

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

GIOVANNA MABILE FERREIRA DOS SANTOS

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO NA
ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL.

CURITIBA
2011

GIOVANNA MABILE FERREIRA DOS SANTOS

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E A TEORIA DO ETIQUETAMENTO NA
ATUAÇÃO JURISDICCIONAL PENAL.

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, no
Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Katie Silene Cáceres
Argüello.

CURITIBA

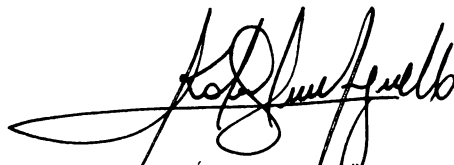
2011

TERMO DE APROVAÇÃO


GIOVANNA MABILE FERREIRA DOS SANTOS

Princípio da imparcialidade e a teoria do etiquetamento na atuação jurisdicional penal.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO
Orientador



ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO
Primeiro Membro



MAURÍCIO STEGEMANN DIETER
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico(a) **GIOVANNA MABILE
FERREIRA DOS SANTOS**

Aos nove dias do mês de dezembro do ano de 2011, às 10:40 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) GIOVANNA MABILE FERREIRA DOS SANTOS, sobre o tema, “Princípio da imparcialidade e a teoria do etiquetamento na atuação jurisdicional penal.”. A Comissão constituída pelos Senhores Professores, KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO (Orientador), (Coorientador), ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO - Direito Penal e Processual Penal e MAURÍCIO STEGEMANN DIETER, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 10,0 , 10,0 , 10,0 e _____; perfazendo a média igual a 10,0.

Obs.:

Curitiba - PR, 09 de dezembro de 2011.

ANDRÉ RIBEIRO GIAMBERARDINO -
Direito Penal e Processual Penal

KATIE SILENE CÁCERES ARGÜELLO

MAURÍCIO STEGEMANN DIETER

RESUMO

O Estado, sob o pretexto de pacificar os conflitos da sociedade e restaurar a ordem jurídica ameaçada pelo cometimento de um crime, avocou para si a função de administrar a justiça e aplicar o direito ao caso concreto, consolidando assim o monopólio estatal do poder punitivo. Para tornar efetivo o *jus puniendi* estatal e aplicar a devida sanção, a pena somente poderá ser infligida através de um processo judicial. Um sistema corresponde a uma totalidade ordenada e o que orienta a totalidade se traduz em um princípio unificador. Historicamente, é possível identificar dois sistemas processuais penais, são eles: o acusatório e o inquisitório, um desses sistemas é orientado por um princípio unificador, nesse caso os princípios são, respectivamente, o dispositivo e o inquisitivo. O critério de distinção entre esses sistemas é o da gestão da prova judicial, quando o princípio for dispositivo a produção da prova no processo fica a cargo das partes, enquanto no inquisitivo quem produz a prova é o juiz. Surge ainda no cenário jurídico uma terceira concepção de sistema chamado de misto. Existem diversos problemas associadas à manutenção do sistema inquisitório, de forma que a evolução do pensamento nos leva a objetivar a adoção do sistema acusatório como o tipo mais adequado às exigências democráticas. No Brasil, em que pese alguns doutrinadores afirmarem que vige o sistema misto, o sistema processual penal atual ainda é regido pelo princípio inquisitivo, isso é ainda mais grave considerando que ocorre uma subversão da Constituição Federal, pois esta já consolidou em seu texto o sistema acusatório. Outro ponto que torna ainda mais urgente uma mudança de posicionamento na prática jurisdicional se dá em vista aos apontamentos trazidos pela Teoria do Etiquetamento. Nesse paradigma criminológico para que um ato seja considerado desviante e uma pessoa seja considerada "infratora", antes de tudo é preciso que exista uma regra ou norma que considere aquele ato como desviante e essas normas são sempre construções sociais. Assim, a criminalidade é vista como uma construção da sociedade e essa mesma sociedade é quem define as pessoas que se encaixam na imagem de criminoso. Outra noção importante é a de meta-regras que funcionam como regras interpretativas que vão classificar certos indivíduos e comportamentos e imprimir, enfim, a rotulação de criminal. É fato, então, que a justiça criminal opera com uma imagem construída de criminoso, sendo certo que ela atua de forma seletiva. O princípio da imparcialidade refere à atuação dessa mesma jurisdição penal, este princípio pode ser concebido de diversas formas, tradicionalmente, é visto como a exigência de neutralidade do julgador. Entretanto, ante o reconhecimento da impossibilidade de neutralidade, surge a necessidade, dentro da lógica acusatória do sistema, de conceber este princípio como uma meta a ser alcançada pelo julgador. Tal perspectiva está em perfeita compatibilidade com as exigências democráticas da Constituição de Federal. Este trabalho pretende enfatizar a necessidade da aplicação do princípio da imparcialidade em uma perspectiva distante da clássica posição de neutralidade do intérprete do direito, bem como a necessidade de respeito pelo outro, reconhecendo a criminalidade como um comportamento da maioria.

Palavras-chave: Sistemas Processuais Penais. Acusatório. Inquisitório. Misto. Teoria do Etiquetamento. Criminalidade. Criminoso. Etiquetas. Meta-regras. Seletividade. Justiça Criminal. Princípio da Imparcialidade. Neutralidade. Quadros Mentais Paranóicos. Democracia. Garantias constitucionais.

ABSTRACT

The State, under the pretext of pacifying society's conflicts and restoring the juridical order threatened by the practice of a crime, claimed for itself the function of justice's administration and application of law to one case. So the *jus puniendi* of the State becomes effective, the punishment can only be applied through a lawsuit. A system corresponds to an ordained totality oriented by a unifying principle. Historically, it is possible to indentify two types of penal procedure: accusatory, oriented by the accusative principle and inquisitorial, oriented by the inquisitive principle. The distinction factor between theses systems is the management of judicial proof, when the system is accusatory proofs are produce by the parts and when the system is inquisitorial the judge produces it. There is a third conception of system called mixed. There are several problems associated with maintaining the inquisitorial system therefore democracy demands the accusatory system. In Brazil, despite some authors claim that the mixed system prevails, the current criminal justice system is still governed by the inquisitive principle. Another point that makes it even more urgent a change of position in the judicial practice is brought in by the Labeling Theory. In this criminological paradigm an act to be considered deviant and a person is considered "delinquent", first of all there must be a rule or standard to consider that act as deviant, theses standards are always social constructions. Crime is seen as a building by the society, who also defines the people who fit the image of the criminal. Another important notion is that of meta-rules that serve as interpretive rules that will classify certain individuals and behaviors and associated the criminal label. It is a fact that the criminal justice system operates with a constructed image of a criminal, given that it acts selectively. The principle of impartiality refers to the actions of the same criminal jurisdiction, this principle can be designed in various ways, traditionally seen as the requirement of neutrality of the judge. However, given the recognition of the impossibility of neutrality, the need arises, within the logic of the accusatorial system, that this principle is seen as a goal to be achieved by the judge. This perspective is perfectly compatible with the democratic demands of the Federal Constitution. This paper intends to emphasize the need to apply the principle of impartiality in a distant view of the classical position of neutrality and the need for respect of others, recognizing the crime as a behavior of the majority.

Keywords: Systems of criminal procedure. Accusatory. Inquisitorial. Mixed. Labeling Theory. Crime. Criminal. Labels. Meta-rules. Selectivity. Criminal Justice. Principle of Impartiality. Neutrality. Paranoid mental frames. Democracy. Constitutional guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL	9
2.1 DIREITO PROCESSUAL PENAL: UMA BREVE ELUCIDAÇÃO.....	9
2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	11
2.2.1 Noção de sistema:.....	11
2.2.2 Sistema inquisitório:.....	12
2.2.3 Sistema acusatório:.....	15
2.2.4 Sistema misto:.....	18
2.2.5 Caso brasileiro:.....	20
2.3 A NECESSIDADE DE MUDANÇA: UMA EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA.....	23
3 CRIMINALIDADE E CRIMINOSO A PARTIR DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO	27
3.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO OU <i>LABELLING APPROACH</i> : DEFINIÇÃO DE CRIMINALIDADE.....	27
3.2 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DE UM CRIMINOSO.....	32
3.3 A NOÇÃO DE META-REGRAS E SUA ATUAÇÃO NA JURISDIÇÃO PENAL.....	34
3.4 BREVE CRÍTICA AO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL E À SUA SELETIVIDADE.....	39
4 O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA POSSÍVEL SOLUÇÃO	44
4.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES.....	44
4.2 INTERPRETAÇÃO E NEUTRALIDADE.....	46
4.3 PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA CONCEPÇÃO COMO META.....	49
4.4 POSSÍVEL SOLUÇÃO: EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.....	52
5 CONCLUSÃO	56
6 REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do Estado impôs a centralização do poder do comando político em um único ente, como decorrência lógica desta centralização, a transferência do poder de punição dos indivíduos para o ente estatal se mostrou um imperativo.

A evolução social compreendeu que a forma mais correta para a aplicação da punição ao cidadão seria através de um processo, em que o Estado operasse como aquele que decidiria sobre a adequação da aplicação da reprimenda, partindo da idéia de que o aparato estatal por ser um ente desvinculado ao interesse das partes seria sempre um julgador imparcial.

Entretanto, por muito tempo a imparcialidade jurisdicional foi concebida com conotação de neutralidade, que ao invés de refletir a garantia fundamental de permitir a atuação igualitária das partes, era aplicada como a exigência da anulação da natureza humana do julgador.

O juiz, de regra, é apresentado como um robô, um ser transparente através do qual flui a "vontade" da lei; e alguns, falando sério, acreditam realmente que ela a detém. Ignora-se, quase por completo, o homem, em um esforço incomum visando encalacrar nele – e em todos nós – a consciência de que sua função é espelhar uma vontade que não é sua.¹

Tal perspectiva apresenta-se como uma deformação da realidade, cujo objetivo é legitimar o *status quo* através de um positivismo ignorante, já que a defesa do cidadão contra o arbítrio do Estado não está exclusivamente na lei, mas na consciência de um magistrado normal, cujas decisões não se referem à aplicação cega da lei, mas buscam fazer justiça.²

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é não só o de enfatizar a necessidade da aplicação do princípio da imparcialidade em uma perspectiva distante da clássica posição de neutralidade, mas também o de trazer para a reflexão jurisdicional penal a necessidade de respeito pelo outro, reconhecendo a criminalidade como um comportamento da maioria e que não está adstrito a uma pequena parcela da população tradicionalmente considerada desviante.

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba. Editora Juruá. 1989. p. 136

² Ibid., p. 136/137.

Para tanto se toma como ponto de partida a análise da atuação da jurisdição penal, especificamente, quanto aos sistemas processuais penais, se preocupando com a situação do âmbito processualístico brasileiro.

Em seguida, buscar-se-á, através da teoria do etiquetamento, expor a seletividade com que opera a justiça criminal, pugnando pela compreensão do papel da sociedade e, conseqüentemente, do Judiciário na construção da criminalidade. Além disso, procura-se nesse ponto explorar como a imagem do criminoso, concebida como uma realidade socialmente construída é absorvida pelos operadores do direito.

Por fim, será examinada a noção de imparcialidade, buscando apontar que a idéia de um intérprete do direito neutro é impossível, o que enseja uma mudança de posicionamento, conforme será demonstrado. Ademais, sugere-se como solução à problemática na aplicação do princípio da imparcialidade a real efetivação das garantias fundamentais constitucionais eleitas como orientadoras de um processo penal democrático.

2 A ATUAÇÃO JURISDICIONAL PENAL.

2.1 DIREITO PROCESSUAL PENAL: UMA BREVE ELUCIDAÇÃO.

O Estado, que surgiu como uma forma de organização do poder, representando um ordenamento político, tem como elemento principal a centralização do poder no âmbito das relações políticas, bem como se funda no princípio da territorialidade e na idéia de impessoalidade do comando político. Em sua concepção moderna projeta uma imagem de estrutura organizativa unitária com o objetivo de atenuar o conflito social, balizando as relações de força através do monopólio do poder.³ É diante dessa visão centralizadora em que é consolidada também a noção de monopólio do poder punitivo pelo aparato estatal.

Há algum tempo a doutrina enuncia que o que diferencia o Direito Penal dos outros ramos do Direito é o fato de que a sanção eleita no descumprimento de um mandamento proibitivo penal é a pena. Essa reprimenda já foi exercida de várias maneiras e a evolução histórica da repressão penal foi objeto de estudo de autores como FOUCAULT que, eficientemente, demonstrou como se deu a passagem da pena-suplício para a pena-prisão como conhecemos hoje.

Em seu estudo, o autor mostra que o surgimento de um novo sistema penal, introduzido pelas reformas dos códigos nos séculos XVIII e XIX, reflete em uma busca por um método de punir mais tolerante, afastando-se da vingança em favor da vítima.⁴ Ante o ideal de humanização da repressão surge a necessidade de que um terceiro imparcial tomasse parte na imposição da pena, assim, o Estado, sob o argumento de pacificar o grupo e restaurar a ordem jurídica ameaçada pelo cometimento de um crime, avocou para si a função de administrar a justiça e aplicar o direito ao caso concreto.⁵

O entendimento clássico é o de que pelo fato de os bens protegidos pelas normas penais serem públicos, cabe a sociedade como um todo o direito de aplicar

³ SCHIERA, Pierangelo. *Estado Moderno*. In: Dicionário de Política. Noberto Bobbio et. al. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.p. 426/427.

⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1993. Capítulo II.

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. volume 1. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 6.

a sanção a aqueles que ofenderem a lei. A pena então passa a ser pública e o titular do direito de punir passa a ser o Estado, eis que toma para si o monopólio da atividade jurisdicional, com o objetivo de proteger a comunidade da violação da ordem jurídica.

E para tornar efetivo o *jus puniendi* estatal, a pena será infligida somente através de um processo, isso porque no Direito Penal, ao contrário do direito privado que se diz auto-aplicável, não existe a possibilidade de aplicação da pena sem o adequado procedimento jurídico prévio. A impossibilidade de auto-executoriedade ou coação direta do Direito Penal serve como uma garantia para coibir abusos estatais, ou seja, reflete uma forma de limitação do poder do Estado.

LOPES JR. explica:

Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto culpável, mas também que exista previamente o devido processo legal. A pena não é só efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.⁶

Praticado o crime, a punibilidade que era abstrata passa a ser concreta, nasce a pretensão punitiva, o direito transmuda-se em dever e o Estado passa a exigir a subordinação do interesse do criminoso ao seu, mas como a atividade administrativa de punir não é auto executável, a punição só pode ser exercida após decisão da jurisdição, dentro da qual o detentor do *jus puniendi*, o Estado-administração, também se submete.

A jurisdição atua para fazer o accertamento do fato delituoso e o processo, no qual se opera a reconstituição de um fato pretérito (o crime) na medida de uma verdade processualmente válida e evidenciadora da culpabilidade ou da periculosidade do agente, é o meio que utiliza para concluir se o réu deve ou não ser punido.⁷

Isso mostra o caráter instrumental do Direito Processual Penal, eis que o processo serve como um instrumento para revestir de eficácia a imposição de uma

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. volume 1. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 24.

⁷ COUTINHO, 1989, p. 121/134.

pena, pois sem o desenvolvimento de um devido processo legal não será legítima a aplicação da repressão penal.⁸

2.2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.2.1 Noção de sistema:

Contribuição do jusracionalismo a noção de sistema inserida no Direito implica em reconhecer que as normas jurídicas formam um conjunto estabelecido de maneira ordenada, unitária e coerente. Um sistema será marcado pela unidade, ou seja, a aglutinação dos entes que compõe o conjunto, pela coerência, que traduz a ligação entre os elementos e ausência de contradição e pela hierarquia tida como dependência e dedutibilidade lógica dos elementos.

A idéia de sistema é útil para a ciência do direito na medida em que auxilia a aplicação dos seus princípios e regras, assegurando certa previsibilidade dos efeitos da aplicação da norma, bem como unidade jurídica.⁹

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas e, como já mencionado, para ser considerado como sistema não basta só um elemento conceitual, assim pressupõe não só unidade – existência de norma fundamental que se relacione com as demais normas – como também a coerência – além de se relacionar, as normas devem se manter coerentes entre si. Para BOBBIO¹⁰, um sistema corresponde a uma totalidade ordenada, ou seja, “um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”.

Há a necessidade de que dentro de um conjunto de normas exista uma relação de compatibilidade entre seus elementos, isso não quer dizer que se existir a incompatibilidade todo o conjunto será eliminado, mas apenas que aquelas partes

⁸ Vale lembrar o que diz Aury Lopes Jr. ao explicar a instrumentalidade do processo penal, em que o autor aponta que o processo deve servir como um instrumento para o cumprimento do projeto democrático imposto pela Constituição Federal e pelas exigências do Estado de Direito.

⁹ AMARAL, Francisco. *Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro*. In: Revista de Direito Civil – 63. p. 48

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 71/81.

incompatíveis serão desconsideradas. Assim, para o autor, o ordenamento jurídico constitui um sistema na medida em que as normas mantêm um relacionamento entre si e não permite a coexistência de incompatibilidade.

KANT¹¹ entende ainda que todo sistema é fundado num princípio unificador ou “princípio da unidade sistemática”, aquele princípio que une o conhecimento com base em uma idéia, orientando o conjunto de regras que compõe o sistema.

Historicamente, é possível identificar dois sistemas processuais penais que marcaram a evolução da disciplina, são eles: o acusatório e o inquisitório. Na linha do que foi exposto acima cada um desses sistemas é orientado por um princípio unificador, que é, essencialmente, o que os diferencia entre si, nesse caso os princípios são, respectivamente, o dispositivo e o inquisitivo.

A diferenciação entre os princípios unificadores é determinada pelo critério de gestão da prova, ou seja, para cumprir a finalidade do processo de reconstituir um fato pretérito, há a necessidade de uma instrução probatória, assim se a prova judicial será conduzida pelas partes ou pelo julgador é o que identifica o princípio unificador.¹²

Parte-se agora a análise mais específica dos sistemas processuais mencionados, além desses dois tipos base, surge contemporaneamente a noção de sistema misto, que é discutível em alguns aspectos, conforme será mencionado adiante. Vale analisar também o caso brasileiro, principalmente, no que se refere a contradição existente, que consiste no fato de que a Constituição Federal impõe o modelo acusatório, enquanto a prática forense, baseada em disposições normativas falhas existentes no Código de Processo Penal, segue adotando o sistema inquisitório.

2.2.2 Sistema inquisitório:

O sistema inquisitório teve influência do pensamento da velha Roma, entretanto, consolidou-se na versão como aparece hoje com o domínio ideológico da

¹¹ Citado por COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. No prefácio elaborado para o livro *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. volume 1. de Aury Lopes Jr.

¹² Ressalte-se que parcela da doutrina equivocadamente disciplina que a diferenciação entre os sistemas baseia-se no fato de as funções de acusar e julgar estarem unificadas ou separadas, entretanto tal visão não pode ser acolhida.

Igreja em meados do século XIII, após o paulatino desaparecimento dos feudos e o crescimento das cidades. Essa mudança de modo de vida impõe uma nova racionalidade e a Igreja vê nesse movimento uma oportunidade para fixar sua ideologia.

Há uma questão filosófica de confronto entre dois pensamentos, a mentalidade dos comerciantes, fundada em uma noção aristotélica e o pensamento medieval defendido pela Igreja, fundado em um ideal platônico e baseado em certos dogmas. O problema que surge é o fato de que esses dogmas não deveriam ser discutidos, e por esse motivo haveria a necessidade de combater todo pensamento que fosse diferente.

A Igreja sentia que estava sendo colocada em dúvida, em combate a isso, a noção de heresia é calcada na referência a aqueles que pensam diferente. O primeiro grande marco para a instituição da inquisição veio com o papa Inocêncio III, que em 1199, através da Bula *Vergentis in seniem*, equipara as heresias aos crimes de lesa-majestade,¹³ que eram punidos com a morte. Esse instrumento justificou muitos atos atrozés como as cruzadas.

LOPES JR explica:

O crime não é o problema nesse trilhar para a eternidade, pois para o arrependido sempre há o perdão divino. O problema está na heresia, na oposição do dogma, pois isso sim fecha o caminho para a eternidade; esse é o maior perigo de todos. Como tal exige maior rigor na repressão.¹⁴

Com o Concílio de Latrão, em 1215, há a estruturação de um instrumento pelo qual se aniquilaria aquele que pensasse diferente, adotando-se a inquisição, determinando que bastassem suspeitas para iniciar um processo, o que culminou, em 1231, com a instituição dos Tribunais da Inquisição.

O controle do processo, nesse cenário, não depende de um órgão acusador, sendo que o inquisidor tanto acusa como julga, não há partes nesse processo, eis que o acusado se torna mero objeto de verificação¹⁵ e o impulso do procedimento

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O novo papel do juiz no processo penal*. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Coordenação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001. p. 22

¹⁴ LOPES JUNIOR, 2010, p. 65

¹⁵ COUTINHO, 2001, p. 23

fica a cargo exclusivo do julgador. Mas o principal marco distintivo do sistema, conforme já mencionado, é a gestão da prova que aqui é atribuição somente do juiz.

O processo era dividido em duas fases, uma primeira geral, em que o inquisidor apresentava as provas recolhidas quanto à autoria e a materialidade, sustentava a acusação e proclamava o resultado, seguida de uma segunda fase especial, que partia para análise direta da pessoa, proclamando a condenação e atribuindo a punição.

Como consequência também da adoção desse modelo de processo são abolidas a publicidade e, como já dito, a acusação, a atuação do julgador será em segredo e, em geral, de ofício, a delação era amplamente apoiada, bem como o nome das testemunhas ficava em sigilo.

Na estrutura inquisitorial o escopo do processo era obter a confissão do acusado, eis que esta era considerada a “rainha das provas”, bastando ela para a condenação. A lógica que se tentava impor é a de que a confissão levaria a absolvição pelo pecado (crime) e sendo a obtenção da confissão a principal preocupação do inquisidor, o meio pelo qual seria obtida não importava realmente, isso levou a consequências terríveis como o amplo uso da tortura como método de investigação da verdade.

Um dos artifícios utilizados para justificar a rigorosidade com que se aplicavam os métodos de investigação é a chamada “busca pela verdade real”, ou seja, o objetivo do processo era desvendar a verdade material sobre o fato narrado na denúncia, assim deveriam ser usados todos os métodos possíveis para revelar os acontecimentos dos fatos como verdadeiramente teriam ocorrido. Como se verá adiante essa busca é impossível e consiste em uma falácia que serve apenas para justificar atos opressivos.

Outra característica marcante do sistema inquisitório é a inexistência de coisa julgada, isso porque quando um acusado era absolvido, não havia a afirmação de que ele era inocente e sim de que naquele processo nada foi provado contra ele, dessa forma a pessoa permanecia sob perigo constante, uma vez que a investigação contra si poderia ser reaberta a qualquer tempo.¹⁶

Os moldes desse sistema são adequados para formas de governos opressivas, já que não dão margem para que garantias fundamentais, como o

¹⁶ LOPES JUNIOR, 2010, p. 67

contraditório, se desenvolvam no âmbito processual. A falta de publicidade e excesso de poder concentrado por um ente submete os acusados a um tratamento desigual, para não dizer desumano, que não se compatibiliza com um regime democrático.

A superação desse sistema se impõe para qualquer Estado que garanta o mínimo de dignidade aos seus membros, mais adiante serão apontados os perigos na manutenção de um processo penal baseado em uma lógica inquisitória.

2.2.3 Sistema acusatório:

A origem do sistema acusatório tem raízes no direito grego, bem como no direito da Roma da Alta República. Nos últimos séculos da república romana surge um novo modelo processual chamado de *accusatio*, em que se cria um tribunal baseada nas *questiones*, onde as funções de acusar e julgar são destinadas a pessoas diferentes, sendo que qualquer cidadão poderia propor uma acusação e o julgamento era realizado através de um colegiado, entretanto, tal sistema entra em crise no Império, quando ocorre um aumento no número de delitos e se constata a falta de eficiência deste modelo em reprimi-los.

No entanto, o sistema acusatório teve maior destaque na Inglaterra, compatibilizado com o surgimento do *common law* e consolidado com a promulgação da Magna Carta de João Sem Terra. Inicialmente, é preciso considerar um cenário de transformação no país, em que a ideia de combater a organização feudal e instituir um poderio centralizado no poder do rei, desponta com a conquista da Inglaterra por Guilherme da Normandia em 1066.

Com efeito, apenas a partir de 1154, no reinado de Henrique II, com a organização da jurisdição real é que se pode dizer que o *common law* aparece. Nessa época, cria-se um sistema para a tutela das pretensões (*forms of action*) através do *writ*, bem como surge o *trial by jury*.

Dos diversos movimentos ingeridos para a fixação do regime absolutista é natural que adviessem confrontos com aqueles que anteriormente detinham poder,

os barões feudais e a Igreja, essa disputa entre forças vai terminar com a “vitória” dos barões que impõe ao rei João Sem Terra, em 1215, a Magna Carta.¹⁷

Não obstante o interesse classista que impulsionou a assinatura desse documento, é preciso reconhecer que a Magna Carta traz consigo um forte sentimento de cidadania, uma vez que reconhece direitos como o acesso à Justiça e a proporcionalidade entre crime e sanção. No que se refere ao sistema acusatório, a importância dessa declaração está contida no artigo 39 da carta que prevê que *“nenhum homem livre será detido ou preso (...), exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”*, traduzido para o inglês o documento faz referência ao *due process of law* (devido processo legal).

A ideologia introduzida por esse movimento histórico foi enfatizada ainda pela Bill of Rights, em 1689, e pelo Act of Settlement, em 1701. Nos demais países a influência tendente ao sistema acusatório somente foi determinada pela adoção dos ideais advindos com a Revolução Francesa.

As características atuais desse modelo processual podem ser definidas pela distinção entre as atividades acusatória e de julgamento, sendo que a iniciativa probatória fica relegada às partes e ao juiz só cabe dirigir o processo como um terceiro imparcial. É como se o julgador fosse um espectador. Impõe-se ainda a igualdade de tratamento entre as partes, a garantia de contraditório e possibilidade de defesa.¹⁸

Dessa forma, as partes, em um ambiente em que impera o contraditório e a igualdade, gerem a produção de provas, levando o conhecimento do caso concreto ao juiz que dirá o direito com base nessas provas, isso significa que o julgador assume uma posição passiva, pois julga imparcialmente, avaliando as provas dos autos pelo seu livre convencimento e motivando a sua decisão final.

Por algum tempo a crítica feita ao afastamento dos poderes instrutórios do juiz se referia ao fato de que esta inércia poderia permitir que a verdade material dos fatos lhe escapasse por culpa da má atuação das partes. Entretanto esse argumento já não se sustenta mais, eis que a própria idéia de verdade real é tida como uma ilusão.

¹⁷ COUTINHO, 2001, p. 32/36.

¹⁸ LOPES JUNIOR, 2010, p. 60.

CARNELUTTI evidenciou que a busca no processo pela verdade substancial sempre recai na obtenção de uma verdade formal, que efetivamente não é a verdade, pois esta nunca será apreensível pelo homem. COUTINHO comenta que a verdade formal obtida no processo é um mero reflexo no espelho e como tal só torna possível a percepção de algumas faces do fato, mas o todo nunca será alcançado.¹⁹

Não importa, assim, quão minuciosa será a instrução probatória no processo penal, a verdade dos fatos que será exarada pela sentença não será nunca cem por cento fiel ao que realmente ocorreu. A verdade do processo é uma reprodução, ou seja, já não é produzida nas mesmas circunstâncias em que o fato ocorreu, de forma que é preciso aceitar que nem as partes, nem o juiz por si só, conseguirá reconstituir o evento criminoso com total exatidão²⁰.

Como mencionado anteriormente, no processo inquisitório há um reforço na busca implacável da verdade real, sendo que a própria estrutura procedimental se volta para dar ao juiz elementos que lhe permitam a revelação da verdade, negando garantias fundamentais às partes. Lembre-se que na estrutura da inquisição, a obsessão pela verdade importou na aplicação de métodos como a tortura do acusado para obtenção da confissão.

Já no sistema acusatório a verdade é contingencial, isso porque se aceita que a decisão do julgador é um ato de crença, em que o juiz ao analisar as provas trazidas pelas partes faz uma escolha com base no seu convencimento. E para que tal afirmação não conduza a um decisionismo exacerbado, é importante que as garantias do devido processo legal sejam efetivas, já que impõe um limite a atuação jurisdicional. E é justamente por entender que a decisão do juiz não reflete a verdade material que o sistema acusatório tem tanto apreço pelas garantias processuais.²¹

Por fim, ressalte-se a posição de LOPES JR que indica que o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, sendo que sua adoção é capaz de proporcionar a imparcialidade do julgador, assim como evita possíveis

¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 174/179.

²⁰ TOURINHO FILHO comenta que na justiça penal a busca da verdade deve ser vista com reservas tendo em vista as limitações e as falibilidades humanas e é por isso que o resultado do litígio será uma "verdade processual".

²¹ LOPES JUNIOR, 2010, p. 564/567.

abusos do poder estatal. Explica-se tal afirmação frente a forma democrática de Estado que adotamos hoje, o Estado de Direito como concebido exige a garantia de diversos direitos fundamentais, sendo que o âmbito processual não está livre dessa exigência.

2.2.4 Sistema misto:

Uma parcela da doutrina insiste na não subsistência dos modelos inquisitório e acusatório como sistemas puros, entendendo, assim, que o que temos hoje são sistemas mistos. Entretanto, apenas dizer isso não basta para compreender essa figura híbrida, como será visto em seguida.

Historicamente, é possível identificar um início de recepção de características diferentes no sistema inquisitório puro, na França, com as *Ordonnance Criminelle* de Luis XIV em 1670, nas quais, apesar de o processo ser regido eminentemente pelo princípio inquisitivo, se torna possível que a acusação seja feita por outros que não exclusivamente o juiz, assim, apesar de inquisitório, o processo comportava a noção de partes.

Os reinados de Luiz XIV, Luiz XV e Luiz XVI foram o ápice do absolutismo, a resistência a esse regime foi inevitável, como já sabemos, e a revolução de pensamento trouxe consigo além de novos ideais, uma nova legislação que indica uma tentativa de reconhecimento da democracia processual²², que, posteriormente, foi reformada pelo regime ditatorial de Napoleão.

A partir de 1790, foram baixados decretos, influenciados por ideais ingleses, para reorganizar o Judiciário, impõe-se um modelo oral e revestido de publicidade durante a fase instrutória. Nesse modelo um juiz de paz colhe as informações sobre o crime e um juiz togado fica encarregado das provas que serão levadas para um júri de acusação, este verifica sobre a procedência da acusação e se considerar que procede, o acusado é submetido a um novo júri desta vez de julgamento.

Entretanto, o regime napoleônico retrocede, alterando essa nova técnica processual, impondo o sistema "misto" com a elaboração do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. Entre as inovações observa-se: a divisão entre as fases de

²² COUTINHO, 2001, p. 38

investigação e de juízo; a acusação que não é função do juiz, mantendo-se o Ministério Público, mas sem poderes de instrução, estes são do juiz, só cabendo tal poder ao órgão acusador em atos urgentes no caso de prisão em flagrante; o desaparecimento do júri de acusação; e a instrução que se torna escrita e secreta, sendo admitidas, no entanto, testemunhas de defesa, e de caráter acusatório somente nos debates.

O processo que se impõe, então, instala-se com uma instrução preliminar secreta, na qual aquele juiz que colhe a prova relata sua atuação perante a câmara do conselho, composta por três juízes, que analisando as provas colhidas, decide se o fato noticiado constitui crime ou não, caso a câmara entenda que existem fundamentos para embasar a acusação, ordenará o reenvio do acusado para as cortes especiais ou para a *court d'assises*, nessa ocasião o procurador deve elaborar um ato de acusação. A partir daí, o acusado será notificado e interrogado, em seguida lhe será nomeado um defensor. Nessa segunda fase, insere-se o contraditório, mas em contrapartida é autorizado, a critério do presidente, que os jurados possam acessar os atos de instrução.²³

O Código de Napoleão influenciou largamente as demais legislações do restante da Europa e, conseqüentemente, essa influência atravessou o oceano instaurando-se em países como o Brasil, consolidando assim a introdução de uma estrutura processual mista.

Segundo COUTINHO, atualmente, persiste uma visão equivocada de que o tal sistema misto seria como um terceiro tipo de sistema processual, quando na verdade é apenas a conjugação dos outros dois modelos²⁴. Isso porque a parcela da doutrina que adota tal visão observa as características diferentes introduzidas em um modelo (ex. a inserção do contraditório, a separação das funções de julgar e acusar, etc) como uma transformação que opera a criação de um novo tipo de sistema.

LOPES JR adiciona ainda que a classificação em sistema misto conduz a um reducionismo ilusório, eis que passa por cima da questão do princípio fundante,

²³ CORDERO, Franco. *Processo misto*. In: Storia dei sistemi, da Guida Allá procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 68-74. Traduzido livremente pelo prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e entregue aos alunos em sala de aula.

²⁴ COUTINHO, 2001, p. 17.

bem como não considera o fato de que a separação das funções acusatória e julgadora não serve para distinguir os sistemas²⁵.

O que não se pode esquecer é que o critério de distinção entre os sistemas se dá pelo núcleo fundante ou princípio unificador próprio de cada modelo, aquele que define de quem será o poder de gestão da prova, ou seja, caso tal núcleo seja dispositivo, corresponde ao sistema acusatório, se for inquisitivo, refere-se ao sistema inquisitório. Assim, o sistema não poderia ser misto porque não há um princípio unificador misto, se houvesse a própria noção de sistema seria colocada em dúvida.

Dessa forma esse “terceiro” sistema, que só existe formalmente, é essencialmente acusatório ou inquisitório, porque mantém como núcleo fundante ou o princípio dispositivo ou o inquisitivo, mas admite características secundárias do sistema oposto para compor sua atuação.

Os autores que defendem essa posição reconhecem que não se sustentam hoje o sistema acusatório e inquisitório em suas formas puras, entretanto, lutam para que não se desvirtue a noção de sistema. Assim, ainda que se admita a inserção de elementos adjetivos de um modelo em outro, isso não muda o fato de que a distinção entre eles se faz pelo critério da gestão da prova.

2.2.5 Caso brasileiro:

No que se refere ao sistema processual penal brasileiro, será adotada no presente trabalho a visão doutrinária que entende que o nosso sistema processual penal “*é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz*”²⁶.

Conforme já explicitado, apesar de seu núcleo permanecer inquisitório, em torno dele circundam características que normalmente são atribuídas ao sistema informado pelo princípio dispositivo, como é caso de o processo brasileiro consagrar a separação das atividades acusadora e julgadora, a publicidade dos atos, a coisa julgada, entre outras.

²⁵ LOPES JUNIOR, 2010, 68/70.

²⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR – ano 30 – nº 30, 1998, p. 167.

Observa-se no cenário brasileiro uma contradição no plano legislativo quanto à definição do sistema processual penal que vigorará no país, isto é, enquanto a Constituição Federal assegura um sistema processual penal garantista e compatível com o sistema acusatório, o Código de Processo Penal ainda mantém disposições, amplamente aplicadas na prática forense cotidiana, que fazem perpetuar a atuação inquisitória.

É cediço que o nosso Código de Processo Penal, datado de 1941 e vigente até hoje, foi inspirado diretamente pelo Código de Processo Penal italiano de 1930²⁷, o qual por sua vez, elaborado por Alfredo e Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, teve inspiração declaradamente fascista, bem como foi informado pelo princípio inquisitivo.

Tanto é assim que a própria Exposição de Motivos do atual Código de Processo Penal expressa sua fonte inspiradora, *in verbis*:

Quando da reforma do processo penal na Itália, o Ministro Rocco, referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar advertia que elas certamente iriam provocar o desagrado daqueles que estavam acostumados a aproveitar e mesmo abusar das inveteradas deficiências e fraquezas da processualística penal até então vigente. (...) O juiz deixa de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirigir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecem úteis ao esclarecimento da verdade.²⁸

Antes das reformas legislativas introduzidas com as Leis nº 10.792/03 e 11.690/08, o caráter inquisitorial do processo penal era mais evidente, tanto é assim que até o ano de 2003 o interrogatório do réu era considerado ato privativo do juiz, bem como se o acusado ficasse silente ante as perguntas do magistrado, sua atitude seria valorada negativamente. Ainda, somente em 2008 é que foi permitido que as partes indagassem diretamente as testemunhas, o modelo que vigorava submetia os questionamentos das partes ao filtro do juiz, eis que as perguntas eram formuladas ao magistrado, que analisava sua pertinência e só se considerasse relevante é que remetia as questões às testemunhas.

²⁷COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. In: Boletim ICCRIM – ano 15 – nº 175, junho de 2007. p. 11.

²⁸ Exposição de Motivos do Código de Processo Penal brasileiro.

Como se sabe as legislações são frutos da ideologia da época em que são elaboradas, por esse lado talvez fosse compreensível a aplicação desta lei processual, já que surge em pleno regime ditatorial de Getúlio Vargas o que seria compatível com o sistema inquisitório.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 foi elaborada em um momento único da história nacional, em que o país se via livre de um regime opressor e buscava a reconstrução da sociedade por iguais, consolidando assim uma visão de cidadania como que firmando um objetivo a ser alcançado.

Em seu texto normativo, a Constituição brasileira procurou instituir um novo Estado de Direito estabelecendo premissas garantistas fundamentais irrenunciáveis, bem como novos critérios democráticos para a proteção do cidadão. No âmbito do direito processual penal observa-se essa nova tendência a começar pela consolidação formal de princípios como o da igualdade, da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e demais.

No plano constitucional, não há discussão de que a lógica imposta pelas premissas orientadas pelas garantias do cidadão é a acusatória. Da mesma maneira, além das questões fundamentais descritas expressamente no texto constitucional, que foram formalmente colocadas em um patamar mais elevado do que o restante do ordenamento, a Constituição Federal permite a filtragem do direito infraconstitucional, é a chamada constitucionalização. Dessa maneira, os demais dispositivos legislativos serão submetidos a uma nova leitura que seja compatível com os ditames do Estado de Direito advindos com a Carta Magna.

Com essa visão em mente, a leitura do Código de Processo Penal deveria ser mudada para se tornar compatível com a nova ótica introduzida pela Constituição, tanto é assim que, conforme já mencionado, sentiu-se a necessidade de reformar a legislação processual.

Não cabe aqui discutir se a forma como foi e esta sendo feita essa reforma é adequada, mas fato é que houve tentativa de mudar o sistema processual penal vigente. Em que pese às mudanças legislativas ocorridas, a realidade cotidiana da práxis não reflete nenhuma alteração substancial. Na verdade ocorre certa resistência pelos operadores do direito, que em uma lógica deturpada, partem de adaptações dos dispositivos constitucionais às regras estabelecidas pelo Código de Processo Penal.

A não revogação de diversos, e mesmo a inserção de novos, dispositivos do código permite que os intérpretes menos avisados continuem aplicando as normas processuais voltadamente para o sistema inquisitório.

De fato, os dispositivos do código que mantêm o princípio inquisitivo como informador do sistema processual penal brasileiro são vários, como por exemplo, o artigo 188, que apesar de mudar a função do interrogatório do réu, ainda determina que quem fará as perguntas ao acusado é o juiz, às partes cabe somente questionamentos suplementares. Ademais, o artigo 209, *caput* e parágrafo primeiro, faculta ao juiz, quando julgar conveniente, ouvir outras testemunhas além das indicadas pelas partes e até as pessoas referidas pelas testemunhas.²⁹

Mais flagrante ainda é a autorização concedida pelo artigo 156, incisos I e II, do CPP que dispõe que o juiz pode, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, bem como determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Fica claro, então, que o processo penal brasileiro ainda se mantém orientado pelo princípio inquisitivo, já que são conferidos ao juiz poderes instrutórios para a gestão da prova judicial, apesar de a Constituição Federal dispor de outra forma. Aliás, note-se que dois desses dispositivos (artigos 156 e 188) foram introduzidos no ordenamento depois de 1988, ou seja, quando a Constituição Federal já estava em vigor, o que demonstra um descaso ainda maior com dos ditames constitucionais.

2.3 A NECESSIDADE DE MUDANÇA: UMA EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA.

A opção pela democracia, feita em países como o Brasil, impõe com toda força o respeito pelo cidadão, seja ele quem for, tornando imperativo o zelo pela vida digna de todos. Essa opção política pretende, assim, ver superada a indiferença contra aquele indivíduo que é submetido ao sistema de justiça penal.

PRADO explica melhor:

²⁹ "Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante." E "Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem."

(...), a democracia consiste e se desenvolve, na medida do seu próprio dinamismo, obra aberta e inacabada, não só com a garantia dos direitos individuais, mas também com a dos direitos sociais, atenuando-se a marginalização e tornando possível a pública participação responsável, em seus dois sentidos, na gestão de todas as atividades concernentes ao governo e à sociedade, inclusive na produção legítima do direito regulador das relações sociais e no exercício do controle externo legítima da atividade processual.³⁰

Mais adiante acrescenta:

O processo, assim, em um Estado Democrático e, principalmente, em uma sociedade também democrática, revela-se produto da contribuição dialética de muitos e não da ação isolada de um só, ainda que este um – mesmo sendo juiz – atue informado pela disposição de encontrar a solução mais justa, ou, dito com outras palavras, apropriando-se da expressão kelseniana, ainda que este atue para o povo.³¹

Com efeito, a integração dos atores que permeiam o ambiente processual é também uma imposição da opção estatal, basta observar que mesmo a doutrina clássica do processo refere-se a ele como um *acto trium personarum*, já que nele atuam autor, réu e juiz, sendo que ao magistrado cabe a função de julgar, de restante devendo ser respeitada a estrutura dialética do processo.

Surge nesse cenário a necessidade de conjugar direito, democracia e processo³², para que este último não seja apenas um instrumento do poder punitivo. Nesses termos, o processo penal deve servir como instrumento de garantia dos direitos dos cidadãos, pois se a Constituição elegeu a defesa dos direitos fundamentais como pressuposto máximo a pautar toda a atuação estatal, a estrutura o processo deve se tornar um mecanismo que possibilite a harmonização desses direitos.

Desta feita, na medida em que se tem que operar com o Direito Penal vigente, com todas as discrepâncias e críticas a ele associadas, ao menos a aplicação dele deverá ser pautada pelo ordenamento de garantias fundamentais. Assim, considerando que a liberdade do indivíduo é inalienável e o Estado só poderá

³⁰ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999. p.34

³¹ *Ibid.*, p. 36.

³² *Ibid.*, p. 37 e 46.

interferir nela a partir de um processo devido³³, este se torna um limite à atuação do Estado, se fazendo necessário um sistema processual que permita a ambas as partes a defesa de seus interesses, até porque essa é uma exigência constitucional garantida pelo contraditório.

Ainda, a inserção no texto constitucional do princípio do devido processo legal por si só já evidencia a necessidade de adoção de um sistema processual que com ele seja compatível e, se se considera a contrapartida do sistema inquisitório, a conclusão efetiva é a de que a alternativa mais compatível com as exigências democráticas é o sistema acusatório. Isso porque, se cumprido tal requisito a decisão jurisdicional ficará vinculada ao que ambas as partes trouxeram para os autos, diminuindo a possibilidade de arbítrio do juiz.

Não se pode mais sustentar a bizarra situação do sistema processual penal brasileiro, com a manutenção do sistema inquisitório. A resistência dos operadores do direito não traz benefícios a quem quer que seja, certamente não ao réu, mas, em igual medida, perde também a sociedade que deixa de fazer valer a Carta constitucional e, conseqüentemente, a opção democrática.

Conforme enuncia COUTINHO, após mais de 20 anos da promulgação, o texto constitucional precisa ter eficácia plena, isso cabe em primeiro lugar aos juizes, já que são os destinatários primários da Constituição, os principais garantes de seu texto, bem como são criadores das normas, uma vez que ao deterem o poder jurisdicional tem o dever de dizer o direito definitivamente, com a possibilidade da coisa julgada.³⁴

LOPES JR acrescenta que:

(...) o processo penal deve ser lido à luz da Constituição e não ao contrário. Os dispositivos do Código de Processo Penal é que devem ser objeto de uma releitura mais acorde aos postulados democráticos e garantistas na nossa Carta, sem que os direitos fundamentais nela insculpidos sejam interpretados de forma restritiva para se encaixar nos limites autoritários do Código de Processo Penal de 1941.³⁵

A mera elucidação de que a Constituição impõe um sistema diferenciado já deveria bastar para a constatação da necessidade de uma mudança de

³³ COUTINHO, 2002, p. 191.

³⁴ COUTINHO, 2007, p. 12.

³⁵ LOPES JUNIOR, 2010, p. 11.

posicionamento dos juristas militantes do campo penal. Mas em adição a isto, será visto adiante, mais especificamente, em vista ao princípio da imparcialidade, diretamente atingido pela discrepância da atuação processual penal, os prejuízos na manutenção do sistema inquisitório, ainda mais agravada quando se têm em mente - ante a perspectiva da teoria do etiquetamento - as armadilhas que permeiam o sistema de justiça criminal.

3 CRIMINALIDADE E CRIMINOSO A PARTIR DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO.

Antes da análise da problemática relacionada à atuação jurisdicional no processo penal e o princípio da imparcialidade, fazem-se necessários alguns apontamentos relativos à Teoria do Etiquetamento.

3.1 TEORIA DO ETIQUETAMENTO OU *LABELLING APPROACH*: DEFINIÇÃO DE CRIMINALIDADE.

A Criminologia sofreu mudanças essenciais quando da passagem da criminologia liberal para a criminologia crítica. Em que pese tal análise não ser o objeto do presente trabalho, vale mencionar que nessa transformação ocorre o abandono de certos ideais, como, por exemplo, o enfoque puramente biopsicológico da sociedade e o estudo das causas da criminalidade.³⁶ De grande importância para essa evolução foi o surgimento das proposições acerca do *labelling approach* (teoria do etiquetamento).

Para o paradigma do *labelling approach* a compreensão da criminalidade depende da conjugação de conceitos como o de reação social e conduta desviada³⁷. Os teóricos do *labelling* têm especial atenção pelo funcionamento da administração da justiça e do direito penal, dessa forma enfatizam o estudo da ação do sistema penal, que tanto define a criminalidade, como reage contra ela, sendo que o status de delinqüente é atribuído para aquele que sofre o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, quer dizer que, a criminalidade se coloca como realidade social que é construída dentro dessa experiência.³⁸

Dois pontos influenciaram o surgimento desse novo paradigma, o primeiro deles diz respeito a investigação sobre a criminalidade de colarinho branco feita por Sutherland, na qual o sociólogo observa a maneira escassa como esses desvios são investigados. Em sua análise são identificadas diversas razões para a "falta de

³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*: introdução a sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 159.

³⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 205.

³⁸ BARATTA, 2002, p. 86.

interesse” por esse tipo de crime, incluindo aí fatores de natureza social, jurídico-formal e econômica.

As pesquisas sobre essa forma de criminalidade chamaram a atenção sobre a incorreção das estatísticas criminais existentes e aqui entra o segundo ponto mencionado. É o início da análise sobre a chamada cifra negra que corresponde a diferença entre os delitos registrados oficialmente e aqueles efetivamente cometidos.

A criminalidade por muito tempo foi concebida como fenômeno concentrado, típico dos estratos inferiores da sociedade, entretanto a noção de cifra negra, na qual percebemos que existem inúmeras vezes mais delitos cometidos do que aqueles registrados, alerta para o fato de que a criminalidade na verdade não é um comportamento da minoria, mas sim corresponde ao comportamento da maioria dos membros da sociedade.

O que ocorre é que a partir de uma noção fechada de criminalidade, na qual compreendem estereótipos criminais, há uma influência e direcionamento tanto da ação dos órgãos oficiais, como do senso comum que seleciona uma categoria de pessoas como adequadas para receberem o título de criminosas.

Segundo Lola Aniyar de CASTRO³⁹, a construção da criminologia da reação social é dividida em diversos momentos, primeiramente, surge a escola interacionista, ainda fazendo parte da criminologia liberal, na qual identificamos o início das teorizações a cerca do *labelling*. Em adição a esta proposição surge a etnometodologia e em seguida, observa-se a recepção dessa teoria especialmente na Alemanha, onde as noções passam a ser um tanto mais críticas e de onde advêm o interacionismo simbólico.

Nessa primeira perspectiva (interacionismo e etnometodologia) há ênfase em dois níveis do processo de criminalização, de um lado a definição de condutas como criminais, a partir da elaboração de normas e de outro lado a observação do efeito exercido sobre aquele que recebe rótulo de criminoso que passa a perpetrar uma carreira criminal.

Essas proposições, nas quais estão incluídas as teorias de Becker, Lemert, Goffman, entre outros, entendem que o desvio é produzido através da ação dos

³⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da Reação Social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 99.

grupos sociais de criar regras cuja infração constitui um delito, ou seja, desvio é a consequência da aplicação de regras e sanções a um transgressor⁴⁰.

Segundo BARATTA, uma terceira direção de pesquisa analisa o problema da constituição do desvio, como qualidade atribuída a comportamentos e indivíduos, e da distribuição do poder de definição de quem será rotulado negativamente.

Dentro da perspectiva teórica do etiquetamento, para que um ato seja considerado desviante e uma pessoa seja considerada "infratora", antes de tudo é preciso que exista uma regra ou norma que considere aquele ato como desviante. Além disso, mesmo que o ato seja cometido e cause dano é preciso que alguém descubra e aponte o fato, para que o restante das pessoas entenda necessária a reação a este ato.

As normas sociais são criadas a partir de expectativas sociais a respeito de obrigações dos indivíduos, que são fortes o suficiente para serem compartilhadas pela maioria e adquirirem *status* de autoridade. A validade dessas normas está no fato de se estabelecerem como um padrão de expectativas da média da população, independente de serem justas ou racionais, é através disso que se permite a sanção para quem as descumprir.⁴¹

Essas regras são criações de determinados grupos sociais que tem interesse em proteger certa posição, é bem verdade que muitas vezes não há um consenso da sociedade sobre aquilo que se impõe. A escolha de quem terá seus interesses defendidos, a quem serão aplicadas essas normas e a diferenciação ao longo da classe social do rigor com que será aplicada a norma é sempre uma questão política e econômica.⁴²

Assim como as regras podem ser de diferentes tipos (formais e informais), os processos de definição do criminoso e da criminalidade compreendem tanto os oficiais de controle social, como os do senso comum. No senso comum, a definição de comportamento como criminoso depende da interpretação e da reação social a este comportamento, sendo que as normas informais serão reforçadas por sanções informais, enquanto no controle formal, as normas terão status de lei e serão reforçadas pelo poder de polícia.

⁴⁰ CASTRO, 1983, p. 99.

⁴¹ *Ibid.*, p. 11.

⁴² BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Editora The Free Press, 1991. p. 15 e 17.

Só a existência das regras não garante sua aplicação, faz-se necessário também que haja incentivo ao cumprimento da norma, trazendo atenção dos outros quando uma ofensa a regra ocorrer. Em geral são aqueles que vêem alguma vantagem em manter a norma que reforçam a sua atuação.⁴³

BECKER resume o processo de definição do que é desvio na seguinte afirmação: os grupos sociais criam o desvio na medida em que elaboram regras, cuja ofensa se caracteriza como uma infração e ao aplicarem essas regras a pessoas específicas as etiquetam como desviantes ou *outsiders*.⁴⁴ Segundo o autor:

Desvio, em sentido amplo, é produto do empreendedorismo⁴⁵, sem o empreendedorismo necessário para a elaboração das regras, o desvio, que consiste na infração à regra, não poderia existir. (...) Ofensores devem ser descobertos, identificados, apreendidos e condenados.⁴⁶

Assim, ressalte-se que a normalidade está direcionada às concepções de comportamentos predeterminados pelas estruturas sociais⁴⁷ e da mesma forma o comportamento criminoso também será definido pelos membros da sociedade a partir de um processo.

Esse processo consiste na observação da reação social diante de certo comportamento, ou seja, o comportamento criminoso será aquele que induz uma reação e somente terá esse efeito aquele comportamento que é oposto do normal, capaz de perturbar⁴⁸, causar indignação. Além de causar essa reação, ainda se exige que autor do comportamento diante das circunstâncias pudesse ter agido em conformidade com as normas e ainda que ele soubesse que sua atuação foi desviada.

O que se pode extrair disso tudo é que somente diante de uma realidade pré-concebida é que se torna possível identificar uma situação e qualificá-la como

⁴³ BECKER, 1991, p. 122.

⁴⁴ Ibid., p.9.

⁴⁵ No original BECKER usa a palavra *enterprise*, cuja tradução literal seria "empresa", entretanto, quando traduzida para o português, consideramos que a palavra não expressa o efetivo jogo de interesses diante do qual as regras são elaboradas, sendo por este motivo que foi adotada a palavra "empreendedorismo" na tradução.

⁴⁶ Tradução livre: "*Deviance is the product of enterprise in the largest sense; without the enterprise required to get rules made, the deviance which consists of breaking the rule could not exist. (...) Offenders must be discovered, identified, apprehended and convicted.*" Ibid., p. 162/163

⁴⁷ Vão depender da posição e do papel de quem atua.

⁴⁸ O autor fala em comportamento capaz de perturbar a percepção habitual de *routine*. BARATTA, 2002, p. 95.

desviante. Dentro do âmbito jurídico o que acontece é um processo de negociação, dada uma situação fática, se parte de noções preliminares gerais, sopesando a situação analisada diante dos conceitos existentes, se produz nova definição que por fim se tornará definitiva⁴⁹, há aqui um processo de criminalização secundária, realizado pelas instâncias oficiais da justiça penal.

BECKER mostrou ainda que como consequência à aplicação de uma sanção ocorre uma mudança de identidade social do indivíduo, LEMERT adiciona que essa mudança de identidade permanece como tendência no seu papel social, o comportamento desviante se torna, então, defesa aos problemas que surgem com a reação do primeiro desvio.⁵⁰

As pessoas que adquirem o rótulo de criminosas ou desviantes não compõem uma categoria homogênea, o processo de etiquetamento não é infalível, de forma que algumas pessoas que cometem delitos podem não ser consideradas como criminosas, enquanto outras que não cometeram delitos serão consideradas desviantes.

Nesse sentido podemos afirmar que todos os membros da sociedade em algum momento de suas vidas já experimentaram algum impulso de cometer um ato que não estivesse em conformidade com a norma vigente.

Segundo BECKER, o que ocorre é que na sociedade as pessoas aderem uma série de comportamentos conformados com as instituições sociais, ou seja, os indivíduos se sentem compelidos a adotarem linhas de comportamentos rotineiros, eis que se agirem de forma diversa, outras atividades que exercem em suas vidas cotidianas serão atingidas.

Assim, é possível que uma pessoa deixe de cometer um ato desviante porque pensa nas consequências que aquele ato irá produzir. Ao mesmo tempo em que outro indivíduo utilize em sua vida técnicas de neutralização, em que os desvios são justificados intimamente por aquele que os comete, dessa forma, ainda que o ato não seja correto, para o desviante ele não será tão incorreto.⁵¹

Pelo exposto é possível dizer que o paradigma da teoria do etiquetamento apresenta três níveis fundamentais, em primeiro lugar, busca compreender a

⁴⁹ BARATTA, 2002, p. 97.

⁵⁰ Isso coloca em dúvida as declaradas funções da pena, ao invés de prevenir consolida no indivíduo uma identidade desviante.

⁵¹ BECKER, 1991, p. 9 e 26/29.

criminalidade e o criminoso como construção social, que dependem de um processo social de definição do que é desvio; em seguida, foca no processo seletivo de atribuição dos rótulos negativos e; por fim, procura observar o impacto da atribuição das etiquetas⁵².

3.2 A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DE UM CRIMINOSO.

Ante o exposto, compreende-se que a criminalidade só pode ser analisada a partir de um cenário social específico, onde se podem identificar as normas sociais que são criadas para regular as expectativas comportamentais dos indivíduos. Ademais, não só a criminalidade é construída pela sociedade como também a figura dos criminosos é determinada considerando aqueles sujeitos a quem a sociedade escolheu para receber tal rótulo, tudo isso depende sempre de um processo de construção da identidade.

Em um brilhante estudo sobre a identidade social, GOFFMAN indica a forma como tal identidade é construída, bem como a maneira como atuam os rótulos negativos, a que chamou de estigmas e aos quais são submetidas certas pessoas.

Segundo o autor: “a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias.” São pré-concepções que determinam que tipo de pessoas frequentam quais ambientes e quais as condutas que podemos esperar delas e que serão transformadas em expectativas normativas.

A partir desse entendimento podemos perceber que existem dois tipos de identidades dos indivíduos: a identidade social virtual, aquela que compreende as imputações ou expectativas que fazemos sobre determinada pessoa e a identidade social real, aquela que compreende os atributos que a pessoa efetivamente possui.

Frequentemente ocorre discrepância entre a identidade social virtual e a real, nesses casos podemos nos deparar com um indivíduo que possui um atributo que o torna diferente daquilo que a sociedade estipulou para sua categoria. Para o restante da sociedade, então, ele deixa de ser um indivíduo comum para se tornar alguém diminuído, essa característica que gera tal descrédito é o que o referido

⁵² ANDRADE, 2003, p. 208.

autor chamou de estigma. Logo se vê que esse elemento refere-se a um atributo profundamente depreciativo.⁵³

O estigma envolve (...) um processo social de dois papéis no qual cada indivíduo participa de ambos, pelo menos em algumas conexões e em algumas fases da vida. O normal e o estigmatizado não são pessoas, e sim perspectivas que são geradas em situações sociais durante os contatos mistos, em virtude de normas não cumpridas que provavelmente atuam sobre o encontro⁵⁴

É sabido que uma condição necessária para a vida social é que todos os indivíduos compartilhem um conjunto de expectativas normativas, sendo que quando uma regra é quebrada, surgem medidas restauradoras. Essas expectativas formam normas que se referem à identidade, algumas delas tomam forma de ideais perante os quais quase todos fracassam em algum momento e nesse sentido tem o efeito de desqualificar muitas pessoas.

A questão do estigma surge quando há expectativa de todos os lados de que aqueles que se encontram em certa categoria não deveriam apenas apoiar uma norma, mas também cumpri-la.

Com efeito, parte-se sempre de um pressuposto comum: um indivíduo que pelo fato de possuir um atributo diferencial, que chama atenção e o afasta dos demais, também o impede de demonstrar seus outros traços. Segundo GOFFMAN, a diferença só se torna importante a partir do momento em que é coletivamente conceituada por toda a sociedade.⁵⁵

É comum que os chamados normais criem razões para explicar porque certa pessoa é inferior, revestindo de caráter ideológico as discriminações que tem o objetivo de deixar claro que aquela pessoa é menos humana. A presença do estigma estraga a identidade social do sujeito, afastando-o da sociedade de modo a torná-lo desacreditado.

BECKER citando Hughes indica que quando alguém assume a identidade de criminoso lhe são atribuídos traços específicos relacionados aquele rótulo,

⁵³ GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2003. p. 13

⁵⁴ *Ibid.*, p. 148/149

⁵⁵ *Ibid.*, p. 134

normalmente, há uma característica principal e diversas outras feições auxiliares desse estigma.⁵⁶

Assim, a etiqueta criminal carrega várias conotações auxiliares, não só a identificação de que aquela pessoa cometeu um crime, mas atribuições comportamentais negativas como ser preguiçoso ou perigoso. É muito comum que alguns rótulos se sobreponham a outros atingindo certa prioridade para identificação do sujeito, de maneira que nos casos da identidade criminal ela se torna a identidade controladora ou principal do sujeito.

Fica claro assim que a área de manipulação de um estigma está presente na vida pública, isso porque se refere ao perfil das expectativas normativas da sociedade em relação à conduta e ao caráter de determinada pessoa, sendo que apesar da perspectiva negativa atribuída socialmente a um sujeito, em um grau de relacionamento mais íntimo essa perspectiva poderá ser provada falsa.⁵⁷

Vale pontuar também que a função da má reputação é a de controle social que poderá ser formal ou informal, neste último caso envolve o público em geral. Os meios de comunicação em massa desempenham aqui um papel central, sendo que a imagem pública de uma pessoa é diversa daquela que ela projeta através do trato direto com aqueles que a conhecem.

O descumprimento das normas sociais por algum indivíduo serve para atribuir a ele, e em alguns casos a categoria a que ele pertence, um rótulo negativo, a qual, conseqüentemente, serão atribuídos outros traços complementares que impedem a integração dessa pessoa com o restante da sociedade. A partir de situações como essa, são criados os mais diversos tipos de preconceitos e discriminações.

3.3 A NOÇÃO DE META-REGRAS E SUA ATUAÇÃO NA JURISDIÇÃO PENAL.

Vale lembrar ainda os temas enfatizados pela recepção alemã da teoria do etiquetamento. Indica-se como expoente dessa nova forma de pensamento Fritz SACK, cujas proposições versam principalmente a respeito da distinção entre regras

⁵⁶ BECKER, 1991, p. 33/34.

⁵⁷ GOFFMAN, 2003, p. 61/62

(gerais) e meta-regras (regras de interpretação e aplicação), essa diferenciação comum à teoria do direito, passa com SACK para o plano objetivo sociológico.

O processo pelo qual um comportamento passa a ser considerado uma ação desviante, tendo em vista a atribuição de certo significado, é regido por normas. Normas estas que podem ser gerais (*surface rules*) ou interpretativas (*basic rules* ou *second rules* ou meta-normas), estas últimas que são responsáveis pela imputação de responsabilidade e atribuição de etiquetas.

As regras de aplicação funcionam no plano das leis e mecanismos que agem na mente do intérprete, advindas da estrutura socialmente produzida pela interação e que servem para atribuição de sentido a determinada situação. A criminalidade passa a ser vista como construção social condicionada pelas meta-regras que influenciam o processo de definição das instâncias de controle.⁵⁸

Em geral as noções de crime partem de generalizações concebidas diante de normas predeterminadas que identificam em alguns membros da sociedade características que merecem punição por praticarem uma ação proibida. A inserção nesse papel depende muito da condição social do sujeito, isso porque as pessoas que pertencem a um estrato social devem estar conscientes que seu comportamento pode estar mais propenso a receber rótulo de desviante.⁵⁹

Nesse sentido entra a noção de distribuição⁶⁰ dos rótulos da criminalidade, BARATTA indica que a criminalidade pode ser vista como um “bem” negativo que é distribuído de forma desigual conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos⁶¹, esse “bem” pertencerá a apenas parte da população. Para BECKER, o grau com que um ato será tratado como desviante depende de quem comete o ato, bem como de quem se sente lesado por ele.⁶²

Assim algumas pessoas, em geral aquelas pertencentes a classes dominadas, já que quanto maior a posição social, melhor capacitada é a pessoa para impor seu ponto de vista, são escolhidas para receberem um rótulo negativo

⁵⁸ CASTRO, 1983, p. 110

⁵⁹ BARATTA, 2002, p. 112

⁶⁰ Para Sack essa distribuição deve ser vista a partir de teoria geral da sociedade eis que dependerá de acertos sociais típicos do modo capitalista, ainda que também possa ser exercida por grupos informais. CASTRO, 1983.

⁶¹ BARATTA, 2002, p. 161.

⁶² BECKER, 1991, p. 12.

quando exteriorizam certo comportamento, o principal efeito dessa seleção será o de induzi-las a prática de novos desvios.

As meta-regras funcionam aqui como aquelas regras interpretativas que vão classificar certos indivíduos e comportamentos e imprimir, enfim, a rotulação de criminal, muitas dessas regras paralelas condicionam a prática do comportamento humano com base na crença em valores equivocados.

As etiquetas atribuídas têm o condão de classificar os sujeitos em determinados agrupamentos e quando são atribuídas passam a figurar como o principal meio de identificação dos sujeitos, diferenciando-os, bem como, sobressaindo, escondendo as demais características destes. Além disso, a partir da percepção dos outros dessa etiqueta surgem expectativas de comportamentos correspondentes a definição dada e quando o próprio indivíduo percebe essas expectativas há tendência que atue em conformidade, praticando um desvio secundário. Outra característica das etiquetas sociais é o fato de que elas produzem subculturas, como um grupo de referência para pessoas as quais são atribuídas as mesmas qualidades.

Conseqüentemente, os operadores do direito absorvem essa valoração negativa e interpretam as normas jurídicas como se certo sujeito fosse adequado para receber as sanções penais. Essas regras interpretativas são racionalizadas pelos juristas e condicionam a aplicação das leis.

É a partir dessa perspectiva que podemos observar que as meta-regras:

(...) seguidas, conscientemente ou não, pelas instâncias oficiais do direito, e correspondentes às regras que determinam a definição de desvio e de criminalidade no sentido comum, estão ligadas a leis, mecanismos e estruturas objetivas da sociedade, baseadas sobre relações de poder entre grupos e sobre as relações sociais de produção.⁶³

BARATTA citando Fritz Sack denota que a criminalidade não é pré-existente a atividade judicial, mas uma qualidade atribuída pelos juízes a certos sujeitos, esses juízes são instituições que criam realidade através de suas decisões.⁶⁴

A teoria da linguagem dá suporte para a noção de que as atitudes projetadas na sociedade, como as decisões judiciais, criam efeitos reais da imagem de

⁶³ BARATTA, 2002, p. 106

⁶⁴ Ibid., p. 107

criminalidade. O teorema de Thomas, no qual “*situações definidas como reais produzem efeitos reais*”, explica o fenômeno, as ações tidas como imagem da criminalidade são passadas para opinião pública como reais, criando um inimigo comum, a atuação da sociedade de repressão desse inimigo se encarrega de produzir efeitos reais (ex. alarde social, campanhas de combate, etc).⁶⁵

A partir dos estereótipos, são criados elementos simbólicos manipuláveis pela sociedade, cuja função serve a uma maioria que se diz não criminosa reforçar seus valores e será diante de um indivíduo estereotipado, servindo de bode expiatório, que será voltada toda atenção negativa. Essa maioria não criminosa em geral se beneficia de imunidades que são garantidas pela sua posição social e pela privacidade que esta garante.⁶⁶

E esses estereótipos são fabricados através da observação das características da população encarcerada e permitem a catalogação dos indivíduos que combinam com essa imagem, é através dela que também o sistema penal será orientado, o operador do direito é treinado para operar com essa imagem.⁶⁷

No plano de uma criminalização primária realizada no momento de elaboração das normas penais, a seleção ocorre por meio dos conteúdos, do sistema de valores, típicos de cultura burguesa, que a lei exprime. Já no processo secundário de criminalização, observa-se a atuação dos órgãos oficiais (polícia, juízes e tribunais), na qual a seleção se opera em plano interno onde estão presentes estereótipos e preconceitos. Há uma tendência de essa instância buscar “a criminalidade nos estratos sociais nos quais é normal esperá-la.”⁶⁸

Os juízos atributivos da criminalidade operados pelos juízes não se guiam apenas pela subsunção de uma conduta desviante a um tipo legal, mas são orientados também pelas meta-regras que orientam a atuação jurisdicional. A consequência da aplicação desses juízos é a criação de uma nova qualidade ao imputado, na qual se consolida o estigma criminal, bem como juridicamente lhe será atribuída a responsabilidade penal e a imposição de uma pena.⁶⁹

⁶⁵ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Editora Lumen Juris: ICPC, 2006. p. 715

⁶⁶ CASTRO, 1983, p. 127.

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991. p. 130

⁶⁸ BARATTA, 2002, p. 177.

⁶⁹ ANDRADE, 2003, p. 277/278.

Para os operadores do direito os mecanismos de seleção, que surgem no momento de sua atuação, são compostos por diferentes variáveis extralegais condicionadas pela força persuasiva dos estereótipos e dos rótulos disseminados na sociedade, em especial aqueles que depreciam os comportamentos das classes subalternas e glorificam as atitudes dos dominantes⁷⁰.

Assim, de forma consciente ou não, os juízes partem de juízos diferenciados sobre os sujeitos, isso porque há uma expectativa de certos comportamentos atribuídos a determinados indivíduos. É mais fácil, por exemplo, crer que uma pessoa de baixa condição financeira furtou um objeto, do que imaginar que alguém que não teria a necessidade de cometer o delito para sobreviver, o tenha praticado. Conforme enuncia ANDRADE, não é que os pobres tenham maior tendência em delinquir, mas sim têm mais tendência em serem criminalizados⁷¹.

Em resumo, a lei por si só não assegura por completo sua aplicação, somente quando interpretada e aplicada pelo juiz é que adquire seus precisos contornos, ou seja, além do fato de que as normas penais são promulgadas em condições críticas, elas ainda precisam ser interpretadas e aplicadas, disto surgem problemas derivados da linguagem, pois ao disporem de certa liberdade para interpretação, os operadores partem de suas particulares concepções acerca da fronteira entre conduta delitiva e não delitiva e direcionam a aplicação da norma.

Os rótulos negativos que rondam a sociedade atuam como mecanismos decisivos no ato de interpretar e aplicar a norma, criminalizando os indivíduos considerados desviantes e deixando de criminalizar os "normais". Forma-se, então, um ciclo vicioso, os estigmas presentes na sociedade influenciam o comportamento econômico e de poder atingindo fatalmente a atividade jurídica, decidindo a interpretação e aplicação da norma penal e consolidando a estigmatização pelo sistema penal.

⁷⁰ ANDRADE, 2003, p. 269.

⁷¹ Ibid., p. 265.

3.4 BREVE CRÍTICA AO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL E À SUA SELETIVIDADE.

Crime é aquilo que a lei penal determina como tal, não existe um conceito natural de delito, o sistema faz uma seleção de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas e a legislação penal qualifica como crime.⁷²

Os delitos são relativos a uma época e lugar, nos quais um grupo com poder suficiente determinou instrumentos legais para assegurar seus interesses, punindo qualquer ação que os ferisse. Não é a toa que isso ocorre, uma vez que a elaboração da lei, inclusive a penal que opera com uma seletividade de condutas, invariavelmente constitui uma decisão política que não necessariamente atende aos anseios sociais.

Há uma carga emocional muito grande na linguagem do direito penal que tende a gerar insegurança e impor a população um sentimento de dever de repressão a uma violência que nem sempre está lá. Isso se torna mais evidente em uma sociedade pós-evolução capitalista, em que as relações sociais são marcadas pelo individualismo e ausência de solidariedade no convívio e não existindo um opositor concreto ao sistema, sente-se a necessidade de criar novos inimigos para legitimar um processo excludente, o que gera uma forte insegurança coletiva.⁷³

Diante desse cenário, com a função política de manutenção do sistema, se torna extremamente forte a tendência do direito penal de dramatizar e isolar pessoas e acontecimentos ocultando suas reais características.⁷⁴ Há um discurso que ao reprimir certas condutas, oculta outros fatos de igual merecimento de reprovação e tão danosos quanto, criando medo e insegurança generalizados que justificariam o emprego de qualquer meio para enfrentá-los.⁷⁵

Maria Lúcia KARAM diz que a intervenção do sistema penal consolida um desejo irracional de castigo, há uma sensação de alívio quando se consegue identificar o criminoso, porque o foco está no “outro” e a imposição da punição neste caso serve como absolvição dos demais não selecionados pelo sistema.

⁷² KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In: Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. p. 72.

⁷³ Ibid., p. 71.

⁷⁴ Ibid., p. 75.

⁷⁵ Ibid., p. 78.

A seleção operada pela justiça criminal se revela na farsa que é a idéia de que o sistema penal incide sobre todos, mas para a autora, a excepcionalidade de sua atuação é o que produz sua real eficácia, pois individualiza o criminoso, desviando a atenção de outros personagens ou da busca por melhores instrumentos de intervenção.⁷⁶

Quem tem poder consegue criar normas que dão destaque a proteção dos interesses de sua conveniência e quando a reação social gerada por um comportamento desviante é de reprovação são colocadas em ação os mecanismos de controle social, como a lei e a justiça, que teriam a função de prevenção e repressão do desvio⁷⁷, entretanto, apenas perpetuam o caráter estigmatizante da justiça.

A definição de comportamentos e a rejeição social produzida criam o crime em primeiro momento, já a atuação do sistema penal através da aplicação da punição cria o criminoso, à medida que esta pessoa punida interioriza esse papel e passa agir como tal, se tornando cada vez menos apta ao convívio social.

O caráter de seletividade com que opera o sistema penal consiste no fato de que apenas a certos indivíduos será atribuído o papel de criminoso. É uma seleção que tem duplo âmbito, o primeiro que já se configura quando da seleção de bens jurídicos que serão tutelados pelo direito penal e dos comportamentos que os ofendem. E uma segunda seleção que se opera entre os indivíduos que praticam infrações e serão processados pelo sistema.

Ademais, o fato de o sistema ser seletivo deriva da incapacidade operacional do próprio sistema em concretizar o poder criminalizante, eis que se todo o programa legislativo penal fosse efetivado toda a população seria criminalizada ao menos uma vez. Some-se a isso o fato de que a justiça penal está direcionada mais contra determinadas pessoas do que contra certas ações definidas como crime, dependendo sempre da conotação social das pessoas envolvidas no delito (autores e vítimas)⁷⁸.

⁷⁶ KARAM, 2004, p. 89/90

⁷⁷ CASTRO, 1983, p. 14/15

⁷⁸ ANDRADE, 2003, p. 265/267.

Ora, o direito penal é um direito desigual, não só porque os indivíduos são tratados de forma diferenciada, quando se atribui o *status* de criminoso⁷⁹, como os interesses protegidos são típicos de uma parcela da população, uma vez que imuniza processos de criminalização das classes dominantes e elege comportamentos danosos aos bens jurídicos pertencentes a tais classes. Ainda, a própria elaboração técnica dos tipos delituosos é dirigida para penalizar comportamentos típicos das classes inferiores.

Percebe-se, então, que o sistema opera com lógica contraditória entre igualdade formal e desigualdade substancial. Dentro da ideologia predominante o direito adquire a função de reprodutor da realidade desigual, mascarando a real disparidade dentre os sujeitos e legitimando o sistema de justiça penal como um todo. E exerce essa função através do cárcere que pela estigmatização que impõe impede ascensão social daqueles gravados por esse status e ainda pelo fato de encobrir certos comportamentos desviantes que permanecem imunes.⁸⁰

O paradigma criminológico anteriormente apresentado coloca em cheque muito da ideologia de legitimação do sistema penal, porque aponta para o fato de que este opera com uma seleção de pessoas e condutas, ignorando o fato de que a criminalidade é um comportamento da maioria e de que a consequência de uma pessoa passar pelo crivo do sistema é ter para si atribuída uma etiqueta negativa. Além disso, ainda demonstra a falácia dos fins preventivos da aplicação da pena.

O sistema jurídico penal hoje sofre de inflação legislativa, onde as mais diversas condutas são consideradas crimes, conduzindo a uma ampliação cada vez maior de bens jurídicos tutelados, chegando ao extremo de que hoje praticamente ninguém está livre de em algum momento de sua vida ter cometido um ilícito. Conforme enuncia FERRAJOLI, essa incerteza jurídica, além do fato de operar como reprodutor de realidade negativa transforma o direito penal em uma fonte obscura e imprevisível de perigos para qualquer cidadão.⁸¹

Em oposição a isso, é preciso entender o direito penal como um limite e instrumento de defesa e garantia de todos⁸², baseando sempre em uma perspectiva

⁷⁹ A distribuição desse aspecto, segundo o autor se dá na proporção do acesso desigual aos meios de satisfação das necessidades básicas. BARATTA, 2002, p. 163.

⁸⁰ Ibid. p. 166

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. In: Revista Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade. Nº 12. Rio de Janeiro: Editora Revan. p. 34.

⁸² Ibid., p. 32.

democrática constitucional, não ofuscando a busca por novas alternativas a esse sistema que já se mostrou falho.

É fato que existem diversos estigmas e estereótipos absorvidos pela ordem jurídica, de forma que a relegitimação do ordenamento penal não traria muitos benefícios. Mas, na medida em que, no momento, os juristas são obrigados a operar com o direito penal vigente, impõe-se a idéia de que se aplique o direito, não como um meio de luta contra o delito, mas como um meio de assegurar os direitos fundamentais daqueles que atuam no sistema de justiça penal sejam eles vítimas, testemunhas ou autores.

É preciso desvincular-se da idéia de que a lei penal deve ser a defesa de todos contra um (desviante), pois, de outra forma, apenas reveste-se de um caráter de coletividade ao um estado de vingança. Não se podem fazer distinções entre as pessoas, desviantes ou não, todos devem possuir condições de dignidade⁸³, principalmente, na justiça criminal.

(...) a única justificação do direito penal é o seu papel de *lei do mais fraco* em contrapartida à *lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência; portanto, não genericamente a defesa social, mas sim a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução é o réu.⁸⁴

Isso significa que deve prevalecer uma visão de garantia tanto na elaboração da lei como na prática forense e isso inclui o processo penal, em que as garantias processuais devem ser observadas com seriedade, de forma que todos possam ser sujeitos em um processo criminal sem o risco de uma condenação injusta.

Ademais, os conjuntos de garantias penais e processuais são conexos entre si, até porque elas só se efetivam de forma plena quando reciprocamente aplicadas⁸⁵, sendo que ambas procuram evitar juízos arbitrários dentro da justiça penal.

Assim, para que o direito penal possa se afastar da concepção de mecanismo voltado exclusivamente à prevenção de delitos, bem como superar a

⁸³CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003. p. 96.

⁸⁴FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. p. 32.

⁸⁵FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 495.

seletividade da justiça criminal é necessário enfatizar a noção de instrumento de defesa das garantias fundamentais, impondo-se regras iguais para todos. Dessa forma, no caso do processo penal o escopo justificador deve ser a garantia da liberdade do cidadão através da garantia da verdade, esta por sua vez que deve ser atingida mediante debate e provas e se coloca contra o abuso e o erro,⁸⁶ sendo que muito disso pode ser alcançado conferindo-se papel crítico e criativo ao jurista.

⁸⁶ FERRAJOLI, 2006, p. 503.

4 O PROBLEMA NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA POSSÍVEL SOLUÇÃO.

Ante o exposto acerca da tradição estigmatizante do sistema de justiça penal, vale agora abordar a problemática referente a atuação jurisdicional penal diante do princípio da imparcialidade.

4.1 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE: NOÇÕES PRELIMINARES.

A jurisdição, segundo CARNELUTTI⁸⁷, é um conceito posto e complementar à ação, que atua para as partes porque estas lhe puseram algo, ou seja, as partes fazem um pedido e o juiz responde, dizendo o direito e as vinculando. Quando condena o réu, o sujeita ao cumprimento da pena e quando absolve, o livra da acusação. Mas para dizer o direito com esse caráter vinculante é necessário que se tenha poder para tal, assim, a jurisdição se apresenta como o poder estatal, exercido pelo magistrado, de dizer o direito de forma definitiva e vinculante⁸⁸.

Como todo poder pode se tornar, quando exercido sem freios, abusivo, a legitimação democrática do sistema exige a atenção a certas garantias do cidadão que constituem limites para atuação do poder. No âmbito da jurisdição são impostas garantias processuais fundadas em princípios fundamentais, que, por sua vez, são baseados na instrumentalidade constitucional⁸⁹, orientadores do exercício desse poder.

Primeiramente, vale destacar que os princípios constituem normas e como tal gozam de eficácia normativa, ou seja, são aplicados na ordem jurídica de maneira a instituir deveres de conformação com seu preceito normativo.

O princípio da imparcialidade aqui examinado refere-se à atuação da jurisdição, que por si só já constitui uma garantia fundamental decorrente da previsão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. vol. 2. cap. 2. De la jurisdicción.

⁸⁸COUINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR – ano 30 – nº 30, 1998. p. 168.

⁸⁹ Expressão de Aury Lopes Jr, segundo o autor, no processo penal forma é garantia.

A definição de imparcialidade pode ser vista em dois sentidos, primeiramente, como ausência de parcialidade, ou seja, a ausência de interesses egoísticos ou como a percepção objetiva do todo, o que significa que o sujeito imparcial, no caso do processo, o juiz, precisa estar consciente das diferenças entre as pessoas que participam da relação que está sendo observada.

Desta maneira, a imparcialidade atua em relação aos seus destinatários como princípio geral de um processo justo, e como qualidade pessoal no âmbito individual, ou seja, pode ser vista como virtude individual de caráter subjetivo, virtude de quem é imparcial, e como princípio objetivo de organização da sociedade e do Estado na "persecução de um processo justo."⁹⁰

Dentro do âmbito processual a visão da imparcialidade surge como uma exigência da composição heterônoma do processo. A necessidade de um juiz que fosse imparcial passa a ser postulada após a Revolução Francesa, em que se passa a exigir que aquele que aprecia a causa deve fazê-lo de forma desinteressada, não poderia tender ao interesse defendido por nenhuma das partes.⁹¹

Esse viés mais tradicional do princípio da imparcialidade impõe a necessidade de se criar mecanismos jurídicos que garantam um juiz imparcial. Assim, em primeiro lugar, ele precisaria ser independente politicamente, livre de influências coercitivas e para isso surgem as garantias institucionais conferidas aos membros da magistratura: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos⁹².

Em contrapartida às garantias, existem também certas restrições para a atuação do magistrado, constantes no parágrafo único do artigo 95 da Constituição Federal, são vedações para preservar a imparcialidade em vista a outras vantagens que podem ser oferecidas aos juízes, como, por exemplo, lhe são vedados receber valores, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processos.

⁹⁰ de SOUZA, Artur César. *A "parcialidade" positiva do juiz e o justo processo penal. Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da "racionalidade do outro"*. Curitiba, 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. fl. 26.

⁹¹ Ibid., fl. 36.

⁹² Vitaliciedade: juiz só perde seu cargo, no início da carreira, por deliberação do Tribunal de Justiça ou, posteriormente, por sentença judicial. Inamovibilidade: magistrado só é removido do local onde está lotado por manifesto interesse público. Irredutibilidade dos vencimentos: mesmo que decida em contrário aos interesses de certa classe, não terá perda salarial. (TOURINHO FILHO, 2002, p.39/40)

Outra exigência legal associada ao princípio da imparcialidade é a de que o juiz seja subjetivamente capaz para atuar no processo e isso inclui a garantia de que não seja impedido ou suspeito⁹³. Esse caráter do princípio importa uma conotação ética⁹⁴ ao processo, exigindo o afastamento da condução do caso penal de qualquer juiz que for considerado suspeito ou estiver impedido.

Para além dessa visão mais tradicional, de independência e dos mecanismos criados pelo direito para assegurar o exímio cumprimento deste princípio normativo, faz-se necessário observar a problemática sobre o aspecto da falibilidade humana do julgador e sua atuação.

4.2 INTERPRETAÇÃO E NEUTRALIDADE.

Um dos corolários clássicos da imparcialidade é a idéia abstrata de um juiz neutro, assim, preliminarmente, é importante destacar a necessidade de superação pela dogmática jurídica da perspectiva de neutralidade e para isso faz-se alusão a figura do juiz como intérprete do direito quando este exerce o poder da jurisdição.

Quando se fala em interpretação normativa é preciso ter em mente algumas crenças já superadas, como o fato de considerar que as normas trazem sempre em si um sentido único ou de que ao intérprete caberia apenas uma atividade de mera revelação do contido na norma.

A norma jurídica comporta diferentes possibilidades interpretativas, sendo que a atuação do intérprete envolve escolhas que serão feitas por este quando se deparar com conceitos indeterminados ou com a necessidade de integração subjetiva de princípios.⁹⁵

Segundo BRUM, a interpretação pode ser uma atitude conservadora ou modificadora, não consistindo em uma atividade uniforme, mas sim influenciada por uma gama de fatores, entre eles as ideologias, as quais muitas vezes se escondem

⁹³O artigo 252 do CPP prevê as hipóteses de impedimento e o artigo 254 as de suspeição.

⁹⁴TOURINHO FILHO, 2002, p. 41.

⁹⁵BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *Interpretação constitucional*. Organizador: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2005. p. 274/277.

atrás dos métodos de interpretação, estes que, por sua vez, servem como “instrumentos a serviço da vontade do intérprete”⁹⁶.

Para o autor a interpretação deve ser vista como redefinição do direito, uma vez que ela não revela “o verdadeiro sentido de uma norma”, mas sim demonstra a concepção do intérprete sobre aquele dispositivo normativo.

O juiz como intérprete do direito realiza uma atividade eletiva, na qual seleciona a tese que lhe parece mais adequada ao caso concreto, bem como qual o sentido da norma que está aplicando.

A interpretação não será uma atitude neutra ou imparcial, eis que será o produto de diferentes pré-compreensões ditas pelo intérprete. A parcialidade é um estado subjetivo da mente do juiz, já a imparcialidade é uma exigência da composição heterônoma do processo, eis que, em sendo um terceiro na relação processual, não cabe ao Estado a defesa dos interesses originários de um dos pólos da relação.

A idéia de neutralidade na atuação jurisdicional toma força a partir de um discurso racionalista típico do século XIX, em que se coloca em foco a invocada “vontade da lei” e a necessidade de que o julgador atuasse alheio aos acontecimentos desenvolvidos a sua volta para que se tornasse um sujeito neutro.

Nesse período pugnava-se por um saber que fosse livre de imperfeições humanas, objetivando, assim, que o sujeito, a quem era legado conhecer o objeto, se anulasse na relação cognoscente. Cria-se a abstração de que o intérprete enuncia o sentido na norma como se ele estivesse contido na própria norma.⁹⁷

Assim, a normativa não precisaria de grande esforço mental para ser interpretada ou para a extração do seu significado, eis que ele seria revelado de uma forma quase que mecânica. Partir-se-ia de uma premissa maior, representada pela legislação, uma premissa menor, consistente no fato e um elemento neutro, representado pelo juiz, este que aplica no caso concreto aquilo que a lei enuncia.⁹⁸

⁹⁶BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 10/14.

⁹⁷STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 41.

⁹⁸BRUM, 1980, p. 17.

COUTINHO explica que a busca pela neutralidade era motivada pela crença em uma verdade universal, pela necessidade de legitimação do discurso estatal e pela preocupação em ocultar os interesses classistas do Estado.⁹⁹

Nesse sentido, o processo interpretativo é meramente reprodutivo, marcado pela dicotomia sujeito-objeto, em que interpretar é extrair o verdadeiro sentido ou a “vontade da lei”.¹⁰⁰

Tal concepção entra em crise quando se observa que a meta da neutralidade é inalcançável, uma que o juiz como todo ser humano convive no espaço social, estando sujeito às mais diversas influências externas. COUTINHO explica:

Ele em si pouco importa; não conta nada enquanto o justo estiver. como que uma dádiva, expresso na lei, que o desobrigaria de qualquer sofrimento. Isto, por evidente, é perverso, porque por mais que se tente negar, robotizando-o, há uma humanidade indescartável no juiz.¹⁰¹

Todas as experiências de vida do julgador vêm à tona quando ele se vê diante de um caso concreto em que precisa decidir, sejam elas traumas, ideologias ou crenças. São registros mentais, nos quais constam seus preconceitos ou pré-juízos, ou seja, aqueles processos psicológicos em que se constroem pré-concepções sobre determinado indivíduo ou conduta, que podem surgir a qualquer momento, mesmo que de forma inconsciente.

Ademais, não se pode esquecer, como ensina a teoria do etiquetamento, de que no caso do processo penal, em que se apura um determinado crime, tanto a própria criminalidade como a imagem de um criminoso é uma construção da sociedade, dentro da qual está inserido o juiz, o que demonstra ainda mais a sujeição do julgador aos pré-juízos partilhados socialmente.

O ato de julgar reflete um sentimento, uma eleição de significados válidos da norma e das teses apresentadas,¹⁰² e, como tal, é afetado por diversos fatores psicológicos ou sociais, entre eles aquelas meta-regras ditadas pela sociedade.

Além disso, é preciso lembrar que o juiz não é mero sujeito passivo nas relações de conhecimento¹⁰³, eis que quando aplica a lei, atua sobre a realidade

⁹⁹ COUTINHO, 2001, p. 42/43.

¹⁰⁰ STRECK, 2004, p. 42.

¹⁰¹ COUTINHO, 2002, p. 186.

¹⁰² LOPES JUNIOR, 2010, p. 429.

como um agente participativo a construindo, conforme já mencionado a respeito do teorema de Thomas. Nesse sentido, não só são influenciados pelas etiquetas negativas que permeiam o ambiente social, mas quando as confirmam por meio de uma decisão judicial que atribui a um indivíduo o rótulo de criminoso, enfatizam ainda mais a expectativa negativa relativa a categoria a qual pertence o indivíduo.

Aliás, não só as ideologias tomadas como verdade pelo julgador interferem na solução do caso penal, como a própria ideologia impregnada no discurso jurídico¹⁰⁴ como um todo será de grande importância influenciadora na decisão. A interpretação nesse sentido se torna o mecanismo discursivo que pode ou reforçar a ideologia que deu origem à norma ou permitir o descobrimento das demais ideologias correntes no universo jurídico.¹⁰⁵

É comum dividir atividade interpretativa em fases distintas e sucessivas: conhecer, valorar, decidir e justificar, entretanto, na prática, não há o cumprimento estrito dessa ordem de idéias, as fases se interpenetram, de forma que quando se conhece um objeto, também já incide sobre ele uma determinada carga valorativa e também decisória. Isso torna ainda mais questionável acreditar que qualquer ato de interpretação, esteja ele inserido em um ambiente processual ou não, possa ser revestido de neutralidade ou mesmo de imparcialidade.

BRUM ressalta que a impossibilidade associada à imparcialidade não decorre necessariamente de uma atitude expressa do julgador, mas advém do fato de que o juiz é também o produto de uma cultura que está cheia de contradições valorativas¹⁰⁶ e assim não pode se livrar das experiências de tem dentro dela.

4.3 PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E SUA CONCEPÇÃO COMO META.

É fato, então, que a mente humana atua de forma condicionada aos pressupostos internamente tomados como verdadeiros pelo sujeito. Essa fragilidade, que é inerente ao ser humano, aliada a possibilidade de condução da prova pelo

¹⁰³ COUTINHO, 2001, p. 46.

¹⁰⁴ COUTINHO citando Lyra Filho enuncia que o direito é ideológico, eis que tutela nas suas regras interesses que podem ser facilmente identificados na sociedade.

¹⁰⁵ BRUM, 1980, p. 40.

¹⁰⁶ Ibid., p. 41.

juiz, conduz a formação do que CORDERO¹⁰⁷ chamou de “a primazia das hipóteses sobre o fato” e que promove o surgimento dos “quadros mentais paranóicos”.

CORDERO, conforme traduzido por COUTINHO, enuncia: .

A solidão na qual os inquisidores trabalham, jamais expostos ao contraditório, fora dos grilhões da dialética, pode ser que ajude no trabalho policial, mas desenvolve quadros mentais paranóicos. Chamemo-os “primado das hipóteses sobre os fatos”: quem investiga segue uma delas, às vezes com os olhos fechados; nada garante mais fundada em relação às alternativas possíveis, nem esse mister estimula, cautelarmente, a autocrítica: assim como todas as cartas do jogo estão na sua mão e é ele que as coloca sobre a mesa, aponta na direção da “sua” hipótese.¹⁰⁸

Isso significa que as hipóteses construídas a partir dos pré-conceitos ou juízos antecipados formados na mente do julgador, se tornam mais relevantes do que o fato ocorrido. Assim, quando o julgador conduz a produção de provas, ele primeiro decide, conforme a hipótese que tem em mente, em seguida se volta para as provas que serão compatíveis com sua versão dos fatos, sua decisão. Segundo COUTINHO, primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo¹⁰⁹.

Ressalte-se que muitas dessas pré-concepções expressadas pelos magistrados correspondem a aquelas expectativas de comportamento atribuídas a certas pessoas pela sociedade e que se traduzem nos estigmas. Estes por óbvio que são absorvidos por muitos dos membros da sociedade e os juízes não são exceção, mas, como já dito anteriormente, essas expectativas que geram grande descrédito aos indivíduos atingidos, como são construções sociais, nem sempre correspondem à verdade.

Há certo comprometimento subjetivo por parte do julgador que está intimamente ligado a sua natureza social, de forma quase que instintiva e inconsciente, o juiz é levado a crer naquilo que é compatível com sua convicção. O contato direto desse sujeito processual com os fatos trazidos durante a produção de provas pode provocar ou reforçar pré-juízos que já possui e que vão influenciar diretamente sua decisão.

¹⁰⁷ Conforme citado por COUTINHO, 2002, p. 185 e LOPES JUNIOR, 2010, p. 80.

¹⁰⁸ COUTINHO, 2002, p. 186.

¹⁰⁹ Ibid., p. 185.

Entretanto, se essa influência viesse à tona apenas no momento da decisão seria compreensível, mas, no caso de um sistema processual que permite a condução de provas pelo julgador, a hipótese mental do juiz já prevalece sobre os fatos desde logo, impedindo que analise com imparcialidade os demais elementos probatórios.

LOPES JR enfatiza “é o prejuízo que decorre do pré-juízo”, pois se o juiz já no início da instrução elege uma hipótese como verdadeira, tudo que ele fará dali para frente será uma encenação para cumprir com os ritos, já que a decisão não foi tomada com base em todas as provas do processo, mas sim naquela hipótese inicial, que não necessariamente corresponde com a verdade.¹¹⁰

Assumindo, assim, que é impossível que o julgador parta de um patamar psicológico neutro, o princípio da imparcialidade é uma garantia jurisdicional que se impõe como meta a ser atingida pelo juiz.¹¹¹

O juiz está além dos interesses das partes e deve se manter assim, não pode, então, assumir o papel de nenhuma delas. Dessa forma, o afastamento do julgador da atividade probatória é uma exigência tanto da garantia da imparcialidade, como do sistema acusatório como um todo.

A exigência do cumprimento desse princípio está mais ligada a estrutura da atuação jurisdicional, do que atrelada a uma qualidade pessoal do juiz. Dessa maneira se traduz aqui a importância em afastar os poderes instrutórios jurisdicionais, principalmente, para que o julgador atue no processo com o alheamento necessário à melhor solução do caso penal.

A imparcialidade é uma construção do direito, que impõe a ele um afastamento estrutural, um alheamento (terzietà) em relação à atividade das partes (acusador e réu). Como meta a ser atingida, o processo deve criar mecanismos capazes de garanti-la, evitando, principalmente, atribuir poderes instrutórios ao juiz.¹¹²

A imparcialidade abordada aqui tem menos a ver com a obrigação de que o juiz não seja influenciado externamente, eis que diante da sua natureza humana, tal objetivo é praticamente impossível, ainda que essas influências sejam meras conjecturas internas, e está mais conectada à necessidade de que a atuação

¹¹⁰LOPES JUNIOR, 2010, p. 125/126.

¹¹¹COUTINHO, 1998, p. 73.

¹¹²LOPES JUNIOR, 2010, p. 429.

jurisdicional não assuma uma postura tipicamente de parte, o que provoca a violação de garantias constitucionais.

4.4 POSSÍVEL SOLUÇÃO: EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

O juiz não poderá desigualar as forças produtoras da prova no processo,¹¹³ sob pena de ferir a opção constitucional pelo sistema acusatório, o intérprete do direito deve assumir a nova mudança cultural em que o processo penal se torna meio para a efetivação de garantias fundamentais. Cabe ao juiz em sua legitimação constitucional promover o processo de uma forma garantista.

O ato decisório transparece a escolha da tese vencedora feita pelo juiz, bem como conta com a avaliação da prova produzida nos autos, ou seja, na sentença sempre transparecerá a opção ideológica do julgador, já na colheita da prova, a proposição que exige o afastamento do juiz dessa tarefa, justamente objetiva evitar que os preconceitos do magistrado façam com que ele decida o caso antes mesmo de ter acesso a todos os dados.

Diante desse cenário, em que se torna claro que é inócuo exigir a eliminação das influências externas do julgador, é que se deve ser sustentado o efetivo cumprimento das garantias constitucionais, permitindo assim o abandono da hipocrisia que distingue os indivíduos e impondo o reconhecimento do outro como um diverso que deve ser respeitado.

A decisão final do processo será sempre uma escolha feita pelo juiz, sua opção certamente será influenciada pelas verdades que toma para si como reais e isso é algo que não deve ser negado pelos operadores do direito. De nada adianta tentar ocultar a impossibilidade de neutralidade e até mesmo de imparcialidade, no sentido psíquico, do julgador, muito mais coerente é reconhecer a falibilidade humana e criar mecanismos para minimizar as conseqüências negativas sobre o processo.

¹¹³ de OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008. p. 281.

Faz-se imperativo que os próprios intérpretes do direito reconheçam sua sujeição a natureza humana e ao invés de esconder seus juízos internos sob uma fachada de superioridade, assumam as ideologias que seguem, eis que isso torna mais transparente o debate jurídico.

COUTINHO enfatiza muito bem essa posição, indicando que a assunção das ideologias é uma exigência democrática, é preciso que “se mostre a cara”, para que a sociedade sabia quem está operando no jogo processual, impedindo, assim, que se esconda atrás de textos legais ou máscaras de objetividade ou neutralidade.

Outro reconhecimento que se impõe aos julgadores é a própria consciência de que a criminalidade não é uma característica do outro, a mesma natureza humana que impede o juiz de vestir-se com o manto da neutralidade, também torna imperativo a racionalização dos impulsos desviantes como algo comum a maioria dos indivíduos.

SOUZA¹¹⁴ sustenta a tese de que ao invés de se falar em imparcialidade do juiz, deve-se pensar na parcialidade positiva do julgador, na qual o magistrado reconhece as diferenças sociais, culturais e econômicas das pessoas envolvidas na relação jurídica, o que importa na racionalidade do outro.

Em que pese não concordarmos plenamente com o citado autor, a percepção das condições de desigualdade com as quais o sistema de justiça criminal opera é de máxima importância.

A consciência das armadilhas discursivas impõe uma carga de responsabilidade pelas decisões tomadas¹¹⁵ e um dever de resistência à qualquer prática que negue aquilo que pode remediar, ao menos em parte, os prejuízos de um sistema opressor como o de justiça penal, refere-se aqui às conquistas democráticas representadas nas garantias mínimas do cidadão. Isso porque o preço da democracia é o impedimento fundamental de quem quer que seja de avançar nos direitos e garantias individuais.¹¹⁶

Apesar de o princípio da imparcialidade não constar expresso no texto constitucional, extrai-se sua previsão não só dos demais direitos garantidos pela Magna Carta como a garantia do devido processo legal, da igualdade, do

¹¹⁴Ver: de SOUZA, Artur César. *A “parcialidade” positiva do juiz e o justo processo penal*. Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da “racionalidade do outro”.

¹¹⁵BRUM, 1980, p. 42.

¹¹⁶COUTINHO, 2002, p. 177 e 197.

contraditório, entre outros, como também pelo fato de que o Brasil é signatário de diversos Tratados e Pactos Internacionais que prevêm este princípio¹¹⁷.

A imparcialidade do juiz é um direito fundamental do acusado e ao mesmo tempo se configura como um princípio regulador da função jurisdicional,¹¹⁸ eis que como direito fundamental exige postura enfática dos operadores do direito para atuarem em conformidade com seus ditames, já como regulador da estrutura jurisdicional, além de impedir que o julgador atue inclinado à posição típica de qualquer uma das partes, requer o reconhecimento das falhas do sistema de justiça penal, tanto pelo fato que ele não percebe as diferenças entre aqueles submetidos ao seu crivo, como pelo fato de que ignora as ideologias que são encobertas nas suas normas.

Cabe ao próprio julgador demonstrar equilíbrio no tratamento das partes, permitindo igualdade de oportunidade a ambas, conhecendo e apreciando as provas produzidas pelos dois opostos da relação processual e reservando a escolha decisória para o momento adequado que é a sentença¹¹⁹.

A função garantista do juiz exige tolerância na sua atuação, assim como atenção sobre todas as hipóteses trazidas no curso do processo, guiando-se sempre pela busca da imparcialidade diante do conflito.¹²⁰

Uma possibilidade para que tal objetivo seja cumprido se dá através da efetivação das garantias fundamentais elevadas pela Constituição Federal. Em primeiro lugar, a democracia, como regime político adotado pelo Estado brasileiro, exige a adoção de um sistema processual penal a ela compatível, no caso o sistema acusatório.

Em seguida, é possível vislumbrar que tal assertiva é reforçada pela previsão constitucional de princípios como o devido processo legal, a igualdade, a separação das funções de acusar e julgar, entre outros. Dessa forma, como decorrência lógica da adoção desse sistema processual penal e da aplicação dessas garantias fundamentais prevalece a noção de que o juiz só será tão imparcial quanto possa ser se tomar para si uma posição de alheamento do interesses das partes e

¹¹⁷ Como, por exemplo, o artigo 10, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e; o artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

¹¹⁸ de SOUZA, 2005, p. 75.

¹¹⁹ LOPES JUNIOR, 2010, p. 507.

¹²⁰ FERRAJOLI, 2006, p. 503.

nisso se inclui a impossibilidade de poder conduzir a instrução probatória por iniciativa própria.

Assim, diante de uma justiça criminal opressora e seletiva e uma prática processual subversiva do modelo constitucional, a busca por um sistema jurisdicional penal justo, livre de arbítrios abusivos, começa pela real aplicação das garantias fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O Direito Penal, como um direito desigual que é, opera com uma seletividade não só de condutas, mas também, e principalmente, de pessoas. Diante da lógica opressiva do sistema, esforços para o tratamento mais adequado daqueles que sofrem o crivo da justiça criminal são urgentes e incluem aqueles direcionados ao aprimoramento da prática processualística.

Vale lembrar que existem diferentes níveis de criminalização, um primário na elaboração da lei penal e um secundário referente ao processo judicial, todos os rótulos e estigmas que influenciaram a criação das normas penais são estruturas permanentes na sociedade e influenciam tanto os mecanismos de controle informais como os formais, a exemplo dos juízes e tribunais.

Assim, a jurisdição penal é refém das etiquetas consolidadas no ambiente social, eis que composta por indivíduos que convivem desde seu nascimento com as crenças impostas por uma parcela dominante da sociedade e que, conseqüentemente, mantém a tendência de disseminar os ideais que tomam para si como verdadeiros.

Para intensificar a dificuldade operacional da justiça criminal deve-se considerar que o sistema processual penal brasileiro é guiado por uma lógica inquisitorial. Isso traz problemas na medida em que se tem uma quebra com diversas exigências constitucionais democráticas como a adoção do sistema acusatório e o princípio da imparcialidade.

O sistema acusatório é aquele que permite tanto à acusação como à defesa iguais oportunidades de participação, baseado sempre no devido processo legal, impede o julgador de fazer distinções no tratamento das partes. Já o princípio da imparcialidade, concebido na lógica acusatória, representa uma meta ao juiz e lhe impõe um afastamento das atividades que são inerentes às partes, principalmente, no que se refere à instrução probatória.

A lógica inquisitória contrapõe-se a essas exigências democráticas, pois ligada a um excesso de poder concentrado por um ente, submete os acusados a um tratamento desigual, consolidando uma restrição ao desenvolvimento das garantias fundamentais necessárias ao âmbito processual.

A urgência na mudança da tradição processual penal se mostra não só pelo fato de que a Constituição já consolidou em seu texto um sistema diferente e mais garantista, o que significa que a prática e legislação infraconstitucionais estão atrasadas, mas, principalmente, se considerarmos que a atuação dos juízes como membros da comunidade é contaminada pelos rótulos e etiquetas.

Dessa forma, não obstante o fato de que na prática a manutenção do sistema inquisitório provoca uma inversão dos valores que deviam ser protegidos, o problema se torna ainda mais grave quando se pensa sobre a ótica do intérprete.

É cediço que não pode sobreviver hoje a idéia de que o intérprete do direito atua sobre as normas e sobre o caso concreto de forma neutra, já que quando observa os fatos e analisa o ordenamento jurídico, ele o faz com base em seus ideais e seus preconceitos.

A teoria do etiquetamento mostra que não só o aplicador do direito atua predisposto à imagem consolidada preliminarmente pela sociedade daqueles indivíduos considerados mais prováveis de cometerem delitos, como também o jurista cria a criminalidade quando impõe uma condenação sobre alguém, pois confirma o estigma do indivíduo.

Nesse cenário a restrição ao princípio da imparcialidade provocada pela lógica inquisitória se torna mais grave, pois como se permite que o julgador produza as provas que fundamentaram a sua decisão, quando ele atuar sobre o caso, influenciado por suas crenças pessoais, ele direciona sua atuação para o prejuízo de determinados indivíduos que são considerados como desviantes.

Incide aqui aquilo que CORDERO chamou de quadros mentais paranóicos, uma vez que contaminado pelos seus preconceitos, o julgador, na condução das provas, decide antes e depois vai à busca das provas que confirmam a sua tese. Perde-se assim qualquer chance que a outra parte tenha de convencer o juiz, porque ele já se decidiu, a defesa se torna mera formalidade.

Assim, combinando o fato da percepção dos juízes já estar maculada pela imagem de criminoso perpetuada na sociedade, com a permissão de que eles direcionem a coleta da prova, ainda que inconscientemente, haverá sempre uma busca pela condenação daqueles indivíduos estigmatizados, além do fato de que as decisões judiciais também criam a criminalidade, é possível concluir que para estes indivíduos rotulados nunca haverá a quebra no ciclo vicioso que continua a denegrir a sua imagem.

Dessa forma, para assegurar que o processo seja efetivamente um instrumento democrático e igualitário para a aplicação da pena, é imperativa uma mudança de posicionamento prático e a imposição efetiva do sistema acusatório.

Em primeiro lugar porque a Constituição Federal, em suas disposições normativas, elegeu o sistema acusatório como aquele que regerá o processo penal, assim a não conformidade da prática processual com os ditames constitucionais se torna ilegítima frente ao Estado de Direito. Aliás, frise-se que a Constituição Federal adotou este modelo processual justamente porque é aquele que melhor recepciona a lógica democrática e as exigências da cidadania e da garantia da dignidade da pessoa.

Em segundo lugar somente dentro de um sistema acusatório é que a imparcialidade do juiz se configura, já que em um modelo inquisitório é impossível o alheamento do juiz.

A importância desse princípio é evidente, já que superada a visão de neutralidade e considerando que o juiz sempre traz consigo suas pré-concepções, é exigência de um processo penal justo que, ao menos, o julgador não tome o partido de nenhuma das partes, reforçando a previsão de outra exigência constitucional que é a igualdade.

Por fim, é oportuno esclarecer que este trabalho não considera que a atuação jurisdicional seja a única culpada pela perpetuação da imagem negativa de certos sujeitos, por óbvio que nesse ponto existem diversas considerações a serem feitas como, por exemplo, a atuação policial, da mídia, das escolas, etc.

Entretanto, aponta-se a atuação judicial por ser uma das mais graves formas de etiquetamento, já que além de atribuir a identidade de criminoso a alguém, bem como consolidar etiquetas negativas dentro da comunidade, ainda impõe uma reprimenda corporal de restrição a um dos bens mais importantes do ser humano que é a liberdade. Vale dizer, reprimenda esta que há muito é desacreditada por suas falaciosas funções ressocializantes.

Assim, diante da impossibilidade de se negar por completo os rótulos e estigmas permeados pela sociedade e assumidos pelos julgadores a saída mais evidente é encarar o problema enfatizando a necessidade de se efetivar aquilo que constitucionalmente já foi considerado como primordial, as garantias fundamentais. Nesse sentido não basta um Estado de Direito formal, é imperativo que o texto

democrático se traduza para a realidade em busca de um direito penal e um processo penal mais justo.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. 2 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. In: *Interpretação constitucional*. Organizador: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 13 out.1941, Rio de Janeiro.

BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Editora The Free Press, 1991.

BRUM, Nilo de Bairros. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. 6. ed. Brasília: Editora UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. volume 2. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editora Jurídicas Europa-America, 1950.

CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Reação Social*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal. Parte Geral*. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Editora Lumen Juris: ICPC, 2006.

CORDERO, Franco. *Processo misto*. In: Storia dei sistemi, da Guida Allá procedura penale. Torino: UTET, 1986. p. 68-74. Traduzido pelo prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e entregue aos alunos em sala de aula.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba. Editora Juruá, 1989.

_____. *O papel do novo juiz no processo penal*. In: Crítica à teoria geral do direito processual penal. Coordenação: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

_____. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. In: Boletim ICCCRIM – ano 15 – nº 175, junho de 2007.

_____. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito da UFPR – ano 30 – nº 30, 1998.

_____. *Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito*. In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A pena em uma sociedade democrática*. In: Revista Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade. Nº 12. Rio de Janeiro: Editora Revan, 20

_____. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 10. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1993.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Tradução: Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Editora LTC, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In: Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. volume 1. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

de OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1999.

de SOUZA, Artur César. *A "parcialidade" positiva do juiz e o justo processo penal. Nova leitura do princípio da (im)parcialidade do juiz em face do paradigma da "racionalidade do outro"*. Curitiba, 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica jurídica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. volume 1. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.