



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

Langroiva Pereira, Claudio José; Nascimento Ruiz, Fábio  
A Exceção no Processo Penal e o Resgate de Antigos Riscos às Garantias  
Fundamentais  
Prisma Jurídico, vol. 14, núm. 1, enero-junio, 2015, pp. 115-151  
Universidade Nove de Julho  
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93444158005>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal  
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

# A Exceção no Processo Penal e o Resgate de Antigos Riscos às Garantias Fundamentais

## The Exception in Criminal Procedure and the Rescue of Ancient Risks to Fundamental Guarantees

Claudio José Langroiva Pereira

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais. Professor de Direito Processual Penal nos cursos de graduação, mestrado e doutorado da PUC-SP. Líder do Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos da PUC-SP. Advogado.

Fábio Nascimento Ruiz

Bacharel em Direito pela PUC-SP. Pesquisador do Grupo de Pesquisa de Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos da PUC-SP. Advogado.

**Resumo:** O presente artigo pretende fazer uma análise sobre a forma como o processo penal vem sendo utilizado no Poder Judiciário, afastando garantias erigidas como fundamentais pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Em nome de alguns princípios constitucionais, notadamente, a celeridade e a razoabilidade, outros são relativamente desprezados. Defende-se, neste artigo, a não utilização do processo como um “fim em si mesmo”, passível de ser flexibilizadas as suas garantias. Nesse sentido, serão analisadas as lições de Luigi Ferrajoli acerca do garantismo processual. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, a partir do estudo de literatura nacional e estrangeira.

**Palavras-chave:** Exceção no Processo Penal; Riscos; Garantias Fundamentais.

**Abstract:** This project aims to make an analysis of how criminal procedure has been used in the Judiciary Branch, pushing away guaran-

tees erected as fundamentals by the Brazilian Democratic State of Law. In the name of some constitutional principles, notably, celerity and reasonableness, others are being relatively despised. This article advocates to not use the criminal procedure as an “end itself”, capable flexibilizes its guarantees. In this sense, shall be analyzed Luigi Ferrajoli lessons about procedural guarantees. To do so it shall use deductive method, from the study of domestic and foreign literature.

**Keywords:** Exception in Criminal Procedure; Risks. Fundamental Guarantees.

## Introdução

Existe um temor jurídico de que alguns arautos da justiça possam vir a se comportar como se fossem espécies de imperador da antiguidade que buscam a sabedoria no oráculo de delfos<sup>1</sup> para tomada de decisões, em algum tipo de razão metafísica e inacessível. Existe um medo jurídico de que surja esta espécie de oráculo, com a pretensão de saber o que é ou não é pertinente para a sociedade, para o acusado, para a defesa, para a acusação e, até mesmo, para o próprio sentido do poder que exerce, criando um tipo de certeza que o mortal, o cidadão, jamais conseguiria obter, algo que outro interlocutor da justiça apenas poderia assistir, como uma manifestação profética. Existem, ainda, aqueles que se envaidecem e inebriam, quando assumem funções de poder, acusando ou julgando, fazendo opções que acreditam estar acima de julgamentos morais ou éticos, já que sustentadas na lei e na ordem.

Existe, também, uma enfermidade comum ao temor jurídico: o Mal de Farinata<sup>2</sup>, que conhece o passado e o futuro, mas é cego do presente. Conhecer o passado e saber muito bem o que desejar do futuro, sem con-

1 WOOD, Michael. *The Road to Delphi: Scenes from the History of Oracles*, New York: Farrar Straus & Giroux, 2003.

2 Certo, é, porém, que o *mal de Farinata* não lhe é exclusivo, como bem se explica ao início do *Canto X*, do Inferno na Divina Comédia. ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia* –

seguir entender as necessidades contemporâneas, é ser cego de presente. Esse estado de *existência*<sup>34</sup> não consegue seguir para o futuro, pois dispõe de uma mente que não se ilumina das experiências passadas, não percebe que o caminho realizado, predestinado, não trará coisa alguma que não o retrocesso.

A cristalina Constituição de 1988 consagra uma série de garantias, direitos, competências e limites, conferindo uma missão democrática às instituições do Estado brasileiro, onde o principal fundamento da República é justamente o valor da dignidade da pessoa humana.

Ressalvando o entendimento de alguns historiadores constitucionais, quanto à forma em que se constituiu o Estado Democrático de Direito brasileiro, ou ainda como se promulgou a Constituição Federal de 1988, caso fosse o desejo do constituinte a construção de um tipo moderno de autocracia burocrática, com toda a certeza, não teria colocado como fundamento da República a dignidade da pessoa humana.

E é por isso que em um sistema teórico garantista, a ideia de racionalizar o exercício de poder, construindo uma estrutura processual em que o juiz seja isento, prestigia o empirismo e confere os pressupostos epistemológicos necessários àquilo que conhecemos por sistema acusatório. Tudo isso, sustenta-se em razão de um consenso democrático decorrente das experiências totalitárias que assolaram o século passado.

Assim, não se vê como possível retomar discursos que já foram empiricamente comprovados como desastrosos, nem mesmo sob a alegação de desconhecimento do passado, sob pena de se assumir uma cegueira histórica, que venha a se assentar no imaginário de quem detém o poder.

---

Inferno; edição bilíngue; tradução e notas de Italo Eugenio Mauro; prefácio de Carmelo Distante. São Paulo: Editora 33, 2014, p. 79.

- 3 Existência (*existenz*): é o que Heidegger chama de “(...) ao próprio ser com o qual a presença pode relacionar-se dessa ou daquela maneira e com o qual sempre se relaciona de alguma maneira.”
- 4 HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão, 10ª edição, Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 48.

É necessário que o passado ilumine nossos passos para o futuro, do contrário facilmente retornaremos àquele. Não lidamos com ignorância, lidamos com as consequências teóricas de nunca havermos ajustado as burocracias do Estado, com formas modernas de contenção de poder.

Se existe o perigo de que o juiz possa padecer do já mencionado Mal de Farinata, as vozes progressistas também correm o risco de terem sua atuação inspirada em “Dom Quixote”, de Miguel de Cervantes. Providos de “belos ideais”, passamos o tempo acreditando que todo o mecanismo de poder viciado é derrubado como o moinho de vento que elencamos como inimigos. Portamo-nos como os “heróis de Cervantes”. Nosso oponente é um ser polissêmico, polimorfo e dotado de razão. Nosso opositor é difuso, é o espectro de um dos maiores devires humanos: a necessidade de segurança pública.

No entanto, erram os “liberais” em crer que o devir humano é o individualismo; erram também, os marxistas em crerem ser para o altruísmo. O ser humano como entidade ontológica de vários sentidos, não se move apenas por necessidade de segurança, de potência própria ou por altruísmo. Dotados de razão, de egoísmo, de curiosidade, mas também de altruísmo, nos movemos por tudo isso, e de forma não necessariamente ordenada.

Assim, o presente artigo entende indispensável pensar em uma forma de governo e de direito que não só subsista ao caos e suas crises, mas que também com elas se fortaleçam e se aprimorem. Torna-se, pois, primordial assumir uma postura epistemológica teórica *antifrágil*<sup>15</sup> no que diz respeito ao processo penal e suas garantias fundamentais. Nestes termos, o referencial teórico será o garantismo, defendido por Luigi Ferrajoli.

Para tanto, utilizar-se-á literatura nacional e estrangeira para corroborar os argumentos aqui expostos. Quanto à metodologia, o método utilizado será o dedutivo.

---

5 TALED, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Tradução de Eduardo Rieche. 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2014.

## 1 Estado de exceção e garantismo

Na sociedade atual, acabamos orientados pela perpetuação de um estado de exceção, através das ações das próprias instituições democráticas, em razão de uma imensa quantidade de mudanças efetivas que todo o ser humano fica sujeito, bem verdade que geradas por fragilidades próprias da democracia e, por isso, desencadeando uma necessidade por segurança.

Neste sentido aparecem os atraentes discursos de “lei e ordem”, propondo segurança e paz social, inibindo manifestações que não estejam em consonância com este novo pensamento em prol da máxima segurança pública.

Sobre este fenômeno alerta Jacinto Coutinho no sentido de que é preciso evitar

os giros discursivos, pregados por lobos, que em pele de cordeiro [...] seduzem e mantêm em crença uma multidão de ingênuos, cuja frágil base teórica faz com que sejam presas fáceis, iludidos pelo discurso pseudo-eruditio desses ilusionistas”. Ou melhor, como menciona Coutinho, em expressão célebre, esses ilusionistas “parecem pavões, com belas plumas multicoloridas, mas os pés cheios de craca<sup>6</sup>.

Nestes momentos, não é raro nos surpreendemos com manifestações jurídicas que, em nome da proporcionalidade, relativizam garantias elementares de um Estado de Democrático de Direito. É comum vermos, em nome da celeridade, da razoabilidade, uma infinidade de garantias serem desprezadas, como se fossem pesos de um balão que precisa alcançar as alturas.

<sup>6</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. In: Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Aury Lopes Junior. 4<sup>a</sup> Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

São conduzidas apurações secretas, que surpreendem toda e qualquer defesa, e algumas que até mesmo se dilatam após o recebimento da denúncia, mantendo o resultado das investigações em sigilo, cerceando o conhecimento sobre o fundamento da acusação, impedindo o exercício do conhecimento (e o que diríamos da defesa?), mantendo competências designadas pela conveniência de quem acusa, em uma visão de que o Estado tudo provê, pois ele, Estado, sempre está correto; mal sabia Franz Kafka que sua obra um dia poderia se tornar real, e aí fica a pergunta: Franz Kafka era um ser profético, uma espécie de “messias literário”, ou simplesmente um precursor do realismo mágico, ou representante do surrealismo?

Tudo isso era lamentável, mas não totalmente injustificado. K. não devia deixar de lado o fato de que o processo não era público; podia, se o tribunal o considerasse necessário, mas a lei não prescrevia que fosse público. Em consequência, os documentos do tribunal, sobretudo o auto de acusação, permaneciam inacessíveis ao acusado e à sua defesa, por isso geralmente não se sabia, ou pelo menos não se sabia com precisão, contra o que a primeira petição precisava se dirigir, de forma que só por acaso ela continha, em verdade, algo relevante para a causa. Petições de fato acertadas e probatórias só se podem elaborar mais tarde, quando, no curso dos interrogatórios do acusado, emergem mais nítidos, ou podem ser adivinhados, os itens isolados da acusação e seu fundamento. Nessas circunstâncias, a defesa está evidentemente numa situação muito desvantajosa e difícil. Mas também isso é intencional. A defesa, na verdade, não é realmente admitida pela lei, apenas tolerada, e há controvérsia até mesmo na pertinência de deduzir essa tolerância a partir das respectivas passagens da lei (...) O que se quer é excluir o mais possível a defesa, tudo deve recair sobre o próprio acusado. No fundo não é um ponto de vista errôneo, mas nada seria mais

falso que concluir disso, que, nesse tribunal, os advogados são desnecessários ao réu. Pelo contrário, em nenhum outro eles são tão necessários como neste”<sup>7</sup>.

A produção legislativa que segue o mesmo fluxo, autorizando, por exemplo, a extração coercitiva de material genético de um cidadão que tenha sido condenado, como o faz pela Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, e até mesmo utilizando este material como objeto de prova<sup>8</sup>, além de diversos outros dispositivos que funcionam ao arredio do sistema acusatório, como no caso de ferramentas de investigação como, por exemplo, o agente infiltrado, advindo da Lei de Organizações Criminosas<sup>9</sup>.

Nesse mesmo sentido, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça seguindo uma política criminal voltada aos efeitos de uma doutrina de “Lei e Ordem”<sup>10</sup>, admitiu a compatibilização do dolo eventual com a figura de

7 KAFKA, Franz. O processo. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 117/118;

8 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm) - Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012:

“Art. 3º A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 9º-A:

“Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.”

9 Vide, por exemplo, o artigo 10 da Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013: “Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites”.

10 A política criminal de “lei e ordem” tem destaque nos Estados Unidos em 1970, com os trabalhos de James Q. Wilson, tendo como destaque sua obra *Pensando sobre o delito*, que se contrapõe à criminologia crítica, em um denominado “realismo criminológico”. Na mesma linha os trabalhos de Ernest van den Haag, dentro os quais destacamos o

crime tentado<sup>11</sup>; e assim, também, o Supremo Tribunal Federal, quando da interpretação da teoria do domínio do fato, no julgamento da Ação Penal nº 470<sup>12</sup>, e agora, no julgamento do Habeas Corpus nº 126.292, decidindo que é possível a execução de prisão e consequente início de cumprimento de pena, mesmo que ainda existam recursos possíveis, evidenciando violação ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O que mais preocupa é a postura de instrumentalização do processo como pena, como “um fim em si mesmo”, como se as garantias e regras procedimentais não fossem formas de limitação do poder punitivo do Estado, mas óbices à aplicação da lei penal, merecendo redução ou flexibilização. Tudo isto sob um manto de celeridade processual e o argumento da proteção social.

Por isso, surge como oportuna a retomada de algumas bases epistemológicas que Luigi Ferrajoli<sup>13</sup> construiu, para que não restem dúvidas de que regras processuais e garantias individuais existem como forma de limitar a atuação do Estado, proteger direitos, e, ainda, para preservar a exatidão e eficiência da justiça. Referido autor defende um convencionalismo

---

livro *Castigando os delinquentes*, de 1975, onde a ordem é identificada como valor jurídico supremo, afastando a importância da utilidade e da justiça. Para estes pensadores, restava indispensável abandonar as denominadas “grandes teorizações”, resgatando-se o básico conceito das pessoas comuns sobre o que é o bem e o que é o mal, em uma verdadeira “criminologia da vida”. A teoria das “Janelas Quebradas”, reunindo ideias sociológicas mais amplas alcançou seu ápice com a presidência de Ronald Reagan, onde James Q. Wilson participou como assessor, e, posteriormente, no ano de 1994, com George Kelling e Catherine Coles, com uma explicação mais ampla da teoria no livro “*Não mais janelas quebradas*”. Sobre o tema ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*, Coleção Pensamento Crimiológico, Instituto Carioca de Criminologia, tradução Sérgio Salomão, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, pp. 779 e ss.

11 Nesse sentido é farta a jurisprudência do STJ: AgRg no AREsp 608605 MS 2014/0294974-4; AgRg no REsp 1199947/DF e outros.

12 Sobre o tema, Claus Roxin, jurista alemão estudioso da “teoria do Domínio do Fato”, em razão da manifestação do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal 470, acabou por realizar uma entrevista que foi publicada no jornal Folha de São Paulo, em 27 de outubro de 2015: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/77459-participacao-no-comando-de-esquema-tem-de-ser-provada.shtml>

13 FERRAJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3ª edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

penal e a estrita legalidade, indicando que o que é importante aqui é que o legislador seja criterioso ao tipificar condutas, conferindo uma delinearção precisa (estrita legalidade) para que o juiz possa atender a esses limites descritivos previstos em lei (mera legalidade).

Chama a atenção, ainda, para o fato de que apenas tipificações empíricas conseguem estipular limites claros e precisos para a atuação do juiz. Como a tipificação é feita pela descrição de um fato empírico é possível atribuir a responsabilidade (e seus graus) e permitir a contradição da acusação pela defesa, assegurando maior grau de liberdade.<sup>14</sup>

Daí, também, que não se proíbe o ser, mas o agir; garante-se com isso grau de liberdade intangível do sujeito. Além disso, preserva-se a igualdade, pois não importaria quem se é, mas sim o que se fez. Ao cometer determinado ato você seria punido<sup>15</sup>.

Luigi Ferrajoli<sup>16</sup> ainda destaca que o processo de cognição do delito precisa ser verificável e refutável em suas hipóteses acusatórias. Logo, o procedimento deve ser assertivo e ter estruturas que permitam a comprovação empírica e sua refutação. Para tanto, os tipos penais não podem ser abertos – não basta, portanto que se criminalize o “ato obsceno” – se assim fosse acabaríamos minando toda a estrutura cognitiva, que só poderia funcionar com base na estrita legalidade supracitada. Disso decorre que só poderá haver mera legalidade se houver estrita legalidade e, somente no caso em que a acusação narre fatos de forma precisa e com base nas provas, para que se possa refutar o alegado<sup>17</sup>.

## 1.1 A Busca da Verdade e o Garantismo

---

14 Idem, pp. 39/40.

15 Idem, pp. 40.

16 FERRAJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3<sup>a</sup> edição revisa, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 40.

17 Idem, p. 41.

Sob a ótica do garantismo, Luigi Ferrajoli<sup>18</sup> afirma que o cognitivismo judicial é uma missão de verdade, e não de ética (valorativo). A verdade surge da verificação e não da intuição, e só surge por meio de um processo dialético de construção do real. Destaca a necessária separação entre direito e moral, pois a construção do direito não deriva de moralidade intrínseca do ato criminoso, ou de sua periculosidade, mas de convenção legal, por isso verificável e refutável.

Para o autor, quanto maior a razão, mais delimitado o poder. Assim, os limites do saber iniciam as fronteiras limitativas para o exercício do poder. Daí a ideia de que as garantias de liberdade, também são garantias de verdade, eis que o saber conhece a verdade, limita o poder e provê a liberdade<sup>19</sup>.

Luigi Ferrajoli chama a atenção para o fato da impossível aproximação da lei à interpretação hermenêutica perfeita, e sem saber os limites da verdade isso tende a piorar. Como não existe uma teoria da verdade no processo que estabeleça seus limites, toda a fundação do garantismo clássico desmorona.<sup>20</sup>

Neste sentido é possível definir que essa insegurança tem gerado uma prevenção *antigarantista*, que se pauta pela pretensão de alcançar respostas definitivas e certeiras<sup>21-22</sup>.

---

18 Idem, ibidem;

19 FERRAIJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3ª edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010; p. 49;

20 Idem;

21 FOUCAULT, Michel; Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete; 39ª edição, Petrópolis, RJ: Vozes, 2011; p. 43;

22 Exemplificando a questão, se durante um depoimento, quando se utiliza a técnica do *cross-examination* (uma mesma testemunha é inquirida pelo advogado e pelo promotor), é possível que existam contradições. Neste momento, deve-se elencar qual parte é verdadeira e qual é falsa, surgindo problemas sobre os parâmetros de verdade. Anteriormente, esses problemas se dirimiriam com o sistema tarifado de provas. Assim, a confissão possuía a maior hierarquia, e outras provas menor hierarquia probatória. Existiam, inclusive, fórmulas matemáticas no sentido de que duas meias-provas equivaliam a uma prova inteira.

A solução seria estabelecer limites de verdade, regulando assim os limites do poder e do arbítrio, raspando as arestas da arbitrariedade, para que esta, quando inevitável, respeite os limites estruturais do garantismo<sup>23</sup>.

O autor tenta reabilitar o conceito de verdade, com a correlação da correspondência com o real empírico através das provas e o real jurídico das formulações dos tipos penais.

Explicando: “A” matou “B”. Matar é crime. Comprovação da verdade empírica de matar, com a jurídica (previsão do crime de homicídio). Desta forma, real e verdade são correspondentes entre a verdade real com a formal, por aproximação entre a verdade jurídica com a empírica. Afasta-se, assim, o real metafísico e sua inconveniência, em favor do real próximo<sup>24</sup>.

O grande problema que aqui se salienta é saber de qual verdade nos aproximamos, já que o juízo fica adstrito a uma seleção prévia de verdade, por parte da atividade de investigação, bem como dos fatos por ela narrados e selecionados. Dessa forma a aproximação a esse *real* já surge defasada.

Por isso mesmo que a “verdade” é sempre transitória, pois encravada no nosso horizonte já conhecido, desconsiderando o que vamos vir a conhecer. Esta “verdade” é sempre approximativa em relação àquilo que pareça mais verdadeiro, de acordo com o nosso conhecimento.

A verdade processual também é approximativa, já que os autos do processo narram versões de verdade. É semanticamente impossível narrar o crime como é, em todas suas nuances, além de ser empiricamente impossível; ainda que, a autoridade assistisse ao ocorrido, sua narrativa seria uma versão da verdade. Por tudo isto é essencial que o processo esteja preenchido de oportunidades defensivas para que se aproxime dessa verdade inalcançável<sup>25</sup>. Daí a importância de uma investigação defensiva, até por um problema de seleção primária da investigação que, além de selecionar preliminarmente fatos criminosos, dá início à narração delitiva.

<sup>23</sup> FERRAIJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3<sup>a</sup> edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

<sup>24</sup> Idem, pp. 50/52.

<sup>25</sup> Idem, pp. 53/54.

Luigi Ferrajoli pontua que a verdade processual fática é um tipo peculiar de verdade histórica<sup>26</sup>, enquanto que a jurídica seria uma atividade muito mais classificatória.

Dante disso, diferentemente do que ocorre com as ciências ditas naturais – onde predomina a observação –, o método jurídico muito mais se assemelha ao histórico, no sentido de que “apenas com elementos deixados no presente por uma conduta do passado (sinais do passado) é que se podem reconstruir os acontecimentos e tentar alcançar a verdade”<sup>27</sup>.

Nesta linha de pensamento, a grande diferença é que a verdade jurisdicional fática decorre muito mais de laudos e depoimentos, ou seja, de versões de verdade sobre elementos do passado, do que da verdade histórica fática, onde a verdade se aproxima da escavação de ruínas e investigação de documentos. Ainda assim, ambas apresentam dados probatórios do passado no presente, e constroem essa aproximação da verdade de acordo com a dedução mais provável e certa no conjunto de provas colhidas, e não com base na observação de fenômenos.<sup>28</sup>

No entanto, caso a “verdade aproximativa” deixe margem de dúvida ao magistrado para condenar, diferentemente de outros tipos de investigação, haverá uma postura do interprete de considerar falsas as hipóteses afirmativas acusatórias.<sup>29</sup>

Luigi Ferrajoli aponta a atividade classificatória (subsunção), como opinativa, de modo que uma conduta pode ter descrições equívocas na lei e caber, ou não, em um ou em vários tipos penais (por exemplo, injúria racial e racismo)<sup>30</sup>.

Além disso, é necessário, para que uma dedução seja menos opinativa, que os tipos definidores de condutas delituosas não tenham conceitos

---

26 Idem, p. 54.

27 FERRAIJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3<sup>a</sup> edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

28 Idem, ibidem

29 Idem, p. 56.

30 Idem, ibidem.

elásticos (como, por exemplo, *grave ameaça*). Inclusive, pois, a própria atividade de reconhecer a conduta em um tipo penal bem definido já é uma atividade extremamente opinativa<sup>31</sup>.

Dessa forma “os significados expressos na linguagem jurídica usada em uma aplicação operativa são tão ambíguos e opinativos quanto às regras de uso da língua ditadas pelas normas”<sup>32</sup>.

A subjetividade é inerente ao juiz, o que se critica é a ingenuidade teórica de sustentar que um juiz deva ser sempre imparcial e puro, como desejava Cesare de Bonesana<sup>33</sup>.

O juiz, para Luigi Ferrajoli, sempre sofrerá impactos emocionais e será dirigido por ímpetos ético-políticos próprios. Diferentemente do que ocorre com os investigadores na investigação histórica (pois os investigadores não representam sozinhos o papel de valorar os dados probatórios), os juízes assumem sozinhos o papel de apreciar as provas, e, ainda, suas decisões ganham o caráter de imutabilidade de coisa julgada, o que não ocorre na historiografia<sup>34</sup>. Sobre essa parcialidade falaremos adiante.

Além disso, ao ser moldado por uma linguagem técnica impessoal, o juiz acaba desconsiderando os detalhes das pessoas que julga. De outro lado, em um primeiro momento jurídico, toda a narrativa que chega ao seu conhecimento já vem carregada por uma descrição eminentemente persecutória da acusação e da polícia judiciária.

Daí a necessidade do sistema acusatório, como forma de afastar o juiz da atividade de acusador, permitindo ao ser humano investido pelo Estado a isenção necessária para funcionar como julgador, mas também como um verdadeiro “juiz de garantias”<sup>35</sup>.

31 Idem, p. 57.

32 Idem, p. 58.

33 BONESANA, Cesare. *Dei delitti e delle pene* (1763-1764) – Marquês de Beccaria.

34 FERRAIJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3<sup>a</sup> edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

35 Idem, pp. 535/539.

## 2. O “Estado da obra” – o porquê do garantismo

Podemos argumentar no sentido de que, se é verdade que, em tese, a descrição de fatos assegura uma punição em seus estritos limites, também é verdade que isso só poderia funcionar em países em que a realidade burocrática das instituições consegue investigar e punir homogeneousmente todos os delitos, ou, ao menos, grande parte deles.

Não é factível, nem no Brasil, nem em grande parte dos países do mundo, que isso possa se verificar.

Assim, nos deparamos com o problema da relação deficitária entre crimes apurados e não apurados; formalizados e não formalizados (cifra negra). As causas para esse fenômeno, como bem aponta Alessandro Baratta, são:

(...) natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o es-  
casso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de  
um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição  
das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típi-  
cas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-  
formal (a competência de comissões especiais, ao lado da com-  
petência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações,  
em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a pos-  
sibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de  
exercer pressões sobre os denunciantes etc.)<sup>36</sup>.

---

36 BARATTA, Alessandro; Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 102;

Isso ocorre por uma série de questões complexas do arranjo burocrático do Estado, tais como sua alocação orçamentária<sup>37</sup>. Diante dessa situação de burocracia penal, o alerta de Michel Foucault:

Além disso, enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam. De qualquer modo, no espaço e durante o tempo em que exercem seu controle e fazem funcionar as assimetrias de seu poder, elas efetuam uma suspensão, nunca total, mas também nunca anulada, do direito. Por regular e institucional que seja, a disciplina, sem seu mecanismo, é um ‘contradireito’. E se o juridismo universal da sociedade moderna parece fixar limites ao exercício dos poderes, seu Panoptismo difundido em toda faz funcionar, ao arreio do direito, uma maquinaria ao mesmo tempo imensa e minúscula que sustenta, reforça, multiplica a assimetria dos poderes e torna vãos os limites que lhe foram traçados”<sup>38</sup>.

37 É sabido que o liberalismo penal se prende ao mantra da *ultima ratio* de sua atuação (muito embora seja a força a primeira, e não a última manifestação do Estado). Só no Estado de São Paulo temos uma alocação orçamentária de quase 17,5 bilhões de reais (superando inclusive a verba do judiciário, da secretaria da saúde, da secretaria de política habitacional), ao ano, na Secretaria de Segurança Pública, e bem se sabe que grande parte dessa verba vai para a PMESP (apenas 1/3 da verba de Secretaria de Segurança Pública é para a Polícia Civil), ou seja, ainda que fosse verdade que o Direito Penal é a última manifestação da intervenção do Estado, gastamos na casa de bilhão a mais em Segurança Pública do que em saúde, educação e políticas públicas. Lei Orçamentária do Estado de São Paulo de 2014, p. 115. Link: [http://www.planejamento.sp.gov.br/noti\\_anexo/files/orcamento/Orcamento\\_2014.pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orcamento/Orcamento_2014.pdf).

38 FOUCAULT, Michel; Vigiar e Punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete; 39ª edição, Petrópolis: Vozes, 2011; p. 210.

A sociedade demanda certos padrões culturais para que um indivíduo possa ser reconhecido como bem-sucedido, em um modelo de bem-estar econômico; todavia, disponibiliza meios lícitos escassos para a obtenção desse padrão<sup>39</sup>; a discrepância entre esses meios institucionais lícitos e os fins culturais demandados, destaca-se como parte do problema da delinquência. Alguns como, por exemplo, Albert Cohen<sup>40</sup>, afirmam que o comportamento criminoso não é totalmente desviante, mas sim parcialmente, eis que de certo modo o indivíduo não desvia do todo proposto, eis que seguiria uma normal cultural posta como fim<sup>41</sup>.

Ora, em uma sociedade onde desigualdades sociais afloram, e considerando também que uma das principais funções atribuídas pela política pública à pena é, exatamente, a de funcionar como contraestímulo da vontade de delinquir (prevenção negativa<sup>42</sup>), podemos concluir que, como consequência de um crescimento exponencial da desigualdade, também teremos uma maior demanda por repressão, e, assim, mais disciplina e muito mais “panoptismo difundido”. Em resumo, “uma conta não fecha”, em um sistema que não pode funcionar dentro de seus próprios axiomas e pressupostos.

Outro ponto problemático, é que não existe “pele em jogo”<sup>43</sup>, ou seja, não existe risco individual – pelo menos no Brasil – daquele que exerce o poder segundo sentimentos e motivações pessoais, desprovidas do limite legal do livre convencimento motivado na prova, no processo e na lei.

---

39 BARATTA, Alessandro; Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 63;

40 Sobre o tema a obra “Delinquent Boys: the culture of the Gang”, de Albert Cohen.

41 COHEN, Albert K. *Delinquent Boys – The Culture of the Gang*, New York: Free Press, Macmillan Publishing, 1955, p. 62;

42 Sobre a questão da Prevenção Geral e da Prevenção Especial, Winfried Hassemer discute profundamente os aspectos de prevenção positiva e de prevenção negativa, que envolvem uma política criminal voltada para as bases sociais do delito. Hassemer, Winfried. Fundamentos Del Derecho Penal, Barcelona: Casa Editorial BOSCH, pp. 347 e ss.

43 TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Tradução de Eduardo Rieche. 1ª ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2014.

Como poderia ser garantidor da parte, quando, na verdade não é igual, pois, como sabemos, a investidura do Estado proporciona uma série de poderes que o reveste da condição de autoridade. Em outras palavras, não possui este a qualidade ontológica para funcionar como garante de um acusado; logo, a aplicação da lei tende a ser menos criteriosa e mais orientada pela *virtù*. Nesse sentido, afirma Nassim Nicholas Taleb:

O pior problema da modernidade reside na maligna transferência de fragilidade e antifragilidade de um lado a outro, com um dos lados recebendo os benefícios e o outro recebendo (involuntariamente) os danos; essas transferências é facilitada pela lacuna, cada vez maior, entre o ético e o legal. Esse estado de coisas já existia antes, mas, hoje, tornou-se mais grave – a modernidade o abriga especialmente bem.

Trata-se, é claro, de um problema de agentividade<sup>44</sup>.

E ainda (é importante ressaltar que a coluna da qual o autor se refere é composta pelo subitem “sem pele em jogos”, que fica à esquerda; “com pele em jogo” que fica no centro; à direita existe o subitem “pele em jogo em prol dos outros, ou alma em jogo”):

Algumas pessoas têm opções, ou opcionalidade, à custa de outras. E as outras não sabem disso.

Os efeitos das transferências de fragilidade estão se tornando mais graves à medida que a modernidade vem alocando mais e mais pessoas na coluna da esquerda, heróis ao inverso, por assim dizer. Assim, muitas profissões, a maioria fruto da modernidade, são afetadas, tornando-se mais antifrágies à custa de nossa fragilidade<sup>45</sup>.

---

44 Idem, p. 473;

45 Idem, p. 479;

Evidentemente, de acordo com o exposto, a alienação de riscos do processo decisório fatalmente resultará em alocar esses riscos em outras pessoas. Se a figura pública investida de poder puder atuar de qualquer forma e não ser responsabilizada, esta ausência de responsabilização não deixa de produzir um ônus, que acaba sendo absorvido pela parte mais frágil, em especial no processo penal, que é o réu. Todavia necessário destacar que este processo decisório, invariavelmente, decorre de outros fatores sociais que o estimulam, mas nem sempre são considerados<sup>46</sup>.

Exemplo a contrario senso do que aqui se argumenta vem, por exemplo, do controle de emendas da Grécia antiga em que se responsabilizava pessoalmente os autores de emendas que fossem julgadas em contrariedade aos princípios fundamentais gregos. Trata-se do valor dado à “pele em jogo”:

Na democracia ateniense, existia um processo punitivo especial para propostas de lei ou deliberação que contraviessem aos princípios fundamentais do regime: era o graphê paranomon. Qualquer cidadão tinha o direito de embargar uma moção a ser votada pela assembléia do povo (ekklesia), alegando que ela feria a politéia, ou constituição da cidade. A votação era então suspensa e a questão submetida a um órgão judicial. O mesmo ocorria com decisões já tomadas pela assembléia, de natureza legislativa ou não. Se a alegação do denunciante fosse julgada procedente, o autor da moção ou do projeto de lei era condenado a uma multa, anulando-se a votação eventualmente já concluída. A pessoa condenada três vezes por esse delito perdia seus direitos cívicos. Na Atenas clássica, a Constituição da pólis era objeto de uma veneração quase religiosa. Aqui a Constituição tende a ser, sempre mais, uma colossal medida provisória<sup>47</sup>.

---

46 Vide <http://www.conjur.com.br/2010-set-26/juiza-punida-prisao-menina-adultos-culpa-servidor>

47 <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes2.htm>

No Brasil, adotamos um sistema de defesa dos investidos no poder e não da instituição que os investiu, ou seja, priorizamos por burocratas sem “pele em jogo”.

Neste momento importante o questionamento envolvendo a existência ou não de uma separação entre “Direito” e “Moral”, ou se na verdade estaríamos tratando do Direito como uma forma de moral positivada. Ora, considerar a produção legislativa como uma realidade fora dos esquemas de poder dominantes só mascara iniquidades.

Na criminologia, o *labeling approach*<sup>48</sup> (etiquetamento) nos responde esse ponto, ao mudarmos o principal questionamento existente sobre “qual a razão para delinquir?”, para “o que seria delinquir?”. Anteriormente tratado como dado ontológico, o crime basicamente existia.

A partir do marco teórico criminológico do *labeling approach* (etiquetamento), passamos a estudar o interacionismo simbólico entre o ato de “etiquetar” e o “etiquetamento” e, consequentemente, os questionamentos que derivam disso, envolvendo o porquê certas condutas são selecionadas, isoladas e consideradas como crime, ou o porquê do “criminoso” passa a interagir com essa infame “etiqueta” social denominada crime.

Em resumo, de forma muito superficial, existiria uma determinada conduta que, de certa forma, choca o bojo social. Diante desse choque inicial ela passa a ser selecionada como não desejável, passa a ser identificada assim, para que sua visão indesejável possa ser reproduzida e, assim, eliminar-se a necessidade de frequentes revisões sobre esse processo valorativo (demandça pragmática).<sup>49</sup>

48 *Labeling Approach* envolve o denominado “etiquetamento social”, onde as definições de crime e de criminoso são fruto de uma construção social baseada em definição legal do fato e de ações institucionalizadas de controle social do comportamento individual, de forma a identificação da percepção social de crime e criminoso, segundo os grupos sociais em que vivem, em uma explicação científica dos processos de criminalização, e assim do denominado “desvio secundário”, em uma explicação criminológica do comportamento humano. Sobre o tema: BECKER, Howard S.. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. São Paulo: Ed. Zahar, 2008.

49 BARATTA, Alessandro; Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro:

Basicamente este seria um “desvio”; um processo em que

alguns indivíduos, pertencentes a algum grupo, comunidade e sociedade a) interpretam um comportamento como desviante, b) definem uma pessoa, cujo comportamento corresponda a esta interpretação, como fazendo parte de uma categoria de desviantes, c) põem em ação um tratamento apropriado em face desta pessoa<sup>50</sup>.

As condições gerais<sup>51</sup> que determinam uma aplicação “bem-sucedida” da definição do “desvio” seriam: 1) um comportamento que infrinja a rotina, distanciando-se do modelo de normas estabelecidas; 2) um autor que, se tivesse querido, teria podido agir diversamente, ou seja, de acordo com as normas; 3) um autor que sabia o que estava fazendo.

As principais investigações desse novo paradigma que é o *labeling approach* (etiquetamento) seriam:

1) quais são as condições da intersubjetividade da atribuição de significados, em geral, e particularmente do desvio (como significado atribuído a comportamentos e a indivíduos). 2) qual é o poder que confere a certas definições uma validade real (no caso em que, a certas definições sejam ligadas aquelas consequências práticas que são as sanções<sup>52</sup>).

Dante de tudo isto, resta claro que, independentemente da vontade de um processo objetivo idôneo ser o que produz a definição do crime, sua formulação acaba tendo origens obscuras.

---

Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013, p. 95.

50 Idem, pp. 94/95.

51 Idem, p. 96.

52 Idem, p. 92.

Pensando em termos de realidade brasileira, uma produção legislativa simbólica é a que melhor representa o efeito obscuro e oportunista que se destaca como, por exemplo, no caso das elevadas penas impostas para adulteração de medicamentos e cosméticos<sup>53</sup>, ou ainda na hipótese de se punir com o mesmo rigor os crimes de furto qualificado<sup>54</sup> e de redução análoga à condição de escravo<sup>55</sup>; ou considerar como crime de bagatela, no âmbito do direito penal econômico, aqueles que se encontram na casa dos milhares, enquanto que nos crimes contra o patrimônio este conceito não alcança a casa da centena<sup>56</sup>.

---

53 Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998 – que alterou dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e deu outras providências.

54 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º - A pena aumenta-se de um terço, se o crime é praticado durante o repouso noturno.

§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

§ 3º - Equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico.

Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de dois a oito anos, e multa, se o crime é cometido:

I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa;

II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

III - com emprego de chave falsa;

IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas.

55 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

56 TRF4, QUOACR 5001339-09.2010.404.7113, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Fernando Wowk Penteado, D.E. 03/07/2012: neste julgado reconheceu-se o princípio da

A este respeito Alessandro Baratta, tratando da questão dos crimes de colarinho branco destaca:

As pesquisas sobre esta forma de criminalidade lançaram luz sobre o valor das estatísticas criminais e de sua interpretação, para fins de análise da distribuição da criminalidade nos vários estratos sociais, e sobre as teorias da criminalidade relacionadas com estas interpretações. De fato, sendo baseadas sobre a criminalidade identificada de colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua calculável ‘cifra negra’, distorcerem até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso de distribuição da criminalidade nos grupos sociais. Daí deriva uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobre, aí compreendidos, observa Sutherland, ‘a enfermidade mental, o desvio psicopático, a moradia em slum e a “má” situação familiar’. Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a desse modo, socialmente ‘seletiva’, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha. Realmente, esta definição de criminalidade, e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e o alarme social), estão ligadas ao caráter estigmati-

---

insignificância sobre uma sonegação de vinte mil reais; neste outro julgado (*STJ - REsp 1218765/MG - 5<sup>a</sup> T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJe 14.9.11*) depreende-se que a 5<sup>a</sup> turma do STJ fixou como máximo o valor de cem reais para a configuração do delito de bagatela, muito embora, tenha-se reconhecido que o critério seja meramente exemplificativo no julgado em questão.

zante que a criminalidade leva, normalmente, consigo, que é es- cassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco. Isto é devido, seja à sua limitada perseguição e à relativamente escassa incidência social das sanções correspondentes, especialmente daquelas exclusivamente econômicas, seja ao prestígio social de que gozam os autores das infrações<sup>57</sup>.

O Direito é moral positivada. Luigi Ferrajoli<sup>58</sup> aborda esse aspecto aduzindo a respeito da figura do juiz. Para o autor, o juiz sempre sofrerá impactos emocionais e será dirigido por ímpetos ético-políticos próprios. Ressalta que, diferentemente da investigação histórica (onde os investigadores não representam sozinhos o papel de valorar os dados probatórios), os juízes assumem sozinhos o papel de apreciar as provas, e, ainda, suas decisões ganham o caráter de imutabilidade da coisa julgada, o que não ocorre na historiografia.

O juiz, além disso, ao ser moldado por uma linguagem técnica imparcial acaba desconsiderando, ou sequer identificando, as nuances individuais da pessoa que julga. Ademais, toda a narrativa que chega ao juiz já vem carregada por uma descrição eminentemente persecutória da acusação e da polícia judiciária.

A grande falha de Ferrajoli é desconsiderar pontos específicos da subjetividade como, por exemplo, o recorte de classes e étnico, além de desconsiderar o *ethos*, a síntese dos costumes da sociedade e da própria estrutura em que o juiz se insere.

Ora, não é estranho que em uma sociedade, cheia de recortes de classes, etnias, culturas, surja a figura do inimigo como muito mais vantajosa para preservar estruturas dominantes através da separação de “bons e maus”.

57 BARATTA, Alessandro; Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. 6<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013; p. 102/103;

58 FERRAIJOLI, Luigi; Direito e razão: teoria do garantismo penal; 3<sup>a</sup> edição revisada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 59.

A este respeito Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis:

As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples – e simplista – de que há bons de um lado e os maus de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheias de nuances. A arte, a literatura, o cinema contemporâneo, esforçam-se para descobrir a complexidade dos seres, de suas relações de experiências vividas, mostrando o irrealismo dos discursos em preto e branco.

Entretanto, no campo da justiça penal, as imagens maniqueístas ainda se impõem quase que por inércia. A toda hora encontramos pessoas bastantes críticas em relação às instituições e seu funcionamento e que, apesar disso, esperam que as leis e as estruturas promovam a harmonia social. Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da ordem e, portanto, do bem. E, em face destes símbolos de justiça, do direito e da consciência reta, os ‘delinquentes’ são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveria ser facilmente identificáveis, já que não seriam como os outros.

É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantém de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar o mal, passa-se a aceitar facilmente o pró-

prio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens<sup>59</sup>.

Posteriormente, explicam os autores<sup>60</sup>, que a burocracia do sistema penal, apesar de atuar de forma mais ou menos ordenada para a consecução de um fim, é uma realidade estanque e que por isso mesmo possui práticas diversas e culturas divergentes; logo, não existe de fato a harmonia do funcionamento de um processo. Existem sujeitos que assumem partes de um processo “fordista”<sup>61</sup> de produção, sendo o réu não muito mais que um objeto a ser construído no decorrer do processo.

Logo, tal como ocorre no fordismo, deteriora-se a consciência e responsabilidade no projeto final; os agentes se contentam em desempenhar seu papel (e às vezes até em extravasar suas frustrações sociais através deste papel), sem, contudo, questionarem-se sobre sua responsabilidade final pelo produzido. Esse fenômeno foi cunhado por Louk Hulsman e Jacqueline Bernat de Celis como “distâncias siderais”<sup>62</sup>. Assim, a imagem assustadora

59 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O Sistema penal em questão. 1<sup>a</sup> edição, tradução de Maria Lúcia Karam, Niteroi: LUAM Editora Ltda., 1993, pp. 56/57.

60 Idem, pp. 58/59.

61 Sobre o tema: BRAGA, Ruy. A nostalgia do fordismo: modernização e crise na teoria da sociedade salarial. São Paulo: Xamã, 2003; PINTO, Geraldo Augusto. A organização do trabalho no século XX: taylorismo, fordismo e toyotismo. 2<sup>a</sup> edição, São Paulo: Expressão Popular, 2010. O “fordismo” consiste em doutrina que deriva do modelo de produção em massa criado pelo empresário norte-americano Henry Ford, em 1914. Este modelo de produção tem como principal característica a especialização de cada pessoa integrante da cadeia produtiva, de forma a ficar responsável exclusivamente por apenas uma etapa do processo produtivo, por vezes desconhecendo até mesmo as características do produto final.

No mesmo sentido, também o “taylorismo”, teoria concebida do modelo de organização da produção industrial fabril do início século XX, criação do engenheiro mecânico Frederick Winslow Taylor.

62 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O Sistema penal em questão. 1<sup>a</sup> edição, tradução de Maria Lúcia Karam, Niteroi: LUAM Editora Ltda., 1993, pp. 76/77.

que surge é a de uma locomotiva destrutiva que ninguém realmente pilota ou de fato controla.

A partir deste processo de fracionamento, com responsabilidades restritas ao que é a função social do individuo ou ainda ao que este indivíduo conhece do sistema e do processo, fica evidenciada que a criação e a concepção do “diferente” como um ser “mau”, unido a essas denominadas “distâncias siderais”, é muito conveniente para mecanismos políticos de exceção, já que proporciona uma deturpação do vínculo de sociabilidade, que pudesse existir entre os “homens de bem” e os “homens maus”, inexistindo ou afastando-se qualquer reconhecimento da necessidade de critérios de igualdade no tratamento dos dois.

Afastada a consciência do todo, pelo processo do não interesse pelos destinos do “mau”, ou ainda, pelo cerceamento de conhecimento imposto pelo próprio modelo jurídico (composto de conhecimento técnico específico, de linguagem rebuscada, de limites técnicos de conhecimento e publicidade dirigida ou conduzida), não sente o “homem de bem” a violação da dignidade humana do “mau”, já que para ele o “homem mau” sofreu com o vilipêndio por não ser um “igual”, por ser um “inimigo” (o “mau”, o “outro”). Naturalmente não existirá, nesse contexto, resistência por parte da sociedade civil à atuação dos poderes instituídos, ainda que além dos limites da dignidade humana em um Estado Democrático de Direito; não é mais necessário um “estado de exceção”, ele passa a existir dentro da própria democracia.

Eugenio Raul Zaffaroni aborda o assunto:

Essa teoria apresenta-se como antítese do neokantianismo que só torna racionalmente acessível o mundo através do valor: diante da função criativa assumida pelo valor nessas versões neokantiana, a teoria das estruturas lógico-reais afirma que o direito, quando se refere a qualquer ente, deve reconhecer que este está inserido numa certa ordem, que o mundo não é um ‘caos’ e que o conhecimento jurídico, como todo conhecimento, não altera o

objeto de conhecimento. Se o direito quer atuar sobre um âmbito da realidade, deve reconhecer e respeitar a estrutura ôntica desse âmbito e não inventar esta estrutura porque, neste caso, regulará outra coisa e obterá outro resultado.

Quando o legislador desconhece as estruturas lógico-reais, não deixa, necessariamente, de produzir direito, mas limita-se a arcar com as consequências políticas de seu erro: se o legislador – ou o jurista idealista – pretende definir as vacas “no sentido jurídico” como uma espécie de cachorro-grande, negro, com dentes enormes e que uiva nas estepes-, pode, obviamente, fazê-lo; apenas, deverá arcar com as consequências quando pretender ordenhar um lobo<sup>63</sup>.

Diante desta visão, fica clara a necessidade da adoção de uma teoria da cognição como método hermenêutico; como explica Winfried Hassemer:

[...] o processo não é uma visão (um sujeito diante de um objeto), mas uma aproximação em desenvolvimento, ele decorre em círculos ou, melhor dizendo, em forma espiral: sujeito e objeto se movimentam um em direção ao outro, visando o entendimento, e preveem o outro nas etapas de aproximação. Esse movimento, compreensão do sucesso (conhecimento ‘verdadeiro’) [...] não se colocam em uma contemplação estática, mas em um relacionamento dinâmico de aproximação [...]<sup>64</sup>.

63 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal, tradução de Vania Romano Predroso e Amir Lopez da Conceição, 5<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Revan, 1991, janeiro de 2001, 1<sup>a</sup> reimpressão, outubro de 2010, 2<sup>a</sup> reimpressão, setembro de 2012, p. 190.

64 HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário, tradução de Regina Greve; coordenação e supervisão de Luiz Moreira, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 16.

Ora, se vislumbramos que não existe aproximação ontológica do sujeito que julga com quem é julgado, como seria possível que este se reconheça como igual àquele de modo que se possa proceder essa hermenêutica fenomenológica proposta por Winfried Hassemer? Certamente jamais irão interagir de forma precisa os agentes da persecução penal com o réu, tanto pouco conhecer as contingências fáticas de sua vivência, uma vez que seus critérios sempre partiriam de seu lugar de fala, desembocando, fatalmente, em uma percepção pessoal da realidade.

Assim, se é verdade que é necessária uma compreensão humana da atividade do juiz (ou pelo menos que sua decisão seja humanitária), isso só poderá se concretizar se lhe for permitido interpretar os entes que julga (ou a capacidade de presença, em termos heideggerianos<sup>65</sup>). Para tanto é necessário que a pessoa que será julgada lhe seja semelhante, possibilitando que sua narrativa seja compatível e o processo de reconhecimento do real não seja demasiadamente distorcido (para que o juiz não imponha critérios próprios de sua classe, sem conceber que o faz).

Isto também deve ser compreendido em relação aos demais representantes do Estado na persecução penal, quando a eles couber a análise subjetiva do investigado, do acusado, do réu.

Em todas as hipóteses, é preciso que exista “pele em jogo”, ou seja, que os representes do Estado assumam outras responsabilidades, tanto quanto o réu assume ao ser julgado.

### 3. A fragilidade

Muito se fala do antifrágil, mas não se explica como se chega a esta condição. A antifragilidade envolve a capacidade de algo resistir a uma crise

---

65 HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo, tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio de Emmanuel Carneiro Leão, 10<sup>a</sup> edição, Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015, p. 42.

aleatória e melhorar com ela. É a ideia de resistir e perseverar às crises que questionam sua existência. Nesse sentido explica Nassim Nicholas Taleb que:

Algumas coisas se beneficiam dos impactos; elas prosperam e crescem quando são expostas à volatilidade, ao acaso, à desordem e aos agentes estressores, e apreciam a aventura, o risco e a incerteza. No entanto, apesar da onipresença do fenômeno, não existe uma palavra para designar exatamente o oposto de frágil. Vamos chamá-lo de antifrágil.

A antifragilidade não se resume à resiliência ou à robustez. O resiliente resiste à impactos e permanece o mesmo; o antifrágil fica melhor [...] O antifrágil aprecia a aleatoriedade e a incerteza, o que significa – acima de tudo – apreciar os erros, ou pelo menos certo tipo de erro. A antifragilidade tem uma propriedade singular de nos capacitar a lidar com o desconhecido, de fazer as coisas sem compreendê-las – e fazê-las bem. Permita-me ser mais incisivo: somos muito melhores agindo do que pensando, graças à antifragilidade<sup>66</sup>.

Ora, fica evidente que nenhum dos sistemas até aqui apresentados é antifrágil. O único ímpeto humano que, até o momento, poderia se apresentar como antifrágil, segundo as concepções aqui adotadas, é o punitivismo<sup>67</sup>. Com isso queremos dizer que só é possível enfrentar a prática puntivista, com um a concepção de uma nova sistemática que também seja antifrágil.

66 TALEB. Nassim Nicholas. *Antifrágil*, tradução de Eduardo Rieche, 1<sup>a</sup> edição, Rio de Janeiro: Best Business, 2014, pp. 21/22.

67 Na atualidade podemos destacar como exemplo da expressão deste ímpeto humano, a materialização do desejo de punir na doutrina jurídica com a Teoria do “Direito Penal do Inimigo” de Gunther Jakobs. GUNTHER, Jakobs e MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*, 1<sup>a</sup> edição, Madrid: Civitas, 2003.

Pois bem, assumindo a antifragilidade como uma ideia necessária, devemos assumir também o conceito de “pele em jogo”, do qual fala Nassim Nicholas Taleb. O simples fato de assumir essa ideia e praticá-la, por si só, nos leva a considerarmos como indispensável a responsabilização daqueles que são investidos do poder do Estado para a execução da persecução penal.

Este conceito levaria aquele a quem cabe gestão de decisões, sobre executar ou requerer uma persecução penal, ou mesmo julgar o fruto desta persecução, a uma aproximação do estatuto ontológico do acusado (suspeito, investigado, réu), minorando o problema da deterioração do vínculo de solidariedade, afastando este sujeito passivo da persecução penal da figura de “homem mau” e se aproximando da figura dos representantes do Estado, pelo simples fato de que ambos têm “pele em jogo”.

No entanto, só isso não basta. A aproximação dos representantes do Estado ao estatuto ontológico do acusado deve se dar pela democratização do papel destes representantes.

Desta aproximação surgem como consequências sistêmicas, a elevação das garantias individuais e a democratização das práticas burocráticas, as quais acabarão por devolver à sociedade a gestão do próprio conflito, e, por isso mesmo, o tecido social tende a se tornar mais crítico em relação aos seus governantes.

A partir desta nova concepção sistêmica, a sociedade passa a entender e respeitar o funcionamento das burocracias do Estado e, consequentemente, a utilizar delas de forma mais eficaz e responsável. A democratização aparece como medida de eficiência do Estado.

Pontuou Gabriel Ignacio Aníta<sup>68</sup>, que o confisco do conflito e a centralização por parte do Estado, mais contribuiu para potencializar a violência e prejudicar o efeito dissuasivo do conflito. Portanto, parece bastante razoável a ideia de que a democratização do Estado como persecutor penal,

68 ANÍTUA, Gabriel Ignacio. História dos pensamentos criminológicos, tradução de Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 38.

tornará o nosso regime jurídico muito mais apto a resolver os problemas sociais, bem como irá conferir a ele o atributo de antifrágil.

Aliás, para corroborar com a tese de que instrumentos democráticos e participação popular na construção burocrática constroem um Estado mais eficiente, de se ressaltar que a atuação da defesa, por meio do contraditório e da ampla defesa, serve não só como limite da atuação do Estado, mas como potencializador de sua eficiência, eis que a lei também é feita pautada no princípio da eficiência administrativa.

A respeito do tema, abordando a tendência ineficaz de um Estado autoritário, valiosa a lição de Agustín Gordillo:

En otras palabras, si bien no hay que llamarse a engaño de que los sistemas autoritarios puedan tener fácilmente um eficiente sistema de recurso administrativos de todos modos es evidente que tal sistema em nada prejudica al régimen imperante; sirve cuanto menos para detectar posibles fallas de su funcionamiento. Claro está que al generalizar las soluciones de natureza arbitaria y engendrar el temor, da com ello a sus funcionarios la potestade de abortar em ciernes, precisamente por esos métodos, cualquier intento de reclamo que los individuos puedan tener. Aunque el acto del funcionario inferior no se ajuste a los deseos del despota, de todos modos aquél puede eficazmente impedir que la queja llegue a oídos de éste. Por ello las observaciones de Hamson quizá sean principalmente aplicables (además de, por certo, a los países liberales) a aquellos que se han apartado dele estricto sendero del Estado de Derecho, sin transformarse com todo em regímenes completamente tirânicos. Pasando de um certo limite de arbitrariedade tal vez no pueda funcionar tam-pouco procedimento alguno.

No por nada los funcionarios públicos em actividad se consideran frecuentemente impunes a la investigación judicial correctora.

Ella es más bien legitimadora que correctora del obrar o inacción administrativa – en el presente que siempre es el que más cuenta. Y se da así curiosa observación de que es en los sistema intermedios – ni demasiado despóticos, ni totalmente liberales – donde, a falta de um eficiente e integral control jurisdiccional, florece por necesidad um más articulado sistema de recursos y procedimentos administrativos. Conclusión, sin duda, no precisamente halagadora para quienes nos encontramos em dicha situación<sup>69</sup>.

### 3.1 Novo discurso rumo à antifragilidade

Abordamos as mudanças burocráticas e práticas. No entanto, nos resta a missão de esboçar caminhos para a construção de um novo discurso, que possa conferir imagem e símbolo ao que se sustentou até o momento.

69 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, tomo 2: La defensa del usuário y del administrado. 5<sup>a</sup> edição, Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-37. Tradução: “Em outras palavras, se bem que não é nenhum engano que os sistemas autoritários possam ter facilmente um eficiente sistema de recurso administrativo de toda forma, é evidente que tal sistema em nada prejudica o impetrante; serve quanto menos para detectar as possíveis falhas em seu funcionamento. Claro que ao generalizar as soluções de forma arbitrária e gerar o medo, confere assim, aos seus funcionários o poder de abortar o cerne do problema, precisamente por esses métodos, qualquer tentativa de reclamar que os indivíduos possam ter. Também o ato de funcionário inferior no que se ajuste aos desejos do despota, de todos modos aquele pode de forma eficaz impedir que a queixa chegue aos ouvidos desse. Por ele, as observações de Hamson talvez sejam principalmente aplicáveis (ademais, por certo, aos países liberais) à aqueles que se distanciam do estrito senso do Estado de Direito, sem se transformar com todos os regimes completamente tirânicos. Passando de um certo limite de arbitrariedade talvez não possa funcionar, tão pouco, algum procedimento.

Não é de se admirar que os funcionários públicos em atividade passem frequentemente impunes à investigação judicial revisora. Ela é muito mais legitimadora do que revisora da ação administrativa ou omissão – no presente que é sempre o que conta. E se da assim, uma curiosa observação de que nos sistemas intermediários – não demasiadamente despóticos, nem totalmente liberais – onde a falta de um eficiente e integral controle jurisdiccional, tem a necessidade de um sistema de recursos e procedimentos administrativos mais articulados. Conclusão, sem dúvida, não precisamente agradável para aqueles que se encontram na situação relatada.

Não há simplicidade na busca de um esboço a respeito de uma teoria antifrágil. O caráter estático das palavras nem sempre comportam de forma satisfatória a realidade dinâmica do pensar e do agir. Neste sentido, declarou Pierre-Joseph Proudhon:

Nossa sociedade sente-se grávida de eventos e inquieta-se pelo futuro: como dar razão a estes pressentimentos vagos com o único recurso de uma razão universal, imanente, se quisermos, permanente, mas impessoal e consequentemente muda? Ou ainda como dar conta disto com a ideia de necessidade, se isto implicar que a necessidade se conheça e portanto que ela tenha pressentimentos? Resta ainda, mais uma vez, a hipótese de um agente ou íncubo que pressione a sociedade, dando-lhe visões<sup>70</sup>.

Certo é que esse íncubo, a que se refere Proudhon, tem, obviamente, algo de divino: o homem.

Importante destacar que grande parte da literatura anarquista<sup>71</sup> entende que o homem enxerga a imagem de Deus como reflexo de seu medo de ser uma medida autossuficiente. Em todo caso, podemos identificar aqui àqueles devires humanos que tratamos logo no início desta memória, ou mesmo no ímpeto humano de crer na capacidade de superar as limitações, como já aferiu Anthony Burgess<sup>72</sup>.

Resta, por fim, como já dissemos, traçar um discurso teórico que possa comportar a epistemologia do antifrágil. É preciso retomar a ideia de Thomas Mathiesen<sup>73</sup> sobre o “discurso inacapado” (*The Unfinished*), em que

<sup>70</sup> PROUDHON, Pierre-Joseph. Sistemas das contradições econômicas ou filosofia da miséria, tradução de J. C. Morel, São Paulo: Ícone, 2003, p. 74.

<sup>71</sup> Isso fica muito claro com a leitura de Proudhon e Bakunin em suas respectivas obras “Deus e Estado” e “Sistemas de contradições econômicas ou filosofia da miséria”.

<sup>72</sup> BURGESS, Anthony. A *Condicão Mecânica*, artigo disponível em <http://www.publico.pt/temas/jornal/a-condicao-mecanica-25712114>

<sup>73</sup> MATHIESEN, Thomas. Politics of Abolition, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2015, p. 48/49

existem os discursos competitivos e acabados; os não competitivos e inacabados e os competitivos e inacabados (sendo este um discurso inacabado).

Thomas Mathiesen<sup>74</sup> esclarece que a competitividade é a ideia de não estar integrado ao velho sistema, e acabado é a noção de uma mensagem completa, da qual é possível prever o resultado e se orientar de acordo com ele. De forma bem sucinta, o problema do discurso não competitivo e acabado<sup>75</sup> é que ele, por ser facilmente identificado na memória histórica dos gestores do poder é facilmente repelido. De outro lado, o discurso não competitivo e inacabado não oferece real alternativa, e é facilmente cooptado pela estrutura existente.

O discurso inacabado e competitivo oferece-se alternativo e não pode simplesmente ser excluído pelos “poderosos” (detentores do “poder”), pois eles simplesmente não sabem a real potência do discurso que lhes é apresentado. E mais; o discurso inacabado e competitivo é a única forma de comportar a dinâmica da antifragilidade e, por isso mesmo, é uma alternativa real e possível.

Entretanto, existem forças linguísticas que tendem a transformar esse discurso em acabado ou em não competitivo.

Daí surge a importância e o cuidado que deve ser tomado ao interagir com o interlocutor no exercício do “poder”, pois, se nos atrevermos a adotar a sua linguagem e nos rendermos à sua posição de “carteador”, ele definirá o problema, e já não mais seremos competitivos<sup>76</sup>.

Por fim, estabelecidos os pressupostos, cremos que só será possível retomar à urbanidade processual penal quando:

- a) houver “pele em jogo” dos investidos de “poder” pelo Estado;

---

74 Idem, *ibidem*.

75 O discurso acabado seria o equivalente ao protagonizado pelo stalinismo, ou, ainda, por qualquer outra alternativa já testada como, por exemplo, o Império.

76 MATHIESEN, Thomas. *Politics of Abolition*, New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2015, p. 53.

- b) ocorrer à democratização das instituições perpetradoras da persecução penal;
- c) ficar estabelecido que a realidade não será alterada simplesmente por mudanças legislativas;
- d) também a defesa, dentre os outros compromissados com a liberdade, adotar posturas de oposição antifrágies; e
- e) quando a academia assumir um discurso inacabado, competitivo e, sobretudo, antifrágil.

## Referências

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia – Inferno*. Edição bilíngue. Tradução e notas de Italo Eugenio Mauro. Prefácio de Carmelo Distante. São Paulo: Editora 33, 2014.

ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Coleção Pensamento Criminológico. Instituto Carioca de Criminologia. Tradução Sérgio Salomão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6. Ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013.

BAKUNIN, Mikhail. *Deus e o Estado*. Tradução de Plínio Augusto Coelho, ano da publicação original 1882, ano de digitalização 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da democracia participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hemenéutica, por uma nova política de repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BURGESS, Anthony. *A condição mecânica*. Disponível em: <<http://www.publico.pt/temas/jornal/a-condicao-mecanica-25712114>>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Prefácio*. In: Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. Aury Lopes Junior. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DICKENS, Charles. *Um conto de duas cidades*. Tradução de Débora Landsberg. São Paulo: Estação Liberdade, 2010.

FERRAIJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3.ed.rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 39.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2: La defensa del usuário y del administrado. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. 1.ed. Madrid: Civitas, 2003.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Tradução de Regina Greve. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *História das idéias penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Lisboa: paginação, montagem e impressão da Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução revisada e apresentação de Marcia Sá Cavalcante Schuback. Posfácio de Emmanuel Carneiro Leão. 10.ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2015.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O Sistema penal em questão*. 1.ed. Tradução de Maria Lúcia Karam, Niterói: LUAM Editora Ltda., 1993.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. Revisão da tradução Zélia de Almeida Cardoso. 4.ed. Clássicos WMF, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friederich. *Manifesto Comunista*. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sunderman, 2003.

MATHIESEN, Thomas. *Politics of Abolition*. New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do Bem e do Mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Márcio Pugliesi. Curitiba: Hemus Livraria, Distribuidora e Editora, 2001.

PROUDHON, Pierre-Joseph. *Sistemas das contradições econômicas ou filosofia da miséria*. Tradução de J. C. Morel, São Paulo: Ícone, 2003.

TALEB, Nassim Nicholas. *Antifrágil*. Tradução de Eduardo Rieche. 1.ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2014.

WOOD, Michael. *The Road to Delphi: Scenes from the History of Oracles*. New York: Farrar Straus & Giroux, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vania Romano Predroso e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista/tes2.htm>.

[http://www.planejamento.sp.gov.br/noti\\_anexo/files/orcamento/Orcamento\\_2014.pdf](http://www.planejamento.sp.gov.br/noti_anexo/files/orcamento/Orcamento_2014.pdf).

<http://www.publico.pt/temas/jornal/a-condicao-mecanica-25712114>.

▼ recebido em 14 dez. 2015 / aprovado em 2 fev. 2015  
Para referenciar este texto:

PEREIRA, C. J. L.; RUIZ, F. N. A Exceção no Processo Penal e o Resgate de Antigos Riscos às Garantias Fundamentais. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 115-151, jan./jun. 2015.

