



## O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SALVOU CENTENAS DE VIDAS E AINDA PODE SALVAR MUITAS MAIS

O Boletim, em sua edição anterior (número 6), alvitava os bons ventos que adviriam com a medida liminar concedida pelo Ministro Edson Fachin na ADFP nº 635-RJ, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro e pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, determinando, em 05/06/2020, que não se realizassem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que deveriam ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial – e que, nos casos extraordinários, fossem adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

O efeito dessa providência foi impressionante, havendo um promissor saldo de vidas que foram poupadas, de jovens negros e pobres que simplesmente deixaram de morrer precocemente. Segundo matéria veiculada pelo jornal O Glo-

bo, em 18/08/2020, o estado do Rio de Janeiro registrou o menor número de homicídios em quase trinta anos, considerando-se o período em que a ordem judicial passou a valer. Segundo o Instituto de Segurança Pública (ISP), foram 313 mortes em julho de 2019 contra 255 no mesmo mês de 2020. Na comparação entre janeiro e julho de 2020 com o mesmo período de 2019 houve uma queda de 10% – de 2.403 para 2.153 – na estatística de homicídios dolosos.

Esses números indicam o quão equivocada está a política criminal para drogas adotada no Brasil, que estimula o uso bélico das forças públicas em favelas e comunidades pobres. É necessário que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie favoravelmente sobre a descriminalização do uso, do plantio e do pequeno comércio dessas substâncias. Os registros de mortes por overdose não são divulgados, acredita-se sejam mínimos se comparados com os de mortes havidas no confronto entre policiais e traficantes.

Aguarda-se a julgamento do RE nº 635.659, que tem repercussão geral reconhecida desde 2011. Três votos já foram proferidos, (Ministros Gilmar, Fachin e Barroso) todos reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. O Ministro Teori havia pedido vista, indo o feito, com seu falecimento, para o Ministro Alexandre de Moraes, que já solicitou a inclusão em pauta, mas sucessivos pedidos de adiamento vêm sendo formulados. Espera-se que o Ministro Fux seja sensível a essa questão. Vidas, muitas vidas dependem disso.

Por falar no Ministro Fux, o Boletim colhe o ensejo para desejar-lhe sorte na Presidência da mais alta Corte de Justiça do País.

### SUMÁRIO

Editorial.....	1
Parecer .....	12
Artigos .....	27
Literatura.....	38

#### DIRETORIA

Alexandre Dumans  
Presidente  
Marcia Dinis  
Vice Presidente  
Luciano Saldanha  
Diretor Executivo  
João Carlos Castellar  
Diretor Cultural  
Kátia Tavares  
Diretora Financeira  
João Bernardo Kappen  
Secretário Executivo  
Carlos Bruce Batista  
Secretário Cultural  
Maria Clara Batista  
Secretária Financeira



#### CONSELHO CONSULTIVO

Antônio Carlos da Gama  
Barandier  
Arthur Lavigne  
Carlos Eduardo Machado  
Carmen da Costa Barros  
Dea Rita Matozinhos  
Fernando Fernandes  
Fernando Fragoso  
João Mestieri  
José Carlos Tórtima  
Juarez Cirino  
Juarez Tavares  
Luís Guilherme Martins Vieira  
Márcio Barandier  
Nilo Batista  
Paulo Freitas  
Renato Tonini  
Victoria Sulok

## ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER PRESIDENTE DE HONRA DA SACERJ

\* 30/07/1937, em Petrópolis  
† 29/08/2020, no Rio de Janeiro

Por João Carlos Castellar<sup>1</sup>

Falei por telefone com o Barandier numa quinta-feira de noite e ele morreu na manhã do sábado seguinte. A notícia chegou a mim pelo grupo de *WhatsApp* da SACERJ, postada pelo Carlos Eduardo Machado. Levei um susto, pois falava com o Barandier regularmente e antes da pandemia nos atingir a todos estivemos juntos inúmeras vezes, malgrado ele reclamasse, com o humor que o caracterizava, estar em “prisão domiciliar”, dadas as dificuldades de locomoção decorrentes da doença que o acometeu por tantos anos. O mal de que sofria, no entanto, jamais foi empecilho para que mantivéssemos agradável e regular convívio, ainda que à distância ultimamente.



João Castellar, Alexandre Dumans, Barandier, Maria da Paz,  
Marcio Barandier e Fernando Fragoso

Na qualidade de responsável por este Boletim, cumpre-me agora o lastimoso dever de escrever esta homenagem póstuma. Não tinha como fazer isso sozinho. Então, pedi ajuda ao Marcio, nosso colega advogado criminal, que é irmão do Henrique, este um destacado urbanista, ambos filhos do saudoso amigo, de quem fiquei amigo também. Queria saber alguns detalhes da vida pessoal do Barandier, como o nome e a atividade dos pais dele, os colégios em que estudou, quando e como começou a vida profissional, a fim de compartilhá-los com aqueles que, como eu, o estimavam tanto.

A mãe de Antonio Carlos era D. Carlota Izabel da Gama Barandier, que cuidava dos afazeres domésticos. Seu pai, Rizzio Affonso Peixoto Barandier, bacharelou-se em Direito em 25/12/1929, em Belo Horizonte, na Faculdade de Direito da

Universidade de Minas Gerais, aposentando-se como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara.

Seguindo os passos do pai, o nosso Barandier também graduou-se em Direito. Foi em 1964, pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas. Antes disso, estudou nos Colégios Henrique Dodsworth, Mallet Soares e no Santo Inácio, do qual foi convidado a retirar-se. Os motivos da aplicação de pena tão severa foram uma sucessão de equívocos nas aulas de inglês e francês e o fato de Barandier, habilidoso com a pelota, ter superado um adversário veterano, do que resultou uma rusga que, levada à diretoria, foi decidida em favor do mais antigo. Alvitro, de toda forma, pelo que conheci do adulto, que, talvez como um anjo caído, o jovem Cacá quisesse apenas escolher livremente seus caminhos, sem as exigências de obediência total aos dogmas da Igreja pregados pelos jesuítas.

Nos anos de sua formação superior Barandier deve ter sido um bom aluno, pois ao cursar a faculdade já trabalhava em meio às lides forenses, no cargo de escrevente do II Tribunal do Júri, Corte que à época tinha sede no imponente prédio da antiga Alfândega, hoje Casa França-Brasil, nas proximidades da Candelária. Ele ingressou na carreira de serventuário em 1954 permanecendo até 1965, quando pediu exoneração para advogar, ingressando nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil em 1966.



II Tribunal do Júri

Foi certamente graças às experiências vividas no lufa-lufa do Júri que Barandier iniciou seu firme namoro com a advocacia criminal. Ali conheceu os grandes tribunais, que atuavam numa época em que ainda se lavava a honra com sangue e que os julgamentos dos chamados crimes passionais fascinavam a população.

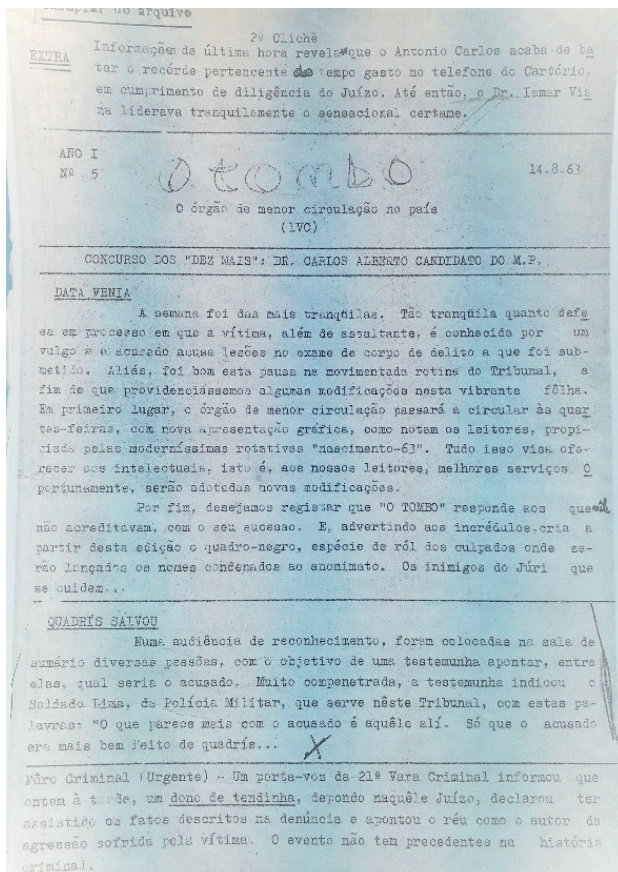
Avesso à rotina entediante dos amanuenses, é nesse período de servidor público que Barandier desenvolve seu antigo dom de jornalista (sim, conforme confidência feita anos mais tarde ao amigo Antonio Evaristo de Moraes, a quem revelou as “vocações

<sup>1</sup> O autor é Diretor Cultural da SACERJ



que o empolgaram na juventude: a arquitetura e o jornalismo”), dando vida ao “O Tombo”, um informativo semanal. Ele era o multitarefa do jornal, fazendo de tudo: redigia e diagramava a “vibrante folha”, utilizando unicamente a máquina de escrever, posto que tornara-se exímio datilógrafo. Suas “rotativas” eram um mimeógrafo a álcool, cujo uso foi posteriormente proibido. Autointitulado como o “jornal de menor circulação do país”, o nome do periódico trazia um duplo sentido, pois as expressões “Tombamento e Livro de Tombo” provém do antigo Direito Português, onde o vocábulo “tombar” tem o sentido de registrar, inventariar, inscrever bens nos arquivos do Reino. Mas tombar também é verbo, significando queda, cair ao chão, estatelar-se. Assim, as personalidades mencionadas (mas principalmente as omitidas) nos fatos retratados por Barandier em seu semanário não “saíam” no jornal; elas levavam um “tombo”.

Ao 26 anos Barandier estreia no Tribunal do Júri, ainda como estudante. Será nessa tribuna que logo se juntará aos grandes, aos maiores e mais criativos oradores de sua geração, como Antônio Evaristo de Moraes, Augusto Thompson, George Tavares, Romeiro Neto e Ronaldo Machado. O Júri reunia a fina flor da advocacia criminal nos anos 1950/1960, funcionando como uma verdadeira escola prática de advocacia, com mestres do naipe de Alfredo Tranjan, Serrano Neves, Evandro Lins e Silva e seu irmão Raul Lins e Silva (pai do amigo Tício Lins e Silva), Laércio Pellegrino, Roberto Lyra e, em especial, Newton Feital, a quem Barandier muito admirava, não obstante personificasse a sua antítese.

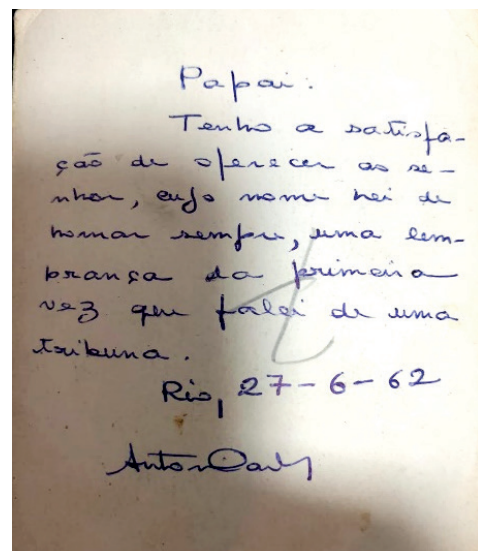


Exemplar de “O TOMBO” - Ano I; nº 5

Destaco saborosa nota, extraída do exemplar acima: “Por fim, desejamos registrar que o “O TOMBO” responde aos que nele não acreditavam, com o seu sucesso. E, advertindo aos incrédulos, cria a partir desta edição o *quadro-negro*, espécie de rol dos culpados onde serão lançados os nomes condenados ao anonimato. Os inimigos do Júri que se cuidem...”



Barandier estreia na Tribuna do Júri



Dedicatória para o pai

No início da carreira, segundo palavras de seu filho Marcio, Barandier trabalhou com Tanus Bastani e em seguida no Escritório de Stélio Bastos Belchior, importante banca da época. Depois, saiu para trabalhar sozinho, primeiro ocupando uma sala sem janela em um escritório de outra pessoa, e fazendo “clínica geral”. Na sequência, dividiu escritório com Rodrigo Faria Lima e Oswaldo Barbosa, e depois com Ozimo Souza (pai do Defensor Público André Felice de Souza) e com a irmã Maria Tatiana Barandier. Maria Tatiana foi sócia do Escritório até o final, embora advogasse muito pouco, pois era Procuradora da Fazenda, e na área cível.

Será, porém, como advogado de presos políticos, atuando nos Tribunais Militares, sob a vigência do Decreto-lei 898/69, a famigerada Lei de Segurança Nacional, que Barandier atingirá plena maturidade profissional, forjada nos anos mais duros da ditadura que atingiu o País. Vale registrar, por suas próprias palavras, como Barandier especializou-se na defesa de presos políticos, conforme entrevista que concedeu para Paula Spieler e Rafael Mafei Rabelo Queiroz, coordenadores do livro “Advocacia em Tempos Difíceis - Ditadura Militar 1964-1985”<sup>2</sup>:

**Como o senhor começou a defender presos políticos?**

Há um advogado, ainda hoje em atividade, George Tavares, que tinha vários clientes em um mesmo processo. Eu fui um dia fazer defesa num caso de corrupção, na Justiça Militar. Encontrei George no corredor da Auditoria e ele perguntou se eu queria defender um preso político. Respondi que até gostaria da experiência, então ele me apresentou a um trotskysta, rapaz de 18 anos que parecia ter muito menos. Foi meu primeiro cliente e veio a ser absolvido. Eu gostei, me empolguei muito. Na primeira das audiências eu tive uma discussão com o membro do Conselho e ele me deu voz de prisão e os advogados mais velhos vieram em meu socorro.

Nesse período, além daqueles já citados, Barandier se aproximou de Heleno Fragoso, Sobral Pinto, Modesto da Silveira, Marcelo Cerqueira, Augusto Sussekind, Alcione Barreto, Lino Machado, e também dos colegas os mais jovens como, por exemplo, Arthur Lavigne, Tício Lins e Silva, Nilo Batista, Nélio Machado, Manoel de Jesus Soares e outros.

Quando se firmou na advocacia criminal, Barandier teve vários assistentes, que souberam, cada qual a seu modo, absorver as virtudes do mestre, como Josemar Leal Santana, mais tarde Advogado de Ofício na Justiça Militar (já falecido), Luis Guilherme Vieira (advogado criminal), Rodrigo Terra (hoje

Promotor de Justiça), Marco Antonio Fonseca Guimarães (também falecido), Marcio Barandier e outros. Não se pode esquecer do Bira (também falecido precocemente), *office boy* fidelíssimo, vítima constante das desconcertantes “pegadinhas” do Barandier e por quem ele nutria enorme carinho.

Barandier era daqueles que conseguia amalgamar o ensino jurídico com a intensa atividade como advogado. Seu vínculo permanente no magistério foi com a Faculdade de Direito de Ipanema da Universidade Cândido Mendes, onde lecionou Processo Penal (eventualmente outras disciplinas das ciências penais) durante décadas. A par disso, ministrou classes em inúmeros cursos de pós-graduação e proferiu incontáveis conferências em congressos, palestras, debates etc. E ainda encontrava tempo para desenvolver sua refinada veia de escritor, com extensa produção literária: “Relatos, um advogado na ditadura” (2 edições: 1994 e 2012, a primeira pela Editora Di Giorgio e a segunda pela Revan); “As garantias fundamentais e a prova (e outros temas)” (1997, Lumen Juris); e “Contos criminais” (1998, Lumen Juris). Além disso, foi organizador e coautor da obra coletiva “CPI – os novos comitês de salvação pública” (2002, Lumen Juris). Interessante observar que Barandier, cultivando prática antiga da advocacia, publicava plaquetas com suas defesas e separatas de artigos, como são exemplos as abaixo reproduzidas:

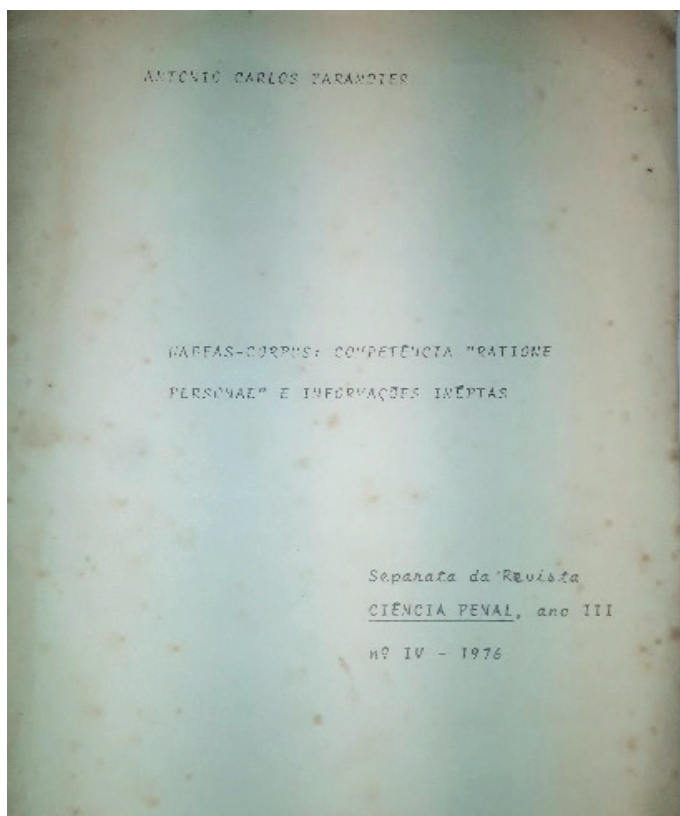
ALEGAÇÕES FINAIS EM FAVOR DE  
ALFREDO ERASMO PATTI DO AMARAL  
PROC. Nº 223 – III TRIBUNAL DO JÚRI

# CASO MÔNICA

A. Evaristo de Moraes Filho  
Antonio Carlos Barandier  
ADVOGADOS

<sup>2</sup> <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13745/Advocacia%20em%20tempos%20dif%C3%ADceis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



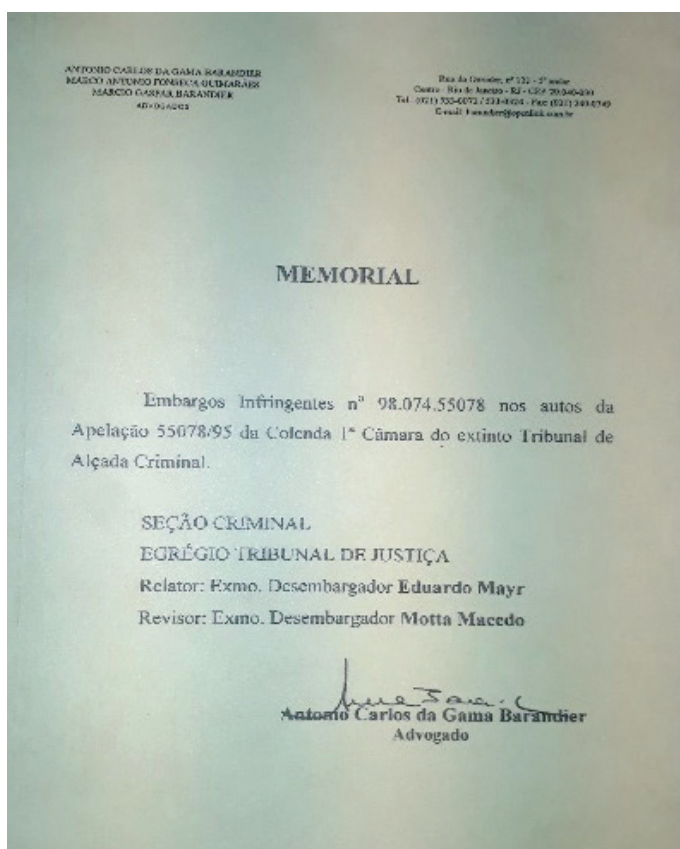


Além da advocacia e do magistério, Barandier dedicava-se à vida associativa. Antes de presidir a SACERJ, cargo para o qual foi eleito para o triênio 2008-2011, permanecendo seu presidente de honra por longos anos, presidiu o Conselho Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, à época órgão de grande relevância para implementação de políticas penitenciárias. Na Ordem dos Advogados do Brasil, entre os anos de 1983 a 1985, quando Hélio Saboya presidia a entidade, ocupou a titularidade da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas, integrando também o seu conselho seccional. Foi também membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), do Instituto do Direito de Defesa (IDDD), integrou o Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP) e o Conselho Consultivo da Associação pela Reforma Prisional (ARP).

Em 2003, Barandier recebeu merecida homenagem da Câmara dos Deputados pela sua atuação, nas décadas de 60 e 70, na defesa de presos políticos. Também foi agraciado com a Medalha do Mérito da Justiça Criminal, concedida pelo Tribunal de Alçada Criminal do Estado do Rio de Janeiro.

Não é pouca coisa. Mas, para um tricolor apaixonado, essas eram apenas tarefas mundanas. Importante mesmo era viver, no calor da torcida, as glórias do seu Fluminense Football Club, tradicional agremiação da qual era sócio benemérito, tendo ocupado, inclusive, o posto de Vice-Presidente de Interesses Legais.

O futebol era uma das mais vivas alegrias do Baranda. Sua intimidade com a redonda o fez titular dos times "Tatuí" e "Lagoa", campeões do futebol de praia, modalidade em que se especializou. Já formado, tinha escalação garantida no "Data Venia", grupo de pelada formado por advogados, magistrados, promotores, serventuários da Justiça. Participava de vários grupos de aguerridos peladeiros, jogando no Umuarama e em outras canchas, notadamente no Clube dos Trinta, para onde foi levado pelo amigo Evaristinho, então inexpugnável goleiro, que depois passou a atuar como árbitro dos acirrados certames. Lá não havia advogados nem maiores vênias, a companhia era só de craques de bola, como Luis Carlos Barreto (Barretão, cineasta), Miele (ator), Armando Nogueira (jornalista), Armando Pittigliani (produtor musical), ex-jogadores profissionais, empresários etc. Também faziam bonito nas peijas seus filhos Marcio e Henrique, que tinham como parceiros Evaristo, Eduardo e Renato, filhos de Evaristinho.





No alto: Barandier, Eduardo de Moraes, Lula Maurity e Renato de Moraes: os tricolores no Clube dos Trinta (arquivo pessoal de Renato de Moraes/Conjur)



Fluminense Football Club: paixão

Barandier apreciava um bom papo com os amigos. Almoçar no Clube Naval, Confeitaria Colombo, Alentejano, entre outros restaurantes do Centro, bebericando, nesses momentos de confraternização, um uísque de “boa qualidade”, como costumava dizer. Houve época em que, uma vez por mês, jantávamos no restaurante Satyricon, em Ipanema. Era um animado grupo composto por Nélio Machado, Arthur Lavigne, Augusto Thompson, Carlos Eduardo Machado, Marcio Barandier e eu. Nos divertíamos muito com as anedotas e “causos”.

A despeito dessas libações, Barandier nada tinha de boêmio, faceta que se costuma atribuir – injustamente! – aos crimina-

listas. O que ele gostava mesmo, mesmo, mesmo, de coração, era da sua família. Em que pese mantivesse reservas sobre sua vida particular para o público em geral, os seus amigos mais próximos sabíamos o quanto amava sua companheira da vida toda, a médica Maria da Paz, com quem foi casado por 52 anos e que a ele se dedicou, integralmente, quando a doença o debilitou. Maria da Paz acompanhava o marido em todos os eventos e homenagens. Cuidava, tratava, levava aos médicos, aos exames, cumprindo, enfim, com inaudito denodo, o juramento de amá-lo para sempre, na saúde e na doença. Barandier também amava também os filhos mas, sobretudo, os netos Julia, Daniel e Michel.

Antonio Carlos da Gama Barandier era o advogado clássico. Um modelo que nunca vai sair de moda.

## JUÍZES SEM MÁSCARA

Conforme a legislação em vigor, para proteger juízes de possíveis ameaças e atentados, em certos casos é possível instituir-se uma trinca de magistrados para que, em conjunto, deliberem sobre decretação de medidas cautelares e prolação de sentenças. São os chamados “Juízes sem Rosto”. No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro foi criada uma Vara Especializada para abrigá-los.



Em Santos, São Paulo, um intrépido desembargador, sem receio de exhibir seu rosto aos perigosos “corona vírus”, que já mataram mais de cento e trinta mil pessoas no Brasil, quis estabelecer um novo modelo para a magistratura: o “Juiz sem Máscara”, um magistrado investido de poderes para desobedecer os comandos das autoridades sanitárias.

O Conselho Nacional de Justiça não aprovou a ideia.



## **ANTONIO CARLOS DA GAMA BARANDIER POR SEUS AMIGOS**

O Boletim reuniu algumas manifestações dos associados mais próximos de Barandier, seu presidente de honra. Foram colhidas ainda sob o impacto da perda do velho amigo e estão marcadas pela emoção. Inicia-se com as palavras de Marcio Barandier, um de seus filhos, lida por ocasião da missa de sétimo dia, ocorrida na Igreja Nossa Senhora da Paz, em Ipanema.

### **MARCIO GASPAS BARANDIER**

Meu pai manteve durante toda a vida vínculo com a Igreja Nossa Senhora da Paz. Vinha sempre, muitas vezes permanecia poucos minutos, em silêncio, com a fé dele. É significativo que essa missa se realize aqui.

Desde sábado, temos recebido, além das manifestações por telefone e pessoalmente, uma infinidade de mensagens carinhosas pelos diversos meios eletrônicos. Enfim, muita solidariedade.

Pela vida que meu pai teve, pelas amizades que fez, não me impressionou a quantidade. Devo registrar os conteúdos, extremamente tocantes. Me emocionei com cada uma delas. Faltam palavras suficientes e adequadas para agradecer.

Das manifestações mais singelas às mais extensas que relembram fatos marcantes; das notas oficiais de instituições à poesia de Helinho Saboya e Renato de Moraes; das enviadas por pessoas simples às encaminhadas por importantes autoridades, nenhuma me parece de meras condolências protocolares. Todas vêm carregadas de sentimentos profundos, expressando um afeto imenso pelo meu pai.

Sim, há muito reconhecimento ao advogado, ao professor, ao intelectual e até ao grande tricolor e ao craque de bola. Mas o que mais nos orgulha mesmo é o reconhecimento da ética e da coerência dele em relação a tudo; da fidelidade inabalável aos amigos e aos valores mais nobres; da inegociável honestidade intelectual; da humildade no trato com qualquer pessoa; da generosidade com os mais jovens e os mais modestos; da coragem com que enfrentou o autoritarismo e lutou pela democracia e pela justiça; da elegância e do respeito com os próprios adversários, sem nunca se intimar e sem nunca bajular os poderosos; e, principalmente, do amor e da atenção que sempre dedicou à família, mesmo nas épocas mais atribuladas.

Por mais de 20 anos, ele enfrentou uma doença cruel com a mesma coragem e dignidade que fez tudo na vida. Acho que dignidade é o substantivo apropriado para lembrá-lo, na maior dimensão possível: decência, humildade, integridade, lealdade, honestidade.

Tenho certeza de que, nesse momento, ele gostaria de repetir a todos e todas vocês, com um sorriso, aquela frase que muitas vezes usava nas breves despedidas: “não deixem de me querer bem”!

### **JOSÉ MAURO COUTO DE ASSIS**

A morte feriu fundo a advocacia brasileira levando o nosso querido “Barandá”, Antônio Carlos da Gama Barandier. É fácil falar dessa figura notável: basta falar de correção e eficiência profissional e de bondade, de decência e de dignidade no campo pessoal. Vários episódios poderiam ser lembrados, notadamente, nos chamados “anos de chumbo”, atestando a grandeza do brilhante defensor de perseguidos pela ditadura nos tribunais castrenses. Corajoso e destemido, salvou muitos que devem, hoje em dia, estar pesarosos e triste pela perda daquele campeão da liberdade individual. Que Deus receba sua alma no seu seio generoso e lhe garanta o merecido descanso eterno.

### **DÉA RITA MATOSINHOS**

Antonio Carlos da Gama Barandier: equilíbrio perfeito entre força, coragem, generosidade e ternura, particularmente incentivador das poucas mulheres que, num passado nem tão distante, abriam caminho na advocacia criminal. Sua força e coragem foram testadas nos plúmbeos tempos da ditadura militar (ler seu Relatos - um advogado na ditadura). Mas, desejo destacar aqui sua generosidade acolhedora, manifestada em gestos simples mas capazes de marcar para sempre. Em determinada etapa de minha vida profissional, fui trabalhar no escritório de um colega, também frequentado por Barandier. No primeiro dia ali, encontro sobre minha mesa um bilhete comparando minha chegada com a da primavera, assinado por Barandier. Era o mês de setembro...e em setembro ele nos deixa.

Onde quer que ele esteja, deve ser primavera.

### **ALEXANDRE MOURA DUMANS**

O passamento de Antônio Carlos da Gama Barandier faz um corte no tempo da Advocacia Criminal brasileira, como um ponto final de uma época, na qual coragem, conhecimento jurídico e tolerância eram apanágios indispensáveis

ao exercício da advocacia criminal liberal e independente. A ausência de Antônio Carlos da Gama Barandier traz um especial vazio para os corações de todos aqueles que tiveram o privilégio de com ele compartilhar os embates forenses e aprender a arte da nobre e dramática profissão que é a Advocacia Criminal. Que ele descanse agora na paz que sempre pregou.

#### KATIA TAVARES

O nosso Barandier sempre foi para mim um Amigo-Pai, quem nos ouve e aconselha nos momentos que mais precisamos. Por isso, minha singela homenagem a ele está dita aqui nos versos do grande poeta, Carlos Drummond de Andrade, que soube traduzir todo meu sentimento:

#### ENCONTRO

Meu pai perdi no tempo e ganho em sonho.

Se a noite me atribui poder de fuga,  
sinto logo meu pai e nele ponho o olhar,  
lendo-lhe a face, ruga a ruga.

Está morto, que importa? Inda madruga  
e seu rosto, nem triste nem risonho,  
é o rosto antigo, o mesmo.

E não enxuga suor algum, na calma de meu sonho.

Oh meu pai arquiteto e fazendeiro!  
Faz casas de silêncio,  
e suas roças de cinza estão maduras,  
orvalhadas por um rio que corre o tempo inteiro,  
e corre além do tempo, enquanto as nossas  
murcham num sopro fontes represadas.<sup>3</sup>

#### NILO BATISTA

Antonio Carlos Barandier foi um dos maiores criminalistas brasileiros, que dispunha em doses elevadas das “virtudes teológicas” de nossa profissão: era preparadíssimo, imaculadamente probo e apaixonado pelas causas que patrocinava. Quando a saudade de seu sorriso franco e amigo apertar, tratarei de reler os Relatos de um Advogado na Ditadura ou algum dos deliciosos Contos Criminais, e será como se esti-

<sup>3</sup> (ANDRADE, Carlos Drummond de. “Claro enigma”. In: \_\_\_\_\_. Poesia e prosa. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1988).

véssemos conversando, tempos atrás, num velho bar perto do Fórum.

#### MARCIA DINIS

Falar sobre Barandier é passear pelos melhores sentimentos de minha vida. Baranda sempre esteve presente com a palavra que eu gostaria de ouvir; tinha muitas histórias boas para contar e generosos elogios que, como flores, me eram oferecidos. Ríamos muito com as histórias do Feital e comemorávamos as vitórias do nosso Tricolor de coração. Baranda foi um bravo advogado, nunca lhe faltou coragem para promover a defesa de seu cliente e até mesmo de seus colegas. Baranda foi o maior incentivador e amigo das mulheres que se atreviam a exercer a advocacia criminal em tempos de um feminismo ainda acanhado. Agradeço por ter convivido ao longo dos últimos 35 anos com um amigo tão querido, verdadeiro e admirado, que nunca deixarei de querer bem, como ele sempre pedia.

#### RENATO TONINI

Antônio Carlos Barandier era uma pessoa admirável não apenas pelo seu elevado comportamento ético ou por seu indiscutível conhecimento jurídico. Ele era, essencialmente, um ser humano do bem, cuja característica mais notável era a compulsão em ajudar o próximo, em dar a mão a quem precisava. Com o Baranda, eu aprendi muito, especialmente com os exemplos que ele me deu durante a sua vida. O nosso amigo se foi, mas ele jamais será esquecido.

#### CARLOS EDUARDO MACHADO

Infelizmente Antonio Carlos Barandier nos deixou! Ex-Presidente da SACERJ, professor, escritor, e sobretudo advogado criminalista, com refinado senso de humor, era um grande frassista. Certa vez, sobre a mania dos clientes de sempre tentarem negar os fatos, lançou frase simples e grande lição para o exercício profissional: “negar o óbvio é burrice”.

Muito cortês com os colegas, mesmo adversários, toda vez que encontrava alguém fazia um carinhoso elogio, às vezes destacando um detalhe na atuação profissional, outras até enaltecendo o bem dado nó na gravata. Barandier era incapaz de fazer uma grosseria, tratando todos de forma carinhosa, respeitosa e digna. Era o próprio princípio da dignidade humana em forma de gente.

Sua paixão pela advocacia era tanta que, assim como meu pai, abdicou do serviço público para se dedicar ao mister. Advogado de alma, fará muita falta!

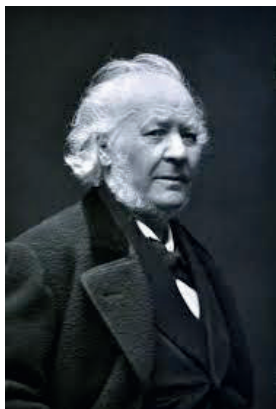


## O SONO DOS JUSTOS

Esta coluna costuma se valer das pitorescas gravuras de Honoré Daumier para ilustrar o quão fastidiosa pode ser a atividade judicante. Já não precisa mais socorrer-se da arte: a realidade é bem mais expressiva.



### HONORÉ DAUMIER



Honoré Daumier

Um dos maiores artistas gráficos de todos os tempos, Honoré Daumier viveu na França entre 1808 e 1879. Nasceu em Marselha, filho de um mestre vidraceiro que se supunha dotado de pendores poéticos, mas que sucumbiu na miséria ao aventurar-se em Paris, morrendo em Valmondois, comuna do Val-d'Oise, localizada na proximidades da capital francesa.

Honoré cresceu na pobreza. Seu primeiro emprego foi de ordenança de um oficial de justiça, razão pela qual conheceu amiúde e desde muito cedo os meandros forenses. Retratou-se a si mesmo girando a maçaneta de um escritório de advocacia (*Étude*), com a seguinte legenda: “O ordenança come pouco, corre muito, vagabundeia por aqui e por ali, e chega sempre atrasado na escola, da qual é a ovelha negra”.



Comentando a série *Les Gens de Justice*, o jurista alemão Gustav Radbruch assinalou que Daumier “encontrou mestres que

o guiaram àquilo que aspirava na arte, mas sua verdadeira escola foi o Louvre com suas antiguidades. Ali adquiriu o sentido plástico que seria distintivo deste caricaturista monumental”.

Charles Baudelaire, em suas *Curiosidades Estéticas*, assim se referiu ao mestre da caricatura: “Quero falar agora de um dos homens mais importantes, não direi só da caricatura, mas também da arte moderna, de um homem que, todas as manhãs, entretém a população parisiense, que todos os dias, satisfaz as necessidades da alegria pública e dá-lhe pasto. O burguês, o empresário, o garoto, a mulher, riem e muitas vezes passam, os ingratos! sem olhar para o nome. Até agora só os artistas compreenderam tudo o que há de sério nisso, e que é realmente algo para estudar”.

Com o final da era napoleônica, marcado pela derrota do imperador pelos exércitos da Sétima Coligação, que incluíam uma força britânica liderada pelo Duque de Wellington, e uma força prussiana comandada por Gebhard Leberecht von Blücher, a França foi compelida pelas demais potências europeias a restaurar a monarquia, retornando ao poder a dinastia Bourbon, agora sob a tutela do rei Luís XVIII (1814 - 1824).

Com a morte desse monarca, acirraram-se as rivalidades políticas, dando ensejo a que seu sucessor, Carlos X, fomentasse medidas que restaurassem o absolutismo do Antigo Regime. No ano de 1830, a vitória liberal nas eleições para deputado provocou imediata reação popular contra o desenvolvimento do governo conservador. Carlos X, entretanto, não recuou e, por meio das chamadas “Ordenações de Julho”, impôs um decreto que retirou o cargo de todos os deputados eleitos.

Sob a liderança do duque Luís Felipe, jornais, estudantes, burgueses e trabalhadores iniciaram manifestações e levantes, as chamadas “jornadas gloriosas”, que conduziram à Revolução de Julho de 1830, levando o rei Carlos X a abdicar o trono e buscar exílio na Inglaterra. Quem assumiu o governo foi o duque Luís Felipe, com o indelével apoio da burguesia. Em razão desta associação unindo a monarquia à burguesia, o novo monarca estabeleceu o fim de várias ações e leis de natureza absolutista, mas fez questão de preservar a excludente barreira política do voto censitário, iniciando-se, a partir de então, um longo período de agitação política.

Foi nesse contexto histórico que Charles Philippon, litógrafo, fundou o semanário *Caricature* e o periódico *Le Charivari*, onde Daumier viria a trabalhar e publicar, entre outras obras, a famosa série *Les gens de justice*, acompanhando com sua arte as grandes transformações da história francesa.



“O ordenança come pouco, corre muito, vagabundeia por aqui e por ali, e chega sempre atrasado na escola, da qual é a ovelha negra”.



**Charivari**, vocábulo francês que significa “confusão, algazarra”, tem a mesma acepção em português, significando, segundo Houaiss, barulho ensurdecedor, manifestação ruidosa, alvoroço, confusão.

Daumier estava na plenitude dos seus 40 anos quando a Revolução de 1848 eclodiu. Também chamada de Primavera dos Povos, a insurreição foi responsável pela derrubada da monarquia e a instauração da Segunda República Francesa, no dia 25 de fevereiro. A revolta popular teve início em Paris, que se encheu de barricadas. Houve conflitos e elevado número de mortes. A Guarda Nacional, diante da comoção popular que se instalou, se uniu aos operários e camponeses para derrubar o rei Luiz Felipe I.

Mas o destino é padrastró. Nas eleições de abril para a formação de uma Assembleia Constituinte os burgueses e proprietários rurais formaram larga maioria, levando os socialistas e os operários desempregados a promoverem uma nova insurreição, erguendo-se, mais uma vez, as barricadas.



Em reação, a Assembleia Nacional Constituinte decretou estado de sítio, nomeando o ministro da Guerra, general *Louis-Eugène Cavaignac*, chefe do poder executivo, que suspendeu a circulação de jornais e reuniões públicas. O combate durou quatro dias, morrendo 1.500 revoltosos, sendo presas 12.000 pessoas e 4.000 deportadas para a Argélia.

A Constituição foi finalmente promulgada em 12 de novembro de 1848 e eleito presidente Luís Bonaparte, sobrinho de Napoleão. Ao final do seu mandato não quis deixar o poder, protagonizando um golpe em que acabou com a República, fazendo-se Imperador – Napoleão III – em 2 de dezembro de 1851. Inicia-se aí o Segundo Império Francês. Vale anotar que foi nesse mesmo ano, e inspirados por esses acontecimentos, que Karl Marx e Friederich Engels escreveram o “Manifesto Comunista”. A Revolução Praieira, em Pernambuco, ocorrida entre 1848 e 1850 também teve inspiração nesse episódio.

Para criticar o bonapartismo, Daumier cria em terracota e litografias a figura de Ratapoil, personagem que representa um coronel reformado personificando o dissimulado agente provocador, propagandista brutal e ridículo do cesarismo bonapartista. Vários chargistas reproduzem a imagem do militar que, como na gravura de Durandim, “oferece seu braço à República, mas às suas costas esconde o garrote com que a matará”.



**Ratapoil** tem a fisionomia idêntica à de Luiz Bonaparte: os cabelos lisos e curtos, cavanhaque e bigodes. Sua indumentária revela características da ideologia Bonapartista: A cartola amassada e um porrete: a degenerescência do ideário burguês aliada à violência exercida pelo exército



*La République rudement menée par Ratapoil et par Casmajou (J. Durandin, 1851).*

A caricatura de Daumier não é simples anedota, nem apenas galhofa ou piada. Tampouco cinge-se a uma desprezível crítica de costumes, marcando modismos de ocasião. O traço marcante de Daumier traz à luz, com seu refinado humor, as injunções políticas de uma época efervescente da história francesa, revelando as lutas travadas, nua e cruamente, entre o capital e o trabalho.

BAUDELAIRE, Charles, *Aesthetic Curiosities*, Paris, M. Lévy frères, 1868, 442 p. Fonte: Google [http://obvil.sorbonne-universite.fr/corpus/critique/ baudelaire\\_curiosites-esthetiques/](http://obvil.sorbonne-universite.fr/corpus/critique/ baudelaire_curiosites-esthetiques/) Universidade Paris-Sorbonne, LABEX OBVIL, 2015, licença cc. Participaram nesta edição eletrônica: Clémence Simonian (estilo semântico) e Stella Louis (digitalização e codificação TEI);

FERREIRA, Rosa Pollyana. *A Comédia Satânica de Honoré Daumier: caricatura política na aurora da comunicação de massas*. São Paulo: Dissertação de mestrado – Programa de pós-graduação em artes visuais – Escola de Comunicação e Artes – Universidade de São Paulo. Orientadora: Monica Tavares, 2014;

RADBRUCH, Gustav. *Caricaturas de la justicia: litografias de H. Daumier*. Buenos Aires/Montevideo: Editoria IBdeF, 2008.

[http://www.daumier.org/uploads/pics/charivari\\_2\\_header.jpg](http://www.daumier.org/uploads/pics/charivari_2_header.jpg)

<http://www.daumier.org/57.0.html>,

<https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=599834>

<https://conhecimentocientifico.r7.com/o-que-foi-a-revolucao-de-1848-e-quais-eram-seus-ideais/>



## PARECER

### JÚRI VIRTUAL

**Referência:** Indicação nº \_\_\_\_/2020, apresentada pela senhora presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr<sup>a</sup>. Rita Cortez, e pelo senhor presidente da Comissão Permanente de Direito Penal dessa Casa, Dr. Marcio Barandier, para o fim de verificar a adequação constitucional e legal de ato normativo ainda em apreciação pelo Conselho Nacional de Justiça (nº 0004587-94.2020.2.00.0000), destinado a autorizar os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, a adotarem “procedimentos para o uso de videoconferência na realização das sessões de julgamento do Tribunal do Júri, em razão das contingências geradas pela pandemia da COVID-19”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição da República – Código de Processo Penal – Tribunal do Júri – julgamento por meio audiovisual remoto – reserva de lei – garantias individuais – devido processo legal (ampla defesa e contraditório)

Senhora Presidente do IAB, Dr<sup>a</sup>. Rita Cortez, e Senhor Presidente da Comissão de Direito Penal dessa Casa, Dr. Marcio Barandier,

#### I – INTRODUÇÃO

Atendendo designação para emissão de opinião legal sobre o tema tratado na Indicação em referência, apresenta-se este Parecer, que foi redigido sob regime de urgência dado o avançado em que se encontram as discussões na esfera do CNJ.

Procurando obedecer aos ditames da síntese e da objetividade, o Parecer analisará a questão em tópicos. Primeiramente, se deterá em identificar o momento em que o instituto do Júri passa a integrar nosso ordenamento, seguindo no exame de sua manutenção em vigor durante dois séculos, dando-se destaque, nesse ponto, aos mais relevantes percalços verificados em sua existência.

Feita a resenha histórica, se abordará a constitucionalidade do projeto de Resolução, para, em arremate, confrontar os dispositivos contidos nessa proposição normativa com as regras processuais penais em vigor, o que desaguará na conclusão de que o projeto é inconstitucional e ilegal e que somente por lei se podem alterar dispositivos processuais penais.

#### a) Breves palavras sobre a regulamentação do Júri nos dias de hoje

Em rápidas palavras, deve-se dizer desde logo que o Tribunal do Júri tem assento constitucional desde sua instituição no ordenamento jurídico brasileiro, hoje figurando entre as garantias individuais dos cidadãos, com a ressalva de que em certas passagens da História posicionou-se no título que trata do Poder Judiciário.

Organizado conforme as ordenações do Código de Processo Penal (CPP), se constitui numa Corte integrada por um juiz de direito e 25 jurados ou juízes leigos (maiores de 18, de notória idoneidade), que devem permanecer à disposição do Júri durante o período de um mês.

O jurados são sorteados de uma lista formada anualmente pelo juiz togado, lista essa que deve conter número de pessoas proporcional ao dos habitantes do município onde se situa o Tribunal. Ao menos em teoria – e para fins de torna-lo mais democrático e isonômico – devem compor essa seleção integrantes dos distintos segmentos da sociedade local, tais como sindicatos, instituições financeiras, órgão públicos, associação de moradores de comunidades carentes etc.

Não é admissível a recusa à prestação desse serviço, exceto em raras exceções, todas previstas em lei. A cada sessão de julgamento, serão sorteados sete jurados entre aqueles 25 escolhidos para o mês. Eles estarão aptos a decidir a causa de acordo com os ditames de sua consciência, sem necessidade de motivação ou fundamentação, conforme preleção que o juiz obrigatoriamente lhes fará antes do julgamento, colhendo a promessa formal de que cumprirão sua função.

O Tribunal Popular, conforme preceitua a Constituição da República e o CPP, é dotado competência específica para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto, indução ao suicídio, na forma consumada ou tentada), sendo soberanos os seus veredictos.

Quando se fala em soberania dos veredictos, se quer dizer que as decisões do júri não podem ser modificadas pela Corte de Apelação, composta por Desembargadores, que são magistrados togados. Os Tribunais de Justiça só podem alterar uma decisão proferida pelo Tribunal do Júri se o veredicto emitido contrariar, manifestamente, a prova dos autos, ou seja, quando a decisão do conselho “não tiver amparo razoável em *nenhuma* prova colacionada nos autos”<sup>4</sup>

<sup>4</sup> PACELLI Eugênio & DOUGALS, Fischer. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1.288. Os autores cogitam que a “necessidade de relativização do princí-



Nessas exclusivas hipóteses, o provimento do apelo, seja defensivo ou da acusação, se dará unicamente para determinar que outro julgamento se realize, com novos jurados. A razão de ser dessa estrita possibilidade recursal é nobre: evitar ao máximo a ocorrência dos indesejáveis e perniciosos erros judiciários, quando diante de decisões teratológicas.

Além da soberania dos veredictos, nos julgamentos pelo Júri são assegurados, como reforço de garantias já consagradas em outras disposições constitucionais e legais, a plenitude de defesa e o sigilo das votações, significando dizer, quanto a esse ponto, que os jurados, depois de sorteados para julgar uma causa, não podem se comunicar entre si até o final da sessão, sob pena de nulidade.

Significa, também, que à defesa deve ser assegurada ampla liberdade para produção de prova em plenário, seja inquirindo testemunhas ou peritos à frente dos jurados, seja examinando e exibindo ao júri objetos apreendidos, seja para contestar as imprecisões da acusação, podendo lançar ou negar apartes, facultando-se ao advogado, no desempenho de suas funções, manter contato ininterrupto com seu constituinte, independentemente de mecanismos eletrônicos. Numa palavra, deve o advogado valer-se de tudo o que estiver ao seu alcance para defender o réu.

Essa amplitude tem uma razão de ser. É que o julgamento pelo júri, diferentemente de todos os demais julgamentos realizados nos órgãos do Poder Judiciário, prima pela oralidade, não admite interrupções depois de iniciado, começa e termina numa só assentada. Não é só: sua decisão é soberana, não havendo possibilidade de apresentação de recurso visando a reforma quanto ao mérito.

Demais disso, também justifica a sobreposição de garantias a circunstância de que as decisões do júri são tomadas de consciência e não precisam ser fundamentadas. Essa é a grande e fundamental diferença entre os julgamentos pelo Júri daqueles procedidos pelo Juízos togados, seja por órgãos singulares ou coletivos. Por isso, não há a menor possibilidade de comparar

---

pio da soberania diante da norma é de todo razoável para as circunstâncias excepcionais. Com efeito, não se pode esquecer que o julgamento de delitos contra a vida (sem embargos dos eventuais conexos) se dá em momento no qual as oratórias são fundamentais e a evocação de sentimentalidades podem influenciar diretamente na convicção dos jurados, mesmo que a prova seja no sentido da sustentação”. O subscritor, com a devida vênia, discorda dessa opinião, pois é precisamente por isso que o júri decide de consciência, sem necessidade de fundamentar suas decisões, nem dar explicações a quem quer que seja por ter julgado deste ou daquele modo, condenando ou absolvendo.

os julgamentos procedidos pelo Júri com quaisquer outras formas de prestação jurisdicional.

A garantia que assegura duração razoável dos processos, que visa conferir direitos ao jurisdicionados de que os feitos de seu interesse merecerão apreciação pelo Poder Judiciário em tempo aceitável, não pode servir de pretexto para supressão de garantias implantadas para assegurar direitos fundamentais de todo ser humano, como o são a plenitude defensiva, incluindo-se aí o direito do réu em ver-se processar e defender-se por si próprio ao ser interrogado.

Implantar sistemas audiovisuais para realização de julgamentos à distância nos casos de competência do Júri, por mais avançada e eficaz que seja a tecnologia empregada, nunca será igual nem se equipará à presença física das testemunhas, peritos, réus, advogados, promotores e dos próprios jurados, exigência *si ne qua non*, para os julgamentos pelo Júri.

Certamente premidos pela relevante missão de imprimir rapidez e eficiência na generalidade das causas sob apreciação do Poder Judiciário nesses tempos em que uma pandemia se instalou no País, com todas as vênias e com o respeito de que são merecedores, é possível que os senhores Conselheiros incumbidos de dar redação ao projeto de normativa em comento não tenham se dado conta de que o Tribunal do Júri sempre se distinguiu de outros órgãos do Poder Judiciário. E a diferença está em que no feitos afetos ao Júri é o povo que realiza a Justiça; é o cidadão que presta jurisdição.

Em homenagem a essa grande deferência que no curso de dois séculos e oito Constituições, incluídas a Emenda Constitucional de 1969 e a Carta em vigor, seus representantes fizeram ao povo brasileiro, esmera-se aqui em trazer um esboço histórico do Júri, na expectativa de que as correntes doutrinárias que consideram o binômio velocidade/prestação jurisdicional um ideal de Justiça revejam suas posições quando se tratar de causas da competência do Tribunal do Júri.

## II – RESENHA HISTÓRICA DO TRIBUNAL DO JÚRI NO BRASIL

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil por Decreto do Príncipe Regente, D. Pedro I, em 18/06/1822. Era uma Corte composta “por vinte e quatro cidadãos (...) homens bons, honrados, inteligentes e patriotas, nomeados pelo Corregedor do Crime da Costa e Casa, que por esse decreto fosse nomeado juiz de direito nas causas de abuso de liberdade de imprensa”<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> “Procurando ligar a bondade, a justiça e a salvação pública sem ofender à liberdade bem entendida da imprensa, que desejo sustentar e conservar a

Daí se observa que nos seus primórdios o Tribunal do Júri não julgava os crimes dolosos contra a vida, distintamente do que ocorre no presente, ocupando-se, então, apenas dos crimes de imprensa. Certamente essas Cortes tinham muito trabalho no Brasil Colônia, pois eram comuns a distribuição de panfletos ofensivos à moral e aos costumes vigentes, a circulação de periódicos lavrados com linguagem vigorosa e crítica e escritos sediciosos em geral, que mostravam as podridões do poder e pregavam a independência<sup>6</sup>.

Em 1824, já estando o Brasil independente de Portugal, a Constituição do Império manteve a instituição do Júri, inserindo-a no seu Título 6º, referente ao “Poder Judicial”:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Cível, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei.

Como visto, na Constituição de 1824 as funções dos jurados foram ampliadas e já não estavam mais adstritas a julgar crimes de opinião. Com competência estendida, o Júri poderia decidir causas cíveis ou criminais, a depender do que determinassem as leis, que, não raro, incluíam e excluía na legislação delitos e causas afetas Júri, talvez originando-se aí o casuismo que assistimos na atualidade em matéria legislativa.

A instituição do Júri foi mantida no Brasil com o advento da República, Proclamada em 15 de novembro de 1889. Menos de um ano depois, antes mesmo da nova Constituição, o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, criou a Justiça Fede-

---

que tantos bens tem feito à causa sagrada da liberdade brasileira. [...] o júri será composto; nas províncias, que tivessem Relação, seriam nomeados pelo ouvidor do crime e pelo comarca nas que a não tivessem. Os réus poderiam destes vinte e quatro recusar dezesseis; os oito restantes seriam suficientes para compor o conselho de julgamento acomodando-se sempre às formas mais liberais e admitindo-se o réu à justa defesa. E porque dizia o príncipe “as leis antigas a semelhante respeito são muito duras e impróprias das idéias liberais dos tempos que vivemos [...]”. MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri - crimes e processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 179

<sup>6</sup> Entre esses, destacava-se o jornal *Sentinela da Liberdade na Guarita de Pernambuco*, de Cipriano Barata – o Baratinha – que defendia a Independência com mudanças radicais e era contra a escravatura. In: LOPES, Dirceu Fernandes. *Uma história marcada por censura e resistência*. Observatório da Imprensa. 2008. Disponível em: [http://www.observatoriodaimprensa.com.br/entre-as-pas/uma\\_historia\\_marcada\\_por\\_censura\\_e\\_resistencia/](http://www.observatoriodaimprensa.com.br/entre-as-pas/uma_historia_marcada_por_censura_e_resistencia/) Acesso em 23/06/2020. Cipriano Barata foi ativista da Conjuração Baiana e da República, em Pernambuco, em 1817, depois deputado constituinte, em 1823.

ral, que era constituída pelo Supremo Tribunal Federal, Juizes Seccionais e Juizes Substitutos e também o Tribunal do Júri<sup>7</sup>, conferindo-lhe competência para processar e julgar os “crimes sujeitos à jurisdição federal”, conforme seu artigo 15, quais sejam:

ð) os crimes politicos classificados pelo Codigo Penal, no livro 2º, título 1º e seus capitulos, e titulo 2º, capitulo 1º.

§ 1º. Os crimes commettidos em alto mar a bordo de navios nacionaes, os commettidos nos rios e lagos que dividem dous ou mais Estados, nos portos, nas ilhas que pertençam á União, e, em geral, nos logares de absoluta jurisdição do Governo Federal, serão, entretanto, julgados pelas justiçaes locais, desde que não revistam o caracter de crimes políticos”.

Outra questão a destacar é a de que o Júri Federal se compunha com número par de jurados: doze sorteados entre trinta e seis. As decisões eram tomadas por maioria, sendo o empate computado em favor do réu.

Também é valioso lembrar que a inserção do Júri na Constituição republicana, diferentemente da anterior, não se deu no tópico destinado ao Poder Judiciário, mas, sim, no artigo 72, Seção II, do Título IV, que trata das garantias individuais<sup>8</sup>. Deve-se essa relevante alteração à intransigente defesa do Tribunal Popular empreendida por Ruy Barbosa, inspirando-se o “Águia de Haia” nas 5ª e 6ª Emendas da Constituição norte-americana, que instituem a obrigatoriedade do

<sup>7</sup> Decreto nº 848, de 11/10/1890:

Art. 40. Os crimes sujeitos á jurisdição federal serão julgados pelo Jury.

Art. 41. O Jury federal compor-se-ha de doze juizes, sorteados dentre trinta e seis cidadãos, qualificados jurados na capital do Estado onde houver de funcionar o tribunal e segundo as prescrições e regulamentos estabelecidos pela legislação local.

O juiz da respectiva secção será o presidente do tribunal do Jury federal.

Art. 42. As decisões do Jury serão tomadas por maioria de votos. O empate será em favor do réu.

Art. 43. Das sentenças proferidas pelo Jury haverá, appellação voluntaria para o Supremo Tribunal Federal.

Esta appellação não terá effeito suspensivo, sinão em caso de condemnação do réu.

Art. 44. O protesto por novo julgamento será admittido, com exclusão de outro recurso, nos processos em que a sentença impuzer pena de prisão celular por trinta annos, ou banimento.

<sup>8</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: (...)

Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 31 - É mantida a instituição do júri.



respeito às regras do devido processo legal e o julgamento pelo júri<sup>9-10</sup>.

O Júri na Constituição de 1934. Embora não se possa afirmar que seu texto desatendesse expressamente a princípios democráticos, não se olvide, sob outro prisma, que essa Constituição foi elaborada e promulgada durante um período quase ditatorial, vez que o presidente provisório, Getúlio Vargas, galgou o poder em 1930 após derrubar Washington Luís com um golpe militar, passando a governar como um autocrata.

Embora relutante, Vargas findou por autorizar a elaboração de uma nova Carta Política, cujo modelo foi a Constituição de Weimar, da Alemanha<sup>11</sup>. Nesse contexto conflituoso, a previsão constitucional do Júri foi removida do rol das garantias individuais, voltando a se localizar no *topos* do Poder Judiciário<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Tais emendas asseguram, respectivamente, que: “nenhuma pessoa será obrigada a responder por um crime capital ou infamante, salvo por denúncia ou pronúncia de um grande júri (...) nem será obrigada a depor contra si própria em processo criminal ou ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem processo legal regular” e que “em todos os processos criminais o acusado terá direito a julgamento rápido e público, por júri imparcial no Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente delimitado por lei; a ser informado da natureza e causa da acusação; a ser acareado com as testemunhas que lhe são adversas; a dispor de meios compulsórios para forçar o comparecimento de testemunhas da defesa e a ser assistido por advogado”.

<sup>10</sup> Vale lembrar que nos EUA existem o Grande e o Pequeno Júri. O primeiro é composto por dezesseis a 23 integrantes, que são sorteados e devem cumprir uma série de deveres. Suas funções englobam acusar infratores que infringiram a legislação penal (acusação denominada *indictment*), tendo em vista acharem suficientes as provas expostas pelo Promotor (*prosecutor*). Também podem, por sua vez, apresentar acusações formais sem levar em conta os argumentos do Promotor (acusação denominada *presentment*). O Grande Júri tem função investigativa e não avalia a culpabilidade do acusado, tarefa de que se incumbem o Pequeno Júri, cuja composição varia de seis a doze jurados, investido da responsabilidade especial de julgar se o réu é inocente ou culpado. SILVA, Igor Emanuel Pereira. *Tribunal do Júri brasileiro e americano - Análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos*. Disponível em: <https://pigoremanuel.jusbrasil.com.br/artigos/533970317/tribunal-do-juri-brasileiro-e-americano>. Acesso em 24/06/2020.

<sup>11</sup> A Constituição de Weimar instituiu a primeira república alemã. Surgiu como um produto da grande guerra de 1914-1918, que encerrou o “longo século XIX”. Essa Carta exerceu decisiva influência sobre a evolução das instituições políticas em todo o Ocidente. O Estado da democracia social, cujas linhas-mestras já haviam sido traçadas pela Constituição mexicana de 1917, adquiriu na Alemanha de 1919 uma estrutura mais elaborada, que veio a ser retomada em vários países após o trágico interregno nazi-fascista e a 2ª Guerra Mundial. COMPARATO, Fabio Konder. *A Constituição Alemã de 1919*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/alema1919.htm>. Acesso em 26/06/2020.

<sup>12</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de Julho de 1934): (...)

Art. 72 - É mantida a instituição do júri, com a organização e as atribui-

Em 1937, apenas três anos após a chegada de Getúlio ao poder, foi por ele instituído o Estado Novo. Nesse regime ditatorial, o Júri foi totalmente retirado do texto constitucional. Não será excessivo reproduzir aqui o preâmbulo da Constituição de 1937, decretada por Getúlio como marco institucional estado novista. Registre-se, de passagem, que essa Carta recebeu o jocoso apelido de “Polaca”, por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, sendo extremamente centralizadora, garantindo ao governo poderes praticamente ilimitados:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL,

ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil;

ATENDENDO ao estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente;

ATENDENDO a que, sob as instituições anteriores, não dispunha, o Estado de meios normais de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo;

Sem o apoio das forças armadas e cedendo às inspirações da opinião nacional, umas e outras justificadamente apreensivas diante dos perigos que ameaçam a nossa unidade e da rapidez com que se vem processando a decomposição das nossas instituições civis e políticas;

Resolve assegurar à Nação a sua unidade, o respeito à sua honra e à sua independência, e ao povo brasileiro, sob um regime de paz política e social, as condições necessárias à sua segurança, ao seu bem-estar e à sua prosperidade, decretando a seguinte Constituição, que se cumprirá desde hoje em todo o País:

Diante da falta de previsão constitucional na Carta de 1937, logo iniciaram-se entre os juristas debates acerca da manutenção ou não da instituição do Júri no ordenamento pátrio. Assim foi, até que o Decreto-lei nº 167, de 1938, que trata “da aplicação da lei, competência do júri e função do jurado”, confirmou sua permanência no ordenamento, embora excluída a soberania de suas decisões, já que o artigo 96 do decreto estatuiu que o Tribunal de Apelação poderia reformar a decisão dos jurados, aplicando pena ou absolvendo o réu:

ções que lhe der a lei.

Art. 96. Si, apreciando livremente as provas produzidas, quer no sumário de culpa, quer no plenário de julgamento, o Tribunal de Apelação se convencer de que a decisão do júri nenhum apóio encontra nos autos, dará provimento à apelação, para aplicar a pena justa, ou absolver o réu, conforme o caso.

A Constituição democrática de 1946 manteve o Júri, instituindo-o como garantia individual. Há quem sustente a tese, entre os quais NUCCI, de que as razões que deram azo ao retorno do Júri para o rol das garantias individuais não se deveram a movimentos progressistas, mas, sim, por causa de pressões exercidas pelo “coronelismo, interessado em garantir a subsistência de um órgão judiciário que pudesse absolver seus capangas”, conforme anotação de VICTOR NUNES LEAL<sup>13</sup>:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 28 - É mantida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, contanto que seja sempre ímpar o número dos seus membros e garantido o sigilo das votações, a plenitude da defesa do réu e a soberania dos veredictos. Será obrigatoriamente da sua competência o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Naquela quadra da História debatia-se ardentemente no parlamento se a competência do júri seria ou não exclusiva para crimes dolosos contra a vida. Chegou a ser editada a Lei nº 263, de 23 de fevereiro de 1948, cuja redação, no entanto, permanecia ambígua, pois determinava que a organização do Tribunal do Júri e, igualmente, o processo dos crimes de sua competência continuavam a ser regidos pelo Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03/10/1941), que fora, então, alterado para dele constar que competia ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, 1º, 121 § 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados, sem, contudo, estabelecer uma exclusividade. Em meio à incerteza quanto a efetiva competência do Júri, é editada a Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que “altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular”, estabelecendo que os crimes previstos no seu artigo 2º seriam de competência de

Tribunal do Júri<sup>14</sup>, então composto, conforme seu artigo 12 (e seguintes), por um “juiz, que é o seu presidente, e de vinte

<sup>14</sup> Lei nº 1.521/51.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

I - recusar individualmente em estabelecimento comercial a prestação de serviços essenciais à subsistência; sonegar mercadoria ou recusar vendê-la a quem esteja em condições de comprar a pronto pagamento;

II - favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores;

III - expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

IV - negar ou deixar o fornecedor de serviços essenciais de entregar ao freguês a nota relativa à prestação de serviço, desde que a importância exceda de quinze cruzeiros, e com a indicação do preço, do nome e endereço do estabelecimento, do nome da firma ou responsável, da data e local da transação e do nome e residência do freguês;

V - misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo;

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

VII - negar ou deixar o vendedor de fornecer nota ou caderno de venda de gêneros de primeira necessidade, seja à vista ou a prazo, e cuja importância exceda de dez cruzeiros, ou de especificar na nota ou caderno - que serão isentos de selo - o preço da mercadoria vendida, o nome e o endereço do estabelecimento, a firma ou o responsável, a data e local da transação e o nome e residência do freguês;

VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos (“bola de neve”, “cadeias”, “pichardismo” e quaisquer outros equivalentes); X - violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto. XI - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados. Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Parágrafo único. Na configuração dos crimes previstos nesta Lei, bem como na de qualquer outro de defesa da economia popular, sua guarda e seu emprego considerar-se-ão como de primeira necessidade ou necessários ao consumo do povo, os gêneros, artigos, mercadorias e qualquer outra espécie de coisas ou bens indispensáveis à subsistência do indivíduo em condições higiênicas e ao exercício normal de suas atividades. Estão compreendidos nesta definição os artigos destinados à alimentação, ao vestuário e à iluminação, os terapêuticos ou sanitários, o combustível, a habitação e os materiais de construção.

<sup>13</sup> Veja-se NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 796. O autor invoca anotação de VICTOR NUNES LEAL, expressa em *Coronelismo, enxada e voto* (há várias edições disponíveis).



jurados sorteados dentre os eleitores de cada zona eleitoral, de uma lista de cento e cinquenta a duzentos eleitores, cinco dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento”.

Adormecida na ditadura do Estado Novo, tornou-se intensa a participação da população na vida política do País naqueles anos de pós-guerra. O povo estava embalado com os bons ares da plenitude democrática e garboso pela vitória dos Pracinhas sobre o nazi-fascismo na Itália. Esse sentimento coletivo aumentou o prestígio conferido ao Tribunal Popular, Corte em que o brasileiro comum decidia por si mesmo, agora também incumbido de deliberar sobre condutas que atingiam diretamente as relações de consumo, como, por exemplo, fraudes ao tabelamento de preços.

Vários foram, contudo, os reclamos acerca da constitucionalidade da instituição do Júri para processar e julgar os chamados crimes contra a economia popular, sendo o argumento mais relevante o de que seria um tribunal de exceção. Por uma razão ou por outra, os benefícios trazidos por este novo órgão julgador foram de discutível proveito.

Como assinala MANOEL PEDRO PIMENTEL, “a par de uma inicial severidade nos veredictos, como que num desafio dos sentimentos reprimidos por aqueles que se julgavam explorados pelos gananciosos comerciantes, aos poucos as absolvições se tornariam numerosas, favorecidas pela circunstância de ser levada a julgamento, geralmente, só pequena parte dos responsáveis pelo encarecimento da vida e, assim mesmo, os mais humildes, lançaram a indiferença, senão mesmo o descrédito, sobre os resultados dos julgamentos desse júri especial, do qual tanto se esperava”<sup>15</sup>.

A celeuma hermenêutica criada em torno do alargamento da competência do Júri só se encerrou em caráter definitivo quando foi promulgada a Constituição de 1967, ocasião em que o Brasil já vivia as agruras de outro golpe de estado, este desferido por uma conspiração cívico-militar, eclodida em 31/03/1964, do que resultou a instalação de uma sangrenta ditadura, de perfil fascista.

A normalidade democrática só se restabeleceu com a instalação de uma Assembleia Constituinte, resultante da Emenda Constitucional nº 26, de 1985, deixando, porém, um macabro rastro de mortos, desaparecidos e torturados, além de incontáveis servidores cassados de suas funções, entre os quais professores, parlamentares, magistrados, inclusive Ministros do Supremo Tribunal Federal, com relevo para Evandro Lins e Silva, um

dos maiores oradores que já ocuparam a tribuna do Júri em todos os tempos.

Feita essa breve digressão, impende consignar que, diferentemente da Carta anterior, de 1946, considerou-se que a de 1967 não previa competência para o Tribunal do Júri julgar quaisquer outros delitos que não os crimes dolosos contra a vida. O texto do § 18, do artigo 150, realmente, é impositivo: “São mantidas a instituição e a soberania do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida”.

Com o início do período mais duro da ditadura militar, cujo marco foi a decretação do Ato Institucional nº 5, em 13/12/1968, o triunvirato de oficiais gerais das três Forças Armadas que passou a governar o País após a morte do Presidente-General Costa e Silva, decretou o “recesso” do Congresso Nacional e, em meio a cassações e expurgos, promulgou, em 1969, uma Emenda à Constituição de 1967, através da qual foram procedidas diversas alterações em seu texto original, entre elas a supressão da garantia da soberania dos julgados proferidos pelo Júri, não obstante tenha sido o Tribunal Popular mantido no capítulo dos direitos e garantias individuais:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 18. É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Vários projetos de lei foram apresentados visando modificar o Código de Processo Penal, para ali inserir disposição que desse aplicabilidade à alteração constitucional, com a finalidade de permitir que os Tribunais de Apelação tivessem competência para reformar as decisões proferidas pela Corte Popular. Mas doutrina e jurisprudência se posicionaram firmemente em contrário, levando o Parlamento a manter os dispositivos processuais penais que asseguravam a soberania dos veredictos do Júri, quais sejam, o artigo 593, alínea *d* e § 3º, do CPP, todos ainda em vigor nos dias de hoje, com a mesma redação que lhe foi dada em 1941.

A Constituição de 1988 manteve o status de garantia individual de todo cidadão ser julgado pelo Tribunal do Júri em hipóteses de crimes dolosos contra a vida, assegurado o sigilo das votações, assim como a soberania dos seus veredictos e a exigência incondicional de plenitude defensiva:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e

<sup>15</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. *Vida e morte do Tribunal do Júri de economia popular*. Revista da USP. 66733-Texto do artigo-88121-1-10-20131125 (3).pdf

aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida

Encerra-se esse tópico chamando atenção para o fato de que, como se pode extrair desse pequeno excerto da acidentada História brasileira, somente nos períodos marcados por regimes autoritários e ditatoriais tiveram alguma luminosidade aqueles que se animaram em diminuir e fragilizar a importância da bicentenária instituição do Tribunal do Júri.

Nesses passageiros momentos, o Júri pode ter sido mutilado ou apequenado, mas sua essência, que pressupõe plenitude defensiva, soberania dos julgados e sigilo nas votações permaneceu mantida, sendo a única Corte que, nos julgados que profere, é a vontade popular que realiza Justiça.

### III – A DESCONSTRUÇÃO DO JÚRI E O PERIGOSO PROJETO EM CURSO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

#### a) O primado dos neófitos e as oportunidades que se lhes apresentam

Como se viu da resenha histórica desenvolvida no tópico anterior, sempre foram ouvidas, através dos tempos, aqui e ali, vozes contrárias à existência Tribunal do Júri ou à forma como se organiza e emite seus julgados. Por vezes sopram-se apenas muxoxos, por outras são gritos desafinados proferidos por áulicos que jamais atravessaram as cancelas de um Tribunal Popular.

Como é do estilo dos cortejos palacianos, lenço de seda à manga e dedo em riste, juristas desbordantes de preceitos iluministas apontam-lhe defeitos quanto à sua eficiência como Corte de Justiça. Atribuem-lhe decisões injustas e absolvições disparatadas; dizem-no custoso aos cofres públicos e, até mesmo, que é julgamento de classes o que se faz ali.

Essas manifestações, que vêm de longe, estão produzindo, gradativamente, efeitos deletérios à higidez do Júri, o que acaba diminuindo a confiança que os brasileiros lhe depositam como Corte soberana de Justiça. Realizado em surdina, esse movi-

mento de enfraquecimento do Júri vem reduzindo seu protagonismo no cenário judiciário nacional.

É preciso, portanto, ter redobrada atenção para não se permitir que o quadro de isolamento social ora vivido por causa da propagação de um vírus mortal não sirva de justificativa para que se coloquem em prática mecanismos que retirem do Júri os postulados da plenitude defensiva, da soberania das suas decisões e do sigilo das votações.

As alterações propostas no projeto de Resolução ora em curso no CNJ, sinalizam claramente para esse barateamento de garantias inerentes ao Tribunal Popular, colocando em sério risco o sistema processual que o estrutura, e incrementando em muito, via de consequência, a possibilidade do cometimento de erros judiciários.

#### b) As reformas de 2008 e o encolhimento da plenitude defensiva

O trabalho de corrosão das garantias defensivas nas causas de competência do Tribunal do Júri já avançou muito. Deslizando na onda punitiva que vem se avolumando há algumas décadas, em 2008 importantes alterações foram introduzidas na parte do CPP que regula o processo e julgamento pelo Júri. O “bom-bom envenenado” que permitiu sua aprovação pelo Congresso tinha no rótulo um edulcorado e sedutor discurso prometendo que as reformas se destinavam a tornar o rito processual do Júri mais “ágil” e mais “moderno”, permitindo que os réus fossem julgados mais rapidamente. Isso reduziria o tempo de prisão provisória, o que seria benéfico para eles. Puro ilusionismo, pois o que se pretendia era reduzir garantias e assim chegar-se mais rapidamente a um título judicial para fundamentar a prisão antecipada.

É preciso lembrar que nessa mal enjambrada lanternagem da lei processual, o que se fez foi suprimir indispensáveis garantias defensivas, sendo a mais relevante não mais exigir-se, obrigatoriamente, a presença do réu na sessão de julgamento, realizando-se esse ato mesmo na sua ausência. No caso dos réus soltos, essa alteração representou sério gravame para a plenitude defensiva, constituindo-se em fator de incremento de decisões equivocadas e condenações injustas.

No casos de Júri, como da Justiça Criminal como um todo, cuja clientela majoritária não mora nos bairros nobres das cidades, chamar o réu a julgamento quando está solto não é tarefa simples. Residindo o acusado em áreas consideradas de “risco”, tais quais são havidas pelas autoridades de segurança praticamente todas as favelas e comunidades pobres dos grandes centros urbanos, o oficial de justiça, se não contar com poderoso



apoio logístico da Polícia Militar para dar cumprimento à sua tarefa, suspenderá a diligência como faculta o Provimento nº 22/2009 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e dará seu trabalho por encerrado.

Deixando o meirinho de intima-lo pessoalmente e certificando que o réu se encontra “local incerto e não sabido”, subtrai-se deste preciosa chance de se defender. Olhando-se assim à primeira vista, pode parecer exagero. Mas não estando em plenário no ato de ser julgado, o acusado se vê privado um direito fundamental, uma vez que está na oralidade a essência do Júri. Sua palavra, num *tête-à-tête* com o júri, será da maior importância para o esclarecimento dos jurados.

Veja-se que o conselho de sentença decide por convicção íntima. Cada jurado formará a sua convicção ouvindo o que lhes dizem os atores do processo: réu, testemunhas, peritos, promotor, advogado etc. Por isso, é absolutamente imprescindível ao pleno exercício defensivo estar o réu presente na sessão de julgamento.

Não se pense, com todas as vênias, que o réu falar diretamente para o Júri é uma irrelevância que o advogado, com sua técnica, suprirá tranquilamente. Engana-se quem pensa assim, pois o próprio subscritor desse Parecer, em certa ocasião, apresentou da tribuna a tese de negativa de autoria enquanto o acusado a quem representava dativamente a admitia com muito entusiasmo. Tratava-se crime ocorrido no interior de um presídio e o réu confessara a autoria para, como se diz na gíria intramuros, “segurar o sanhaço”, ou seja, assumir a responsabilidade pelo homicídio praticado por outro detento. As declarações prestadas pelo acusado, completamente divergentes das demais provas colhidas, foram de grande significado para o Júri, que entendeu os motivos pelos quais aquele acusado não dizia a verdade e o absolveu. Como se vê, até quando confessa falsamente pode ser importante a fala do acusado, vindo em favor de sua defesa.

### c) O triste fim do protesto por novo júri

Seguindo essa mesma linha argumentativa, agora sob outro prisma, é de se lembrar que a reforma de 2008 extraiu a boticão do CPP o importantíssimo “Protesto por novo Júri”, vigente em praticamente todas as normas regulatórias do Júri no curso de sua longa existência. Previsto no Livro III do Código e elencado no rol dos recursos, o artigo 607 (e seguintes) facultava, por uma única vez, que o réu condenado a pena igual ou superior a 20 anos de reclusão protestasse perante o Juiz de primeiro grau pela realização de novo julgamento, com outros jurados.

O escopo da disposição, privativa da defesa, era não apenas

evitar erros judiciários, mas também levar um novo conselho de sentença a refletir melhor sobre aquela causa, que o anterior julgara com tamanha severidade. A gravidade da sanção penal imposta ao réu, superior a duas décadas, soava superlativa ao legislador, que entendeu, por essa razão, permitir o reexame da causa ainda em primeira instância, independentemente do seguimento de virtual recurso de apelo formulado pelo condenado, ainda que o objetivo deste fosse apenas reduzir da reprimenda aplicada pelo Juiz togado.

Ocorre que a pena privativa de liberdade, a despeito das acerbias críticas expostas pelos mais acreditados estudos criminológicos, tem sido travestida em panaceia para todos os males pelos dos patrocinadores de um direito penal que vê no delinquente um inimigo a ser neutralizado e excluído e não um ser humano merecedor da justa e proporcional punição pelo delito cometido, depois de ser submetido a julgamento realizado em obediência aos postulados do devido processo legal.

Hoje, lamentavelmente, penas de 25, 30 ou até 50 anos são impostas sem qualquer constrangimento pelos magistrados a quem regras de organização judiciária conferem competência para decidir sobre certos crimes, como aqueles contra administração pública, econômico-financeiros, lavagem de capitais, quadrilha (ora rebatizada como organização criminosa) e outros ilícitos desse naipe. São infrações, repare-se bem, para cuja prática o agente sequer se vale de violência ou grave ameaça à pessoa; algumas são condutas que umas poucas décadas passadas eram punidas apenas em sede administrativo-sancionadora, mas que, de um momento para outro, passaram a merecer penas equivalentes às aquelas aplicadas pelo Tribunal Penal Internacional, quando se trata de crimes de genocídio, de guerra, contra a humanidade, que vão até o limite máximo de 30 anos, podendo até ser de caráter perpétuo<sup>16</sup>. Os exegetas entusiastas do *grande encarceramento* não mais aplicam as regras atinentes ao concurso aparente de normas, notadamente a consunção. O concurso material é mais simples, demandando apenas poucos conhecimentos de aritmética.

É assustador o que vem ocorrendo na justiça criminal brasileira: banalizou-se completamente a pena privativa de liberdade. Note-se que um festejado político carioca, ex-campeão de votos, está condenado a penas que atingem o formidável total de 267 anos de reclusão! Quantas vidas esse sujeito terá viver atrás das grades para purgar pelos seus malfeitos, por piores que tenham sido.

<sup>16</sup> Veja o 77 do ETP, recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, que Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Sobre a gravidade das penas aplicáveis em sede de Júri, vale recordar que o réu condenado por homicídio qualificado está sujeito a uma sanção variável de 12 a 30 anos de reclusão. Era esse também – três décadas – o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade em nosso ordenamento. Isso, até o artigo 75 do Código Penal ser alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a chamada Lei Anticrime, de autoria do ex-juiz e ex-Ministro da Justiça SERGIO MORO, passando-se para 40 anos esse interregno, ao execrável argumento de que o brasileiro é mais longo hoje do que à época da edição do Código.

É nesse cenário, em que se promove verdadeiro terror penal, que se quer negar a relevância da presença física das testemunhas, do réu e de sua defesa no julgamento das causas de competência do Júri, facultando-se que se aplique aos feitos ali em curso regras processuais supressoras do sistema de garantias individuais estabelecidos pela Constituição da República.

#### **d) O império da tecnologia esmagando a humanidade dos julgados: rapidez e prestação jurisdicional são conceitos antagônicos em matéria criminal**

A implantação de julgamentos virtuais no ordenamento jurídico brasileiro é bem anterior às medidas de isolamento impostas pela pandemia do corona-vírus. Há tempos se notícia que numa só assentada mais de uma centena de feitos são julgados em conjunto, no mesmo instante e em poucos minutos, à consideração de serem “repetitivos”. O Supremo Tribunal Federal já vem assim procedendo há anos e, vinda de cima, a moda se disseminou nas Cortes de Apelação dos Estados

Para legitimar esses julgamentos em bloco, o Novo CPC instituiu um inexpugnável regime de precedentes em seus artigos 926, 927 e 928<sup>17</sup>. Com a finalidade de uniformizar

<sup>17</sup> Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria

e estabilizar da jurisprudência e ao argumento de propiciar segurança jurídica aos jurisdicionados, o que se vê é o fim da boa e velha hermenêutica, que se aplicava com arrimo na doutrina, nas pesquisas acadêmicas, no pensamento crítico.

Alastram-se também como um vírus maligno as decisões “monocráticas”, outra excrescência que vêm ganhando espaço cada vez maior nos Tribunais. Presta-se a jurisdição com ligeireza, mas em detrimento do exame da causa pela colegialidade, sempre e sempre menos propensa a cometer erros. Liminares são concedidas e permanecem produzindo efeitos por anos a fio. Se, e quando revogadas, causam verdadeiros desastres.

Julgamentos eletrônicos realizados com base em precedentes e decisões monocráticas negando seguimento a recursos são a nova coqueluche dos Tribunais. Mesmo contrariando princípios cristalizados, formam o “novo normal”. Regras de processo civil são subsidiariamente aplicadas em matéria processual penal, seja nos Tribunais Superiores ou nos de Apelação para, com base nelas, decidirem-se apelações criminais e ações de *habeas corpus* numa só penada. Aplica-se o artigo 1011 do CPC, restando ao réu o manejo de agravo

constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I - incidente de resolução de demandas repetitivas;

II - recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.



regimental, modalidade que não admite sustentação oral<sup>18</sup>. Silêncio no Tribunal, parece ser o desejo dos magistrados.

Sem a fala dos advogados ganha-se tempo, é verdade, mas perde-se qualidade e se ameaça, aí sim, a almejada segurança jurídica. Ademais, o colegiado, como órgão julgador, sem a presença atuante do advogado está incompleto: não é mais um colegiado.

Colocadas as coisas nesse patamar, parece que aos juízes a voz dos defensores contribui negativamente para assepsia dos julgamentos, que seriam realizados de modo mais higiênico e salutar sem a participação daqueles sujeitos desconhecidos, alguns alinhados outros nem tanto, envergando as *becas surradas* que o Tribunal concede emprestar. Mas são essas figuras, homens e mulheres descritos à perfeição por Daumier no século XIX, às vezes gaguejantes pelo temor reverencial, que vão à Tribuna para postularem os direitos dos seus constituintes. Não vão lá para se exhibir ou dar espetáculo televisivo. Vão a trabalho, defender direitos.

A conclusão de que o advogado atrapalha é a que se chega quando certas providências são admitidas para evitar que o defensor do réu se desincumba à inteireza dos seus deveres profissionais. Mas uma coisa é certa – e essa é a principal grandeza de sua profissão – só o advogado traz o cheiro de gente para o processo. Sem sua presença física a perorar da Tribuna, há uma tendência a julgarem-se as causas criminais como se não tivesse alguém de carne e ossos por detrás dos arquivos em *Portable Document Format* disponibilizados no *site* das Cortes de Justiça.

É triste observar, mas para alguns magistrados, inclusive dos Tribunais Superiores, e até mesmo entre aqueles oriundos do quinto constitucional da advocacia, sustentações orais são enfadonhas, repetitivas, chatas. Memoriais são melhores, mas desde que sejam bem sintéticos: duas folhas, no máximo, pois os mais longos só serão lidos depois da aposentadoria.

Em prol da rapidez processual e da suposta eficiência que a velocidade representa para a realização da Justiça, adota-se um slogan: “Justiça boa é Justiça rápida!”. Pode ser para outros ramos do Direito, mas não se aplica em matéria criminal, menos ainda para os casos de Júri. Nessa sensível área do conhecimento jurídico, deve-se dizer o direito com acentuada ponderação, exige-se do juiz o mais acurado es-

<sup>18</sup> CPC. Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V;

crutínio da prova, a leitura cuidadosa dos arrazoados das partes e a meditação serena antes de sentenciar ou de julgar recursos.

Percebe-se na atualidade, que diferentemente das absolvições, que demandam do Juiz mais estudo do processo, a prolação de veredictos condenatórios não exige maiores reflexões. É a demonstração do que observa ELIAS CANETTI, ao se referir aos assim chamados *veredictos negativos*, vinculando o filósofo a *rapidez* com que são proferidos com um *sinistro prazer* por parte de quem os profere<sup>19</sup>:

O prazer do veredicto negativo é sempre inequívoco. Trata-se de um prazer rude e cruel, que não se deixa perturbar por coisa alguma. Um veredicto somente é um veredicto se proferido com uma segurança algo sinistra. Desconhece a clemência, da mesma forma como desconhece a cautela. Chega-se a ele com rapidez, e que tal se dê sem reflexão é algo perfeitamente adequado a sua essência. *A paixão que o veredicto revela está ligada a sua velocidade. O veredicto incondicional e o veloz são os que se desenham como prazer no rosto daquele que condena.*

Obtempera-se, sob outro ângulo, que estudos estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça comprovam que o grande vilão da prestação jurisdicional rápida e eficaz não é um suposto elevado volume de processos criminais, nem possíveis “manobras” de que se valeriam os sequazes advogados que atuam nesse segmento.

Os números não mentem, deixando às claras que responsável por esse quadro é o incorrigível cacoete dos entes públicos de todos os níveis da administração em apresentar recursos sobre recursos nas causas em que são réus, com o fito de postergarem para as administrações seguintes despesas que deveriam arcar em seus respectivos mandatos e gestões.

Examinando-se o programa “Justiça em Números”, verifica-se que as demandas de natureza criminal representam quantitativo significativamente inferior, quase nulo, quando comparadas à soma das demandas envolvendo questões de direito previdenciário, administrativo, tributário, consumidor e civil.

Diante desse estado de coisas, não se pode reputar como aceitável que nas considerandas do projeto de Resolução se indique a exigência constitucional que assegura aos jurisdicionados, entre os quais os réus de ações penais, a “razoável duração” dos processos, para imprimir velocidade às causas que em face destes tramita no Tribunal do Júri, pois essa rapidez, nos moldes em que está esboçada no projeto de Resolução, vem, na

<sup>19</sup> CANETTI, Elias. *Massa e Poder*. Trad. S. Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 297.

realidade, em prejuízo de direitos que são fundamentais, como a ampla defesa, que, nos casos de Júri, reitera-se, se consubstancia com a indispensável presença física do réu em plenário, mas também das testemunhas, peritos, advogados e promotores.

Se réus estão presos aguardando o final da pandemia para serem julgados perante o Tribunal do Júri, antes de se lhes suprimir garantias constitucionais e direitos fundamentais deve-se colocá-los provisoriamente em liberdade, com adoção de cautelas apropriadas a fim que não se afastem do distrito da culpa, para que soltos aguardem a designação de data para serem julgados em segurança e nos moldes das intransponíveis regras previstas na Constituição da República.

#### IV – O PROJETO DE RESOLUÇÃO E SUA INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL

##### a) A garantia constitucional do acusado ser julgado perante o Tribunal do Júri

É consabido que aos acusados em geral é assegurada a garantia da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, conforme estabelecido na Constituição Federal (art. 5º, LV). Todavia, nas causas de competência do Tribunal do Júri, como relembra NUCCI, o legislador quis “aplicar um método que privilegiasse a defesa, em caso de confronto incontornável com a acusação, homenageando a sua plenitude”<sup>20</sup>.

Deveras, nos feitos levados a julgamento perante a Corte Popular há um reforço no mandamento da amplitude defensiva. Tal disposição não foi inserida na Carta por excesso retórico ou mero capricho do constituinte. A justificava para essa deferência é simples e não custa repetir: os jurados julgam de acordo com sua própria consciência, são livres para apreciar e valorar as provas, estando dispensados de motivarem e fundamentarem suas decisões. Por isso a defesa é robustecida no Júri e, pelo mesmo motivo, a oralidade deve ser o ponto central dos julgamentos, procedendo-se à tomada de toda prova em plenário, à frente do Conselho de Sentença, inclusive o interrogatório do réu e as alegações das partes.

Se essa particularidade – a intensa oralidade que antecede a prolação da decisão – não fosse bastante para determinar as marcantes diferenças entre os julgamentos realizados pelo Júri Popular daqueles realizados por Juízes de Direito, também se justifica concessão de maior solidez ao postulado da plenitude defensiva o fato de o veredicto dado pelo Júri

não poder ser alterado por meio do eventual provimento de recursos opostos em face de decisão proferida em primeiro grau de jurisdição. A única exceção a essa garantia, como visto alhures, se dá quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos, o que se constitui em excepcionalidade, que só pode ser manejada uma única vez.

Assim sendo, considerando que a decisão proferida pelo júri é soberana e não pode ter seu mérito reformado pelo Tribunal de Apelação, nos julgamentos de sua competência, deve a defesa ser exercida com absoluta plenitude e efetividade, além de garantir-se ao máximo que todas as provas sejam expostas e analisadas ali, naquele instante, sob as vistas dos jurados, sendo ouvidas em alto e bom som.

Para bem decidir, não basta ao Júri a letra dos depoimentos, que podem até ser lidos para os jurados como para robustecer argumentos. Para bem decidir, repita-se, é preciso que o júri observe a fisionomia dos depoentes, do réu, dos advogados e promotores. Dos seus rostos e dos seus corpos se extraem trejeitos, tiques nervosos, sudorese, expressões faciais as mais distintas, que permitirão ao jurado perceber nervosismo, medo, pavor, raiva, ódio, indiferença, deboche, ironia, etc. O jurado interpreta as feições e as avalia, descobrindo por si mesmo se a testemunha mente, se o promotor exagera ou se o advogado é só um falastrão.

Note-se que há uma ordem legal na ambientação do Júri. Para compor a liturgia exigida pelo Código, o réu deve estar sentando em seu banco – o banco dos réus – posicionado logo abaixo da tribuna do advogado, possibilitando que se consultem mutuamente sempre que necessário e no instante preciso, garantindo-se total reserva nessa comunicação.

A bancada da defesa e a da acusação devem estar em posição antagônica uma da outra e ambas equidistantes em relação ao conselho de sentença. O juiz togado entre as partes e, preferencialmente, bem de frente para o conselho. A mesa onde devem se acomodar as testemunhas e o réu no ato de depor situa-se no meio do plenário, de modo a que o depoente possa ser visto e ouvido por todos, sobretudo pelo Júri.

Quanto ao exercício defensivo, no desenvolver de suas alegações o advogado deve estar livre para se aproximar dos jurados, seja para exibir os documentos que considere importantes ou simplesmente para poder dar um tom de mais humanidade ao seu discurso, esclarecendo ao Júri, por exemplo, que ali todos serão igualmente responsáveis pelo resultado do julgamento, seja ele qual for.

<sup>20</sup> NUCCI, G. de S. *op. cit.*, p. 797.



Propor provas, ter acesso durante o julgamento ao instrumento do crime, mostrar seu funcionamento ao júri, manusear outros objetos apreendidos, enfim, valer-se de todos os elementos ao seu alcance para convencer os jurados da procedência de suas teses e da justiça dos seus argumentos é tarefa do advogado. Daí a necessidade de ser plena e ampla a atuação da defesa.

E mais: deve o advogado mostrar sempre, incondicionalmente, que a pena privativa de liberdade, nos moldes que ainda hoje é aplicada, não está revestida de qualquer poder reparador, encontrando justificativa apenas como forma de satisfação de um negativo sentimento de vingança, que não restaura nem pacifica o espírito de quem quer que seja. Retribuir o mal causado pelo crime com outro mal imposto pelo Estado é a única função da pena. Todas as demais funções que lhe são atribuídas não passam de quimeras, pois a prisão não recupera, não reeduca nem ressocializa, tampouco está revestida de efeitos intimidativos, evitando que crimes venham a ser praticados.

Merece especial relevância, entre os meios defensivos, o uso de oratória escorreita, mas que seja capaz de manter atenta a atenção dos jurados. A fala deve ser bem articulada, exposta sem excessos de erudição, ao passo que dotada de alguma eloquência para evitar distrações do Júri. Apartear, de inopino, o Promotor ou o Assistente de Acusação também pode ser uma técnica defensiva eficaz, mas somente se bem explorada. Deve-se evita-la tanto quanto possível, por causa do revide, que pode ser devastador. Convém seja a defesa oral levada a efeito respeitosamente e com expressão corporal condizente, evitando-se maiores desforços físicos e exposição de sentimentalismo vulgar. Advertindo-se que fazer anedotas em plenário é extremamente ofensivo e grosseiro, seriedade é outro requisito indispensável. É preciso ter em mente que na Tribuna não se está representando num teatro, mas atuando em um julgamento, o que obriga o advogado a seguir todos os formalismos de que se revestem estes atos.

Outro ponto: o discurso de um advogado no Júri não se constitui de um improviso. Há ali o emprego de técnicas de comunicação, às quais se somam conhecimentos jurídicos acima da superficialidade, adicionando-se o estudo exaustivo dos autos, de cada documento, de cada detalhe. Exige-se igualmente concentração no que se está fazendo e – porque não dizer? – algum talento... Tudo isso faz parte do pleno exercício defensivo, dadas as especialíssimas características dos julgamentos perante o Júri.

#### b) O projeto de Resolução

A par do que proclamam os princípios reitores que orientam os julgamentos perante o Tribunal do Júri, é de se mencionar desde logo que todos, sem exceção, foram desatendidos pelo Projeto de Resolução, já no instante em que nele se cogita possibilitar a realização desses atos judiciais por meio de videoconferência.

O método de comunicação interpessoal preconizado no desenho de normativa, que pode ser até útil e eficaz em outros campos de atuação do Poder Judiciário, não se coaduna com os princípios e postulados que regem processo e julgamento das ações penais de competência do Tribunal do Júri.

Algumas das disposições em estudo são especialmente afrontosas às garantias defensivas e serão adiante perscrutadas. Inicie-se pelo disposto no artigo 5º:

*A sessão de julgamento deverá ter ampla publicidade, com possibilidade de acesso virtual à sessão de julgamento, devendo ser disponibilizado link de acesso ao sistema de videoconferência aos familiares do réu e da vítima e ao público em geral.*

Vê-se aqui grave violação à garantia constitucional que assegura a todos o direito à preservação da sua imagem. Facultar ampla publicidade a um julgamento pelo Júri, transmitindo-o através de sistema eletrônico ao “público em geral” implica em disponibilizar essa transmissão para redes de televisão e rádio, ampliando-se de modo gigantesco a publicidade do ato judicial.

Sabe-se que é garantia de todos os cidadãos o acesso aos julgamentos realizados pelo Poder Judiciário, desde que não protegidos por segredo de justiça, como o são, por exemplo, os casos envolvendo famílias, crianças ou adolescentes. Essa regra constitucional tem por finalidade evitar conventículos e conspirações, tornando transparentes as funções judiciais, assim como dever ser acessíveis a todos as decisões emanadas pelos seus órgãos julgadores. Mas essa valiosa garantia não pode servir de gazua para que se exponha de modo desmesurado a honra e a imagem de um indivíduo em si, mesmo quando sobre ele recaia a mais gravosa das imputações.

Não são todas, é claro, mas muitas das causas levadas a julgamento pelo júri, tanto mais aquelas que comportam maior carga dramática, têm o condão de atrair a curiosidade pública, sempre tendente a uma certa morbidez, mais ainda quando insuflada pela imprensa de perfil sensaciona-

lista, sedenta em lucrar com os acontecimentos infaustos. Constrói-se em situações que tais verdadeiro turbilhão de sentimentos negativos em relação ao réu. Escarafuncham-se detalhes doentios, especialistas aparecem para comentar possíveis patologias, peritos pontificam sobre a eficiência de armas, enfim, um ser humano matar outro ser humano é algo que atrai o interesse dos demais seres humanos. Essa vil faceta da crônica forense é retrata com primor por CARNELUTTI quando fala de “As Misérias do Processo Penal”, obra cuja leitura se recomenda vivamente.

Recorde-se, por exemplo, e evoca-se aqui de memória, do caso “Doca Street”, defendido por Evandro Lins e Silva: imagine-se a audiência das emissoras de TV se esse julgamento fosse transmitido nos moldes do que prevê o mencionado artigo 5º da normativa. Quanto custaria o minuto para inserção de comerciais de supermercado? Mais recentemente, rememore-se o caso “Nardoni”, que também alvo-roçou o Brasil pelo inusitado da acusação. Quantas pessoas iriam ligar o computador para ingressar no *site* do Tribunal só para se impressionar com as tragédias alheias, como aquela protagonizada pela jovem e bela Suzana Richtoffen?

Não se está aqui a dizer que o réu não possa ser fotografado por jornalistas e ter sua imagem veiculada em periódicos ou na televisão. Por isso está garantida a liberdade de imprensa na Constituição. Inaceitável, porém, é a transmissão ao vivo do julgamento de uma pessoa, facultando-se seja dada ampla publicidade ao ato judicial, potencializando a níveis intangíveis a exposição da imagem do réu.

Outra norma do projeto que não se adequa aos preceitos constitucionais e legais que regem os julgamentos pelo júri é a prevista no artigo 6º, que permite a adoção de um “sistema para intimação eletrônica, de forma simplificada, por meio de *e-mails* ou aplicativo de conversações”.

A intimação por via eletrônica não tem previsão no CPP, que no seu Título X estabelece que as citações e intimações serão sempre pessoais. É verdade que o CPC, em seu art. 319, ao tratar dos requisitos da petição inicial, exige do autor a indicação do endereço eletrônico de ambas as partes na qualificação. Fala-se do CPC apenas para argumentar, pois não se pode aplicar subsidiariamente ao processo penal uma regra do processo civil quando o primeiro dispuser de norma própria regulatória da questão. Ainda assim, em nenhum momento o CPC determina ou autoriza que a intimação das partes se dê por *e-mail*. O único sujeito do processo que será intimado por eletronicamente na sistemática do novo diploma processual civil é o perito,

conforme dispõe o art. 465, §2º, inc. III<sup>21</sup>. Aliás, nem mesmo a Lei nº 9.099/95, que regula o processo e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, autoriza o uso de *e-mail* ou aplicativos de conversação para intimar partes ou outros sujeitos do processo. Sequer a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial admite a intimação de partes por via eletrônica.

Incontáveis são os inconvenientes para proceder-se a essa forma de intimação no processo penal, maiores ainda quando se tratar de julgamento pelo Júri. Primeiramente, é preciso lembrar que muitas pessoas trocam de endereço eletrônico com enorme frequência, não havendo nenhuma norma que as obrigue a mantê-lo ativo por mais ou por menos tempo. Alguns, mais descolados, mudam de operadora de telefonia e endereço eletrônico na mesma constância com que trocam a roupa de baixo.

Por outro lado, não são todos os brasileiros que dispõem de computadores em casa. Aparelhos telefônicos da categoria *smartphone*, modelo que disponibiliza o correio eletrônico ou grupos de conversa tampouco é item de primeira necessidade. Além disso, na atualidade essas engenhocas portáteis são praticamente descartáveis, especialmente quando utilizados pelo sistema pré-pago. E são destes *gadgets*, mais em conta e com menos recursos, de que se valem os despossuídos, os hipossuficientes para usar a expressão legal, residentes em favelas ou comunidades carentes, sítios onde, por infortúnio deles, ocorrem a maioria dos crimes de homicídios, segundo informam os dados do Instituto de Segurança Pública divulgados pelo jornal O Globo<sup>22</sup>.

Ora, as testemunhas de um homicídio são aquelas arroladas pela polícia no momento em que se lavra o flagrante ou se instaura o inquérito. Os dados qualificativos dessas pessoas são tomados ali, no calor dos acontecimentos. Elas só serão convocadas a depor em juízo tempos depois. Em certos casos – normalmente quando o réu está preso – tais testemunhas ainda são encontráveis por chamada telefônica, comparecendo ao foro para deporem no sumário de culpa, antes da pronúncia.

<sup>21</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Sutilezas do Novo CPC: Quem pode ser intimado por e-mail*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/05/sutilezas-do-novo-cpc-quem-pode-ser-intimado-por-e-mail/#:~:text=O%20art.,se%20d%C3%AA%20por%20e-mail>. Acesso em 28/06/20.

<sup>22</sup> Disponível em <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/02/25/baixada-lidera-ranking-de-crimes-em-janeiro-no-rj-uma-so-delegacia-registrou-21-homicidios.ghtml>. Acesso em 29/06/2020.



Havendo recurso dessa decisão ou estando o réu solto, condições que implicam num maior transcurso de tempo na tramitação processual, dificilmente serão novamente localizadas por telefone ou mensagem eletrônica, sendo muito pouco provável que tenham mantido o número fornecido quando foram arroladas. O endereço residencial pode até estar em dia, mas a linha telefônica ou o endereço de *e-mail* certamente será outro.

Inaceitável, por essas razões, autorize-se, por norma de natureza administrativa, que em casos de júri as testemunhas, réus e outros de que se necessite chamar para participar de um julgamento sejam intimadas por meio de mensagens eletrônicas.

Quanto à identificação por meio de documento com foto, chega a ser risível a disposição, pois é impossível verificar uma falsidade documental por meio de imagem transmitida por sistema de videoconferência, não sendo necessário dispor de conhecimentos técnicos mais aprofundados para chegar a essa conclusão. A substituição da fotografia original por outra qualquer será imperceptível através de uma tela de computador.

Outro ponto: como assegurar a incomunicabilidade entre as testemunhas? O CPP determina em seu artigo 210 que “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”.

Como assegurar que uma testemunha não ouvirá o depoimento da outra, estando ela em sua própria casa, onde pode ter instalados mais pontos de recepção da transmissão do julgamento? Impossível garantir, por outro prisma, que uma testemunha não receberá a visita de alguém interessado no resultado do processo para obriga-la a depor deste ou daquele modo. Quem poderá dizer o que há por detrás da câmara que capta as imagens da testemunha enquanto ela presta seu depoimento? Até um teleprompter pode ser instalado, funcionando exatamente como acontece nos jornais da TV. Um modelo mais simples desse equipamento custa módicos R\$ 393,00, em três vezes, com frete grátis<sup>23</sup>.

O falso testemunho é outro tema incontornável. O artigo 211 do CPP estabelece que se o juiz de direito, em processo

<sup>23</sup> Disponível em: [https://produto.mercadolivre.com.br/MLB-1504285446-kit-completo-teleprompter-gazprompter-original-JM?matt\\_tool=89244470&matt\\_word&gclid=Cj0KCQjwoub3BRC6ARIsABGhnyZ](https://produto.mercadolivre.com.br/MLB-1504285446-kit-completo-teleprompter-gazprompter-original-JM?matt_tool=89244470&matt_word&gclid=Cj0KCQjwoub3BRC6ARIsABGhnyZ). Acesso em 29/06/2020.

ordinário, no ato de pronunciar a sentença final “reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito”.

Nos casos de Júri, se a suspeita de falso testemunho der no curso de declarações prestadas em plenário, fica a indignada testemunha preservada em uma sala, sob a vigilância do oficial de justiça, até que Júri profira o veredicto e o juiz presidente da sessão lavre a sentença, ocasião em que a mandará processar ou dispensará. Como fazer na hipótese de testemunha que depõe por sistema de videoconferência?

Ainda sobre a prova oral, falta comentar o interrogatório do réu e sua comunicação com o advogado. Invoca-se na redação das considerandas do projeto de normativa o artigo 185 e seus parágrafos, todos do CPP, acrescentando-se as seguintes disposições:

Art. 11 Durante a sessão de julgamento, a Defesa técnica terá livre acesso ao réu solto, podendo, a qualquer momento, entrar em contato com ele.

§ 1º No caso de réu preso, ele deverá acompanhar o seu julgamento pelo sistema de videoconferência, em sala própria no estabelecimento prisional onde se encontrar.

§ 2º Na hipótese do § 1º, a Defesa deverá ter acesso ao réu preso por telefone ou outro meio de comunicação durante todo o julgamento, podendo comunicar-se com ele sempre que entender necessário.

Repare-se, de saída, o que determina o artigo 474, § 3º, do CPP, que trata especificamente da presença do réu na sessão de julgamento pelo Júri: “não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes”.

A razão dessa norma é óbvia: a garantia constitucional que prevê ser o réu considerado presumidamente inocente até o trânsito em julgado da sentença condenatória. A visualização das algemas pelo júri constitui inegável *capitis diminutio* para o réu. É como se ele já ingressasse em plenário para ser julgado estando previamente condenado. Assinala NUCCI, que “a simbologia trazida pelas algemas ainda traduz, para muitos leigos (e os jurados o são), a figura da *culpa* ou da periculosidade, que sempre é um aspecto negativo”<sup>24</sup>. Por isso o legislador proibiu o uso de algemas, excepcionando os poucos casos em que seu emprego é permitido,

<sup>24</sup> NUCCI. *Cit.*. p. 873.

devendo, nesses casos, ser proferida decisão fundamentada do juiz togado.

Se a lei que estabelece o rito processual dos julgamentos pelo Júri não quer que o réu permaneça algemado durante esse ato, ao fundamento de que isso pode vir em seu prejuízo por violar o princípio da não culpabilidade, o que não dizer do interrogatório do réu colhido no interior de um presídio, trajando ele o uniforme de presidiário, cercado de grades por todos os lados e sob a observação constante de guardas?

A carga negativa que essa circunstância traz para o réu é esmagadora. O princípio da presunção de inocência é absolutamente ignorado nessa hipótese, além de ser impossível garantir que, naquelas condições, sob as vistas de agentes e quiçá assistido por outros detentos que lhe nutram inimizade, sejam as declarações prestadas efetivamente espontâneas.

Quando se busca o espírito norteador das normativas que regulam o julgamento pelo Júri, não se pode ter como referencial aquelas que tratam do processo e julgamento dos feitos de competência do juiz singular, e, menos ainda, das que regulam o processo civil ou trabalhista, cujos ritos procedimentais são por vezes muito simplificados. É preciso ter sempre em consideração um importantíssimo detalhe diferenciador: o Tribunal do Júri é formado por leigos, que julgam de consciência, apreciando livremente as provas que lhe chegam naquele ato, sendo soberanas, ou imutáveis, suas decisões. O julgamento pelo Júri é muito diferente dos demais julgamentos realizados pelo Poder Judiciário e diferentes, também, são as regras do seu funcionamento como órgão jurisdicional.

Outra coisa: o § 9<sup>a</sup> do artigo 185 do CPP, expressamente mencionado no esboço de Resolução, estatui que “fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor”, implicando dizer que o advogado pode estar ao lado do seu cliente durante o interrogatório, inclusive quando preso. Mas, nesse caso, quem estará na Tribuna para representá-lo perante o Júri? O réu deve ter mais de um advogado em sua assistência: um na Tribuna outro no presídio?

Nessa mesma, linha diz o § 2<sup>o</sup>, que o advogado poderá se comunicar com o cliente a todo momento que quiser, ainda que este não esteja fisicamente ao seu lado. Será mesmo possível dar efetividade a essa norma no caos carcerário vigente, que o Supremo Tribunal Federal reconhece sendo um “estado de coisas inconstitucional”? Será crível supor

que um presídio vá franquear a um único preso uma sala reservada, totalmente preservada de interferências, com um telefone ao seu dispor, durante as várias horas de um julgamento pelo júri, mesmo quando os debates invadirem a madrugada? Permitirá o regulamento penitenciário que um advogado permaneça no interior do estabelecimento penal nesse adiantado de hora? O poderes de direção do processo conferidos ao juiz presidente da sessão de julgamento pelo júri alcançarão diretores de penitenciárias e seus estritos regulamentos de segurança interna?

Basta de perguntas sem respostas.

#### V – CONCLUSÕES

Conclui-se esse Parecer com singeleza, já que em seu corpo foram expostas à exaustão as razões que levam o subscritor a considerar que o projeto de Resolução, parcialmente aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça, é irremediavelmente inconstitucional, uma vez que desconsidera garantias específicas que somente são asseguradas aos acusados sujeitos a julgamento pelo Tribunal do Júri em virtude de suas peculiaridades.

Ainda que imbuídos pelos mais nobres desejos de imprimir celeridade a processos, os ilustres Conselheiros integrantes do CNJ se equivocam quando pretendem regulamentar os julgamentos dos processos de competência do Tribunal do Júri, pois não consideram no projeto de normativa as especialíssimas garantias a serem observadas em hipóteses que tais.

O Parecer é pela inconstitucionalidade do projeto de Resolução, recomendando-se sua retirada de pauta e posterior arquivamento, já que somente lei em sentido estrito pode alterar as regulações do Tribunal do Júri, dado seu assento no rol das garantias constitucionais péticas.

É o Parecer, salvo melhor juízo.

Rio de Janeiro, 1<sup>o</sup> de julho de 2020.

**JOÃO CARLOS CASTELLAR**

**Membro Efetivo**

**Instituto dos Advogados Brasileiros**





## ARTIGOS

### O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Kátia Rubinstein Tavares<sup>25</sup>

Enquanto existir direito penal e nas atuais circunstâncias parece que haverá 'direito penal por muito tempo', é necessário que haja alguém que se encarregue de estudá-lo e analisá-lo racionalmente para convertê-lo em instrumento de mudança e progresso para uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, além de suas contradições, as do sistema econômico que o condicionam.

(Francisco Muñoz Conde)<sup>26</sup>

**RESUMO:** O objetivo deste estudo é analisar o princípio da culpabilidade como uma variante do postulado concernente à dignidade da pessoa humana. Procura-se demonstrar a importância de o juiz reafirmar os princípios inspiradores do garantismo, mesmo os que não se encontram expressos na Constituição Federal, mas que são decorrentes da garantia conferida à dignidade da pessoa humana, como o princípio da culpabilidade, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política brasileira. Por essas razões, em estudos preliminares realizados, constatou-se que o conceito de reprovação expresso em nossa legislação penal (artigo 59 do Código Penal) transformou a individualização da pena, nas decisões judiciais, em um processo de execração voltado para a conduta de vida do autor, ao invés de reprovar o fato por ele praticado. Des-

sa forma, pretende-se neste trabalho demonstrar que esse fato pode ser compreendido em uma perspectiva constitucional garantista, evitando a violação do Estado Democrático de Direito, em que o julgador deve considerar o princípio da dignidade humana como uma variante para amparar a culpabilidade na individualização da pena. No Brasil, as Políticas Públicas nem sempre alcançam o Poder Judiciário no exato momento em que se dá a relação entre o agente que praticou um crime e o Juiz quando da determinação da sua pena, conforme se varia no tempo histórico. Leis dispersas regulam genericamente situações protetivas, principalmente nos dias de hoje; nenhuma delas, seja por razões naturais ou sociais, é avaliada pelo Juiz em função do princípio da vulnerabilidade e, muito menos, tomando a vulnerabilidade como variável determinante da culpabilidade e pena consequente. Assim, realiza-se aqui um esforço de identificar essas situações na linha do tempo histórico, tanto nos períodos autoritários ou democráticos, como nas dimensões circunstanciais da atualidade.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito Penal Garantista. Justiça Criminal. Culpabilidade pela Vulnerabilidade.

#### SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.
3. LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA.
  - 3.1. A COCULPABILIDADE
  - 3.2. A VULNERABILIDADE E A CULPABILIDADE
4. CONCLUSÃO.

#### 1. INTRODUÇÃO

Nosso Direito Penal na atualidade atravessa momentos difíceis. No século XX, a partir dos anos oitenta, passou a predominar uma concepção defendida por setores mais conservadores da sociedade brasileira, a buscar o endurecimento das leis penais, sob o falso argumento de que, com essa medida, a questão da criminalidade seria resolvida. Semelhante discurso assumiu as manchetes de jornais, ocasionando uma verdadeira produção legislativa desatrelada das garantias constitucionais e dos princípios penais e processuais. Ainda, essa ideologia autoritária e repressiva pode ser identificada nas reformas pontuais efetuadas, nos últimos tempos, as quais desorganizam todo o sistema penal.

Inaugurou-se o novo milênio sob uma metodologia imprimida

<sup>25</sup> Advogada Criminal. Coordenadora da Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana pela UERJ. Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro. Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal/IBCCRIM. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal da Universidade Candido Mendes. Diretora do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Conselho Superior do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Vice-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Ex-Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio de Janeiro. Site: [www.tavaresassociados.adv.br/Contato:katia@tavaresassociados.adv.br/](http://www.tavaresassociados.adv.br/Contato:katia@tavaresassociados.adv.br/)

<sup>26</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 33.

pelo neoliberalismo globalizante, inspirador dos movimentos de Lei e Ordem, aliado à imposição de uma publicidade opressiva, a produzir múltiplos “tribunais do povo”, os quais julgam influenciados pela mídia, ignorando por completo a causa e as circunstâncias do contexto social.

Por outro lado, esse quadro expositivo esclarece preliminarmente as razões por que alguns magistrados tenham se contaminado por determinada ideologia ético-social, ainda que funcionalmente engajados, afastam-se do dever da imparcialidade, renunciando à missão social e humana de decidir com base na lei e em nome da Justiça, para condenar pessoas, sem levar em consideração a culpabilidade como elemento na dosimetria da pena.

O tema que pretendemos desenvolver perpassa pelo prisma dos princípios gerais informadores do Direito Penal Constitucional. O nosso objetivo é demonstrar que os princípios constitucionais em matéria penal estão, tacitamente, reconhecidos na hermenêutica da Constituição Federal, sendo equiparados aos princípios fundamentais que são explicitados na Carta Política e, portanto, têm o mesmo efeito constitucional e a mesma carga de positividade. Esses princípios especiais podem ser extraídos de diferentes critérios que possuem seus registros constitucionais. Nesse sentido, sustentamos o princípio da culpabilidade, como uma variante do postulado expresso na dignidade da pessoa humana, referencial fundamental do Estado Democrático de Direito.

Num Estado Democrático de Direito não convém ao Juiz seguir exclusivamente o modelo positivista distanciado da Constituição, renunciando à independência que se confere ao Poder Judiciário e ao dever de julgar. Sem considerar um sistema de garantias, com o objetivo de assegurar os direitos e postulados fundamentais, que encontra resguardo na exigência da dignidade da pessoa humana e de outros princípios inseridos na Constituição Federal. É o Juiz o guardião desse paradigma garantista, o qual constitui a única resposta possível à crise da justiça e da política.

Em suma, afigura-se indispensável que se estabeleçam balizas na atividade discricionária de determinação do *quantum* da pena do condenado, sujeitando-se esse julgador aos princípios inspiradores do garantismo, que se encontram expressos na Constituição Federal, os quais são decorrentes da cláusula conferida à dignidade da pessoa humana e dos princípios sublinhados no artigo 5º da Constituição Federal. Ainda, entre os princípios limitadores, destaca-se o da culpabilidade que limite a intervenção estatal, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política.

## 2. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como já destacado, é inegável que os liames estabelecidos entre o Direito Penal e a Constituição Federal são estreitos e podem ser estudados sob as mais variáveis perspectivas. Em nosso estudo, o objeto escolhido será examinado pela ótica do reconhecimento de paradigmas constitucionais garantísticos, os quais, embora não estejam expressos na Constituição Federal brasileira, defluem do sentido de outras regras ou princípios constitucionais.

Esses princípios básicos são reconhecidos pelo Direito Penal, de forma expressa e normativamente, ou pelo conteúdo de normas e preceitos, cuja proposta básica seja assegurar um sistema garantidor, não apenas sob o aspecto formal, mas principalmente sob o enfoque material, que relacione ao conceito de crime os pressupostos legitimadores de intervenção penal - tais como a legalidade, a intervenção mínima, a taxatividade, a lesividade, a retroatividade da lei mais benigna - bem como no que concerne à culpabilidade, humanidade, pessoalidade e individualização das sanções, seguindo as diretrizes de um Estado Democrático de Direito.

A esse respeito Mir Puig se posiciona:

O Estado Democrático de Direito deve assegurar a proteção efetiva de todos os membros da sociedade, através não somente da repressão dos delitos, entendidos estes como aqueles comportamentos que os cidadãos estimem lesivos para seus bens jurídicos, num sentido ético-individual, mas também por oferecer possibilidades de ingerência nos sistemas sociais fundamentais, e na medida em que se considerem graves tais fatos. Este direito é que deve orientar a função preventiva da pena com apoio nos “princípios de exclusiva proteção de bens jurídicos, de proporcionalidade e de culpabilidade”<sup>27</sup>.

É indiscutível a importância da Constituição de um Estado, sobretudo no que respeita a sua influência nas demais disciplinas jurídicas nele em vigor, já que reflete o ambiente social valorativo de uma comunidade, representando “o estatuto fundamental da ordem jurídica geral”<sup>28</sup>. Por outro lado, o Direito Penal vincula-se à Constituição Federal<sup>29</sup>, de maneira

<sup>27</sup> **El derecho penal en el Estado social democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994. p. 37.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 168.

<sup>29</sup> Segundo o conceito adequado de Canotilho: “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder



necessária, uma vez que esta compreende os princípios fundamentais do Estado e do Direito. A Magna Carta, em verdade, revela-se como a primeira manifestação legal da política penal<sup>30</sup> que se impõe ao Direito Penal, “até com particular incidência e legitimidade, uma vez que entre estes dois planos jurídicos intercedem uma relação mais estreita, em virtude de o próprio Direito Penal contender com os valores mais essenciais à vida do homem em comunidade”<sup>31</sup>.

Ressalta-se que cabe a cada uma das Constituições, ao fixar as condições de existência e funcionalidade dos poderes políticos, determinar como o legislador penal deve qualificar as ações delituosas e estabelecer as respectivas sanções, ditando, também, comandos em relação às normas de procedimentos. Como o Direito Penal tem por objeto a restrição da liberdade dos indivíduos, é certo que ele depende da evolução dos princípios constitucionais inseridos nas Constituições.

Como já exposto, apresenta-se inegável que das relações formais entre os valores constitucionais e o Direito Penal resulta um conjunto de princípios que podem ou não estar expressos na Constituição Federal, derivados de uma interpretação extensiva de outros princípios formalizados no texto, corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, consagrado nos modelos jurídicos adotados pelo Estado Democrático de Direito.

Não se pode examinar a Constituição, como reunião de um texto, onde se congregam títulos, capítulos e artigos, sem que se reconheça a existência de um fio condutor, o qual deve costurar todos os dispositivos constitucionais. Nesse raciocínio, a Constituição Federal brasileira apresenta expressamente os direitos e garantias fundamentais explicitados nos capítulos do Título II. Entretanto, é importante lembrar que tais princípios se relacionam com outras normas estruturais constitucionais.

Há, em verdade, uma interpenetração entre os direitos e garantias fundamentais que não se esgotam nas fórmulas reconhecíveis na Magna Carta. Existem outros que, apesar de desprovidos de caráter explícito, são reconhecidos no âmbito constitucional. Da interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição Federal brasileira tem-se estabelecido o seguinte: em primeiro lugar, que os direitos e garantias arrolados não excluem outros que decorram dos princípios adotados pela Magna Carta. Ainda, que têm aplicação imediata os direitos e garantias, bem como os princípios constitucionais, mesmo

político”.

<sup>30</sup> Vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1987. t. I, p. 183 e segs.

<sup>31</sup> LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381.

os não catalogados. Nesse sentido, sustentam Canotilho e Moreira que: “haver-se-ão de considerar como direitos fundamentais os direitos extraconstitucionais que sejam *equiparáveis*, pelo seu objeto e pela sua importância, aos diversos tipos de direitos fundamentais de grau constitucional”<sup>32</sup>.

Destarte, os princípios constitucionais em matéria penal, os quais não estão formalizados na Constituição Federal brasileira e em outras, merecem ser equiparados aos princípios fundamentais que são explicitados na Carta política, aplicando-se a mesma carga constitucional e de positividade. Tais princípios especiais podem ser extraídos de diferentes critérios que possuem seus registros constitucionais. Em particular, sustenta-se o princípio da culpabilidade como uma variante do postulado expresso: a dignidade da pessoa humana. O texto constitucional brasileiro contém dispositivo indicativo, no art. 1º, inciso III, que versa sobre os fundamentos do Estado Social e Democrático de Direito, erigindo como um dos valores a dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se que o conceito de dignidade da pessoa humana, considerado no Estado Democrático de Direito, abrange o aspecto material, não podendo deixar de reconhecer os efeitos concretos de preservação das condições essenciais de sobrevivência e de desenvolvimento digno da pessoa humana.

A propósito, argumenta Paulo Mota Pinto:

A garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado<sup>33</sup>.

O autor ainda assevera: “A afirmação da liberdade de desenvolvimento da personalidade humana e o imperativo de promoção das condições possibilitadoras deste livre desenvolvimento constituem já corolários do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor no qual se baseia o Estado”<sup>34</sup>.

Assim, no âmbito penal, o art. 5º da Constituição brasileira relaciona uma série de princípios fundamentais expressos, decorrentes do postulado concernente à dignidade da pessoa humana, a saber: punição às discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI); incriminação

<sup>32</sup> **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 116.

<sup>33</sup> PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**, Coimbra: Coimbra, 1999. p. 151.

<sup>34</sup> Idem, p. 152.

da prática de racismo (inciso XLII); inafiançabilidade e a insuscetibilidade de graça ou anistia nos crimes de tortura (inciso XLIII); caráter pessoal da pena (inciso XLV); a individualização da pena (inciso XLVI); vedação de penas desumanas (inciso XLVII); caráter individualizador da execução da pena (inciso XLVII e L); preservação da dignidade e integridade física do preso (inciso XLIX).

Da mesma forma, outros princípios devem ser inferidos, apesar da omissão do Constituinte, segundo as técnicas de hermenêutica, com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como a consagração - ainda que de modo implícito - do princípio da culpabilidade e do da humanidade das penas. Nesse propósito, exige-se que a intervenção estatal se imponha, levando em conta o homem que cometeu o delito, bem como as condições e peculiaridades relacionadas com o episódio, graduando a culpabilidade proporcionalmente ao fato e ao agente, já que, dependendo das circunstâncias e do seu autor, a aplicação da pena criminal torna-se, muitas vezes, desnecessária.

A superfluidade da sanção penal pode resultar da inutilidade da aplicação de uma reprimenda, em face das funções adotadas pelo legislador no art. 59 do atual Código Penal brasileiro. A proposta abraçada pela nossa legislação adota um sistema unitário ou misto, em que a pena deve alcançar a sociedade de forma útil, desempenhando um sentido intimidatório em relação à prática do delito e, ao mesmo tempo, à pessoa que é condenada. Seu objetivo deve ser a reinserção social do preso, dirigindo-lhe a resposta pela conduta ilícita cometida, na medida de sua culpabilidade, impondo-se critérios racionais e de humanidade.

O legislador brasileiro fornece alguns critérios para essa quantificação quando determina ao julgador que examine a culpabilidade e outras circunstâncias, tais como a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as consequências do crime. Após esse exame resultará a aplicação da pena-base, sobre a qual incidirão as circunstâncias agravantes e atenuantes, e, por último, as causas de aumento e de diminuição eventualmente existentes. Pretende-se, nesse particular, ter em vista as legislações penais dos Códigos em vigor na América Latina.

O julgador, ao condenar, desenvolve, na realidade, a árdua missão de punir a conduta de um homem, não a de uma ficção. A sentença não pode ser encarada como um mero expediente burocrático. Ao determinar a culpabilidade, como critério individualizador da pena, estabelece o legislador, de forma bem nítida, que uma conduta humana somente será punível quando o agente puder, pelo menos, prever a possibilidade de ofensa a um bem jurídico tutelado, ainda, quando for possível fazer-se recair um

juízo de reprovabilidade, diante de suas características pessoais, em face das circunstâncias em que atuou<sup>35</sup>. É necessário operar a individualização da pena “a olho”, recomenda Zaffaroni<sup>36</sup>.

Por isso, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana argumenta-se a aplicação da vulnerabilidade como princípio a nortear a determinação da pena pela justiça criminal, permitindo a aplicação do perdão judicial, tal como estatui a regra do art. 121, § 5º, do Código Penal, ao estabelecer que: “o juiz poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária.”

Não obstante, assinala-se que o conceito de culpabilidade - a reprovabilidade pessoal - encontra-se em crise, na atual conjuntura, em virtude da deslegitimação do sistema penal. A seletividade deste acaba por tornar insustentável a legitimação da reprovabilidade, tanto quanto a da utilização da pena (instrumento da violência validador de um exercício de poder). Ressalte-se a lenta degradação do discurso jurídico-penal, quando se questiona: “Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo? São perguntas a que a reprovação normativa não pode responder”<sup>37</sup>.

Deve-se concordar com a afirmação de Zaffaroni, segundo a qual o princípio de que a pena se mede pela culpabilidade foi, em verdade, um enunciado com vistas apenas a recolocar a questão da *periculosidade* sob uma abordagem pretensamente ética, entretanto, sem conseguir resolver os problemas com relação ao juízo da culpabilidade<sup>38</sup>.

Por fim, tem-se como realidade que a determinação da pena nos Tribunais depende de eventuais peculiaridades do entendimento de cada magistrado. É ele quem elabora, evidentemente, um juízo de valoração pessoal, também, de entendimento da norma, através do processo de comparação analógico - que pode agravar a punição do réu -, não se examinando a culpabilidade como medida da sanção. É uma falácia afirmar que, no Direito Penal, não existe a analogia contra o réu, pois todo o processo de interpretação judicial corresponde a um raciocínio analógico. Portanto, o reconhecimento do princípio que impõe ao magistrado a estrita observância do grau de culpabilidade

<sup>35</sup> Cf. PIERANGELI, J. H. *Escritos jurídico-penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 229.

<sup>36</sup> ZAFFARONI, R. E. *Medidas penales en derecho penal contemporáneo: teoría, legislación positiva y realización práctica*. Buenos Aires: Hammurabi, s.d., p. 29.

<sup>37</sup> ZAFFARONI, R. E. *Em busca das penas perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 259.

<sup>38</sup> Idem, p. 261.



de, de modo que cada indivíduo receba punição pelo seu crime na medida dela, apresenta-se, necessariamente, no âmbito de uma hermenêutica; por isso, é indispensável que a aplicação do princípio da culpabilidade se imponha de forma harmônica e sistemática, tendo como paradigma à própria Constituição, em seus valores, princípios e garantias.

Não se olvide que a interpretação judicial é um juízo formal da própria lei; entretanto, não pode o juiz se afastar do “dever de escolher somente os sentidos válidos, ou seja, compatíveis com as normas constitucionais substantivas e, também, com os direitos fundamentais por ela estabelecidos”<sup>39</sup>, inclusive os princípios e garantias expressos e implícitos.

Nesse sentido, apresenta-se uma nova abordagem, o modelo denominado garantístico, defendido com vigor por Luigi Ferrajoli: “o direito contemporâneo não programa somente as formas de produção através de normas procedimentais sobre a formação das leis e dos atos normativos. Programa ainda os conteúdos substanciais, vinculando-os normativamente aos princípios e aos valores inscritos nas Constituições mediante técnicas de garantias”<sup>40</sup>.

Em suma, não convém ao Estado Democrático de Direito o juiz seguidor do modelo positivista, distanciado da Constituição, renunciando à independência que se confere ao dever de julgar, e sem considerar o sistema de garantias que tem por objetivo assegurar os direitos e princípios fundamentais como uma exigência da dignidade da pessoa humana. É o Juiz o guardião desse paradigma *garantístico*, o qual constitui “a única resposta possível à crise da justiça e da política”<sup>41</sup>.

A propósito do tema em pauta, discorre Jorge Miranda:

A garantia da constitucionalidade é a garantia de que, em cada relação jurídica ou situação de vida, prevalece o dispositivo constitucional e de que se pratica um ato permitido pela Constituição; ou por outras palavras, é a garantia de que cada norma e cada comportamento subordinado à Constituição lhe são conformes. Uma implica a outra, porque a Constituição existe para ser interpretada, aplicada, cumprida, desenvolvida, posta em vigor<sup>42</sup>.

Afigura-se indispensável que o juiz reafirme os princípios ins-

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72. out./dez, 1997. p. 14.

<sup>40</sup> Grifos do autor. **O direito como sistema de garantias**. Revista do Ministério Público. Lisboa, v. 61, jan./mar. 1995. p. 40.

<sup>41</sup> Vide FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72. out./dez., 1997, p. 19.

<sup>42</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1985. v. 2, p.598.

piradores do garantismo, mesmo os que não se encontram expressos na Constituição Federal, os quais são decorrentes da garantia conferida à dignidade da pessoa humana, como o princípio da culpabilidade, compatível com o regime democrático adotado na atual Carta política brasileira. Portanto, pretende-se demonstrar a importância do tema tratado, inclusive em outras Constituições da América Latina.

### 3. LIMITES À ATUAÇÃO DA JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRA: O PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA

O processo de individualização de pena na justiça criminal está atrelado a um prévio juízo de culpabilidade como limitador de sua medida. Logo, a reprovação empregada na legislação penal (artigo 59 do Código Penal) indica o sentido de que a pena aplicada deva ser proporcional ao dano ou perigo do bem jurídico protegido. Entretanto, o conceito de reprovação expresso em nossa legislação penal tem despertado nos julgadores o olhar recriminador sobre o sujeito a quem deveria recair a reprimenda penal, transformando a individualização de pena, nas decisões judiciais, num processo de reprovação e, muitas vezes, de execração com invocações moralistas voltadas para a conduta de vida do autor, ao invés de reprovar o fato do injusto por ele praticado.

Dessa forma, em nossas reflexões, busca-se entender como vem ocorrendo esse desvio, na teoria e na prática do Direito Penal, ao longo dos anos, sobretudo após a constitucionalização dos direitos e garantias estatuídos na Magna Carta, além dos preceitos fixados nos Tratados e Convenções Internacionais ligados aos Direitos Humanos Cíveis e Políticos. Ainda, é possível argumentar que tal fenômeno evidencia a necessidade de se abandonar o juízo de censura ou reprovabilidade da culpabilidade, já que ele envolve juízo moral para fins de aplicação da pena, suscetível de relativização. Este se revela em dissonância com o fundamento constitucional da dignidade humana, o qual proíbe a objetivação de outro ser humano.

Em estudos preliminares realizados com o escopo de investigar a plausibilidade de nosso tema escolhido neste trabalho, verifica-se que o princípio da pena como medida da culpabilidade, na leitura jurídica e dogmática, constitui uma mera retórica doutrinária, pois é impossível determinar racionalmente essa medida, a não ser através de um processo de interpretação ou comparação analógica feita sempre em desfavor do acusado. Por essas razões, como procuraremos demonstrar, o mesmo fenômeno pode ser compreendido numa perspectiva constitucional garantista, em que o julgador deveria considerar o princípio da dignidade humana como uma variante para amparar a culpabilidade na individualização da pena. Também,

no processo de interpretação deverá se utilizar de mecanismos jurídicos constitucionais, internacionais e da criminologia para apontar a culpabilidade, quando se opera a individualização da pena na justiça criminal.

Na prática, em regra geral, ocorre que, eventualmente, alguns julgadores não explicitam o conteúdo do processo de graduação do juízo de culpabilidade do acusado ao fixar sua pena, que deve estar vinculada a limites legais contidos na incriminação do fato. O julgador deveria estabelecer o sentido originário, preciso e racional das palavras do texto legal, na determinação da pena, realizando uma valoração objetiva do injusto. Entretanto, o certo é que nenhuma das concepções sobre a culpabilidade contém um parâmetro objetivo para fornecer ao julgador sua quantificação. Portanto, ele acaba correndo o risco de examinar a culpabilidade com base em suas perspectivas pessoais com relação ao fato ou delito, considerando os valores mal transmitidos socialmente e convertidos num critério subjetivo e preconcebido, em desfavor do acusado, ao empregar expressões contendo juízos morais acerca de sua conduta ou profecias ideologizadas de sua reputação social, tais como “personalidades distorcidas e voltadas para o crime” ou “condutas socialmente reprováveis”.

Dessa forma, sustenta-se, com a apropriação de categorias da teoria geral do Direito Penal, do crime e da pena, cuja fonte primária será o Direito Constitucional, mais especificamente os princípios do Direito Penal Constitucional e Internacional, que, na prática cotidiana dos Tribunais, alguns julgadores, ao determinarem a pena, promovem decisões violando postulados constitucionais. Isso porque, na fixação da pena do condenado, não é assegurado o princípio da culpabilidade como um direito fundamental, pois apesar de carecer de positividade expressa no segmento normativo constitucional, tal postulado advém do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este o modelo garantista adotado no regime democrático da atual Constituição Federal.

No âmbito penal, a Constituição, conforme já se sublinhou no presente estudo, relaciona uma série de princípios fundamentais expressos, decorrentes do postulado concernente à dignidade da pessoa humana. Cabe salientar que outros princípios devem ser inferidos, apesar da omissão do Constituinte, segundo as técnicas de hermenêutica, com idêntico fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como a consagração - ainda que tacitamente - do princípio da culpabilidade, da humanidade e personalidade das penas, proporcionalidade mínima, proibição da dupla punição, destacando-se, ainda, o princípio da boa-fé e *pro homine*.

Apesar de o texto da Constituição ressaltar expressamente que os direitos e garantias individuais elencados os como tais, não excluem outros decorrentes dos Tratados e das Convenções Internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte, é certo que o Supremo Tribunal Federal tem rejeitado a interpretação do Direito Internacional no âmbito dos Direitos Humanos, reduzindo-se as possibilidades de aplicação de normas claras e vinculantes do âmbito internacional no direito pátrio. Nesse sentido, importa lembrar que a Emenda nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe substanciais mudanças, permitindo a aplicação dos Tratados e Convenções sobre os Direitos Humanos, que poderia ser considerada no desenvolvimento deste trabalho referente à culpabilidade pela vulnerabilidade como limite da pena.

### 3.1. A coculpabilidade

A hipótese deste trabalho reside exatamente na constatação de que entre a redação do dispositivo originário do artigo 4243 do Código Penal de 1940 (criado pelo Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e a outra Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que modificou o Código Penal, no artigo 59,44 ambas editadas em períodos autoritários, mesmo nessas circunstâncias, ocorreu uma evolução na legislação penal, já que o princípio da culpabilidade como medida da pena veio a sofrer uma profunda alteração, porquanto, explicitamente, na fixação da pena; o legislador determinou que o juiz devesse examinar em primeiro lugar a culpabilidade do criminalizado, ou seja, valorar a pessoa objeto de sanção penal e o seu ato, o que implica que todos os outros elementos indicadores para determinação da pena sejam apreciados posteriormente ou em torno desse fator determinante.

Por outro lado, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.473, apresentado em 18 de agosto de 2000, que pretende revolucionar a parte geral do atual Código Penal, no seu artigo 59,<sup>45</sup> para incluir a responsabilidade geral do Estado dentre as

<sup>43</sup> “Compete o Juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau de culpa, aos motivos, às circunstâncias do crime: I – determinar a pena aplicável dentre as cominadas alternativamente; II – fixar, dentre dos limites, a quantidade da pena aplicável”.

<sup>44</sup> “Compete ao Juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime...”

<sup>45</sup> “O juiz, atendendo à culpabilidade, antecedentes, reincidência e condições pessoais do acusado, bem como as oportunidades sociais a ele oferecidas, aos motivos, circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente à individualização da pena...” (BRASIL, Senado. Projeto de lei do Senado



circunstâncias judiciais a serem apreciadas pelo magistrado, no momento de examinar a aplicação da pena, vislumbrando-se a participação do Estado, enquanto promotor de Políticas Públicas, ao estabelecer, assim, uma coculpabilidade, o que provoca uma reflexão sobre o papel do próprio Estado.

Nessa perspectiva examinada, ao aplicar a sanção penal ao autor de um delito, o juiz deverá verificar, sob o prisma de compreensão adotado em nosso trabalho, as condições de subalternização, marginalização e exclusão do agente, em virtude de fatores como a não integração ao mercado de trabalho, o baixo nível de escolaridade, a deficiente socialização familiar, a ausência de oportunidade de emprego, viabilizando uma menor medida da pena, por corresponder a um grau inferior de culpabilidade, diante da precária ação do Estado. Também poderá examinar quais as oportunidades a ele oferecidas, a fim de averiguar o âmbito de sua autodeterminação, sentando no banco dos réus, ao lado dele, a própria sociedade na qual vive e que influi em seu comportamento. Tal circunstância, denominada coculpabilidade do Estado, introduz as oportunidades sociais oferecidas ao agente para fixação da pena.

Ressalte-se que na América do Sul, Argentina, México, Peru, Bolívia, Colômbia, Equador e Paraguai se reconhece que a condição econômica do agente é critério para a mensuração da pena. Nesses países, a coculpabilidade está prevista na legislação penal e o tema encontra-se regulado no Código Penal colombiano (artigo 56), argentino (artigo 41,2), equatoriano (artigo 29. 11º específico para os crimes patrimoniais) e o peruano (artigo 45, I). A Bolívia prevê a coculpabilidade no Código Penal como circunstância judicial para aferir a personalidade do autor como atenuante, quando o agente pratica o fato impulsionado pela miséria. Na Colômbia, a coculpabilidade é prevista como circunstância que pode até mesmo excluir a responsabilidade do agente. O Código Penal paraguaio prevê que o juiz tem de analisar as condições pessoais e econômicas do agente antes de arbitrar a pena.

Dessa forma, por essa teoria, o Estado deve assumir sua parcela de culpa no delito, pois foi o causador da marginalização do cidadão, na medida em que não cumpriu com sua obrigação constitucional. Em uma sociedade altamente desigual, estratificada e segregada em classes como a brasileira, por exemplo, onde, apesar do programa político-social enunciado na Constituição (que traz como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia e o lazer, dentre outros),

PLS nº. 3.473 de 18 de agosto de 2000. Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 15 mar 2018.

os mais pobres muitas vezes não têm sequer acesso a escola, assistência médica e oportunidade de emprego. Logo, as possibilidades de cometer crimes, em especial os patrimoniais, são disseminadas de maneira desigual na população. Como bem argumentam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli<sup>46</sup>:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade - por melhor organizada que seja - nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.

Salvo exceções pontuais, a considerar os posicionamentos dominantes dos tribunais brasileiros ao abordarem o tema coculpabilidade do Estado, as decisões simplesmente mencionam a ausência de comprovação, por parte do interessado, de que os requisitos para a aplicação da teoria estejam presentes, impossibilitando-se, até mesmo, a aplicação da teoria da coculpabilidade enquanto atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal.

Modernamente, por causa das diferenças entre os seres humanos e as circunstâncias da vida de cada um diante das constantes transformações sociais, além da constatação das diferentes formas de criminalidade de natureza comum e da absorção jurídica dos crimes de natureza complexa, passou-se a entender que o delito apresenta-se em todos os estratos sociais, ao superar o etiologismo positivista criminológico (que tem por objeto o exercício arbitrário do poder punitivo sobre aqueles que se enquadram no estereótipo criminal)<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 529.

<sup>47</sup> Os termos “estigma”, “etiquetamento”, “estereótipos criminosos”, constituem a chamada teoria do etiquetamento, também conhecida como “*labelling approach*”, bem defendida por Becker em seu livro **Out-**

Muitos criticam a teoria em comento, afirmando que não se pode atribuir essa responsabilidade unicamente ao Estado ou à sociedade pela pobreza, bem como é falsa a afirmação de que a pobreza ocasiona automaticamente crimes (não há uma ligação direta e automática entre esses fatores), Nesse sentido, Zaffaroni<sup>48</sup> assevera:

A coculpabilidade (Mit-Schuld) é insuficiente porque: (a) em princípio invoca o preconceito de que a pobreza é a causa de todos os delitos; (b) em segundo lugar, ainda corrigindo esse preconceito, habilitaria mais poder punitivo para as classes hegemônicas e menos para as subalternas, o que pode conduzir a um direito penal classista em dois tempos; (c) o terceiro ponto é que seja abastado ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com o qual esta tese não logra fazer cargo da seletividade estrutural do poder punitivo.

Em razão das críticas, a teoria da coculpabilidade não foi adiante. No entanto, o senso crítico voltado para a constatação da desigualdade social, aliada à análise da criminalização dirigida à realidade do sistema penal latino-americano, além disso, ao buscar-se viabilizar maior proteção àqueles que estão em condições vulneráveis, tanto pela sua condição social quanto pelas suas insuficiências caracterizadoras nas legislações referentes às ações afirmativas, deu origem a outra teoria bem elaborada, permitindo que a proposta da coculpabilidade pudesse, assim, evoluir além do estudo apresentado sobre a criminalidade.

### 3.2. A vulnerabilidade e a culpabilidade

A criminologia e a sociologia desenvolveram uma ampla e vasta discussão sobre o estado de vulnerabilidade do agente. No âmbito penal, o tema ganhou destaque com o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>49</sup>, que estuda a situação de vulnerabilidade como um elemento regulador da aplicação da culpabilidade na fixação da pena, o que minimiza a severidade da sanção penal e, ainda, em casos extremos, poderia excluir o crime. Essa matéria tem sido discutida teoricamente em comissões do

*tsiders*, que é enquadrada como a “desviação”, ou seja, uma qualidade atribuída por processos de interação altamente seletivos e discriminatórios. Tem esta teoria como objeto os processos de criminalização, ou seja, os critérios utilizados pelo sistema penal no exercício do controle social para definir o desviado como tal (BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Zahar. 2008).

<sup>48</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos Seditiosos, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, Revan, jan./dez, 2004, p. 31-48.

<sup>49</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. 1.ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017. v.2, t.2, p. 169-172.

parlamento, institutos de juristas e sociólogos especializados em criminologia, inclusive nas universidades, e, todavia, apesar de não ter obtido ainda *status* de Projeto de lei ou como projeto de Política Pública no fundamento legislativo na fixação da pena, tem influído em sucessivos abrandamentos de decisões judiciais.

Nesse sentido, a vulnerabilidade do agente pode ser considerada pelo juiz na avaliação da culpabilidade para aferir o grau de esforço pessoal empreendido de cada um dos sujeitos para alcançar a concreta situação. A vulnerabilidade tem sido considerada, teoricamente, um fator seletivo e de comprovação de que o sistema penal elege o agente criminoso, levando em consideração o contexto no qual o acusado está inserido dentro da sociedade e não tão-somente a sua autodeterminação que levou a praticar o delito. Ela busca a igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo. Dessa forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, o sistema penal precisa levar em consideração o contexto em que se deu a prática delitativa, a fim de promover uma verdadeira e correta individualização da pena.<sup>50</sup>

O estado de vulnerabilidade é composto pelos parâmetros alusivos à classe social do sujeito, sua posição nas relações sociais de produção, como escolaridade, profissão, residência, além da sua posição numa hierarquia social, conforme a etnia, religião e opção sexual, de forma que esses dados referenciais possam servir de aplicação a um estereótipo criminal. Por essas razões, seria possível afirmar que, entre pessoas de classe social elevada e próxima do poder, o risco de criminalização seria pequeno, não em função da sua vulnerabilidade, mas devido à sua força aquisitiva. Isso significa que o princípio da vulnerabilidade mais se aproxima das expectativas das camadas sociais de baixa renda e distante do poder ou em função de suas deficiências ou insuficiências, que a legislação brasileira vem explorando nas ações afirmativas depois de sua adesão aos Tratados Internacionais.

Nos países latino-americanos, em que se constata uma crescente polarização da riqueza, a maioria da população encontra-se em estado de vulnerabilidade ante o poder punitivo, embora o mero status ou estado de vulnerabilidade não determine a criminalização. Não se seleciona uma pessoa por seu puro estado de vulnerabilidade, senão porque esta se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade. Partindo dessa premissa, no estado de vulnerabilidade é que se deve constatar um esfor-

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*.



ço pessoal do agente para alcançar a situação concreta na qual se materializa a periculosidade do poder punitivo<sup>51</sup>.

O estado de vulnerabilidade diz respeito a um dado genérico sobre o sujeito, com base nas suas condições concretas de vida, levando em conta aspectos sociais, de renda, de poder, de moradia, de trabalho, de instrução formal, etc. Em princípio, o estado de vulnerabilidade não criminaliza ninguém, pois esse estado permanece latente enquanto não se manifesta o crime. O estado de vulnerabilidade não determina o crime. A situação de vulnerabilidade em relação ao poder criminalizante corresponde a um conceito aferido no caso concreto e específico, que varia conforme as circunstâncias. Em outras palavras, a situação concreta de vulnerabilidade proporcionada pelo ilícito é que possibilita a seleção criminalizante, ou seja, a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca; e, portanto, é a situação fática capaz de gerar a incriminação e punição do agente pelas agências de repressão (juízes, promotores, polícia).<sup>52</sup>

Em síntese: a seleção criminalizante dá-se geralmente em detrimento dos seguintes tipos de pessoas - ao selecionar alguém estereotipado que comete crime grosseiro; ou é alguém fora do estereótipo que comete crime extravagante; ou é alguém que foi escolhido como “bode expiatório” ou como “laranja” nos crimes de colarinho branco. Dessa forma, podemos exemplificar: se um servente de uma empresa subtrair uma impressora, como se trata de uma pessoa mais vulnerável, facilmente será incriminada. Já se for um diretor da mesma empresa que venha a desviar o valor da impressora em seu próprio proveito, será quase impossível sua incriminação. Entretanto, esse diretor, em razão do seu baixíssimo estado de vulnerabilidade, para chegar a uma situação concreta de vulnerabilidade incriminadora, deverá fazer um esforço enorme com desvio de milhões de reais, ou ainda perder uma disputa de poder (alguém que conhece o esquema internamente o delatar) para que chegue a uma situação de vulnerabilidade e seja punido, pois, se isso não ocorrer, dificilmente será investigado, incriminado e punido. Nessa comparação, a culpabilidade do servente deverá ser considerada menor do que a culpabilidade do diretor, visto que esse fez um esforço enorme para que sua conduta fosse percebida e punida. Já relativamente à aferição da punição do servente, que fez um esforço mínimo para se colocar na

situação criminalizante, a teoria sustenta que a culpabilidade do fato seja atenuada, podendo até ser excluída.<sup>53</sup>

Na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade é raramente reconhecido e, quando o é, não há padronização sobre como tal norma jurídica irá funcionar para diminuir a pena do acusado. Entretanto, recentemente, o Juiz da 12ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal absolveu um acusado, denunciado por tráfico internacional de drogas, havendo em sua bagagem 5,780kg (cinco quilos, setecentos e oitenta gramas) de cocaína com destino a Portugal, ao admitir que o estado de vulnerabilidade emocional, psicológico e financeiro propiciou a prática do delito, afastando a sua culpabilidade, diante de suas circunstâncias pessoais e familiares, reconhecendo não ser exigível atuar de modo diverso<sup>54</sup>.

Ressalte-se que a culpabilidade pela vulnerabilidade somente pode reduzir a culpabilidade pelo ato, sendo esse seu limite, mesmo que haja um enorme esforço do agente em baixo estado de vulnerabilidade para se colocar em uma situação de vulnerabilidade concreta. Assim, a culpabilidade por vulnerabilidade cumpre apenas um papel redutor do poder punitivo, e a sua aplicação no Brasil como fator de redução da culpabilidade seria essencial para ajustar o Direito Penal à realidade, para garantir a igualdade material em nosso sistema punitivo.

Finalmente, a questão a ser investigada é a quem serve o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade. A jurisprudência, de forma majoritária, afasta tal teoria, alegando, para tanto, que a essa se alinha uma espécie de preconceito ao reconhecer o crime como ato praticado pelo “desfavorecido economicamente”. No entanto, a teoria da vulnerabilidade como um todo não se aplica tão-somente àquele desprivilegiado economicamente, mas também a quem não teve boas condições familiares, instrução ou educação ou, ainda, em virtude de circunstâncias existenciais, não teve alguém que “olhasse” por ele.

Não há como manter-se indiferente perante o escândalo político que se exprime no fenômeno da seletividade discriminatória que está presente concretamente no sistema penal, visivelmente nas sociedades de classes. Portanto, em circunstâncias especiais

<sup>51</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>52</sup> ALMEIDA, Tulio Pontes de. A culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48278/a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira> Acesso: 25.08.2018.

<sup>53</sup> ALMEIDA, Tulio Pontes de. A culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48278/a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira> Acesso: 25.08.2018.

<sup>54</sup> Data da decisão: 20/07/2018. Procedimento nº 1009383-72.2018.4.01.3400, acusado Luis Alberto Castro Benites, preso no Aeroporto Internacional Juscelino Kubitschek, por tráfico internacional de drogas, ao embarcar para Portugal, levando em sua bagagem 5,780kg (cinco quilos, setecentos e oitenta gramas) de cocaína.

essa teoria deve atender as classes sociais mais pobres ou aqueles que, por questões existenciais e diferenciais, sejam levados a Juízo, não cabendo examinar a questão da vulnerabilidade daqueles que não padeçam de insuficiências sociais e existenciais, mesmo que incorram em idênticos ou maiores injustos diante da inevitável criminalização pela seletividade estrutural; no entanto, cabe reconhecer que as circunstâncias podem favorecer uma flexibilização penal. O princípio da vulnerabilidade é um pressuposto da fragilidade humana, de seu poder e força, mas na nossa leitura esse princípio poderia ser extensível a casos em que o delito não se restringe ao drama existencial do agente, mas também envolve a fragilidade da sua posição social e muitas vezes étnica. A culpabilidade do agente criminoso, sob a perspectiva da vulnerabilidade, é a forma possível de se viabilizarem subsídios para fundamento legislativo de reformulação do Código Penal, no dispositivo que trata da fixação da pena.

## CONCLUSÃO

Pode-se, portanto, concluir que a nossa sociedade é estratificada e por esse fato o Direito Penal atinge diretamente os que estão marginalizados. Nesse sentido, a teoria da vulnerabilidade apresenta-se como uma forma de promover igualdade entre os cidadãos quando há ocorrência da prática delitiva. Citamos no decorrer do trabalho que a jurisprudência em nossos tribunais infelizmente não aplica esse instituto, sob a alegação de que o estado de vulnerabilidade não justifica a prática de crimes. Por esse ângulo, urge a necessidade de que se tenha um novo enfoque da análise do artigo 59 do Código Penal a fim de amoldá-lo à realidade brasileira, evitando a violação do Estado Democrático de Direito.

A problemática focalizada em nosso trabalho reside em que no Brasil as Políticas Públicas nem sempre alcançam o Poder Judiciário no exato momento em que se dá a relação entre o agente que praticou um crime e o Juiz quando da determinação da sua pena. Leis dispersas regulam genericamente situações protetivas, principalmente nos dias de hoje, mas qualquer uma delas, mesmo viabilizando a proteção de pessoas portadoras de deficiência, seja por razões naturais ou sociais, não é avaliada pelo Juiz levando em conta as condições de vulnerabilidade e, muito menos, tomando como referência essa circunstância (vulnerabilidade) como uma variável determinante da culpabilidade e pena consequente.

Diante disso, identificamos essas situações na linha do tempo histórico, seja nos períodos autoritários ou democráticos e nas dimensões circunstanciais da atualidade, que poderá evoluir no sentido de se adotar o princípio da vulnerabilidade a ser considerado pelo juiz na avaliação da culpa dos agentes cri-

minalizados, na determinação do *quantum* da sanção penal, ao aferir o grau de esforço pessoal empreendido por cada um deles, tomando em consideração o contexto no qual o acusado está inserido dentro da sociedade e tão-somente a sua autodeterminação que o induziu a praticar o delito. A vulnerabilidade busca a igualdade substancial entre os cidadãos, ante a característica marcante da seletividade em nosso sistema punitivo. Dessa forma, sob o prisma do princípio da igualdade, pelo qual os desiguais devem ser tratados na medida de suas desigualdades, o sistema penal precisa levar em consideração o contexto em que se deu a prática delitiva, a fim de promover uma verdadeira e correta individualização da pena.

A culpabilidade por vulnerabilidade surge como medida de redução do poder punitivo penal, servindo como nível máximo da violência aceitável. Trata-se de uma teoria que objetiva conter as sanções, devendo sempre reduzir o limite da clássica culpabilidade pelo injusto. Por isso, é preciso esclarecer, dada a visão redutora do Direito Penal, que esta culpabilidade jamais será mais rigorosa do que a aplicação clássica, não sendo verdadeiro o receio de que os detentores do poder serão mais visados pelo Direito Penal.

Sabe-se, por outro lado, que boa parte da criminalidade que atinge uma sociedade tem suas raízes nos conflitos, que ocorrem no seio dessa mesma sociedade. São situações de carência quanto às necessidades fundamentais, desigualdades enormes, disparidades sociais imensas. Uma política social efetiva e contundente converte-se, assim, com certeza, no melhor instrumento preventivo da criminalidade, já que incide diretamente sobre as causas fundantes dos problemas dos quais o crime é uma consequência. Programas de prevenção primária podem constituir genuína e autêntica prevenção, que assegure a todos os seus membros um acesso efetivo a cotas satisfatórias de bem-estar e qualidade de vida, em seus mais diversos âmbitos, reduzindo correlativamente suas conflitividades e as suas taxas de delinquência.

O principal fator determinante da criminalidade tradicional no Brasil tem sua origem no abismo social que afasta os indivíduos das classes e estratos mais oprimidos econômica e socialmente do projeto de bem-estar presente no texto constitucional. Cabe ao Estado promover alternativas eficazes e consistentes no oferecimento de oportunidades de bem-estar social aos que vivem sob tais condições. Portanto, há a necessidade de reconectar definitivamente a questão criminal - e as possibilidades efetivas de enfrentamento do fenômeno - com a questão social, premissa que foi esquecida pela dogmática, ao privilegiar um purismo metodológico orientado a uma as-



sepsia científica do Direito Penal. O grave em tudo isso é que variados outros ramos do conhecimento da área das Ciências Sociais – a sociologia, a ciência política, a psicologia, dentre outros - diferentemente da maior parte da dogmática penal, têm presente, de forma clara e precisa, essa ligação no centro de suas construções teóricas.

Nessa perspectiva, uma aplicação dos postulados da tradição liberal-iluminista, no contexto de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se fala de um país emergente como o Brasil, constitui-se em um paradoxo, uma vez que, ao propugnar uma diminuição do Estado, está a defenestrar toda e qualquer possibilidade de realização de Políticas Públicas, instrumentos adequados para o enfrentamento das causas da maior parte da criminalidade contemporânea.

Contudo, ao examinar a Constituição Federal pela existência de reflexos iluministas, é visível reconhecer os postulados pela liberdade, igualdade, fraternidade, justiça e humanidade. No que concerne à igualdade, do ponto de vista jurídico atual, que possui respaldo no ideal aristotélico, deve-se tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Ao reconhecer a culpabilidade pela vulnerabilidade, o Estado estaria efetivando essa igualdade material, pois pressupõe situações de discrepâncias, a exemplo das socioeconômicas, e outras que dizem respeito à fragilidade humana entre os homens que poderiam cometer o injusto penal. Dessa maneira, conclui-se que o princípio da culpabilidade pela vulnerabilidade também encontra amparo, mesmo que implicitamente, na Magna Carta.

Conforme já analisado, a culpabilidade pela vulnerabilidade está inserida de forma implícita no ordenamento jurídico brasileiro, porém deve ser efetivado partindo-se dos mesmos pressupostos em relação à aplicação dos outros princípios existentes, posto que nada seria mais justo do que proteger aquele indivíduo tratado de forma desigual perante a sociedade, contrariando o dispositivo legal do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, o caminho inexorável é a concretização de um projeto constitucionalizado de cidadania da população que se encontra mais vulnerável economicamente e, portanto, mais próxima do cometimento das condutas delituosas. O instrumento adequado para alcançar esse fim é a efetivação de políticas públicas voltadas à concretização de direitos sociais como a educação, o trabalho, a seguridade social, a saúde, o lazer, a cultura, uma habitação digna, um salário que suporte as demandas familiares, enfim, uma série de carências que, uma vez atendidas, irão possibilitar a redução de grande parte da criminalidade que hoje ocorre.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Tulio Pontes de. **A culpabilidade por vulnerabilidade na prática penal brasileira**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48278/a-culpabilidade-por-vulnerabilidade-na-pratica-penal-brasileira> Acesso: 25.08.2018.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Cem anos de reprovação**: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vítor. **Fundamentos da Constituição da República portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Liberdade, culpa, direito penal**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. **Jurisdição e democracia**. Revista do Ministério Público. Lisboa. v. 72, out./dez. 1997. p...
- \_\_\_\_\_. **O direito como sistema de garantias**. Revista do Ministério Público, Lisboa, v. 61, jan./mar. 1995. p...
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra:Coimbra, 1985. v.2.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. Barcelona: PPU, 1985.
- \_\_\_\_\_. **El derecho penal en el Estado social democrático de derecho**. Barcelona: Ariel, 1994.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PINTO, Paulo Mota. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1987. t.1.
- \_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e AmirLopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Medidas penales en derecho penal contemporaneo**: teoría, legislación positiva y realización práctica. Buenos Aires: Hammurabi, s.d.
- \_\_\_\_\_. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Revan, ano 9, n. 14. Rio de Janeiro: Revan, jan./dez, 2004, p. 31-48.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 1.ed., Rio de Janeiro: Revan, v.2, t.2, 2017.



## LITERATURA

### ESSE PUNHADO DE OSSOS

Luiz Flávio Souza Biolchini<sup>55</sup>

A Moacyr Felix

Esse punhado de ossos que, na areia,  
alveja e estala à luz do sol a pino  
moveu-se outrora, esguio e bailarino,  
como se move o sangue numa veia.  
Moveu-se em vão, talvez, porque o destino  
lhe foi hostil e, astuto, em sua teia  
bebeu-lhe o vinho e devorou-lhe à ceia  
o que havia de raro e de mais fino.  
Foram damas tais ossos, foram reis,  
e príncipes e bispos e donzelas,  
mas de todos a morte apenas fez  
a tábua rasa do asco e das mazelas.  
E aí, na areia anônima, eles moram.  
Ninguém os escuta. Os ossos choram<sup>56</sup>.

Rio de Janeiro, setembro de 2020. O choro dos ossos corrói o ar. Sua brancura estala na luz do sol no zênite. Na areia anônima, sem sombras, donde o destino lhes cavou morada, reside esse silêncio ensurdecedor: punhado de ossos. Ninguém os escuta. O tempo sorveu-lhe o melhor. Das glórias a morte fez-lhe tábua rasa. Ontem eram damas, reis, bispos. Hoje, punhado de ossos. Os ossos choram. Esse punhado de ossos. Esse punho de osso: ossos, apenas ossos.

A poesia de Ivan Junqueira ressoa no oxímoro. Como teria ele escutado o choro dos ossos? Ninguém os escuta? Será o poeta um auditor fora da cena? Alguém para além dos “ninguéns”? Hipérbole? Uns os escutam, outros não? Todos ouvem mas “e daí”? Ninguém os escuta. Todos os escutam. Numa breve pesquisa sobre o poema no “google”<sup>57</sup>, especificamente no sítio “singularidade poética”, há

<sup>55</sup> O autor é advogado criminal, pós-graduado em Processo Penal e Garantias Fundamentais pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, vice presidente da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB/RJ, bacharel e licenciatura em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro

<sup>56</sup> Junqueira, Ivan. Poemas Reunidos, Record - Rio de Janeiro, 1999

<sup>57</sup> <https://singularidadepoetica.art/2016/02/19/ivan-junqueira-esse-punha->

a publicação idiossincrática de uma versão em que no final “os ossos não choram”.

Será que é do poeta essa versão? Será que o titular do site decidiu por calar os ossos por seu próprio verso? Não aguentou seu choro? Simplesmente não o ouviu? Será que o punhado de ossos se tornou indiferente à morte, ao destino, ao outro? Acordou insensível? O punhado de ossos é o fim do tempo? Os ossos no neoclassicismo atingiram a eternidade? Será que o titular do site calou o poeta? Libertou o poema? O punhado de ossos é o próprio poeta? Seu próprio poema lhe é indiferente? Enquanto jaz na areia anônima seus ossos choram e não choram?

O poeta seria a própria voz do destino hostil que nos bebe o vinho e nos devora a ceia? Move-se o poema num bailado esguio como o sangue se move na veia enquanto o poeta reside na areia anônima como punhado de ossos? O autor se aterra no anonimato ao escrever enquanto seu poema ganha movimento? Será que os ossos ora choram ora não? Ossos de Schroedinger. Ganharam movimento? A criatura rebelou-se contra o criador? “Os mortos governam os vivos”<sup>58</sup>? “A história é um pesadelo do qual quero acordar”<sup>59</sup>?

Talvez a titular do site ouviu os ossos. Talvez sejam os próprios ossos que decidiram se comunicar na areia anônima virtual. A poesia ouve o inaudível, transmite o intransmissível, transforma espectador em poeta quando em seu canto: o encanto. O poeta, estudante de filosofia, de medicina, vê a indiferença do destino e pensa na transitoriedade do nosso transitar, angustiado com a morte escuta o seu próprio desespero, e nele o desespero de todos que passaram e que passarão, o tempo não os escuta, não os escutará. Na areia estala o desespero anônimo, inaudível. Todos viramos poetas e poesia ao chorar no choro os ossos.

Enfrentamos hoje uma pandemia que está em vias de atingir a marca de 150 mil mortes. Enquanto isso, o país há 3 meses sem um Ministro de Saúde. O Destino segue impávido. Nenhuma palavra oficial de conforto. “E daí”? Ossos choram. Ossos não choram.

do-de-ossos/

<sup>58</sup> Marx, Karl. *Le 18 Brumaire de Louis Bonaparte*. In: \_\_\_\_\_. Œuvres. Trad.: Maximilien Rubel.

Paris: Gallimard. Vol. IV, Tomo I: Politique. Bibliothèque de La Pléiade, 1994

<sup>59</sup> Joyce, James. *Ulysses*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.



## INTERROGATÓRIO DO ECONOMISTA A TIA ZELOSA, INJEÇÕES NA BARRIGA E O JUIZ MAIS REALISTA DO QUE O REI

Por Antonio Carlos da Gama Barandier<sup>60 61</sup>

Impressionam-me essas mulheres formidáveis, essas mães que lutam por seus filhos, sem alardes e sem esmorecimento, comprovando perseverança e coragem incomuns, propiciando lições de bravura e fornecendo inestimável cooperação aos advogados. Mais impressionante, ainda, a extremamente simpática e decidida tia do economista, revelando-se, desde o primeiro contato, bastante zelosa.

Dois dias após contratar meus serviços profissionais, escreve um sucinto bilhete, informando-me que o sobrinho saiu do DOI-CODI e foi transferido para a Vila Militar (1º RO-105, Regimento Floriano, em Deodoro). Providenciou, também, roupas para o rapaz, poupando-me a enervante rotina característica dos primeiros passos dos advogados nesses casos, a desgastante tentativa de localizar o preso.

A Vila Militar é distante, mas, neste momento, favorece-me a circunstância de ali se encontrar o economista. É que a maioria dos clientes teve o mesmo destino. Numa manhã, descontando as vezes em que as entrevistas demandam pacientes esperas, visito todo mundo.

Na rua, soldados praticam a ordem-unida, relembro-me os tempos de serviço militar, o Forte Copacabana. Um cão passa entre os militares, preguiçosamente, chegando à calçada onde caminho. Prossigo e sou atacado pelo animal, daí resultando a experiência das injeções na barriga.

Pelo visto, “o melhor amigo do homem”, aderindo aos donos do poder, só respeita o verde-oliva.

Abre-se a porta do elevador e o economista, ostensivamente escoltado, chega ao quarto andar do prédio do Ministério da Aeronáutica, onde estão instaladas as auditorias e onde o interrogatório será realizado. Ninguém pode se aproximar do jovem, e não querem que eu fale a sós com meu cliente,

Protesto e chamo a atenção do oficial de justiça que recepciona o chefe da escolta. O serventuário introduz o réu e os seguranças numa sala e se afasta. Retorna, tão rapidamente que custo a acreditar que tenha falado com o juiz, embora, em nome do magistrado, transmita à guarda o meu direito de entrevistar, reservadamente, o constituinte, o cliente.

Inicia-se a sessão.

Com o Conselho Permanente completo e o procurador ocupando a sua tribuna, assumo o local destinado à defesa. O pessoal da escolta, à exceção de dois que acompanham o acusado à sala de audiência, mistura-se com a assistência constituída de pessoas estranhas, possivelmente dominada por elementos da repressão. Entre as pessoas, destaca-se o rosto amigo da zelosa tia do economista.

O escrivão encerra a leitura da denúncia. O juiz-auditor vai perguntando, de acordo com a lei, e o réu, respondendo negativamente. Chega-se à última indagação:

JUIZ:

- O senhor tem quaisquer outras declarações a fazer?

RÉU

- Tenho, senhor juiz...

JUIZ

-Pode falar...

RÉU

- Quero dizer que, no inquérito, fui torturado e dar os nomes dos torturadores...

JUIZ

- O senhor quer dizer que suas declarações no IPM não traduzem a verdade e foram obtidas sob coação, não é?

RÉU

Sim... Quero falar sobre os torturadores e as torturas.

JUIZ (ditando para o escrivão)

- “Que o declarante nega as declarações do inquérito porque foram obtidas mediante coação.” – E voltando-se para o réu: - Mais alguma coisa?

RÉU

- Doutor, os nomes dos torturadores e as torturas...

JUIZ

- Isso não é objeto do presente processo. O senhor fale com seu advogado e ele, certamente, saberá o que fazer...

ADVOGADO (protestando)

- Vossa Excelência, *data venia*, deve consignar as declarações do acusado...

JUIZ (interrompendo o advogado)

- Vossa Excelência não pode interferir no interrogatório!

<sup>60</sup> O autor é Presidente de Honra da SACERJ.

<sup>61</sup> Este conto foi originariamente publicado em *Contos Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p. 11.



#### ADVOGADO

- Não sou um conviva de pedra, e Vossa Excelência tem que consignar as declarações do acusado...

#### JUIZ (enérgico)

- Não concedi a palavra a Vossa Excelência. O interrogatório é ato pessoal. Advogado e juiz falam ao mesmo tempo, estabelecendo tumulto. O juiz prossegue, advertindo: - Assem termos que suspender a sessão. Doutor advogado não admitirei interrupções e intervenções extemporâneas! Vossa Excelência, encerrando o interrogatório, poderá requerer o que quiser, lavar seu protesto. Não pode é tumultuar... – O advogado insiste, e o juiz continua: - Agora vou dar a palavra ao Conselho. Indago ao ilustre coronel-presidente se tem alguma pergunta a fazer...

#### CORONEL-PRESIDENTE

- Tenho perguntas...

#### JUIZ (ignorando a fala do advogado)

- Tem a palavra o coronel-presidente para formular perguntas ao réu.

#### CORONEL-PRESIDENTE

- Quero saber do réu quem o torturou e quais as torturas que sofreu...