caso: – pena de prisão cellullar por dous a seis annos. No segundo caso: – pena de prisão cellullar por seis mezes a um anno. § 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher: Pena – de prisão cellullar de seis a vinte e quatro annos. § 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina: Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação. Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: Pena – de prisão cellullar por um a cinco annos. Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria. Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia: Pena – de prisão cellullar por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.” Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 10 set. 2023.

⁶ Foucault, Michel. História da Sexualidade I: A vontade de Saber, Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 131 e 132.

¹ Advogada criminalista. Doutora pela UERJ em Políticas Públicas e Formação Humana. Diretora do Instituto dos Advogados Brasileiros e autora do parecer favorável à ADPF 442 no STF, que foi aprovado pelo IAB em 2018, Conselheira da OAB/RJ. Diretora da SACERJ.

² Professora da UFRJ licenciada, advogada da ADPF 442 no STF e vereadora no Rio de Janeiro.

³ Supremo Tribunal Federal. ADPF 442. 1ª Turma, Relatora Ministra Rosa Weber. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em: 18 Set. 2023.

⁴ https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm



nas (Constituição Federal, art. 1º, incisos I e II; art. 3º, inciso IV; art. 5º, caput e incisos I, III; art. 6º, caput; art. 196; art. 226, § 7º). Sustenta, ainda, que a manutenção da gravidez indesejada, conforme prevê o Código Penal, constitui um tipo de tortura inconcebível em um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual não foi recepcionado pela vigência da Constituição Federal de 1988.

Para além, a ADPF 442 destaca um histórico de decisões, em diferentes oportunidades, em que a Suprema Corte já se antecipa ao debate trazido com relação ao reconhecimento dos direitos fundamentais em favor das mulheres e pessoas que gestam nos julgamentos, a saber: ADI 3.510⁷ em que discute a proteção constitucional em pesquisa de célula-tronco com embriões, admitindo os direitos fundamentais e a personalidade jurídica somente a partir do nascimento com vida e permitindo o descarte de embriões; ADPF 54 em que decidiu sobre a autorização da interrupção de gravidez em feto anencefalo, a qual reconheceu a proteção da vida cerebral de existência juridicamente humana, seja ela intrauterina ou extrauterina⁸; HC 124.306 em que o STF concluiu que o embrião ou o feto não possuem status de pessoa constitucional, pois isso somente é reconhecido após o nascimento com vida⁹.

A partir desses precedentes, inclusive, é importante ressaltar a competência e a legitimidade da Suprema Corte decidir sobre esse tema quando a criminalização viola direitos fundamentais, ou seja, exercendo seu papel contramajoritário, como afirma Luigi Ferrajoli: “É nesta sujeição do juiz à Constituição, e, portanto, no seu papel de garantir os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, que reside o principal fundamento atual da legitimação da jurisdição e da independência do Poder Judiciário frente aos Poderes Legislativo e Executivo, embora estes sejam – e até porque o são – poderes assentes na maioria”¹⁰.

A ADPF 442 argumenta, ainda, que a criminalização do aborto contraria o princípio da razoabilidade, porquanto a sua proibição gera uma falsa preocupação de proteção ao bem jurídico o qual se almeja tutelar (vida

do nascituro), e não produz qualquer impacto sobre o número de abortos praticados no país. Pelo contrário, a incriminação do aborto só impede que a interrupção voluntária da gravidez seja feita de modo seguro e igualitário. Além disso, existem outros meios mais eficazes e menos lesivos para o Estado evitar a ocorrência de abortos, ao invés da criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo psicológico à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas. Por fim, a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Afigura-se a criminalização do aborto sob o ponto de vista jurídico, constitucional e social, um lamentável equívoco, pois a sua proibição expõe mulheres e pessoas que gestam, especialmente as pobres, negras e indígenas a grandes riscos de vida, já que elas recorrem a expedientes não cirúrgicos, sem assistência médica e cuidados higiênicos exigidos para a sua prática, e acabam se submetendo ao aborto de forma insalubre. A desigualdade racial e de classe torna o aborto um episódio muito mais comum na vida das mulheres hipossuficientes e que vivenciam maior vulnerabilidade social. Muitas mulheres sofrem hemorragias graves, perdem o útero, vão parar na UTI e morrem. O aborto é considerado a terceira causa de morte materna no Rio de Janeiro, e a quinta no Brasil.¹¹ Não foi ainda realizado um estudo que tenha por objetivo a determinação dos custos para os cofres públicos; entretanto, especialistas estimam que as complicações do aborto clandestino possam ser dez vezes maiores do que seria para atender os casos de abortamento legal. Ninguém pode ser a favor da prática em si do aborto. Contudo, da forma como é tratada a matéria, ao contrário de tutelar a vida humana, criam-se ameaças a outros bens jurídicos, como a saúde e a integridade física das mulheres. Chega-se à seguinte conclusão: a criminalização do aborto não impede a sua realização, conforme apontam as pesquisas.¹² O Brasil é recordista em abortos clandestinos (cerca de mais de um milhão por ano).

⁷ STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Plenário, Rel. Min. Ayres Britto. J. em 05/03/2008.

⁸ STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Plenário, Rel. Min Marco Aurélio. J. em 12/04/2013, DJe 30/04/2013.

⁹ STF. **Habeas Corpus** nº 124.306/RJ. Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. do Acórdão Min. Roberto Barroso. J. em 09/08/2016.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 101-102.

¹¹ ALEJ. **Índice de Mortalidade Materna no Estado É Alto e Preocupante**. Disponível em <https://www.alerj.rj.gov.br/Visualizar/Noticia/55915> Acesso em 18 set. 2023.

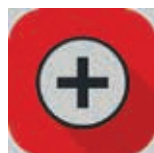
¹² Fonte: Pesquisa Nacional do Aborto foi realizada pela Universidade de Brasília e pela Anis – Instituto de Bioética, com financiamento do Ministério da Saúde e Fundo Elas. (DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. **Pesquisa Nacional de Aborto 2016**. *Cien Saude Coletiva*, v. 22, n. 2, p. 653-660, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. Acesso em: 25 fev. 2017).

É importante contextualizar que a maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento autoriza a interrupção da gestação por decisão da mulher e pessoas que gestam dentro de limites temporais, tais como: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, México, Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça. Na América Latina, Uruguai, Cuba, Porto Rico, Guiana, Guiana Francesa, Colômbia também autorizam a interrupção da gestação. Na Argentina, foi aprovada em 2020 a lei que permite às mulheres interromper a gravidez nas primeiras 14 semanas de gestação.

Na realidade, o aborto é um tema que deve ser tratado no âmbito da saúde e não como caso de polícia ou pela justiça criminal, onde lamentavelmente se situa a sua criminalização há mais de cem anos em nossa legislação penal. É necessária essa conscientização pela sociedade civil, pelo poder público, especialmente pelos Ministros do STF, que deverão enfrentar o debate nos próximos meses, a fim de assegurar às mulheres e pessoas que gestam o direito constitucional de interromper a gestação, de acordo com a autonomia delas, e sem a necessidade de qualquer permissão específica do Estado; para além de garantir a elas todo o apoio necessário do atendimento de profissionais da saúde, quando da realização de tal procedimento, caso optem pela interrupção da gestação indesejada.

É importante lembrar as recomendações do jurista italiano Piero Calamandrei, que se tornaram um mantra a ressoar na comunidade jurídica brasileira, dirigidas aos magistrados no momento de julgar, devendo “ter a coragem de exercer sua missão de juiz, missão quase divina não obstante sentir em si todas as fraquezas, todas as baixezas, mesmo, dos homens. Deve saber impor silêncio a uma voz inquieta, que lhe pergunta o que teria feito sua humana fragilidade se tivesse se encontrado nas condições em que se encontrou a pessoa que julga.” Em conclusão, “é preciso maior coragem para ser justo, arriscando-se a parecer injusto, do que para ser injusto, ainda que fiquem salvas as aparências da justiça”.¹³

¹³ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, Disponível em: https://www.academia.edu/33309811/Eles_os_ju%C3%ADzes_vistos_por_n%C3%B3s_os_advogados_Calamandrei Acesso em 11 set.2023.



MISCELÂNIA

ADVOGADO HOMENAGEADO

HERÁCLITO FONTOURA SOBRAL
PINTO

(05 de NOVEMBRO de 1883 – 30 de DEZEMBRO de 1991)

Kátia Rubinstein Tavares
Diretora Cultural da SACERJ



Golpe militar. Não foi Revolução. Não havia naquele movimento nenhuma ideia superior; não havia naquele movimento nenhum propósito de realmente trabalhar para a cultura e o progresso do País.

Sobral Pinto

Nascido em Barbacena, no dia 5 de novembro de 1893, Heráclito Fontoura Sobral Pinto formou-se em Direito pela Faculdade Nacional de Direito (atual Universidade Federal do Rio de Janeiro), no ano de 1920. Enquanto um ferrenho defensor dos direitos humanos, destacou-se como um dos mais notáveis advogados criminalistas em eventos históricos marcantes ao longo do século XX. Sobral Pinto exerceu amplamente o seu múnus como advogado durante os períodos mais nebulosos da nossa história: o Estado Novo (1937-1946) e a Ditadura Civil-Militar (1964-1985).

Embora católico fervoroso e antimarxista, o advogado Sobral assumiu a defesa em 1937 dos comunistas Luís Carlos Prestes e Harry Berger por indicação do Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros, presos e julgados perante o Tribunal de Segurança Nacional,

cuja atribuição principal era a de julgar “os crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais” (art. 3º da Lei 244/36).¹ No caso de **Berger**, precisou invocar o artigo 14 a **Lei de Proteção aos Animais** para impedir o tratamento desumano dado a ele e outros presos políticos. Ainda se engajou sobral Pinto na luta para salvar das garras nazistas Anita Leocádia Prestes, filha de Olga Benário e Luís Carlos Prestes.

Chegou a apoiar o golpe de 1964, por ser anticomunista, mas mudou de ideia quando constatou a postura antidemocrática do novo regime. Em carta encaminhada a Castello Branco, no dia 9 de abril de 1964, Sobral sublinhou: “Sinto-me no dever de comunicar (...) que os argumentos ora invocados para combater o comunismo foram os mesmos que Mussolini invocou na Itália em 1922 e que Hitler invocou em 1934 na Alemanha. (...) Vivo da advocacia, pela advocacia e, para a advocacia, por entre dificuldades financeiras e profissionais que só Deus conhece. Só tenho uma arma, senhor presidente: a minha palavra franca, leal e indomável”.

Na ditadura militar, Sobral defendeu milhares de perseguidos políticos perante as auditorias e junto ao Superior Tribunal Militar (STM). A lista dos clientes de quem não recebia honorários chegou a centenas de pessoas, incluindo um rol de personalidades históricas como Miguel Arraes, João Pinheiro Neto, Mauro Borges, Francisco Julião.



¹ Atribui-se a Luís Carlos Prestes e sua vinda ao Brasil a missão de organizar um movimento revolucionário contra o governo de Getúlio Vargas. Para além, Prestes fazia parte dos quadros do Partido Comunista do Brasil (PCB). A vinda dele ao país, segundo a acusação levou a uma tentativa de golpe militar à esquerda contra Vargas, na Intentona Comunista, ocorrida em novembro de 1935 com levantes militares em três cidades brasileiras (Natal, Recife e Rio de Janeiro). O movimento, no entanto, fracassou, e Prestes passou a ser perseguido pela polícia.

Em 1968, com a decretação do AI-5, os militares criaram um instrumento legal que suprimia qualquer esperança de defesa para seus opositores. Ele introduzia a pena de morte e acabava com o habeas corpus e a maioria das liberdades civis, autorizava a cassação de mandatos e a suspensão de direitos políticos – e, diferentemente dos atos anteriores, não tinha duração pré-determinada. Foi o período mais aterrorizante da ditadura militar, pois a tortura se tornou uma política de Estado. A revogação do AI-5 aconteceu com a Emenda Constitucional nº 11, de 13 de outubro de 1978. No entanto, essa emenda só entrou em vigor a partir do 1º de janeiro de 1979 e foi parte do processo de abertura política conduzida durante o Governo Geisel.

No dia seguinte a instalação ao AI-5, Sobral Pinto, então com 75 anos, quando se preparava para ser o paraninfo de uma turma de formandos em Goiânia, recebeu ordem de prisão de quatro militares. Ao dizer que não recebia ordens de general e que não os acompanharia, foi levado à força para uma delegacia em Brasília. Nesta oportunidade, Sobral ao contrariar a justificativa dos seus algozes de que “estavam gestando a democracia brasileira”, retrucou com célebre frase: “Ora, tenha paciência. Não existe democracia à brasileira. Existe é peru à brasileira, não há soluções à brasileira. A democracia é universal”, sem adjetivos”.

Na década de 1980, o advogado participou ativamente da campanha pelas Diretas Já. Aos 90 anos, em abril de 1984, na Candelária, no Rio de Janeiro em discurso para um milhão de pessoas, Sobral Pinto registrou: “Quero falar à nação brasileira, através desta multidão de um milhão de conterrâneos meus. Nós queremos que se restaure no Brasil o preceito do artigo primeiro, parágrafo primeiro da Constituição Federal: ‘Todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido’. Esta é a minha mensagem. Este é o meu desejo. Este é o meu propósito”.

Em 1983, ao completar 90 anos de idade, após mais de 15 anos afastado de grandes debates, Sobral retornou ao Tribunal do Júri para defender um vizinho em um caso difícil de tentativa de homicídio ocorrido em 1980, num bar, no bairro de Laranjeiras. A prova dos autos era controvertida.

A sessão de julgamento durou mais de 7 horas, Sobral defendeu, com vigor surpreendente, o seu cliente durante 1 hora, em pé; sequer consultou os autos, e nem errou nomes ou datas. Mesmo tendo sustentado o libelo, a acusação pediu ao júri a condenação à pena mínima, o que poderia resultar no direito a liberdade beneficiado pela aplicação do sursis, pois segundo o promotor: “apenas para ser advertido”. Contudo, Sobral Pinto mostrou aos jurados que a liberdade do seu constituinte não era suficiente, porquanto o que estava em julgamento era a honra pessoal dele.

No fim, o réu foi absolvido. Sobral foi aplaudido demoradamente por uma plateia lotada de estudantes de Direito e de admiradores do grande advogado, que fez questão de destacar que aquele julgamento não seria seu canto do cisne. Visivelmente muito emocionada, a mãe do acusado beijou-lhe a mão.



A SACERJ, neste Boletim, inspirada na referência do grande modelo humanista lega esta singela homenagem ao advogado Sobral Pinto, que guarda em nossas memórias o símbolo de um dos mais combatentes advogados de todos os tempos. Um defensor das tradições, do desinteresse e do apego material, que pregava o amor ao ser-humano como a principal bandeira da sua luta de vida; como também com o mesmo fervor defendia às liberdades públicas, atributos extremamente caros e tão esquecidos hodiernamente.

UM TRIBUTO A NILO BATISTA - XII CONFERÊNCIA ESTADUAL DA OAB-RJ

Alexandre Dumans¹



Há muito que espero pela oportunidade de homenagear o Professor Doutor Nilo Batista. Devo esta preciosa chance – mais rara que leite de rainha – a Luciano Bandeira e a Ana Tereza Basílio. Muito obrigado a ambos, que tão bem representam a advocacia fluminense.

A honra de falar sobre o homenageado abre espaço para um agradecimento coletivo, pois, com certeza, muitos de nós aqui presentes a ele devemos uma parte boa e rica de nosso arcabouço intelectual. Em nome desses, eu digo: Obrigado, Professor. Outros com ele

¹ Ex- presidente da SACERJ. Mestre pela UFRJ em Direito Penal.

compartilharam o exercício profissional e, certamente, muito aprenderam. E outros tantos têm a ventura de com ele viverem, no presente, as glórias e as agruras de uma advocacia penal pujante e corrente em nossas cortes de justiça.

Por mais abrangente que fosse esse discurso, não haveria como dar conta completa da trajetória virtuosa e profícuca de Nilo Batista, que vai dos bancos escolares de Juiz de Fora até as cortes internacionais, ora como jurisconsulto, ora como advogado.

Nilo Batista é apenas superado por sua própria obra, já consagrada em títulos cujas pegadas esgotam seus respectivos assuntos. É assim em “Denúnciação Caluniosa”, “Advocacia Criminal”, “Matrizes Ibéricas”, “Concurso de Agentes”, “Política Criminal”, “Decisões Criminais Comentadas” e muitos outros, além de centenas de ensaios publicados nas mais variadas revistas especializadas. Essa produção fecunda culmina em “Direito Penal Brasileiro”, *masterpiece* obra em parceria com o Professor Doutor Raúl Zaffaroni, constituindo – ao menos nos limites de nossas raízes romano-germânicas – um dos mais importantes Tratados de Direito Penal do Ocidente. É um verdadeiro tesouro da literatura jurídico-penal brasileira, motivo de orgulho da *intelligentsia* nacional.

O virtuosismo de NB não se esgota na literatura jurídica e – de maneira claramente recreativa e com exclusivo propósito de distrair seu espírito inquieto – avança na dramaturgia, na música, na poesia e nos desportos. Sua breve incursão política trouxe enormes benefícios para a cidade do Rio de Janeiro durante o governo Leonel Brizola: a revitalização da Lapa, a implosão do presídio da Ilha Grande e, principalmente, um sistema de segurança mais atento aos direitos humanos, com mais apreço pelos integrantes das minorias e pelos moradores das comunidades. Viva NB. Que sua luz jamais se apague.



A SACERJ NO FRONT

AS REMINISCÊNCIAS CRIMINAIS DO ESCRITÓRIO MODELO NILO BATISTA DA SACERJ

Em julho de 2022, inaugurou-se o Escritório-Modelo NILO BATISTA da SACERJ, que tem por objetivo principal oferecer aos advogados iniciantes a prática orientada e supervisionada do exercício da advocacia criminal, além de prestar assistência jurídico-penal gratuita aos vulneráveis e hipossuficientes do Estado do Rio de Janeiro, por meio da seleção de casos de sua coordenadoria.

A estrutura do Escritório-Modelo é composta: Coordenação Geral (CGE), pelos advogados: Alexandre Dumans, Felipe Braga, Luciano Saldanha e Paulo Castro; Coordenadoria de admissão de causas, integrada por Daniel Schwartz Costa Lima, Felipe Souza Penteado e Tomaz Vicente Nascimento Moreira; estratégia jurídica, formada por Ana Carolina Barbieri, Ana Paula Lomba, Lucas Borges de Barros Ferraresso e Saulo Carvalho; acadêmica, composta por Luciano Saldanha Coelho e Luís Flávio Souza Biolchini, e; administrativa, que está a cargo de Marcela de Almeida Leal Amaral. Atuam como advogadas dativas: Bianca Macário, Caroline Alves e Mayara Sadeck.

Dando prosseguimento às suas atividades, o Escritório-Modelo vem promovendo um projeto inédito “Experiências Criminais”, através do qual se proporciona a aproximação dos profissionais do Escritório-Modelo da SACERJ, que prestam assistência profissional gratuita para pessoas necessitadas, com os advogados mais experientes na prática da advocacia criminal. Os primeiros encontros contaram com a participação de Alexandre Dumans, Kátia Tavares e João Carlos Castellar

São encontros extremamente gratificantes para quem tem oportunidade de participar. Os jovens advogados abnegados, que enfrentam a dura lida da advocacia criminal, podem se identificar em algum momento com as

experiências ou no exemplo de vida trilhado por aqueles que, anteriormente, também optaram pela mesma carreira profissional. Porém, é preciso registrar, certamente, o ganho maior desses encontros: a emoção dos advogados mais calejados ao poderem revisitar as lembranças, desde a juventude, das suas reminiscências ainda na plenitude do encantamento guarnecidas pelo vazio da memória, mas que permanecem vivas em algum lugar do passado. Vale a pena reviver!



CURSO DE ADVOCACIA CRIMINAL DA SACERJ

Kátia Rubinstein Tavares
Diretora Cultural



A Diretoria Cultural da SACERJ inaugurou em parceria com a OAB/RJ, no dia 30 de agosto de 2023, o I Curso de Advocacia Criminal, em homenagem a Alexandre Dumans, sob a coordenação de Kátia Tavares, Rafael Borges e Rafael Fagundes.

O Curso tem por objetivo oferecer aos advogados e advogadas, principalmente jovens (com 5 anos ou menos de carteira), sem experiência, a formação básica e tipicamente artesanal da prática em advocacia criminal, diante da dificuldade de acessar o exercício desse saber. Para além, o público alvo abrange, preferencialmente, mulheres, pretas, e pretos, indígenas, pessoas de baixa renda e graduados cotistas ou contemplados por programas de incentivo como o FIES.

A proposta do formato é de um curso livre, gratuito e aberto, com vagas limitadas, de introdução e aproximação da advocacia criminal, com foco principalmente em seus aspectos práticos. Os professores serão voluntários e convidados entre aqueles que se destacam pela atuação advocatícia no estado do Rio de Janeiro. As aulas, de 2h cada, deverão ser organizadas sempre em torno de aspectos práticos,

Por se tratar de curso livre, os certificados concedidos serão de mera participação, sem concessão de título ou possibilidade de aproveitamento de carga horária em



cursos acadêmicos. Também por isso, o oferecimento do curso não depende de vinculação a uma instituição de ensino, nem se submete à legislação, fiscalização ou controle do Ministério da Educação (MEC)¹, estando regido pela liberdade geral “aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber” (art. 206, inc. II, da Constituição Federal).

Após a apresentação do Curso pelos Coordenadores Kátia Tavares, Rafael Borges e Rafael Fagundes, a aula magna foi proferida pelos Professores Doutores Roberta Pedrinha e João Carlos Castellar.



¹ Segundo informação disponibilizada pelo MEC: “Os cursos livres são cursos ofertados por pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com finalidades diversas, que não precisam ser autorizados ou reconhecidos pelos órgãos de regulação dos sistemas de ensino federal, estadual ou municipal. Tais cursos não precisam ser autorizados ou reconhecidos pelos órgãos de regulação dos sistemas de ensino federal, estadual ou municipal e podem ser ofertados por pessoas físicas ou jurídicas de qualquer natureza, com finalidades diversas, cujos certificados conferidos, via de regra, não garantem a inserção em atividades profissionais, especialmente no caso de profissões regulamentadas que exigem formação em cursos técnicos ou superiores, nem são aceitos como título de pós-graduação lato sensu.” Fonte: <https://www.gov.br/mec/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/secretarias/secretaria-de-regulacao-e-supervisao-da-educacao-superior/perguntasfrequentees/o-que-sao-cursos-livres> Acesso em 15 ago. 2023.

As aulas tiveram início no dia 6 de setembro e terão duração até 20 dez. 2023. No total são 14 aulas (28 horas). Todas as quartas-feiras das 18h às 20:00h; na Rua da Assembleia, nº 10, 11º andar, Centro (sala da OAB/RJ). As disciplinas da grade foram disponibilizadas de acordo com um rol de temas e datas no qual cada professor pôde manifestar seu interesse e sua flexibilidade. Nesse sentido, seguem os eixos temáticos selecionados para o Curso: Relações com o cliente; Atuação no Júri; Investigação Penal; Ação Penal; Crimes Sexuais; Crimes Patrimoniais; Crimes Econômicos; Crimes Ambientais; Crimes contra Administração Pública; Crimes de Imprensa e Crimes contra Honra; Lei de Violência Doméstica; Lei de Drogas; Medidas Cautelares; Atuação perante os Tribunais Estaduais; Atuação perante as Instâncias Superiores.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO PARA OS ALUNOS DO I CURSO DE ADVOCACIA CRIMINAL DA SACERJ

A Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro convida os alunos de seu primeiro curso de advocacia criminal a contribuírem com o envio de artigos acadêmicos ou resenhas para a revista da SACERJ.

I - PÚBLICO-ALVO

Art. 1º. Todos os alunos inscritos e com participação ativa no curso poderão enviar textos de autoria própria, sejam eles artigos ou resenhas de livros e filmes, desde que tratem dos temas ministrados em sala, quais sejam:

I - Ética e Deontologia advocatícia;

II - Tribunal do Júri;

III - Ações Penais;

IV - Inquérito policial e outras modalidades de investigação;

V - Crimes contra a dignidade sexual;

VI - Crimes contra o patrimônio;

VII - Crimes econômicos e financeiros;

VIII - Crimes contra o meio ambiente;

IX - Crimes contra a Administração Pública;

X - Crimes de imprensa e crimes contra a honra;

XII - Crimes contra a mulher e violência doméstica;

XIII - Lei de drogas;

XIV - Medidas cautelares penais;

XV - Atuação perante os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais;

XVI - Atuação perante as cortes superiores.

I - PRAZO DAS INSCRIÇÕES

Art. 1º. O prazo para inscrições e submissão dos artigos estará aberto entre os dias 10 e 31 de janeiro de 2024

III - FORMATO E CONTEÚDO DA REVISTA

Art. 3º. A revista contará com textos dos advogados membros da SACERJ e dos alunos de seu primeiro curso. A publicação será eletrônica, voltada para reflexão prática da advocacia e do Direito Penal material e processual.

IV – ARTIGOS SUBMETIDOS

Art. 4º. Não será exigida originalidade dos textos submetidos, bastando que se adequem às normas do presente edital e às normas de organização textual de textos científicos da ABNT.

V - FORMATAÇÃO DOS TEXTOS

Art. 5º. Os textos enviados deverão se enquadrar na seguinte formatação:

a) Arquivo Word, formato A4, texto justificado;

b) Fonte Times New Roman, corpo 12, espaçamento 1,5;

c) citação em fonte 11, espaçamento simples, com recuo de 4 cm sem aspas;

d) Margens direita e inferior de 2 cm, e superior e esquerda de 3 cm;

e) Seguir as recomendações da ABNT, especialmente quanto às referências no formato autor-data (NBR 10520 e NBR 6023).

§1º. Os artigos e resenhas devem conter na primeira página as seguintes informações:

a) Título (em negrito);

b) Nome do autor;

c) Referência curricular de até 20 (vinte) palavras apresentadas no rodapé, indicada por um asterisco (*) no nome do autor;

d) Resumo do artigo com no máximo 500 caracteres (sem contar espaços);

e) Palavras-chave

§2º. Os textos deverão ter até 20 páginas, excluindo-se as referências bibliográficas.

§3º. Os artigos em desacordo com a formatação recomendada poderão ser rejeitados pelo Conselho Editorial ou devolvidos aos autores para ajustes.

VI - REMESSA DOS TEXTOS

Art. 6º. Os textos deverão ser enviados ao Conselho Editorial, no prazo indicado no art. 1º, através do endereço de e-mail katia@tavaresassociados.adv.br, com o assunto “Texto para revista SACER | nome do autor”, e no corpo do e-mail deverão ser informados os dados para contato.

VII - SELEÇÃO

Art. 7º. O Conselho Editorial avaliará os textos encaminhados de acordo com os seguintes critérios: clareza da abordagem, potencial intelectual, atualidade e relevância.

IX - CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Art. 9º. A publicação implica a aceitação da Cessão de Direitos Autorais de Colaboração Autoral e Termo de Responsabilidade.

X - DÚVIDAS E CONTATO

Art. 10. Os esclarecimentos acerca do conteúdo desta Chamada Pública poderão ser obtidos através do e-mail: katia@tavaresassociados.adv.br

XI - PUBLICAÇÃO

Art. 11. A revista será lançada em março de 2024, em data e local a serem definidos futuramente.

XII - ERROS E CASOS OMISSOS

Art. 12. Eventuais dúvidas, erros ou omissões deste edital serão resolvidos pelo Conselho Editorial, em decisão tomada pela maioria simples de seus membros.

Rio de Janeiro, 10 de outubro de 2023.

Dra. Katia Rubinstein Tavares

Diretora Cultural da SACERJ



DOIS DEDOS DE PROSA

UMA RESENHA SOBRE A MISTIÇAGEM NO BRASIL

Kátia Rubinstein Tavares¹

Há exatos 115 anos, morria Joaquim Maria Machado de Assis (29 de setembro de 1908). Em sua certidão de óbito constou a informação de que sua cor era “branca”, embora as referências históricas e visuais registrassem a evidência de sua ancestralidade mestiça. A partir dessa observação, admite-se um amplo espectro de debate sobre como Machado de Assis se autoidentificava, embora não existam documentos seguros acerca desta identificação. Da mesma forma que não existe documentação a respeito da discussão racial atribuída àquele que é considerado o maior escritor brasileiro de todos os tempos.

O objetivo deste trabalho é compreender como a questão racial perpassou inúmeras gerações, até se tornar uma bandeira importante de afirmação da identidade negra.

Para assumir esse desafio, buscaremos aprofundar as propostas discutidas no livro *Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra* do professor e antropólogo, Kabengele Munanga², uma importante referência no âmbito das discussões das relações raciais no Brasil.

A obra se dedica a desfazer as ambiguidades dos caracteres biológicos, ao privilegiar o olhar sobre os fatores sociais, psicológicos, econômicos e político-ideológicos

¹ Diretora Cultural da SACERJ. Doutora pela UERJ em Políticas Públicas e Formação Humana.

² MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: Identidade nacional versus identidade negra**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. Kabengele Munanga nasceu na República Democrática do Congo (antigo Zaire), em 1942, e naturalizou-se brasileiro aos 43 anos. É Professor titular do Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, onde se doutorou em 1977, realiza pesquisas nas áreas de Antropologia África e na Antropologia da População Afro-Brasileira. Escreveu, entre outras obras, *Negritude: usos e sentidos* (1986) e *Estratégias e Política s de combate à discriminação racial* (1996).

relacionados aos símbolos da identidade brasileira, no contexto histórico da humanidade e das ideologias atribuídas à mestiçagem. Trata-se de um livro fundamental tanto para reflexão de professores e historiadores, quanto pelos juristas interessados em compreender como se dão as relações inter-étnicas no Brasil -sintoma que tem repercussão em todas as esferas - sejam econômicas, sociais, políticas ou culturais.

Nesse livro, Munanga desenvolveu o seu estudo, a partir do enfoque de notáveis autores em diversos campos do conhecimento³. Ele analisa como inúmeros pensadores europeus, considerados clássicos e inatacáveis em seus currículos, defenderam as teorias racistas, ainda que de forma disfarçada. Além disso, ele analisa as ideologias defendidas por intelectuais europeus que marcaram a discussão sobre as relações raciais, sobre como os filósofos do iluminismo consideravam o mestiço um ser anômalo incapaz ou degenerado, cujo estudo fica restrito à lei da hereditariedade.

Munanga procura frisar ainda que, para os pesquisadores do racismo, o desenvolvimento das culturas dependia da pureza da raça, dentro de uma perspectiva histórica dos séculos XIX e XX. Nas publicações de autores que partilharam do pensamento da **Ku-klux-kan**, por exemplo, a tese defendida é a de que a futura população americana resultante do cruzamento com os elementos estrangeiros perderá o caráter harmonioso e estável que possuía até então. Alguns desses autores afirmaram que tal desarmonia daria origem a todos os tipos de males sociais (e de imoralidade), tais como os abusos do álcool e tabaco, a falta de religião, a pressa descontrolada, a pornografia, a irritabilidade excessiva, entre outros.⁴

Munanga revela, por fim, como a mestiçagem foi considerada uma ideologia nazista e colonialista, em especial nos anos trinta do século XX. A primeira, com base na teoria racial de Hitler, teve como consequência “a esterilização forçada desde 1933 de todos os mestiços nascidos na Alemanha, decorrência das relações entre negros e brancos, em particular os mais de 900 atiradores sene-

³ Utiliza-se o termo “identidade nacional” entre aspas por considerarmos que a construção desta no Brasil foi elaborada por uma elite intelectual, política e socialmente engajada que privilegiava as teorias raciais europeias para legitimar a hegemonia da raça branca sobre as demais.

⁴ MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo....**, 1999, p. 40.



galeses, magrebinos e malgaches estabelecidos após a primeira guerra na margem esquerda do Reno.”⁵ Também, na França houve a disseminação de uma ideologia de mestiçagem colonialista de cunho estritamente político e pedagógico, a partir de 1936. Tal ideologia denominada “mestiçagem cultural”, então designada também de ‘síntese cultural’ e de ‘cultura euro-africana’, provocou uma grande reação dos sujeitos da mestiçagem, isto é, a primeira geração de intelectuais, educadores e funcionários africanos.”⁶

A partir dessa contextualização, Munanga apresenta o estudo de como se estruturou na formação do pensamento brasileiro uma ideologia do embranquecimento – teoria esta que, posteriormente, contribuiu para a reprodução do “mito da democracia racial brasileira”.⁷ Em sua obra, Munanga afirma que os intelectuais, desde a primeira República, influenciados pelo determinismo biológico, “acreditavam na inferioridade das raças não brancas, sobretudo a negra, e na degenerescência do mestiço”⁸, pois ao abordarem a questão da mestiçagem enfrentada no final do século XIX, os escritores brasileiros tomaram o pensamento dos cientistas ocidentais, europeus e americanos, como referência.

O fim do sistema escravista, no Brasil, conforme assinala o autor, introduz para os pensadores brasileiros uma questão até então crucial: a construção de uma nação e a formação de uma identidade nacional. Toda a preocupação da elite, que estava ancorada nas teorias racistas da época, diz respeito à influência negativa que poderia resultar da herança “inferior” do negro nesse processo de formação da identidade étnica brasileira.⁹

Com relação aos intelectuais brasileiros, Munanga destaca o pensamento dos principais autores: Sílvio Romero, Euclides da Cunha, Alberto Torres, Manuel Bonfim, Nina Rodrigues, João Batista Lacerda, Edgar Roquete Pinto, Oliveira Viana. Muitos deles, com raras exceções,

⁵ Ibidem, p. 45.

⁶ Ibidem, p. 46.

⁷ A hipótese de democracia racial passou a ser criticada e refutada por alguns estudos desenvolvidos no âmbito do Projeto UNESCO, sobre as relações raciais no Brasil e, com mais veemência, por Florestan Fernandes em estudos subsequentes. Para Fernandes, a democracia racial brasileira não passa de um mito. Cf. FERNANDES, Florestan. **Significado do protesto negro**. São Paulo: Cortez, 1989.

⁸ MUNANGA, op. cit., p. 52.

⁹ Ibidem, p. 51.

estavam profundamente influenciados pelo determinismo biológico e acreditavam na inferioridade das raças não brancas, principalmente, a negra.

Dentre os intelectuais que disseminavam ideias pessimistas em relação ao futuro da nação alicerçado na mestiçagem, ainda, se destaca Nina Rodrigues - que considerava os negros e índios como incapazes, cuja responsabilidade penal deveria se atenuada, adotando uma concepção de diferenciação na legislação penal brasileira quanto à raça branca superior.¹⁰ Em relação aos mestiços, importar sublinhar que Nina Rodrigues vai classificá-los em três categorias: “o mestiço tipo superior, inteiramente responsável; o mestiço degenerado, parcial e totalmente irresponsável; o mestiço instável, igual ao negro e ao índio, a quem se poderia atribuir apenas uma responsabilidade atenuada.”¹¹ Para Euclides da Cunha “o mestiço, traço de união entre raças,” era quase sempre um desequilibrado, decaído, sem a energia física dos ancestrais selvagens (negros) e sem a atitude intelectual da raça “superior” (branca)¹². Ambos consideravam o mestiço um degenerado, física e culturalmente.

O episódio do falecimento de Machado de Assis explica bem os sintomas abordados nesta resenha. O jornalista e escritor José Veríssimo (1857-1916), um mês após a sua morte, publicou um obituário, no *Jornal do Commercio*, cujo teor constava: “mulato, foi de fato um grego da melhor época.” Tal referência provocou uma grande reação contrária entre os intelectuais e jornalistas à época. De tal forma que o abolicionista Joaquim Nabuco (1849-1910) enviou uma missiva a Veríssimo solicitando que ele retirasse o termo “mulato”. Para ele, o Machado era branco, e embora tivesse “o sangue estranho”, em nada modificava sua etnia caucasiana, por fim, concluiu sua impressão: “só vi nele o grego.”¹³

Na mesma perspectiva, há um outro registro histórico no livro *Machado de Assis: Estudo comparativo de literatura brasileira*, publicado em 1897 pelo crítico Sylvio Rome-

¹⁰ Ibidem, 56.

¹¹ Ibidem, p. 56.

¹² Ibidem, p. 57.

¹³ VEIGA, Edson. O que a negritude de Machado de Assis diz sobre como Brasil lida com racismo. BBC News Brasil, Bled (Eslovênia), 28 setembro 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cl7xvy-z1eyro>. Acesso em: 29 set. 2023.

ro (1851-1914). Nele o escritor se refere a Machado tal como um genuíno representante da sub-raça brasileira cruzada, “é um brasileiro em regra, um nítido exemplar dessa sub-raça americana que constitui o tipo diferencial de nossa etnografia, e sua obra inteira não desmente a sua fisiologia [...]. Com certeza não o molesto, falando assim; e não pode ser por outro modo.”¹⁴



Conforme afirma Munanga: “O negro era o componente da raça inferior. Na tríade da mestiçagem, o português, apesar de demonstrar que já era mestiço, não deixa de ser a raça superior, aristocrática”¹⁵. Nesse debate intelectual nacional, como já mencionado, buscou-se fundamentalmente compreender como se poderia converter essa pluralidade de raças e mesclas, ainda de culturas e valores civilizatórios tão diferentes e, também, de identidades tão diversas, numa única nação – em síntese, em uma “identidade nacional”.¹⁶

O importante a ser destacado, na obra de Munanga, é a compreensão de como se formou uma ideologia que converge para o discurso da democracia racial no Brasil, a partir da proclamação da República. Segundo o autor, foi Gilberto Freyre quem provocou a discussão acadêmica sobre esse tema, com a obra *Casa-grande e senzala*, embora não tenha adotado o conceito da democracia racial

em seus escritos.¹⁷ Além disso, o seu discurso se tornou uma referência de um ideal de relação interracial, já que inspirava a imagem de uma falsa democracia racial num contexto mundial de guerra em que o racismo foi o elemento determinante de batalhas ideológicas, militares e civis.

Neste livro clássico, Gilberto Freyre estabeleceu as bases para a consolidação da ideia de um padrão supostamente harmônico das interações raciais no país. Além disso, tentou romper com a ideologia racial discriminatória prevalente, considerando com otimismo a mestiçagem brasileira¹⁸, que, ao contrário do sustentado por Nina Rodrigues e outros, era vista por ele como uma vantagem imensa.

Em outras palavras, ao transformar a mestiçagem num valor positivo e não negativo sob o aspecto da degenerescência, Freyre desloca a discussão do conceito biológico e de raça para o eixo cultural.¹⁹ Nesse sentido, afirma Munanga: que no livro *Casa-grande e senzala*, Freyre “consolida o mito originário da sociedade brasileira configurada num triângulo cujos vértices são as raças negra, branca e índia. Foi assim que surgiram as misturas. As três raças trouxeram também suas heranças culturais paralelamente aos cruzamentos raciais, o que deu origem a uma outra mestiçagem no campo cultural.”²⁰

Assim, desse discurso baseado na dupla mestiçagem biológica e cultural entre as três raças originárias fez surgir o “mito da democracia racial”, tendo havido uma penetração profunda na sociedade brasileira, pois, segundo Freyre, a miscigenação teria gerado um povo sem preconceito.

Munanga conclui que o mito da democracia racial glorifica uma concepção de convivência harmoniosa entre os indivíduos das camadas sociais e dos grupos étnicos, ao encobrir os conflitos raciais, possibilitando a todos se reconhecerem igualmente como brasileiros. Contudo, segundo a reflexão do autor tal dissimulação impede que

¹⁷ FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

¹⁸ MUNANGA, op. cit., p. 79.

¹⁹ Ibidem, p. 78.

²⁰ Ibidem, p. 79.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MUNANGA, op. cit., p. 56.

¹⁶ Ibidem, p. 48.

as comunidades subalternas tenham consciência de suas características culturais e singulares para a construção e expressão de sua identidade própria.

Finalmente, cabe salientar, como uma espécie de descoberta pessoal realizada após a leitura da obra que resultou nesta resenha, a relevância da tela de Modesto Brocos,²¹ premiada em 1895, com medalha de ouro no Salão Nacional de Belas Artes, intitulada “A Redenção de Cam”, posta em destaque no trabalho.



Importa registrar que a criança branca ocupa o centro da tela, e para a qual convergem os olhares do pai branco e da mãe mestiça, expressando uma espécie de vitória da “raça” (caucasiana) pensada como superior e resultante de um processo de “purificação”. A figura da negra, por sua vez, que aparece à esquerda, se apresenta como o lugar de origem apontado pela mãe à criança. Como se pode verificar, a ideologia do branqueamento se insinua nessa pintura como suporte de legitimação de um projeto político, que aposta na exclusão da presença dos negros na constituição da sociedade brasileira, naquele momento inicial de sua história republicana.

²¹ **A Redenção de Cam.** In: ENCICLOPÉDIA Itaú Cultural de Arte e Cultura-Brasileiras. São Paulo: Itaú Cultural, 2019. Disponível em: <<http://enciclopedia.itaucultural.org.br/obra3281/a-redencao-de-cam>>. Acesso em: 17 de Set. 2019. Verbete da Enciclopédia. ISBN: 978-85-7979-060-7.

JUIZ NÃO É POETA: UMA CRÔNICA DA DESILUSÃO¹

Mário Miranda Neto²

Palavra aceita tudo, já dizia Manoel de Barros referindo-se à possibilidade do poeta dar alegria a esgoto. Mas o bacharel em direito Manoel de Barros não fez concurso público e nem foi autoridade estatal. Aliás, nem exerceu poder delegado! Recusou ser dono de um cartório no Mato Grosso em prol de ser advogado do sindicato dos pescadores no Rio de Janeiro. Nas desilusões com o antigo partidão e burocracias, foi ser livre na volta ao pantanal. Lá foi confirmado poeta e fora dos grandes centros, a validar insignificâncias e simplicidade como elogio à liberdade.

Mas parece que ter juízo, permite mandar muito ao invés de obedecer. Tanto, mas tanto, que por mero decreto autoridades judiciárias reivindicam a liberdade dos poetas no manejo da língua portuguesa.

Em 2018, por exemplo, o STJ decidiu que o nomeado “rol taxativo do agravo” exposto na lei não o seria mais³. Para isso, cunhou a seguinte maravilha: ROL TAXATIVO MITIGADO⁴!

Quanto ao resultado, o que a gramática chama de oxímoro, pode ter sido boa solução ao que, entre rol meramente exemplificativo que permitiria o recurso de agravo contra quase tudo; e o rol restrito das hipóteses do art. 1015 do CPC, salomonicamente, como juízes gostam de reivindicar, o tal ROL TAXATIVO MITIGADO flexibiliza hipó-

¹ Um texto que fala de questões do direito misturado com literatura pode ser considerado uma heresia para alguns religiosos. A escolha do título talvez tenha sido mais difícil que o texto. Portanto segue aqui uma outra opção para atender doutrinadores, exegetas e religiosos em geral: **Oxímoros e Antinomias jurídicas muito para além do “conflito aparente de normas” ou das “lacunas de colisão ou conflito”**.

² Advogado e pai da Helena. Isso basta! Num mundo onde as pessoas colecionam adjetivos e títulos para a distinção, fico com as lições de Manuel de Barros. A minha prestabilidade tem sido ultimamente para advogado e pai. Somos o que fazemos mais do que o que gostaríamos de ser ou enunciamos ser.

³ STJ define hipóteses de cabimento do agravo de instrumento sob o novo CPC.

⁴ Registro a centelha para estas linhas a partir do comentário de Gustavo Matozinhos, craque da escrita que o jornalismo perdeu para a advocacia, no grupo de “zap” (tribuna livre a ser preservada) dos comensais da SACERJ. Aproveito e agradeço a Katia Tavares, que vai mostrando que herdou a generosidade do seu pai George, a insistência por esse texto. Demanda de supetão feito HC para preso, recebeu dilação para ser concluído num sábado, com os fóruns fechados para um advogado operário.



teses de cabimento do agravo como recurso sem atropelar totalmente a lei, como aliás juízes tem se acostumado ultimamente. Mas quanto à nomeação o conceito é um desastre. Como algo taxativo pode ser mitigado? Juízes e juízas parecem querer enveredar por aventuras da língua como em um “casamento aberto” com a língua portuguesa. Manejos do vernáculo possíveis somente a poetas, ou busca de conforto linguístico para as chamadas de amantes, parece ser prática pouco recomendável a juízes no exercício da função. Ops, aqui temos um problema: temos juízes que se acham juízes o tempo todo e até o próprio órgão público. É uma coisa estranha porque seria como se tivéssemos magistrados como semoventes do poder judiciário. Nessa linha, no limite, veremos um banho de mar de togas nas areias do Rio de Janeiro. Talvez apropriado ao que a ciência hoje diz que o sal *in natura* tira o stress.

Seguindo nos exemplos temos as decisões nas quais o STJ diz não caber embargos de declaração de decisão que nega seguimento de Recurso Especial, mesmo com a percepção de que boa parte dessas decisões são um copia e cola. Em consequência, o STJ decide que os embargos não interrompem prazo para agravo. Mas o art. 1022 do CPC diz que cabem embargos contra qualquer decisão judicial. No entanto, do que serve a lei quando o judiciário está em defesa de si próprio, inclusive de menos processos na mesa? Se o judiciário tem orçamento destinado, concursos para novos funcionários estatais (incluindo juízes) comprometeria o que? Obras? Salários? Assessoria? Férias? ...

Temos outros exemplos e volta e meia aparece mais um. Quando é o próprio judiciário que produz a norma a coisa tende a piorar. Uma visita às resoluções da justiça eleitoral e as normativas das custas judiciais para os cofres dos tribunais dão cores mais vivas ao drama.

Pombas! O que permite isso? Por que ele é naturalizado e muitas vezes aceito?

No campo jurídico a inferência ganha muita relevância. Na perspectiva do *civil law* à brasileira devemos ter a previsão legal para aplicar no caso concreto. Doutrina e jurisprudência são campos de disputa mais cotidianos e próximos a advogados e advogadas; mas a profusão de doutrinas a gosto - elencadas inclusive por pareceristas - e a miséria da jurisprudência como mero argumento de autoridade perante outra autoridade que, por das vezes, quer afirmar sua autoridade mais que qualquer outra coisa; têm reduzido estas fontes do direito a “enxerto de petição”. Em diversas situações sobressai a sensação de que a preponderância da autoridade dos argumentos para fazer

valer a doutrina e jurisprudência é constrangida. Fazer isso valer depende da habilidade de advogados e advogadas em tirarem o processo da vala comum frente a magistrados com posicionamento cristalizado a priori ou, pior ainda, em clara assimetria a comprometer a parcialidade, notadamente a partir de relações com o MP. oxíMOROS não são casos isolados na magistratura. Da mesma forma que não é incomum um MP que aja como pomada Bepantol, sem atuação específica e na superficialidade dos sintomas.

Seja como for, a inculcação desta lógica de inferência para profissionais do direito se dá logo a partir do primeiro período de faculdade nas disciplinas de ITD (Introdução ao estudo do direito). Em decorrência, cabe ao profissional do direito interpretar a norma e encontrar soluções.

A questão é que a partir do poder estatal, funcionários do estado - malandramente chamados de funcionários públicos - notadamente juízes, promotores, delegados e fiscais interpretam e fazem a aplicação da norma em cada caso concreto ao seu prazer. Contê-los não é tarefa simples, o que inclusive gera mercado para a advocacia que, na sua melhor tradição que este texto procura honrar, vive como um dentista a prescrever flúor e escovação apesar de cáries pagarem suas contas.

Temos várias chaves para tratar desta questão. Já esbarramos com algumas acima.

A permanência colonial que faz parte considerável do funcionalismo estatal ver a população que atende como inimiga. Cidadão segue sendo forma pejorativa e jocosa para chamar ou nomear alguém perante autoridades;

A difícil imparcialidade de magistrados numa sociedade extremamente relacional e pessoalizada a manter hierarquias que constroem ideais republicanos básicos;

A crise como retórica ou como a reafirmar um ensino jurídico com tão pouca interdisciplinaridade, inclusive com a literatura e com a ciência política. Ao ponto de termos profissionais do Direito confundindo “O Príncipe” com “Pequeno Príncipe”. Na busca de correção, vários que se querem príncipes naturalizam que Maquiavel disse que “os fins justificam os meios”. Frase que não está na obra de Maquiavel. Triste se não fosse trágico. Parece que o fenômeno de falar ou replicar qualquer coisa na base do ouvir falar não é novo e ganhou apenas amplitude e maior legitimidade com as redes sociais.

Normas não normalizadas, ou seja, falta de consenso social mínimo sobre a normatização da vida cotidiana prevalecendo à hierarquia de quem interpreta a norma fazendo



velho ditado parecer velho deitado: manda quem pode e obedece quem não tem juízo, porque juiz pode tudo. Ou quase tudo! É só não constranger interesses de grupos dominantes ou de sua própria classe profissional⁵ e caminhar, olímpicamente, para a aposentadoria. Pode-se também pagar o louco deliberadamente e se aposentar, mantendo proventos, mais rapidamente.

Desenrolando este último ponto, uma vida tão desregrada é muito estressante e cara. Justo por isso, a magistratura está sempre reclamando que ganha pouco e são incompreendidos pela população, reforçada como inimiga e ignorante ao que não entende os dramas do Olimpo. Olimpo não! Perderam essa condição ao que, diferente de Atena transmutada em Minerva pelos romanos, passaram a permitir desempates contra o réu. Algo fora da tradição ocidental, da doutrina, jurisprudência anterior... Mas é aquilo: Juízes podem tudo sem serem Deuses já que a própria mitologia ensina que Deuses seguem regras e valores.

Humanos “apenas” com mais direitos e menos deveres reagem como qualquer trabalhador sindicalizado. Agem corporativamente frente a opressões na condição de trabalho e nos salários: identificam o seu feitor, ou melhor, mal feitor: o povo e seus procuradores, ou seja, advogados e advogadas que perturbam o juízo! Como são estranhos esses que justificam a nossa existência. Não podiam ficar quietos sem reclamar ou nos dar trabalho? Era só existirem para justificar nosso concurso! Não poderiam trabalhar de motorista de aplicativo sem ficarem, impertinentes, atravessando petições?

É que, como disse, no caso dos juízes a coisa fica um pouco mais complicada ao que muitos deles se colocam como o poder judiciário em si. Eles e elas são o órgão e, portanto, são a resolução do caso concreto. A partir disso, também vemos surgir uma série de carreiras jurídicas promissoras e, melhor (a questão é saber para quem), sem concurso público: mulher ou marido de juiz(a), amiga(o) de juiz, filho(a) de ministro e por aí vai.

A composição de interesses, cada vez mais, não se dá na cena pública que, aliás, passou a ser confundida com sessões virtuais por plataformas na internet ou, pior ainda, com a atuação televisionada na TV justiça. Com gerações brasileiras em trabalho ativo tendo sido alfabetizadas pelas

⁵ Uma análise rápida de alguns procedimentos disciplinares contra magistrados reconhecidamente interessados na prestação jurisdicional adequada, revela que a reforma do poder judiciário por seus próprios integrantes gera, como esperado, fortes reações.

telenovelas⁶, tal teledramaturgia na TV justiça faz todo o sentido, só não pode ser confundida com o conceito de julgamentos públicos da doutrina jurídica e precisamos aprender a ver julgadores como atores e artistas de fato. Todavia, ainda não poetas!

Como outras chaves para compreender o que permitiria o “rol taxativo mitigado” a “imparcialidade familiar” “o não cabimento de embargos de declaração contra decisão judicial” temos o ensino jurídico raso e afastado das ciências sociais, da gramática e da literatura. Some-se a isso a ideia fanática de que juízes, numa sociedade complexa, podem decidir com base no livre convencimento em busca de uma religiosa e moralista verdade real. Se literatura fosse ensinada em faculdades de direito ou em academias de concurso, eu diria que o Realismo Fantástico Colombiano pegou os juízes na veia e pelas ventas.

Sobre o ensino jurídico já está explicado que numa sociedade hierárquica, é um curso barato que permitiria alguma mobilidade social, não meramente econômica, mas também ser chamado de Doutor o que, ridiculamente, parece ainda ser relevante. Mais que isso, é um curso que dá base para vários concursos públicos, prometendo ao estudante ascender socialmente como funcionário estatal.

O livre convencimento e a busca da verdade real já vêm sendo explicados como incongruentes por uma série de profissionais do direito, notadamente professores e advogados criminais. Na linha dos oxímoros, eu concordo discordando. É que faz todo o sentido para a manutenção de hierarquias um juiz que possa decidir a partir do que bem entender e seja o vetor de uma verdade imperial e divorciada da realidade.

⁶ Este não é um texto acadêmico e quer fluir sem muitas amarras. Mas também, não posso concordar com a ideia de geração espontânea das linhas e pensamentos como se o escriba fosse juiz a ter livre convencimento. Qualquer coisa que penso e escrevo tem a ver com o que vivi e li. É por isso que a ideia de alfabetização por telenovelas deve ser creditada à antropóloga Laura Graziela Gomes. A crítica ao mundo do direito a partir de dados empíricos da antropologia social, devo a socialização, como bolsista de iniciação científica (em 1900 e guaraná com rolha) junto a Roberto Kant de Lima que teve feliz encontro com a historiadora Lana Lage que estuda os processos de inquisição. Mais tarde, é compreendido por professores de processo penal como Jacinto Miranda Coutinho. Sobre a questão da hierarquia e estratificação, a obra de Louis Dumont, bem como as reflexões de Norbert Elias (em Sociedade de Cortes) e de Roberto da Matta ajudam, ressaltando que as reflexões sobre o mundo urbano deste último ganham mais fôlego se localizadas, ao invés de serem vistas como uma explicação totalizante sobre o Brasil. TODA ESSA GALERA, junto de Carlos Drummond de Andrade, Millor Fernandes, Manoel de Barros E OUTROS que posso não ter me lembrado na escrita corrente, me ajudaram neste texto.

Palavra aceita tudo, repito, como nos ensinou o poeta cuiabano Manoel de Barros. O problema é que a maioria das pessoas e, talvez, principalmente as autoridades estatais e uma doutrina jurídica vocacionada para o controle autoritário da população não vão estar comprometidas com a “verdade do que vem de dentro dos poetas”.

O poeta declama a sua verdade na cena pública sem a pretensão de ser a verdade de todos e para todos e é nessa circunscrição que ele ganha a liberdade de manejar as palavras para aceitarem tudo. Mesmo assim, o poeta o faz explicitamente como contribuição a todos. Diz que está fazendo. Foi assim que Manoel de Barros “denunciou” o poeta francês Boudelaire que escreveu o Livro Flores do Mal. A beleza e a dor. Palavra aceita tudo e ele, poeta, pode dar alegria ao esgoto.

Juiz não é poeta e não pode projetar a sua verdade para todos. Nem o afamado ativismo judicial, para valer um jiló maduro e fazer pássaros cantarem, pode permitir um treco desses. Juiz não é poeta que tem a sua liberdade com palavras. É uma liberdade em território específico!

“Redescoberto” por Millor Fernandes, Manuel de Barros ficou célebre sem estar no centro e sem toques de realeza, mas mantendo a sofisticação de alto conhecimento e manejo da língua para descrever e viver o simples. Em nossa mania de reis, fomos dar o título de maior poeta brasileiro para Carlos Drummond de Andrade que, na simplicidade, relativa timidez e liberdade dos poetas, declinou do título em favor de Manuel de Barros.

Aos juízes não cabe esperar por algum Millor Fernandes descobrir, numa decisão, um poeta escondido pela toga – que muitos parecem entender ser a capa do Batman. Talvez, para os que tenham sensibilidade, cabe apenas lembrar do Millor frasista: “O Código Penal é a causa de todos os crimes”; “Se todos os homens recebessem exatamente o que merecem ia sobrar muito dinheiro no mundo”; “Toda lei é boa desde que usada legalmente”.

Juiz não fará “surgir violetas de uma privada em abandono”, mas talvez possa se preocupar com o destino do esgoto em prol de questões ambientais e cheiro mais agradável, além de um texto mais coerente, atento à sociedade e que não coloque o mundo do direito, ou o poder judiciário, como caixa preta. Ou seria caixa de pandora?

MEU PAI ME CONTOU: ENY MOREIRA

Marcio Barandier¹

Meu pai me contou que conheceu e se tornou amigo de Eny Raimundo Moreira quando ambos atuavam na defesa de perseguidos políticos durante os chamados “anos de chumbo”, e se impressionou com a força e a bravura daquela advogada que integrava a equipe do respeitadíssimo Dr. Sobral Pinto.

Meu pai sempre teve profunda admiração pelas mulheres advogadas criminais porque, se para os homens a especialidade é altamente desafiadora, em todos os sentidos, para elas as dificuldades sempre foram extraordinariamente maiores.

Lembro que na década de 1990 havia escritórios de advocacia criminal que ainda evitavam contratar mulheres estagiárias ou advogadas por receio dos percalços adicionais impostos a elas nos ambientes extremamente misóginos e hostis de delegacias de polícia, presídios e até tribunais. Imagine, então, uma mulher jovem, com deficiência física (sequela de poliomielite), nos anos 1960 e 1970, se lançar na defesa de pessoas acusadas de crime político em plena ditadura militar como fez Eny Moreira.

E ela protagonizou episódios que dignificaram a Advocacia e marcaram a História da resistência democrática, como a atuação no primeiro processo com condenação à morte na fase republicana do Brasil (ela assumiu, na fase recursal, a defesa de um réu condenado em primeira instância à prisão perpétua e conseguiu a absolvição); a forma como ela denunciou em juízo a tortura sofrida por Paulo Vannuchi no DOI-CODI; a revelação do terrível caso de Aurora Maria Nascimento Furtado, 26 anos, que o Exército anunciara ter falecido num tiroteio quando, na verdade, fora brutalmente torturada até a morte nos porões dos órgãos de repressão. Aliás, a própria Eny foi presa duas vezes.

Após a Anistia, ela decidiu dedicar-se ao direito autoral, mas sempre permaneceu engajada na luta pela democracia, pelos Direitos Humanos e pela memória das atrocidades cometidas durante e pelo regime de exceção.

Em 1994, na vigência da “Constituição Cidadã”, a des-

¹ Advogado criminalista

temida advogada foi vítima de arbitrariedade praticada por parlamentares, recebendo voz de prisão por protestar contra coação que seu cliente sofria durante sessão da CPI da Previdência. No dia seguinte, o Jornal do Brasil publicou artigo do velho amigo Barandier, intitulado “Ideal nazista”, no qual ele, reagindo duramente ao ocorrido, consignou: “No quadro desolador, digno das ditaduras destras e canhotas, a população é ludibriada, a esparrela prevalece e a Constituição se desmoraliza. Hoje é a violência contra a advogada. Amanhã os inquisidores e a multiplicidade de dispositivos repressivos poderão voltar-se contra os intelectuais, os dissidentes e opositores, clamando pela ordem política e social, a paz dos cemitérios”. E arrematou com frase que ganhou enorme repercussão: “O AI-5 era menos hipócrita e mais econômico”.

Eu era um jovem estagiário quando meu pai me apresentou à Eny. Achei engraçada a forma peculiar dela se expressar, com uma quantidade de palavrões proporcional à indignação que sentia contra as injustiças que via. Uma energia extraordinária. Durante anos nos encontramos casualmente no Centro da cidade e parávamos sempre para um papo rápido.

Por volta dos anos 2015 ou 2016, Eny queria voltar à advocacia criminal e nos aproximamos muito. Estivemos juntos várias vezes, inclusive na casa dela, chegamos a discutir uma causa que acabou não prosperando, a convite meu ela esteve num Seminário Internacional do IBCCRIM, trocávamos e-mails com frequência.

Num desses e-mails, em 2018, ela me respondeu com as suas inquietude habitual e infalível mineirice na saudação final: “Estou bem, dentro do possível... Apenas cada vez mais indignada com o que anda sendo feito no país e no mundo. Temos de redobrar os esforços para não virarmos velhos amargos, né?! Beijo, saudade, inté...”

Quando meu pai morreu, em agosto de 2020, no meio da pandemia, ela me ligou emocionadíssima, e me emocionou ainda mais. Algum tempo depois, aquele coração incrível, que a levou a deixar familiares e amigos para passar o Natal de 1972 junto com os presos na Penitenciária de Presidente Venceslau, em São Paulo, também começou a falhar, até parar definitivamente em janeiro de 2022.

Eny Moreira, gigante, saudade, *inté...*



ARTIGOS

CONFORTO PARA O PRESO, ESPERANÇA PARA A FAMÍLIA E TEMOR PARA O CARRASCO: A DOCTRINA DE SOBRAL PINTO

Antonio Pedro Melchior¹

Introdução

Nenhum homem ou mulher que se entregue às lutas por liberdades democráticas no sistema de justiça criminal pode ser comparado a qualquer outro. Cada um assume, a seu tempo e modo, com disposição própria, uma tarefa fundamental. Os juristas em resistência ao autoritarismo integram uma *comunidade afetiva*, no sentido conferido por Maurice Halbwachs,² cujas linhas de convergência se identificam na oposição que fizeram (e ainda fazem) à repressão criminal e política, à violência do sistema penal e sua necessidade de forte controle. O retorno a Sobral Pinto tem a ver com a necessidade, indispensável ao amadurecimento dos regimes democráticos, de desvelar uma “memória de resistência” que sirva à construção de ações políticas no tempo presente.

A luta pela democratização da memória, como defendeu Le Goff,³ interessa ao sistema de justiça penal em particular, porque permite desvelar um conjunto de ideias e representações que falam, não apenas sobre o horror e sofrimento impostos por regimes e práticas autoritárias, mas dos recursos empregados para produzir espaços de liberdade. Não é excessivo afirmar que as disputas envolvendo a memória interessam ao funcionamento do próprio Estado de Direito, na medida em que ele se caracteriza, como demonstrou Geraldo Prado,⁴ por evocar o problema da relação entre sujeitos, o direito e o poder, de modo a controlá-lo e direcioná-lo à realização das plenas potencialidades dos seres humanos.

¹ Advogado Criminal. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

² HALBWACHS, Maurice. *Los marcos sociales de la memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004.

³ *Ibid.*, p. 58.

⁴ PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 17.



A memória pode ser uma forma específica de dominação ou violência simbólica, como insistiu Michael Pollak.⁵ Pode ser imposta e defendida por um trabalho de enquadramento, como denunciado por Henry Rousso⁶, voltado a garantir estabilidade às estruturas institucionais e definir consensos sociais a respeito de acontecimentos relevantes à história política de um país. Apoderar-se da memória é, enfim, uma das grandes preocupações das classes, grupos ou indivíduos que dominaram e dominam as sociedades históricas: “os esquecimentos e os silêncios da história são reveladores desses mecanismos de manipulação da memória coletiva”.⁷ Uma das características das memórias “de resistência”, está na capacidade de se conservarem em silêncio, em alguns casos imperceptíveis, até que aflorem em momentos de crise, por meio de sobressaltos bruscos e exacerbados. Conseguem se conservar dessa maneira, porque vivem em estruturas informais de comunicação, até que se proliferem. Expressam essa presença do passado no presente, porque foram transmitidas por gerações, permitindo, a quem não viveu a experiência de um regime institucional e formalmente autoritário, por ex., compartilhar da mesma interpretação e empreender o mesmo repertório de luta.⁸

O contexto da atuação de Sobral Pinto, conforme apresentado neste breve texto, situa-se em torno das lutas travadas contra os arbítrios da repressão criminal e política do Estado Novo. Em 11 de setembro de 1936, o Tribunal de Segurança Nacional foi criado. O ano seguinte, de 1937, cujo mês de novembro ficará marcado pela definitiva instauração do Estado autoritário e nacional, foi significativo para o jurista e advogado Heráclito Sobral Pinto.

Diante das acusações de leniência do Tribunal de Segurança Nacional e das leis do país, o governo getulista

⁵ POLLAK, Michael. *Memoria, Olvido, Silencio*. La producción social de identidades frente a situaciones límite. Trad. Christian Gebauer, Renata Oliveira Rufino e Mariana Tello. Buenos Aires: Ediciones Al Margen, 2006, p. 17.

⁶ ROUSSO, Henry. *The Vichy Syndrome, History and Memory in France since 1944*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

⁷ LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Trad. Ruy Oliveira. Lisboa: Edições 70, II volume, p. 12.

⁸ As experiências transmitidas a outras gerações acabam constituindo uma interpretação do passado, que pode desempenhar uma função similar para quem os viveu e quem não. Cf. AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria y Memoria de la Política*. Madrid: Alianza Editorial, 2008. p. 60.

restabeleceu o estado de guerra, alardeando a opinião pública com a fraudado “Plano Cohen”. Falou-se em “aniquilar os mecanismos constitucionais disponíveis aos criminosos: *habeas corpus*, mandados de segurança, reclamações no Congresso”.⁹ Na visão da “linha dura” do regime varguista, a “Lei de Segurança revelou falhas e defeitos que só serviram para pôr em liberdade os culpados. O processo, moroso e complicado, deixa ao alcance dos advogados os delinquentes e astuciosos. (...) e diante das peias criadas pelo formalismo processual, é impossível impedir a conspiração”.¹⁰

Ainda em 1937, fechou-se o Congresso e se impôs, em 10 de novembro, uma nova Constituição ao país.¹¹ Com a nova Carta, o Tribunal de Segurança Nacional, criado um ano antes como órgão de primeira instância da justiça militar, para processo e julgamento dos crimes contra a ordem política e social, passou a exercer jurisdição especial autônoma, em caráter permanente, ampliando-se a competência para os crimes contra a economia popular. Em 1938, após nova alteração pelo Decreto-Lei n.º 474 de 08 de junho, o Tribunal de Segurança Nacional teve novas regras sobre processo e julgamento de crimes da sua competência.

SOBRAL PINTO, SÍMBOLO DA RESISTÊNCIA

Líder das lutas diárias perante o pretório, Sobral deu lições de bravura e amor ao próximo, numa rara compreensão do dever de assistência moral e pessoal aos acusados.¹²

⁹ Ibid, p. 175. Helio Silva explica que o Plano Cohen foi uma fraude articulada pelo general Góes Monteiro que basicamente reproduzia o capítulo II, item XIV, do boletim de informações n.º 04 do serviço secreto da Ação Integralista Brasileira (AIB). SILVA, Helio. *A Ameaça Vermelha*. O Plano Cohen. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1980, pp. 391–397. Em razão da descoberta do Plano Cohen, Vargas submeteu, ao Congresso, nova autorização para decretar o estado de guerra, o que foi concedido por 138 votos a favor a 52 contra na Câmara e apenas três votos em contrário no Senado. Registre-se aqui, entretanto, as palavras de Rego Barros: “— não admito que, sob o pretexto de defender a ordem jurídica, o Estado democrático se o fira de morte violando-lhe o código fundamental, a Constituição.” DPL, 02.10.37.

¹⁰ SILVA, Helio. *Todos os golpes se parecem*. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1970., pp. 403–408.

¹¹ No período do seu funcionamento, o Tribunal teve o procedimento alterado três vezes (1937, 1938 e 1942), todas alterações para acelerar o procedimento e restringir garantias do imputado.

¹² São as palavras de Evandro Lins e Silva que com ele conviveu. SILVA, Evandro Lins. *Arca de Guardados*. Vultos e Momentos nos Caminhos da Vida. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 24

Como é relativamente notório, ele não gostava de cobrar honorários por sua atuação. Fosse o caso, cobrava pouco ou os devolvia ao final. Quem contou o episódio a seguir foi Evandro Lins e Silva. Tratava-se de um julgamento perante o Tribunal de Segurança Nacional em que a imputação, envolvendo o crime de usura, fora dirigida ao dono de um banco paulista, chamado Sampaio Moreira. O corréu era Vicente Sasso. Ambos haviam sido acusados de cobrar juros acima do autorizado pelo Banco Central. Um dos parentes de Sampaio Moreira procurou o então ministro do exterior, Oswaldo Aranha, que indicara o nome de Mario Bulhões Pedreira para a defesa. Outro parente trouxe de São Paulo o nome de Sobral Pinto, indicado pelo advogado e líder católico, Plínio Barreto. Perguntado quanto cobraria pela Defesa, Sobral respondeu: - 5 contos de réis. “-Mas doutor, só?!” indagou o familiar. Indignado, Sobral Pinto vociferou: - não vale mais que isso! Se alguém cobrar mais que isso é uma exploração.¹³ Mario Bulhões Pedreira, bem diferente de Sobral, havia cobrado algo em torno de ‘duzentos contos’.

Sendo os acusados, banqueiros, resolveram contratar os dois advogados para a Defesa. Mário Bulhões não viu nenhum óbice, chegando a dizer aos familiares do preso que Sobral “era seu amigo, colega de turma, compadre”.¹⁴

Telefonou para o Sobral: ‘muito bem, Sobral, nós fomos procurados e vamos funcionar juntos.’ Mas o Sobral, eu sempre brinquei, tinha um *não* na ponta da língua

... Respondeu: “Não! Uma defesa no Tribunal de Segurança Nacional não comporta dois advogados na apelação, de forma que fique você.” Bulhões começou a insistir: ‘mas não é possível, Sobral! É um homem que tem recursos, ele quer ter o direito de ter dois bons advogados. Não há razão para você recusar.’

No final, depois de muita luta, Sobral estabeleceu uma condição absurda: ele continuaria na causa, mas sem perceber honorários. Evandro Lins, a quem coube a defesa de Vicente Sasso, contou ainda que, terminado o julgamento e os réus absolvidos, Bulhões Pedreira enviou à Sobral um cheque de “50 contos”. Sobral Pinto devolveu o cheque com uma carta violentíssima, em que

exigia respeito à sua palavra, uma só, e que não aceitava pagamento. Diante disso, preocupado em ter encaminhado valor acima do que Sobral achava justo, Mario Bulhões Pedreira lhe enviou outro cheque, desta vez em branco, para que Sobral Pinto pusesse o valor que lhe aprouvesse. Evandro lembra que Sobral ficou mais indignado ainda:

- Dias depois, ele estava sendo despejado do escritório por falta de pagamento do aluguel! Eu, como amigo, falei com ele: ‘Sobral, você precisa de um curador! Não havia razão para você deixar de cobrar! Compreendo perfeitamente que não se cobre de um pobre, de uma pessoa que não tem recursos, mas de um homem rico, que pode pagar os seus honorários, você deveria receber!’ Mas ele tinha vocação para a pobreza. Não há ordens religiosas que têm essa vocação? Sobral fez voto de pobreza na sua banca de advogado.¹⁵

Nas horas agudas da repressão política é quando o papel do advogado testa, nos aventureiros, a sua vocação. Sobral deu lições de liberdade sempre que foi demandado: “conforto para o preso, esperança para a família e temor para o carrasco”.¹⁶ Mudou-se para o Rio de Janeiro aos 18 anos. Estudou na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro que funcionava, à época, no Colégio Pedro II, localizado na atual rua Marechal Floriano.

Ainda jovem, Sobral Pinto ocupou a função de Procurador Criminal. Em entrevista à Ary Quintela foi questionado a respeito da sua participação nas perseguições políticas do Governo Artur Bernardes. A Colônia Penal de Clevelândia, para onde os inimigos políticos de Bernardes eram levados, não era menos escabrosa, violenta e degradante que a Colônia Dois Rios ou outras prisões da ditadura varguista. Conhecida como “inferno verde”, funcionava como um campo de concentração, submetendo os internos à falta de estrutura, fome, tortura e trabalhos forçados. Vale, portanto, uma digressão rápida sobre o assunto, já que Sobral Pinto era o Procurador Criminal que, em tese, teria atuado contra estas pessoas.

Como Paulo Sérgio Pinheiro indica, as revoltas de 1922, 1924 e a Coluna Prestes, “justificaram” a escalada da repressão do Estado não apenas contra os revoltosos, mas

¹⁵ Ibid, p. 131/132

¹⁶ Expressões que devem ser creditadas a Evandro Lins e Silva, reproduzidas no título deste trabalho. Ibid, p. 24

¹³ Ibid, p. 130

¹⁴ Idem



contra os dissidentes políticos que queriam estar ligados à classe operária. Mesma dinâmica verificada a partir de 1935, retomada em 1964. Depois da Revolta da Vacina no Distrito Federal, em 14 de novembro de 1904, a repressão política como padrão institucional do Estado Brasileiro foi definitivamente configurada.¹⁷ Um tipo de violência especialmente dirigida aos pobres que, percebidos como *indesejados*, passaram à alvo preferencial das agências repressivas: - “o desterro, o recolhimento em colônias penais e as expulsões foram utilizados indiscriminadamente contra os dissidentes políticos e a população pobre, não se percebendo muitas vezes a distinção entre um e outro contingente”.¹⁸ Como insiste Pinheiro, o marco de 1904 é importante para a definição do arbítrio policial nos moldes atuais, especialmente a partir do que se convencionou chamar de “questão social”. A repressão à “revolta da vacina” veio acompanhada de um discurso que pregava o pânico das manifestações populares, ao mesmo tempo em que clamava pelo terror policial no tratamento penal destas insurgências. O envio para Clevelândia, localizada no Oiapoque, Amapá, representava aos perseguidos do governo Artur Bernardes, algo equivalente à pena de morte. Um relatório do então ministro da agricultura, “Viagem ao Núcleo Colonial de Cleveland” mostrou que, em 1926, dos 946 prisioneiros desterrados depois da revolta de 1924, 444 haviam morrido.¹⁹

A história de Heráclito Sobral Pinto em defesa das liberdades no Estado Novo em diante, tornou a sua atuação como Procurador Criminal do governo Artur Bernardes um capítulo inconveniente. Não vou me deter nisso. Ao defender-se da pergunta de Ary Quintela, acima referida, Sobral Pinto respondeu veementemente que não tinha nada a ver com Clevelândia, chegando a afirmar que “nem sabia da sua ocorrência!”.

Convém registrar, apesar de dispensável, que o fato de

¹⁷ O governo federal de Rodrigues Alves determinou a deportação em massa para a Amazônia, onde, até hoje, não se sabe o paradeiro de milhares de pessoas. PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A Revolução mundial e o Brasil - 1922 - 1935*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 87

¹⁸ Acrescenta Sérgio Pinheiro que, além dos desterrados em estado de sítio, o governo Bernardes promoveu ampla higienização da cidade, conduzindo às delegacias todas as pessoas que se encontravam em situação de rua. “Juntadas às dezenas, eram remetidas à ilha das cobras, onde eram surradas impiedosamente”. *Ibid.*, p. 89

¹⁹ *Idem*, p. 95.

Sobral Pinto, um dos maiores advogados do país, ter atuado como Procurador Criminal, não é demérito algum. O período de ampla repressão política contra a oposição não lhe é favorável, mas disso passa longe a comprovação de que atuou para o envio de pessoas à Clevelândia, deixando de primar pelo que mais acreditava, a defesa da legalidade. No mais, os grandes patronos que já transitaram pelo Tribunal do Júri na década de 30 ou os que se encontram, ainda hoje, em resistência ao autoritarismo do sistema de justiça penal, em algum momento, passaram pela instituição.²⁰

Sobral Pinto deixou a Procuradoria Criminal entre agosto e setembro de 1928, ocupando em seguida o cargo de Procurador-Geral do Distrito Federal. Ainda neste ano, ingressou no Centro Dom Vital, criado em maio de 1922, no Rio de Janeiro, por Jackson de Figueiredo. Ao deixar a Procuradoria do Distrito Federal, no mesmo ano de 28, passou a dedicar-se exclusivamente à advocacia. A partir daí, rejeitaria todos os convites para cargos públicos, mais altos que fossem.

A DEFESA CRIMINAL NO TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL: LUTAS DE SOBRAL EM FAVOR DE LUIZ CARLOS PRESTES E ARTHUR ERNEST

Em 11 de setembro de 1936, como referido, o Tribunal de Segurança Nacional estava de pé. Entre 1936 e 1944, 19.018 pessoas foram formalmente indiciadas pela polícia, 10.724 denunciadas, dentre elas, 3.066 pessoas foram condenadas pelo TSN. Incluindo-se o ano de 1945, último de funcionamento do Tribunal, o número de indivíduos sentenciados à prisão chega a 4.099.²¹

²⁰ Jorge Severiano Ribeiro, consagrado advogado criminal, foi promotor da comarca de Porto Velho, capital do Estado de Rondônia, em 1917. Evandro Lins e Silva foi Procurador Geral da República; Geraldo Prado foi promotor de justiça, assim como Nilo Batista. Juarez Tavares, maior penalista brasileiro vivo, fez carreira no Ministério Público Federal. Todas estas pessoas, a exceção de Hungria, sempre estiveram ao lado das garantias e liberdades públicas fundamentais.

²¹ Os dados apresentados têm por base os relatórios anuais apresentados pelo Tribunal de Segurança Nacional e, segundo indicado por Raphael Peixoto de Paula Marques, não incluiriam o ano de 1945. Reynaldo Campos, entretanto, considera também o último ano de funcionamento do TSN nas estatísticas. Cf. MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Repressão Política e Usos da Constituição no Governo Vargas*. (1934 – 1937). A segurança nacional e o combate ao comunismo. Curitiba: Editora Prismas, 2015, p. 230; CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão Judicial no Estado Novo*: esquerda e direita no banco dos réus. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982, p. 173.

O emprego de procedimentos jurídicos formais cumpre, do ponto de vista de quem o domina, variadas funções estratégicas, dentre as quais a de conferir aparência de legitimidade à repressão. Por outro lado, o recurso aos tribunais está sempre associado às medidas paralegais praticadas pela polícia, como prisões não comunicadas, censura, vigilância e ameaças de todos os tipos. Com ou sem decisões absolutórias por tribunais, proferidas anos depois de se submeter a pessoa às masmorras, o contexto de pavor e retraimento da dissidência estará consolidado. A atuação do tribunal, vista como vacilante, pode produzir mensagens contraditórias aos que se ocupam da disputa política, e isso não pode ser ignorado. Pode ser interpretada como um sinal de abertura política ou utilizada como justificativa para maior recrudescimento da repressão. No caso brasileiro, vingou a segunda opção, especialmente após as decisões favoráveis proferidas no âmbito do TSN e STM, em setembro de 1937.

Dos episódios e enfrentamentos que Sobral Pinto protagonizou diante do Tribunal de Segurança Nacional, um deles está suficientemente marcado na história da justiça penal brasileira. Trata-se da atuação em defesa de Luís Carlos Prestes e Arthur Ernest, simplesmente Harry Berger.

A denúncia foi oferecida nos autos do Processo nº 01 do Tribunal de Segurança Nacional. A petição inicial foi formulada por Honorato Hymalaia Vergolino e era uma cópia do relatório de Enrico Bellens Porto, produzido no inquérito sobre “o movimento subversivo deflagrado em 27 de Novembro”. Em apertadíssima síntese, Honorato Vergolino, como havia estruturado Bellens Porto, atribuiu à Luís Carlos Prestes a “figura central do movimento”. A narrativa da denúncia estava dirigida à demonstração de que Prestes, “com sua atuação no preparo, organização e direção intelectual da insurreição da novembro” havia transformado a Aliança Nacional Libertadora em uma célula extremista de agentes comunistas, inclusive, estrangeiros. Após discorrer sobre a história pregressa do acusado, citou que Luiz Carlos Prestes entrou no Brasil, vindo de Buenos Aires, “com a falsa qualificação de Antonio Villar, cidadão português, fazendo-se acompanhar de uma senhora estrangeira, que dizia ser sua esposa e chamar-se Maria Bergner Villar”.²²

²² TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL, Processo nº 01. Os cabeças da Revolução; PORTO, Enrico Bellens. *A Insurreição da ANL em*

Vivendo no país ilegalmente, Prestes, membro do “Comitê Executivo da 3ª Internacional Comunista (...) veio ao Brasil para, sob a bandeira da Aliança Nacional Libertadora, organizar e articular os movimentos que deflagraram em Novembro do ano passado, só se avisava e se correspondia com os seus mais íntimos companheiros e logares tenentes, dentre os quais sobressaíam os chefes comunistas estrangeiros Arthur Ernest Ewert ou Harry Berger, representante da Internacional; Rodolpho Gioldi, secretário do Partido Comunista Argentino e Leon Jules Vallé, o encarregado de provar às necessidades financeiras de Prestes.²³ A inicial prossegue fazendo referências a apreensão de um grande arquivo em uma das casas que Prestes teria residido,²⁴ acrescentando que, ouvido pela autoridade policial, Prestes teria assumido “inteira responsabilidade pelo manifesto de sua autoria, lido nesta capital em 05 de julho do ano passado, em uma reunião realizada pela Aliança Nacional Libertadora”.²⁵

Os “graves documentos” apreendidos pela polícia, sob os quais a denúncia se assenta, resume-se a folhetos e cartas em que se discutiam pontos do programa da ANL ou análises críticas da situação nacional.²⁶ O relatório policial, incorporado *ipsi litteris* na denúncia, cita ainda que Prestes teria continuado com suas atuações após a deflagração do movimento de novembro de 35, o que estaria provado igualmente por cartas dirigidas aos membros do Secretariado Nacional do Partido Comunista.

Arthur Ernest, segundo consta da Acusação, era um ex-deputado comunista que teria chegado no Rio de Janeiro em 06 de março de 1935, às expensas do Partido, com a “missão especial de estabelecer a ligação do Par-

1935. Relatório Bellens Porto. Marly A. G. Vianna (organizadora). 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 60

²³ Idem.

²⁴ Rua Barão da Torre, nº 636, Ipanema, Rio de Janeiro.

²⁵ Ibid, p. 62

²⁶ “O manifesto de 05 de julho de 1935, dirigido “A Todo o Povo do Brasil”, no qual o acusado traça o programa de ação a desenvolver pela Aliança Nacional Libertadora, para a tomada do poder”; “uma carta dactylographada e assignada “barreto” que é um documento de analyse crítica deste elemento do Partido Comunista sobre a situação nacional e principalmente o papel desempenhado pela Aliança Nacional Libertadora, que na sua phase legal, quer na phase posterior ao seu fechamento”; “salvo-conduto de Harry Berger, escripto de próprio punho pelo acusado”. Outros documentos, supostamente relacionados à mera intenção dos movimentos de novembro igualmente são citados. Ibid, p. 63



tido Comunista Brasileiro com a grande massa, isto é, com o proletariado, com os camponeses, e com a pequena burguesia”.²⁷ A narrativa acusatória alça o acusado ao posto de um “dos mais destacados e audazes membros do Partido Comunista da Alemanha” que, “na sua vida de agitador internacional” tem usado diversos pseudônimos. Ainda de acordo com a Procuradoria Criminal e Polícia do Distrito Federal, a responsabilidade do imputado estaria configurada a partir de documentos “de autenticidade irrecusável” e de “testemunhos insuspeitos”. Tais documentos, que juntos formaram dois volumes de autos de apreensão, expressariam “planos de combate a executar pelas massas na hora do ataque; são directivas apresentadas ao próprio Secretariado Nacional do Partido Comunista do Brasil, no tocante à orientação a seguir no preparo e deflagração da insurreiçãõ que se tramava”.

Ao descrevê-los mais objetivamente, a denúncia fez referência a um texto, escrito em alemão, mas traduzido ao português pela polícia, sob o título “Problemas Táticos”. Nele, se traça um longo estudo sobre a revolução popular no Brasil.²⁸ Em outro trecho, fala-se em apreensão de documentos consistentes na divulgação do programa da ANL, desenvolvimento de questões táticas a ele associado e, ainda, “ensinamentos do acusado aos seus companheiros de revolução”. Quanto à prova testemunhal, a acusação descreve declarações de membros do Partido Comunista que nada mais fazem do que atestar que conheciam Berger e que ele participava de reuniões.²⁹ A conclusão, exposta no relatório copiado por Vergolino, foi de que Harry Berger “não só mostra á evidência que elle foi, talvez a figura central, culminante de todo movimento, em torno da qual giravam os demais chefes, inclusive, o ex-cap. Luiz Carlos Prestes, como também convence que as atividades de EWERT não cessaram com a derrota que sofreram os comunistas em 27 de novembro, mas prolongaram-se até a data de sua prisão em 26 de dezembro”.³⁰

²⁷ Ibid, p. 71

²⁸ Ibid, p. 72

²⁹ Exemplo: declaração de Antonio Maciel Bomfim (ou Adalberto de Andrade Fernandes) – “Que como disse em declarações anteriores, HARRY BERGER, orientava as reuniões e todos os elementos acima citados tomava parte nas discussões que allí se travavam, mormente no tocante á actuação do Partido Comunista”. Ibid, p. 76

³⁰ Ibid, p. 77.

A denúncia não apenas exagera – e muito – na capilaridade do movimento junto ao povo brasileiro, como se constrói sob uma narrativa que associa o pensamento político comunista ao “terror”, sem base empírica para isto. Essa narrativa não difere dos contornos dados pela campanha anticomunista que, pelo menos desde 1931, vinha construindo o ambiente necessário ao recrudescimento da repressão criminal contra os opositores do regime (à época, na chefia do governo provisório).

Denunciados perante o Tribunal de Segurança Nacional, os comunistas não se defendiam, porque não acreditavam na imparcialidade dos “juizes burgueses” ou por motivos diversos. Em qualquer hipótese, os juizes se dirigiam a Ordem dos Advogados para que designasse um advogado. Onde não havia Ordem, o juiz mesmo designava.³¹

Em 08 de janeiro de 1937, Targino Ribeiro, então presidente do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio de Janeiro, encaminhou um ofício à Heráclito Fontoura Sobral Pinto, sugerindo sua nomeação para exercer a defesa técnica dos dois principais líderes do movimento de 35, Prestes e Arthur Ewert. Na carta em que o respondeu, datada de 12 de janeiro, Sobral Pinto ratificou que aceitara a nomeação, “como dever indeclinável de nossa profissão”, lamentando-se, em tom respeitoso, que o Conselho da Ordem, em sua soberania, tenha lançado sobre os seus “frágeis ombros”, “tão árdua, penosa e difícil missão”.³²

O que me falta em capacidade, sobra-me, porém, em boa vontade para me submeter às imposições do Conselho da Ordem; e em compreensão humana para, fiel aos impulsos do meu coração cristão, situar no meio da anarquia contemporânea a atitude desses dois semelhantes, criados, como eu e todos nós, à imagem de Deus. Quaisquer que sejam as minhas divergências do comunismo materialista – e elas são profundas – não me esquecerei, nesta delicada investidura de que o Conselho da Ordem impõe, que simbolizo, em face da coletividade brasileira exaltada e alarmada: A DEFESA.³³

³¹ PINTO, Heráclito Sobral. *Porque Defendo os Comunistas*. Belo Horizonte: Universidade Católica de Minas Gerais. 1979. p. 23

³² PINTO, Heráclito Sobral. Carta de Sobral Pinto a Targino Ribeiro, Presidente do Conselho da OAB. In: *Porque Defendo os Comunistas*. op. cit., p. 40.

³³ Idem. Sobral Pinto levava muito à sério as nomeações para atuar como advogado *ex-officio* dos presos políticos. Era um crítico duro dos colegas



Luiz Carlos Prestes recusou o patrocínio de Sobral Pinto, sob a alegação de que a “mentalidade burguesa do advogado” fazia com que não tivesse capacidade, nem desejo de defendê-lo. Considerava-o um simples advogado, sem meios para amparar um dos mais odiados perseguidos políticos do país. Dizia ainda que os advogados não tinham “alma para penetrar no pensamento dos comunistas”, pautando-se apenas pelos próprios interesses, “arranjar a vida” e mais nada: - “o Governo é um Governo de violência e de força e todos vocês abaixam a cabeça para o Governo”, afirmava. Na oportunidade em que comentou sobre a postura de Prestes, por volta de 1978, Sobral pareceu compreensivo. Veja bem, ponderou: - “esse homem, que não vê ninguém, não fala com ninguém, quando se encontra com uma pessoa que diz querer defendê-lo... você pode imaginar a indignação, a revolta dele”.³⁴

Dono dos mais importantes atributos de um advogado, - fidelidade, honestidade e entrega nas lutas diárias contra o arbítrio – em pouco tempo o cenário virou. Mesmo não sendo atendido por Prestes na primeira vez, Sobral Pinto retornou. Na segunda vez que esteve por lá, solicitou a um guarda que entregasse a Prestes um cartão, em que dizia estar no gabinete, à disposição. Pediu que entregassem, igualmente, a cópia de uma petição que havia sido protocolizada por ele. Prestes leu o cartão e solicitou que fossem buscar o advogado: “- eu gostaria de falar com o Dr. Sobral”. De frente ao patrono, perguntou: “- o senhor realmente entrou com essa petição”. A resposta de Sobral é a expressão da sua retilínea atuação como advogado: “- mas é claro, eu não seria capaz de uma coisa dessas: entregar ao senhor a cópia de um documento que eu não entreguei ao Juiz, sobretudo a um homem como o senhor que não tem meios de apurar se isso é verdade”.³⁵

que, designados, faziam apenas a *mímica do dever*, como se referia. Sobral narrou que, em determinado episódio, nomeado para atuar por indicação do juízo, solicitou que o ato fosse adiado para que estudasse melhor o processo. O pedido gerou estranhamento geral, mas foi deferido. A partir desse movimento, muitos juízes começaram a requerer a sua intervenção nos autos. *Ibid*, p. 22.

³⁴ PINTO, Heráclito Sobral. Conta Sobral Pinto. In: *Porque Defendo os Comunistas*. op, cit, p. 27.

³⁵ O documento protocolizado por Sobral foi publicado no jornal *O Radical*, chegando ao conhecimento da Dona Leocádia, mãe de Prestes, à época vivendo em Paris. Sobral Pinto conta que Leocádia escreveu uma carta ao filho, dizendo “tenha confiança no Dr. Sobral”. A partir daí tudo mudou.

A atuação de Sobral Pinto em defesa de Luiz Carlos Prestes e Harry Berger, seja nos autos do Processo nº 01 do TSN, petições avulsas e até mesmo em cartas enviadas ao Ministro da Justiça Francisco Campos, constitui um dos exemplos mais emblemáticos de resistência de um jurista no Brasil. Os dois temas que mais suscitaram a enérgica e persistente atuação de Sobral, no contexto, são ainda muito caros à democratização do sistema de justiça brasileiro: direito de defesa (acesso ao constituído e às informações disponíveis à Acusação) e luta pela preservação da dignidade do preso, cujo dever de assegurar o respeito é historicamente entregue ao advogado criminal.

Durante todos os meses, de março a junho, Sobral Pinto se dirigiu reiteradamente ao juiz Raul Machado para denunciar as condições em que se encontravam os presos sob seu patrocínio. Ainda no início de março, antecipara a urgência da intervenção do magistrado, salientando que “somos um povo que não tolera a crueldade, nem mesmo para os irracionais, como o demonstra o decreto nº. 24.645, de 10 de julho de 1934, cujo artigo 1.º Dispõe: ‘Todos os animais existentes no país são tutelados do Estado’”.³⁶ Em 03 de Junho, não obtendo solução alguma, apelou ao Ministro da Justiça José Carlos Macedo Soares, recém-empossado. Além de informar das péssimas situações em que Luiz Carlos Prestes e Harry Berger se encontravam, tentou a todo custo sensibilizar o ministro de que, “independentemente da convicção política, os acusados deveriam ser tratados como membros da espécie humana.”³⁷

Um mês depois, submetido ainda às mesmas condições, o próprio Luiz Carlos Prestes impetrou *habeas corpus* dirigido ao Ministro Presidente do Supremo Tribunal Militar. Na inicial, consta o seguinte:

Luiz Carlos Prestes, por si e por Arthur Ernest Ewert, que se encontram presos, incomunicáveis, no edifício onde funciona a Polícia Especial do Distrito Federal, á disposição do Tribunal de Segurança Nacional e, já agora, do Tribunal que V.Exa. Preside, *ex. vi*. Do Art.

Ibid, p. 28

³⁶ Pela análise da Apelação Criminal dos acusados é possível identificar o teor das denúncias de maus tratos a Prestes, além dos casos de abusos cometidos por autoridades na violação de prerrogativas do advogado.

³⁷ PINTO, Heráclito Sobral. Conta Sobral Pinto. In: *Porque Defendo os Comunistas*. op, cit, p. 146/148

10º da Lei nº 244 de 11 de setembro de 1936, nos termos do nº 23 do artigo 113 da Constituição Federal e nos termos do art. 261 e seus parágrafos 4º do Código de Justiça Militar, uma ordem de *Habeas Corpus*, afim de que tenham, afinal e imediatamente, um termo as arbitrariedades, perseguições e torturas físicas e morais a que estão sendo submetidos, o primeiro há 16 meses e o seguindo há mais de 18 meses, pelos agentes policiais do Poder Executivo. Os requerentes poderão em breves palavras expor a esse Egrégio Tribunal a situação em que se encontram, contrária não só aos mais elementares direitos assegurados pela Constituição Federal, como os mais mezinhos princípios da civilização. (...)³⁸

Em 12 de julho, o ministro Edmundo da Veiga solicitou informações. Nela, a autoridade coatora rechaçou os termos da impetração, informando que Luiz Carlos Prestes e Harry Berger encontram-se “em uma sala bastante higiênica e, sobretudo, arejadíssima”. No ofício nº 298, em que respondeu ao ministro, consta ainda que: “não são do conhecimento da Chefia da Polícia os sofrimentos morais e físicos de que se queixa o impetrante, podendo afirmar-se serem destituídos de fundamento tais alegações, assim como também não é verdade que aos referidos presos não seja permitida a leitura de livros e jornais”.

Após afirmar que todos os pedidos de Luiz Carlos Prestes teriam sido satisfeitos,³⁹ a autoridade coatora asseverou que, quanto a Harry Berger, não foram adotadas providências, “devido á reserva e excessiva desconfiança com que aquele emissário do Komitern trata a todos, até mesmo ao seu advogado, que, entretanto, lhe tem

³⁸ Grifos no original. Impetração datada de 02 de julho de 1937, p. 02. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, *Autos do Habeas Corpus nº 8462/1937*. Impetrante: Luiz Carlos Prestes. Ministro Relator Edmundo da Veiga.

³⁹ Ressalvou-se o requerimento assinado por Sobral Pinto, em que solicitou a restituição de valores apreendidos em sua residência por ocasião da prisão. *Ibid*, p. 05. Em 15 de Julho de 1937, Sobral Pinto peticionou ao Ministro da Justiça e Negócios Interiores, requerendo que “se digne de ordenar ao Sr. Capitão Chefe de Polícia que faça imediata entrega ao Sr. Director da Casa de Correção de todo os dinheiro apprehendido em poder de Luiz Carlos Prestes, no dia da sua prisão. Entrega idêntica deverá ser feita de todos os objectos pertencentes ao meu cliente ex-officio, inclusive, um relógio, que é uma relíquia de família, que se achava em seu poder na ocasião em que a Polícia o foi buscar na rua Honorio nº 279, no Meyer. Taes bens e valores permanecerão, como é de lei, sob a guarda do Sr. Director da Casa de Correção que, na forma da legislação vigente, deles disporá consoante for determinado por Luiz Carlos Prestes.” *Idem*.

demonstrado sincera dedicação. Só recentemente, há alguns dias, apenas, aquele sentenciado tem modificado ligeiramente a sua atitude para com o seu advogado, que se apressou em encaminhar a este ministério o requerimento já referido no §5º”⁴⁰

Em seguida, 30 de julho, Sobral Pinto requereu fossem juntadas à impetração todas as petições que apresentou ao Ministro da Justiça em 15 de julho de 37 e, em 28 do mesmo mês, assim como ao Ministro Relator da Apelação Crime nº 4.899. Sobral argumentou que, nestes documentos, “há elementos e indicações da mais alta importância e significação para melhor informar o venerando tribunal sobre a necessidade urgente de ser concedida a ordem impetrada por Luiz Carlos Prestes”.

Na petição dirigida ao relator da Apelação crime nº 4899, em 28 de julho de 37, carreada aos autos do *habeas corpus*, Sobral foi muito duro e contundente em expor o que se passava com os seus clientes ex-officio, como se referia. Em linguagem clara e objetiva, característica das suas petições, Sobral Pinto alertou ao magistrado das inúmeras petições do suplicante, reclamando, “com veemência, um tratamento humano para Harry Berger, que se encontrava recolhido no socavão de uma escada, sem cama, sem roupa, sem banco, e onde não lhe era dado sequer gozar nem de luz, natural ou artificial, nem de ar renovado”.

Bateu o Supplicante a todas as portas. Dirigiu-se ao juiz summariante. Appelou para o Presidente do Tribunal de Segurança Nacional. Invocou o auxílio do Conselho da Ordem dos Advogados. Escreveu ao Sr. Ministro da Justiça, antecessor do actual. Recorreu para o Exmo. Sr. Presidente da República. Tudo foi em vão.⁴¹

⁴⁰ Neste parágrafo, a autoridade, referindo-se à Berger, disse que somente há um dia chegara na secretaria de Estado um requerimento semelhante ao de Prestes, em que Sobral Pinto requeria providências “relativas ao melhoramento de suas condições de vida no presidio”.

⁴¹ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, *Autos do Habeas Corpus nº 8462/1937*, op, cit, p. 07. Na sequência, Sobral informa que o ministro Macedo Soares, após insistências provocações suas, atuou para que Berger fosse transferido para “um quarto bem arejado, onde dispõe de cama, de cobertas, de cadeira e de mesa”. Ressalva, contudo, que as mudanças no quadro degradante em que o preso se encontrava, restringiu-se “a isto, e tão somente isto. Continuam todas as demais restrições, pois não lhe permitem qualquer leitura, seja de livros, revistas, ou jornais. Não lhe ministraram, outrossim, até agora, nem ao menos a roupa de uso comum. Reduzido, por outro lado, a uma desnutrição orgânica alarmante (...) Harry Berger necessita de alimentação adequada.” *Ibid*, p. 13



A insistência de Sobral na luta pelos direitos dos seus constituídos é uma marca contundente da sua atuação como advogado e jurista. Dois dias depois, não obtendo resposta satisfatória do relator da Apelação, escreveu ao Ministro da Justiça. Sobral Pinto registrou: “- não quero ficar com a responsabilidade de, advogado ex-officio de Harry Berger, não ter lançado mão de todos os meios e recursos ao seu alcance para salvar, enquanto é tempo, a vida do meu cliente”.⁴² Requereu, assim, que o ministro determinasse à polícia política de Filinto Muller que garantisse ao acusado o direito de ler livros e jornais, alimentar-se de acordo com as prescrições médicas, usar as roupas indispensáveis à boa conservação da saúde. Como referido, a autoridade coatora foi questionada, mas cingiu-se a afirmar que a integralidade dos pedidos de Luiz Carlos Prestes já tinha sido atendida.

Quanto ao pedido deduzido no *habeas corpus* de “transferência imediata para um presídio onde lhes seja reconhecida a qualidade de seres racionais e estejam ao abrigo das brutalidades, insultos físicos e moraes que lhes são aplicados pelos policiaes do Sr. Filinto Muller”, o Ministro Edmundo da Veiga afirmou que as alegações, “embora de difícil credibilidade” demandariam melhor esclarecimentos das autoridades. Concordou, todavia, com a tese de que este requerimento (nº 01) e o voltado a assegurar o “direito de livre entendimento com seus advogados, fora das vistas de qualquer agente do Poder executivo” (nº05) são, por excelência, matérias a resolverem-se mediante *habeas corpus*.

Edmundo da Veiga passou a discorrer sobre os precedentes da Corte Suprema que conferem extensão à medida, citando como exemplo os *habeas corpus* nº 26.082 de 16 de junho de 1937, relatoria de Carvalho Mourão e o *habeas corpus* nº 3.603 de 22 de agosto de 1914, em que se discutiu a ilegalidade do regime penitenciário imposto a um determinado delinquente político, na hipótese, preso em lugar destinado a criminosos comuns. Para enfrentar o quinto pedido declinado na inicial, citou o acórdão proferido nos autos do *habeas corpus* nº 3.556 de 10 de junho de 1934, em que se decidiu pela ilegalidade da incomunicabilidade da detenção, ainda que decretada como medida do Estado de Sítio.⁴³

Não deixa de ser interessante observar como os tribunais brasileiros, notadamente a maior Corte de justiça do país, no auge da repressão política, cumpriu, maior parte das vezes, o que dela se esperava: legitimar o arbítrio por meio de procedimentos jurídicos aparentemente regulares. Após longo trecho em que deu indicativos da necessidade de concessão da ordem, baseado em decisões favoráveis ao direito de liberdade, o ministro entendeu por conhecer do *habeas corpus*, mas, no mérito, julgou a ordem prejudicada por falta de objeto. Para o ministro relator, bastava ver as informações prestadas pela autoridade coatora que, transcritas no acórdão, indicavam “haverem cessado ou estarem em via de cessar alguns dos motivos que determinaram o pedido.”⁴⁴

Esta decisão é emblemática da justiça política no Brasil, uma vez que demonstra como o tribunal pode, a despeito de estar aparentemente funcionando, construir subterfúgios jurídicos para legitimar arbitrariedades, sem sobre elas se manifestar diretamente. É óbvio que Sobral Pinto, sendo o símbolo da resistência diante das atrocidades do Estado, não iria se deixar por vencido. Em 19 de agosto de 1937, pouco mais de quinze dias da decisão tomada, dirigiu-se novamente ao Ministro da Justiça, José Carlos de Macedo Soares, desta vez, para requerer que Olga Benário não fosse entregue aos nazistas.⁴⁵

Se me dirijo, agora, a V. Exa., na qualidade de advogado ex-officio de Luiz Carlos Prestes, é porque não posso alijar da minha convicção a certeza de que cabe ao Governo brasileiro a maior responsabilidade neste crime contra os direitos da maternidade, que o ora se prepara, fria e cruelmente, no recinto dramático de uma prisão de outrora gloriosa Germânia.

V.Exa. poderá encontrar, em qualquer momento, nos arquivos deste Ministério, a cópia do ofício que em 14 de maio de 1936 o Delegado Eurico Bellens Porto dirigia ao Sr. Capitão – Chefe da Polícia desta Capital no qual dizia: ‘Ao encerrar o inquérito a que procedo sobre os acontecimentos desenrolados nesta capital em novembro do ano próximo passado, cumpre-me levar ao conhecimento de V. Exa. Que nos autos respectivos NÃO ENCONTRO ELEMENTOS BASTANTES QUE PERMITAM INCLUIR COMO INDICIADAS com atuação definida as estrangeiras Elisa Ewert ou Machala Lenczyeki, Car-

⁴² Idem.

⁴³ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, *Autos do Habeas Corpus nº 8462/1937.*, op, cit, p. 23

⁴⁴ Acórdão lavrado em 02 de agosto de 1937.

⁴⁵ PINTO, Heráclito Sobral. Conta Sobral Pinto. In: *Porque Defendo os Comunistas.* op, cit, p.177/179.

mem Alfaya de Chioldi e Maria Bergner Prestes que também usava os nomes de Yvonne, Olga e Maria Villar.”

Católico e patriota, eu me honro com o desempenho desta missão de que me vi investido pela veneranda Mãe de Luiz Carlos Prestes. Tudo farei, na medida das minhas energias morais e da minha capacidade profissional, para evitar que o Governo bárbaro e odioso de Hitler pratique a monstruosa iniquidade de tirar das mãos de sua mãe uma tenra criação de 10 meses.⁴⁶

A luta que Heráclito Fontoura Sobral Pinto travou em nome dos seus clientes, Prestes e Berger, exigiu dele o emprego de um amplo repertório de resistência. Conhecê-los é fundamental para se entender como se organizam os recursos e se implementam os instrumentos de defesa dos direitos fundamentais, em períodos de dura fascistização do sistema de justiça penal. Além de coragem e disposição ao enfrentamento com o poder (judicial, policial e ministerial), Sobral fez uso dos seus relacionamentos pessoais para que chegasse a quem fosse necessário, cada uma das suas irrisignações. Como visto, peticionava por diversas e diversas vezes, às vezes com intervalos de dois ou três dias, insistindo na necessidade de que fossem tomadas as providências que reclamava. Escreveu cartas a ministros, voltando a encaminhá-las quando entendia frustrado o pedido ou diante da modificação nos quadros do governo.

Enquanto os juristas colaboracionistas se associavam para formar comissões legislativas e atuar pela compilação jurídica do regime, Sobral Pinto arriscava-se a desafiar o Ministro da Justiça Francisco Campos, com palavras que poucas pessoas balbuciarão ao principal oficial da ditadura varguista. Por exemplo, em 04 de janeiro de 1938, cobrou de Campos a razão pela qual transferiu a responsabilidade do assunto “Prestes e Berger” a Negrão de Lima. Insatisfeito, exigiu dele imediata solução. Em outro momento, partiu para ao ataque contra o temido Filinto Muller, apontando que havia desacatado a ordem emanada pelo Juiz Raul Machado para que os presos políticos fossem transferidos para uma Casa de Correção. Irresignado, ele terminou dizendo o seguinte sobre o Chefe de Polícia:

Nunca o Capitão Felinto Müller se conformou com estes atos ligeiramente humanitários do Macedo Soares. Concentrou os maiores esforços no sentido

de retomar a posse destes dois condenados políticos. Seria necessário escrever um livro para expor-lhe, meu caro Campos, tudo quanto se forjou de mentiras, de falsidades, de imputações aleivasas contra o Diretor da Casa de Correção, e contra mim, para que se criasse um ambiente propício à volta dos meus clientes ex-officio para o domínio esmagador do Capitão Felinto Müller.

Basta-me recordar-lhe que se chegou ao cúmulo de inventar a calúnia de que eu me fizera elemento de ligação entre Prestes e os comunistas que ainda permaneciam em liberdade.⁴⁷

Não havia completado uma semana da carta anterior, Sobral Pinto enviou outra correspondência ao Ministro da Justiça, fazendo pesadas críticas sobre o governo de Getúlio Vargas. Chamou o regime varguista de “regime de senzala”, cujo ódio fez dominar as terras do Brasil. Vociferou em defesa das liberdades públicas, enquanto Nelson Hungria e companhia entregavam a Francisco Campos o primeiro trabalho de reforma penal da ditadura, a nova Lei do Júri. Segundo informações que foram levadas por Sobral Pinto, algumas pessoas estariam presas de forma indevida há mais de uma semana, o que exigia providências imediatas. Citou, como exemplo, o caso das senhoras Mary Huston Pedrosa e Arlinda Huston, “presas com requintes especiais de leviandade e maldade” que, ao serem levadas pela polícia, “deixaram em casa, inteiramente sós, quatro crianças”.⁴⁸

Cinco meses depois, instituída a pena de morte, ampliada a competência do Tribunal de Segurança Nacional e entregue o projeto de código de processo penal ao Ministro da Justiça, Sobral Pinto escreveu outra carta, informando episódios ocorridos na Casa de Correção e denunciando os ataques que vinha sofrendo. Desrespeitado como advogado, vítima de larga campanha de difamação pela defesa de comunistas, em alguns momentos Sobral pensou que poderia ser preso. Escreveu para Francisco Campos de forma dura e contundente:

Como prêmio de todo este esforço gigantesco, que venho dispendendo pelo imperativo, sobretudo, da minha consciência religiosa, o governo de que você faz parte envida todas as suas energias para me apontar ao País como um inimigo da pátria, e como um indivíduo indigno de receber o aplauso de quem quer seja. Ontem, era a calúnia torpe do meu comu-

⁴⁶ Ibid, p. 177

⁴⁷ Ibid, p. 188/199

⁴⁸ Ibid, p. 191/193

nismo, não se avergonhando certas autoridades de me atribuírem a função abjeta de agente de ligação entre os comunistas presos e os que ainda se encontravam em liberdade.

Esmagada, logo no nascedouro, esta imbecil mentira, prepararam as autoridades arbitrárias novo plano de envolvimento desmoralizante da minha modesta, mas destemerosa individualidade. Urgia enredar-me num cipoal de mentiras deslavadas, que, apresentando-me aos olhos de todos como um desrespeitador das leis vigentes, justificasse o ato prepotente do Poder Público de cerceamento integral da minha liberdade.⁴⁹

Além das batalhas contra o arbítrio no Tribunal de Segurança Nacional, Sobral envolveu-se num agressivo debate doutrinário com Cassiano Ricardo, que escrevia aos domingos no jornal *A Manhã*. A carga de revolta que tomou conta de Sobral Pinto, insultado e intimidado por Cassiano Ricardo, produziu a mais bela defesa do *primado do espírito nas polêmicas doutrinárias* que já se conheceu no Brasil.⁵⁰ Pressionado pela provocação a que foi submetido, Sobral Pinto interpelou pessoalmente autoridades, escreveu cartas e cartas, moveu-se como um violento tornado em defesa dos seus próprios direitos, deixando, no contexto de um surpreendente debate doutrinário, lições teóricas e práticas de democracia e justiça.

PROFESSOR SOBRAL E O “PRIMADO DO ESPÍRITO NAS POLÊMICAS DOUTRINÁRIAS”

A ira do Sr. Cassiano Ricardo contra Sobral foi desencadeada por um discurso que ele fez em homenagem ao jurista Pedro Aleixo. Durante o almoço do Congresso Jurídico Nacional, em 02 de setembro de 1943, Sobral Pinto foi designado a falar em nome dos manifestantes, oportunidade em que analisou “aquilo que os homens da geração do Sr. Pedro Aleixo consideraram como constituindo a verdadeira ordem jurídica democrática.”⁵¹ Sobral se queixou do contexto social, “atravessado por uma anarquia intelectual generalizada e de hostilidades facciosas apaixonadas”, preparando as bases de um discurso que,

⁴⁹ PINTO, Heráclito Sobral. Conta Sobral Pinto. In: *Porque Defendo os Comunistas*. op, cit, p. 210.

⁵⁰ PINTO, Heráclito Sobral. *O Primado do Espírito nas Polêmicas Doutrinárias* (as iras do Sr. Cassiano...). Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1943.

⁵¹ *Ibid*, p. 14

a pretexto de enaltecer Pedro Aleixo, teceu críticas indiretas aos homens, cujos “erros funestos e flutuações perigosas”, acarretam, quase sempre, “o desprestígio irremediável das funções públicas que desempenham”.⁵²

Nos momentos de crise, o difícil não é cumprir o seu dever; é saber onde é que ele está. É esta dificuldade que, nos períodos de perturbação geral, leva os homens públicos a incidirem, muitas vezes, em erros graves, que podem ser trágicos porque arrastam, inconscientemente, os seus concidadãos para o abismo insondável das grandes convulsões sociais.⁵³

Sobral Pinto tocou em um ponto sensível, no momento em que o regime estava sendo questionado em diversas frentes, pressionado também pela contradição entre uma estrutura institucional autoritária e o apoio aos aliados na segunda guerra mundial. Não estava, contudo, fazendo bravatas, mas expondo uma determinada questão doutrinária que, segundo pensava, era importante dizer naquele momento. Tal questão dizia respeito ao “aprofundamento mais intenso e maior compreensão dos conceitos jurídicos de *autoridade* e da *liberdade*”. Defendeu, ao final, que a democracia que lhe interessa e, que não cansou de batalhar com a ajuda de outros *juristas abnegados*, “é a que aspira harmonizar, numa ordem jurídica estável, o exercício pleno da autoridade pública com o respeito intransigente ao direito individual de cada um dos cidadãos”.⁵⁴

Esta manifestação provocou uma insultuosa reação de Cassiano Ricardo que, em 05 de setembro, publicou no jornal *A Manhã* um artigo com o título *O Saudosismo e o Combate ao Fascismo*, em que atacava Pedro Aleixo e os juristas que o homenagearam. Não satisfeito, publicou outro no dia 29, desta vez, focado só em Sobral Pinto. O artigo foi intitulado como *O Apóstolo e os seus equívocos*. Após resposta de Sobral nas edições de 02 e 09 de outubro, a divergência entre os dois atingiu o maior nível de tensão. Sobral Pinto narrou que Cassiano, “arrasado no campo doutrinário”, pensou, então, em lhe desmoralizar. Escreveu no dia 10 de outubro o artigo *Intrepidez & Larouse*, no qual desafiou o jurista e ex-advogado de Prestes e Harry Berger a definir, “se realmente fosse homem de coragem, o regimen que atualmente vigora no Brasil”.⁵⁵

⁵² *Ibid*, pp. 15/16

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Ibid*, p. 24

⁵⁵ *Ibid*, p. 25

Sobral tinha uma coluna no *Jornal do Comércio, Pelos Domínios do Direito*, em que discutia questões teóricas em geral. No dia 16 de outubro, respondeu a Cassiano Ricardo com o texto *Reintegração da Ordenação Jurídica*. Começava assim: – “A alma humana é, a um tempo, vulcão e espelho. Se, às vezes, é força que destrói, outras pelo contrário, é placidez, que conserva e orienta energias renovadoras. Nesta última, é inseparável da *lealdade*”.⁵⁶

Cassiano Ricardo pensava que Sobral Pinto se acovardaria, já que não se tem notícia de pessoas dispostas a entrar numa polêmica desta natureza no curso de uma ditadura. Neste texto, Sobral Pinto tratou do “lugar dos homens de honra”, da influência do “pensamento jurídico do mundo cristão” em sua formação, transitou por diversos autores e, claro, deu a Cassiano o que ele queria, ou seja, “um juízo claro sobre as instituições que o golpe de 10 de novembro de 1937 implantou no Brasil”.⁵⁷

Sobral expôs, por meio da reflexão em torno da palavra *lealdade*, uma interessante análise sobre o desequilíbrio de forças entre o Estado e o indivíduo, no caso, representado por Cassiano, jornalista do governo, e ele próprio.⁵⁸ Em certo momento, definiu que o lugar que os homens de honra nos apontam é o do centro, “para que com mão firme e decisão irretroatável, seguremos, pela gola, os tráfugas desbandeirados que tentam passar, alheios aos deveres da fidelidade, de um canto para outro, repudiando convicções incômodas, bajulando poderosos tolerantes, cuspidos nos vencidos impotentes, e agredindo os homens de bem, que nada reclamam para si”.⁵⁹

⁵⁶ Ibid, p. 27

⁵⁷ - “Certo em nos forçar a escolher ou a desmoralização ou o sacrifício, o Sr. Cassiano Ricardo não vacila: fórmula, frio e cruel, o desumano desafio, sem se lembrar, porém, de que democrática não poder ser a organização jurídica de um país que não tolera que um cidadão livre, honrado, trabalhador, e ordeiro divirja, publicamente, sem incidir em perigo, da orientação jurídica do governo.” Idem.

⁵⁸ “sujeitas às mesmas normas, dois homens podem, então, lutar em igualdade de condições. Quando, porém, um sabe que pode desferir, livremente, qualquer cutelada, sem receio do menor perigo; mas, o outro tem, nesse mesmo instante, um dos braços amarrado ao seu torso por um anel de aço, que lhe tolhe todo movimento, não há como falar em lealdade se aquele se prevalece da sua liberdade, para afrontar o seu adversário acorrentado (...) ‘Ser o mais forte, ter por si o Estado, o orçamento, a administração, perseguindo-os até em sua consciência, é tirania, e tirania odiosa sempre’”. Ibid, p. 27

⁵⁹ Estava respondendo à seguinte provocação de Cassiano Ricardo: O Sr.

O mais relevante deste texto tem a ver com a noção de democracia defendida por Sobral Pinto. Chamava de *verdades jurídicas fixadas pelo Santo Padre*. Para Sobral, a Carta de 10 de novembro de 1937 não realizou o “ideal de *democracia orgânica*, preconizado pela Igreja de Jesus-Christo”, portanto, “não se ajusta à ordenação jurídica decretada, nos seguintes termos, por Pio XII, para os povos cristãos”:⁶⁰

Quem deseja que a estrela da paz desponte e se detenha sobre a vida social, *coopere numa profunda reintegração da ordenação jurídica*. O sentimento jurídico de nossos dias tem sido frequentemente alterado e perturbado pela proclamação e prática dum positivismo e utilitarismo, subordinados e vinculados ao serviço de determinados grupos, classes e movimentos, cujos programas traçam e determinam o caminho à legislação e à prática forense.

O saneamento desta situação torna-se possível, quando desperta a consciência dum ordem jurídica, baseada no supremo domínio de Deus e ao abrigo de todo arbítrio humano; *consciência de uma ordem que estenda a sua mão protetora e vindicativa mesmo sobre os invioláveis direitos do homem e os proteja contra os ataques de todo poder humano*. Da ordem jurídica, querida por Deus, e conseqüentemente, a uma esfera concreta de direito, protegida contra todo o ataque arbitrário.

A *resistência* ao autoritarismo no sistema de justiça brasileiro provém de diversos lugares e é constituída por uma miríade de influências teóricas e práticas *antiautoritárias*. Para Sobral Pinto, as relações entre os homens, entre estes e a sociedade ou perante a autoridade, deve se pautar por uma clara base jurídica, o que supõe “a) um tribunal e um juiz que tomem as suas diretrizes de um direito claramente formulado e circunscrito; b) normas jurídicas claras que não se possam sofismar com apelações abusivas para um suposto sentimento popular ou

Sobral Pinto é católico? Se é católico, já não poderá ele ser liberal-burguês, contra as Encíclicas, que consideram o demo-liberalista ateu e cosmopolita. Portanto, nesse primeiro canto ele não poder é estar. Comunista? Não é possível. Também não estará ele nesse segundo canto, pois não estará disposto a pensar russamente ou negar o Brasil pelo espírito. Nazista? Muito menos. (...) Ora, sem querer violentar o seu pensamento, a conclusão natural a que chega é a de que, não sendo demo-liberal, nem esquerdista, só lhe caberá estar no quarto canto, que é o da democracia social, que também não é demo-liberal, nem esquerdista, nem de direita. (A Manhã, pg. 6, col 1º, 10-10-43)

⁶⁰ PINTO, Heráclito Fontoura Sobral. *O Primado do Espírito nas Polêmicas Doutrinárias*. op, cit, p.30

com meras razões de utilidade; c) o reconhecimento do princípio segundo o qual também o Estado, com seus funcionários e organizações que dele dependem, estão obrigados a reparar e revogar medidas que lesem a liberdade, a propriedade, a honra, o adiantamento e saúde dos indivíduos”.⁶¹ Apoiando-se em Pontes de Miranda, Sobral Pinto concluiu, em poucas palavras, que a “Constituição de 1937 é a carta de uma ditadura.”

A partir da publicação deste artigo, Cassiano Ricardo obteve junto ao Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) a proibição, dirigida ao *Jornal do Commercio*, de “publicar quaisquer respostas de Sobral Pinto a futuros artigos dele.”⁶² Exatamente isto: Cassiano poderia escrever artigos desmoralizando Sobral Pinto, mas ele estava proibido de responder. A ordem foi dada diretamente pelo Capitão Amílcar Dutra de Menezes, diretor do DIP, ao Dr. Elmano Cardim, diretor do jornal. Informado no dia 19, em 20 de outubro chegava no gabinete do Capitão uma carta de Sobral Pinto em que, logo no início, afirmava sua posição diante da polêmica doutrinária:

sou um homem de doutrina e não um demagogo. Quero a restauração, na Pátria que amo com todas as véras do meu coração, da ordem jurídica que tem por pedra basilar do seu edifício a verdade cristã. (...). É evidente que sou adversário intransigente do sistema de leis que atualmente rege o Brasil. Discordo da política legislativa do Governo, não por motivos de ordem pessoal, mas porque reputo essa política prejudicial à perfeição moral dos meus concidadãos e aos destinos temporais da cousa pública do meu país.⁶³

Este é Heráclito Sobral Pinto, descrevendo a si mesmo, na carta ao censor do DIP, Capitão Amílcar:

Sou um homem de convicções firmes, e não um revolucionário. Não tolero a violência, qualquer que seja a sua forma, e parta de onde partir. Enche-me de indignação, Sr. Diretor, o emprego da força tanto por parte do “conservador” quanto da parte do “revolucionário”, desde que tal emprego se apresente divorciado da justiça. Não compreendo, outrossim, porque hei de considerar legítimo o uso da violência, quando ele promana dos órgãos do Governo, e devo encará-lo ilegítimo quando ele deriva dos

⁶¹ Ibid, p. 31.

⁶² Ibid, p. 38

⁶³ Ibid, p. 42.

adversários do Governo. Amigo intransigente da verdade, não posso aceitar que um ato da mesma natureza seja, ao mesmo tempo, legítimo e ilegítimo, só porque, na primeira hipótese, foi praticado por um agente do Governo e, na segunda hipótese, foi da autoria de quem não está de acordo com o Governo.⁶⁴

A carta de Sobral não teve resposta nenhuma. Para piorar, no dia 24 de outubro, Cassiano Ricardo escreveu novo texto, intitulado *O Homem que Vestiu o Couro da Onça*. Sob censura, proibido de se expor, Sobral conta que ficou assustado com a terrível covardia de ser insultado nestas condições, “totalmente amordaçado!”. Habitado a lutar com “firmeza e intrepidez dos homens conscientemente inocentes, que não se deixam, por isso, esmagar, impunemente,” Sobral escreveu imediatamente ao diretor do *Jornal do Commercio*. Escreveu igualmente ao presidente da Associação Brasileira de Imprensa.

Dispondo-se a “defender, com a maior energia e vigor, as prerrogativas incoercíveis do pensamento cultural brasileiro”, Sobral Pinto adotou como estratégia aproximar-se do então Chefe de Polícia do Distrito Federal, Sr. Coronel Nelson de Mello. A ideia de Sobral era evitar que, diante da reação que planejava contra Cassiano Ricardo, terminasse lhe sendo atribuído “propósitos de agitação, indisciplina ou de rebeldia”. Havia um plano de ação. Procurou um amigo em comum com o Coronel, o Dr. Luiz Carlos de Oliveira que o colocou a par do desejo de Sobral em realizar uma audiência para lhe por a par de suas “reivindicações”.⁶⁵ O Coronel Nelson de Mello rapidamente o recebeu, mas, diz Sobral, apenas se colocou à disposição para, “no momento oportuno, informar ao Governo a que serve, que eram nobres as intenções” que lhe inspirava.⁶⁶

⁶⁴ PINTO, Heráclito Fontoura Sobral. *O Primado do Espírito nas Polêmicas Doutrinárias*. op, cit, p..41 “Se fuzilei, com uma descarga definitiva, a pessoa moral do Sr. Cassiano Ricardo, foi porque ele assestou contra mim as suas poderosas metralhadoras. Fiando-se excessivamente na segurança da sua posição de jornalista do Governo, que pode dizer o que quer, sem ter que prestar contas a ninguém, ele me convocou para a praça pública, para, sob pena do labéu de covardia, dizer o que eu pensava a respeito do Estado Nacional. Para liquidar a audácia deste aventureiro, eu tinha necessidade, Sr. Diretor, de manifestar aquilo que eu até então guardara fechado dentro do ambiente da minha vida privada”. Idem.

⁶⁵ Ibid, p. 52.

⁶⁶ - “vendo respeitados pelo Exmo. Sr. Coronel Chefe de Polícia os meus

Sobral conseguiria uma nova entrevista com o Diretor do DIP, mas ela não terminou bem. Recebido, o oficial do regime “achou que deveria, preliminarmente, sustentar as excelências da ordem jurídica”, o que foi imediatamente replicado por Sobral Pinto. Segundo suas próprias palavras, “não tinha ido entrevistar-me com o Diretor do Departamento de Imprensa e Propaganda para discutir tais temas”.⁶⁷ O Capitão Amílcar Dutra sugeriu à Sobral, como “prova de sua boa vontade”, que lhe submetesse a resposta à Cassiano Ricardo ao seu exame pessoal e, assim, quem sabe, ela poderia ser publicada. Sobral Pinto não aceitou “semelhante fórmula”. Em reação, informou ao Capitão que irá escrever, imediata e diretamente, a todos os ministros de Estado, “na qualidade de conselheiros de Chefe do Governo, expondo tudo o que se estava passando, e formulando veemente apelo para que fizesse prevalecer, nas polêmicas doutrinárias, o primado do espírito”.⁶⁸ Alguns ministros de Estado, como João de Mendonça Lima, Ministro da Viação, Gustavo Capanema, Ministro da Educação e Oswaldo Aranha, da política exterior, responderam, embora de forma curta, informando que o assunto “foge à alçada do ministério”. Oswaldo chegou a dizer que se dele dependesse, a Sobral seria “assegurado não só o seu direito de defesa, como a mais ampla liberdade para discutir nossos problemas jurídicos e políticos”, mas disso não resultou nada prático.⁶⁹

CONCLUSÃO

Sobral Pinto é o exemplo da tradição imposta aos verdadeiros advogados e advogadas criminais de resistir à opressão pública ou privada. Além das vitórias contra o

propósitos de justa reivindicação da liberdade de discussão, no campo puramente doutrinário, retirei-me do seu gabinete, consolado pela sua atitude de elevada compreensão dos meus intuitos” Ibid., p. 54.

⁶⁷ - cabia-me acrescentar, ainda, que eu não me interesso por “massas populares” e “elites”, enquanto tais. O Governo das nações, é, para mim, um simples problema de *justiça*, sendo esta, por definição, a disposição, efetiva e real, de dar a cada um aquilo que de direito lhe pertence.” Ibid., p. 57.

⁶⁸ Ibid., p. 62

⁶⁹ Em 29 de outubro, Sobral informou ao Diretor do *Jornal do Comércio* que, dada as circunstâncias, “não poderia, sem traição aos deveres de jurista”, comparecer perante os leitores da sua coluna semanal. Diante da censura em pôr no jornal o que pretendia, escreveu diretamente a Cassiano Ricardo.

arbítrio no Tribunal de Segurança Nacional, a insistência de Sobral em defesa do *primado do espírito*, ou seja, do direito a se expressar livremente nos debates doutrinários, integra a memória das lutas pela liberdade de cátedra e de pensamento no país.

O desvelamento da “*memória bruta dos combates*” travados contra o autoritarismo no sistema de justiça assumiu, neste texto, o rosto de apenas um homem. Injusto, porque Sobral Pinto jamais esteve sozinho. Ele próprio é o resultado do desdobramento de lutas anteriores, conduzidas pelas mais diversas e desconhecidas pessoas, sejam mulheres, homens, jovens ou adultos. No âmbito do sistema de justiça, sua própria história como advogado de Prestes e Berger, não teria existido sem a resistência dos juristas parlamentares que, nos embates contra a Lei de Segurança Nacional, asseguraram a todo e qualquer preso político, não tivesse defensor ou mesmo se recusasse um, ser representado por defensor indicado pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Este artigo sobre Sobral Pinto, dedicado à Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro é, portanto, um manifesto em defesa desta tradição de advogados e advogadas que escolheram lutar contra todas as formas de ditadura do seu próprio tempo.

REFERÊNCIAS

AGUILAR FERNÁNDEZ, Paloma. *Políticas de la memoria y Memoria de la Política*. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

CAMPOS, Reynaldo Pompeu de. *Repressão Judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1982.

HALBWACHS, Maurice. *Los marcos sociales de la memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2004.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Trad. Ruy Oliveira. Lisboa: Edições 70, II volume.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. *Repressão Política e Usos da Constituição no Governo Vargas*. A segurança nacional e o combate ao comunismo. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *A Revolução mundial e o Brasil - 1922 - 1935*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PINTO, Heráclito Sobral. *Porque Defendo os Comunistas*. Belo Horizonte: Universidade Católica de Minas Gerais, 1979



_____. *O Primado do Espírito nas Polêmicas Doutrinárias* (as iras do Sr. Cassiano...). Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1943

POLLAK, Michael. *Memoria, Olvido, Silencio*. La producción social de identidades frente a situaciones límite. Trad. Christian Gebauer, Renata Oliveira Rufino e Mariana Tello. Buenos Aires: Ediciones Al Margen, 2006

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ilícitos. São Paulo: Marcial Pons, 2014

ROUSSO, Henry. *The Vichy Syndrome, History and Memory in France since 1944*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

SILVA, Evandro Lins. *Arca de Guardados*. Vultos e Momentos nos Caminhos da Vida. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995

SILVA, Hélio. 1934 – *A Constituinte*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1969.

_____. 1935 – *A Revolta Vermelha*. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1969.

_____. *Todos os golpes se parecem*. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1970.

_____. *Ameaça Vermelha*. São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1980.

SILVA, Ricardo. *A ideologia do Estado autoritário no Brasil*. Chacó: Arcos, 2004.

- Autos de Processos Judiciais.

TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL, Processo nº 01. Os cabeças da Revolução; PORTO, Enrico Bellens. *A Insurreição da ANL em 1935*. Relatório Bellens Porto. Marly A. G. Vianna (organizadora). 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015

TRIBUNAL DE SEGURANÇA NACIONAL. *Autos do Processo n.º 01*. Réus: Luís Carlos Prestes, Harry Berger e outros. Relator: Juiz Raul Machado, 1937.

_____. *Autos do Processo n.º 01-A*. Réus: João Mangabeira, Domingos Vellasco, Abgvar Bastos, Octavio da Silveira e Abel Chermont. Relator: Juiz Alberto de Lemos Bastos, 1937.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, *Autos do Habeas Corpus nº 8462/1937*. Impetrante: Luiz Carlos Prestes. Ministro Relator Edmundo da Veiga.

FALSIFICAÇÕES, VENDAS E FURTOS DE OBRAS DE ARTE: UM CÂNCER MUNDIAL

Luís Guilherme Vieira¹

Torrenciais episódios atinentes às falsificações, às comercializações e aos furtos de obras de arte de artistas, nacionais e internacionais, parte já relacionadas como patrimônios culturais brasileiro e internacional, crescem em ritmo frenético. Identicamente, um sem-número de escritores, autores de cinema, de teatro, de escultores etc. veem às suas criações serem, criminosamente, falsificadas, comercializadas e furtadas (estas, na generalidade, expostas em logradouros públicos e contempladas por n-pessoas por anos e/ou séculos), tanto quanto como as baixadas nos sites da internet hospedados em inumeráveis países, de quando em vez em seus submundos virtuais.

Os malfeitos multiplicaram-se, a partir da década de 1990, a partir da introdução da internet e com o baque do mercado financeiro e outros, em proporções inimagináveis em face das ações de transgressores que estão cada vez mais “profissionalizados” e equipados com apetrechos de última geração, os quais contam com tentáculos espalhados pelo mundo, com precaríssimos ou nenhum controle estatal e/ou de particulares, facilitando galgarem os seus, e o de terceiros, vis interesses. No Brasil a situação é mais caótica.

Se já era precaríssima à fiscalização e à preservação do patrimônio cultural, nos derradeiros quatro últimos anos, quando o Brasil era governado por Bolsonaro, as pastas da Cultura, da Educação etc. foram largadas as parcas, como se fossem “artigos” desnecessários para a nação[1].

Diametralmente a Bolsonaro, o presidente Lula, por ato da ministra da Cultura, Margarete Menezes, nomeou, em 2 de outubro, “47 novos servidores do cadastro de reserva do concurso realizado em 2018 [pelo Iphan].

¹ Luís Guilherme Vieira é advogado criminal, cofundador e conselheiro dos Conselhos Deliberativos do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e da Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro (Sacerj), membro da Comissão Especial de Defesa da Liberdade de Expressão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e do Grupo Prerrogativas, ex-membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça e ex-secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu — como também na OAB-RJ — a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito.



Destes, 38 irão ocupar as vagas referentes ao percentual adicional autorizado pelo Ministério da Gestão e Inovação em Serviços Públicos [MGI] no mês de julho. Foram nomeados, ainda, mais nove servidores para ocuparem vagas decorrentes da vacância. (...) o MGI autorizou a convocação de 25% dos aprovados no concurso público realizado em 2018 pelo Iphan. Serão 102 novos servidores para o provimento de vagas. (...)”[2]. O incremento não supre às necessidades hodiernas, porém, não há questionar que passos à frente foram dados; agora é ficar atento para os demais que hão de vir.

Os relatos sinteticamente colacionados desnudam a imprescindibilidade de se reestabelecer, por meio de novel lei ordinária complementar à vigente Lei 9.610/1998, bem como pelas normas editadas pelos poderes públicos com atribuição que a complementar, visando, no pertinente, e tão só em seguida a aprofundado debate com todos os atores e segmentos, públicos e privados, os quais se debruçam, diuturnamente, a estudar as artes brasileiras e as internacionais em suas mais diversificadas configurações e sem qualquer elitismo, definições fechadas, como ordenam as leis brasileiras, do pactuado ser arte, porque, desta maneira, poderão converter-se ao patrimônio público cultural, o que contribuirá sejam, com superior eficácia, fiscalizadas e protegidas dos vândalos, sem abandonar com os contributos que advirão dos especialistas particulares, e com a coparticipação dos organismos nacionais e internacionais, podendo-se enfatizar, por todos, a Unesco.

A Unesco, que iniciou o seu trabalho no país em 1964, “objetiva auxiliar a formulação e a operacionalização de políticas públicas que estejam em sintonia com as estratégias acordadas entre os Estados-membros nas Conferências Gerais da Unesco. A atuação da Organização ocorre por intermédio de projetos de cooperação técnica em parceria com diversas instâncias governamentais e com setores da sociedade civil, na medida em que seus propósitos venham a contribuir para as políticas públicas que estejam alinhadas com o desenvolvimento sustentável em relação aos temas de expertise da Unesco”[3], situando-se, em parêntese, com as demais agências integrantes do Sistema das Nações Unidas com representação no Brasil, com o desiderato de cooperar tecnicamente com as autoridades brasileiras, que possuem n-acordos subscritos com demais Estados que possuam

tal desiderato[4], assegurando, portanto, as transformações sociais.

A Unesco executa os seus projetos em congruência com os acordos de cooperação técnica firmados com os Poderes Executivos, federal, estaduais e municipais, com as instituições públicas e privadas, além de organizações da sociedade civil (OSCs), universidades e às suas redes[5].

Em 1993, embasando-se no Acordo Geral de 1981 (Acordo de Cooperação Técnica em Educação, Ciência e Cultura entre a República Federativa do Brasil e a Unesco), ela e o (então) Ministério da Educação e Cultura assinaram o primeiro plano de trabalho. O seu propósito consistiu escorar a decisão governamental na elaboração do Plano Decenal de Educação para Todos, com o fito de que, irmanados, trabalhem no resguardo do patrimônio cultural às inteiras e com celeridade, porque só ínfima parte da arte brasileira acha-se tombada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) e, em sua estrondosa maioria, estão em deplorável estado de conservação[6], por conseguinte, inacessíveis à população, isto sem explicitar que o seu grande acervo encontram-se, indisponíveis, já que de posse dos colecionadores particulares que refutam expô-las, ficando, assim, a léguas da visita da população, impedindo, também, o que é pior, sejam elas estudadas por profissionais do segmento artístico nacional e internacional[7].

A contar de meados dos anos 1990, a Unesco fortaleceu à sua ação em todo o país, colocando a sua *expertise* técnica a serviço de numerosos projetos e iniciativas nas suas cinco áreas temáticas de laborar: educação; ciências naturais; ciências humanas e sociais; cultura; comunicação; e, informação. A musculatura do organismo de respeitabilidade mundial está no Brasil e à sua disposição, sucede que ela carece ser impulsionada por aquelas entidades, pública e privada, ambicionando possam exercer, cada vez mais, para que o nefasto vírus causador das falsificações, das comercializações e dos furtos seja extirpado do Brasil e do mundo[8].

Em fevereiro, a 38ª Vara Cível de São Paulo condenou a galeria de arte Pintura Brasileira a pagar R\$ 238 mil ao empresário Abílio Diniz e a sua mulher, Geyze Marchesi Diniz, pela venda de dois quadros falsificados de Alfredo Volpi. O casal receberá R\$ 138 mil de indenização por danos materiais e R\$ 100 mil por dano moral[9].

Em 2007, os Diniz adquiriram as telas “Bandeirinhas com Mastro” e “Bandeirinhas” por R\$ 69 mil. Diretores do Museu de Arte de São Paulo (Masp) alertaram[10] que os quadros eram falsos, e o empresário providenciou uma avaliação do Instituto Alfredo Volpi de Arte Moderna, especializado na defesa do acervo do pintor. O instituto, um colecionador de arte e um especialista em obras do artista assentaram serem as telas falsificadas. Estima-se que as originais valem entre R\$ 1 milhão e R\$ 2 milhões[11].

Outro a sofrer com as mazelas da falsificação, da comercialização e do furto de obras falsas é Candido Portinari[12][13]. A atual pesquisadora-coordenadora do Projeto Portinari, que contribuiu na catalogação das obras de Portinari propiciou a edição, em 2004, de seu Catálogo Raisonné, “também chamado Catálogo Racional, que traduz a compilação de toda a produção conhecida de determinado artista, ou, um recorte bem definido da mesma, como um período ou técnica específica (pinturas, esculturas, desenhos, etc.)”.

Candido Portinari foi o primeiro artista brasileiro a possuir, em todas as Américas, o Catálogo Raisonné, propiciando, assim, que terceiros se organizassem de forma igual, projetando possuir igualmente o Raisonné. Com efeito, Noélia Coutinho, pesquisadora do Projeto Portinari – averbe-se que, desde que concebido o projeto, a pesquisadora-coordenadora pela pesquisa e inventário de Portinari foi Christina Penna – narra que, apenas em abril de 2023, identificou três quadros falsificados. Um era uma reprodução de “Os retirantes”, de propriedade do Museu de Artes de São Paulo (Masp). O dito proprietário da obra falsificada almejava autenticá-la, através da confecção de um certificado de autenticidade expedido, unicamente, pelo projeto, como sendo um estudo para obra, que custa cerca de R\$ 100 mil.

Com a fundação do Projeto Portinari, em 1979, pelo filho do artista, João Candido Portinari, juntamente com alguns de seus apreciadores do pintor, ao longo de todos estes mais de 40 anos, com a coparticipação de n-especialistas que compõem o seu corpo de trabalho, já se deparou com 760 obras falsas, sem nada poder fazer, por falta de previsão orçamentária, o que o impede, na qualidade de detentor dos direitos autorais das obras de seu pai, demandar contra aqueles.

A história indica ter sido o Projeto Portinari o responsável, à época, pela maior apreensão de quadros falsos no mundo; o Brasil e os seus superlativos. Um dos casos mais afamados passou-se em 1995. Nesse ano, descobriu mais de 300 telas inautênticas atribuídas a um sem-fim de festejados artistas, nacionais e estrangeiros, na loja do galerista, restaurador e pintor italiano Giuseppe Irlandini, em Ipanema, na cidade do Rio de Janeiro; só de Candido Portinari localizaram-se duas telas fraudulentas que estavam à venda.

No curso da investigação policial descobriram, nas adjacências da galeria, um apartamento, locado por Irlandini, idênticamente abarrotado de telas falsas, as quais similarmente foram apreendidas e periciadas. A loja de Irlandini, conforme dito à revista Piauí, equipar-se-ia, falou-se em tom de blague, ao Museu do Louvre[14].

Instada pelo projeto e por João Candido Portinari, a Polícia Civil, mediante ordem judicial, buscou e apreendeu todas as telas e desfechou, alicerçada em laudo da lavra de dois professores doutores em artes plásticas e um de química e integrante dos corpos docentes da UFRJ, da UFF e da UFMG, os quais foram nomeados, pelo delegado, peritos *ad hoc*, à mingua da inexistência de especialistas aptos a realizar documento de importância vital para a inquisição e processo penal (artigo 158 do Código de Processo Penal), viram-se obrigados a desenvolver escoteira técnica para estabelecer se as tintas utilizadas pelo falsário se coadunavam com o tempo em que foram pintados, com o escopo de amparar o laudo definitivo; esta técnica, posteriormente, foi utilizada por numerosas entidades criadas a posteriori com o idêntico objetivo, como o instituto Volpi, para desvelar se os falsários lançaram mão daquele artifício para forjar obras falsas.

Em fecho, os expertos nomeados pela autoridade policial concluíram que todos os quadros, não só os de Candido Portinari, eram falsos e haviam sido produzidos em um ateliê improvisado na favela do Vidigal, próximo de Ipanema, e utilizados por aquele galerista. Irlandini foi processado criminalmente, mas faleceu dois anos após, ficando o desfecho do processo penal sem julgamento do mérito, conforme estabelece Código Penal.

Subseqüentemente ao seu passamento, os seus herdeiros tentaram, em vão, no Judiciário, fossem as telas devolvidas, tencionado arrolá-las ao inventário de Irlandini, no

entanto, o pedido foi negado. Não se tem notícia, hoje, do local onde estão acauteladas ou se foram destruídas. Naquela quadra, sempre graças à decisão judicial, elas ficaram, enquanto o inquérito e o processo criminal estavam em curso, no cofre do então Banco do Estado do Rio de Janeiro (Banerj)[15].

Diante da estrondosa propagação do anteriormente narrado pela mídia, recebi, em meu escritório, em abril de 1994, um contato telefônico do superintendente da Polícia Federal informando que, mediante a prisão de três pessoas, os três painéis de Candido Portinari (“São João da Cruz”, “São Simão Stock” e “Inferno e o Purgatório”), que haviam sido furtados da Capela Mayrink, localizada na Floresta da Tijuca, zona norte da cidade do Rio de Janeiro, e pertencentes ao acervo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (Ibama) tinham sido recuperados e se encontravam apreendidos na sede daquele órgão policial. Mediante isto, para lá me dirigi na companhia da pesquisadora-coordenadora Christina Penna do Projeto Portinari, que deu ciência a João Candido Portinari.

No gabinete daquela autoridade policial nos foram explanadas as circunstâncias que levaram à prisão daqueles cidadãos e o porquê da apreensão dos painéis, os quais, por pouco, não foram enviados para o exterior, levando-nos, logo em seguida, às dependências do lugar onde estavam acautelados. Ao se deparar com as obras, Christina Penna não olvidou atestar, de imediato, serem as furtadas daquela capela. Ao mesmo tempo, João Candido Portinari, por mim orientado, se encaminhou para Museu Nacional de Belas Artes, que está sediado na Praça da Cinelândia, no centro da cidade do Rio de Janeiro, com o fim de averiguar se a diretora do museu os receberia, por ventura eles fossem entregues ao projeto. Em face da sua concordância, as obras, de valor inestimável para o patrimônio cultural, estão no museu expostos à visitação do todos. Enfim, o imprevisto foi mãe da arte e, “[d]esde então a igreja no meio da floresta da Tijuca tem réplicas dos santos pintados em 1944 por Portinari”[16].

É por tal inteligência que Gustavo Perino ensina que

“[l]a protección del patrimonio cultural envuelve infinitas de acciones desde os más diversos estratos del estado y hasta la lá actividad privada. Proteger los bienes culturales materiales es um desafío mayúsculo que incolucra museos

com sus equipos de documentación y conservación, fuerzas de seguridad e instituciones legislativas y judiciales por mencionar solo algunos de los actores que coforman esta competencia. Luchar con eficiencia contra el expolio del patrimonio y el tráfico ilícito de obras de arte, implica tener los conocimientos técnicos para definir primero si el bien protegido es auténtico. Ahí es donde se evidencia una das debilidades del sistema que motivam este artículo. Si no podemos determinar con fundamentación técnica da autenticidade de las piezas, gran parte de todo da la autenticidad de las piezas, gran parte de todo esse esfuerzo huma y económico será en vano”.[17]

Recentíssimo e raríssimo episódio se sucedeu com um inédito manuscrito de Gabriel Garcia Márquez intitulado *En agosto nos vemos*, por ele não negociado em vida. Ulteriormente a sua morte, o *The Guardian* publicou que os “que os herdeiros do escritor (...) inicialmente se sentiam desconfortáveis com a publicação póstuma. Após a leitura da obra, no entanto, teriam mudado de ideia, chegando à conclusão de que a publicação seria muito preciosa para manter-se inédita.

A decisão dos herdeiros de Garcia Márquez parece certa, ao permitir o acesso ao público do livro do escritor, agraciado com o Prêmio Nobel de Literatura no ano de 1982, cuja obra completa pode ser percebida como um patrimônio cultural”. Gigante a resolução emprestada pelos filhos de Garcia Márquez, dando uma lição do que pode de ser concretizado com as obra de artistas de escol, propiciando que todos tenham condições de conhecer e estudar tudo que foi produzido[18].

Um dos principais gargalos no combate à falsificação e à comercialização de obras de arte está na legislação, aplicando-se, no Brasil, no que cabível, o estatuído na Lei 9.610/1998 e/ou no Código Penal e/ou no Código Civil. Enquanto não caírem em domínio público (artigo 41, caput, da Lei 9.610/1910/1988), os direitos autorais atuam “como forma de estímulo à criatividade geral, o amplo acesso a uma obra é a regra, como o seu domínio público prevalecendo após o período de proteção. O acesso à cultura é uma competência comum dos entes federativos, sem abandonar a sociedade civil, registra-se, previsto também como norma constitucional (artigo 23, V)”, como anota Maria Helena Japiassu M. de Macedo, mas desde que, complementa o seu raciocínio, com

lastro no que está na lei e nas normas infralegais, sejam atendidas às suas funções sociais (artigo 5º, XXIII) e a proteção jurídica da propriedade intelectual[19].

Tramitam no Congresso Nacional dois projetos de lei sobre o tema. O PL 5.702/2001, do ex-senador Edison Lobão, MDB-MA), e o PL 4.293/2020, do deputado e delegado federal Felício Laterça (PP-RJ, não reeleito). Os dois aguardam, nas prateleiras da Casa há anos, a designação de um relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

O PL 5.702/2001 cria regras nas áreas cível, administrativa e penal e tipifica a conduta de imitar ou alterar como fraude obra de arte e as condutas de circulação econômica das fraudulentas. Já o PL 4.293/2020 restringe-se a criminalizar a falsificação de assinatura do autor que conste de da relação das obras de artistas que são tombadas.

Existe uma terceira proposta em andamento que tem repercussão na área da falsificação das obras de arte, embora não aborde especificamente desse assunto. O PL 4.516/2019, apresentado pelo deputado e tabelião Denis Bezerra (PSB-CE, não reeleito), modifica a Lei 6.015/1973, revogada pela Lei 9.610/1998, para tornar obrigatório o registro em cartório de obras de arte que valem R\$ 25 mil ou mais. O desiderato, sustenta aquele então parlamentar, é aumentar a segurança jurídica e a transparência do mercado de artes[20].

Como realçado, o Legislativo caminha muito aquém de propiciar uma legislação apta e que vá ao encontro de uma solução que alcance combater às falsificações e às comercializações das obras de arte. Indispensável, pois, a existência de uma lei, una e hígida, como prescrevem as codificações patricias, conjugadas com os acordos internacionais que tratam da temática, sem se esquecer que os brasileiros produzem arte, de altíssimo valor cultural, por seus quatro cantos, assim, eles, e os detentores de seus direitos autorais, têm de ter voz para ditarem o que entendem, e o porquê entendem, com a observância dos conceitos técnicos, como adequado a constar nos assentamentos dos órgãos públicos competentes como patrimônio cultural, sempre anotando que, vedados quaisquer preconceitos ou elitismos, possibilite os Poderes republicanos a fiscalizar e preservar tais criações porque o previsto na Lei 9.610/1998 traz significações demasia-

damente abertas que não se prestam a instrumentalizar, como prova válida, os inquéritos policiais e os processos inaugurados com base no Direito Penal, do Direito Civil e do Direito Administrativo etc. Além do mais, esta futura legislação não deve, tão somente, propor a criminalização das obras falsas e à sua comercialização, mas, igualmente, há de escudar as garantias e os direitos, em todas às suas ramificações, dos artistas e dos detentores dos direitos autorais.

Primeiro porque esse criminoso mercado explorado por inescrupulosos falsários envolve grandes organizações criminosas que lucram milhões de reais por ano, sem se dizer que, a título de mera ilustração, que tem de laborar com aquelas organizações da sociedade civil e expertos particulares, peças-chave neste complexo jogo de xadrez, defronte-se com a caótica situação do Estado, se recusam a ser nomeados, ad hoc, pelas autoridades públicas e por particulares que necessitam de laudos periciais para embasar as suas demandas judiciais, por temerem que, ao aceitarem tal incumbência possam se deparar com os males que estes abomináveis “poderosos” podem lhes causar, colocando em risco às suas seguranças pessoais e às de seus familiares.

Assiste razão a eles, porque a história aponta inúmeras ameaças às entidades e a peritos privados que ousam contrariar os espúrios interesses daquelas organizações criminosas. Demais isto, porque o sistema judicial só pode intervir do jeito citado por não possuir, em seus quadros funcionais, federal, estaduais e municipais, peritos de escol aptos lidar com todas as hipóteses de falsificações e de comercialização de artes falsificadas, isto sem expender que os especialistas detêm conhecimentos técnicos sobre a obra de um ou dois artistas, quando muito.

Como antevisto pelos projetos de lei em trâmite no Legislativo, o novel crime somente seria, como é desde 1940, provavelmente impulsionados por intermédio de ação penal privada, ou seja, aqueles em que o Estado só pode instaurar uma investigação ou processo criminal, bem como qualquer outro, acaso provocado pelo artista ou pelo detentor de seus direitos autorais e, mesmo assim, depois que estes arcarem com às custas processuais, que não são baratas e, fácil crer que pouquíss-

mas pessoas ou entidades privadas possuem condições econômicas para tanto. A única exceção à regra é se eles demonstrarem ser hipossuficientes, porque, aí, eles têm o direito de serem assistidos pelas Defensorias Públicas da União ou dos entes federados, como dita a Constituição Federal.

Em síntese: inserida a arte como patrimônio cultural brasileiro, sem menoscar as garantias e os direitos dos autores e dos detentores de seus direitos autorais, os quais podem atuar, desejando, em auxílio à atuação estatal, as ações processuais de todos os matizes, hão de ser natureza pública, não privadas, espera-se, quando, desta forma, o Estado tem os poderes de ajuizar as que- relas independentemente da vontade daqueles e todos os gastos pagos às expensas.

Desta forma, artistas, escritores, músicos, produtores de filme etc. não mais ficarão, manietados, observando suas obras de artes falsificadas circularem, e postas à venda, pelas membros de organizações criminais, por todas as vielas espriadas Brasil afora, isto sem se conferenciar com aqueles, mas enfrentando, sem pejo, os que perambulam no submundo, identicamente criminoso, dos sites abertos ou fechados existentes nas redes sociais, não atropelando a investigações e processos de todos os matizes, ainda que as lojas e sites sejam causas impeditentes para as suas ações, em companhia com os Estados-membro com os quais o país possui trato de coadjuvação internacional, o que viabilizaria que, enlaçados, alcancem àquelas sórdidos falsificadores e os seus comerciantes, levando-os às barras dos tribunais.

Não fosse o suficiente, e ninguém olvida explanar o contrário, tanto em tempos modernos, tanto quanto no passado, às falsificações e às comercializações de obras de artes se dão de jeito informal e às escuras, já que poucos negociantes e colecionadores cumprem com a adoção dos preceitos legais e infralegais intentando que as transações se deem às escuras, dificultando, quando necessário, que as autoridades encarregadas pelos países detenham atribuições para rastreamento das artes falsas, para adotarem todas as medidas de estilo.

Certo é que estas condutas perpetradas, em dimensões a cada dia mais astronômicas, aniquilam o patrimônio cultural que a todos pertencem. Visto por outro ângulo, estas delinquentes condutas, que ganharam enorme

força a partir da década de 1990, alimentam os crimes de lavagem de dinheiro, como aponta Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo[21].

Em nome da simples anotação da gravidade do escrito neste ensaio, só para se possuir uma diminuta ideia do quanto à violação da arte provoca astronômico prejuízo para as nações, note-se que a Bienal do Livro do Rio de Janeiro vendeu cerca de 5,5 milhões de exemplares em dez dias de evento. Chrystiane Neves, gerente-executiva da editora Intrínscica, salienta que “[o] mercado editorial brasileiro perde mais de R\$ 1 bilhão por ano por causa da pirataria, Esse número foi apontado pela Associação Brasileira de Direitos Reprográficos”[22].

“Apesar dos livros digitais facilitarem a distribuição ilegal das obras, a pirataria começou muito antes dos e-books. ‘O material pirateado se transformou em um fenômeno digital nos últimos dez anos. Antes disso, acontecia de forma física, com livros copiados em universidades’, destaca Dante Cid, presidente do Sindicato Nacional dos Editores de Livros”[23].

Com efeito, certa autora de prenome Marcela, a qual não se identifica por recear “retaliações que pode sofrer ao tentar impedir a pirataria de seus títulos”, “[comenta ser] um tema espinhoso para quem é do mercado, principalmente para os autores. A cultura do cancelamento é cruel”[24].

Outra escritora tomou ciência, “[d]ois dias depois do lançamento de um dos [seus] livros (...), que tinha um link para baixá-lo de forma ilegal rolando dentro do Telegram. Me sinalizaram que já tinha acontecido um milhão de downloads. Gera revolta, disse para a Tilt [coluna do UOL]. Porém, para ela, é uma luta que já começa perdida”. E prossegue com um doloroso desabafo: “[o] abalo sofrido pelos autores é emocional e financeiro. Quando um livro publicado de forma física é vendido, elas podem ganhar cerca de 8% a 10% por cada obra. Se for digital, o valor varia entre 70% e 35%”[25].

O narrado é escancarado e conhecido mundialmente, porém, indaga-se: onde está(ão) o(s) Estado(s) para capitanear(em) eficaz(es) combate(s) que é(são) do interesse da cultura brasileira e internacional? Não se sabe; não se viu.



De retorno à criminalização daquelas condutas atribuídas precipitadas, há de se ter em mente que, embora haja na legislação penal, desde 1940, tipo próprio, tal circunstância não se presta a equacionar a problemática, porque o Direito Penal não é via própria para tal desiderato, muito pelo contrário. A penalização, quando a hipótese assim está a reclamar, só deve ser utilizada de forma parcimoniosa e em última ratio e, ademais, a penação há de ser razoável ao crime perpetrado, devendo ser a pena individualizada e fundamentada pelo juiz, como ordenado pela Constituição Federal, e, ainda assim, de preferência que ela não preveja sejam os infratores encarcerados, mas, punidos com penas alternativas à prisão, tais como, pagando multas, prestando serviços comunitários etc. Em breve linha, longe, muito longe de ser o Direito Penal o meio apto para extirpar, minimizar ou controlar este letal câncer que afeta a cultura mundial.

Caminhando-se, pois, na contramão da generalidade do pensamento acadêmico, dos artistas, dos detentores de seus direitos autorais, dos colecionadores, em suma, daqueles profissionais que trabalham com obras de arte de toda natureza, que não é criminalizando tais agires, nada obstante se lhe impondo penas mais gravosas, que a problemática solucionará o tema ora posto à balha.

O Brasil, na esteira dos países desenvolvidos, e alinhado aos regulamentados nacional internacional, tem de definir, com presteza e sem qualquer elitismo e preconceito, que a arte é um patrimônio do Estado e de domínio da sociedade civil, seja ela de alto ou de pequeno valor econômico no mercadejo. Arte, desde que detenha significância para a cultura, seja em tempos modernos ou daqui a 200 anos, sempre será arte, a qual, por sua singularidade, tem dom de tocar os seres humanos por si só, e é por isto e muito mais, ela tem ser protegida dos bárbaros.

Arte, por decorrência, não são apenas as pinturas de Portinari, Volpi, Guignard, ou as esculturas de Bruno Giorgo, de Aleijadinho, ou os projetos arquitetônicos e de móveis de Zanine Caldas, Sérgio Bernardes, Niemayer, ou as letras musicais de Chico Buarque, Milton Nascimento, Zeca Pagodinho, Martinho da Vila ou as

esculturas de Vitalino, ou os livros de Machado de Assis, Lima Barreto e por aí vão.

Arte, tal-qualmente, são as toalhas e panos confeccionados pelas rendeiras; as bolsas de palha e afins; as esculturas sacras e diversas outras etc. O Brasil é arte. Arte que transpassa o espírito e a alma das pessoas; e, à vista disso, são aclamadas por seus encantos que invadem nossos Eu.

O Brasil foi descoberto aspirando à arte produzida, por séculos, pelos povos originários.. Arte é, na dicção de Denise Fraga, “a mais apta forma de melhor viver. ‘Arte é saúde mental’, (...) [n]ão é que você não vai sofrer se for ao cinema, ao teatro, se ler poesia. Presente a arte você estará ‘de braço dado com o poeta, vai ter a cumplicidade do poeta e vai saber que vocês passaram por aquele mesmo sentimento, só que ele teve a capacidade de te dar palavras, de dar voz às suas angústias’” etc. (...) arrematando a atriz que “[a] pessoa que vive com arte é muito mais apta à compreensão da imperfeição humana, portanto, ela vive melhor”[26].

O Brasil tem a obrigação de cuidar para que possam ser apreciadas por nossa gente, os únicos com o direito de expressar, depois de aprofundados simpósios com especialistas de todos os ramos culturais, anelado com múltiplas entidades da sociedade civil das diferentes áreas do conhecimento, contando com anteparo dos órgãos governamentais, como a da Justiça, a da Cultura, a da Educação, a da Igualdade Racial, a dos Direitos Humanos etc., objetivando planejar e implementar, nos moldes das já existentes, apesar dos entendimentos díspares dos administrativistas e atores de outros segmentos da cultura, uma agência reguladora específica para se dedicar, unicamente, ao mercado de arte.

As agências reguladoras são autarquias de regime especial destinada a regulamentar, controlar e fiscalizar a execução de serviços públicos transferidos para o privado por meio de concessões, permissões etc. Exemplos: Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); e, a Agência Nacional de Petróleo (Anp).

Em resumo, é um órgão dirigido e composto por particulares, detentores de mandato delegado pelo Legis-

lativo, para que possam atuar sem qualquer pressão de quem quer que seja, e possuidores de notável saber que, somando esforços, soluções próprias a serem implementadas, sem vaidades ou espúrios interesses, objetivando escudar o patrimônio cultural, razão porque hão de agir, com a parceria de todos os segmentos artísticos, bem com os detentores de seus direitos autorais etc., sempre mirando cuidar do patrimônio cultural, para que os homens do presente e os do futuro detenham condições de compreender o Brasil em cada uma de suas quadras.

A arte “é a expressão da sociedade em seu conjunto: crenças, ideias que faz de si e do mundo. Diz tanto quanto os textos de seu tempo, às vezes até mais”, lecionou o historiador francês Georges Duby^[27]. E, no rumo deste ensinamento, vê-se que o Brasil já ultrapassou da hora de emprestar o devido respeito à da arte brasileira; verdadeiro patrimônio cultural.

[1] Informes do Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização do Iphan. Disponível em: <https://www.gov.br/iphan/pt-br/assuntos/noticias/informes-do-departamento-de-patrimonio-material-e-fiscalizacao-do-iphan>. Acessado em: 8/10/2023.

[2] Iphan nomeia 47 novos servidores para compor quadro técnico da instituição. Disponível em: <https://www.gov.br/iphan/pt-br/assuntos/noticias/iphan-nomeia-47-novos-servidores-para-compor-quadro-tecnico-da-instituicao>. Acessado em: 8/10/2023.

[3] UNESCO Brasília. Disponível em: <https://www.Unesco.org/pt/fieldoffice/brasil>. Acessado em: 8/10/2023.

[4] Sobre a UNESCO no Brasil. Disponível em: <https://www.Unesco.org/pt/fieldoffice/brasil/about?hub=66903>. Acessado em: 8/10/2023.

[5] Idem,

[6] Casa à venda por R\$ 4,2 milhões já foi do Barão do Mauá e recebeu artistas como Djanira e Manuel Bandeira. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2023/10/01/casa-a-venda-por-r-42-milhoes-ja-foi-casa-do-barao-do-maua-e-recebeu>

-artistas-como-djanira-e-manuel-bandeira.shtml. Acessado em: 8/10/2023.

[7] Informes do Departamento de Patrimônio Material e Fiscalização do Iphan. Disponível em: <https://www.gov.br/iphan/pt-br/assuntos/noticias/informes-do-departamento-de-patrimonio-material-e-fiscalizacao-do-iphan>. Acessado em: 8/10/2023.

[8] Sobre a UNESCO no Brasil. Disponível em: <https://www.Unesco.org/pt/fieldoffice/brasil/about?hub=66903>. Acessado em: 8/10/2023.

[9] Galeria de arte indenizará Abílio Diniz por venda de Volpi falsificado. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/382453/galeria-de-arte-indenizara-abilio-diniz-por-venda-de-volpi-falsificado>. Acessado em: 27/4/2023.

[10] Originais valem milhões: Abílio Diniz vence processo por telas falsas. Disponível em: <https://www.uol.com.br/splash/noticias/2023/02/25/abilio-diniz-ganha-processo-apos-comprar-telas-falsificadas.htm?cmpid=copiaecola>. Acessado em: 27/4/2023.

[11] Os bastidores do crescimento das milionárias falsificações de arte no Brasil. Disponível em: <https://neofeed.com.br/finde/os-bastidores-do-crescimento-das-milionarias-falsificacoes-de-arte-no-brasil/>. Acessado em 27/4/2023.

[12] O país das falsificações. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-pais-das-falsificacoes/>. Acessado em: 27/4/2023.

[13] Cuidado, tinta fresca. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/cuidado-tinta-fresca/>. Acessado em: 27/4/2023.

[14] Idem, ibidem.

[15] O país das falsificações. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-pais-das-falsificacoes/>. Acessado em: 27/4/2023.

[16] Filho de Portinari acha roubo suspeito. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff1512200522.htm>. Acessado em 8/10/2023.



[17] PERINO, Gustavo. Estudos críticos de patrimônio: abordagens transnacionais. Gilmara Benevides, Walter Lowalde (org.). 1ª ed. São Paulo, Tirant do Lanch, 2024, p. 127.

[18] O direito de acesso à cultura e a especulação do bem intelectual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-set-23/maria-japiassu-acesso-cultura-especulacao-bem-intelectual>. Acessado em: 8/10/2023.

[19] Idem.

[20] Para especialistas, Brasil precisa de lei específica sobre falsificação de quadros. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-dez-24/brasil-lei-especifica-falsificacao-quadros>. Acessado em: 27/4/2023.

[21] Mercado de arte e lavagem de dinheiro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-21/antonio-pitombo-mercado-arte-lavagem-dinheiro>. Acessado em: 8/10/2023.

[22] «É roubo»: como a pirataria de livros gera rombo de R\$ 1 bilhão por ano. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2023/09/23/e-roubo-pirataria-tira-do-mercado-literario-cerca-de-1-bilhao-por-ano.htm?cmpid=copiaecola>. Acessado em: 8/10/2023.

[23] Idem.

[24] Ibidem.

[25] Ibidem.

[26] «Arte é mais que um direito. Arte é saúde mental», diz Denise Fraga. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2023/09/arte-e-mais-que-um-direito-arte-e-saude-mental-diz-denise-fraga.shtml>. Acessado em: 8/10/2023.

[27] DUBY, Georges, citado por Philippe Poirrier em *Les enjeux de l'histoire culturelle*, Seuil, 2004, página 299.

NEOLIBERALISMO E ENCARCERAMENTO EM MASSA: a prisão como destino dos inimigos do mercado

Taiguara Libano Soares e Souza¹
Lucas Pedrosa Castellar Pinto²

RESUMO

O neoliberalismo é um modelo econômico-político-social desenvolvido entre a década de 30 e 40, tanto em reação ao Estado de bem-estar social e ao Estado socialista, como para reafirmar os valores do liberalismo econômico. No neoliberalismo o Estado tem a função de criar as condições para o livre mercado, possibilitando o acúmulo ilimitado de capital. Os limites impostos pelo Estado, por sua vez, se apresentam como obstáculos ao modelo neoliberal. Por isso, os detentores do poder econômico cooptam o Estado para seus fins e enfraquecem os limites do Estado (direitos fundamentais) em favor da acumulação. Os ideais e valores democráticos passam a ser uma mera fachada, surgindo, então o Estado Pós-Democrático, que se manifesta de forma autoritária. Como o neoliberalismo gera a maximização das desigualdades sociais, aqueles que não possuem riquezas ou não geram lucros são considerados como inimigos desse novo modelo. A eles o Estado reserva o sistema de justiça penal, que terá como consequência o encarceramento em massa.

Palavras-chave: Neoliberalismo – Encarceramento em massa – Estado Pós-democrático – autoritarismo – justiça criminal

RESUMEN

Título: Neoliberalismo y encarceramento masivo: La prisión como destino de los enemigos del mercado.

El neoliberalismo es un modelo económico-político-social desarrollado entre las décadas de 1930 y 1940, tanto como reacción al estado de bienestar y al estado socialista, como para reafirmar los valores del liberalismo económico. En el neoliberalismo, el Estado tiene la función de

¹ Advogado criminalista. Professor Titular de Direito Penal do IBMEC. Professor Adjunto de Direito Penal da UFF. Professor Permanente do PPGDC-UFF. Membro da SACERJ

² Advogado criminalista. Especialista em pós-graduação lato sensu pela EMERJ. Mestrando em Direito Constitucional pelo PPGDC-UFF. Membro da SACERJ.

crear las condiciones para el libre mercado, posibilitando la acumulación ilimitada de capital. Los límites impuestos por el Estado, a su vez, aparecen como obstáculos al modelo neoliberal. Por tanto, los detentadores del poder económico cooptan al Estado para sus fines y debilitan los límites del Estado (derechos fundamentales) a favor de la acumulación. Los ideales y valores democráticos se convierten en una mera fachada, surgiendo así el Estado Posdemocrático, que se manifiesta de forma autoritaria. Como el neoliberalismo genera la maximización de las desigualdades sociales, aquellos no tienen riqueza o no generan lucros son considerados enemigos de este nuevo modelo. El Estado les reserva el sistema de justicia penal, lo que resultará en encarcelamientos masivos.

Palabras clave: Neoliberalismo – Encarceramento massivo – Estado Posdemocrático – autoritarismo – justicia criminal

ABSTRACT

Title: neoliberalism and mass incarceration: prison as the destination of the enemies of the market.

Neoliberalism is an economic-political-social model developed between the 30's and the 40's decades, as a reaction of the welfare State and the socialist State, as to reaffirm the values of the economic liberalism. In neoliberalism the State has the function to create conditions to the free market, enabling unlimited accumulation of capital. The limits imposed by the State, in turn, present themselves as obstacles to the neoliberal model. Therefore, the holders of economic power co-opt the State for their own wishes and weaken the limits of the State (fundamental rights) in favor of accumulation. The democratic ideals and values become a mere appearance, thus emerging the Post-Democratic State, which manifests itself in an authoritarian way. Neoliberalism generates the maximization of social inequalities, and those who do not have wealth or do not generate profits are considered enemies of this new model. The State reserves the criminal justice system for them, which will result in mass incarceration.

Keywords: Neoliberalism – Massive incarceration – Post-democratic State – authoritarianism – criminal justice

1 - INTRODUÇÃO

Entende-se como neoliberalismo o modelo econômico-social que retoma os ideais do liberalismo em razão da suposta crise do Estado de Bem-Estar Social. De acordo com esse novo modelo, o mercado, por si só, não é capaz de assegurar a integração de todos os seus participantes, sendo necessária a presença do Estado para a criação de um ambiente favorável à liberdade negocial. O Estado, portanto, tem a única finalidade de garantir que esse novo modelo econômico seja hegemônico.

Nesse sentido, a proposta neoliberal, de natureza conservadora e autoritária, é de dismantlar o Estado de Bem-Estar Social, reduzindo direitos fundamentais, tudo com vistas a instaurar um império do mercado. Logo, a ideia de democracia e liberdade individual nada mais são do que simulacros, uma vez que a racionalidade neoliberal tem como único objetivo a sobreposição da lógica do mercado a todas as pessoas, fazendo desaparecer qualquer limite de exercício de poder.

De acordo com essa lógica de mercado, tudo no neoliberalismo é reduzido à condição de mercadoria, inclusive os cidadãos. Tal raciocínio implica a diferenciação entre os cidadãos que possuem algum valor, considerados “amigos do mercado”, daqueles que, em razão de não estarem incluídos na lógica do consumo, são considerados “inimigos do mercado”, e, por não apresentarem nenhum valor econômico devem ser descartados, pois indesejáveis à racionalidade neoliberal.

Para tanto, o neoliberalismo se vale do Sistema de Justiça Penal, uma vez que os indesejados, ou seja, aqueles que não produzem e, por via de consequência, não têm qualquer valor mercadológico, recebem como resposta a segregação, a exclusão e, em casos mais extremos, a eliminação.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar a relação entre o fenômeno do encarceramento em massa verificado no Brasil, que atualmente é a terceira maior população carcerária em números absolutos (cerca de 700 mil presos segundo dados de 2019 divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN), com a lógica neoliberal formalmente incorporada pelo nosso ordenamento jurídico na década de 90.



2 – SOBRE A RACIONALIDADE NEOLIBERAL

O termo neoliberalismo foi criado por pensadores liberais a fim de diferenciar esse novo modelo político, econômico, social e cultural, do liberalismo clássico. Dentre eles, destaca-se Frederick von Hayek.

Há divergências sobre o momento de nascimento do neoliberalismo, se em 1938, no Colóquio Walter Lippman, ou se em 1947, quando foi constituída a Sociedade Mont-Pèlerin, na Suíça. O que não se discute é que os pais fundadores do neoliberalismo defendiam que “a manutenção do liberalismo necessitava de uma refundação teórica da doutrina liberal para que fosse possível dela deduzir uma política ativa verdadeiramente liberal”.³

Considerando o contexto histórico, o neoliberalismo surge num momento de crise do liberalismo econômico. Por um lado, havia a ascensão do Estado socialista, fundado na ideia de coletivização da propriedade privada, e por outro a aplicação prática do estado de bem-estar social, desenvolvido pelo economista John Keynes. Além disso, os dogmas liberais não conseguiam explicar a necessidade de intervenção do Estado na economia a fim de socorrer o mercado em momentos de crise.

Assim, o liberalismo, que se pautava pela lógica de que o Estado não poderia intervir nas relações econômicas, que se dariam de forma natural, de acordo com a “mão invisível” do mercado, não mais correspondia às expectativas dos detentores do poder econômico. Já a doutrina neoliberal, em resposta a isso, propõe um modelo distinto, segundo o qual o Estado deve intervir uma vez que a economia liberal nascia e se desenvolvia a partir de um quadro legal, o que representa o intervencionismo estatal.

Cabe ao Estado, portanto, criar os meios e instrumentos para que o modelo liberal alcance o seu ápice. Nas palavras de Rubens Casara:

“Há também na aceitação das propostas neoliberais a vitória da tese de que o mercado, por si só, não é capaz de assegurar a integração de todos, razão pela qual precisa da sustentação do Estado. Percebe-se, pois, que apesar do discurso de retorno ao liberalismo, os neoliberais produziram uma nova base teórica e uma nova política. O neoliberalismo se-

³ CASARA, Rubens R. R. *Contra a miséria neoliberal*, p. 110.

dimenta-se, então, como um modelo marcado pelo ativismo, através do qual se busca a construção de condições ideais para que a iniciativa privada possa se desenvolver livremente.”

Isso significa dizer que o neoliberalismo implica uma ruptura de hegemonia com o liberalismo clássico, na medida em que impõe não apenas uma nova concepção econômica, como também uma nova estrutura social e um novo modo de organização do Estado.

Assim, o neoliberalismo ultrapassa a barreira de uma teoria econômica, tornando-se uma teoria política e social, interferindo diretamente no direcionamento das políticas públicas e sociais do Estado.

Nesse sentido, o neoliberalismo, segundo Christian Laval e Pierre Dardot, “antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma *racionalidade* e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados.”⁴

A ideia de racionalidade pode ser conceituada como um modo de se entender o mundo⁵, e, como toda a forma de se interpretar a realidade, toda racionalidade está impregnada de ideologia, que, segundo Gramsci é “uma concepção de mundo que se manifesta implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações da vida individual e coletiva”.⁶

Essa dimensão ideológica da racionalidade implica a formulação de ideias aceitas pela maioria. Trata-se da produção de uma verdade, ainda que, no fundo, tanto as premissas quanto a conclusão do raciocínio sejam falsas. Assim, “o modo de ver e de atuar no mundo existe e condiciona as ações humanas independente da consciência (verdadeira ou falsa) das pessoas.”⁷ Como explicar, por exemplo, que em pleno século XXI, ainda haja desigualdade e miséria no Brasil, quando em 1988 o constituinte fez constar como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza, da miséria e da desigualdade? Para o dogma neoliberal a existência da pobreza se dá pela ausência de mérito do sujeito, que não se esforçou o suficiente.

⁴ Sobre o tema: DARDOT, Pierre; e LAVAL, Christian. *A nova razão de mundo*.

⁵ CASARA, Rubens R. R. *op. cit.* p. 34.

⁶ PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico*. p. 27-28.

⁷ CASARA, Rubens R. R. *op. cit.* p. 34.



No caso da racionalidade neoliberal, a ideologia dominante é a de se implementar o sentido empresarial e mercadológica a todos os ramos da vida e das coisas. As pessoas deixam de ser cidadãos e passam a ser consumidores, o Estado deixa de ser um ente limitador de poder e passa a ser um meio para a acumulação ilimitada de capital.

Muito embora a racionalidade neoliberal represente um novo modelo hegemônico de modo de ver e atuar no mundo, ela não apaga os elementos de outras racionalidades. Basta verificar que o modelo econômico neoliberal nada mais é do que o aperfeiçoamento do modelo liberal, com vistas a maximizar o acúmulo de capital, usando como principal estratégia a cooptação do Estado a fim de que este ente atue sempre em seu favor.

Para tanto, é necessário que o novo modo de pensar e de agir seja naturalizado, de forma que os sujeitos pautem suas condutas conforme os preceitos da nova racionalidade hegemônica. Até mesmo o campo da moralidade tende a ser transformado pela nova racionalidade⁸, uma vez que o novo pensar ideológico importa numa nova concepção de verdade.

Isso significa dizer que a racionalidade neoliberal também molda a subjetividade das pessoas na medida em que os sujeitos deixam de ser cidadãos e, vítimas dessa nova ideologia dominante que valoriza as relações econômicas acima de tudo, passam a se ver como empresários de si mesmos, permitindo sua exploração de forma mais intensa e perversa do que eram explorados sob a égide do liberalismo político.⁹

Isso porque, para os dogmas liberais, o salário era o resultado harmonioso entre o empregado e o empregador; a sindicalização era vista pelos trabalhadores como algo positivo e essencial; e ao Estado cabia a garantia dos direitos sociais e previdenciários. Ou seja, os trabalhadores não competiam entre si, e o seu contraponto era o empresário que explorava sua mão-de-obra.

Os ideais neoliberais, por seu turno, acarretam no desmantelamento de toda essa organização da classe trabalhadora ao inserir no imaginário social a ideia de que todos os sujeitos são potencialmente empresários da própria vida, e todas as relações possuem um valor in-

trínseco. Dessa forma, a racionalidade neoliberal estimula a competitividade dos sujeitos a ela submetidos, não dando espaço, portanto, à conscientização de que aqueles que não fazem parte do restrito grupo dos detentores do poder são tão ou mais explorados do que os trabalhadores.

Com isso, os empresários-de-si passam a se identificar mais com o explorador do que com o explorado, uma vez que a falsa ideia de liberdade empreendedora se tornou a verdade inquestionável da ideologia neoliberal.

Por outro lado, para os detentores do poder econômico esses sujeitos só terão alguma espécie de valor, só serão aceitos e desejados se forem consumidores em potencial. Aqueles que são pobres, que não produzem riqueza e não geram lucro aos interesses das grandes corporações são considerados indesejáveis.

Para essas pessoas, a solução encontrada pela racionalidade neoliberal é a da eliminação ou neutralização.

Se, por um lado, o estado neoliberal cria as condições ideais para a maximização do livre mercado, se intrometendo pontualmente na economia e em momentos de crise, por outro, ele se mostra extremamente presente no controle dos indesejáveis.

Como a racionalidade neoliberal cooptou o Estado e, por via consequência, também o Direito, qualquer obstáculo jurídico que represente um impasse ao acúmulo de capital deve ser flexibilizado ou ignorado.

Nesse sentido, qualquer direito fundamental que represente uma limitação ao agir estatal em prol da acumulação de riquezas, ou que, por sua finalidade social importa em despesa, deve ser flexibilizado ou ignorado pelos agentes do Estado.

Nesse ponto, a própria ideia de democracia representa um enorme obstáculo aos interesses dos detentores do poder econômico, uma vez que num regime democrático o Estado encontra limites de atuação nos direitos fundamentais.

A racionalidade neoliberal, portanto, instaura um novo regime normativo no qual todo e qualquer obstáculo ao lucro deve ser superado, sem, contudo, desfigurar de forma tão evidente as instituições e regimes estatais. Esse fenômeno é conhecido como pós-democracia.

⁸ Ibid, p. 39.

⁹ Ibid, p 63.

3 – NEOLIBERALISMO E O ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO

Em 1848, Karl Marx havia percebido que o Estado serve aos interesses de uma classe dominante, que, no caso de seus estudos era a classe burguesa. Por esse motivo ele conclui que “o Poder Executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar negócios comuns de toda a burguesia”.¹⁰

Essa afirmação deve ser contextualizada com o tempo histórico vivido por Marx. A Europa vivia uma série de insurgências burguesas contra o Absolutismo Monárquico então hegemônico, mas em acentuada crise de legitimidade. Isso porque dentre os ideais burgueses estavam a liberdade e a igualdade.

A liberdade burguesa, por seu turno, era a liberdade de negociar livremente sem a interferência do Rei; a igualdade tinha como fim eliminar a diferenciação entre a nobreza e os burgueses, permitindo que essa nova classe dominante pudesse ascender ao poder e tomar as rédeas das decisões políticas e econômicas de um país. Nasce, portanto, a democracia burguesa.

Considerando que a figura do Estado estava atrelada ao autoritarismo inerente ao regime absolutista, os burgueses criaram mecanismos de limitação do poder estatal, sendo certo que um desses instrumentos foi a Constituição.

Rubens Casara ensina que “o Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à lei”¹¹. Mais ainda: no Estado Democrático de Direito a sujeição se dá à Constituição.

A ideia contemporânea de Estado Democrático de Direito, por seu turno, foi desenvolvida após a queda dos regimes nazistas e fascistas. Segundo Casara:

“a opção política que levou ao Estado Democrático de Direito, construída após a Segunda Guerra Mundial, é a de que o poder deve ser limitado a fim de evitar novos holocaustos e permitir o máximo exercício da liberdade dos demais. Não por acaso, os direitos fundamentais previstos na Constituição

¹⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. O manifesto do partido comunista. p. 29.

¹¹ CASARA, Rubens R. R. O Estado pós-democrático. p. 19.

da República tornaram-se os principais limites ao exercício do poder”.¹²

Em síntese, o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, é aquele que impõe limites ao agir estatal por meio de uma lei hierarquicamente superior garantidora de direitos fundamentais.

A ruptura hegemônica ocasionada pela ascensão da racionalidade neoliberal permitiu a aproximação despu- dorada entre o poder econômico e o poder político, uma vez que uma das bases do pensamento neoliberal é a cooptação do Estado pelos detentores do poder econômico.

Ainda que o Estado liberal estivesse a serviço da classe dominante burguesa, era possível identificar o distanciamento entre os poderes político e econômico. No modelo neoliberal essa distinção desaparece. Nesse sentido, Pierre Dardot e Christian Laval sustentam que o neoliberalismo está levando à era pós-democrática.¹³

Na pós-democracia o que se vê é a superação do Estado Democrático de Direito, não pela violação dos limites ao exercício do poder, mas sim pelo desaparecimento de qualquer vontade de se fazer valer esses limites.¹⁴ Assim, no Estado Pós-Democrático há uma fachada de democracia, uma vez que os valores democráticos são corrompidos pelos detentores do poder econômico e as grandes corporações. O significante “democracia” não desaparece, mas perde o seu conteúdo material.¹⁵

Isso porque, na “verdade” neoliberal, o conceito de democracia está vinculado à ideia de liberdade. Mas no neoliberalismo o conceito de liberdade segue a lógica da acumulação de capital, ou seja, é a liberdade de gerar lucro a todo custo e sem qualquer limitação. Em nome da “democracia”, portanto, o Estado Pós-Democrático rompe com os princípios democráticos.¹⁶

Nesse ponto, Rubens Casara pontua que:

“o neoliberalismo e a pós-democracia convivem sem constrangimento em todo o mundo com o incremento da coerção e da restrição de direitos em nome da ‘liberdade’ do mercado e das corporações.

¹² Ibid. p. 20.

¹³ Sobre o tema: DARDOT, Pierre; e LAVAL, Christian. op. cit.

¹⁴ CASARA, Rubens R. R. O Estado pós-democrático. p. 21.

¹⁵ Ibid. p. 23.

¹⁶ Ibid. p. 31.

A pós-democracia, então, caracteriza-se pela transformação de toda prática humana em mercadoria, pela mutação simbólica pela qual todos os valores perdem a importância e passam a ser tratados como mercadorias, portanto disponíveis para uso e gozo coletivos, em um grande mercado que se apresenta como uma democracia de fachada (...). Em resumo: com o desaparecimento dos limites efetivos ao exercício do poder, em nome da lógica do mercado, instaura-se a pós-democracia.¹⁷

Assim, a razão neoliberal eleva a lógica empresarial e mercadológica a todos os âmbitos da vida, transformando o próprio ser humano em mercadoria. E toda mercadoria tem o seu valor de uso e de troca, sendo certo que as mercadorias imprestáveis terão como destino o descarte. Deu-se, portanto, a máxima desumanização da vida humana frente à lógica do capital, fundamentada na competição, no individualismo e na busca pelo lucro.¹⁸

Considerando que os direitos fundamentais que constituem a democracia passam a representar um obstáculo ao avanço do poder econômico, o Estado-Pós Democrático revela-se um Estado com tendências arbitrárias e muito forte no controle social daqueles que são considerados como inimigos do mercado, ou seja, aqueles que não geram riqueza e nem lucro. Para essas pessoas a resposta do Estado Pós-Democrático é o poder punitivo.

Nesse aspecto, no Estado Pós-Democrático o poder penal serve para atender aos interesses dos detentores do poder econômico, sendo um dos principais instrumentos de controle das pessoas indesejáveis. A finalidade política do uso exacerbado do sistema de justiça criminal é a neutralização do inimigo do neoliberalismo.¹⁹

Por meio da criação e o alargamento de tipos penais que alcancem essa parcela da população, o poder penal do Estado Pós-Democrático alcança seu objetivo, qual seja, retirar os inimigos do mercado da sociedade e encarcerá-los pelo maior tempo possível, negando-lhes não apenas a liberdade, mas uma série de direitos fundamentais, (p.ex. direito à saúde).

E numa realidade de aumento da desigualdade social, efeito inequívoco do neoliberalismo, a parcela dos ini-

migos do mercado tende a ser cada vez maior. Nesse contexto o poder punitivo tende a alcançar uma parcela cada vez maior da sociedade, gerando, por via de consequência, no aumento exponencial da população carcerária.

Esse fenômeno foi classificado por Vera Malagutti Batista como o grande encarceramento.²⁰

4 - NEOLIBERALISMO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Joachim Hirsch define o Estado como uma “condensação material de uma relação social força”²¹. Isso significa dizer que o Estado não é o resultado de um contrato social que contempla o bem comum, muito menos a corporificação da vontade popular expressa pelo povo pela via democrática.

De acordo com Silvio de Almeida, o Estado é resultado do surgimento do capitalismo.²² Isso porque o capitalismo se fundamenta na troca mercantil. E para que os indivíduos realizem essas transações necessário se faz que eles sejam livres e iguais. Mas essas condições só são garantidas quando a troca mercantil é constitutiva de uma sociedade. Por isso, “é apenas com o desenvolvimento do capitalismo que a política assume a forma de um aparato exterior, relativamente autônomo e centralizado, separado do conjunto das relações sociais, em especial das relações econômicas”.²³ Nesse sentido, o papel do Estado no capitalismo é manutenção da ordem capitalista, garantindo-se a liberdade e a igualdade formais, “seja pela coação física, seja por meio da produção de discursos ideológicos justificadores da dominação”.²⁴

O controle e a dominação exercidos pelo Estado capitalista, por sua vez, se expressam naquilo que Michel Foucault denomina de biopoder, que nada mais é do que o poder do Estado em controlar, manter e prolongar a vida da sua população. A presença ou a ausência de políticas de saúde, saneamento básico, segurança pública, previdência, dentre outras, tem impacto direto na vida das pessoas. Assim, a soberania do Estado sob a ótica do biopoder está no poder de suspender a morte, fazer viver ou deixar morrer.²⁵

²⁰ BATISTA, V. M. Introdução crítica à criminologia brasileira. p. 99.

²¹ HIRSCH, Joachim. Teoria materialista do estado. p. 37.

²² ALMEIDA, Silvio. Racismo estrutural. p. 92.

²³ Ibid. p. 92.

²⁴ Ibid. p. 93.

²⁵ FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade. p. 303.

¹⁷ Ibid. p. 37.

¹⁸ Ibid. p. 40.

¹⁹ Ibid. p. 92.

Desenvolvendo o conceito de biopoder, Achille Mbembe correlaciona com outros dois conceitos: estado de exceção e estado de sítio.²⁶ Para ele, a soberania se expressa como o direito do Estado de matar, sendo certo que o biopoder não é mais uma forma de controle de Estado sobre a vida, mas sim o seu controle sobre a morte; o necropoder.

Mbembe sustenta que o necropoder tem suas origens na política colonial imposta pelos países colonizadores. Isso porque “a conquista colonial revelou um potencial de violência até então desconhecido”²⁷ na medida em que “as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias da ordem judicial podem ser suspensos”.²⁸

Além disso, na lógica do conquistador há o homem civilizado e o selvagem, sendo certo que a vida selvagem é apenas outra forma de vida animal. Por essa razão, ao massacrar o selvagem, o europeu não tinha a consciência de que estaria cometendo qualquer espécie de ilegalidade. Essa ideia de desumanização de certos grupos humanos fundamenta a escravidão negra, que, de acordo com Mbembe, pode ser considerada uma das primeiras manifestações da experimentação da biopolítica.²⁹

Os sujeitos que eram alvo da violência colonial, não raro, se insurgiam contra a opressão que sofriam. A forma encontrada pelos conquistadores de manutenção de sua dominação foi criar a figura de um inimigo que poderia por em cheque a segurança da sociedade (colonos brancos). Por isso, “o poder (não necessariamente o poder estatal) continuamente se refere e apela à exceção, à emergência e à noção de um inimigo ficcional”.³⁰

Por se tratar de territórios sem lei, onde a prática da violência institucional não encontrava limites, as colônias viviam em constante estado de exceção, uma vez que o inimigo do regime estava dentro do território colonial e a iminência da guerra, segundo Silvio de Almeida, era um sentimento constante:

“Dizer que a guerra está próxima e que o inimigo pode atacar a qualquer momento é a senha para que sejam tomadas medidas preventivas, para que se cer-

²⁶ MBEMBE, Achille. Necropolítica. p. 18.

²⁷ Ibid. p. 32.

²⁸ Ibid. p. 35.

²⁹ Ibid. p. 27.

³⁰ Ibid. p. 17.

que o território, para que sejam tomadas medidas excepcionais”³¹

O poder punitivo estatal, por seu turno, foi o meio encontrado pelos colonizadores para manter o controle social da colônia. De acordo com Eugênio Raul Zaffaroni, o poder punitivo é subdividido em duas categorias: o poder punitivo formal e o poder punitivo informal.

O poder punitivo formal é aquele exercido formalmente pelos “agentes especiais do Estado (juízes) sob a forma de sequestro ou confinamento de pessoas (prisão), ou outras limitações menos graves à liberdade.”³² Já o poder punitivo informal é exercido informalmente pelas agências executivas do Estado, cujos funcionários (policiais) o fazem de forma paralela ou subterrânea”.³³ O autor ainda ensina que o poder punitivo formal predomina no norte (Europa e Estados Unidos da América) enquanto que o poder punitivo informal tem ampla prevalência no sul (América Latina).³⁴

Ou seja, no sul, o “exercício do poder punitivo gera fenômenos quase completamente desconhecidos no norte: autonomização da polícia, execuções sem processo, falsos positivos, tortura, grupos parapoliciais, envolvimento de exércitos, prisões deterioradas como campos de concentração, elevada mortalidade e morbidade prisional, mais da metade dos prisioneiros sem condenação (...)”.³⁵

Tudo isso é resultado de um contexto de subdesenvolvimento humano da América Latina que implica o registro das “mais altas taxas de morte violenta do planeta”, mas também de mortes causadas por carências sanitárias, insegurança do trabalho, suicídios, subnutrição, doenças curáveis, violência institucional e inadequação das nossas estradas”.³⁶

Considerando que a colonização da América foi, na verdade, uma ocupação policial³⁷, o poder punitivo colonial foi essencial para a manutenção da ordem social. A verdade é que até os dias hoje os países do sul global

³¹ ALMEIDA, Silvio. op. cit. p. 120.

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colonização punitiva e totalitarismo financeiro. p. 17.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid. p. 35.

³⁵ Ibid. p. 38.

³⁶ Ibid. p. 38.

³⁷ Ibid. p. 61.



sufrem com as consequências dessa política de morte adotada pelos colonizadores, e que foram maximizadas pelo modelo neoliberal implementado por aqui no final do século passado.

Como já apontado linhas atrás, o neoliberalismo coopta o Estado de tal forma que a democracia nada mais é do que um engodo. Zaffaroni chama a atenção para o fato de as grandes corporações também se apoderarem dos meios de comunicação, criando monopólios que “cumprem uma função equivalente à dos partidos únicos dos totalitarismos do entreguerras”, sendo responsáveis por criar “uma realidade distorcendo fatos”, pervertendo a democracia pela desinformação.³⁸

Esses “partidos únicos” dos meios de comunicação social, segundo Zaffaroni, “reiteram a torpeza da ‘tolerância zero’ do fanfarrão nova-iorquino e exigem o grande encarceramento na versão sul, que acaba por sobrepopoilar as prisões até mais de 300% de sua capacidade”.³⁹

Nesse sentido, entendemos que

“os atuais contornos assumidos pelo desenvolvimento do capitalismo, com a solidificação do empreendimento político-econômico neoliberal, irão impor uma nova dinâmica ao sistema punitivo. A crise, também um elemento presente desde a gênese da instituição prisional, atinge seu ápice, e assume uma dimensão colossal na atualidade.

(...)

Com efeito, nas últimas décadas, sob a égide do neoliberalismo, assiste-se à ascensão do recrudescimento das estratégias de controle punitivo em quase todo Ocidente. Esta onda punitiva deságua, sobretudo, no grande encarceramento, com o emblemático aumento da população carcerária dos EUA em um índice de 314% em 20 anos (1970-1991), algo inédito em uma sociedade democrática.

A América Latina, e notadamente o Brasil, também receberá influências desta nova colonialidade do saber/poder. Em razão de se tratar da periferia do capitalismo, com histórico marcado pelo colonialismo exploratório, escravagismo e regimes políticos autoritários, as consequências são ainda mais nefastas para o respeito à dignidade humana nas masmorras prisionais.⁴⁰

³⁸ Ibid. p. 78.

³⁹ Ibid. p. 80.

⁴⁰ SOUZA, Taiguara Líbano Soares. A era do grande encarceramento. p. 84.

No modelo neoliberal, portanto, o sistema penal é a resposta do Estado àqueles que são considerados os indesejáveis, os inimigos do mercado. Nesse sentido Loïc Wacquant aponta que “o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho – e isso de maneira infinitamente mais coercitiva do que todas as instituições sociais e regulamentos administrativos”⁴¹

No tocante ao sistema punitivo neoliberal em países periféricos, Loïc Wacquant alerta que

a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos (...) que visa às parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particularmente cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil e seus principais vizinhos, Argentina, Chile, Paraguai e Peru.⁴²

No Brasil, o resultado da política neoliberal refletiu-se no aprofundamento das desigualdades sociais e da concentração de renda. Segundo o Relatório sobre o Desenvolvimento do Mundo 1999-2000, do Banco Mundial, o Brasil é o vice-campeão mundial da desigualdade, com um índice Gini de 0,60, perdendo apenas para Serra Leoa, 0,629.⁴³

Nesse contexto, as tradições históricas do uso da violência no Brasil como instrumento de controle social somados à pauperização da população brasileira por causa da implementação do modelo neoliberal “vai se constituindo nas periferias urbanas, no Brasil profundo, o terreno fértil para a coexistência de espaços nos quais prevalece

⁴¹ WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. p. 96.

⁴² Ibid. p. 4.

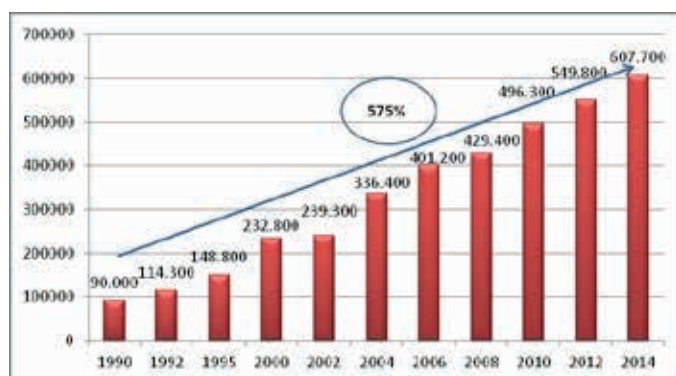
⁴³ SOUZA, Taiguara Líbano Soares. Op. cit. p. 136.

o Estado de exceção, a suspensão dos direitos e garantias preconizadas pelo Estado Democrático de Direito.”⁴⁴

A racionalidade neoliberal, portanto, se vale desses instrumentos para neutralizar seus inimigos, ou seja, os pobres e aqueles que não produzem riqueza. Deve-se ainda considerar que os territórios onde o Estado de exceção é a regra são habitados por essa parte da população que se encontra em situação de vulnerabilidade social. Ao tratar das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's), Marielle Franco, citada por Silvio de Almeida, ensina que

“A política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro mantém as características do Estado Penal de Loïc Wacquant. Os elementos centrais dessa constatação estão nas bases das ações militarizadas da polícia, na repressão dos moradores, na inexistência da constituição de direitos e nas remoções para territórios periféricos da cidade (o que acontece em vários casos). Ou seja, a continuidade de uma lógica racista de ocupação dos presídios por negros e pobres”⁴⁵

O aumento da população carcerária, portanto, é um dos sintomas mais desumanos dessa política de controle dos indesejáveis do modelo neoliberal. De acordo com dados do Ministério da Justiça, em 1990 o Brasil mantinha aproximadamente 90 mil presos. Em 2014 o número de pessoas encarceradas saltou para 607 mil presos, um aumento de 575% da população carcerária, conforme se verifica do gráfico abaixo:



FONTE: Ministério da Justiça/DEPEN

O aumento exponencial do número de presos durante esse período coincide com o implemento da política neoliberal no Brasil, adotada durante a década de 90 e desenvolvida ao longo dos anos 2000.

5 - CONCLUSÃO

No Brasil, o sucesso do empreendimento neoliberal tem gerado nefastas consequências àqueles que não estão abarcados pela lógica do consumo, seja porque não produzem riqueza, seja porque não estão inseridos no mercado em razão da situação de miserabilidade.

A essas pessoas, consideradas inimigas do modelo neoliberal, a resposta do Estado é a repressão e a neutralização por meio do seu sistema penal. O resultado dessa política de exclusão social é o aumento exponencial da população carcerária.

Mas esse não é o único infortúnio que o neoliberalismo reserva a essas pessoas. Com o dismantelamento do Estado do bem-estar social, os inimigos desse modelo econômico-político-social ficam ainda mais vulneráveis, uma vez que, para a lógica neoliberal, o Estado tem como objetivo precípua a criação de condições para a geração sucessiva de lucro. Assim, os programas assistenciais, previdenciários, e sociais no geral, por representarem uma despesa, não merecem acolhida.

Enquanto o capital vai cada vez mais se concentrando nas mãos dos detentores do poder econômico, os inimigos do mercado vão abarrotando as prisões, que segundo Zaffaroni, são equiparadas a campos de concentração, demonstrando o lado mais cruel do modelo neoliberal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Sílvio. *Racismo Estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.

BATISTA, Vera Malagutti. *Introdução crítica à criminologia crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscuro*

⁴⁴ Ibid. p. 144.

⁴⁵ ALMEIDA, Sílvio. op. cit. p. 127.



rantismo e gestão dos indesejáveis. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASARA, Rubens R. R. *Contra a miséria neoliberal.* – São Paulo: Autonomia Literária: 2021.

DARDOT, Pierre; e LAVAL, Christian. *A nova razão de mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal.* Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade.* São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HIRSCH, Joachim. *Teoria materialista do estado.* Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *O manifesto do partido comunista.* Trad. Maria Lucia Como – 4ª ed. – Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica.* 10ª reimpressão. São Paulo: N-1, 2022.

PORTELLI, Hugues. *Gramsci e o bloco histórico.* Trad. Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6183899/mod_resource/content/1/pdfcookie.com_gr_amsi-e-o-bloco-historico-hugues-portelli.pdf.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares. *A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação prisional do Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro, Editora Revan, 2018.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser-aqui.* – Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

ARRASTANDO GRILHÕES: OITENTA ANOS DE PROCESSO PENAL AUTORITÁRIO NO BRASIL

Victoria-Amália de Barros Carvalho G. De Sulocki¹

“O político deve ser lido e interpretado nos registros do real (os efeitos concretos do poder), do simbólico (as representações do poder em jogo), e do imaginário (os fantasmas, as fantasias, as emoções, os sentimentos, em última instância, o gozo relacionado ao poder).” (Gisálio Cerqueira Filho e Gizlene Neder)

Este artigo foi escrito originalmente para obra “Desafiando 80 anos de Processo Penal Autoritário”² organizada por Antonio Santoro, Diogo Malan e Flávio Mirza, no ano de 2021 quando o Código de Processo Penal completou suas oito décadas de vigência. Como escrito à época, não havia nada a comemorar: quase um século de vigência do Código de Processo Penal forjado em pleno fascismo, reforçado por séculos de imaginário, e prática, inquisitorial, permanências que dotaram o Processo Penal Brasileiro de matriz autoritária de uma longevidade capaz de sobrepor-se à Constituição da República de 1988. Apesar das diversas reformas pontuais no Código de Processo de 1941 na tentativa de adequá-lo à estrutura democrática constitucional, algumas tímidas, outras nem tanto, como a mais recente advinda com a Lei 13.964/2019, que expressamente consagrou a estrutura acusatória do processo penal³, vedando a atuação probatória do juiz, introduziu a figura do Juiz das Garantias⁴, trouxe dispositivos para preservar a impar-

¹ Advogada Criminal, Professora Universitária, possui graduação em Comunicação Social pela Puc-Rio e em Direito pela Puc-Rio, Mestre em Ciências Penais pela UCAM, Doutorado em Teoria do Direito e Democracia Constitucional pela Puc-Rio. Professora de Processo Penal e de Criminologia da Puc-Rio, Coordenadora do Curso de Pós-Graduação *latu sensu* de Ciências Penais da Puc-Rio.

² SANTORO, Antonio, MALAN, Diogo e MIRZA, Flavio (orgs). *Desafiando 80 anos de Processo Penal Autoritário.* 1.a ed. Belo Horizonte, São Paulo, D’Plácido, 2021.

³ CPP - Artigo 3º -A: “O Processo Penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Artigo suspenso por liminar em medida cautelar concedida, em 22/01/20, pelo Ministro Fux nas ADINs de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

⁴ CPP – Artigo 3º-B, incisos e seguintes, sendo a redação do *caput*: “O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)” Artigos também suspensos pela liminar acima referida.

cialidade do julgador, como o do juiz que tenha conhecimento do conteúdo de prova considerada ilícita estar impedido de proferir sentença ou acórdão⁵, além de outros avanços⁶ no sentido de democratização do Processo Penal, o inquisitivo autoritário continua a assombrar as teorias e práticas jurídico-penais.

No entanto, as pesadas correntes que ainda aprisionam corações e mentes nas malhas do inquisitorialismo, do desejo da submissão, do afeto pelo poder, da busca da verdade “real” e única, continuam resistindo às tentativas de rompê-las, mantendo-se um arcabouço que não condiz com a Constituição da República. Essa permanência autoritária se verifica na própria prática forense que, ao invés de interpretar o Código de Processo Penal à luz da Constituição, o faz justamente de forma oposta, “com a interpretação da (luz) constitucional sob o mais profundo breu do código vigente”,⁷ sabotando⁸ cotidianamente o Processo Penal democrático. É o arrastar de grilhões.

E para constatar essa resistência em direção a um processo penal democrático, ou melhor dizendo, constatar as permanências de um ideário jurídico-ideológico que se apega ao autoritarismo, basta debruçar-se primeiramente sobre as ações diretas de inconstitucionalidade⁹ que questionam a figura do Juiz das Garantias, e outros dispositivos da Lei 13.964/19, para depois verificarmos o resultado do recente julgamento pelo Supremo Tribunal

Federal, nas referidas Ações Diretas de Constitucionalidade, relativizando, quase que anulando, os avanços em direção a um processo penal democrático.

As ADINs foram ajuizadas por Associações de Magistrados¹⁰, a dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e por partidos políticos. Não bastasse a constatação que Magistrados se colocam contra a constitucionalidade, em última análise, do próprio sistema acusatório, liminar concedida, monocraticamente, pelo Ministro Luiz Fux, suspendeu a eficácia da implantação do juiz das garantias e seus consectários, do impedimento do juiz que conheceu da prova declarada inadmissível, do novo procedimento de arquivamento de inquérito policial, da exclusão física dos autos do inquérito, até manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal, que só ocorreu em agosto do corrente ano, ou seja uma suspensão que durou 03 anos e meio, tempo mais do que suficiente para que os diversos Tribunais se adequassem às novas regras.

Pensar os oitenta anos de vigência do Código de Processo Penal Brasileiro e as permanências inquisitivas na cultura jurídica e na prática do Poder Judiciário, sem esquecer das políticas criminais autoritárias manifestadas pelo Legislativo e Executivo, é refletir sobre a razão desse aprisionamento em ideários nascidos em séculos passados e, também, refletir sobre formas de rompermos com essa cultura autoritária, com o imaginário absolutista, escravocrata, patriarcal e patrimonialista presente na sociedade brasileira deste século XXI.

Para tanto, nestas breves linhas, buscamos trazer as raízes do autoritarismo brasileiro calcado nas matrizes da inquisição ibérica e no absolutismo que, na herança da colonização portuguesa, amalgamadas com as violências na formação histórica e socioeconômicas do Brasil, - genocídio, escravidão, patrimonialismo, patriarcalizado -; raízes tão profundas que seus paradigmas ainda influenciam a sociedade brasileira.

De outro lado, a idéia de ordem única, autoritária, do dever de submissão e obediência a essa ordem que exclui qualquer outra forma de se organizar socialmente, traz em seu bojo, no campo jurídico-penal, o que po-

⁵ CPP – Artigo 157, § 5º.

⁶ É preciso fazer menção ao fato de que a Lei 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, trouxe mudanças significativas nos âmbitos do Processo Penal, direito Penal Material, Execução Penal; no entanto, se no Processo Penal as mudanças pretendidas foram no sentido de, finalmente, dar-lhe conformidade constitucional, nos outros campos do sistema penal, as mudanças representam um grande retrocesso em direção ao punitivismo.

⁷ SANTIAGO NETO, José de Assis e MARQUES, Leonardo Augusto. A Cultura Inquisitória mantida pela Atribuição de Escopos Metajurídicos ao Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de, SILVEIRA, Marco Aurélio da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Estudos sobre a Reforma do CPP no Brasil*. Vol. 4, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 181.

⁸ Aury Lopes Jr., em sua nota do Autor na 17. ed. de seu *Direito Processual Penal*, referindo-se aos avanços que a lei 13.964/19 trouxe para o Processo Penal, afirma estar mais “preocupado com a contrarreforma, ou com o que Alexandre Morais da Rosa denomina de “Movimento da Sabotagem Inquisitória, (...)”. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁹ ADINs de nº 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

¹⁰ As outras ADINs foram ajuizadas por partidos políticos (PODEMOS, CIDADANIA E PSL) e pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP).

demos chamar de Ideologia da Defesa Social, não em seu sentido, digamos libertário, de mais justiça social ou de preocupação com a sociedade onde todas as camadas populacionais estivessem incluídas, mas sim uma ideologia excludente eis que a “sociedade” a que se refere é a dos “homens de bem”, para usar uma expressão ao gosto midiático.

“A idéia de “defesa social” chegou a mostrar-se como uma concepção de filosofia política de filosofia política que, segundo o discurso declarado, era destinada “a aperfeiçoar a Sociedade”. Em que pese esse verniz, a funcionalidade real dessa ideologia é, e sempre foi, bem distinta e pode ser resumida, com os evidentes riscos de toda e qualquer simplificação, na exclusão sistemática da alteridade”¹¹

No campo específico do Processo Penal, basta a leitura da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, da lavra de Francisco Campo, e a Justificativa do PL 8045/2010, decorrente do PLS 156/2009, Projeto de novo Código Penal, que podemos perceber a permanência desse discurso da Ideologia de Defesa Social. Ademais, essa ideologia, que Alessandro Baratta¹² identifica desde os primeiros discursos criminológicos, considerando os do Direito Penal Liberal Clássico do século XVIII e o positivismo do século XIX, continua presente, às vezes com outras roupagens, nos discursos das decisões judiciais penais.¹³

1 - Autoritarismo à brasileira: Absolutismo, Inquisição e Ordem Única

Gizlene Neder, em preciosa pesquisa¹⁴ acerca das idéias jurídico-políticas no Brasil e as instituições nelas forjadas, relacionadas sobretudo nas questões da criminalização e controle social de grande parcela da população brasileira, trabalha as rupturas e continuidades das idéias jurídico-penais em Portugal e no Brasil na virada do sé-

¹¹ CASARA, Rubens R.R.. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro, Revan, 1997.

¹³ Neste sentido ver SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de. *Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de Século XXI*. Biblioteca Digital da Puc-Rio. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=18810@1>

¹⁴ NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro – Obediência e Submissão*. Coleção Pensamento Criminológico. Vol. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

culo XVIII para o XIX. É inegável que “algumas permanências histórico-culturais do direito ibérico de um modo geral, (são) observadas nas práticas e no pensamento jurídico no Brasil de hoje, (...)”¹⁵

Neder se indaga o quanto das “fantasias absolutistas de um controle penal-policial absoluto” povoam “os operadores das instituições de controle social formal (polícia e justiça)”¹⁶, sendo que ao se debruçar sobre as violências históricas na formação da sociedade brasileira, apresentada sob o símbolo mitológico de “cordial” e “democracia racial”, percebe-se a importância dos dispositivos autoritários no atuar do poder punitivo, tanto oficial quanto o presente em outras instâncias.

“Sem dúvida, é fundamental o destaque da culpa e da suspeição como componentes das ideologias jurídicas de uma formação histórica que “julga” e “condena” um “suspeito” sem que este tenha possibilidade de defesa até que ele próprio, se sobreviver, prove sua inocência. Esta maneira de encarar as normas jurídicas e o disciplinamento constitui uma violação dos direitos individuais, tais como postulados pelo pensamento burguês liberal que, por sua vez, preside as concepções jurídicas formais (através de legislações específicas) que informam a construção de normas de (i)legalidades no Brasil.”¹⁷

Às fantasias absolutistas está indelevelmente associado o primeiro discurso criminológico estruturado da história que segundo Zaffaroni permanece intocável até hoje¹⁸: o das inquisições¹⁹, personificado no *Malleus Maleficarum*²⁰ dos inquisidores Heinrich Krämer e Jakob Sprenger. Afirma Zaffaroni que seria a primeira vez “na história

¹⁵ *Idem*, p. 13.

¹⁶ *Idem*, p. 14.

¹⁷ *Idem*, p. 16/17.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

¹⁹ Francisco Bethencourt explicita que: “As Inquisições são referidas, geralmente, no singular. Essa tradição exprime uma realidade: os diferentes tribunais da fé têm como fonte comum de legitimidade a delegação de poderes, feita pelo papa, em matéria de perseguição das heresias. A designação única pode ser cômoda, mas esconde realidades muito diversas: (...) Inquisição espanhola (criada em 1478), tal como a Inquisição portuguesa (estabelecida em 1536), tem um estatuto particular que se traduz por uma quase completa independência de ação em relação à cúria romana; os tribunais hispânicos que operam na América ou na Ásia transportam com eles estruturas, maneiras de fazer e representações comuns, mas adaptam-se a diferentes contextos.” BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições – Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 10.

²⁰ KRAMER, H. e SPRENGER, J.. *Malleus Maleficarum*. Edição brasileira: *O Martelo das Feiticeiras*. 14. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos. 2000.

que se construiu uma obra que integrou, em um único sistema harmônico, a criminologia (origem do mal) com o direito penal (manifestações do mal) com o processo penal (como se investiga o mal) e com a criminalística (dados para descobrir na prática o mal).²¹

Nilo Batista, em *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*²², ao tratar da inquisição medieval, afirma que a importância de seu estudo se revela na herança jurídico-penal que através da colonização atravessa o Atlântico, transferindo-se para América Latina, mas também que a “inquisição nos revela com nitidez os laços íntimos que se estabelecem entre um projeto político e o sistema penal que lhe dá sustentação”,²³ e de como esse sistema penal, desvinculando-se deste projeto político, adquire certa autonomia, servindo a diferentes correntes, usando “conjunturalmente suas armas prestigiadas e ferozes”. Citando Louis Sala-Molins em sua introdução à tradução do *Manual dos Inquisidores* de Nicolau Eymerich, Nilo Batista escreve: “a inquisição “sobrevive, no indicativo presente”.²⁴

Por sua vez, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, escrevendo acerca do sistema inquisitório, dirá que este, embora tenha raízes na “velha Roma”, surge, na forma como o conhecemos hoje como arma contra as heresias.

“Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido”.²⁵

Nas palavras Nilo Batista, “o sistema penal canônico se apresenta, assim, como o instrumento de uma ordem totalizante e inexorável que não admite contestação ou desobediência, e a submissão do réu é recortada também a partir de uma drástica redução na operatividade de sua defesa”.²⁶

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, 2013. p. 35.

²² BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 2000.

²³ *Idem*, p. 238.

²⁴ *Idem*, p. 239.

²⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 18/19.

²⁶ BATISTA, Nilo. *op. cit.* 2000. p. 165.

A verdade única e absoluta, estabelecida em um primeiro momento pelo ideário das Inquisições, e depois laicizada nas estruturas dos Estados Absolutos, se transfere também para as formas de defesa dessa verdade única, transformando-a em “bem comum”, “interesse do povo”, “ordem pública”, defesa social”. Está em cartaz a alguns séculos, e no Brasil do Século XXI, no Processo Penal é uma grande estrela, da Morte.

“Mas é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (ut alii terreantur). Ora, o bem comum deve estar acima de quaisquer outras considerações sobre a caridade visando o bem de um indivíduo”.²⁷ (sem grifos no original)

O ideário absolutista ibérico também será muito influenciado pelo pensamento tomista e, conforme escreve Jean Pradel²⁸ escreve, referindo-se a teólogos, como Tomás de Aquino, que o pensamento religioso medieval, retomado pelos seus sucessores ibéricos, - e por esta via chega até o Brasil - , traz argumentos racionais acerca do direito penal e da pena retributiva como instrumento de manutenção da ordem, legando-nos a idéia do sistema penal como um todo, - processo penal, polícia, sistema penitenciário -, como instrumento primeiro de defesa social, resolução de conflitos, contenção e controle social.

De façon générale, tous ces auteurs ne doutent pas un instant de la légitimité de la justice pénale. (...). D’abord, sans peine rétributive, la société cesserait d’être protégée car “si la société ne pouvait se défendre contre les criminels au moyen d’un châtement, voire la mort du coupable quand il est nécessaire d’en venir à cette extrémité, elle serait absolument détruite par ces criminels” (Dissertation sur la justice et le droit, I, X, sect. 2, num. 58);

²⁷ Estas palavras são de Francisco de La Peña que em 1578 “atualiza” o *Manual dos Inquisidores* de Nicolau Eymerich. Interessante reparar na semelhança dos discursos atuais, em que a segurança pública e a manutenção da ordem, o “bem comum” da atualidade, vêm na frente dos direitos e garantias individuais – a “caridade visando o bem do indivíduo”. EYMERICH, Nicolau, LA PENÁ Francisco. *Manual dos Inquisidores*. Avignon, 137, edição brasileira, Brasília: Rosa dos Ventos, 1993. p. 122.

²⁸ PRADEL, Jean. *Histoire des Doctrines Pénales*. Paris, Presses Universitaires de France, 2. ed. 1991.

Saint Thomas l'avait déjà dit de façon voisine”.²⁹(sem grifos no original)

A ordem absolutista significa a ordem hierárquica e ordem única, a qual os homens devem se submeter, não devendo ser permitida a existência de diversas correntes ou diferentes autoridades. Tais conceitos irão levar à legitimação do absolutismo. Ainda retomando brevemente talvez o mais influente pensador de uma ordem única do medievo religioso, Tomás de Aquino entende não ser possível duas verdades distintas, ou duas ordens diferentes. Se pelos caminhos da razão, alguma das conclusões filosóficas fosse contra qualquer dogma, é porque tal conclusão é falsa. Por outro lado, a Revelação deve ser clara e inteligível para razão humana.

“Ora, o acordo da verdade com a verdade é necessário. É certo pois, que a verdade da filosofia se uniria à verdade da revelação por uma cadeia ininterrupta de relações verdadeiras e inteligíveis, se nosso espírito pudesse compreender plenamente os dados da fé. Daí resulta que, todas as vezes que uma conclusão filosófica contradiz o dogma, é um indício certo de que essa conclusão é falsa. (...) Daí resulta, ademais, que a impossibilidade em que estamos de tratar filosofia e teologia por um método único não nos proíbe considerá-las como constituindo, idealmente, uma só verdade total”.³⁰ (sem grifos no original)

E assim estão postas algumas matrizes que irão se arrastar, tal qual correntes fantasmagóricas, mas com consequências bem concretas, na formação da sociedade brasileira, na sua ordem política, sócio-econômica e jurídica, mormente no Processo Penal cujo senso comum teórico, e do próprio Poder Judiciário, ainda acreditam, questão de fé, que a Defesa Social é seu escopo.

2 – Ideologia da Defesa Social e Processo Penal Autoritário

Rubens Casara afirma que “no campo específico do processo penal, notam-se sem dificuldade as características (princípios) da ideologia da defesa social sintetizados

²⁹ *Idem*, p. 15. Tradução livre: “De um modo geral, todos esses autores não duvidam da legitimidade da justiça penal. (...) Primeiramente, sem a pena retributiva, a sociedade cessaria de estar protegida pois “se a sociedade não pudesse se defender dos criminosos através do castigo, a exemplo da morte do culpado quando for necessário se chegar a este extremo, ela seria completamente destruída por estes criminosos” (*Dissertação sobre a justiça e o direito*, I, X, s. 2, n.º 58); São Tomás já o havia dito de forma semelhante”.

³⁰ GILSON, Étienne. *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 656.

por Alessandro Baratta, que integram o imaginário dos atores jurídicos e do homem comum.”³¹

Alessandro Baratta³², ao tratar das características do que seria a Ideologia da Defesa Social, demonstra que, embora com atitudes metodológicas diferentes, tanto a Escola Liberal Clássica do Direito Penal quanto a Escola Positiva incorporam os princípios cardeais da Ideologia da Defesa Social, sendo que tal ideologia, surgida contemporaneamente à Revolução Burguesa, com seus postulados de estrita legalidade e proteção da ordem jurídica, é herdada pela Escola Positivista que, por sua vez, mudando algumas de suas premissas, em razão da passagem do Estado liberal para o Estado social e as novas exigências de controle social do capitalismo industrial, manterá o conceito de defesa social e sua função justificante e racionalizante do sistema penal.

Esta ideologia, construída pelo saber oficial, e filtrada pelo que se convencionou chamar de “luta das Escolas”, constituiu-se em “filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem da rua (ou seja, das *every days theories*)”.³³

O exercício de poder punitivo continua hoje respaldado nesta ideologia, basta examinarmos o discurso jurídico penal judicial em relação à periculosidade, à gravidade do delito e/ou à ordem pública que, por sinal se reproduz através da dogmática jurídica penal difundida tanto nas universidades quanto nos “manuais” de Direito Penal e Processual Penal, além das jurisprudências exaustivamente replicadas, legitimando no âmbito da doutrina e da prática, a operatividade do poder punitivo.

Os seis princípios fundantes da Ideologia da Defesa Social, identificados por Baratta, seriam o princípio da legitimidade, o do bem e do mal, o da prevenção, o da igualdade e o do interesse, sendo que essa ideologia permeia tanto as justificativas e exposição de motivos legislativos, quanto as decisões judiciais neste início de século XXI, dando passagem à expansão do poder punitivo, agora enquadrado no projeto do capitalismo tardio no qual a gestão da miséria gerada por esta forma planetária de dominação se faz pelo viés penal.

³¹ CASARA, Rubens R.R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

³² BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* 1997.

³³ *Idem*, p. 42.



O primeiro princípio arrolado por Baratta como sendo o da Ideologia da Defesa Social é o da legitimidade³⁴ que nas palavras do autor traz o Estado “como expressão da sociedade, legitimado para reprimir a criminalidade”, sempre por meio das instâncias oficiais de controle social, - polícia, legislativo, judiciário e instituições penitenciárias-, que interpretariam a reação da sociedade, trazendo assim a reafirmação dos valores e das normas sociais através do sistema penal. A legitimidade do poder punitivo, nos moldes liberais da legalidade estrita, atravessa o período do positivismo penal, com maior intervenção na sociedade, e chega aos dias atuais intacto. Esta legitimidade estatal para punir se revela no termo *ius puniendi*, cujo detentor é o Estado, e não deixa de ter ligação com o primeiro confisco do conflito pelo soberano no processo penal inquisitorial e absolutista. As partes envolvidas em um conflito penal não têm legitimidade para resolver seus conflitos sem a interveniência do Estado. Se inicialmente “Deus foi sequestrado”, no absolutismo, o Soberano era a vítima. O princípio da legitimidade também diz respeito à verticalização hierárquica, e autoritária, da Justiça Penal iniciada com as inquisições. “Quando na coerção reparadora alguém que manda diz que o lesado sou eu e afasta quem realmente sofreu a lesão, é ali que surge o poder punitivo, ou seja, quando o cacique, rei, senhor, autoridade ou quem quer que seja substitui a vítima, a confisca.”³⁵

O princípio do bem e do mal³⁶ é o segundo trazido à baila por Baratta. Ele significa que o crime é sempre visto como um dano para a sociedade, enquanto o delinquente é entendido como uma pessoa disfuncional do sistema social, ainda que cidadão igual aos outros, a teor da formulação iluminista, -“o desvio criminal é pois o mal; a sociedade constituída o bem”.³⁷ Tal princípio guarda uma linha direta de identificação desde o poder punitivo de matriz inquisitorial, no qual o mal sempre estaria encarnado nos diferentes criminalizados que infringiam a ordem de então, até os nossos novos perigosos “agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social”³⁸

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Op. Cit.*, 2013. p.19.

³⁶ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997. p. 42.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Apelação Criminal nº 2005.050.05432 - 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O princípio da culpabilidade³⁹ revela que “o delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e as normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.” Tal princípio, posto em prática, reforça a chamada teoria do direito penal do inimigo de Günter Jakobs, mesclando a idéia iluminista do dano social à periculosidade positivista, estrutura um direito penal passível de conter certos indivíduos apenas pelo risco do comportamento que possam vir a ter, sendo tal risco analisado pela “atitude interior reprovável do sujeito” que não aceitaria os valores sociais auto excluindo-se da ordem vigente. Não à toa, o número de presos provisórios em prisões brasileiras ultrapassa os 40% da população prisional. Neste ponto, o Processo Penal autoritário, inquisitivo, que pretende ser instrumento de “segurança pública” está em plena, e inconstitucional, vigência.

O princípio da finalidade ou da prevenção significa que a pena não teria mais uma função unicamente retributiva, mas também, e sobretudo, preventiva. Sendo a pena abstratamente prevista pela lei penal, ela teria a função de criar uma contra motivação ao comportamento delituoso, com o intuito de intimidar o indivíduo (prevenção geral negativa) que, por sua vez, deixaria de praticar uma conduta delituosa sob a ameaça abstrata da sanção penal previamente estabelecida. Por outro lado, a pena concretizada na decisão penal teria como função a ressocialização do criminoso (prevenção especial positiva), evitando a reincidência. Mais um mito que a realidade das estatísticas criminais desmente, mas que o imaginário absolutista penal de defesa da nega na prática.

Baratta também identifica o princípio da igualdade⁴⁰ como cardeal da Ideologia da Defesa Social, fundamentadora da idéia de que o direito penal é igual para todos, ocultando assim a seletividade do poder punitivo. O princípio da igualdade está diretamente ligado ao mito do direito penal igualitário, assim como o princípio do interesse social e do delito natural⁴¹. Este último expressa o entendimento de que as ofensas aos interesses fundamentais da sociedade estão definidas nos códigos

³⁹ BARATTA, Alessandro, *op. cit.*, 1997. p. 42.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

penais dos Estados, sendo os interesses protegidos pelo direito penal comuns a todos os cidadãos.

“O mito da igualdade pode ser resumido nas seguintes proposições: a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) A lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos antissociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais *chances* de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).”⁴²

Podemos perceber como a Ideologia da Defesa Social, além de fundamentadora do sistema penal moderno, constitui ainda hoje um discurso alimentador da dogmática penal e presente nas práticas judiciais de nossos tribunais. O sistema penal se tornou hoje “o grande remédio” para todos os males da sociedade: da briga entre vizinhos à fraude financeira milionária, a punição é percebida como único instrumento de defesa da sociedade.

Zaffaroni⁴³ aponta para a crise do atual discurso jurídico penal, afirmando ainda que as teorias que legitimam as penas, - acrescentaria também as práticas judiciais, de natureza administrativa, - prisão cautelar sob o fundamento da ordem pública, por exemplo -, não conseguem mais ocultar as profundas contradições do sistema. No entanto, o discurso oficial continua a fornecer os elementos - Os Textos⁴⁴ - para reforço do poder punitivo, sustentado por um enorme aparato publicitário, hoje indispensável ao exercício do poder punitivo, administrando e regulando os medos criando assim a “necessidade” da intervenção do sistema penal.

Em relação à importância, ou não, de discursos para legitimar o poder punitivo, Zaffaroni dirá que as ditaduras e os Estados totalitários sempre atuaram de forma a ter um discurso jurídico que legitimasse sua atuação: “(...) los autoritarismos no hubiensen cuidado tanto los discursos de justificación jurídica ni los sectores de poder y agencias no jurídicas del sistema penal cuidarían

un discurso que no les pertenece. Cuando André Glucksmann se pregunta por qué sucede esto y “Qué necesitan hoy los que suben al poder aparte de una buena ropa, aguardiente y salchichón?”, responde sin meditar ‘**Nece-
sitan el texto**’.”

Os “textos” são das mais variadas ordens: manuais de direito, o próprio ensino jurídico, os cursinhos, as decisões judiciais, os discursos jurídicos, mas também extrajurídicos advindos de outras instâncias da sociedade, como por exemplo a grande mídia. Neste artigo, aponta-se para os discursos veiculados na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, da Lavra de Francisco Campo, em cotejo com as mais recentes justificativas legislativas, especialmente nos trechos que apontam a função do Processo Penal como sendo a de proteger a sociedade ou ainda da necessidade do Estado ter instrumentos para realizar a defesa social.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941 é clara:

“Senhor Presidente,

(...) A REFORMA DO PROCESSO PENAL VIGENTE

II – De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunhasse 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 evidencia 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 jurídicopenal 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 malavisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios norma-

⁴² BARATTA, Alessandro, *op.cit.*, 1997. p. 162

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Hacia um Realismo jurídico Penal Marginal*. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamerica, 1992. p.11/12.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

tivos com que, sob o influxo de um malcompreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal. (...)”⁴⁵(sem grifos no original)

Como não se lembrar da advertência de La Peña, em 1578: “é preciso lembrar que a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (ut alii terreantur).”⁴⁶ (sem grifos no original)

Esse “texto”, para usar a expressão de Zaffaroni, é de 1941, hoje a ordem jurídica é nova, a Constituição da República de 1988 que seria o ponto final de mais um período autoritário, a ditadura civil-militar de 1964, está em plena vigência, afirmam os que negam a permanência do inquisitivo e do autoritarismo nas instituições do poder pena. Esquecem que cultura inquisitorial, a matriz absolutista, o imaginário escravocrata, a realidade patrimonialista, não foram rompidas.

A Justificativa da proposta do novo Código de Processo Penal que tramita pela Câmara dos Deputados, PL 8045/2010, embora recuse a ordem advinda do estado autoritário do Código de Processo Penal de 1941, mantém a idéia de que a Constituição foi “generosa” quanto ao rol de Direitos e Garantias individuais e que deve ser feita uma ponderação de interesses entre direitos fundamentais e interesses da persecução penal, como se fosse possível ponderar campos de direitos qualitativamente tão diversos. Um novo Código de Processo Penal já assim banhado nas águas da Ideologia da Defesa Social.

Afirma a Justificativa à proposta legislativa novo Código de Processo Penal:⁴⁷

(...). O Código de Processo Penal em vigor data do Estado Novo, estado autoritário, indissociavelmente ligado ao ideário fascista. De lá para cá, quatro constituições se sucederam em nosso país. Conseqüentemente, a lei processual penal tornou-se, cada vez mais, descompassada dos preceitos constitucionais.

⁴⁵ Exposição de Motivos Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689 de 1941.

⁴⁶ Vide nota 26.

⁴⁷ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=SBT+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010

No decorrer desse tempo, alterações pontuais foram feitas e, como tais, trouxeram perda de rendimento ao sistema porquanto carentes da devida ancoragem sistêmica. Por sua vez, a Constituição de 1988, concebida em ambiente de reabertura política e democrática, preocupou-se em prevenir a repetição dos excessos cometidos na ditadura. O resultado foi um rol generoso de garantias processuais penais, que por vezes tem sido interpretado com exacerbado liberalismo. Diante desta realidade dispar, o desafio que ora nos propomos é o de realizar a ponderação de valores: de um lado a proteção de direitos e garantias fundamentais e do outro a tutela da persecução penal efetiva. Vale dizer, dar instrumentos para que a defesa da sociedade seja concretizada, mas sem nos descuidarmos do devido processo legal e da proteção do investigado, que é, afinal, uma conquista histórica. Não podemos deixar de reconhecer os avanços, se bem que pontuais, das reformas legislativas derivadas do labor da comissão de juristas presidida pela saudosa Ada Pellegrini Grinover: as Leis nºs 11.689/08, que altera dispositivos do CPP relativos ao Tribunal do Júri, 11.690/08, que altera dispositivos do CPP relativos à prova, e 11.719/08, que altera dispositivos do CPP relativos à suspensão do processo, *emendatio libelli, mutatio libelli* e aos procedimentos, e a Lei nº 12.403/2011, que altera dispositivos relativos às medidas cautelares pessoais. Tais contribuições foram, em larga medida, incorporadas ao novo texto. Paralelamente, o Senado Federal convocou uma comissão de juristas que apresentou um projeto global, de Código de Processo Penal. O texto foi aprovado e chegou a esta Casa em 2010. (...)” (sem grifos no original)

Oitenta anos se passaram desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal, a Constituição da República Federativa do Brasil, constituindo o Estado Democrático de Direito foi promulgada em 1988, mais de trinta anos se passaram, e o Processo Penal Brasileiro arrasta as correntes do autoritarismo.

Mas, as vozes democráticas existem e lutam pelo Processo Penal Democrático. Um importante contraponto é o preâmbulo, em forma de Exposição de Motivos que acompanhou o que se tornou o PLS 156/2009⁴⁸ que,

⁴⁸ Comissão de Juristas para o texto básico de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal formada por Ministro Hamilton Carvalho (Coord. Da Comissão), Eugênio Pacelli, Relator-geral, Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Jr., Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres

com a remessa do Senado para Câmara dos Deputados, se tornou o PL 8045/2010. Afirmo a Justificativa do referido Anteprojeto⁴⁹ 156/2009:

“Senhor Presidente,

Se em qualquer ambiente jurídica há divergências quanto ao sentido, ao alcance e, enfim, quanto à aplicação de suas normas, há, no processo penal brasileiro, uma convergência quase absoluta: a necessidade de elaboração de um novo Código, sobretudo a partir da ordem constitucional da Carta da República de 1988. (...).

A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-lei 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional. E isso, em processo penal, não só não é pouco, como também pode ser tudo. (...).

Nesse passo, cumpra esclarecer que a eficácia de qualquer intervenção penal não pode estar atrelada à diminuição das garantias individuais. É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade.

Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o res-

Avelar, Tito Souza do Amaral.

⁴⁹ https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1840284&filename=PRP+4+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010

peito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.

II

Na linha, então, das determinações constitucionais pertinentes, o anteprojeto deixa antever, já à saída, as suas opções estruturais, declinadas como seus princípios fundamentais. A relevância da abertura do texto pela enumeração dos princípios fundamentais do Código não pode ser subestimada. Não só por questões associadas à ideia de sistematização do processo penal, mas, sobretudo, pela especificação dos balizamentos teóricos escolhidos, inteiramente incorporados nas tematizações levadas a cabo na Constituição da República de 1988. Com efeito, a explicitação do princípio acusatório não seria suficiente sem o esclarecimento de seus contornos mínimos, e, mais que isso, de sua pertinência e adequação às peculiaridades da realidade nacional. A vedação de atividade instrutória ao juiz na fase de investigação não tem e nem poderia ter o propósito de suposta redução das funções jurisdicionais. Na verdade, é precisamente o inverso. A função jurisdicional é uma das mais relevantes no âmbito do Poder Público. A decisão judicial, qualquer que seja o seu objeto, sempre terá uma dimensão transindividual, a se fazer sentir e repercutir além das fronteiras dos litigantes. Daí a importância de se preservar ao máximo o distanciamento do julgador, ao menos em relação à formação dos elementos que venham a configurar a pretensão de qualquer das partes. Em processo penal, a questão é ainda mais problemática, na medida em que a identificação com a vítima e com seu infortúnio, particularmente quando fundada em experiência pessoal equivalente, parece definitivamente ao alcance de todos, incluindo o magistrado. A formação do juízo acusatório, a busca de seus elementos de convicção, o esclarecimento e a investigação, enfim, da materialidade e da autoria do crime a ser objeto de persecução penal, nada tem que ver com a atividade típica da função de execução desta missão jurisdicional. Esclareça-se que as cláusulas de reserva de jurisdição previstas na Constituição da República, a demandar ordem judicial para a expedição de mandado de prisão, para a interceptação telefônica ou para o afastamento da inviolabilidade do domicílio, não se posicionam ao lado da preservação da eficiência investigatória. Quando se defere ao juiz o poder para a autorização de semelhantes procedimentos, o que se pretende é tutelar as liberdades individuais e não a qualidade da investigação.

(...).

III

Para consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. (...) O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende a duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e gerenciamento do respectivo processo operacional; e, b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão de acusação. (...)” (sem grifos no original)

O Anteprojeto de Código de Processo Penal elaborado pela Comissão de Juristas⁵⁰, PLS 156/2010, se configura em um contra discurso ao que se imagina como Justiça Penal da Ideologia da Defesa Social ainda presente no imaginário social e dos que atuam no Judiciário Criminal. Mesmo com todas as tensões, normais e saudáveis para o debate político público, o referido Anteprojeto caminhava na direção da constitucionalização efetiva do Processo Penal Brasileiro. É preciso, portanto, avançar no sentido da constitucionalização efetiva, nos discursos político-jurídicos democráticos. Antes tarde do que nunca. As diversas frentes dessa trincheira se colocam no mapa: mudanças no ensino jurídico, transformações culturais, caminhar a favor dos desejos de liberdade e alteridade.

3 - Conclusão

Ainda que este artigo tenha por escopo indicar os problemas do Processo Penal Brasileiro, e suas longínquas raízes, não poderia ele se terminar tão somente se centrando nas permanências e os retrocessos autoritários. É preciso apontar para possibilidade de mudança da mentalidade inquisitória, da implementação efetiva do sistema acusatório, da transformação da cultura autoritária na sociedade brasileira marcada pelo escravismo, pelo genocídio, pelas violações do Estado, em suas diferentes instâncias, contra seus cidadãos.

Como Fauzi Hassan Choukr afirma: “lidar com a superação de um aparato legislativo enraizado nas tradi-

ções históricas inquisitivas como é o caso do Código de Processo Penal brasileiro exige a conjugação de esforços técnicos e políticos que nem sempre se apresentam em harmonia.”⁵¹

No entanto, a superação não é apenas da legislação, ou dos discursos político- legislativos, mas sim a superação do modelo inquisitorial introjetado ao longo dos séculos na formação histórico-política e social brasileira. Como dito no início do artigo, essa superação significa romper os grillhões mentais e emocionais, dos afetos e desejos, que prendem a sociedade nesse modelo violento e autoritário.

Talvez seja preciso compreender que um novo processo penal, ou a refundação⁵² do Processo Penal, para usar o termo de Fauzi H. Choukr, não é uma mera reforma do processo penal, mantendo-se aqui e ali regras que não se coadunam mais com o ordenamento democrático. Essa refundação também não será tão imediata, e tem que ser pensada em termos de “um modelo de políticas públicas de longo termo, com a visão clara dos passos a serem dados (...), marcha (...) complexa e sujeita a retrocessos porquanto não encerra apenas a dimensão técnica, mas, sobretudo a política.”⁵³

Esse caminhar deve feito pelos vários atores sociais e políticos, do Brasil e também de nossos vizinhos latino-americanos que já se encontram mais adiantados, por várias razões, do que o Brasil. Chega de nos darmos as costas e olharmos para oceanos diferentes, a experiência processual penal latino-americana tem muito a ensinar.⁵⁴

É preciso ter esperança, e luta. O imobilismo nos amarra ao passado autoritário, o desejo de liberdade e alteridade faz avançar e rompe os grillhões.

⁵¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências Inquisitivas e Refundação do Processo Penal: a Gestão Administrativa da Persecução Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de, SILVEIRA, Marco Aurélio da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália*. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 65.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*, p.69.

⁵⁴ Neste sentido ver POSTIGO, Leonel González. Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições a partir da Experiência na América Latina. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de, SILVEIRA, Marco Aurélio da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o Sistema Acusatório e a Reforma do CPP e na América Latina*. Vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁵⁰ Vide nota 47.



Bibliografia

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

BETHENCOURT, Francisco. *História das Inquisições – Portugal, Espanha e Itália, séculos XV-XIX*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

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

------. *Derecho Procesal Penal*. 1. ed. Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

CASARA, Rubens R.R.. *Mitologia Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

------. *Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências Inquisitivas e Refundação do Processo Penal: a Gestão Administrativa da Persecução Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de e SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Diálogos sobre Processo Penal entre Brasil e Itália*. Vol. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (organizador). *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

EYMERICH, Nicolau, LA PENÁ Francisco. *Manual dos Inquisidores*. Avignon, 137, edição brasileira, Brasília: Rosa dos Ventos, 1993.

GILSON, Étienne. *A Filosofia na Idade Média*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KRAMER, H. e SPRENGER, J., *Malleus Maleficarum*, edição brasileira: *O Martelo das Feiticeiras*. 14. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2000.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro – Obediência e Submissão*. Coleção Pensamento Criminológico, Vol. 4. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

POSTIGO, Leonel González. *Bases da Reforma Processual Penal no Brasil: Lições a partir da Experiência na América Latina*. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de e SILVEIRA, Marco Aurélio da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: o Sistema Acusatório e a Reforma do CPP e na América Latina*. Vol. 3. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PRADEL, Jean. *Histoire des Doctrines Pénales*. 2. Ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

SANTIAGO NETO, José de Assis e MARQUES, Leonardo Augusto. A Cultura Inquisitória mantida pela Atribuição de Escopos Metajurídicos ao Processo Penal. In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, PAULA, Leonardo Costa de e SILVEIRA, Marco Aurélio da (organizadores). *Mentalidade Inquisitória e Processo Penal no Brasil: Estudos sobre a Reforma do CPP no Brasil*. Vol. 4, Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

SANTORO, Antonio, MALAN, Diogo e MIRZA, Flavio (orgs). *Desafiando 80 anos de Processo Penal Autoritário*. 1.a ed. Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2021.

SULOCKI, Victoria-Amália de Barros Carvalho G. de. *Museu de Novidades: Discursos da Ideologia da Defesa Social nas Decisões Judiciais neste início de Século XXI*. Biblioteca Digital da Puc-Rio. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nr-Seq=18810@1>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

------. *Hacia um Realismo jurídico Penal Marginal*. Caracas: Monte Avila Editores Latinoamerica, 1992.



PARECERES

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR
D. PRESIDENTE DO
INSTITUTO DOS ADVOGADOS
BRASILEIROS, DR. SYDNEY
SANCHES**

Indicação 044/2022

Indicante: D. Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal, Dr. Márcio Barandier

Matéria: Indicação urgente. Consultoria jurídico-criminal – análise técnica sobre Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, quanto à pretensa inconstitucionalidade da *prisão especial* para pessoas com diploma de ensino superior, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

Ementa: ADPF nº 334/STF. Prisão especial. Art. 295, VII, do CPP. Pretensa inconstitucionalidade. Falta de condições de ação. Improcedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

I. INTRODUÇÃO

O presente parecer, vinculado à indicação urgente, realizada pelo Plenário desse I. INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, no último 27 de julho de 2022, tem por objeto a análise jurídica da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada em 9 de março de 2015, perante o Supremo Tribunal Federal, pelo então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, quanto à *pretensa inconstitucionalidade da prisão especial para pessoas com diploma de ensino superior, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal* (Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941).

PRINCIPAIS PONTOS DA ADPF nº 344

O Supremo Tribunal Federal deve julgar, no próximo dia 10 de agosto, se a *prisão especial* a pessoas com diploma de ensino superior, prevista no artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, mostra-se constitucional.

O questionamento sobre a pretendida inconstitucionalidade do *direito individual* chegou à Alta Corte, com o fim de examinar a seguinte disposição do Código de Processo Penal:

Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes de condenação definitiva:

VII - os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República;

Como sabido, o artigo 295, do Código de Processo Penal, cuida da chamada *prisão especial*, que protege determinadas pessoas, em virtude de função pública, de formação escolar, do exercício de atividades religiosas, dentre outros fundamentos. O dispositivo legal sob exame refere-se à prisão processual, de natureza cautelar, logo, não se aplica à prisão resultante de sentença penal condenatória, transitada em julgado. A *prisão especial* apresenta-se forma de cumprimento do gênero *prisão processual*.

Para o Procurador-Geral da República, o tratamento diferenciado a determinadas pessoas se justifica ante o princípio da *isonomia* em algumas das hipóteses enumeradas no dispositivo, diante do risco criado pelo exercício de funções públicas no sistema de justiça criminal e em razão do exercício de outras atividades sobre as quais recai evidente perigo de encarceramento em *prisão comum*. Contudo, distinção estabelecida no inciso VII, que prevê *prisão especial* a “diplomados por qualquer das faculdades superiores da República”, não encontraria razão jurídica, nem critério razoável teria sido adotado pelo legislador.

Para justificar tal compreensão isolada, o Procurador-Geral da República rememora o contexto histórico da criação da norma, instituído no Brasil no contexto do governo provisório de Getúlio Vargas, pela Lei nº 425, de 5 de julho de 1937, às vésperas do golpe que implantou o regime ditatorial do Estado Novo. Dessa forma, nessa linha de particular de ver, se trataria de instituto originado em contexto antidemocrático, durante período de supressão de garantias fundamentais e manutenção de privilégios, sem respaldo na igualdade substancial entre cidadãos.

Posteriormente, a *prisão especial* para diplomados foi confirmada pelo Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal (CPP), em pleno regime de exceção. Até 1991, o dispositivo era regulamentado pelo Decreto 38.016, de 5 de outubro de 1955, o qual previa extenso rol de benefícios para “presos especiais”. Essa norma foi revogada pelo Decreto 11, de 18 de janeiro de 1991, que aboliu a regulamentação da matéria.

Em 2001, a Lei 10.258/01 procurou restringir algumas discriminações do artigo 295, do CPP, e determinou serem as distinções entre *prisão especial* e *prisão comum* o recolhimento em local diferente e o transporte separado. Para tanto, acrescentaram-se ao artigo 295, do CPP, os seguintes parágrafos:

§ 1º. A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da *prisão comum* (itálico nosso).

§ 2º. Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3º. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo,

atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana. § 4º. O preso especial não será transportado juntamente com o preso comum.

§ 5º. Os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum.

Nesse contexto, o Procurador-Geral da República defende que a simples definição de algo como “especial” necessariamente denotaria discriminação e acarretaria desigualdade, pois algo somente pode ser especial frente aos demais integrantes de uma categoria que sejam comuns. “Especial” seria algo “fora do comum”, “próprio”, “peculiar”, “específico”, “particular”, “extraordinário”, o que ensejaria por si só tratamento discriminatório entre as formas de execução do encarceramento provisório.

Argumenta que, em algumas das hipóteses do artigo 295, do CPP, a discriminação não afronta a isonomia e os objetivos de justiça social e solidariedade da Constituição da República, pois se baseia na necessidade de segurança e na proteção do direito fundamental à vida e à integridade física de quem desempenha função que acarrete perigo, se inserido no sistema de justiça criminal.

Por outro lado, assenta que, quanto aos “diplomados” (inciso VII), a distinção não ostentaria amparo constitucional, porquanto o critério de distinção não guardaria conexão racional, digna e justa com a medida diferenciadora e atingiria a essência do conceito de *república*, a dignidade do ser humano, **a igualdade material de tratamento que deve reger as ações do Estado perante os cidadãos**, assim como a finalidade de construção de justa e solidária, de redução de desigualdades sociais e de promoção do bem geral, sem preconceitos e outras formas de discriminação.

Conclui, a contar desse raciocínio *sui generis*, que o critério relacional que baseia a norma (grau de escolaridade) não guarda relação lógica com a distinção por ela instituída (*prisão especial*), nem com finalidade alguma buscada pelo texto constitucional, e, por isso, se contrapõe aos objetivos constitucionais acima indicados.

Consultoria da Advocacia-Geral da União (fls. 181/185 do pdf)

A Consultoria da Advocacia-Geral da União (AGU) manifestou-se pela manutenção da *prisão especial*, por entender que a determinação não viola os princípios e garantias, insculpidos na Constituição da República.

Tanto o artigo 295, do Código de Processo Penal, bem como o artigo 242, do Código de Processo Penal Militar, o qual, também, aborda o mesmo tema, tratam de matéria processual penal, qual seja, a forma de cumprimento de prisão processual (em local distinto da *prisão comum*), o que em nada mitiga ou limita o poder punitivo do Estado. Por essa razão, defende que a norma atacada não está fixando, direta ou indiretamente, penas diferenciadas entre as pessoas. Por certo, o comando em questão não implica a introdução de perdão, anistia ou qualquer abrandamento de regras punitivas aos portadores de diploma de nível superior:

Isto porque, no instituto da prisão especial, a regra se aplica tão somente à hipótese de prisão cautelar (temporária ou preventiva), onde o indiciado ou réu ainda não tem contra si uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Em outras palavras, na hipótese de condenação penal definitiva, com pena de restrição de liberdade, a obrigação prisional será efetivamente cumprida, independentemente do grau de instrução do detento.

Frise-se, por oportuno, que, no sistema penal brasileiro,

a prisão cautelar (preventiva ou provisória) é exceção, em respeito ao princípio da presunção da inocência.

Depreende-se, portanto, que, considerando o ordenamento jurídico vigente, inexistente para o diplomado de nível superior quaisquer imunidades a impossibilitar que o Estado o prive de sua liberdade ou mesmo que lhe defira um grau de liberdade diferenciado em relação aos demais presos.

Ao final, a Consultoria da AGU concluiu que a *prisão especial*, prevista no artigo 295, inciso VII, do CPP, visto o caráter cautelar, não macula os princípios e garantias previstos na Constituição Federal. O direito, consagrado pelo legislador, em favor do diplomado por qualquer das faculdades de ensino superior do país, a exemplo das demais hipóteses do artigo 295, do CPP, aplicase, tão somente, ao investigado, ao indiciado e ao réu que forem recolhidos à prisão, antes do julgamento definitivo da ação penal pública de índole condenatória.

Senado Federal (fls. 191/194 do pdf)

No mesmo sentido que a Advocacia Geral da União, o Senado Federal sustentou a ideia de que a *prisão especial* constitui direito, não privilégio, porque se aplica, de forma excepcional, antes da condenação definitiva, ou seja, no âmbito da prisão provisória. Defende, também, que, não obstante a Constituição da República ter instituído o *princípio da presunção de inocência*, fato é que há prisão antes da condenação definitiva. E se assim o é, nesses casos, todos deveriam ser recolhidos em quartéis ou prisões especiais, não somente os portadores de diploma de ensino superior, mas também os que não possuem qualquer diploma, para que não se misturem aos já condenados, ou a presos por infrações penais graves.

No mesmo sentido, Tourinho Filho, *in verbis*:

“Antes da sentença condenatória definitiva, a prisão, seja na hipótese de flagrante, seja na hipótese de preventiva *stricto sensu*, traduz, apenas, uma cautela do Estado, em virtude do *periculum in mora*, isto é, do perigo da insatisfação da pena ou da satisfação tardia, ou, então, como garantia da ordem pública ou por conveniência da instrução criminal. Enquanto não houver uma sentença condenatória irrecorrível, não se pode falar em condenação.

Sendo medida de exceção, que pode acarretar grave e imerecido dano àquele que a sofre, deve ser aplicada com a maior benignidade possível, e a concessão

do art. 295 é consentânea com essa “aconselhável benignidade”.

Não há qualquer lesão ao princípio da isonomia. Não se trata de concessão a pessoas, não se trata de privilégio para certas pessoas, mas de uma atenção a certas pessoas, levando-se em conta, exclusivamente, a relevância, a majestade e a importância do cargo ou função que essa ou aquela pessoa desempenhe no cenário jurídico-político da Nação. Nesse sentido, a lição de Tornaghi. Irrepreensível o ensinamento de Basileu Garcia:

Não sendo possível, por deficiência de ordem material, facultar a todos os acusados, ainda não condenados, um tratamento que resguarde os riscos de injustiça, iminentes ao caráter preventivo da medida privativa de liberdade, não há mal em que isso seja feito pelo menos relativamente a alguns acusados. Dentre eles os que, pela sua vida, funções e serviços prestados à coletividade, merecem maior consideração pública ou que, pela sua educação, maior sensibilidade devem ter para o sofrimento do cárcere.”

O Senado Federal ressalta que o problema não está na inclusão dos portadores de diploma de curso superior, mas, sim, na ausência dessa proteção aos demais presos por ordem cautelar, excluídos do rol do artigo 295, do CPP. Afinal, a *prisão especial* emerge direito, não privilégio, tendo em vista que se aplica aos que estão submetidos, de maneira excepcional, à prisão provisória, antes da condenação com trânsito em julgado, e que gozam ainda da *presunção de inocência*, tudo, agora sim, em nome do conceito de *república*, princípio da *dignidade humana*, princípio da *isonomia* (artigo 1º e 5º, caput e incisos I e LVII, da CR). Dessa forma, se há alguma inconstitucionalidade no dispositivo impugnado, não seria em relação à inclusão de portadores de diploma de curso superior em seu rol, mas, sim, na falta da mesmíssima proteção legal aos demais investigados, indiciados e acusados.

Advocacia Geral da União (fls. 196/206 do pdf)

Para a Advocacia Geral da União, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor, a *prisão especial* significa, tão só, que os indivíduos - recolhidos à prisão antes da condenação definitiva e enquadrados nas hipóteses dos incisos I a XI, do artigo 295, do CPP - deverão ser mantidos em local diverso da *prisão comum*, assim como dis-

tinto será o seu transporte. No mais, os direitos e deveres dos presos especiais serão os mesmos dos presos comuns.

Assim, conforme ressaltado nas informações prestadas pela Presidência da República, a *prisão especial* refere-se, apenas, às prisões cautelares, ou provisórias, não se aplicando ao encarceramento resultante de sentença penal condenatória, transitada em julgado. O próprio Código de Processo Penal reconhece a necessidade de conferir tratamento diferenciado para os indivíduos que não têm, contra si, condenação penal passada em julgado, prevendo, em seu artigo 300, que “as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal”.

A providência pleiteada na petição inicial, entretanto, não é a mais adequada para harmonizar o instituto da *prisão especial* com o texto constitucional. Na verdade, conforme ressaltado nas informações prestadas pelo Congresso Nacional, o recolhimento em *prisão especial* justifica-se quanto aos sujeitos que não possuem, contra si, condenação penal definitiva, de modo que eventual descumprimento da Carta da República não decorreria do deferimento dessa garantia aos portadores de diploma de curso superior, mas da ausência legal de concessão desse direito individual aos demais presos em caráter provisório.

A esse respeito, Luiz Flávio Borges D’Urso¹ sustenta o seguinte:

“Na verdade, não se pode tolerar privilégios e regalias que venham distinguir pessoas as quais, em razão de suas ocupações tenham benefícios infundados, não garantidos aos demais cidadãos, até porque o princípio constitucional que rege tal assunto estabelece que todos são iguais perante a lei.

De outra parte, não se pode invocar esse princípio, para acabar com condições mínimas que deveriam ser garantidas a todos, somente porque o Estado não as consegue propiciar à massa carcerária como um todo, e dessa forma advogando-se posição na qual, todos devam ser remetidos ao sistema prisional fétido, promíscuo, imundo, doente, miserável que lamentavelmente temos aqui em nossa pátria.

¹ D’URSO. Luiz Flávio. *Prisão especial deve ser estendida aos presos provisórios*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-mai-28/prisao_especial_nao_privilegio_criminalista>.

A prisão especial surge entre nós, quando se constatam, as condições precárias do sistema prisional, o que levou inclusive ao Decreto 38.016 de 5 de outubro de 1955, o qual regulamentou sua prática

Isso é fácil compreender, quando se observa um policial que durante anos, persegue e prende pessoas que cometeram os mais diversos crimes. Num dado momento, esse policial é alvo de investigação. Caso seja ele preso junto aos que prendeu, certamente os sentimentos de vingança dos demais, o levarão à morte, pois em poucos instantes esse policial seria executado no cárcere.

A custódia do homem preso é do Estado que tem a responsabilidade por sua vida e integridade física e moral, assim, cabe ao Estado estabelecer condições para preservar, até por segurança, aquele preso que em razão de sua atividade, torna-se mais vulnerável ou até um verdadeiro alvo dentro do sistema.

Esse espírito é que inspirou a prisão especial, que ao contrário de privilégio, é medida de segurança para aquele que precisa desse mínimo de proteção à sua vida. Dessa forma, verificamos que atualmente, têm direito a prisão especial, muitas autoridades, mas também gente do povo, como os dirigentes e administradores sindicais, servidores públicos, os professores de ensino de 1º e 2º graus, os ministros de confissão religiosa (padres, bispos, pastores, etc.), os cidadãos que já foram jurados, os diplomados em curso superior.

Na verdade a ampliação do rol dos que têm direito a prisão especial deveria alcançar todos os que não tivessem uma condenação definitiva, de forma a tratar todos com a igualdade preconizada pela Constituição e não ao contrário, acabando com a prisão especial e levando todos à lama, à promiscuidade, à doença e ao risco até de vida.

É demagógica a tese de se acabar com a prisão especial, até porque, não é privilégio de rico ou poderoso, pois são contempladas com essa forma preservada de prisão também pessoas do povo. E mais, prisão especial é possível, somente quando alguém ainda não foi condenado definitivamente, vale dizer, quando ainda pende uma mera investigação policial, ou um processo criminal, no qual, o investigado poderá ser, ao final, absolvido. A única exceção a essa regra é quanto aos funcionários da administração da Justiça Criminal e policiais”.

Nesse sentido, assevera que a pretensão formulada nos autos da presente Arguição não se revela o meio adequado para solucionar a alegada discriminação decorrente

da norma impugnada, posto que a eventual procedência do pedido conduziria à declaração de inconstitucionalidade de direito que fora, de modo válido, concedido aos portadores de diploma de ensino superior.

Em outros termos, a regra de *prisão especial* para os diplomados em curso superior não constitui, em si, afronta à Lei Maior, uma vez que encontra respaldo nos princípios da *isonomia* e da *presunção de inocência* (artigo 5º, caput e incisos I e LVII, da CR), os quais impõem ao Estado a concessão de tratamentos diferenciados entre as pessoas presas em caráter provisório e aquelas que já estejam condenadas com trânsito em julgado.

Por outro lado, afirmou a extensão desse direito aos demais presos provisórios dependeria da edição de lei em sentido formal, de modo que a eventual procedência do pedido veiculado na Arguição serviria, tão somente, para retirar dos portadores de diploma de curso superior o aventado direito individual, o que não contribuiria para a concretização do princípio da igualdade ou das demais disposições constitucionais suscitadas na petição inicial.

Proposta legislativa²

Em 2019, foi proposto o PL 3.945³ com o objetivo de dar fim à *prisão especial* para quem tem diploma de ensino superior. O texto encontra-se sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, do Senado Federal. Se aprovado na Comissão e não houver recurso para votação no plenário do Senado Federal, o texto segue para a Câmara dos Deputados.

Para o senador Fabiano Contarato, autor do projeto, essa regra reflete, no tratamento jurídico-penal, sistema desenhado para fortalecer as desigualdades, em que os pobres ficam cada vez mais miseráveis e os ricos têm cada vez mais dinheiro.

Para ele, conceder esse privilégio pelo simples fato de um indivíduo ter diploma de nível superior é dizer à maior parcela da população brasileira, “constituída de

analfabetos”, pessoas que estudaram até o ensino fundamental ou até o nível médio, que “são inferiores” à camada privilegiada da sociedade que teve acesso ao ensino superior, o que não é justo. Da mesma forma, acredita que não é porque um indivíduo tenha prestado, no passado, um serviço de destaque à nação brasileira que justifique tal privilégio.

O Senador da República disse entender que não existem razões de ordem técnica, jurídica ou científica que embasem a *prisão especial* nesses casos. Ele lembrou que a gravidade do crime não necessariamente tem a ver com o nível de escolaridade de uma pessoa: “A título de exemplo, há pessoas com nível fundamental que cometem furtos e indivíduos com nível superior que cometem roubos cinematográficos. Há analfabetos que respondem por um soco e há PhDs que respondem por mortes brutais.”

Para o Senador Fabiano Contarato, a maior mentira escrita na CF estaria no artigo 5º, que diz que todos são iguais perante a lei: “para que essa afirmação passe a ser uma verdade, precisamos modificar toda a legislação infraconstitucional que não honra esse preceito, tal como a que se busca revogar.”

PRECEDENTES DO STF E STJ SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 295, VII, DO CPP

No Supremo Tribunal Federal, tanto no Pleno quanto nas Turmas, encontraram-se apenas 6 (seis) acórdãos, 5 (cinco) deles muito antigos, de 1960, 1984, 1988, 1992, 2008, sendo o mais recente de 2014 (HC 117.959, Relator: Min. Luiz Fux, DJe de 10/4/2014).

A partir desses casos, observa-se que não há controvérsia em relação ao art. 295, VII, do CPP, isto é, a Suprema Corte admite a *prisão especial* para portadores de diploma do ensino superior, devendo ser respeitadas as condições previstas nos parágrafos do mencionado dispositivo da lei processual penal.

Entre os acórdãos encontrados no STF, destaca-se HC 117.959, julgado pela Primeira Turma em 2014. Naquela situação concreta, a Colenda Turma concluiu que a garantia reservada para aqueles que tem direito à *prisão especial* está adstrita ao recolhimento em local distinto da *prisão comum* ou, inexistindo estabelecimen-

² <https://www.migalhas.com.br/quentes/307101/projeto-busca-fim-da-prisao-especial-paraquem-tem-ensino-superior>

³ Revoga os incisos IV e VII do art. 295 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Altera o Código de Processo Penal para revogar o direito à prisão especialantes do trânsito em julgado de sentença condenatória aos cidadãos inscritos no Livro do Mérito e aos portadores de diploma de curso de ensino superior.

to específico, em cela distinta, garantida a salubridade do ambiente.

Assim, não havendo vagas ou, na falta de unidades prisionais na localidade que se prestam, de maneira exclusiva, para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendem esses requisitos cumpre as exigências legais, sendo descabido deferir a prisão domiciliar – observa-se no caso em questão, assim como no RHC 62.390, julgado em 1984, que a distinção entre *prisão especial* e prisão domiciliar exsurge clara. Nesse sentido, a Doutra Turma afirmou que “a reforma introduzida no CPP pela Lei nº 10.258/2001 visou a eliminar privilégios injustificáveis em uma democracia e estabeleceu de maneira clara que a prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento do preso em local distinto da prisão comum (art. 295, § 1º). À falta de estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento (art. 295, § 2º). Inobstante ainda aplicável a Lei nº 5.256/1967, que prevê a prisão domiciliar na ausência de estabelecimento próprio para a prisão especial, devem ser considerados os contornos da prisão especial introduzidos pela Lei nº 10.258/2001 (HC nº 116.233 AgR/SP, rel. Min. Rosa Weber, DJ de 26.08.2013)”.

Após o ano de 2014, não se encontraram acórdãos sobre o tema no STF. Pesquisou-se se haveria algum motivo para tanto, mas não existe nada que justifique tal situação, salvo a interpretação e a aplicação pacíficas da previsão normativa. Assim, as decisões monocráticas seguem o mesmo diapasão dos v. acórdãos proferidos pelas C. Turmas.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, selecionaram-se 17 (dezessete) precedentes, entre acórdãos e decisões, no período de 2008 a 2018. Também não se identificaram novos entendimentos sobre o dispositivo legal após 2018.

Assim como no STF, os casos encontrados no STJ não discutem a legitimidade da *prisão especial*, ou seja, já partem da premissa segundo a qual o preso diplomado em curso superior tem direito a tratamento diferenciado daquele dispensado ao preso comum, limitando-se a análise dos requisitos previstos nos §§ do art. 295, do CPP):

“Os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República têm direito a serem mantidos em prisão especial antes da condenação definitiva, nos termos do art. 295, VII, do Código de Processo Penal” (HC n. 291.109/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe de 28/5/2015.)

Em 2012, no julgamento do HC 231.768/SP (Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 16/11/2012), a Colenda Quinta Turma fixou o seguinte:

“A teor do art. 295, §§ 1º, 2º e 3º, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n.º 10.258/2001, a garantia reservada para aqueles que tem direito à prisão especial está adstrita ao recolhimento em local distinto da prisão comum ou, inexistindo estabelecimento específico, em cela distinta, garantida a salubridade do ambiente. Assim, não havendo vagas ou inexistindo na localidade unidades prisionais que se prestam exclusivamente para a guarda de presos especiais, a manutenção do acautelamento em acomodações que atendam esses requisitos cumpre as exigências legais, sendo descabido deferir a prisão domiciliar”. (HC n. 231.768/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe de 16/11/2012).

III. PARECER

Com todas as vênias, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), autos 00688.00178/2015-63, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, **não pode ser conhecida e, no mérito, deve ser julgado improcedente o pedido** de não recepção do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal.

Os fundamentos apresentados neste parecer vinculam-se à correta compreensão do sentido de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III, da CR); ao significado preciso de *igualdade* na Carta Constitucional (art. 5º, LIV, da CR); à relevância da *legalidade estrita* na apreciação do direito processual penal (art. 5º, *caput*, II e LXVI, e art. 37, da CR); e à estatura do *princípio do estado de inocência* (art. 5º, LIV, da CR) no ordenamento jurídico-constitucional.

Muito embora, a *questão preliminar* atinente ao conhecimento da Arguição devesse ser trazida primeiro, em respeito à ordem de julgamento da ação pelo D. Pleno do Supremo Tribunal Federal, a natureza constitucional desse ponto exige esclarecimento prévio sobre *princípios e regras* da Lei Maior, cuja interpretação influencia a reflexão quanto à ausência de *condição da ação* por falta de *interesse de agir* do Procurador Geral da República.

Por consequência, inicia-se com exame dos direitos individuais em jogo, justificada a necessária inversão quanto à questão do *conhecimento* da arguição *sub judice*, exposta amiúde ao final.

III.1. PERSPECTIVA SISTEMÁTICA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS, A CONTAR DO REAL SIGNIFICADO DOS PRINCÍPIOS DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A ideia do ⁴*Direito* como mera técnica de aplicação da Constituição e das leis permitiu, no século passado, a ocorrência de erros judiciários, bem assim a prática de injustiças e atos arbitrários pelo *poder* do Estado.

Não sem motivos, viram-se emergir tantos juristas preocupados com a interpretação e a hermenêutica nestes últimos cem anos. A compreensão do *significado* das palavras e o *método* de interpretação passaram a ser ordem do dia para os operadores do Direito.

Daí, a relevância que a filosofia⁴ passa a ter na formação do profissional interessado nas carreiras jurídicas. Inexiste maneira de se alcançar o conhecimento jurídico – ainda que o interprete o queira voltado apenas à resolução de casos concretos – sem entender o *sentido* dos vocábulos, a *forma* de pensar os textos e o *fm* dado pelo ordenamento jurídico.

III.1.1. Sentido de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR)

A reflexão sobre a *dignidade da pessoa humana*, como fundamento da nossa República (art. 1º, III, da CR), igualmente, demanda rápida incursão quanto ao pensamento filosófico sobre o que é o *indivíduo*.

Nota-se que, da aceção do *ser humano* como animal racional, consagrada pela máxima aristotélica, viu-se profunda evolução no século XV, a partir da obra de Pico della Mirandola, *Discurso sobre a dignidade do homem*⁵. Aquele jovem pensador italiano assentou à época que o indivíduo não possui arquétipo e, ao contrário dos demais seres, não encontra o destino pré-concebido.

Ao Homem é “concedido obter o que deseja, ser aquilo que quer”⁶.

⁴ Confira-se, v.g.: Pound, Roscoe. An introduction to the Philosophy of Law. New Haven: Yale Univ. Press, 1954, p. I.

⁵ Picco della Mirandola, Giovanni, Discurso sobre a dignidade do homem. Lisboa: Ed. 70, 1989.

⁶ Picco della Mirandola, Giovanni, Discurso..., ob. cit., p. 53.

Como observa Luc Ferry, “os indivíduos não são prisioneiros de uma natureza que os limita”⁷. Mostram-se livres para se autodeterminar e realizar a própria vida, dirigir a própria história. Por isso, a relevância da conhecida frase de Jean Paul Sartre: “a existência precede a essência”⁸. A pessoa humana constrói-se por meio do exercício da liberdade de escolher, sem programas iniciais, ou pré-definidos. Em verdade, o humano não ostenta uma identidade *a priori*.

Dessa maneira, sob o prisma kantiano, a *liberdade*, como especificidade do humano, deve ser entendida, também, como a faculdade de se desonerar das inclinações naturais⁹. A pessoa tem um fim em si mesmo¹⁰.

Ora, a *dignidade humana*, como *valor*, protege a pessoa, bem assim aquilo que ela fez e realiza para o desenvolvimento individual – desenvolvimento individual que a torna pessoa única. Logo, a *dignidade da pessoa humana* pode ser caracterizada como “[...] *qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade*”¹¹.

A educação constitui-se *direito* de cada indivíduo, bem como integra o complexo de qualidades que o compõe. A liberdade de optar por estudar, por se aprimorar no plano intelectual – afastar-se das *inclinações naturais*, por conseguinte – constitui *valor* que interessa à existência humana.

Não por acaso, asseverou o legislador constituinte: “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Em breves palavras, a autorrealização pessoal de se edu-

⁷ Ferry, Luc. O anticonformista – uma autobiografia intelectual: entrevistas com Alexandra LaignellLavastine. Trad. Jorge Bastos. Rio de Janeiro. Ed. Difel, 2012, p. 206.

⁸ Sartre, Jean Paul. O existencialismo é o humanismo. Petrópolis: Ed. Vozes, 2014, p. 20.

⁹ Ferry, Luc. O anticonformista..., ob. cit., p. 211.

¹⁰ Kant, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 64.

¹¹ Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.62.



car, de obter diploma universitário, constitui elemento que integra a dignidade de cada um, individualmente considerado¹².

Note-se que a Lei Maior resguarda o indivíduo no âmbito intelectual e lhe protege a cultura pessoal, como se vê nas previsões tocantes à inviolabilidade da liberdade de consciência e à preservação da convicção filosófica (art. 5º, VI e VIII, da CR).

E o envolvido com a persecução penal – ainda que preso por decisão transitada em julgado – não perde essas esferas de liberdade (art. 5º, XLIX, da CR), como se verá amiúde mais à frente.

III.1.2. Significado preciso de *igualdade* na Carta Constitucional (art. 5º, LIV, da CR)

A pedra de toque da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, sob análise, seria a pretensa violação à igualdade pelo artigo 295, VII, do CPP. Em verdade, o Procurador-Geral da República fez leitura torta das previsões do artigo 5, *caput* e I, da Lei Maior, fugindo de concepções jurisprudenciais, para adotar opinião ordinária quanto ao sentido de *igualdade*. Repetiu-se o bordão de a proteção aos presos, diplomados em faculdade, mostrar-se imaginado privilégio de poucos, em país de pobres e muitos analfabetos.

Cuida de prisma de nítido caráter ideológico que perturba a assimilação do real significado de *igualdade*, como se o Procurador-Geral, signatário da petição inicial, revivesse a luta de classes sob a lente do início do século XX. Tal *déjà vu* acabou por lhe fazer trilhar esse tortuoso pensar da exordial que não guarda pertinência com o Direito, nem harmonia com o que expressa a Constituição de 1988.

Todos sabem, de raiz, que a igualdade jurídica se vincula à igualdade entre as pessoas perante o Estado. Como disserta Paula Bajer Fernandes Martins Costa: “... a *igualdade possível é aquela que está relacionada aos direitos e sua efetivação, não às características ou à personalidade. Os homens*

¹² Veja-se: Wolter, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal: reflexões sobre dignidade humana, proibição de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal. Trad. L. Greco, A. Leite e E. Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 84-5.

são iguais naquilo que têm em comum e que integra a natureza humana na vida em sociedade: liberdade e dignidade”¹³.

A verdadeira igualdade apresenta-se *proporcional*. As pessoas, por serem diferentes entre si, fruto dos avanços individuais, precisam de tratamento diferenciado para que se dê a igualdade.

Desse modo, ter formação universitária singulariza o indivíduo, conferindo-lhe posição de desigualdade que merece ser considerada pelo poder estatal, para a realização da igualdade jurídica, sob a óptica da *adequada correlação valorativa* (STF - RE: 640905 SP, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 15/12/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 01/02/2018).

Neste aspecto, a Alta Corte já aduziu: “O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. (...) Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se igualem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem” (STF - ADI: 3330 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 03/05/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 22/03/2013)

Em suma, a *igualdade* de todos serão iguais perante a lei objetiva impor norma de conduta aos agentes públicos, o que não se confunde com a possibilidade de a lei positivar situações subjetivas diferenciadas com o fim de satisfazer o *interesse público*, *v.g.*, de resguardar a *dignidade da pessoa humana*.

Com o acatamento devido, surpreende o então Procurador-Geral da República deduzir, perante o Supremo Tribunal Federal, pedido de desconsideração a direito individual, o qual se destina a proteger pessoas, constitucionalmente inocentes, presas por ordem judicial de natureza cautelar, mediante a falácia de hipotética afirmação da igualdade.

¹³ Martins da Costa, Paula Bajer Fernandes. Igualdade no direito processual penal brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 21.

O patrocínio da tese pelo Procurador-Geral Rodrigo Janot constitui algo inusitado, dada a fragilidade da construção de pensamento, de caráter injurídico, a qual conseguiu ser rechaçada por todos que opinaram nos autos da Arguição.

III.1.3. Relevância da legalidade estrita na apreciação do direito processual penal (art. 5º, caput, II e LXVI, e art. 37, da CR)

Mas nada há de casual no fato.

Ainda existe quem não compreenda que a persecução penal pode reduzir a liberdade, mas não a elimina. Cada qual preserva, mesmo preso, esferas de direitos que devem ser respeitados. Ao se assentar que *ninguém se encontra obrigado a fazer, ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*, firma-se a ideia de que o indivíduo, afetado pela ação estatal na *persecutio criminis*, guarda todos os direitos e facultades que a lei não lhe retirou.

Investigado, indiciado, acusado, condenado, ainda que presos, conservam direitos e necessitam de ser tratados com diferenciações, observadas a lei (art. 37, da CR)¹⁴ e a escala de proteção à *não consideração prévia da culpa* no âmbito do *poder-dever* de punir (art. 5º, LVII, da CR).

Nesse aspecto, cabe a perspectiva de que o *processo penal* se constitui *instrumento de proteção à liberdade jurídica do indivíduo* - concepção de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a contar da lição de Gaio (“O pretor defende os réus de preferência aos autores”¹⁵), que ecoou entre seus discípulos Rogério Lauria Tucci e Sérgio Marcos de Moraes Pitombo¹⁶.

O processo penal encontra-se, assim, a serviço do impu-

¹⁴ E, não diferente seria quanto à atuação dos acusadores públicos: “El principio de legalidad es obligatorio para los funcionarios del MP” (Schmidt, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Trad. J. Manuel Nuñez. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1957, p. 233.

¹⁵ Facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus.

¹⁶ A síntese do pensamento encontra-se, em certa medida, no texto: Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes.

Prefácio: A dignidade do processo penal: de Canuto Mendes de Almeida Lauria Tucci. In: Tucci, Rogério Lauria. Teoria do direito processual penal – jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático). São Paulo: Ed. RT, 2002, p.7-9.

tado de não sofrer a *coação estatal*, pleiteada pelo acusador público, senão em virtude da lei. O juiz penal há de filtrar, mediante *juízo da legalidade*, a acusação pública. Portanto, o processo judicial serve à “*verificação, declaração e fixação dos termos da incidência concreta da lei, e seus efeitos*”¹⁷.

Em síntese, o processo judicial se exhibe “*precípua direito, não do autor, mas do Réu, interessado, que este é, em defender a sua ‘liberdade jurídica’ mediante a jurisdição, que testa a legalidade da pretensão do Autor*”¹⁸.

A ação penal comporta, assim, conflito de interesses de natureza pública, “*que se mostra a contraposição entre o poder-dever de punir e o direito de liberdade jurídica*”¹⁹.

Tal maneira de enxergar a persecução penal, sob o prisma de proteção ao indivíduo, apresenta-se concernente aos direitos e garantias individuais da Lei Maior (art. 1º, III, e 5º, da CR).

III.1.4. Estatura do princípio do estado de inocência (art. 5º, LIV, da CR) no ordenamento jurídico-constitucional

A *mens legis* do artigo 295, VII, do CPP situa-se, por consequência, nessa visão de se resguardar a pessoa humana – em especial, a *inocente* que sofre com a ordem judicial de prisão antecipada, por razão cautelar – das consequências nefastas que a persecução penal a pode trazer.

Conserva-se a *dignidade humana*, quando o Estado separa tal pessoa do convívio com presos que não ostentam os mesmos atributos e que se encontram condenados por força de decisão judicial passada em julgado.

O indivíduo possui o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como observa Tucci²⁰. Dessa forma, na persecução penal, a *não-consideração prévia da culpabilidade*, regra firme do *devido processo legal* (art. 5º, LI e LVII, da CR), impõe ao poder estatal o dever de tratar o envolvido como inocente.

¹⁷ Mendes de Almeida, Joaquim Canuto, A “Liberdade Jurídica” no Direito e no Processo. In: Prade, Péricles (org.). Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo. São Paulo: Ed. Resenha Univ., 1976, p. 296.

¹⁸ Mendes de Almeida, Joaquim Canuto, A “Liberdade Jurídica” ..., ob. cit., p. 296.

¹⁹ Pitombo, Sérgio Marcos de Moraes. Obra em processo penal. São Paulo: Ed. Singular, 2018, p. 616.

²⁰ Tucci, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal. 3ª ed.. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 313.

Vale reler, com admiração, o artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido pela lei”.

Oferece-se ao intérprete a possibilidade de observar a

excepcionalidade da prisão, pois, a *regra surge a liberdade*. O *inocente* só pode ter suprimido o *ir e vir* por razão factual, prevista em lei, consoante ordem judicial fundamentada, de autoridade judiciária competente (art. 5º, LII, LIV e LXI, da CR). E, mesmo que preso, salvaguardam-se seus demais direitos, repita-se, de inocente e de indivíduo (art. 5º, LVII, da CR).

E inexistente prolixidade no texto constitucional, posto que o constituinte almejou estruturar sistema de proteção jurídica àquele envolvido com a persecução penal, preso por necessidade e razão cautelares (art. 312, do CPP). Assim, ele afirmou a *liberdade* como regra (art. 5º, LXV, LXVI e LXVIII, da CR), o direito à *informação* e à *defesa* (art. 5º, LV e LXIII, da CR), o respeito à *integridade física* e *moral* do preso (art. 5º, XLIX, da CR), dentre outros direitos.

E, sem dúvida, por se exibir fora do padrão constitucional da *liberdade* e da *inocência*, a prisão cautelar exige maiores cuidados por parte da ação estatal que deve se voltar ao mínimo legal de, tão só, restringir o *ir e vir* sem afetar direitos individuais pertencentes à *dignidade humana* (art. 1º, III, da CR).

Tal convicção leva a se aquilatar a excentricidade da ADPF nº 334, permite-se aqui o eufemismo. Afinal, a regra do artigo 295, VII, do CPP, espelha, com exatidão, os princípios enunciados pela Carta Constitucional, acima elencados, e deveria ser estendida pelo legislador a todos os presos por ordem judicial de natureza cautelar, conforme bem observaram o Senado Federal e a Advocacia Geral da União.

Jamais se havia visto a propositura de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental “*atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*” (art. 5º, XLI, da CR), mas, com devido respeito, a era do alcunhado *lavajatismo*

trouxe ao Estado a proliferação da incultura jurídica e a primazia dos apologistas do arbítrio na persecução criminal. Nesta arguição, tem-se apenas mero exemplo do que viveu o país.

III.2. FALTA DE INTERESSE DE AGIR PARA A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CASO CONCRETO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui-se em ação judicial que se submete ao princípio do *devido processo legal* (art. 5º, LVI, da CR) e, por consequência, tem de obedecer às condições da ação, tais como as enunciadas no: “Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade” (art. 17, do CPC).

Como de ciência comum, o *interesse de agir* compõe-se no binômio *necessidade e adequação*. Na causa em análise, inexistente a pertinência entre a tutela jurídica que se quer ver alcançada no Supremo Tribunal Federal e o meio processual usado para tanto.

Isso porque o antigo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, manifestou inconformismo político, ou mesmo ideológico, quanto à prisão especial para os diplomados nas faculdades da República, o que não lhe permitiria invocar a violação jurídica da *regra da igualdade* e, muito menos, se utilizar da ação judicial proposta para tal objetivo.

A mera leitura da denominação da ação judicial denota o fim a que se destina, qual seja, fazer valer, ou melhor, conferir eficácia jurídica a preceito fundamental. Nunca a arguição serviria para a estranha pretensão de reduzir o espectro de direito individual, embasado no já mencionado *sistema de proteção dos direitos* do artigo 5º, da Lei Maior, e positivado em lei (art. 295, VII, do CPP).

A bem da verdade, a causa *sub judice* exhibe-se um modelo de contrassenso ao *interesse de agir* próprio de uma ADPF, pois o legislador constituinte criou esse instrumento no artigo 102, parágrafo 1º, da Carta Maior, para atender o interesse público de as pessoas, em geral, serem protegidas por preceitos constitucionais tocantes à dignidade humana (art. 1º, III, da CR), inclusive.

O uso do fictício argumento quanto ao atingimento da *igualdade*, no afã de restringir a aplicação de preceito fundamental, mediante leitura um tanto particular e isolada do princípio, não se coaduna com o *interesse processual* inerente à tal espécie de arguição. Deve a ação ser julgada sem apreciação do mérito, porque se verifica a ausência de *interesse de agir*, nos termos do art. 485, VI, do CPC c.c. art. 4º, da Lei nº 9.882/99.

CONCLUSÃO

Conforme exposto ao longo do presente parecer, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 334), em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no próximo dia 10 de agosto, não pode nem sequer ser conhecida e, caso seja, o pedido de não-recepção do artigo 295, VII, do Código de Processo Penal, cumpre ser rechaçado por diversos fundamentos, como foram uníssonos todos aqueles que se manifestaram nos autos em contrariedade ao então Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, e como se buscou evidenciar no presente parecer.

Pautada a arguição para apreciação do Pleno da Alta Corte, deve se rogar ao atual Procurador-Geral da República que se manifeste no julgamento, de forma inusual, pela impertinência da Arguição, pois, manifestamente, desprovida de fundamento jurídico e constitucional (artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição da República).

Por fim, se aprovado o presente parecer pelo D. Plenário, toma-se a liberdade de se pedir o seu formal encaminhamento, pelo Instituto, aos Doutos Ministros do Supremo Tribunal Federal e ao atual D. Procurador-Geral da República.

De São Paulo para o Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2022.

Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo

PARECER

Referência: Indicação nº 040/2023, apresentada pelo Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, Marcio Barandier, que trata do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 1918/2021, de autoria do Senador Flavio Arns (PODEMOS/PR), visando alterar os arts. 433 e 447 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para dispor sobre a paridade de gêneros no Conselho de Sentença do Tribunal do Júri.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal – Garantia Individual Pétrea – Código de Processo Penal – Tribunal do Júri – Conselho de Sentença – Paridade de Gêneros

I - INTRODUÇÃO

O Parecer trata de oportuna e bem lançada Indicação da lavra do Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, Marcio Barandier, acerca de Projeto de Lei do Senado de autoria do Senador Flavio Arns (Podemos/PR), que pretende estabelecer o que chama de “paridade de gêneros” na composição dos integrantes da lista periódica de jurados dos Tribunais do Júri e, especificamente, da formação de cada Conselho de Sentença para julgamentos de réus acusados pela prática do crime previsto no artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal – o “feminicídio”.

Como se vê de sua Justificativa, o PLS em epígrafe pretende alterar a legislação processual em vigor para introduzir dispositivos que suplantariam o “machismo” que, na visão do proponente, “influencia decisões importantes do Tribunal do Júri”. Acredita o parlamentar, que nas hipóteses de feminicídio haveria mais “complacência” ou “benevolência” no julgamento “quando o Conselho de Sentença [fosse] composto, em sua maioria, por homens”. Assim, prossegue o senador, “ao invés dos assassinatos de esposas, companheiras e namoradas serem considerados ainda mais graves, justamente por terem sido cometidos por seus parceiros, na práxis forense, **referidos crimes têm suas penas atenuadas quando homens figuram entre os julgadores**” (grifo nosso).

Importante mencionar que o subscritor do PLS não apresentou em sua exposição de motivos quaisquer dados estatísticos, pesquisas acadêmicas ou mesmo enquetes jornalísticas capazes de suportar minimamente os

argumentos ali aportados. A despeito dessa insuperável carência empírica, S. EX^a. considera que para alcançar a pretensa “paridade de gêneros” o corpo de jurados deve ser selecionado na sociedade de modo a conter, a cada mês, idêntico número de homens de mulheres e, quando se tratar de julgamento pela prática de feminicídio, deve o conselho ser formado com maioria de mulheres.

II – MÉRITO

a. Feminicídio e violência doméstica

O Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996, fez inserir no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

A partir das obrigações contidas nessa normativa internacional, várias leis foram paulatinamente editadas no país com a finalidade conferir maior proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, sendo a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, a chamada “Lei Maria da Penha”, a mais relevante e abrangente delas.

A doutrina estabelece importante distinção entre violência de gênero e violência doméstica. A primeira é aquela exercida sobre as mulheres pelo mero fato de serem mulheres. Esta forma de violência não deve ser interpretada como uma pura questão biológica ou doméstica: trata-se de variável teórica essencial para compreender que não é a diferença entre sexos a razão do antagonismo, mas, sim, que a violência é consequência de uma situação de discriminação atemporal que tem sua origem numa estrutura social de natureza patriarcal.

Assim, nem sempre que se tenha cometido um delito em prejuízo de uma mulher com características de violência doméstica existirá um delito de violência de gênero, na medida em que, para que este último suceda, será necessário comprovar-se que o ato de violência se manifeste como uma discriminação do varão contra a mulher, por razão, precisamente, da condição feminina da vítima, evidenciando-se no ato uma situação de desigualdade, isto é, uma relação de poder do autor em face da mulher¹.

O termo “feminicídio” passou a ser utilizado em estudos

¹ AROCENA, Gustavo A. & CESANO, José D. *El delito de feminicidio: aspectos político-criminales y análisis dogmático-jurídico*. 2ª ed. Buenos Aires/Montevidéo: Editorial de IBDF, 2017, pp. 22-23.

acadêmicos no início dos anos 1990 do século passado, sendo pioneiramente empregado por Diana E. Russel e Jill Radford no livro *Feminicide. The politics of woman killing*², para definir o assassinato de mulheres cometido por homens, como uma forma de violência sexual, abarcando situações no âmbito das quais se aceita que as mulheres morram como resultado de atitudes misóginas ou de práticas sociais. São crimes misóginos baseados em uma enorme tolerância social com a violência de gênero em que o Estado toma parte ativa e contribui para a impunidade³.

Conforme alteração procedida no texto original pela Lei nº 13.104, de 2015, o Código Penal passou a contemplar o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Caracteriza-se nas hipóteses em que a vítima for “mulher por razões da condição do sexo feminino”, especificando a lei penal, nos moldes do artigo 121, § 2º-A do CP, que tal se dá quando o crime envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

No direito positivo brasileiro está na Lei Maria da Penha a definição de “violência doméstica”, elemento normativo previsto na qualificadora instituída pela Lei nº 13.104, de 09-03-2015 no artigo 121, § 2º, inciso VI e § 2º-A, incisos I e II, do CP, que inseriu no ordenamento a figura do “feminicídio”. *Verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

² Twayne Publishers – Maxwell Macmillar Canada, New York-Canada, 1992.

³ AROCENA, Gustavo A. & CESANO, José D., *Op. cit.* p. 18.

O PLS em estudo considera que, alterando a composição do corpo de jurados para que haja número maior de mulheres nos julgamentos pelo assim chamado crime de “feminicídio”, acabar-se-ia com a suposta “complacência” ou “benevolência” que um Conselho de Sentença integrado majoritariamente por homens poderia ter com réus acusados dessa prática.

Em conformidade com dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça em 2019 no âmbito de um mutirão posto em prática para julgar feitos em trâmite nos Tribunais do Júri do país, que foram devidamente analisados por Daniel Ribeiro Surdi de Avelar, Gina Ribeiro Gonçalves Muniz, Denis Sampaio e Rodrigo Fauz Pereira e Silva, verificou-se que **“a taxa de condenações em caso de assassinato de mulheres foi a maior entre os quatro crimes que foram priorizados no mutirão”**. *Verbis*:

O número de sessões do júri realizadas para julgar feminicídios durante o Mês Nacional do Júri em 2019 subiu 42% em relação ao ano anterior, quando houve 224 sessões com essa finalidade. Nove em cada dez acusados desse crime acabaram condenados pelo júri popular. O percentual de condenações dos acusados manteve-se praticamente o mesmo em relação a 2018, 88% contra 87%, respectivamente. **A taxa de condenações em caso de assassinato de mulheres foi a maior entre os quatro crimes que foram priorizados no mutirão**⁴.

Como assinalam os articulistas citados, os dados obtidos na pesquisa, quando “sopesados à luz da justificativa estampada no projeto, **não evidenciam qualquer rastro “complacência” ou “benevolência” com feminicídios e, tampouco uma forma de sexismo na constituição do Conselho de Sentença**”⁵.

Estas seriam razões suficientes para opinar contrariamente à aprovação do PLS nº 1918/2021, eis que a proposição está amparada em base empírica absolutamente inconsistente, não havendo comprovação de que possível paridade de gêneros na composição do júri alteraria os resultados dos feitos julgados pelos Tribunais do Júri.

⁴ Conselho Nacional de Justiça. “Mês do júri: 315 acusados de feminicídio foram julgados”. <https://www.cnj.jus.br/mes-do-juri-315-acusados-de-feminicidio-foram-julgados>, com acesso em 13/06/23

⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-17/tribunal-juri-paridade-generos-conselho-sentenca-tribunal-juri?imprimir=1>. Acesso em 30/07/2023

b. Alistamento anual, sorteio mensal e escolha do Júri em cada sessão de julgamento

A alteração legislativa apresentada pelo parlamentar paranaense vem assim redigida:

Art. 433. O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária, sendo que, no mínimo, treze (13) jurados serão mulheres.

Art. 447.

Parágrafo único. Dos 7 (sete) jurados que constituirão o Conselho de Sentença, no mínimo, três (3) serão homens e três (3) mulheres, com exceção do julgamento dos crimes em que a vítima for mulher, no qual haverá no Conselho, no mínimo, 4 (quatro) mulheres.

(grifos nossos)

Nos termos do artigo 425 do CPP, a cada ano devem ser “alistados pelo presidente do Tribunal do Júri de 800 (oitocentos) a 1.500 (um mil e quinhentos) jurados nas comarcas de mais de 1.000.000 (um milhão) de habitantes, de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) nas comarcas de mais de 100.000 (cem mil) habitantes e de 80 (oitenta) a 400 (quatrocentos) nas comarcas de menor população”.

Será deste contingente de pessoas anualmente selecionadas, todas “maiores de 18 anos e dotadas de notória idoneidade” (art. 436, CPP), que o desenho de lei busca instituir paridade de gênero, escalando entre os 25 jurados a serem sorteados a cada sessão mensal periódica pelo menos 13 mulheres para a atuarem no Tribunal do Júri.

Seguindo seu trâmite ordinário, o PLS foi distribuído à relatoria do senador Jorge Kajuru (PSB/GO), integrante da Comissão de Segurança Pública do Senado Federal, que emitiu Parecer opinando pela sua aprovação, acrescentando, todavia, pequena emenda para alteração ao § 1º do artigo 469, do CPP, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 469.

§ 1º. A separação dos julgamentos somente ocorrerá se, em razão das recusas, não for obtido o número mínimo de 7 (sete) jurados para compor o Conselho de Sentença, na forma prevista pelo parágrafo único do art. 447 deste Código. (grifo nosso)

Em sua justificativa, o senador goiano argumentou pela procedência do PLS o fazendo com base em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua de 2021, segundo os quais “as mulheres representam 51,1% da nossa população, enquanto os homens, 48,9%”. Aludiu também a informações obtidas nos registros do Tribunal Superior Eleitoral, onde “essa mesma equivalência é encontrada entre os eleitores brasileiros, dos quais 52,63% são mulheres e 47,35%, homens”.

Para ilustrar sua tese, o parlamentar invocou Nota Técnica emitida pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, no sentido de que a representação igualitária entre os gêneros deve ser “colhida na elaboração da lista dos jurados e não no Conselho de Sentença propriamente dito”, procedimento que, segundo essa entidade, respeitaria “o juiz natural da causa, sem prévia definição do seu gênero, cor ou classe social; prestigiaria a imparcialidade do julgador; e evidenciaria a representatividade democrática no alistamento dos jurados”.

Vê-se, então, que o parecer do Senador Kajuru filia-se exclusivamente no fato de que habitando no país mais mulheres do que homens deveria a lista de jurados ser integrada na mesma proporção.

Adotando idênticos argumentos, ingressou no debate o senador Carlos Viana (PODEMOS/MG), com a apresentação da Emenda nº 1 ao PLS. Para o parlamentar mineiro, levando-se em conta que as mulheres formam a maioria da população, “justo é que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri represente essa paridade”. Sustenta, então, que para “garantir que a equidade e a imparcialidade sejam preservadas nos julgamentos do tribunal do júri em que os casos tenham vítima mulher, de forma equânime deve ser assegurado ao réu um conselho de sentença igualitário e não com maioria mulheres, ao menos não por imposição legal, que viola o princípio da paridade de armas no processo penal e extrapola o dispositivo constitucional que trata do Tribunal do júri”. Daí ter formulado a seguinte Emenda:

“Art. 447.

Parágrafo único. Dos 7 (sete) jurados que constituirão o Conselho de Sentença, no mínimo, três (3) se-

rão homens e três (3) mulheres.” Até o momento em que se dá redação a este parecer, o trâmite do PLS nº 1918/2021 no Senado Federal indica que a manifestação apresentada pelo Senador Kajuru foi aprovada pela Comissão de Segurança Pública daquela Casa e que o expediente foi distribuído para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, onde se encontra aguardando designação de novo relator, tudo conforme excerto extraído da ficha eletrônica de acompanhamento legislativo⁶.

04/07/2023	SF-SACSP - Secretaria de Apoio à Comissão de Segurança Pública
Ação:	Reunida a Comissão nesta data, é aprovado o relatório, que passa a constituir Parecer da Comissão, favorável ao Projeto com a emenda nº 2-CSP (Substitutivo), e contrário à Emenda nº 1.
	▲ P.S. 15/2023 - CSP
	▲ Listagem ou relatório descritivo
04/07/2023	SF-SACSP - Secretaria de Apoio à Comissão de Segurança Pública
Ação:	Encerrada a relatoria do Senador Jorge Kajuru por deliberação da matéria.
04/07/2023	SF-SACCJ - Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
Ação:	Matéria aguardando distribuição.

Antes de ir adiante, necessário passar em resumida revista o contexto legal em vigor no momento em que se apresenta ao Congresso Nacional o PLS em apreço, destinado, como se viu, a alterar a fórmula modernizadora introduzida pelo legislador na ampla reforma operada no Código de Processo Penal no ano de 2008⁷.

Anote-se de início que a disposição prevista originariamente no artigo 439 do CPP de 1941 facultava ao juiz alistar os jurados “mediante escolha por conhecimento pessoal ou informação fidedigna”, podendo o magistrado “requisitar às autoridades locais, associações de classe, sindicatos profissionais e repartições públicas” os nomes para composição da listagem anual.

Ampliando esse leque, mas suprimindo as escolhas pessoais do juiz, a redação da disposição hoje vigente – artigo 426 do CPP – inclui, além das entidades previstas no texto legal originário, as associações de classe e de bairro, culturais, instituições de ensino em geral, universidades e núcleos comunitários. O que se exige dos jurados, além de “notória idoneidade”, é o compromisso

⁶ Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-1918-2021>. Consulta em 17-07-23.

⁷ A Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008 alterou dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, dando outras providências.

de julgar com “imparcialidade”, decidir de acordo com a “consciência e os ditames da justiça” (art. 472, CPP), e manter a “incomunicabilidade” entre si durante o julgamento (art. 466, § 1º).

Demonstra a experiência que as requisições expedidas para formação da lista de jurados raramente são renovadas anualmente e, muito menos, enviadas para associações de moradores de favelas, de catadores de lixo, quilombos, sindicatos de trabalhadores domésticos, estímulos ou vigilantes; tampouco vão para *country*, iate ou golfe clubes.

Invariavelmente, essas convocações são destinadas a repartições públicas e outros órgãos estatais, sendo a seleção de jurados, em razão disso, formada por servidores civis, funcionários de empresas estatais, sociedades de economia mista, além de sindicatos de bancários, comerciários, professores e associações de profissionais liberais.

Significa dizer que a seleção dos jurados não é procedida de modo a abranger e representar todo o arco socioeconômico da população, cingindo-se aos segmentos ligados a níveis superiores de educação, renda, riqueza, qualificações ou treinamento, excluindo-se tanto os que se encontram na base quanto no topo da pirâmide social.

Nesse compasso, a despeito do § 1º do artigo 236 do CPP estabelecer que “nenhum cidadão poderá ser excluído dos trabalhos do júri ou deixar de ser alistado em razão de cor ou etnia, raça, credo, sexo, profissão, classe social ou econômica, origem ou grau de instrução”, é a chamada “classe média”, aquela em que se incluem “desde os profissionais liberais, como médicos, contadores, advogados, acadêmicos e assim por diante”, mas também “pessoas ocupando empregos relativamente rotineiros e menos especializados”, que finda por alimentar o rol de cidadãos que julgarão os crimes dolosos contra a vida submetidos ao Tribunal do Júri⁸.

A confirmar-se o que se anota, veja-se, a título exemplificativo, a lista de jurados titulares e suplentes que atuarão na 8ª sessão judiciária perante o IV Tribunal do Júri da comarca da capital do Rio de Janeiro e suas respectivas

⁸ OUTHWAITE, W. & BOTTOMORE, T. *Dicionário do pensamento social do século XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1996, p. 97.

profissões, conforme publicação veiculada no Diário de Justiça Eletrônico do Estado do Rio de Janeiro (DJe), edição de 19/07/2023, p. 106.

A rápida leitura dessa ata denota que o grupo de 100 jurados nela elencados, entre titulares e suplentes, se compõe na maioria de mulheres, sendo grande parte delas servidoras públicas, empregadas de empresas públicas, estudantes e profissionais liberais, valendo registrar que os homens selecionados também têm as mesmas profissões. Destaque-se que entre as 25 pessoas sorteadas para integrar a lista como jurados titulares **24 são do sexo feminino e apenas uma do sexo masculino**.

Trata-se, certamente, de coincidência momentânea, razão pela qual não se podem extrair conclusões apodíticas desse fato, nem é este o escopo desse parecer. Não se pode negar, por outro lado, que uma reunião mensal de jurados composta por 24 mulheres e um único homem indica que mulheres vêm ocupando postos de relevo da sociedade, sendo este um expressivo reflexo da emancipação feminina havida no país nas últimas décadas.

Os números sugerem, mesmo sem maiores análises, que o recrutamento periódico dos jurados já se faz de modo a contemplar ambos os gêneros na seleção anual, no sorteio mensal e na escolha pontual de cada causa levada à julgamento.

Também por estes motivos deve ser o PLS 1918/2021 rejeitado, na medida em que a almejada “paridade de gêneros” nesse segmento já ocorre.

c. A proposição legislativa e a razoável duração do processo

Caso aplicada, a proposição legal em apreço poderia resultar em sérios inconvenientes para a seleção do corpo de jurados. O sorteio de 3 homens e 3 mulheres em cada sessão de julgamento em todo e qualquer caso e, naqueles em “que a vítima for mulher”, por 4 mulheres e 3 homens poderá inviabilizar a realização dos Júris.

A lei processual em vigor estabelece que devem ser selecionados 25 jurados, independentemente do gênero, para cada sessão mensal. A presença de 15 jurados será bastante para abertura dos trabalhos em cada julgamen-

to, considerados os impedimentos legais e também as ausências justificadas. Além disso, cada parte pode recusar até 3 jurados. Se exercida essa faculdade, sobrariam apenas 9 jurados de onde devem ser escolhidos os 7 para o júri em cada julgamento. Dificílimo, com esse quadro, atender aos termos do que está aventado no PLS em estudo.

Ainda que se permitisse convocar os jurados suplentes, estes somente poderiam participar do julgamento na sessão seguinte, pois teriam que ser convocados formalmente. Isto poderia gerar adiamentos sucessivos, acarretando excessiva demora na submissão do réu a julgamento, sobretudo quando se tratar de preso, propiciando ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo (arts. 647 e 648, inciso II, do CPP), haja vista a violação da garantia individual que assegura a todos “razoável duração do processo” (CR, art. 5º, inciso LXXVIII). Vejam-se as deposições processuais em vigor:

Art. 462. Realizadas as diligências referidas nos arts. 454 a 461 deste Código, o juiz presidente verificará se a urna contém as cédulas dos 25 (vinte e cinco) jurados sorteados, mandando que o escrivão proceda à chamada deles.

Art. 463. Comparecendo, pelo menos, 15 (quinze) jurados, o juiz presidente declarará instalados os trabalhos, anunciando o processo que será submetido a julgamento.

§ 1º O oficial de justiça fará o pregão, certificando a diligência nos autos

§ 2º Os jurados excluídos por impedimento ou suspeição serão computados para a constituição do número legal

Art. 464. Não havendo o número referido no art. 463 deste Código, proceder-se-á ao sorteio de tantos suplentes quantos necessários, e designar-se-á nova data para a sessão do júri

Art. 465. Os nomes dos suplentes serão consignados em ata, remetendo-se o expediente de convocação, com observância do disposto nos arts. 434 e 435 deste Código.

Art. 468. À medida que as cédulas forem sendo

retiradas da urna, o juiz presidente as lerá, e a defesa e, depois dela, o Ministério Público poderão recusar os jurados sorteados, até 3 (três) cada parte, sem motivar a recusa.

Parágrafo único. O jurado recusado imotivadamente por qualquer das partes será excluído daquela sessão de instrução e julgamento, prosseguindo-se o sorteio para a composição do Conselho de Sentença com os jurados remanescentes.

Art. 434. Os jurados sorteados serão convocados pelo correio ou por qualquer outro meio hábil para comparecer no dia e hora designados para a reunião, sob as penas da lei

Parágrafo único. No mesmo expediente de convocação serão transcritos os arts. 436 a 446 deste Código.

Art. 435. Serão afixados na porta do edifício do Tribunal do Júri a relação dos jurados convocados, os nomes do acusado e dos procuradores das partes, além do dia, hora e local das sessões de instrução e julgamento.

Assim, para que se possa cogitar da paridade de gêneros na formação do corpo de jurados e do conselho de sentença nos casos de feminicídio seria necessário alterar toda a legislação existente sobre o recrutamento, seleção e sorteio de jurados, motivo pelo qual, também por esta razão opina-se pela rejeição do PLS em estudo, eis que sua aplicação tornará literalmente impraticável a realização de julgamentos, causando gravíssimos transtornos à entrega da prestação jurisdicional em tempo razoável.

III - CONCLUSÃO

Por tudo acima explanado, opina-se no sentido da rejeição do PLS 1918/21 e dos substitutivos e emendas apresentadas no curso de sua tramitação.

É o parecer, salvo melhor Juízo.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 2023

JOÃO CARLOS CASTELLAR
Membro Efetivo do IAB