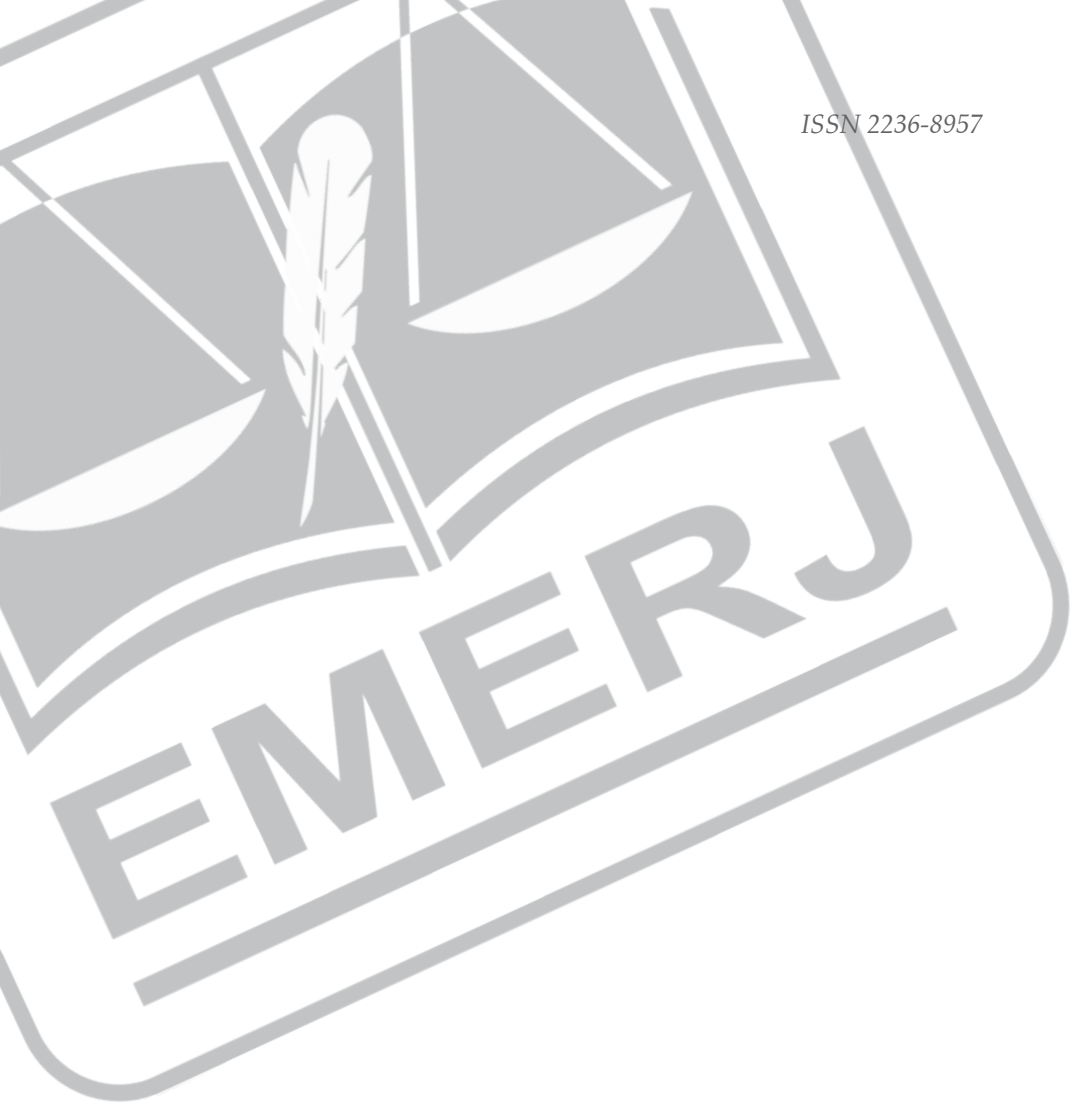


ISSN 2236-8957



# Revista da EMERJ

*Abril/Junho*

*V. 23 - n. 2 - Ano 2021*

*Rio de Janeiro*

# O Poder Punitivo e a Magistratura

**Nilo Batista**

*Professor titular de direito penal que foi da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade Candido Mendes.*

A propedêutica do direito penal oferece ao iniciante algumas ciladas cuja longa sobrevida sugere disponham elas de alguma utilidade. Uma delas, bem simples e de fácil superação, está na ambivalência da expressão “direito penal”. Numa palestra proferida em 1971, Sebastian Soler chamava de “equivoco” o fato de tal expressão ser “empregada tanto para designar uma parte do direito legislado como para designar a ciência do direito penal”<sup>1</sup>. Para evitar incertezas, basta reservar a expressão para o saber jurídico que se ocupa da interpretação e sistematização das normas penais e usar “legislação penal”, “programação criminalizante” ou outra designação similar para referir-se ao objeto daquele saber, como propõem Raúl Zaffaroni e outros<sup>2</sup>. O nome da ciência (direito penal) estaria inconfundível com o nome do objeto da ciência (a legislação penal).

Bem mais complexo será desvelar para o iniciante o conceito de poder punitivo, por conta, entre outros, de dois obstáculos epistemológicos sobre os quais nos deteremos. Estamos aqui recorrendo a uma categoria de Gaston Bachelard, para quem “o ato de conhecer dá-se sempre *contra* um conhecimento anterior, destruindo conhecimentos mal estabelecidos, superando o que, no próprio espírito, é obstáculo à espiritualização”<sup>3</sup>. Basta considerar o percurso do conceito de culpabilidade ao longo do século

---

1 Conceito e objeto do direito penal, em Revista de Direito Penal, n° 4, p. 31.

2 Direito Penal Brasileiro, v. I, p. 38.

3 A Formação do Espírito Científico, p. 17.

XX para constatar como Bachelard estava certo. Os dois obstáculos epistemológicos que se antepõem à emergência do conceito de poder punitivo na teoria geral do direito penal residem: 1º) na concepção de um direito penal subjetivo; 2º) na pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil. Ao contrário do que possa parecer, os dois obstáculos operam em regime de colaboração e se retroalimentam, como buscaremos perceber.

A concepção de um direito penal subjetivo, no sentido de uma faculdade (ou pretensão) do Estado correlacionável à obrigação do réu de submeter-se à pena, é artificiosa e, a rigor, incompatível com o próprio Estado de direito respeitoso da estrita legalidade. Sim, se a lei penal deve ser aplicada nos exatos termos de seus comandos, sem ultrapassá-los, mas também sem eludi-los, as agências do sistema penal que as aplicam não exercem nenhuma faculdade, mas sim um poder cuja regulamentação jurídica atrela sua realização a um dever, daí resultando um poder-dever. Nos crimes de ação penal pública, a esmagadora maioria deles nos dias de hoje, a polícia obrigatoriamente investiga e o Ministério Público obrigatoriamente propõe a ação penal, ambos submetidos rigidamente às leis penais e processuais-penais. Tampouco existe, como anotou Francesco Antolisei, qualquer dever do réu de submeter-se à pena; ao contrário, “é a ela submetido”<sup>4</sup>. Também Aníbal Bruno se escandalizava com ser “a submissão do réu à pena (...) tomada como cumprimento de uma obrigação jurídica”<sup>5</sup>. Aliás, o saudoso mestre pernambucano em seu livro intitulava o tópico correspondente da seguinte forma: “Do suposto direito penal subjetivo”<sup>6</sup>. Em suma, não existe – salvo em alguns manuais de direito penal – não existe um *ius puniendi*, mas sim existe uma *potestas puniendi*. Saudemos os tributaristas, que não perdem seu tempo com discursos ociosos de legitimação do tributo e falam diretamente de um “poder de tributar”, como, por exemplo, Hugo de Brito Machado<sup>7</sup>; para ser

<sup>4</sup> *Manuale di Diritto Penale*, P.G., p. 37.

<sup>5</sup> *Direito Penal*, v. I, t. I, p. 21. Há pelo menos três décadas, tento repassar aos estudantes a lição de Bruno (cf. Batista, Nilo, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, pp. 106 ss.).

<sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 19.

<sup>7</sup> *Comentários ao Código Tributário Nacional*, v. I, p. 143.

tributarista não é indispensável amar o tributo. É verdade que Hobbes mencionou um direito de punir que pertenceria ao soberano<sup>8</sup>, porém tal direito proviria da transferência a ele pelos súditos de seu direito à autodefesa incompreensivelmente travestido em direito de punir<sup>9</sup>. Mas foi o próprio Hobbes quem, em passagem lapidar, deixou claro que o mal apelidado magistério penal não só exprime o exercício de um poder, mas representa o maior poder entre todos aqueles de que dispõe o soberano:

“Portanto, como é necessário, para a segurança dos particulares – e, por conseguinte, para a paz comum – que o direito de usar o gládio do castigo seja transferido a algum homem ou conselho, necessariamente se entende que este tenha direito ao poder supremo na cidade. Pois quem tem o direito de punir à sua discricção tem direito a compelir todos os homens a fazerem todas as coisas que ele próprio quiser; e não se pode imaginar poder maior que este”<sup>10</sup>.

Locke praticamente identifica poder punitivo com poder político, frisando mais de uma vez tratar-se de um poder destinado essencialmente à conservação da propriedade<sup>11</sup>.

Não existe direito de punir, mas existe um poder de punir, juridicamente regulamentado no Estado de direito, que Hobbes assinalou como o maior entre todos. Conhecer a realidade social desse poder é encargo da criminologia e da política criminal, essa última concebida não como a “legislação do futuro”, qual pretendia von Liszt<sup>12</sup>, nem como um “direito penal dinâmico”, qual propunha Asúa<sup>13</sup>, e sim como a *ciência política do poder punitivo*. Quanto mais a política criminal se aproximar da ciência política, mais equipada metodologicamente estará para a compreensão específica desse poder, maior entre todos, cujo exame histórico revela vertentes aterrorizadoras. Mas a domesticação normativa

---

8 Leviatã, p. 182.

9 Como observou Marcus Alan de Melo Gomes, tal “direito de punir não foi, portanto, dado ao soberano; foi-lhe deixado” (Hobbes, direito penal do inimigo e Estado democrático de direito, p. 85).

10 Do Cidadão, p. 118 (cap. VI, 6).

11 Segundo Tratado sobre o Governo, pp. 14, 62 e *passim*.

12 *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 13.

13 *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*, p. 9.

do poder punitivo, segundo os filtros da legalidade, da constitucionalidade e da racionalidade, constitui a indelegável tarefa do direito penal enquanto saber jurídico.

Removido o primeiro obstáculo epistemológico à compreensão do poder punitivo, que reside na difundida concepção de um direito penal subjetivo estatal, concepção que encobre ideologicamente o claro exercício de poder estatal que temos na persecução e na execução penal, passemos ao segundo, acima referido como a pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil.

Antes de mais nada, cumpre realçar o merecimento da produção teórica processual brasileira a partir daquilo que Ada Pellegrini Grinover chamou de “escola processual de São Paulo”<sup>14</sup>. Não obstante, parece que a ficção do direito penal subjetivo é confortavelmente reciclada por categorias jurídicas processuais, o que leva muitos processualistas a insistirem nela. Tomemos um discípulo direto de Enrico Tullio Liebman, e um discípulo especialmente talentoso: Frederico Marques. Ele sabia claramente que “o Estado tem o direito de punir apenas nos casos expressamente determinados pelo direito objetivo”<sup>15</sup>. Ora, um direito que só pode ser exercido nos estritos casos previstos e sob rígidas condições estabelecidas em lei somente num hospício poderia ser chamado de faculdade; apesar disso, Frederico Marques considerava a objeção à existência do *ius puniendi* “irrelevante e inconsistente”<sup>16</sup>.

Abramos aquele livro seminal de 1974, que em certo sentido foi o estopim para a grande difusão da disciplina acadêmica que era também seu título: Teoria Geral do Processo, de Araújo Cintra, Ada P. Grinover e Cândido Dinamarco. Leiamos uma passagem explicativa das similaridades entre jurisdição penal e civil:

“Basta lembrar que o ilícito penal **não difere em substância** do ilícito civil, sendo diferente **apenas** a sanção que os caracteriza”<sup>17</sup>(grifamos).

<sup>14</sup> Suas origens e expansão em O Processo em Evolução, pp. 3 ss.

<sup>15</sup> Elementos de Direito Processual Penal, v. I, p. 11.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 10.

<sup>17</sup> Teoria Geral do Processo, p. 94.

Antes de mais nada, este “*não difere em substância*” é discutível pelo menos desde 1867, desde o famoso estudo de Ihering sobre o momento da culpa no direito privado romano. O ilícito penal é integrado pelo injusto (conduta típica e ilícita) e pela culpabilidade. Mesmo do injusto penal não se pode dizer que “*não difere em substância*” do civil, porque a tipicidade não pode ser estruturada a partir da analogia, procedimento completamente viável para o injusto civil. Não há ilícito penal sem culpabilidade, mas o ilícito civil é frequentemente imputado em regime de responsabilidade objetiva. A distinção iheringiana entre “injusto subjetivo” como “lesão jurídica culpável” e “injusto objetivo” como “lesão jurídica inculpável”<sup>18</sup> por si só revela diferenças essenciais entre o ilícito penal e o civil, pelo menos para quem leva a sério as graves exigências colocadas pela culpabilidade.

Outros problemas surgem do otimismo com o qual os ilustres Autores afirmam que a diferença entre o ilícito penal e o civil residiria “*apenas*” na sanção a elas cominada. “*Apenas*”? *Apenas*! Será irrisória a distância entre as sanções restitutivas ou compensatórias do direito privado – cujas cláusulas penais em geral apenas beliscam o patrimônio do vencido – e a pena, essencialmente inflição autorizada e (mal)medida de sofrimento através da radical supressão de direitos? Mesmo a violenta coerção direta, administrativa (agentes da defesa civil despejam a família da casa prestes a desabar) ou processual (a prisão em flagrante do agressor armado), se justifica cabalmente pela remoção de um dano iminente. Não assim a pena, medida sancionatória sempre executada a frio, inevitavelmente distanciada do conflito criminalizado ao qual pretende responder. No processo civil, o *decisum* é construído dialética e horizontalmente: o autor demarca seu pedido, que o réu negará, confessará ou recortará (e eventualmente reconvirá, contrapondo ao autor seu próprio pedido); se ao longo do procedimento reajustarem seus interesses, dispensarão a jurisdição. No processo penal, o *decisum* é construído ortodoxa e verticalmente. Enquanto o processo civil *encontra uma solução* para o conflito, no processo penal *profere-se uma decisão*

<sup>18</sup> Ihering, Rudolph von, *El Elemento de la Culpabilidad en el Derecho Privado Romano*, p. 62.

habilitante de poder punitivo; sem dúvida nenhuma, um ato de poder que o Estado de direito trata de regular meticulosamente, mas que os regimes autoritários e as forças antidemocráticas que tentam alavancar o Estado de polícia gostam de exercer sem limites e sem controle. O chorrilho de asneiras destiladas no último ano a propósito da legítima defesa presumida que se pretendeu reinventar revela bem a pulsão pelo livre exercício do poder punitivo – naturalmente, nas vestes mais limpas de um direito subjetivo do Estado.

Aproximar a pena das demais sanções jurídicas tem como efeito ideológico disfarçar a brutalidade das execuções penais. No esqueminha do direito subjetivo, o condenado seria apenas um devedor apanhado pelo credor, levado à cadeia e nela mantido até pagar a dívida, como naquela lei baixo-medieval portuguesa segundo a qual o devedor que “non pagar avendo per hu (...) seia preso e non seia sollto taa que pague saluo se o Senhor da diuida quiser”<sup>19</sup>. Basta colocar o Estado na posição de credor e aí está o modelito teórico do direito penal subjetivo; se o devedor pagar tudo (em dinheiro, se o débito tiver natureza tributária, ou em tempo nos demais casos), o “Senhor da dívida” o deixará ir em paz.

Aproximar o processo penal do civil pode ter efeitos nefastos. Não ingressaremos na duvidosa categorização da *lide* procesual penal. Essa questão está levantada pelo menos desde 1928, desde a polémica entre Calamandrei e Carnelutti, mencionada entre nós por Galeno Lacerda<sup>20</sup>. Para Calamandrei, não havia *lide* no processo penal; Carnelutti, duas décadas mais tarde, tentaria situar a *lide* entre “o acusado e a parte lesada”<sup>21</sup>; Frederico Marques entrevistou-a entre o fictício direito penal subjetivo estatal e o direito à liberdade do acusado<sup>22</sup>. Nosso Jacinto Coutinho já dissecou magistralmente o tema em 1989<sup>23</sup>. Por si só, tal questão

19 Albuquerque, Martim de – Borges Nuno, Eduardo (orgs.), *Ordenações del-Rei Dom Duarte*, p. 206. A lei é de D. Diniz.

20 *Teoria Geral do Processo*, p. 65.

21 *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, p. 47.

22 *Elementos...*, cit., pp. 11-12.

23 *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*.

mereceria um extenso desenvolvimento que encontrará Autores habilitados na nova geração brasileira de processualistas-penais críticos. Há umas transposições inquietantes: o que seria a “efetividade” no processo penal? O indicador estaria na quantidade das sentenças condenatórias? Concluiríamos que Robespierre teria sido o fundador da moderna efetividade processual-penal? Fiquemos apenas em alguns efeitos da equiparação entre processo penal e civil.

Pensemos na participação do juiz no processo, tema abordado com elegância pelo saudoso José Carlos Barbosa Moreira. Um juiz civil proativo, que, a despeito da prova pericial, dirija-se pessoalmente até o condomínio para observar *in loco* a obra cuja legalidade se contesta e cuja demolição se pede, pode ser saudado como alguém que se capacitou para decidir com melhores conhecimentos. Já no processo penal, o juiz que protagoniza a produção da prova é um inquisidor, um investigador, um juiz de instrução ao qual jamais poderia tocar o julgamento do caso; na feliz expressão de Geraldo Prado, tal juiz “na prática torna dispensável o processo”<sup>24</sup>. As reações corporativas à criação do chamado *juiz de garantias* revelam o quanto a cultura inquisitorial está incrustada em círculos dirigentes da magistratura.

Vejamos o problema da “razoável duração do processo” e da “celeridade de sua tramitação”, desde 2004 garantia individual (art. 5º inc. LXXVIII CR). Como regra geral, quanto mais rapidamente for dirimido o conflito civil entre duas partes, melhor para elas e para o aparelho judiciário. Mas sabemos que há processos cíveis que perduram por décadas em razão de complexidades inextricáveis, como se dá, por exemplo, quando a urbanização ocupa celeremente áreas cujos títulos de domínio têm raízes em cadeias de fontes documentais divergentes ou antagônicas. Mas o processo penal muito expedito costuma converter-se em justificação judicial sob intensa pressão da mídia. Regimes autoritários adoram juízes rápidos no gatilho. Não podemos deixar sem registro, aqui, a licenciosidade com a qual a mídia noticia e opina sobre procedimentos criminais em andamento, em franca

<sup>24</sup> Sistema Acusatório, p. 109.



violação da presunção de inocência e do direito a um julgamento justo. Tal licenciosidade expõe à maledicência pública magistrados comprometidos com as garantias processuais ao mesmo tempo em que enaltece os pistoleiros togados. Tal licenciosidade é terminantemente proibida nos Estados Unidos. Fiquemos num só exemplo. Nos anos cinquenta, o médico Sam Sheppard foi acusado de espancar e matar sua esposa. O caso despertou interesse da imprensa. Um jornal estampou a seguinte manchete: “*por que Sam Sheppard não está na cadeia?*”, tendo ele sido preso no mesmo dia. Julgado e condenado, dirigiu-se à Corte Suprema, que anulou a condenação pela interferência da mídia, afetando o direito a um julgamento justo. Quem quiser conferir, é Sheppard vs Maxwell 384 US.333. Há diversos outros precedentes similares. Curiosamente os partidários da importação incondicional de produtos jurídicos estadunidenses – como a “cegueira deliberada”, a prima casca-grossa do dolo eventual – neste único ponto preferem a prática brasileira. O processo penal tem um tempo de amadurecimento, de consolidação da prova, da procura exaustiva de um contra-índice que talvez reverta o sentido de um documento ou de uma gravação, da dissolução do escândalo sensacionalista que possa ter ocorrido em sua origem. Tribunais nazistas não pensavam assim, e há entre nós muita gente que continua não pensando assim.

A reação à pretensão da teoria geral do processo de equalizar o penal ao civil já foi desencadeada por diversos representantes da nova geração brasileira de processualistas-penais críticos. Todos nos lembramos do espirituoso artigo no qual Carnelutti comparava a ciência do processo penal à Cinderela, vivendo entre duas irmãs “belas e prósperas” (a ciência do direito penal e a ciência do processo civil) sua “infância e adolescência infelizes”<sup>25</sup>. Pois nosso Aury Lopes Jr. já fez a pergunta decisiva: “quando Cinderela terá suas próprias roupas”? Afinal, prossegue, “o processo penal possui suas categorias jurídicas próprias, sua diversidade inerente, e não mais se contenta em usar as ves-

---

25 *Cuestiones...*, cit., pp. 15 ss.

tes da irmã”<sup>26</sup>. Quando isso acontecer, estarão ruindo fragorosamente muitos daqueles mitos processuais-penais dos quais se ocupou Rubens Casara<sup>27</sup>.

Superar os dois obstáculos epistemológicos tratados, essas duas ilusões teóricas que espocam no ar como bolhas de sabão, significa reconhecer não apenas que o processo penal dispõe de peculiaridades impeditivas de sua completa assimilação ao civil e que não existe direito penal subjetivo, e sim poder punitivo, mas também que os procedimentos criminais constituem o canal burocrático para o exercício do poder punitivo. Aqui se abre outra linha de investigação. Toda a formação penalística concebe a criminalização secundária, ou seja, a concreta atribuição de um delito a alguém, de uma perspectiva individualizante: trata-se de um determinado sujeito, imputável e culpável, ao qual se aplicará uma pena individualizada (em caso de concurso de agentes, caberá a mesma individualização para cada um deles). Se por um lado isso responde a exigências do princípio da culpabilidade, por outro tende a isolar o conflito de seu contexto histórico até reduzi-lo a um problema ético, com o auxílio do conceito de “reprovabilidade” que Frank há mais de século incrustou na culpabilidade<sup>28</sup> e que fomenta muitas vezes um moralismo vulgar: perante a autonomia moral da pessoa, o juiz pode (aferidas tipicidade, ilicitude e culpabilidade em sua conduta) condenar o réu, jamais repreendê-lo ou – pior – insultá-lo. A formação penalística, portanto, adentra-nos para olhar o caso isoladamente, como um biólogo atento à matéria na lâmina de seu microscópio. Quando o biólogo perceber em muitos exames a repetição de dados que sugiram uma epidemia, notificará as autoridades sanitárias, que se interessarão pela origem da epidemia e pelas medidas para revertê-la. Quando o juiz criminal decide o centésimo caso semelhante – pela extração social dos réus, pelas circunstâncias da prisão, pelas provas etc. – ele tem todo o direito de desconfiar que sua jurisdição está sendo em-

---

26 Direito Processual Penal, v. I, pp. 33 ss.

27 Mitologia Processual Penal, pp. 139 ss.

28 Frank, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*.

pregada num projeto maior, num grandioso projeto de controle punitivo de certos estratos sociais.

Desde a obra *Punição e Estrutura Social*, de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, para muitos fundacional da criminologia crítica, as relações entre o modo de produção e o sistema penal ficaram mais visíveis. A privação da liberdade foi a pena por excelência do capitalismo industrial: medida em tempo, como o salário, e disciplinadora da mão de obra. É de fácil compreensão o sistema penal do capitalismo industrial: de um lado, a fábrica, e de outro a penitenciária; na praça entre os dois edifícios, vagabundeia o exército de reserva que garante o nível dos salários; basta criminalizar greve e vadiagem, e a receita está completa. Uma visão menos perfunctória desse sistema penal reside no indispensável *Cárcere e Fábrica*, de Dario Melossi e do saudoso Massimo Pavarini. Porém mesmo o mais distraído dos juristas terá percebido que as coisas mudaram, e à atual hegemonia do capital vídeo-financeiro transnacional correspondem transformações que atingem a legislação (quem já tinha ouvido falar anteriormente em crimes chamados lavagem de dinheiro ou publicidade de emboscada?), o funcionamento do sistema penal (como não percebemos anteriormente que tínhamos quase um milhão de pessoas a serem presas e mais do que isso a serem vigiadas?) e mesmo alguns fundamentos do direito penal – nesse último caso, não sem resistência. Da ampla literatura que se ocupa dessas transformações, que outorgaram à questão criminal uma centralidade só observada em experiências históricas autoritárias, mencionarei apenas Loïc Wacquant (cuja fórmula expressiva, a substituição do Estado social de direitos pelo Estado penal, correu mundo). Alessandro De Giorgi (*A Miséria Governada pelo Sistema Penal*) e Jonathan Simon (*Governando pelo Crime*) são outras contribuições importantes para compreender as novas funções que o sistema penal desempenha no novo cenário econômico. Não nos iludamos: o crime compensa. As ações das empresas que exploram penitenciárias privadas integram o índice Nasdaq, da chamada “nova economia”. Aquilo que Nils Christie chamou de indústria do controle do crime movimenta em equipamentos (de câmeras a armas, de carros a

alarmes) e serviços (vigilantes privados) um volume impressionante de recursos e de pessoas: em 1991, nos Estados Unidos, a segurança privada gastou U\$ 52 bilhões e empregou 1.500.000 pessoas, enquanto a pública gastava U\$ 30 bilhões e empregava 600.000 pessoas<sup>29</sup>. Em 2007, Paul Wright estimava em 750.000 o número de empregados diretos só na indústria da hotelaria punitiva<sup>30</sup>. Os negócios do crime vão de vento em popa, e avançam junto com o avanço do poder punitivo.

O magistrado criminal tem que fazer uma opção perante o permanente atrito entre o poder punitivo, tendencialmente expansivo como todo poder, e o direito penal, saber jurídico ao qual toca conter o poder punitivo pelos filtros da legalidade, da constitucionalidade e da racionalidade. O expansionismo do poder punitivo se revela nas inúmeras disputas entre agências do sistema penal: entre a Polícia civil e a militar, entre o Ministério Público e a Polícia civil, entre ministérios públicos distintos, entre o Supremo Tribunal Federal e a Procuradoria Geral da República (caso do inquérito judicial regimental) etc. Mas tal expansão ocorre também pela via legislativa (elevação das escalas penais, criação de novos tipos legais, endurecimento da execução penal etc.) e pela via jurisprudencial (valha-nos como único e espetacular exemplo a “criminalização” analógica da homofobia com base na discriminação racial proposta pela Corte Suprema). Um poder punitivo descontrolado corrói as instituições democráticas e se instaura como o coração pulsante do regime autoritário que sobrevirá. Está aí uma das grandes responsabilidades do magistrado no Estado de direito: impedir o advento do Estado de polícia pelas banalizações da violência punitiva.

A total estatização processual do poder punitivo, da qual decorre a fábula da substituição processual para explicar o caluniado em juízo, e sua alocação funcional ao Ministério Público representará o formato mais democrático? Muitas vezes entre os pais fundadores do penalismo liberal não o endossariam. Gaetano Filangieri pensava que a reforma do direito absolutista – que

<sup>29</sup> Christie, Nils, *A Indústria do Controle do Crime*, pp. 108-109.

<sup>30</sup> *The cultural commodification of prisons*, p. 100.

resultava de uma multiseccular acumulação primitiva de poder punitivo – deveria restituir ao cidadão o direito de acusar tanto quanto coibir seu abuso<sup>31</sup>. A recente lei que criminalizou o abuso de autoridade (lei não 13.869, de 5.set.19) foi objeto de inúmeras censuras, nenhuma das quais endereçada à disposio que expropriou a vítima de seu conflito e entregou a decisão de processar ou não ao Ministério Público (art. 3o), ou seja, a um provável conhecido, ou amigo, ou colega, ou conhecido do amigo ou do colega do autor do abuso. Será isso republicano?

O juiz criminal escolhe entre ser um facilitador do poder punitivo ou ser, precisamente ao contrário, o diligente examinador da legalidade, constitucionalidade e racionalidade do poder punitivo que so ele, após o devido processo, pode habilitar. Cabe-lhe evitar o que Garapon chamou de “tentao populista”<sup>32</sup>, que costuma acometer aqueles sensíveis às seduoes da boa imagem na mídia. Cabe-lhe precaver-se contra os “terraplanistas” do direito penal e contra a enfiadora de tolices que constitui o evangelho deles. Cabe-lhe não se conformar com a naturalizao das violências do sistema penal, cujas agências policiais mataram no Rio de Janeiro, em 2019, cerca de 1800 pessoas – média de 150 por mês, de 5 por dia. Que tribunal no mundo alcançaria “efetividade” similar?! E ainda há “terraplanistas” que acreditam firmemente que a pena de morte resolveria tudo.

O ano passado (2019) não foi apenas de retrocessos e perplexidades. Em 15 de novembro, o Papa Francisco recebeu participantes do XX Congresso da Associao Internacional de Direito Penal. De sua bela alocuo, transcrevamos uma passagem:

“Concretamente, o desafio atual para todo penalista é conter a irracionalidade punitiva que se manifesta, entre outros inconvenientes, no encarceramento em massa, superlotao e tortura nas prisões, arbítrio e abusos das forças de segurança, expansão do âmbito da pena, criminalizao dos protestos sociais, abuso da prisão preventiva e repúdio às mais elementares garantias penais e processuais”.

<sup>31</sup> *Ciencia de la Legislación*, v. I, p. 607.

<sup>32</sup> O Juiz e a Democracia, p. 65.

Bom, parece que se alguém é infalível em certa doutrina (no caso, a católica apostólica romana), suas chances de acertar em outro corpo doutrinário são imensas!

Encerremos com o estudo de um caso bem instrutivo, mas para desfrutar de todas as suas virtualidades pedagógicas, convém retroceder alguns séculos. Os estados nacionais europeus foram politicamente viabilizados através de uma acumulação de poder punitivo que, a partir do século XIII, começa a concentrar-se na figura do rei. Tal acumulação se realizou às custas não só da vítima – cujo dano material começa a ser menos valorizado do que a infração à lei do soberano –, mas também das justiças senhoriais características do mundo feudal, do antigo dever-direito da vingança, do *pater* (que ainda exercia poder punitivo doméstico), do asilo eclesial e de outras fontes que ora não nos interessam. No último quartel do século XVI, o jurista e magistrado francês Jean Bodin publicou uma obra que não só fez enorme sucesso, alcançando quarenta edições até a metade do século XVII, como se tornaria um clássico da ciência política moderna pela concepção algo inovadora de soberania: os Seis Livros da República. O que aqui nos interessa, contudo, é uma passagem marginal, onde Bodin se detém sobre como deve o soberano manobrar as penas e as recompensas. Ei-la:

“Porém como as penas em si são odiosas e as recompensas favoráveis, os Príncipes bem esclarecidos se acostumaram a remeter as penas aos magistrados e reservar para si as recompensas para adquirir o amor dos súditos e esquivar-se a sua malevolência; e esta é a causa pela qual os juriconsultos e magistrados trataram amplamente das penas e bem pouco tocaram as recompensas”<sup>33</sup>.

Ficamos com a pior parte, é claro, mas uma divisão política de funções estava selada. As formas de um direito da graça (*Gnaderecht*) em mãos do soberano estavam concluídas nas monarquias absolutistas<sup>34</sup>. Não significa isso que a graça não tenha

33 Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, v. V, pp. 97-98.

34 Zagrebelsky, Gustavo, *Amnistia, Indulto e Grazia*, p. 27.

existido na Antiguidade, bastando-nos recordar aquilo que Sêneca escreveu para seu discípulo, já então imperador: “qualquer um pode matar em desacordo com a lei, mas salvar uma vida em desacordo com a lei é sua exclusiva prerrogativa”<sup>35</sup>. A Revolução Francesa, naturalmente, cassou tal poder ao rei, mas foi ele exercido por algumas assembleias e depois outorgado ao Primeiro Cônsul; só em 1843 a competência se bipartiu, ficando a anistia para o Legislativo e a graça para o Executivo<sup>36</sup>.

Montesquieu enalteceu as propriedades políticas da clemência<sup>37</sup>. Também Kant o fez, frisando ser ela “de todos os direitos do soberano aquele que dá mais brilho a sua grandeza”. Contudo, para o filósofo, nos “crimes dos súditos uns contra os outros”, a graça configuraria uma injustiça, e assim o direito do soberano estaria limitado aos delitos contra ele próprio, ou seja, ao amplo terreno do lesa-majestade<sup>38</sup>. Por dois ângulos é compreensível a posição de Kant. De um lado, para ele “a lei penal é um imperativo categórico”<sup>39</sup>, ou seja, prescreve uma ação necessária por si mesma e autofundamentada, sem qualquer outra finalidade ou propósito; basta recordar o exemplo insensato da obrigação de executar o último condenado mesmo após a dissolução da sociedade civil. Bom olfato teve Nietzsche ao registrar que “o imperativo categórico cheira a crueldade”<sup>40</sup>. Por outro lado, perdurou até o século XVIII a prática de, em (in)certos casos e sob (in)certas condições, a solicitação de graça ao rei ser instruída com o perdão da vítima ou de seus parentes. Num estudo precisamente sobre o tema, Tomás y Valiente informava que “um dos requisitos normalmente considerados para a concessão do indulto real era a existência de perdão da parte (ou mais exatamente a inexistência de querela), motivo pelo qual era sempre útil ao solicitante do indulto a escritura do perdão”<sup>41</sup>. Essa prática e a

35 Tratado sobre a Clemência, p. 53 (III [1,5], 4).

36 Saraiva de Moraes, Rilda, O Poder da Graça, p. 5.

37 Do Espírito das Leis, v. I, p. 119.

38 *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, p. 175.

39 Op. cit., p. 167.

40 *Genealogia da Moral*, p. 55.

41 *El perdón de la parte ofendida en el Derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, em *Obras Completas*, v. IV, p. 2909.

concepção sacral da pena explicam porque, para Kant, o sujeito passivo do delito – e não o soberano cuja lei foi violada – era o senhor do poder da graça. Digamos que a opinião do filósofo nesse passo ateu-se mais aos costumes do que à sua metafísica.

O fato é que o poder da graça, repartido no Brasil entre o Congresso Nacional, com sua atribuição exclusiva sobre anistia (art. 48, inc. VIII, CR), e o Presidente da República, a quem toca “privativamente” (art. 84, inc. XII, CR) “conceder indulto e comutar penas com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”, configura, nas palavras do mestre Paulo Bonavides, “uma das mais perfeitas e poderosas técnicas da concepção liberal (...) que o Estado tem a seu dispor para cicatrizar feridas no organismo político da nação”<sup>42</sup>. A tal poder impôs a Constituição da República alguns limites: são “insuscetíveis de graça ou anistia” os crimes de tortura, o comércio de drogas ilícitas, o terrorismo e os integrantes da classe dos (mal)chamados “crimes hediondos”, como expressamente nela demarcado (art. 5º, inc. XLIII).

As coisas estavam assim quando sobreveio o Decreto nº 9.246, de 21.dez.17, concedendo o chamado indulto de Natal. Subscrito por um Presidente da República politicamente desgastado, o decreto não se afastava muito dos modelos anteriores, inclusive quanto à maior abrangência. Logo após a promulgação da Constituição, no governo José Sarney, a pena máxima dos crimes indultados era de 4 anos; passou para 6 anos com Fernando Henrique Cardoso; foi para 8 anos no segundo governo Lula e para 12 no governo Dilma Rousseff e no decreto de 2016 – já editado por Michel Temer. Havia, pois, uma tendência a suprimir tal requisito, talvez porque alguém no Conselho de Política Criminal e Penitenciária tenha chegado à brilhante conclusão de que condenados a penas longas não são menos merecedores de clemência do que condenados a penas menores, e quiçá a mereçam mais. Também a exigência do tempo de privação da liberdade efetivamente cumprido para não reincidentes condenados por crimes sem violência ou grave ameaça caía no decreto para 1/5 (um quinto). A imprensa – particularmente os colonis-

<sup>42</sup> Em Saraiva de Moraes, Railda, op. cit., Prefácio, p. X.



tas que diariamente opinam sobre questões judiciais sem nunca terem aberto um só livro de direito – não tinha dúvidas: o indulto representava nova investida contra a entidade *sui generis* denominada Lava-Jato.

A Procuradoria Geral da República (PGR) propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o decreto. Em sua inicial, reconhecendo embora “que o indulto é ato discricionário e privativo do Presidente da República”, frisava que tal discricionariedade “deveria ser usada nos limites da Constituição”. Os únicos limites que o leitor minucioso da Carta encontrará nela residem na vedação do indulto aos crimes expressamente arrolados no artigo 5º, inciso XLIII; e do fato de ter a Constituição proibido a concessão do indulto a estes e apenas a estes se podem extrair consequências importantes e bastante óbvias. O requerimento da PGR ainda afirmava que “a finalidade constitucional do instituto (do indulto) é prevenir o cumprimento de penas corporais desproporcionais e indeterminadas”, sem se dar ao trabalho de explicar como é que se previne algo que já está ocorrendo (pode-se apenas remediar) e como seria possível no Brasil a aplicação ou execução de pena indeterminada. Para a PGR, haveria um limite do indulto no “livre exercício da função penal pelo Poder Judiciário”, elencando a seguir todos os objetivos proclamados pelas teorias legitimantes da pena e jamais demonstrados pela pesquisa empírica (“inibir práticas semelhantes por outrem”, “reabilitar o infrator” etc). Não fosse o bastante, a PGR assegurava que o decreto incidia na “vedação constitucional ao Poder Executivo para legislar sobre direito penal”, e ainda violava “os princípios constitucionais da separação dos poderes”. O último argumento só Freud dissecaria até o osso, porque quem estava tentando violar a separação de poderes era exatamente a PGR.

Como estávamos no recesso forense, foi o pedido de liminar submetido à presidência do Supremo Tribunal Federal, ocupada então pela eminente Min. Cármen Lúcia. Seleciono de seu despacho apenas uma passagem, com o seguinte teor: “Indulto não é nem pode ser instrumento de impunidade”. Essa palavra, “impunidade”, é um pouco marcada, não só por seu intenso uso

jornalístico e político-partidário pelo mais arraigado conservadorismo (deve ser a mais empregada no Parlamento pela chamada “bancada da bala”), mas sobretudo pelo paradoxo de ser empregada quando a punição efetiva, que só pode ser aferida pelo número de condenados, vive entre nós sua maior ascensão histórica. Substituindo-a pela palavra impunibilidade, que dispõe de cidadania jurídico-penal, teríamos que “indulto não é nem pode ser instrumento de impunibilidade”. Mas ele não é outra coisa senão isso, e exatamente isso! Basta ler o Código Penal: “extingue-se a punibilidade pela anistia, graça ou indulto” (art. 107, inc. II, CP). Ora, se nem a graça, que veio ao mundo precisamente para isso, pode opor-se ao poder punitivo, nada pode fazê-lo, muito menos qualquer princípio – como, por exemplo, os da legalidade e da culpabilidade, particularmente se flexibilizados no pau-de-arara metodológico neoconstitucionalista.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro dirigiu-se ao relator, o eminente Min. Luís Roberto Barroso, demonstrando os efeitos catastróficos da suspensão de uma válvula que há três décadas estava incorporada à gestão penitenciária brasileira, com seus problemas drásticos de superlotação. O ilustre relator fez então uma espécie de revisão no decreto. O dispositivo que requeria o cumprimento de 1/5 (um quinto) da pena passou a exigir 1/3 (um terço), e foram expurgados dos efeitos do decreto os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva e ativa, tráfico de influência, financeiros, licitatórios, lavagem de dinheiro e organização criminosa. Qualquer semelhança com o cardápio criminalizante da entidade *sui generis* Lava-Jato deve ser mera coincidência. Mas o que espanta aqui é como o relator superpõe suas convicções – acerca do tempo de cumprimento da pena e dos delitos que não merecem ser alcançados pelo indulto – às do Presidente da República, ao qual competiria “privativamente” (como reza a Constituição) decidir sobre a matéria. Durante algum tempo, vigorou entre nós um decreto redigido a quatro mãos: duas do Presidente da República, duas de um Ministro da Corte Suprema. Num trecho de suas anotações para o voto oral, o Min. Luis Roberto Barroso argumentou com o que chamou de

“exemplo aleatório”, embora aparentemente nada tenha de aleatório: “o Dep. Eduardo Cunha foi condenado em segundo grau de jurisdição a uma pena de 14 anos e 6 meses” e portanto seria beneficiado (o que não ocorreria com a exigência de 1/3 da pena cumpridos e o limite de 12 anos). E as dezenas de milhares de condenados a 14 anos e 6 meses fiquem assim alijados do indulto que seu colega célebre não pode receber por alguma razão que não está explicitada com clareza. O poder punitivo segue aqui o brado das torcidas belicosas nos estádios: “pega um, pega geral”.

Por maioria de votos, a Corte Suprema revogou a cautelar e julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, tendo liderado a divergência com extenso voto o eminente Min. Alexandre de Moraes. António Manuel Hespanha viu no poder da graça um “resíduo daqueles anteriores poderes taumatúrgicos dos reis”<sup>43</sup>, sobre os quais Marc Bloch nos legou uma obra prima<sup>44</sup>. Se a sua opinião for correta, parte de nossa Corte Suprema nesse episódio quase se aproximou da tradição dos soberanos que curavam escrófulas apenas impondo suas mãos aos pacientes súditos.

Esse caso tem características político-criminais únicas, porque revela como o poder punitivo, sempre à busca de expansão, naquele instante resolveu investir até contra o poder da graça, seu ínfimo e residual oponente. Um olhar negativo sobre a clemência participou intensamente dos regimes autoritários do século XX. Em 1934, o lema dos juristas nazistas era: “Antes: nenhuma pena sem lei! Agora: nenhum delito sem pena! (*Erst: keine Strafe ohne Gesetz! Jetzt: kein Verbrechen ohne Strafe!*)”. Expressões similares não infestam hoje enormes setores das mídias sociais? A esperança de que a pena – que consiste, nada mais, nada menos, em imposição de sofrimento a seres humanos – seja um instrumento de transformação social é um equívoco trágico, desmentido pela vocação conservadora que a pena historicamente sempre revelou.

Uma frente de luta que mereceria a adesão da magistratura democrática objetivaria uma alteração no artigo 107, inciso IX,

<sup>43</sup> Cultura Jurídica Européia, p. 180.

<sup>44</sup> Os Reis Taumatúrgicos.

do Código Penal, que contempla com extrema avareza o perdão judicial, restrito aos escassos “casos previstos em lei”. Lutemos por um dispositivo genérico que ponha nas mãos de quem exerce poder punitivo a oportunidade de exercer clemência. Pense-se naquilo que os velhos penalistas chamavam de pena natural, já prevista entre nós (arts. 121, § 5º e 129, § 8º, CP): o motorista que imprudentemente causa um acidente no qual morre o filho que o acompanhava precisa de sofrimento penal?! Além da *restitutio in integrum* (art. 249, § 2º, CP), da provocação ou retorsão (art. 140, § 1º, CP) ou da motivação nobre (art. 242, par. ún., CP), que o legislador sovina restringe respectivamente à subtração de incapazes, à injúria e ao parto suposto – quando obviamente poderiam ser expandidos para hipóteses assimiláveis – inúmeras outras situações (por exemplo, imperativo de consciência, certos excessos em princípio puníveis etc.) mereceriam o perdão judicial. Um dispositivo genérico que mencionasse exemplificativamente os fundamentos já admitidos e estimulasse sua aplicação analógica conferiria ao poder punitivo que o juiz maneja um necessário contraponto, que, ao contrário do que pensariam alguns, na verdade representaria um aumento do poder jurisdicional.

O vigente culto à pena, disseminado na vida nacional, é talvez o maior perigo para o Estado de direito desenhado por nossa Constituição. A magistratura brasileira tem um papel relevantíssimo a cumprir nessa conjuntura, e esse papel não é outro senão conter o poder punitivo. O eixo da sociabilidade democrática não está no sofrimento, e sim na liberdade e no pão. Ou, mais exatamente, no pão e na liberdade. ❖

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albuquerque, Martim de – Borges Nunes, Eduardo (orgs.), *Ordenações del-Rei Dom Duarte*, Lisboa, 1988, ed. C. Gulbenkian
- Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milão, 1969, ed. Giuffrè
- Araújo Cintra, Antonio Carlos – Grinovover, Ada Pellegrini – Dinamarco, Cândido R., *Teoria Geral do Processo*, S. Paulo, 1974,

ed. RT; Asúa, Luís Jimenez de, *La Política Criminal en las Legislaciones Europeas y Norteamericanas*, Madri, 1918, ed. L.G.V. Suárez;

Bachelard, Gaston, *A Formação do Espírito Científico*, Rio, 1996, ed. Contraponto;

Bloch, Marc, *Os Reis Taumaturgos*, trad. J. Mainardi, S. Paulo, 1993, ed. Cia das Letras;

Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, Paris, 1986, ed. Fayard, 6 vols.;

Bruno, Aníbal, *Direito Penal*, P.G., Rio, 1959, ed. Forense, 3 vols.;

Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el Proceso Penal*, trad. S.S. Melendo, B. Aires, 1961, ed. Europa-América;

Casara, Rubens R.R., *Mitologia Processual Penal*, S. Paulo, 2015, ed. Saraiva;

Christie, Nils, *A Indústria do Controle do Crime*, trad. L. Leiria, Rio, 1998, ed. Forense;

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*, Curitiba, 1989, ed. Juruá;

De Giorgi, Alessandro, *A Miséria Governada pelo Sistema Penal*, Rio, 2006, ed. Revan;

Filangieri, Gaetano, *Ciencia de La Legislación*, trad. J. Ribera, Madri, 2018, ed. B.O.E., 2 vols.;

Frank, Reinhard, *Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad*, trad. G.A. Aboso e Tea Löw, Montevideu, 2000, ed. B de f; Frederico Marques, José, *Elementos de Direito Processual Penal*, Rio, 1961, ed. Forens, 4 vols.;

Garapon, Antoine, *O Juiz e a Democracia*, trad. M. L. Carvalho, Rio, 1999, ed. Revan;

Grinover, Ada Pellegrini, *O Processo em Evolução*, Rio, 1996, ed. Forense;

Hespanha, António Manuel, *Cultura Jurídica Européia*, Florianópolis, 2005, ed. F. Boiteux;

Hobbes, Thomas, *Leviatã*, trad. H.G.Burati, S. Paulo, 2005, ed. Rideel;

do mesmo, *Do Cidadão*, Trad. R.J. Ribeiro, S. Paulo, 1992, ed. M. Fontes;

Ihering, Rudolph von, *El Elemento de la Culpabilidad en el Derecho Privado Romano*, trad. J. L. G. Dalbora, Montevideu, 2013, ed. B de f;

Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, trad. A. Córdoba, México, 1978, ed. UNAM; Lacerda, Galeano, *Teoria Geral do Processo*, Rio, 2008, ed. Forense;

Locke, John, *Segundo Tratado sobre o Governo*, trad. A. Marins, S. Paulo, 2009, ed. Martin Claret;

Lopes Jr., Aury, *Direito Processual Penal*, Rio, 2010, ed. L. Iuris, 2 vols.;

Machado, Hugo de Brito, *Comentários ao Código Tributário Nacional*, S. Paulo, 2003, ed. Atlas, 2 vols.;

Melo Gomes, Marcus Alan, *Hobbes, Direito penal do inimigo e Estado democrático de direito*, em Busato, Paulo César (org.) *Thomas Hobbes Penalista*, Rio, 2012, ed. L. Iuris, pp. 67 ss;

Melossi, Dario e Pavarini, Massimo, *Cárcere e Fábrica*, trad. S. Lamarão, Rio, 2006, ed. Revan;

Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, trad. F.H. Cardoso e L.M. Rodrigues, S. Paulo, 1962, ed. Difel, 2 vols.;

Nietzsche, Friedrich, *Genealogia da Moral*, trad. P.C. Souza, S. Paulo, 1998, ed. Cia das Letras;

Pradro, Geraldo, *Sistema Acusatório*, Rio, 2005, ed. L. Iuris;

Rusche, Georg e Kirchheimer, Otto, *Punição e Estrutura Social*, trad. G. Neder, Rio, 2004, ed. Revan;

Saraiva de Moraes, Raida, *O Poder da Graça*, Rio, 1979, ed. Forense;

Sêneca, Lucius Annaeus, *Tratado sobre a Clemência*, trad. I. Braren, Petrópolis, 1990, ed. Vozes;

Simon, Jonathan, *Governing Through Crime*, Nova Iorque, 2007, ed. Un.Oxford;

Soler, Sebastian, *Conceito e objeto do direito penal*, em *Revista de Direito Penal*, Rio, out.dez.1971, ed. Borsoi, n° 4, pp. 30 ss;

Tomás y Valiente, Francisco, *El perdón de la parte ofendida en el derecho penal castellano (siglos XVI, XVII y XVIII)*, em *Obras Completas*, Madri, 1997, ed. C.E.P.C, v. IV, pp. 2885 ss.;

Von Liszt, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlim, 1915, ed. W. Gruyter;

Wacquant, Loïc, *Punir os Pobres*, trad. S. Lamarão, Rio, 2007, ed. Revan;

Wright, Paul, *The cultural commodification of prisons*, em Herivel, Tara e Wright, Paul (orgs.), *Prison Profiteers*, N. York, 2007, ed. New Press (trad. bras. *Quem Lucra com as Prisões*, Rio, 2013, ed. Revan);

Zaffaroni, Raúl, *et alii*, *Direito Penal Brasileiro*, Rio, 2003, ed. Revan;

Zagrebelsky, Gustavo, *Aministia, Indulto e Grazia*, Milão, 1974, ed. Giuffrè.