

A grandeza de um homem é medida pela qualidade de seus amigos. Nesta obra, uma legião dos maiores nomes das Ciências Criminais no Brasil e alguns de seus mais promissores novos expoentes atendem ao meu chamado para homenagear o *Malaquias* do Processo Penal: o grande Aury Lopes Jr.

Todo estudante sério de Direito Processual Penal sabe que Aury é hoje um dos processualistas penais mais renomados do país e que ele fundou uma verdadeira escola gaúcha de processo penal, cuja importância para o desenvolvimento dos estudos no âmbito das ciências criminais é notória e inegável.

O leitor encontrará no livro textos de Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e História das Ideias, escritos por amigos que são colegas, admiradores e em muitos casos, ex-alunos do professor Aury. Alguns deles representam contribuições inestimáveis para o desenvolvimento dos estudos no âmbito das Ciências Criminais no Brasil. Muitos deles exploram debates acadêmicos intensos, como a polêmica em torno da Teoria Geral do Processo e a defesa incisiva das particularidades do processo penal. Há muito que descobrir nesta obra. Fica o convite para a leitura.

Salah H. Khaled Jr.

SISTEMA PENAL E PODER PUNITIVO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. AURY LOPES JR.

SALAH H. KHALED JR.  
(COORDENADOR)

SALAH H. KHALED JR.  
(COORDENADOR)

# SISTEMA PENAL E PODER PUNITIVO

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROF. AURY LOPES JR.

|                                |                                 |
|--------------------------------|---------------------------------|
| Adelino Marcon                 | Gustavo Badaró                  |
| Alexandre Moraes da Rosa       | Jacinto Nelson de M. Coutinho   |
| Alice Bianchini                | Léo Rosa de Andrade             |
| Aline Guidalli Pilati          | Leonardo Marcondes Machado      |
| Andrei Zenkner Schmidt         | Luciana de Oliveira Monteiro    |
| Augusto Jobim do Amaral        | Luis Gustavo G. C. de Carvalho  |
| Cezar Roberto Bitencourt       | Luiz Flávio Gomes               |
| Diego Augusto Bayer            | Neemias Moretti Prudente        |
| Djefferson Amadeus             | Nereu José Giacomolli           |
| Édson Luís Baldan              | Raffaella da P. Pallamolla      |
| Elmir Duclerc                  | Ricardo Jacobsen Gloeckner      |
| Fabio Roberto D'Avila          | Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo |
| Fabricio Dreyer de A. Pozzebon | Rodrigo Marcon Santana          |
| Fauzi Hassan Choukr            | Rômulo de Andrade Moreira       |
| Flávio Cardoso Pereira         | Rubens R. R. Casara             |
| Gabriel Antinolfi Divan        | Rui Cunha Martins               |
| Gabriel J. C. Gauer            | Ruth M. Chitto Gauer            |
| Geraldo Prado                  | Salo de Carvalho                |
| Giovani Agostini Saavedra      | Sylvio Lourenço da S. Filho     |
|                                | Thiago M. Minagé                |



Copyright© 2015 by Salah H. Khaled Jr.  
 Di retora Responsável: Aline Gostinski  
 Editor Responsável: Israel Vilela  
 Capa e Diagramação: Flávia Akemi Ito

#### Conselho Editorial:

|                                    |  |
|------------------------------------|--|
| Aldacy Rachid Coutinho (UFPR)      | Alexandre Morais da Rosa (UFSC e UNIVALI)            |
| Aline Gostinski (UFSC)             | André Karam Trindade (IMED-RS)                       |
| Antônio Gavazzoni (UNOESC)         | Augusto Jobim do Amaral (PUCRS)                      |
| Aury Lopes Jr. (PUCRS)             | Claudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva (ESMESC) |
| Eduardo Lamy (UFSC)                | Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)            |
| Juan Carlos Vezzulla (IMAP-PT)     | Juarez Tavares (UERJ)                                |
| Julio Cesar Marcelino Jr. (UNISUL) | Luis Carlos Cancellier de Olivo (UFSC)               |
| Marco Aurélio Marrafon (UERJ)      | Márcio Staffen (IMED-RS)                             |
| Orlando Celso da Silva Neto (UFSC) | Paulo Marcio Cruz (UNIVALI)                          |
| Rubens R. R. Casara (IBMEC-RJ)     | Rui Cunha Martins (Coimbra-PT)                       |
| Salah Khaled Jr. (FURG)            | Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino (IMED)            |

#### DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr./  
 Adelino Marcon...[et al.]; coordenador Salah Khaled Jr.  
 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2015.  
 549 p. ISBN 978-85

1. Direito Penal 2. Direito Processo Penal - Brasil I. Título  
 CDU 343  
 CDU 345

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.  
 A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e ap reensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).  
 Todos os direitos desta edição reservados à Empório do Direito Editora.



**empório do direito**  
 Rua: Santa Luzia, 100 – sala 610  
 CEP 88036-540 – Trindade – Florianópolis/SC  
 www.emporiiododireito.com.br  
 editora@emporiiododireito.com.br

Imp resso no Brasil  
 Printed in Brazil

Salah H. Khaled Jr.  
 (coordenador)

# SISTEMA PENAL E PODER PUNITIVO

Estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.

Adelino Marcon  
 Alexandre Morais da Rosa  
 Alice Bianchini  
 Aline Guidalli Pilati  
 Andrei Zenkner Schmidt  
 Augusto Jobim do Amaral  
 Cezar Roberto Bitencourt  
 Diego Augusto Bayer  
 Djefferson Amadeus  
 Édson Luís Baldan  
 Elmir Duclerc  
 Fabio Roberto D'Avila  
 Fabrício D. de Avila Pozzebon  
 Fauzi Hassan Choukr  
 Flávio Cardoso Pereira  
 Gabriel Antinolfi Divan  
 Gabriel J. C. Gauer  
 Geraldo Prado  
 Giovani Agostini Saavedra

Gustavo Badaró  
 Jacinto Nelson de M. Coutinho  
 Léo Rosa de Andrade  
 Leonardo M. Machado  
 Luciana de Oliveira Monteiro  
 Luis Gustavo G. C. de Carvalho  
 Luiz Flávio Gomes  
 Neemias M. Prudente  
 Nereu José Giacomolli  
 Raffaella da P. Pallamolla  
 Ricardo J. Gloeckner  
 Rodrigo G. de Azevedo  
 Rodrigo M. Santana  
 Rômulo de Andrade Moreira  
 Rubens R. R. Casara  
 Rui C. Martins  
 Ruth M. Chittó Gauer  
 Salo de Carvalho  
 Sylvio L. da Silveira Filho  
 Thiago M. Minagé



**empório do direito**  
 Florianópolis  
 2015

## INTRODUÇÃO

O saber processual penal, assim como tantos outros ramos do direito, tem sido marcado pelo “senso comum teórico dos juristas”. Poucas são as propostas de revisão dos valores epistemológicos que formatam as tradicionais “verdades jurídicas consagradas”. Raros são os trabalhos de superação do “saber jurídico institucionalmente sacralizado”. Impera, em suma, a “ortodoxia epistemológica do direito”, com seu processo de “enclausuramento lógico referencial dos discursos produzidos em nome da ciência”, nas palavras de Luís Alberto Warat.<sup>937</sup>

O Professor Doutor Aury Lopes Júnior, no entanto, é um daqueles poucos juristas que “ousam criar, ousam discordar, ousam transformar, colocando em crise o status quo”, conforme afirmou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.<sup>938</sup> É, de fato, um daqueles raros processualistas penais brasileiros que se ocupam de fundar um saber realmente crítico; motivo, aliás, desta justa homenagem.

A sua tese doutoral, com 895 páginas, defendida em junho de 1999, na “Univeridad Computense de Madrid”, versou sobre os “Sistemas de instrucción preliminar en los derechos español y brasileño”, a qual fora posteriormente utilizada como base para sua importante obra, hoje em co-autoria com Ricardo Jacobsen Gloeckner, intitulada “Investigação Preliminar no Processo Penal”.

É justamente sobre esse tema – tão caro e, ao mesmo tempo, tão mal tratado pela maioria dos teóricos do direito processual penal brasileiro – que pretendemos lançar algumas considerações, sempre com o objetivo de minimizar a dor gerada no e pelo sistema penal.

## 1. INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR: UM LUGAR DE DOR

A investigação preliminar é de importância fundamental em um sistema criminal fundado na dignidade da pessoa humana. A existência de etapa instrutória prévia (ou seja: anterior ao processo) visa afastar acusações desvairadas, sem elementos probatórios mínimos, em face das quais o único efeito concreto será aquele decorrente das penas do processo, qual seja, a eterna rotulação de acusado e todas as suas consequências nefastas à subjetividade, o que independe de qualquer condenação criminal.

Leciona Aury Lopes Júnior que a instrução prévia é “absolutamente imprescindível ao processo penal”, sob pena de torná-lo irracional e desvinculado do modelo constitucional. Ressalta que “não se deve começar um processo penal de forma imediata. Em primeiro lugar, deve-se preparar, investigar e reunir elementos que justifiquem o processo ou o não-processo. É um grave equívoco que

936 Mestrando em Direito do Estado pela UFPR, Especialista em Ciências Penais pela UNISUL/IPAN, Professor de Direito Processual Penal na ACADEPOL/SC e na FCJ/SC, Professor Convidado da Especialização em Penal e Processo Penal da ABDCONST/PR, Membro do IBCCRIM e Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina.

937 WARAT, Luís Alberto. Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 5, pp. 48, 49, 1982.

938 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Temas de Direito Penal & Processo Penal* (por prefácios selecionados). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

primeiro se acuse, para depois investigar e ao final julgar. O processo penal encerra um conjunto de 'penas processuais' que fazem com que o ponto nevrálgico seja saber se deve ou não acusar".<sup>939</sup>

Não se pode perder de vista que o processo penal é também um ato de violência (oficial); trata-se de mecanismo absolutamente gravoso à esfera das liberdades individuais e com elevado potencial de criação ou reforço de estigmas. É necessário, portanto, levar a sério o entendimento de que "o Estado não está autorizado a utilizar o processo penal como pena em si, tampouco está legitimada a estigmatização social e jurídica produzida sem suficiente justa causa".<sup>940</sup>

Ação penal não deve(ria) ser sinônimo de "aventura processual"; afinal de contas, a etiqueta de acusado é algo para todo o sempre, mesmo que absolvido ao final.<sup>941</sup> Consoante já reconhecido pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, o processo penal é mecanismo de intervenção radical, que implica significativo gravame ao "status dignitatis", obrigando o magistrado, antes de empolgar a ação penal, zelar pela sua higidez, justificando-se o processo apenas diante de comprovado embasamento – formal e material.<sup>942</sup>

É com base no conteúdo da investigação preliminar que o magistrado terá de decidir se há "suspeita suficiente/justa causa" contra o imputado, isto é, "se há uma alta probabilidade de condenação", a legitimar o início do processo penal.<sup>943</sup>

Mesmo porque não se pode olvidar que a desgraça da justiça humana, conforme bem apontado por Francesco Carnelutti, reside no fato de que "está constituída de forma que não se faz somente sofrer os homens porque são culpados, mas também para saber se são culpados ou inocentes. Esta desgraçadamente é uma necessidade da qual o processo não pode escapar, mesmo se fosse humanamente perfeito".<sup>944</sup>

Carnelutti tem toda a razão quando diz que "o castigo, infelizmente, não começa com a condenação, senão que começou muito antes, com o debate, a instrução, os atos preliminares, inclusive com a primeira suspeita que recai sobre o imputado".<sup>945</sup>

É justamente este o ponto que mais nos interessa neste singelo artigo: a investigação prévia foi tradicionalmente concebida para evitar as penas do processo; ocorre, no entanto, que não raras vezes a própria instrução preliminar tem sido uma pena (e de grandes proporções).

Os exemplos são diários, alguns até históricos e de repercussão nacional ou internacional. Cite-se, dentre tantos, o famoso caso "Escola Base", em que

939 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264.

940 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41.

941 MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 117.

942 STJ, RHC 40.821/RS, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, 6ª Turma, julgado em 13/05/2014. Disponível em . Acesso em

943 SCHUNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 206.

944 CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965, p. 75.

945 CARNELUTTI, Francesco. *Lições sobre o processo penal*. tomo I. Campinas: Bookseller, 2004, p. 36

suspeitos de "abuso sexual" contra alunos de uma escola de educação infantil, localizada na cidade de São Paulo/SP, no ano de 1994, foram execrados publicamente, inclusive com ameaças de morte, depredação do local etc, em razão da lastimável exploração midiática e policial durante as investigações. Importante sublinhar que, naquele caso, os suspeitos nunca foram sequer acusados formalmente, pela via do processo penal, por tais fatos – comprovados inexistentes ao final do inquérito policial. Toda a dor foi gerada na fase de investigação preliminar.

De fato, muitas vezes as investigações criminais, que deveriam servir para a evitação desnecessária da dor (sob a forma de "penas do processo"), têm se apresentado como mecanismo de sua promoção (pelas "penas da investigação").

É necessário, portanto, em primeiro lugar, reconhecer que a dor – que é algo próprio do sistema penal (consoante apregoa Nils Christie)<sup>946</sup> – tem sido potencializada em face da adoção de certos modelos de instrução preliminar, como aqueles pautados na busca pela verdade real, no combate ao inimigo criminoso e na banalidade do mal.

O segundo momento, após a identificação da dor, ou seja, do seu reconhecimento concreto, deve ser o da minimização. O mínimo que se pode fazer é buscar a substituição desses modelos de investigação criminal (potencializadores de dor) por arquétipos de redução da dor. Nessa seara ganha corpo os ideais de superação da busca pela verdade (real), a própria noção de alteridade e a necessidade de focos de resistência democrática.

## 2. UMA INVESTIGAÇÃO PARA ALÉM DA BUSCA PELA VERDADE (REAL)

Há quem conceba a investigação preliminar em um cenário místico, cuja missão seria a de revelar "a verdade" do crime. Imaginam-se poderes sobrenaturais para a reconstrução do fato ocorrido na sua plenitude e com chancela de absoluta certeza. Todo e qualquer resultado diverso da "pura realidade" significaria fracasso.

Segundo Maurício Stegemann Dieter, "destaca-se aqui a fome investigativa do estilo inquisitorial. O inquisidor, a partir de meras e infundadas suspeitas, tem o poder de desencadear uma insaciável busca pela verdade oculta, utilizando-se de um vasto repertório para a devassa da intimidade, lugar do segredo a ser desvelado". E, assim, "seu apetite o faz trabalhar em um marco paranóide".<sup>947</sup>

O critério que orienta essa atividade persecutória, em busca da revelação de segredos e demarcação de responsabilidades, não poderia ser outro. Todas as diligências (buscas domiciliares, interceptações telefônicas, prisões temporárias etc), inclusive as oficiosas, encontrariam "justificativa" no famigerado "princípio" da verdade real.

A jurisprudência e os manuais, em geral, insistem numa pretensa distinção entre "verdade real, material ou substancial" e "verdade processual, formal ou procedimental". Sustentam, de maneira irresponsável, que ao processo civil

946 CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1988.

947 DIETER, Maurício Stegmann. O Sistema de Investigação Criminal Brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se Anuncia. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). O Novo Processo Penal à Luz da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 48.

bastaria uma verdade produzida nos limites do procedimento em contraditório enquanto que ao processo penal incumbiria a descoberta da verdade dos fatos. E finalizam a “explicação” - que nada explica, apenas confunde! - com a tese de que na seara criminal a gravidade da respectiva sanção, centrada na privação de liberdade, exigiria a produção da “realidade absoluta dos fatos” - seja lá o que isso signifique.

Com razão, “Carnelutti mostrou, já em 1925, ser estéril a discussão a respeito de viger a verdade material ou a verdade formal, olhando a diferença que se insistia – e alguns ainda insistem – em fazer entre elas, no processo penal e civil”.<sup>948</sup>

Ocorre, no entanto, que “inúmeros porta-vozes autorizados do direito se-guem se valendo da retórica da ‘busca da verdade real’, contra todas as fortes e consistentes posições teóricas que reduziram a pó semelhante categoria, como categoria válida do pensamento jurídico e filosófico”. E, pior, “estes agentes penetram com suas ideias nas Faculdades de Direito e nas corporações, ‘simplificando’ a tarefa de pensar e gerando os ‘fundamentos’ para a manutenção de determinado status quo!”.<sup>949</sup>

São esses (e muitos outros) engodos doutrinários que informam a prática das instituições punitivas, levada a efeito por agentes públicos de um sistema autoritário, salvacionista e paranoico.

Ocorre que o sujeito não percebe ou não quer perceber que a investigação criminal, assim como o processo penal, não pode selar compromisso com “a verdade”. Não é este o seu objetivo. Mesmo porque “‘A’ verdade, no singular, será sempre incompleta, necessariamente contingente e dependente de referenciais (tempo, espaço e lugar)”.<sup>950</sup>

Explica Jacinto Coutinho que, com “o domínio da Filosofia da Linguagem sobre a Filosofia da Consciência”, é de se “admitir – em definitivo – a impossibilidade de, a partir de tal relação (*sujeito-objeto*) chegar-se em uma *verdade Toda* (e *única*) e sim *tão-só em uma parte dela*. A parte (daí a parcialidade que move dita relação, sempre), todavia, *não é o Todo* e, portanto, é de *outra coisa que se trata*”.<sup>951</sup>

De fato, o discurso de “verdade real”, apesar de manifestamente falacioso, foi e continua sendo utilizado na tentativa de legitimar abusos e justificar arbitrariedades. A prática da tortura como meio para a obtenção da confissão do imputado é um exemplo clássico. Alinha-se perfeitamente à lógica eficientista e

948 COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 84, 2004.

949 PRADO, Geraldo. Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se Inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

950 ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 1.

951 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Inquisitório e o Processo em “O Mercador de Veneza”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); Direito e Psicanálise: Interseções a partir de “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 155.

cruel do tipo “os fins justificam os meios”.

Em que pese a firme resistência teórica que tem sido proposta por importantes estudiosos do sistema penal, o mito da “verdade real” ainda sobrevive e informa (ou melhor: deforma!) a maioria das investigações criminais.

Não se pretende negar o caráter historiográfico da instrução preliminar. O que se afasta é o ideal (perigoso) de reconstrução absoluta do suposto caso penal, construído pelo discurso inquisitivo de verdade real. Imperiosa a construção de uma nova epistemologia.

Nesse sentido, defende Khaled Junior<sup>952</sup> a noção de “rastros da passividade”. Tratar-se-ia de “uma verdade analogicamente produzida sob a forma narrativa, o que conforma um critério de verdade enquanto (re)produção analógica do passado e não enquanto correspondência – absoluta ou relativa – em relação a um evento que pertence a um tempo escoado.” É uma tese importante e que poderia ser utilizada para afastar a ambição inquisitiva de busca da verdade.

Deveras, a impossibilidade de certeza na reconstrução dos fatos passados no tempo presente não pode ser desprezada. Pelo contrário, deve nos conduzir à observância, cada vez maior, da cláusula do *due process of law* na etapa de investigação preliminar, com irrestrito zelo pelos direitos e garantias fundamentais. A superação do método investigativo historiográfico conservador de revelação da verdade é, indubitavelmente, um importante redutor de dor na instrução preliminar.

### 3. PELA SUPERAÇÃO DO MODELO INVESTIGATIVO BELIGERANTE: A VIA DA ALTERIDADE

A investigação é tida por muitos como uma batalha. O objetivo final seria extirpar o crime do meio social. Tem-se uma luta contra o “mal da criminalidade” ou a “grande onda de violência”. Pretende-se salvar a sociedade do medo e da insegurança. O discurso é em nome da ordem e assim dirigem as atividades. Não vacilam em optar pelo uso da força para a restauração da “paz social”.

Acredita-se, de modo ingênuo e maniqueísta, que seria possível dividir a sociedade em apenas dois grupos: do bem (ou dos “cidadãos de bem”) e do mal (ou dos “criminosos”). A existência do primeiro grupo dependeria da contenção do segundo. Qualquer semelhança com a realidade não é mera coincidência. Talvez isso explique (e muito) o encarceramento em massa brasileiro. Afinal de contas, diz-se que a sociedade (“de bem”) apenas estará “segura” quando todo o “mal” for segregado.

Nesse sentido, as prisões (preventivas) para “a garantia da ordem pública” ou para “a garantia da ordem econômica” (art. 312, *caput*, do CPP) são mecanismos fundamentais. Prender para garantir a ordem. É tudo que se deseja num sistema de “limpeza social” por meio da intervenção penal. Não se discute a (in) constitucionalidade ou (não)cautelabilidade da medida; ela é funcional. Isso basta. Serve ao encarceramento. Não sem motivo que a população carcerária brasileira, segundo pesquisas do “International Centre for Prison Studies – ICPS”, é a quarta do mundo (em “números absolutos”), atrás apenas dos Estados Unidos, da

952 KHALED JR, Salah H. . A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 591.

China e da Rússia. Os atuais 550.000 (quinhentos e cinquenta mil) presos deste país são apenas referenciais quantitativos da tão falada “guerra contra o crime” numa sociedade ávida por “sensação de segurança”. Ademais, se considerarmos as prisões domiciliares, o número salta para 715.592 (setecentos e quinze mil, quinhentos e noventa e dois) presos, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, o que eleva o Brasil à terceira posição mundial no ranking de encarceramento.

A manutenção irrestrita da ordem (neoliberal), nesse cenário de combate militarizado, reclama uma política criminal de intervenção máxima e, por óbvio, de garantias mínimas em relação ao escolhido inimigo social. Vide as formulações teóricas de Günther Jakobs, professor da Universidade de Bonn, com a sua tese sobre “Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht” (Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo).

Vale mencionar as famosas “Operações de Garantia da Lei e da Ordem”, já realizadas em território nacional e admitidas, ou melhor, estimuladas oficialmente pelo governo brasileiro. A sua definição consta expressamente em publicação do Ministério da Defesa, nos seguintes termos: “Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) é uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presume ser possível a perturbação da ordem”.<sup>953</sup>

A tragédia normativa só não é pior que o drama de sua realidade prática – marcada por flagrante desrespeito aos direitos fundamentais. Os “mandados coletivos” de busca e apreensão demonstram o nível de incivilidade e uma perniciosa simbiose autoritária entre órgãos do Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia e Forças Armadas.

Não são poucas as razões contrárias ao método beligerante de investigação criminal em um Estado (que se pretenda) Democrático de Direito. Em primeiro lugar, é preciso superar o ideal falacioso de uma sociedade livre de violência.<sup>954</sup> A violência sempre acompanhou a trajetória humana, ainda que sob formas e níveis diferenciados. Trata-se de “elemento estrutural, intrínseco ao fato social, e não o resto anacrônico de uma ordem bárbara em vias de extinção”.<sup>955</sup>

Assim, declarar guerra contra o crime apenas multiplica a violência. Salo de Carvalho denuncia que as ciências criminais, direcionadas a anular a violência do bárbaro e a afirmar os ideais civilizados, ao longo do processo de constituição (e de crise) da Modernidade, produziram justamente seu oposto, ou seja,

953 BRASIL. Portaria Normativa n. 186/MD, de 31 de Janeiro de 2014, publicada no Diário Oficial da União n. 23, de 03 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33\\_m\\_10\\_glo\\_2ed\\_2014.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33_m_10_glo_2ed_2014.pdf)>. Acesso em 05.04.2014.

954 KHALED JR, Salah H. . O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal. In: Diego Augusto Bayer. (Org.). Controvérsias criminais: livro em homenagem ao professor doutor Eugenio Raúl Zaffaroni. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, pp. 539-562.

955 GAUER, Ruth M. Chittó. Alguns aspectos da fenomenologia da violência. In: GAUER, Gabriel J. Chittó, GAUER, Ruth M. Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 540.

inominável custo de vidas humanas.<sup>956</sup> Um dos maiores exemplos é a fracassada política de combate às drogas, marcada por assustadora violência reflexa, com elevados níveis de letalidade e encarceramento.

Por fim, a própria noção de guerra mostra-se, de plano, incompatível com a mais singela estrutura de um Estado Constitucional fundado em liberdades públicas, de um Estado orientado à promoção de direitos fundamentais invioláveis da pessoa. Admitir esta “imagem bélica, legitimante do exercício do poder punitivo por via da absolutização do valor segurança, implica aprofundar sem limite algum o que poder punitivo provoca inexoravelmente, que é a debilitação dos vínculos sociais horizontais (solidariedade, simpatia) e o reforço dos verticais (autoridade, disciplina”.<sup>957</sup> Significa, em suma, admitir-se um modelo de Estado de polícia, ao invés de um Estado de direito.

Não se pode esquecer de Levinas<sup>958</sup> ao afirmar que “a guerra não manifesta a exterioridade e o outro como outro (...) Os indivíduos reduzem-se aí a portadores de formas que os comandam sem eles saberem”. Esse diálogo oportuno entre saber processual penal e ética da libertação é de grande valia na construção de uma investigação preliminar que, afastando-se do paradigma bélico, demonstre consideração pelo outro. E, aqui, com apoio em Dussel, dizemos do outro enquanto “a/o outra/o mulher homem: um ser humano, um sujeito ético, o rosto, como epifania da corporalidade vivente humana”.<sup>959</sup>

Ricardo Souza Timm destaca a importância de um “humanismo que tem no respeito à alteridade sua única razão suficiente de ser, e sem o qual simplesmente não existe”, tendo por fulcro a “digna manutenção e promoção da singularidade humana que cada ser humano porta”.<sup>960</sup>

Ao invés de uma concepção bélica de investigação, deve-se buscar o resgate e efetiva concretização de noções elementares de alteridade. O combate deve ser substituído pelo reconhecimento do “outro” enquanto indispensável à existência do “eu”. De modo (excessivamente) simplista, poder-se-ia dizer que a consideração do investigado, em uma relação ética de alteridade, também como sujeitos de direitos, e não mero alvo de combate, já representaria uma diminuição considerável de dor.

#### 4. BANALIDADE DO MAL OU RESISTÊNCIA DEMOCRÁTICA?

A banalidade do mal tem encontrado campo fértil no sistema criminal, inclusive na fase de investigação preliminar. É alimentada pelo mero cumpridor de ordens; por aquele sujeito “normal”, um funcionário dedicado e comprometido com o seu trabalho, mas incapaz de pensar além, isto é, de avaliar criticamente o seu lugar e a sua atuação.

956 CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29.

957 ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 59.

958 LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: ed. 70, 1961, p. 10.

959 DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012, p. 16.

960 SOUZA, Ricardo Timm de. Humanismo e Alteridade: a filosofia frente à radicalidade do ser humano. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/humanismo-e-alteridade>>. Acesso em 07.09.2014.

É o típico Eichmann – cuidadosamente descrito pela filósofa alemã, Hannah Arendt, em sua clássica obra intitulada “Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal”.

Adolf Eichmann (1906-1962) era um funcionário do governo alemão durante o regime nazista, tenente-coronel da SS, pertencente ao alto escalão de Hitler, que teve importante participação na chamada “Solução Final” da questão judaica. Teria sido responsável pelas deportações em massa para os campos de concentração do Terceiro Reich. Ao final da Segunda Guerra Mundial, com a derrota da Alemanha, foi capturado pelas tropas norte-americanas, porém conseguiu fugir e, após percorrer diversos países, chega à América do Sul, especificamente à Argentina. Em 1960, contudo, agentes israelenses prendem Eichmann e o levam a Israel para julgamento, onde termina condenado à pena de morte, executada em seguida.

Hannah Arendt, que acompanhou o julgamento em questão, descreve Eichmann como “uma pessoa mediana, ‘normal’, nem burra, nem doutrinada, nem cínica”, “inteiramente incapaz de distinguir o certo do errado”.<sup>961</sup> Alguém que “só ficava com a consciência pesada quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado”.<sup>962</sup> Sujeito que não deixa nenhuma dúvida de que seria capaz de matar “o próprio pai se houvesse recebido ordem nesse sentido.”<sup>963</sup>

O que mais apavora – talvez – é que ele era um ser ordinário, um “representante do poder encarnado no tipo comum”,<sup>964</sup> não era um torturador como outros nem um assassino típico. Não se via nele o sujeito louco, maligno e cruel que se esperava que fosse. Pelo contrário, impressionava por “uma frieza monótona e uma racionalidade despreocupada”.<sup>965</sup> Enfim, “era como quase todos somos, sempre afeitos a seguir a tendência dominante”.<sup>966</sup>

Arendt destaca, ainda, que Eichmann “evidentemente não era de um ódio insano aos judeus, de um fanático anti-semitismo ou de doutrinação de um ou outro tipo. ‘Pessoalmente’ ele não tinha nada contra os judeus; ao contrário, ele tinha ‘razões pessoais’ para não ir contra os judeus”.<sup>967</sup>

Essa pode ser uma boa chave de leitura do atual sistema de instrução preliminar. A burocracia exemplar, exercida acriticamente no seio das funções investigativas, comprometida apenas com o eficientismo penal, tem se revelado como mecanismo de ampliação da dor.

A dor – causada pelo sistema de justiça criminal – não é, na maioria das vezes, fruto de manobras extraordinárias ou grandiosas armadilhas de “terroris-

961 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 38.

962 Idem, p. 37.

963 Idem, p. 33.

964 TIBURI, Márcia. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 36.

965 Idem, p. 36.

966 Idem, p. 38.

967 ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 37.

tas estatais”, e sim do cotidiano, dos atos ordinários e dos agentes comuns que nele atuam. Ela está no dia-a-dia do “funcionário padrão” ou “burocrata exemplar”. Aquele tido como o verdadeiro “cumpridor de ordens”. Mas que ordens? As ordens extraídas de um sistema de códigos – penal e processual penal – com baixíssima densidade constitucional.

Algumas autoridades públicas – “normais” por excelência – preferem desconhecer a realidade e os efeitos de suas decisões. Afinal de contas, apenas o que fazem é aplicar a lei, dos códigos, aqueles mesmos da década de 40, cuja origem autoritária é conhecida por todos. Pouco importa se flagrantemente inquisitiva. É a lei, sem qualquer filtragem constitucional! Agir para além do código - e conforme o modelo constitucional - exige reflexão normativa (saber, v.g., manejar princípios), além de trazer consigo, por vezes, um custo social e institucional.

E, por fim, para não ficar somente na abstração das ideias e da mera retórica, bastaria citar os “insignificantes” julgamentos supremos. Como é possível chegar até o Supremo Tribunal Federal questões do tipo “subtração de um par de chinelos”, de “doze camarões” ou de “um galo e uma galinha”? Talvez porque a “banalidade do mal” ainda esteja impregnada no sistema de justiça criminal. O espaço para a mais singela manifestação de resistência democrática tem sido muito pouco, quase nulo. Óbvio que a não construção de uma prática concreta de resistência democrática, especialmente nas investigações preliminares, apenas gera maior dor.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a pergunta que fica é uma só: o que fazer diante de um sistema de investigação preliminar marcado pela dor? A resposta não poderia ser mais simplista: se não é possível, por ora, acabar com a dor, resta minimizá-la. O que passa, necessariamente, pela superação da busca pela verdade (real), pela própria noção de alteridade e pela necessidade de focos de resistência democrática na instrução preliminar.

Não é diferente a lição do nosso homenageado, professor Aury Lopes Júnior<sup>968</sup>, segundo o qual “todos os mecanismos de proteção que busquem amenizar o sofrimento e os riscos que ele encerra são um imperativo de Justiça” - algo pelo que devemos lutar.

## BIBLIOGRAFIA

- ARENDR, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BRASIL. *Portaria Normativa n. 186/MD, de 31 de Janeiro de 2014*, publicada no Diário Oficial da União n. 23, de 03 de Fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33\\_m\\_10\\_glo\\_2ed\\_2014.pdf](http://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33_m_10_glo_2ed_2014.pdf)>. Acesso em 05.04.2014.
- 968 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 86.

- CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. México: Cajica, 1965.
- \_\_\_\_\_. *Lições sobre o processo penal*. tomo I. Campinas: Bookseller, 2004.
- CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Tradução de Mariluz Caso. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1988.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Sistema Inquisitório e o Processo em "O Mercador de Veneza"*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.); *Direito e Psicanálise: Interseções a partir de "O Mercador de Veneza", de William Shakespeare*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Penal & Processo Penal (por prefácios selecionados)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos*. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre, v. 4, n. 14, 2004.
- DIETER, Maurício Stegmann. *O Sistema de Investigação Criminal Brasileiro e o Novo Código de Processo Penal que se Anuncia*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão*. 4 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *Alguns aspectos da fenomenologia da violência*. In: GAUER, Gabriel J. Chittó, GAUER, Ruth M. Chittó. *A fenomenologia da violência*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JÚNIOR, Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 06 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- KHALED JR, Salah H. *A Busca da Verdade no Processo Penal: Para Além da Ambição Inquisitorial*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- \_\_\_\_\_. *O homem do dique e a irracionalidade do pensamento jurídico-penal sedimentado: reencontro subversivo com a história política do direito penal*. In: Diego Augusto Bayer. (Org.). *Controvérsias criminais: livro em homenagem ao professor doutor Eugenio Raúl Zaffaroni*. Jaraguá do Sul: Letras e Conceitos, 2013, pp. 539-562.
- LEVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Lisboa: ed. 70, 1961.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 09 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 01 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PRADO, Geraldo. *Crônica da Reforma do Código de Processo Penal Brasileiro que se Inscreve na Disputa Política pelo Sentido e Função da Justiça Criminal*. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O Novo Processo Penal à Luz da Constituição*. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SCHUNEMAN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. Coordenação de Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

- SOUZA, Ricardo Timm de. *Humanismo e Alteridade: a filosofia frente à radicalidade do ser humano*. Disponível em: "<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/humanismo-e-alteridade>". Acesso em 07.09.2014.
- TIBURI, Márcia. *Filosofia Prática: ética, vida cotidiana, vida virtual*. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- WARAT, Luis Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Revista Sequência. Florianópolis: UFSC, n. 5, p. 48-57, 1982.
- ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v.1. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.