

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE:
FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS
PARTICIPATIVOS**

ALEXANDRE VERONESE

FABIANA DE MENEZES SOARES

VLADMIR OLIVEIRA DA SILVEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Alexandre Veronese, Fabiana de Menezes Soares, Vladimir Oliveira da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-112-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS

Apresentação

A obra Direitos Humanos e Efetividade: Fundamentação e Processos Participativos é fruto do intenso debate ocorrido no Grupo de Trabalho (GT) de DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS realizado no XXIV Congresso Nacional do Conpedi em Belo Horizonte/MG, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, o qual focou suas atenções na temática Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade. Este tema norteou as análises e os debates realizados no Grupo de Trabalho, cujos artigos, unindo qualidade e pluralidade, são agora publicados para permitir a maior divulgação, difusão e desenvolvimento dos estudos contemporâneos dessa disciplina jurídica. Por uma questão didática, estes artigos estão divididos, conforme a apresentação dos trabalhos no GT:

O trabalho de Saulo de Oliveira Pinto Colho Para uma crítica das críticas ao discurso dos direitos humanos e fundamentais representa uma importante tentativa de ofertar um coerente discurso de fundamentação dos direitos humanos em uma perspectiva crítica.

O trabalho Apatridia e o direito fundamental à nacionalidade, apresentado por Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro, trouxe uma instigante análise em prol da ampliação do conceito de nacionalidade para abarcar situações de migração em massa, em especial aquelas que atingem menores. O debate teórico ganha contornos muito interessantes quando se identifica a dificuldade para compatibilizar um acervo de direitos universais com perspectivas específicas.

Um trabalho sobre a efetividade dos direitos humanos foi apresentado por Mellysa do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana (Mentes em reforma: o silenciamento da Lei Federal n. 10.216/2001) que faz uma interessante análise sobre o problema da reforma psiquiátrica no Brasil e os dilemas que acometem os seus atingidos.

Paulo Cesar Correa Borges e Marcela Dias Barbosa afirmam que é necessário ir além da produção de normas e atingir a almejada sensibilização sócio-cultural em gênero e direitos humanos, em todos os espaços do social quando trabalham especificamente a aplicabilidade da Lei Maria da Penha. Já Saulo De Oliveira Pinto Coelho traz uma reflexão e análise sobre o

fenômeno dos discursos de crítica aos Direitos Humano-Fundamentais como base das sociedades democráticas contemporâneas.

Na sequência, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro analisa os direitos humanos e os direitos fundamentais demonstrando de que forma tais ramos do direito internacional influenciam o contexto da aquisição da nacionalidade, anunciando a necessidade de se fazer uma releitura e uma revisão dos critérios determinadores da aquisição da nacionalidade com fundamento nos direitos humanos. Enquanto que Mellyssa Do Nascimento Costa e Régis André Silveira Limana discutem a efetiva aplicação da Reforma Psiquiátrica no Brasil e, em específico, no Estado do Piauí, a partir da Lei Federal de nº 10216 /01 considerando o conflito referente aos direitos humanos.

Monica Faria Baptista Faria e Denise Mercedes Nuñez Nascimento Lopes Salles analisam a polêmica questão do denominado infanticídio indígena, sob a óptica do debate acerca do universalismo e do relativismo na contemporaneidade. Já Evandro Borges Arantes perquire o fenômeno da juridicização dos direitos humanos, com ênfase para o direito à educação, indicando que tal processo não tem obtido resultado satisfatório no tocante à efetivação desse direito.

Carla Maria Franco Lameira Vitale contextualiza o princípio da busca da felicidade, instituto não positivado no ordenamento jurídico brasileiro, mas que tem sido utilizado para fundamentar importantes decisões. Por sua vez, Maria Hortência Cardoso Lima traça uma abordagem da mediação, como instrumento de pacificação e comunicação eficiente no ambiente ensino-aprendizagem poderá servir para o desenvolvimento de habilidades comunicativas, com vistas à busca de soluções efetivas construídas por todos os que fazem esse ambiente.

Paulo Junio Pereira Vaz verifica a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos na atuação política e jurídica dos Estados com vistas à proteção de grupos vulneráveis. Ana Patrícia Da Costa Silva Carneiro Gama demonstra que apesar do direito à cidadania estar garantido na norma interna dos Estados, bem como nos mais diversos acordos internacionais, efetivamente, muitas pessoas são cerceadas deste direito, a exemplo das vítimas do crime de tráfico humano das pessoas vítimas do crime de tráfico de pessoas.

Deisemara Turatti Langoski e Geralda Magella de Faria Rossetto examinam os fluxos migratórios, indicados sob a denominação de origens e assentamentos seguindo os elementos

de sua formação no contexto contemporâneo. E Camila Leite Vasconcelos investiga as Convenções e Recomendações da OIT e o processo de integração e efetivação das mesmas no plano interno.

Ainda, Valeria Jabur Maluf Mavuchian Lourenço trabalha o caso do massacre de Ituango ocorrido em 1996 e 1997, o qual é um exemplo de complementaridade das tutelas nacionais e regionais dos Direitos Humanos. A autora responde qual é a efetividade das garantias jurídicas e extrajurídicas nas sentenças da CIDH, especialmente quanto à Educação em Direitos Humanos. Enquanto que Edhyla Carolliny Vieira Vasconcelos Aboboreira analisa os instrumentos utilizados pelas organizações não-governamentais de direitos humanos, no processo constitucional abstrato brasileiro.

Leonardo da Rocha de Souza e Deivi Trombka problematizam a emergência do mal banal ambiental nas sociedades complexas contemporâneas a partir do conceito de banalidade do mal desenvolvido por Hannah Arendt na obra "Eichmann em Jerusalém". Thaís Lopes Santana Isaías e Helena Carvalho Coelho traçam linhas gerais sobre o novo Plano Diretor Estratégico de São Paulo e trabalharam dentro desse contexto, a participação e papel dos movimentos sociais.

Graziela de Oliveira Kohler e Leonel Severo Rocha observam, a partir da matriz pragmático-sistêmica, os riscos das inovações tecnológicas sob a ótica dos Direitos Humanos, tendo como pano de fundo o bem comum. Eduardo Pordeus Silva lança reflexões acerca dos direitos humanos em face da necessidade de fomento à tecnologia assistiva no Brasil e verifica se é possível a plena emancipação social das pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida dado o acesso às tecnologias assistivas de que necessitam.

Daniela Silva Fontoura de Barcellos e Paulo Emílio Vauthier Borges De Macedo demonstram a duplicidade de tratamento dos crimes políticos no direito brasileiro, bem como os critérios utilizados para a sua categorização. Sabrina Florêncio Ribeiro aborda a conceituação e as restrições aos direitos de manifestação pública, bem como analisa o conflito dos direitos fundamentais da honra e da manifestação pública centralizado na apelação cível nº 70045236213.

Paula Constantino Chagas Lessa discute a forma de produção da verdade processual penal na sistemática policial e judicial brasileira, para isto apresenta um breve histórico da legislação processual penal atual. João Paulo Allain Teixeira e Ana Paula Da Silva Azevêdo discutem a democracia agonística proposta por Chantal Mouffe a partir da compreensão da crise da democracia representativa com reflexos no esvaziamento do político, e a possibilidade de

recuperação destes espaços por novas formas de manifestações sociais, como o caso do Movimento Ocupe Estelita, de Pernambuco.

Por fim, Rosendo Freitas de Amorim e Carlos Augusto M. de Aguiar Júnior investigam as origens e aspectos históricos do preconceito vivenciado por homossexuais e o processo de reconhecimento dos direitos de igualdade, liberdade e dignidade como forma de afirmação da cidadania homossexual. E Ivonaldo Da Silva Mesquita e Natália Ila Veras Pereira com amparo na legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais, sobre o direito à Audiência de Custódia questionam qual o real significado da Audiência de Custódia, sua abrangência, características e amparo normativo.

Boa leitura!

REFLEXOS DA FORMA DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL NA CONSTRUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

REFLECTIONS OF THE FORM OF SOCIAL ORGANIZATION IN THE CONSTRUCTION OF TRUTH IN CRIMINAL CASE

Paula Constantino Chagas Lessa

Resumo

Este artigo visa discutir a forma de produção da verdade processual penal na sistemática policial e judicial brasileira, para isto apresenta um breve histórico da legislação processual penal atual. Assim como, a partir de dois modelos de formação sociais distintos (paralelepípedo e piramidal) analisa-se institutos desiguadores presentes no processo brasileiro que têm o intuito de assegurar direitos. Paralelamente, verifica-se que a forma de organização social está presente também nos institutos que permeiam o Código de Processo Penal Brasileiro e o modo de busca da verdade penal; refletindo nos mecanismos de justiça que impossibilitam a composição de litígios. A título ilustrativo compara-se as sociedades brasileira e norte-americana e seus mecanismos de busca pela verdade dos fatos e de composição de justiça, de forma a melhor ilustrar como formações sociais diferentes levam a processos penais distintos e a outra forma de administração de justiça.

Palavras-chave: Processo penal, Verdade real, Inquérito policial

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the form of the production of truth in the Brazilian judicial and police criminal procedural systematic, it presents a brief history of the current criminal procedure law. As well as from two distinct models of social organization (cobblestone and pyramidal) are analyzed institutes that differs different classes of people present in the Brazilian process that are intended to ensure "legal rights" as a measurement of this difference. Meanwhile, it appears that the form of social organization is also present in institutes that permeate the Brazilian Penal Process Code and the mode of search criminal truth, reflecting on justice mechanisms that precludes the settlement of disputes. As an illustration, the article compares the Brazilian and North American societies and their mechanisms of search for the truth of the facts and composition of justice, in order to clarify how different social formations lead to distinct criminal prosecutions as other forms of administration of justice.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal procedure, Real truth, Police investigation

1. INTRODUÇÃO

Um sistema de justiça e sua complexidade e teias é reflexo de uma sociedade, seus credos, convicções e forma de organização, uma vez que este é também parte inerente dela e representa e se articula em seus moldes. Neste sentido, também distorções, dicotomias e contradições que por vezes são encontradas nas organizações sociais estão refletidas no sistema judicial.

No cenário em que este artigo visa focar, poderão ser verificadas algumas dicotomias presentes no processo penal brasileiro, em sua organização e na sua forma de produção da verdade. A dicotomia se inicia na própria forma em que se organiza o Estado para a produção da verdade e verificação dos fatos que julga contrários à ordem pública, tal organização possui ao menos duas fases distintas: uma administrativa, realizada pela polícia (fase investigativa) e outra judiciária, realizada após o recebimento da denúncia feita pelo Ministério Público. Essas duas fases ilustram formas de produção da verdade diferentes.

Primeiramente, o responsável por fazer emergir a verdade é a polícia, através do inquérito policial. A polícia é vinculada ao poder executivo e não ao poder judiciário, portanto a produção da verdade no inquérito se faz em âmbito administrativo e não na esfera judicante, sendo assim, a produção da verdade inicialmente é realizada inquisitorialmente, sem defesa ou contraditório.

Somente após a denúncia, se inicia a fase judicial da produção da verdade, em que os fatos trazidos à baila pelo inquérito policial e pelas partes serão confirmados frente ao juiz. Nesta etapa regem os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

No Brasil, intitulou-se chamar a busca pela verdade no curso do processo de “verdade real”. Tal verdade real é perseguida tanto no processo civil como criminal, tanto que os códigos de processo brasileiros dão faculdades ao juiz de instruir o processo em busca desta verdade¹. Esse meio de buscar a verdade também pode ser encarado como a forma que a sociedade brasileira enxerga ela mesma, com os seus costumes, com a desconfiança que encara as partes envolvidas no litígio, assim como, a desconfiança em torno da própria

¹A busca pela verdade real está expressa no art. 130 do Código de Processo Civil e no art. 156 do Código de Processo Penal que faculta ao juiz buscar as provas das quais necessita de ofício.

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 156 CPP. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes, de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

verdade, como se realmente existisse uma verdade absoluta e tangível para aqueles que não participaram dos fatos. Deste modo, não se admite, no tocante ao processo penal, uma composição, pois se as partes chegarem a um acordo a “verdade real” não será efetivamente alcançada. Entretanto, a questão que se coloca é que tal verdade negociada, não necessariamente, seria menos justa.

Aliados a tais fatos, na busca da verdade real pelo Estado, não existe a possibilidade de acordo entre as partes no processo penal, sendo o inquérito policial peça indisponível² ao delegado e o processo penal é regido pelo princípio da oficialidade, sendo delicada a decisão de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público, pois o juiz tem a faculdade de discordar e remeter o inquérito para o Procurador Geral do Ministério Público³.

Apresentada tal problemática, este artigo fará um pequeno histórico do processo penal brasileiro, em seguida será apresentada a forma como a sociedade brasileira está organizada e o reflexo desta organização em seus dispositivos processuais, fazendo breve comparação com a sociedade norte-americana, que por ter formação social diferenciada da brasileira, outra religião e cultura, apresenta organização social distinta e, por conseguinte, forma de produção da verdade bastante diferenciada.

2. HISTÓRICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E DAS PENAS

No Brasil, com a chegada dos portugueses, valeu em seu território as Ordenações Afonsinas que vigoraram até 1514. Caracterizava-se tal ordenamento pela crueldade das penas e o predomínio de decisões arbitrárias. A prisão neste modelo tinha um caráter preventivo, visava evitar a fuga do preso enquanto aguardava julgamento ou fazê-lo pagar a pena pecuniária estipulada. As Ordenações Manuelinas que se sucederam aquelas, as penas continuavam cruéis, sendo o direito penal aplicado pelos próprios donatários.

Seguiram-se as Ordenações Filipinas em 1603 que permaneceram até 1830, também caracterizadas por penas cruéis e desproporcionais, passando sua aplicação da pessoa do condenado e estendendo-se a seus descendentes. Tal Ordenamento tinha o Direito Penal regido pelo seu Livro V, se caracterizava pela arbitrariedade das decisões e pela pessoalidade da pena que dava tratamento punitivo diferente aos distintos tipos de pessoas (fidalgos, escravos, membros de famílias influentes, etc.). Esta fase era marcada pela ampla

² Art. 17 CPP. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

³ Art. 28. CPP Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

criminalização das condutas, a punição visava inculcar o temor e o medo à população, ou seja, a pena continuava tendo um caráter de prevenção e também de inibição ao delito. Entretanto, tais Ordenamentos tão rigorosos e uma aplicação da pena diferenciada, dependendo da pessoa, faziam transparecer uma sensação de impunidade, pois as penas previstas eram impossíveis de serem igualmente aplicadas a todos devido ao extremo rigor, assim os mais nobres ou influentes tinham sua punição amenizada.

A Constituição Imperial de 1824 inovou e trouxe em seu texto no artigo 179, inciso XX que a pena não passaria da pessoa do condenado, não havendo confisco de bens, nem a infâmia seria transmitida aos parentes. No inciso seguinte, o texto constitucional assegurava que as cadeias seriam seguras, limpas e arejadas, devendo os réus permanecer separados, segundo a natureza de seus crimes. Tais garantias foram instituídas justamente por se julgar excessivamente rigoroso o livro V das Ordenações Filipinas, o que provocava nos juízes uma espécie de condescendência na imputação penal, mitigando o rigor da legislação até então vigente (LOPES: 2000 p 286).

Tal Constituição também previa em seu art. 179, XVIII a elaboração de um novo Código Criminal fundado na justiça e equidade. Em 1830, surge o primeiro Código Criminal Brasileiro, sendo o primeiro instrumento autônomo da América Latina e já em 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal. Foi na vigência deste novo Código que se criaram a figura do juiz de paz e do Inquérito Policial como meios de se proceduralizar a investigação e já constituir a formação de culpa em juízo.

Em 1831, com a criação da figura do juiz de paz e do tribunal do júri, sob influência das idéias inglesas. A investigação dos fatos, a que se dava o nome de “formação de culpa”, logo se confundindo com esta, ficava entregue a um membro do Poder Judiciário – o juiz de paz – que era leigo e eleito.

A investigação criminal surgia a partir da denúncia ou da queixa e consistia em etapa do processo judicial, ou seja, a verdade ali produzida era levada a julgamento, sem sofrer questionamento ou desqualificação.

Com a reforma do Código de Processo Criminal em 1841, muitas atribuições que haviam sido delegadas aos juízes de paz, que por serem eleitos representavam a oligarquia local, em oposição ao poder central, foram suprimidas, esvaziando-se o poder do juiz de paz. Com a reforma, que visava uma maior centralização do poder, criou-se o Chefe de Polícia da Corte, subordinado ao poder central, escolhido dentre os juízes de direito e desembargadores, nomeados diretamente pelo imperador.

Os chefes de polícia eram auxiliados por delegados, aos quais foram atribuídas as antigas funções do juiz de paz. Os delegados eram responsáveis pela instrução e formação de culpa, além do juízo de admissibilidade de certos tipos de crime. Esta alteração repercutiu no modo de formação da verdade judicial, uma vez que passa a existir uma fase pré-processual de formação desta verdade, que servirá como base para propositura da ação penal.

Em 1871, é introduzida a figura do Inquérito Policial no Brasil, que tinha por finalidade ser um instrumento público e cartorial que registrasse os elementos coletados para a formação de culpa do indivíduo, antes da acusação ou pronúncia. Tal fato desmembrava em duas etapas a formação da verdade, uma vez que se tinha agora, uma etapa pré-processual e uma propriamente processual que se iniciava após a denúncia. Diferentemente, do Código Criminal de 1841, em que a verdade apurada na investigação já era parte do processo, sendo esta produzida em uma só etapa.

Tal funcionamento se consagrou com a República, passando a elaboração de o inquérito policial ser atribuição dos poderes executivos estaduais e não mais do Poder Judiciário. Portanto, hoje, se procedimentaliza a investigação policial como uma etapa administrativa de produção da verdade, servindo apenas para fornecer instrumentos suficientes para denúncia. Devendo a verdade ser novamente refeita, com todas as garantias legais na fase processual, ou seja, a verdade policial deve ser convalidada ao longo do processo judicial.

Com a proclamação da república, o procedimento de elaboração do inquérito policial é deslocado do poder judiciário para os poderes executivos estaduais, continuando a verdade a ser produzida em duas etapas distintas. Uma em âmbito administrativo, já que a polícia é vinculada ao Poder Executivo e outra formada com o recebimento da denúncia e início do processo judicial, logo neste arcabouço de construção de verdade e busca pela verdade real dos fatos, a verdade construída ao longo do inquérito policial deverá ser convalidada pelo poder judiciário.

Mais tarde, em 1941, o Código de Processo Criminal passou por reformulação que praticamente reproduziu o código de 1841, posteriormente sofreu alterações, mas permanecendo sua essência a mesma até os dias atuais.

No tocante as penas, inicialmente as penas eram de caráter corporal, incluindo a pena de morte e a tortura, podiam se estender à família do condenado. A pena tinha principalmente um caráter coibitivo do comportamento, ou seja, visava ser um exemplo a punição dada ao delinquentes, para que com isso impedisse outras pessoas de se comportarem daquela mesma maneira desvirtuosa. Outra função da pena era retirar o delinquentes do convívio social, o que podia se dar através da pena de prisão perpétua, pena de morte ou exílio.

Em paralelo, a pena judicial tinha também um caráter expiatório, ou seja, a pena era uma forma do pecador pagar por sua conduta errada. Verifica-se que havia uma permissibilidade excessiva entre a conduta social esperada com a moral católica e a conduta delitiva se confundia com o pecado.

Desta forma, a confissão judicial também se desfigura neste sistema, pois ela era vista como um pedido de perdão. O pecador pede a deus através dos homens perdão pela sua conduta e somente o verdadeiramente arrependido confessa o fato criminoso. Assim, confissão judicial confunde-se com a confissão católica.

A pena também passa a ser expiação da alma, pois através do sofrimento terreno aquela alma será salva. Pode-se verificar que desde a Antiguidade até o século XVIII a pena se caracterizava por seu componente corporal e aflitivo.

Michel Foucault (2009) retrata a pena imposta a Damiens condenado em 1757, em que expõe com clareza o suplício da pena imposta e a importância do arrependimento e o pedido de perdão a deus pelo infrator:

“[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta da igreja principal de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras, em seguida... atezado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas,..., as partes que será atezado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos... Depois destes suplícios, Damians, que gritava muito sem, contudo blasfemar,... beijava conformedo o crucifixo que lhe apresentavam, estendia os lábios e dizia sempre: Perdão Senhor.” (FOUCAULT: 2009 p 9 e 10).

Com o advento das ideias de Cesare Beccaria⁴, surgem outras funções para a pena, devendo esta também instruir e regenerar o condenado para que este não voltasse a delinquir, além de ter sido humanizada.

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2002.

No Brasil, a influência religiosa permanece, tanto que a confissão judicial brasileira leva o mesmo nome da confissão religiosa, o que não acontece em outras línguas e culturas. A verdade da alma, da salvação, pode ser diferente da verdade judicial e com ela não se confunde. Assim como, o arrependimento não deve ser elemento para mensuração da pena, tanto que não está presente no artigo 59 Código Penal.

Primeiramente, o artigo 59⁵ do Código Penal dita que a pena terá caráter preventivo e repressivo, logo a pena em nosso sistema não tem caráter retributivo. A retribuição seria o pagamento à sociedade por aquele que causou um mal a ela, sofrendo este um mal de igual proporção pela sua conduta, uma espécie de satisfação e pagamento social, para que não gere na população sentimento de impunidade. O art. 59 deste ordenamento adotou a teoria mista ou unificadora da pena, pois estão conjugados em seu texto a necessidade de reprovação e prevenção (GRECO: 2009).

A pessoalidade da pena difere cabalmente de individualização desta, este princípio constitucional presente no art. 5º XLVI⁶. Quando se individualiza uma conduta, o que está se individualizando é a ação daquele indivíduo que deve ser regida por parâmetros objetivos e igualitários a qualquer um. O que rege o art. 59 em seu texto não é uma simples individualização da pena, mas sim uma pessoalização desta. Tal artigo dita que o juiz deve ter como parâmetros de fixação inicial da pena os antecedentes, a conduta social, a **personalidade** do agente e o motivo, características essas que nada tem de objetivas e, exceto a última, não influenciaram no resultado do crime.

Ao final, este artigo diz que o juiz fixará a pena, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Nesta última parte, apesar de cada tipo penal ter um mínimo e máximo de pena cominada, fica a critério do juiz dentro deste parâmetro fixar aquilo que julga necessário a reprovabilidade e prevenção o que é demasiadamente subjetivo e

⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos.

peçoal. Aliados a este fato está a livre valoraçoão de provas pelo juiz, o qual não necessariamente deverá se valer de provas periciais para formar o seu convencimento.

Entretanto, tanto o Código de Processo Penal, como os instrumentos individualizadores da pena e estas em si nada mais são que formas e reflexos de expressões sociais vigentes, refletindo em seu texto dicotomias sociais.

3. FORMA DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL: MODELO PIRAMIDAL E MODELO DE PARALELEPÍPEDO

O sistema jurídico inserido em uma sociedade é a representação dela mesma, como ela se vê, com suas diferenças e peculiaridades, uma vez que todo sistema de justiça criminal de ordem pública é uma expressão dos valores sociais e tais valores nunca estão dissociados da sociedade. Aquilo que existe, assim o é porque a sociedade está de acordo, porque o julga adequado a seus costumes e funciona utilizando-se destas regras e acordo social (KANT DE LIMA, 2001).

KANT DE LIMA (2000) apresenta dois modelos de organização social. Um primeiro modelo seria o modelo de paralelepípedo, isto é a sociedade se organiza na forma de um bloco, com base e topos iguais. Nesta sociedade, alguns estão embaixo, outro mais acima, entretanto como a base e o topo são iguais, o indivíduo da base pode alcançar o topo sem que haja uma desordem social, pois há espaço para ele no topo e alguns que antes estavam no topo podem vir a cair, mas esta mobilidade está inserida neste modelo. Em tal forma de organização social as oportunidades devem ter sido oferecidas igualmente a todos os indivíduos e estes através de suas escolhas alcançarão posições mais altas ou mais baixas nesta sociedade.

O outro modelo apresentado é o piramidal. Neste sólido a base é muito maior que o topo, assim não há possibilidade de uma mobilidade social muito intensa entre os indivíduos da base com os do topo, pois não há espaço suficiente no topo. Em tal tipo de organização social não há como um indivíduo ascender ao topo sem algum tipo de tensão entre a base e o topo, pois esta mobilidade abala estruturalmente a pirâmide. Para a garantia e estabilidade de tal modelo as oportunidades não podem ser oferecidas a todos igualmente, a informação privilegiada é de grande valor, pois ela é uma garantia de estabilidade em uma das posições da pirâmide. A sociedade que assim se organiza tem que ser dotada de mecanismos excludentes que permitam a estabilidade de tal modelo com a menor tensão possível.

3.1. MODELO DE PARALELEPÍPEDO

No modelo de paralelepípedo existe a possibilidade teórica de todos os participantes de seu universo podem chegar a todas as posições na estrutura. Neste modelo, pela igualdade que proporciona a seus indivíduos, os conflitos são inerentes ao sistema, pois entre iguais os interesses por vezes irão colidir, por isso precisam ser explicitados para, a seguir, serem solucionados.

Os Estados Unidos da América (EUA) são uma sociedade em forma de paralelepípedo. As regras ali são locais, variam de estado para estado e muitas vezes de localidade para localidade. Desta maneira, se existem regras locais significa que estas são um acordo de vontades que aquela comunidade preferiu aderir para viver mais harmonicamente, assim as regras são consensuais e todos as compreendem. Fica evidente que todo mundo tem que abrir mão de alguma coisa para viver neste tipo de sociedade.

A sociedade americana, fundada a partir da revolução americana contra os ingleses, se funda no individualismo e no igualitarismo. Em tal sociedade todos devem ser tratados como iguais, apesar de individualmente diferentes. Devido ao sistema capitalista em que está inserida, as oportunidades são oferecidas igualmente a todos e os indivíduos irão se diferenciando de acordo com suas aptidões e escolhas, mas essencialmente são iguais, logo a lei é igual para todos (KANT DE LIMA, 2001).

Em uma sociedade organizada desta forma, a mudança de estratificação entre seus elementos não representa um choque e nem um abalo nas estruturas, podendo ser considerado algo natural. Em tal estrutura as oportunidades foram oferecidas de forma igual a todos os indivíduos que as aproveitaram de formas diferentes. Desta forma, a escolha por delinquir, por ter um comportamento antissocial, representa de fato uma escolha, pois foi dada oportunidade aquele cidadão de escolher diferentemente⁷.

No tocante ao espaço público da sociedade norte-americana é um espaço coletivo negociado pela coletividade que dele faz parte, que se compromete a conviver nele, respeitadas suas diferenças e sob a ordem das regras acordadas.

Esta sociedade em forma de paralelepípedo reproduz um mercado de opções, com acesso universal, havendo previsibilidade nas escolhas. O particularizado, a informação privilegiada é mal vista, pois é uma forma excludente do acesso.

⁷ Kant de Lima (2001) ao ilustrar tal sociedade na forma de paralelepípedo, consegue construir um sólido geométrico que deixa bastante evidente a disposição social desta sociedade, sendo base e topo iguais, logo os movimentos entre os indivíduos não abalam este tipo de estrutura.

Em tal sociedade seus indivíduos, ao longo da vida, de acordo com suas capacidades e desígnios pessoais, realizaram opções que na vida adulta os distingue socialmente, logo a importância da opção e escolha é muito clara nesta sociedade.

3.2. MODELO PIRAMIDAL

No modelo piramidal o conflito e sua explicitação desarrumam a sociedade, pois o indivíduo B não pode subir, seu lugar deve permanecer abaixo do indivíduo A, para que a pirâmide continue estável, sendo denominado um modelo de harmonia, pois necessita desta, já que o conflito abala este tipo de estrutura. Neste modelo, fica claro que nem todos poderão chegar ao topo.

Este é um modelo de hierarquias excludentes, o conflito não pode ser explicitado, pois causa desordem, colocando em risco a totalidade da estrutura social. A diferença é associada a posições diferentes dentro da estrutura social que são naturalizadas e encaradas como inevitavelmente desiguais. Para que tal estrutura seja mantida é necessária a manutenção da desigualdade. O conflito se resolve se mantendo as desigualdades.

3.3. MODELO BRASILEIRO

No Brasil existem os dois sistemas de organização social, o da pirâmide e o do paralelepípedo. Tais sistemas também estão juridicamente representados, entretanto estes dois modelos ao invés de colidirem, se encontram, paradoxalmente, harmonizados. Em teoria, todos os indivíduos são iguais, com direitos iguais, conforme prevê o art. 5º da Constituição Federal⁸, dando em teoria a igualdade civil e jurídica aos cidadãos brasileiros, o que significaria uma sociedade em forma de paralelepípedo. Tal modelo, entretanto, só funciona se os recursos estiverem, em teoria, universalmente distribuídos. Neste sistema, a informação tem que estar disponível para todos, não podendo estar compartimentada.

Por outro lado, o Código de Processo Penal é um exemplo do modelo piramidal brasileiro. Nele estão previstos uma série de institutos que naturalizam a diferença social, como exemplos, pode-se citar a prisão especial, o foro privilegiado e no Código Penal, seu artigo 59 que carrega excessiva subjetividade.

O modelo que melhor representaria a sociedade brasileira, segundo KANT DE LIMA (2001), seria o de uma pirâmide dentro de um paralelepípedo. Uma sociedade

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

organizada desta maneira é uma sociedade que naturaliza as diferenças, ou melhor, as preferências. Um sujeito pode ser tratado de maneira diferente a do outro, pois alcançou um “status quo” diferenciado na sociedade: seja por possuir nível superior, por já ter tido um cargo no poder público, possuir dinheiro ou ser original de uma determinada família.

Podia-se pensar que a sociedade desejasse combater quaisquer tipos de privilégios, mas ao contrário, estes já estão naturalizados, se transformando em objeto de desejo de outros indivíduos, ou seja, todos desejam ser privilegiados.

A pirâmide dentro do paralelepípedo representa a estratificação social da sociedade com seus privilégios e hierarquias, paradoxalmente dentro de um sistema que, em teoria, trata a todos como iguais e com iguais direitos que é a Constituição Federal Brasileira.

O sistema jurídico nacional não reivindica uma origem popular ou democrática. Considera-se o produto de uma ciência normativa, com objetivo de controle e organização social, embasados em teorias positivistas da ciência do direito⁹. Diante deste modelo de controle social, as regras legais quando se aplicam, uma vez que não são fruto da vontade coletiva, são vistas como imposição, constrangimento externo ao comportamento do indivíduo, são impostas pela autoridade, não fazendo parte de um conjunto e valores morais partilhados.

No tocante ao domínio público brasileiro identifica-se este como o lugar controlado pelo Estado, de acordo com suas regras, onde tudo é possível e permitido até a que seja proibido ou reprimido pela atividade estatal. A autoridade é a detentora do conhecimento do conteúdo e principalmente de sua interpretação.

No espaço público brasileiro todos querem tudo, o que merecem e que desejam ter, e tudo o que os outros têm. A igualdade associa-se à semelhança e não à diferença entre as pessoas. As regras do espaço público são sempre gerais e nunca locais. O sistema coloca todos juntos, mas de forma hierarquizada, na forma piramidal.

Esta sociedade que se organiza na forma piramidal não pode explicitar o conflito, pois esse é uma força desestruturante que pode desarrumá-la. No espaço público brasileiro há espaço para o reconhecimento jurídico de direitos diferentes explicitamente atribuídos a pessoas supostamente desiguais. Conforme RUI BARBOSA¹⁰ já dizia:

“A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem.

⁹ O símbolo do positivismo jurídico e Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito

¹⁰ BARBOSA, Rui. Oração aos mocos. 5ª ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível na Internet: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf

Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

Tal linha de pensamento, largamente aplicada pelo judiciário, apesar de parecer que leva a uma igualdade formal, o que se verifica, por vezes é uma personalidade conferida ao julgamento do caso concreto.

4. REFLEXOS DOS MODELOS DE ORGANIZACAO SOCIAL NO SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA

Fazendo-se um contraste entre os dois modelos de organização social, o modelo piramidal é holístico, hierárquico, suas camadas apresentam características de complementaridade, a igualdade entre seus membros está em sua semelhança. Em contraste, o modelo de paralelepípedo é individualista, cada membro deve prosperar embasado em mérito próprio; é igualitário, pois o acesso e a ascensão são oferecidos a todos. Neste sistema, os indivíduos que formam o seu todo estão em situação de oposição, pois possuem interesses conflitantes uns com os outros, o que é encarado com normalidade e, por fim, a igualdade entre seus membros está embasada no respeito a suas diferenças.

Como tais modelos e suas construções são diferentes, isto se refletirá na forma em que se organizam institucionalmente tais sociedades, portanto o sistema de administração de justiça, sua forma de produção da verdade e a forma de resolução de conflitos, sofrem influencia direta destes modelos de organização social.

No modelo piramidal a regra é de âmbito geral, elaborada por um poder central e deve valer para todos, entretanto sua aplicação será particularizada caso a caso, dependendo das condições pessoais do sujeito a que ela se aplique¹¹, além disto, existe uma interpretação autorizada, oficial, à lei, não sendo dada autorização a qualquer um de interpretá-la. O simples fato da lei não se deter à sua literalidade, já dá margens a aplicações subjetivas, além disto, tal modo de interpretar faz com que aqueles que se submetam à lei a sintam como uma imposição.

¹¹ Como exemplos desta subjetividade na aplicação da pena, se pode ilustrar com o art. 59 do Código Penal e no âmbito cível com a decisão ora transcrita para mensurar danos morais:

Outrossim, configurado está o dano moral. Concernente à mensuração os danos, não havendo no sistema brasileiro, critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justaquantificação da cifra reparatória pedagógica.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 70018339796 julgada, em 04 de Abril de 2007, pela 5ª Câmara Cível. Relator Des. Paulo Sérgio Scarparo.

O modelo de paralelepípedo traz outro enfoque para a aplicação da regra. Inicia-se que a regra é de âmbito local, ou seja, determinada pelas comunidades dos locais em que será aplicada, sendo assim as regras são encaradas como condutas sociais a serem seguidas, dotadas de valores comuns, portanto de mais fácil compreensão de seus membros, tendo em vista que estes as entendem e concordam com elas. As leis, neste modelo, são aplicadas universalmente, portanto incide de forma igual sobre todos e, por fim, o que vale é sua literalidade, independentemente de interpretação, estando assim acessível a todos.

Tal contraste entre estes dois modelos faz com que cada um administre os conflitos que surjam em sua sociedade de forma distinta. No modelo piramidal visa-se descobrir a verdade real dos fatos. Neste modelo aqueles que não fizeram parte do acontecimento, supõem deter o poder de descobri-la. Em tal sistema, a explicitação do conflito é vista de forma negativa, pois a tensão gerada pelo afloramento do conflito pode desarrumar a estrutura social vigente, portanto as desigualdades devem se compensar para reafirmar a ordem pré-existente. Neste modelo de administração de justiça vige a inquisitorialidade, a busca pela conciliação e trabalha-se sob a ótica de presunção de culpa.

No modelo de paralelepípedo a construção da verdade se dá de forma negociada, onde as partes barganham entre si, com os instrumentos que detêm de forma a resolver o conflito, assim as desigualdades são anuladas e cria-se uma nova ordem, vale a adversariedade, ou seja, são dois adversários que visam o melhor para cada qual na solução do litígio, se propõe a mediação, a negociação e a adjudicação, por fim trabalha-se sob a ótica da presunção de inocência.

Nos EUA, como já mencionado, a sociedade se organiza na forma de paralelepípedo, o sistema de resolução de conflitos e produção de verdade é através da arbitragem e negociação, no campo do direito existe o *“Trial by jury system”* e a *“plea bargaining”*, sua principal instância de legitimação e consagração.

Tais rituais visam proporcionar à sociedade a sensação de igualdade, pois uma sociedade formada de indivíduos desiguais, divididos em classes e convivendo em uma sociedade heterogênea possuem o direito igual a sua diferença.

A tradição judiciária brasileira vigente não explicita, discute ou transforma, mas somente transfere ao domínio de práticas implícitas as diferenças hierarquizantes. Em paralelo, a maioria dos especialistas insiste que nosso sistema judicial é leigo, liberal e anticlerical (KANT DE LIMA: 2001 p 121). O Brasil vive um paradoxo, pois a organização judiciária e burocrática é descrita de uma forma, mas funciona de outra.

Em um espaço público ambigualmente definido, a forma da aplicação literal e universal das regras locais convive com a tradição da aplicação particularizada das regras gerais, sempre dependente de interpretação autorizada.

No Brasil se explicita a convivência entre o modelo de paralelepípedo e o modelo piramidal, estando o primeiro presente no texto constitucional e o segundo nas nuances do Código de Processo Penal.

As normas constitucionais, que são mais elevadas e mais importantes enfatizam o modelo paralelepípedo, em que vale a isonomia: todos são iguais perante a lei e uma série de direitos e garantias individuais, entretanto, no caso concreto de cometimento de infração as normas que vão vigor serão as do Código de Processo Penal, que seguem um modelo hierarquizante.

5. INSTITUTOS DESIGUALADORES INSERIDOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL

A Constituição Federal sofreu várias emendas e é permanentemente discutida pelos estudiosos do direito e também pela sociedade, entretanto a reforma do Código de Processo Penal é relegada a segundo plano e colocada de forma tecnicista, como se fosse um assunto apenas para especialistas da área, sendo tal necessidade premente de forma que ele se harmonize aos dispositivos constitucionais de igualdade. Tal projeto de reforma encontra-se já aprovado pelo Senado e deu entrada na Câmara dos Deputados para aprovação das emendas propostas em 7/12/2010.

O Código de Processo Penal em vigor apesar de conter disposições claramente inconstitucionais, é o que orienta a prática processual desde 1870, um exemplo de inconstitucionalidade é o instituto da prisão especial, por ser contrário à isonomia e à igualdade. Por que alguém com nível superior, ou ocupante de determinado cargo deveria ter direito à prisão diferenciada? Tal prisão especial também se explicaria pelo fato da pena não ser apenas a da prisão em si só, mas estar implícita nela as condições miseráveis do cárcere.

O argumento que se traz para a manutenção da prisão especial é que se caso ela fosse extinta, os juízes não teriam mais coragem de mandar prender nenhum rico no Brasil, pois não poderiam mandar essas pessoas ricas para as cadeias fétidas (KANT DE LIMA: 2001 p 105).

KANT DE LIMA (2001) argumenta que para aquele que está se defendendo, a prisão especial significa muito, não somente pela segregação que incute, mas porque traz consigo a presunção de inocência, enquanto a prisão comum traz a presunção da culpa, portanto a liberdade não é um bem que se conceba igualmente distribuído no Brasil.

O novo projeto de Código de Processo Penal prevê o fim desse instituto¹². Na exposição de motivos do projeto de lei do novo Código de Processo Penal aprovado no fim de 2010 pelo Senado Federal, lê-se que:

“O instituto da prisão especial também foi redefinido. A justificativa para a distinção de tratamento na prisão provisória tem a mesma natureza desta: o acautelamento em situações de risco. Remanesce a especialidade no tratamento unicamente para a proteção da integridade física e psíquica de pessoas que, por qualquer razão, já considerado o exercício de determinadas atividades associadas à perseguição penal, estejam em risco de ações de retaliação.”

Nesta linha de pensamento, a prisão provisória, não mais distinguiria pessoas, mas situações fáticas de risco à integridade física e psíquica do sujeito.

O instituto, entretanto, ainda terá sobrevivido, pois o projeto de lei prevê em seu artigo 330¹³ a possibilidade da prisão especial para aquele que exerceu a função de jurado, tendo em vista a presunção de sua idoneidade moral, ou seja, o jurado presume-se inocente. Tal presunção poderia ser taxada de imoral e diferenciadora, pois não se pode pressupor que aquele que exerce tal função seja mais ou menos idôneo que outros membros da população, além do que a conduta praticada e o resultado não se distinguem em função do agente.

Outro exemplo de dispositivo desigualador é a competência especial por prerrogativa de função. Aquele que alcançou um determinado cargo no executivo ou no legislativo passa a ter direito a foro privilegiado. Como exemplo, o prefeito é julgado pelo Tribunal de Justiça Estadual, o presidente e ministros, estes por crimes conexos, pelo Supremo Tribunal Federal, cabe ressaltar que tal dispositivo permanece no projeto de novo Código de Processo Penal¹⁴.

¹² Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Penal: Lei do Senado 156 de 2009, na Câmara dos Deputados é o Projeto de Lei 7987/2010.

¹³ Art. 330 PL 7.987/2010 O exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante, estabelecerá presunção de idoneidade moral e assegurará prisão especial, em caso de crime comum, até o julgamento definitivo.

¹⁴ Art. 86. CPP Ao Supremo Tribunal Federal competirá, privativamente, processar e julgar: I - os seus ministros, nos crimes comuns; II - os ministros de Estado, salvo nos crimes conexos com os do Presidente da República; III - o procurador-geral da República, os desembargadores dos Tribunais de Apelação, os ministros do Tribunal de Contas e os embaixadores e ministros diplomáticos, nos crimes comuns e de responsabilidade. Art. 87. Competirá, originariamente, aos Tribunais de Apelação o julgamento dos governadores ou interventores nos Estados ou Territórios, e prefeito do Distrito Federal, seus respectivos secretários e chefes de Polícia, juízes de instância inferior e órgãos do Ministério Público.

Aqueles que defendem tal instituto, ainda conseguem ver nele uma perda, a perda de uma instância recursal, entretanto, tais prerrogativas foram instituídas, sob a ótica de ser uma forma dos “iguais” serem julgados por seus “iguais”. Ressalta-se que o alcance aos cargos de desembargador ou ministro dos tribunais superiores são cargos políticos que se ascende por articulações políticas próprias ou indicação do próprio presidente. Logo, o povo não está ali presente, e pode aquele que está sendo julgado ter sido o responsável pela indicação daquele juiz¹⁵, entretanto tal fato não se reflete em impedimento ou suspeição.

Seguem-se as imunidades parlamentares que não se bastam aos crimes de opinião, mas alcançam quaisquer tipos de crime, o que consiste em verdadeiro contrasenso à igualdade, pois ao se tolher uma vida, deve fazer diferença a condição social ou pessoal daquele que pratica o homicídio no seu julgamento e na imposição da pena?

Tais prerrogativas podem ser explicadas como algo herdado das Ordenações Filipinas em que o ato de julgar se fazia em função da pessoa e não da matéria. O Código de Processo Penal organiza e trata a sociedade, de acordo com sua organização piramidal. A começar pela polícia, que usualmente é a primeira instância que tem conhecimento do delito, está explicitado no Código que ela não pode tratar a todos da mesma forma. O Código de Processo Penal impõe o tratamento desigual à população, apesar do da Constituição Federal dizer o contrário.

6. A POLÍCIA COMO PRIMEIRA INSTÂNCIA FORMADORA DA VERDADE

Na prática policial e judicial existe uma enorme discrepância entre a aplicação equitativa dos princípios constitucionais igualitários e a realidade seletiva e elitista da ação judiciária. As práticas policiais, e não o sistema judicial, são acusadas dessa distorção. Reformas Constitucionais e controle sobre a polícia são os remédios recomendados para o correto funcionamento da democracia brasileira (KANT DE LIMA: 1995 p 2).

A polícia brasileira é toda ela encarada com desconfiança pela população e principalmente pelo judiciário. Constitucionalmente, a polícia apesar de ser um braço armado do poder executivo está sob a supervisão do Ministério Público e do poder judiciário. Devido a esta ótica da desconfiança e ao método de produção de verdades que se utiliza, de cunho investigatório, basicamente inquisitorial, tem-se a verdade policial mitigada, sendo ela a mais fragilizada nas etapas que seguirão após a acusação formal pelo Ministério Público.

¹⁵ KANT de LIMA, Roberto. Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Práticas Policiais: O Caso Brasileiro em uma Perspectiva Comparada. In NOVAES, Regina (org.) Direitos Humanos: Temas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

Esta desconfiança e ao mesmo tempo anacronismo entre a polícia e o judiciário, configurada na ótica de produção de verdades, leva a verdadeiras dicotomias. A justiça da polícia acaba que por vezes não se aproxima da justiça da lei, ou judicial. O mesmo olhar de desconfiança que o judiciário deposita na polícia, essa lhe devolve, pois não crê na efetividade de suas decisões, não crê no sistema carcerário, pois o conhece, assim como conhece a delinqüência com que lida diariamente.

Tal anacronismo e lacuna de poder público em diversas regiões levam a formação de zonas controladas por grupos para-policiais (milícias) que se utilizam de um juízo de exceção que, por vezes, são legitimados pela população local que acredita naquilo como uma forma de segurança. Neste espectro, a população tem sua opinião sobre a segurança e delinqüência com a qual convive, com base no seu senso comum. O legislador influenciado pela opinião pública toma medidas importantes que coadunam com tal sentimento popular. Traçando-se um paralelo ilustrativo, a população seria como um paciente que dita ao médico o seu próprio diagnóstico, o que é um contrassenso.

Apesar de a Constituição Federal dispor em seu artigo 5º que todos são iguais perante a lei e que há presunção de inocência, na prática como o réu levado ao judiciário está ali por já ter sido investigado, não lhe é dado à presunção de inocência, mas lhe incide a culpa, devendo na prática provar sua inocência (KANT DE LIMA: 1995), pois só está ali sofrendo julgamento porque foi objeto de investigação.

Desta forma, a polícia funciona com um elo entre o sistema judicial elitista e hierarquizado e o sistema político igualitário. O tratamento pela polícia e do Código de Processo Penal será diferenciado a depender do *status* social de cada pessoa: vide a súmula vinculante de proibição de algemas e a prerrogativa de prisão especial para detentor de diploma de curso superior¹⁶.

Como a polícia é a parte mais fragilizada neste ambiente jurídico de produção de verdade, está constantemente em observação, podendo ter suas ações classificadas de legais ou ilegais pelo judiciário e tendo seus erros punidos com mais rigor. “*A polícia é o bode expiatório da ideologia jurídica elitista na ordem política teoricamente igualitária*”. (KANT DE LIMA: 1995 p 8)

¹⁶ Um exemplo recente do desprestígio policial é a súmula vinculante número 11 que regula o uso de algemas: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado”.

6.1. TRADIÇÃO INQUISITORIAL BRASILEIRA E PRODUÇÃO DA VERDADE NO INQUÉRITO POLICIAL

Desde a Idade Média que através do inquérito se buscava estabelecer e julgar a verdade de um crime, determinar seu autor e aplicar-lhe uma sanção legal. Estas três condições: o conhecimento da infração, o conhecimento do responsável, o conhecimento da lei, é que permitiam estabelecer um julgamento como verdade bem fundada.

Este objetivo do inquérito policial é presente até hoje. No inquérito não se faz juízo de valor, não se questiona as condições, idade, sociabilidade do infrator, o que se busca é a determinação de uma verdade, conseguida por investigações e pela inquisitorialidade que lhe é característica, portando busca-se: a partir do conhecimento do fato, determinar quem cometeu, como cometeu, que meios usou. Pode-se assim observar a vertente objetiva do inquérito policial.

A tradição inquisitorial é presente na cultura brasileira e pressupõe a culpa alheia. Diferentemente nos EUA, nos rituais jurídicos deste país se fazem “examinations”, nos quais são formuladas “questions” que não podem ter respostas induzidas, nem supor prévio conhecimento de quem as deve responder.

No Brasil, vige o interrogatório que tem como objetivo fazer o sujeito cair em contradição, sendo a culpa, neste caso, presumida e havendo contradição, haverá o indiciamento. No interrogatório policial a pessoa que pode ter vindo na qualidade de testemunha facilmente pode cair na condição de suspeito e de possível indiciado. O presidente do inquérito policial já detém informações que o inquirido desconhece e as perguntas realizadas são feitas com aquelas informações previamente conhecidas e essencialmente objetivam verificar uma contradição.

Desta forma, o interrogatório se opõe a uma entrevista, pois no decorrer de uma entrevista se forma uma verdade consensual através do diálogo. No interrogatório, a verdade produzida será absoluta.

O inquérito policial é um procedimento administrativo, por isto não rege o contraditório e demais garantias constitucionais próprias do processo.

7. PRODUÇÃO DA VERDADE NO DECORRER DO PROCESSO PENAL

A hierarquia e a mitigação da cidadania capaz estão presentes na maneira em que se encontra estruturado o processo. No Brasil, o conhecimento do fato em crimes de ação pública leva compulsoriamente a instauração de ação penal ou ao inquérito policial, sem

possibilidade de negociação e disponibilidade. A desconfiança sobre a polícia é tamanha que não é dado ao delegado o poder de dispor sobre o inquérito.

Em realidade, a sociedade brasileira convive com a existência paradoxal de uma ideologia formal e constitucional igualitária e uma ordem social e penal hierarquizada, transparecendo as diferentes classes de cidadania a diferentes tipos de indivíduos. Os dispositivos constitucionais universalistas e igualitários são aplicados no Brasil de forma tipicamente hierarquizada.

A hierarquia está presente na própria organização judiciária organizada em instâncias que se correlaciona com uma série de procedimentos penais progressivos. Inicia-se pela indisponibilidade do inquérito policial por parte do delegado de polícia, a acusação é compulsória nos crimes de ação penal pública, não havendo qualquer possibilidade de negociação e o arquivamento do processo deve obrigatoriamente passar pelo crivo do juiz.

Tais dispositivos são desigualadores, à medida que são carregados de uma desconfiança inicial, sendo a polícia a parte mais fragilizada do elo, seguramente por sua proximidade com os fatos apurados, logo devendo ser a mais vigiada.

Um dos exemplos de dispositivos constitucionais igualadores é o direito à ampla defesa, tal direito visa igualar as partes no processo penal, entretanto, a desigualdade inicia-se com os prazos processuais dilatados que os órgãos públicos possuem. Além disto, as partes são impedidas de negociar e a faculdade que o réu tem de mentir, sob o argumento de que não está obrigado a fazer prova contra si mesmo, é instituto dissonante à moralidade e não consiste em ampla defesa, pois devido a esta faculdade que lhe é dada, já lhe é imposta a ótica da desconfiança e da culpa. Permite-se, assim, a presunção da culpa do réu, pois este “deve estar mentindo” e a onipotência do judiciário na busca por uma “verdade real”. Sob o argumento da busca por esta verdade real, é dado ao juiz uma série de instrumentos para persegui-la, assim como ao Ministério Público, impossibilitando qualquer resolução do conflito com os fatos até aquele momento apurados.

No momento da aplicação da pena, além da verdade dos fatos, que foram apurados na fase do julgamento à luz do contraditório, o juiz se valerá de seu livre convencimento e da subjetividade apresentada no artigo 59 do Código Penal para imposição da pena.

Ao longo do tempo, o juiz a despiu-se do papel de castigador (era ele quem impunha o castigo ao condenado e a pena), a aplicação da pena passou a ter um espectro muito maior do que o simples infrator e seu castigo. A pena em si passou a ser encarada em diversas nuances, visando o isolamento do condenado, seu afastamento da sociedade e, por outra

vertente, também adquiriu um caráter ressocializador e correicional, assim como o caráter reparatório.

No tocante ao condenado, passou-se a verificar que condições apresentavam no momento do ato, sua sanidade mental, a conduta da vítima para com o agente, circunstâncias atenuantes e agravantes e o comportamento social do infrator até então.

Cercado por um corpo técnico não-jurídico (psicólogos, médicos, assistentes sociais, etc.) se tenta prever o futuro: virá o condenado a delinquir novamente, que efeitos terá a pena sobre o condenado, poderá ele se ressocializar? Vindo o magistrado pontuado por toda essa sistemática a fazer coisa bem diferente que o mero ato de julgar os fatos imputados ao indivíduo.

A justiça criminal moderna se carrega de muitos elementos extrajurídicos com a finalidade que a sentença criminal do magistrado vá além de uma simples punição, escusando o juiz de ser pura e simplesmente aquele que castiga. A justiça criminal só se justifica por essa perpétua referência à outra coisa que não ela mesma (KANT DE LIMA: 1995 p 26). Deste modo a penalidade imposta à pessoa do condenado é mais que uma simples penalidade, mas está ligada a uma série de efeitos positivos e úteis à pessoa do condenado e à sociedade.

Observa-se ainda que durante a execução penal, a pena pode se modificar, conforme o comportamento do condenado e o tempo transcorrido, como se sua periculosidade fosse neutralizada.

7.1. LÓGICA DA PRODUÇÃO DA VERDADE NO PROCESSO PENAL

A produção de verdade judiciária é a do processo judicial, em que tem toda sua lógica baseada no princípio do contraditório. Também nesta fase, na figura do juiz investigador, o processo também se reveste de certa inquisitorialidade, pois o juiz tem o dever de chegar à verdade real. Usualmente, os meios de prova são as testemunhais e documentais, podendo o juiz se valer ou não das provas periciais. No processo penal brasileiro, as provas não têm critério de valoração, logo é perfeitamente válido o juiz em sua decisão se valer mais das provas testemunhais do que as periciais, pois não há obrigatoriedade de usar a prova técnica, em seu livre convencimento.

Na exposição de motivos do código e processo penal encontra-se que o objetivo do processo judicial criminal é a descoberta da verdade real, em clara oposição a verdade formal que é aquela trazida pelas partes.

Relembrando, a confissão no processo penal se assemelha com a confissão católica, sendo inclusive igualmente denominada. O criminoso é o pecador e a confissão seria uma

espécie de arrependimento. Nesta lógica, se não há confissão se pressupõe a culpa. Deste sistema se justifica o direito que o acusado tem de usar de qualquer meio de prova e de, inclusive, mentir. O que gera graves problemas éticos em uma sociedade e a uma categoria profissional específica: os advogados.

A mentira deliberada se aceita, pois se acredita que só diz a verdade aquele verdadeiramente arrependido. Como se pressupõe, onipotentemente, que a mentira será descoberta mais cedo ou mais tarde, se dá ao acusado o direito de mentir.

No Tribunal do Júri também se produz a verdade processual. Nos debates finais o promotor e o advogado podem debater no tempo permitido, o que é dito não é gravado ou documentado, ao final podem acontecer surpresas, como a absolvição do acusado, enquanto tudo indicava a condenação e vice-versa. Ressalvando-se que este tribunal só julga os crimes cometidos contra à vida.

A verdade nesta lógica do contraditório leva, necessariamente, a imposição de uma tese sobre a outra, uma tese será a vencedora e outra a perdedora, pois são teses antagônicas. A verdade resultante não é consensual.

A verdade produzida pela polícia é a mais fragilizada, pois como a verdade é feita sob uma ótica monológica é a que menos vale, possui assim uma identidade subalterna e deverá ser revalidada no decorrer do processo judicial. Tal ótica faz com que a própria polícia se perceba, no que tange a produção da verdade, como aquém dos demais órgãos de administração da justiça. Tal arquétipo é cabalmente o oposto nos Estados Unidos, local em que a polícia trabalha junto com a promotoria para acusação. Neste país sem elementos suficientes não haverá acusação, sendo o caso deixado de lado pela polícia e pela promotoria por insuficiência de provas.

No Brasil as verdades formadas pela polícia, no processo pelo juiz singular e pelo tribunal do júri são formas de produção de verdade opostas umas às outras e se desqualificam mutuamente, o que é um contrasenso e não dão coesão ao sistema.

8. CONCLUSÃO: COMPARAÇÃO DOS MODELOS DE PRODUÇÃO DA VERDADE E ADMINISTRAÇÃO CONFLITOS ENTRE O BRASIL E OS EUA.

Com o que foi apresentado e traçando-se um comparativo final com o modo de produção de verdade da sociedade norte-americana, permite-se concluir que tal ótica de produção inquisitorial da verdade desvirtua a polícia de sua função primordial que seria negociar a ordem pública. Uma polícia que age investigando e procurando criminosos com objetivo de puni-los e não de controlá-los, ou incluí-los na ordem, mas sim segregá-los, faz

com que a população não internalize as regras de conduta social, o que se internaliza é a hierarquia. Deste modo, o espaço público torna-se um vazio, quando muito, propriedade estatal, todos podem fazer de tudo até uma ordem ou interpretação ao contrário.

No inquérito quem pergunta sabe a resposta e espera uma contradição, no contraditório em fase processual, tem-se a oposição de duas teses, em que uma será a vencedora e a outra a vencida, é o oposto a técnica de argumentação, em que se busca o consenso. No Brasil vale o argumento de autoridade, em prejuízo à autoridade dos argumentos (KANT 2000: p. 109).

O regime de verdade criminal (Justice system) nos EUA repousa sobre a idéia de que a verdade é fruto de uma decisão consensual negociada, tanto pela barganha entre a promotoria e a defesa (plea bargain), como quando o réu se declara culpado (plea guilty). O próprio tribunal do júri norte-americano também trará uma decisão negociada, pois neste caso o réu insiste em sua inocência (not guilty), logo lhe deverá ser dado um processo legal específico (due processo of law) que se o “*defendant*” insistir até o final em sua inocência lhe será dado um veredicto pelo júri, decisão esta que será negociada por maioria, ou por unanimidade dos jurados.

Resumindo, a verdade nos EUA é única e formada a partir da explicitação do conflito através de uma das seguintes formas:

1. Negociação – patrocinada pela promotoria (District Attorney Office),
2. Barganha – cada uma das partes desiste de parte da verdade para propor um acordo satisfatório a todos
3. Veredicto – quando o acusado se declara inocente e sua sentença é negociada entre os jurados em um veredicto (Tryal by Jury).

A tradição judicial norte-americana também difere da brasileira, só vai a júri aquele que se declara inocente (not guilty), a este, então o Estado deve propiciar o devido processo legal (due processo of law). Deste modo, é pressuposto a presunção de inocência, tudo dito em juízo deve ser verdade, incluindo o depoimento do acusado, pois se não o fizer comete perjúrio, além disto, somente os fatos tidos em comum acordo entre a defesa e a acusação serão discutidos em frente aos jurados, o procedimento é todo oral e as falas são transcritas em sua literalidade. Portanto, este sistema se caracteriza pela oralidade, explicitação e literalidade.

No júri norte-americano o acusado corre o risco de ser condenado por crime mais grave do anteriormente negociado, inapelavelmente, portanto, neste sistema o que está em jogo não é a verdade suprema e absoluta, mas a possibilidade dos sujeitos envolvidos

negociarem com este sistema. Neste modelo, a verdade pública é fruto explícito de uma negociação coletiva entre os interessados.

O sistema brasileiro, por sua vez, é um mosaico de sistemas de verdades, como já visto. Na Constituição Federal garante-se ao acusado a presunção de inocência, o direito a defesa, o direito ao processo e insere-se também a ampla defesa, entretanto concretamente, na aplicação da lei penal através de seu processo tem-se um sistema discriminador e hierarquizante, que leva para o processo o modelo social piramidal vigente, cuja pessoalidade parece elemento indisponível.

Desta forma, a pessoalidade e falta de objetividade na imputação penal presente no artigo 59 do Código Penal transmite a desigualdade inerente à estrutura social brasileira e a pessoalização do indivíduo no ato de julgar sua conduta.

As dicotomias explicitadas entre o Código de Processo Penal e a Constituição Federal são inerentes à sociedade brasileira que internalizou em sua organização a não diferenciação entre o indivíduo e a pessoa.

Além disto, as diversas formas de produção de verdade, a do inquérito policial e a do processo judicial, não poderiam ser antagônicas ou ser objeto de revalidação uma pela outra, deveriam integrar um todo comum. Essa duplicidade de formas de produção da verdade dá margem a imenso questionamento pela parte contrária, enfraquecendo as decisões judiciais no que tange a justiça social que transmite suas decisões.

Ainda, compondo este mosaico, encontra-se uma estrutura policial originária do império e que permanece, podendo ser questionada, pois distintas são as funções de investigar e acusar, além do que faz parte inerente desta estrutura uma figura que é jurídica (delegado de polícia) que dá o tratamento e a adequação jurídica aos fatos investigados, em etapa anterior ao processo. Desta forma, a verdade policial através do interrogatório, que é inquisitorial e é peça administrativa, e as provas coletadas de forma objetiva e impessoal deverão sofrer revalidação em esfera judicial.

Por fim, a cidadania do brasileiro é mitigada, pois parece que o processo penal ao lhe dar a faculdade de mentir, o presume com culpa. Ainda, por não ser permitida qualquer negociação processual e a lavratura de uma sentença com os fatos até certo momento apurados e confessados, impreterivelmente gera um alongar processual demasiadamente grande. Esta lentidão processual gera também um sentimento de impunidade e uma eternalização da persecução penal, o que para o acusado transfigura-se em uma penalização e para a sociedade em impunidade.

9. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. Disponível na Internet: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Rogério. **Código Penal comentado**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, Malandros e Heróis: Para uma sociedade do dilema brasileiro**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- DELMANTO, Celso; DELMANTO Roberto, DELMANTO JUNIOR, Roberto e DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 5ª Ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. **O devido processo legal: um estudo comparado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 37 ed., Petrópolis: Vozes, 2009.
- GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 2ª ed., Niterói: Impetus, 2009.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ª Ed., v.1, Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- JAKOBS, Gunther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.
- KANT de LIMA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: o dilema brasileiro do espaço público**. In GOMES, Laura, BARBOSA, Livia e DRUMMOND, José. O Brasil não é para principiantes. Rio de Janeiro: FGV, 2000.
- KANT de LIMA, Roberto. **Espaço Público, Sistemas de Controle Social e Práticas Policiais: O Caso Brasileiro em uma Perspectiva Comparada**. In NOVAES, Regina (org.) Direitos Humanos: Temas e Perspectivas. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.
- KANT DE LIMA, Roberto **A polícia na cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed., Sao Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história. Lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MISSE, Michel. **Sobre a construção do crime no Brasil: Esboços de uma interpretação**. In Acusados e Acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Org. Michel Misse, Rio de Janeiro: Renavan, 2008.

MOUZINHO, Glaucia Maria Pontes. **Sobre culpados e inocentes: o processo de criminalização e incriminação pelo Ministério Público Federal Brasileiro**, dissertação de mestrado, Niterói: Universidade Federal Fluminense – UFF, 2007.

PINTO, Nalayne M. **Recrudescimento Penal no Brasil: Simbolismo e Punitivismo**. *In* Acusados e Acusadores: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Org. Michel Misse, Rio de Janeiro: Renavan 2008.

TEIXEIRA MENDES, Regina Lúcia. **A invenção do inquérito policial brasileiro em uma perspectiva histórico comparada**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, v. 22, p. 147-169, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2003.