

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Faculdade de Direito do Largo de São Francisco

Matheus Baptiston Herdy Menossi Pace

CONDENAÇÕES DE OFÍCIO
O revelar da ideologia punitiva

SÃO PAULO
2021

Matheus Baptiston Herdy Menossi Pace

CONDENAÇÕES DE OFÍCIO
O revelar da ideologia punitiva

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter

Linha de pesquisa: Criminologia contemporânea e política criminal contemporânea

SÃO PAULO
2021

Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por Matheus Baptiston Herdy Menossi Pace, orientada pelo Prof. Dr. Mauricio Stegemann Dieter, intitulada **“Condenações de ofício: o revelar da ideologia punitiva”**, sujeita à aprovação da Banca Examinadora abaixo indicada.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Maurício Stegemann Dieter
Orientador

Prof. Dr.
Membro

São Paulo, ____ de _____ de _____.

Universidade de São Paulo
Faculdade de Direito
Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia

Ao vô, Roberto Pace. Antes de tudo, advogado.

*Do not go gentle into that good night,
Old age should burn and rave at close of day;
Rage, rage against the dying of the light.*

*Though wise men at their end know dark is right,
Because their words had forked no lightning they
Do not go gentle into that good night.*

*Good men, the last wave by, crying how bright
Their frail deeds might have danced in a green bay,
Rage, rage against the dying of the light.*

*Wild men who caught and sang the sun in flight,
And learn, too late, they grieved it on its way,
Do not go gentle into that good night.*

*Grave men, near death, who see with blinding sight
Blind eyes could blaze like meteors and be gay,
Rage, rage against the dying of the light.*

*And you, my father, there on the sad height,
Curse, bless, me now with your fierce tears, I pray.
Do not go gentle into that good night.
Rage, rage against the dying of the light*

THOMAS, Dylan. ***Do not go gentle into that good night***. In: The Poems of Dylan Thomas. New York: New Directions Publishing Corporation, 2017.

UMA SEGUNDA E NECESSÁRIA DEDICATÓRIA

Aos 122 seres humanos – todos feitos de carne e osso, repletos de necessidades, dificuldades, angústias, qualidades, sonhos e aspirações – que constituem o alvo das condenações de ofício ora estudadas. Deixo de citá-los de maneira nominal apenas em uma leal tentativa de obstar a reprodução do estigma que é uma condenação criminal. Quando nem mesmo os pedidos ministeriais de absolvição foram capazes de salvá-los, espero, talvez de maneira ingênua e por demais de pretensiosa, que as injustiças que vocês sofreram possam nos ter ensinado algo, para que jamais voltemos a repeti-las, ou, para que ao menos não hesitemos em levantarmos a voz diante delas.

Na praça, quem dá milho aos pombos são as prostitutas e os vagabundos — filhos de Deus mais do que eu.

LISPECTOR, Clarice, **Um sopro de vida (Pulsações)**, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1978, p. 47 [e-book].

AGRADECIMENTOS

Os dois últimos anos foram profundamente difíceis, para dizer o mínimo. Daqueles repletos de batalhas que se luta em silêncio e que, por vezes, também se perde em silêncio. É por isso que me permito a licença poética (talvez acadêmica, neste caso) de antes dizer uma ou outra coisa.

A começar pelo autoevidente, fomos todos capturados por uma pandemia sem precedentes. Foram tirados de nós os abraços, beijos, cinemas, teatros, jantares, aulas e mais uma longa lista de pequenos gigantes prazeres. Nem mesmo os sorrisos saíram ilesos: passaram a ser camuflados por máscaras, por mais que o apequenar dos olhos continuasse a denunciar a nós todos, vez por outra.

Em alguns casos mais severos, a pandemia também veio e nos levou amigos e parentes. Sem qualquer eufemismo, o mundo mudou por completo, e nos vimos reféns, obrigados a mudar com ele.

Não só do mundo, também me vi refém de mim mesmo. Pela primeira vez, senti a crise econômica cair sobre a família de forma mais brutal do que me apresentava o pior dos pesadelos. Mudou-se de apartamento, vendeu-se carro, perdeu-se esperança e então se a recuperou; assim, do nada. Em certos momentos, a sensação de perda dos afetos também foi constante, mesmo em relação àqueles cujo mero ato de imaginar a ausência é suficiente para nausear o mais habilidoso dos navegantes desse revolto mar que chamamos de vida.

Foi dessa incerteza que me dei conta de que já não mais havia espaço para aquela versão ingênua de mim mesmo que acreditava ser possível o milimétrico planejar do passar do tempo. Porque ainda que listas, *planners* e *post-its* por cor sejam próprios de quem sou, dei de frente ao que hoje parece óbvio: pouco se planeja o atravessar e atropelar da vida.

Sem dúvida, isso se aplica à presente monografia, cujos rumos tomados foram bem diferentes daquele inicialmente imaginados (penso que para melhor), quando o projeto foi apresentado em novembro de 2020 – exatamente um ano atrás, aliás. Também se aplica a mim mesmo: não sou hoje quem eu queria ser quando era pequeno.

Não que isso seja ruim. Durante grande parte do ensino médio, esse intervalo prolongado entre o ser criança e ser adulto, repleto de ansiedade acerca do que se

será da vida, eu queria ser médico. Imaginava que, cansado, estaria pelo passear dos corredores de hospitais, mas nunca pelo passar de fóruns e delegacias (o cansaço, aqui, no entanto, foi certo; o imaginário correspondeu à realidade).

A escolha pelo Direito veio com o aproximar das inscrições para o vestibular, e a entrada na São Francisco foi como um susto: o preenchimento errado de três questões no gabarito foi o que me garantiu a aprovação para a segunda fase. Daí, as coisas estavam encaminhadas. Por destino ou acaso, ou por acaso do destino, aqui vim parar. Estaria mentindo se dissesse que sei perfeitamente quais são as razões que me trouxeram ao Direito (como se vê, as razões que me trouxeram à São Francisco são ainda menos claras), ainda que hoje possa entender perfeitamente os porquês de aqui permanecer.

Se não sou quem eu queria ser quando era pequeno, é por conta dessas imprevisibilidades que hoje me fazem ser quem efetivamente sou e quero ser, apesar de todas as dificuldades continuamente envolvidas nesse processo. Ignoremos (mas não discordaremos), por ora, o fato de que a presente monografia é inteira calcada na base materialista dialética, que de mim discordaria brutalmente, dizendo que se sou como sou, é porque as condições materiais da minha existência assim me fizeram ser: não poderia ser outro.

Hoje, sendo quem sou, sei que esses dois últimos anos, além de difíceis, foram os de maior aprendizado: parece enfim que o que a vida quer da gente é coragem, como já disse Guimarães Rosa, e que com coragem, que continuemos. Continuar sozinho, entretanto, é tarefa intransigente, quiçá impossível. Se é possível tomar nossas fraquezas e vulnerabilidades pela mão, aceitá-las, chamá-las para dançar e delas fazer nosso estilo de vida, é porque ao redor aglomera-se a implacável força dos afetos.

Faço toda essa pequena-longa introdução, então, para agradecer, em tarefa mais difícil que a escrita desta própria monografia, a todos esses afetos que fazem a vida ser cheia de vida, mesmo nesses difíceis tempos de aparente vazio. São vocês que de alguma forma contribuíram para quem sou hoje:

Primeiro, aos meus pais, **Fábio** e **Lisiane**, não só por terem me dado a vida, mas pela vida que me deram e têm me dado, e especialmente pela confiança cega, da qual compartilho, de que a educação é o caminho. Pai, mãe, não é sempre que vou concordar com vocês; frequentemente farei o contrário. O respeito e admiração

que sustento por vocês, todavia, é imensurável. Atravessa o passar dos tempos que atravessamos juntos, e nada tem a ver com minhas discordâncias que, por sinal, espero que algo possam ensinar.

À pequena **Júlia** que, hoje, de pequena, só tem o apelido. Ju, a incerteza é razão de ser desse período em que você está. Sei, no entanto, que independentemente daquilo que você fará, será feliz o fazendo.

Em sequência, à minha avó **Ana Alice**, pela força e perseverança que um dia espero conseguir alcançar. Vó, espero que com o término da pandemia, os almoços de domingo (e todo o afeto que lhes envolvem) possam retomar à agenda da nossa semana. Também agradeço, aqui, aos meus tios **Carlos Augusto** e **Livia**, pela companhia de sempre e constante interesse por quem tenho me tornado.

Na outra ponta da família, ao meu avô **Roberto** que, além da dedicatória deste trabalho, é merecedor da minha incontável admiração pela integridade enquanto homem, advogado e professor. Vô, confesso que ainda não estou nada convencido de que a inscrição na Ordem é o suficiente para me constituir advogado. Tenho pensado, ultimamente, que *ser* advogado é, na realidade, um infundável processo de *se tornar* advogado. Acredito e espero estar nesse caminho. Ao lado do vô, à avó **Maria Alice**. Vó, sei que essas palavras não serão lidas por você nem a você, mas não tenho dúvida de que lhe chegarão de alguma forma. Continue forte.

Também aos tios **Franco** e **Renata**, e aos primos **Beatriz**, **Felipe** e **Leonardo**. Ainda que um pouco mais afastados, sempre perto em pensamento.

À **Eliana**, que já era parte da família muito antes de se tornar da família, oficialmente. Obrigado por aparecer na vida do papai e também na minha, Li.

Em seguida, pensei em agradecer à própria Faculdade. Entendo, no entanto, que aquilo que ela representa para mim só o é assim por conta das pessoas que nela conheci. Por isso, agradeço:

Ao **Eduardo**, que está por perto desde o Colégio, agradeço pela irmandade diuturna. Edu, ficamos mais próximos na faculdade e então na pandemia. Por isso, sou extremamente grato.

À **Beatriz**, companheira da trincheira acadêmica e destinatária de todas as minhas discussões e hipóteses sobre dogmática penal, processo penal, criminologia e qualquer coisa que chegue perto de flertar com a palavra “crime”, inclusive e principalmente esta monografia. Tenho certeza de que a companhia na trincheira

acadêmica de hoje será aquela da trincheira criminal de amanhã, independentemente do lugar que estivermos, e isso aliada a uma boa amizade – que já temos.

Por tornar da São Francisco e da vida um lugar bem mais agradável, agradeço ao **Pagetti**, pelo espaço seguro criado a partir de divertidas caronas, e que se manteve depois delas; à **Julia**, pelos cirúrgicos comentários e ironia particular, inteligente, que por vezes me tira do sério, confesso; à **Roberta**, pelo carinho e acolhimento desde o primeiro dia em que nos conhecemos; à **Thais**, por me trazer à razão quando preciso, e por compartilhar comigo seu excelente gosto musical; ao **André**, pela diversão contínua de seu senso de humor sem precedentes, e por toda companhia (real e virtual) e; ao **Raphael**, por compartilhar da mesma estranha visão de mundo que eu tenho, sendo ouvidos para toda hora, conselheiro pra qualquer desventura.

Especial agradecimento, e isto é óbvio, merecem **Branca e Laura**. Meninas, toda e qualquer palavra que eu escreva nessas linhas é franca injustiça com o poço de significado que vocês são para mim. Limito-me, portanto, a dizer isto: obrigado pela fonte inesgotável de apoio, entendimento, ressignificação e transformação – mesmo quando não quero, especialmente quando não mereço. Sou melhor por vocês e por causa de vocês. Feliz de, com a nossa amizade, poder dividir o peso do mundo em dois pares extras de ombros.

Ainda nos amigos, agradeço a **Sarah, Camila, Enzo, Lucas, Caio, Karen, Ana Beatriz** e a todos aqueles que nem sequer precisam ser nomeados para se darem conta da importância que têm. Obrigado por participarem do lento construir da vida de um ansioso.

Seguindo e já me encaminhando para o fim, agradeço ao professor **Maurício**, a quem sou muito grato pela orientação deste trabalho. Esse fato, entretanto, parece ser apenas um detalhe diante do gigantesco impacto produzido em minha vida pelas aulas de Direito Penal e as de Criminologia. Todas essas, baseadas na ainda intacta promessa de que o arsenal teórico ali mobilizado seria o melhor existente, foram decisivas para que eu me lançasse a perseguir aquilo que hoje entendo ser minha vocação, e digo isso sem eufemismos. Professor, sei do desânimo do senhor com o Direito Penal. Porém, espero que de alguma forma essas palavras lhe deem certa esperança de que ainda é possível pensar um ensino jurídico voltado à estruturação do Direito Penal como limite à violência estatal – foi assim que eu o aprendi, com suas aulas. Só o tempo nos dirá, mas hoje não tenho dúvidas de que é sua vinda à São

Paulo que permite que eu, junto a alguns colegas, carreguemos o sentimento de que saímos da graduação forjados em uma nova tradição na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco: uma tradição que, diante do poder punitivo, não admite qualquer negociação – só tem a oferecer resistência.

E por falar em resistência, agradeço aos amigos do escritório **Feller e Pacífico**, que corporificam aqueles que aprendi a ter por valores na prática da advocacia: a técnica, a ética e a combatividade. Pela paciência infindável e pelo incessante aprendizado, obrigado Marcelo, Amanda, Thais, Marcela, Thiago, Gabriel, Ettore, Helena e Ana. Lembro-me como se fosse ontem de apostar no envio de um e-mail à procura de estágio, e de toda felicidade subsequente pela simples chance de poder fazer uma entrevista. Na última semana, tudo isso completou dois anos. Continuo feliz, sobretudo pela certeza que vocês me dão de que realmente é esse o caminho que quero percorrer.

E a todos os colegas que fiz no Centro de Pesquisa e Extensão em Ciências Criminais da Universidade de São Paulo – **CPECC/USP**, sobretudo pela excelência constante e por mobilizarem em mim a crítica. Agradeço também por cultivarem dentro de mim, por vezes, um sentimento de mediocridade, suficiente para que na luta contra ele, eu me lançasse a conhecer mais do mundo.

Por fim, à universidade pública, gratuita e de qualidade, e a todos aqueles que, inexoravelmente comprometidos com o que há de mais republicano neste país, resistem em defendê-la. Talvez amanhã, se chegarem os de bota preta, não seremos muitos. Mas aqui estaremos, prontos, e *quantas pedras forem colocadas, tantas arrancaremos*.

Não desanimemos.

Das Arcadas (ao menos em espírito),

São Paulo, 26 de novembro de 2021.

Ano dois da pandemia do novo coronavírus;

Ano último da pandemia do novo coronavírus.

*A tese da defesa de que o pleito absolutório do Ministério Público vincula o julgador, sobre ser é completamente inacolhível, vai de encontro com a expressa disposição contida no art. 385 do Código de Processo Penal, que assegura aos magistrados a prerrogativa de julgar a persecução com esteio em sua livre convicção à luz dos elementos dos autos. A prevalecer tal retórica, contrario sensu, não poderia haver absolvição na hipótese em que o parquet renovasse em alegações finais a pretensão condenatória pois quem “julgaria” o processo, então, seria o órgão acusatório, o que consiste num absurdo inominável. **Francamente, em mais de 26 anos de judicatura criminal, nunca havia me deparado com argumento tão desparatado.***

Processo nº 1501301-04.2018.8.26.0542 – número de ordem 43 na pesquisa feita neste trabalho – juiz sentenciante José Fernando Azevedo Minhoto (Grifamos).

*Se permitis que vossos jovens cresçam num meio onde seus costumes são, passo a passo, abominavelmente corrompidos desde os mais tenros anos e, se na idade adulta, os pune por crimes para os quais foram literalmente preparados, **que fazeis deles senão ladrões, para que mais tarde sejam castigados?***

MORE, Thomas, **Utopia**, Brasília: UnB, 2004, p. 20 (Grifamos).

A crítica arrancou as flores imaginárias dos grilhões, não para que o homem suporte grilhões desprovidos de fantasias ou consolo, mas para que se desvencilhe deles e a flor viva desabroche.

MARX, Karl, **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**, São Paulo: Boitempo, 2010, p. 146.

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo abordar as condenações criminais que são precedidas por pedidos absolutórios formulados pelo Ministério Público, as quais denominamos condenações de ofício. Partindo da pesquisa empírica de 102 processos criminais do Estado de São Paulo, a pesquisa identifica como se operam tais condenações, qual substrato teórico, educacional e institucional as viabiliza e, principalmente, porque elas ocorrem. A resposta para o fenômeno estudado é a ideologia, que se apresenta de maneira cristalina para assegurar a condenação quando nenhum outro elemento assim permite. Ao fim, é apresentado um esboço da solução do problema.

Palavras-chave: processo penal; autoritarismo; ideologia.

PACE, Matheus Baptiston Herdy Menossi. **Condenações de ofício: o revelar da ideologia punitiva.** 2021. Monografia (Graduação em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.)

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Parâmetros de análise da pesquisa empírica _____	22
Tabela 2 – Quantidade de processos por ano de distribuição _____	23
Tabela 3 – Quantidade de processos por comarca de São Paulo _____	24
Tabela 4 – Distribuição dos tipos penais imputados aos réus _____	32
Tabela 5 – Reversibilidade das decisões em segunda instância _____	45

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – “Sexo” dos réus _____	25
Figura 2 – “Cútis” dos réus _____	25
Figura 3 – Distribuição etária dos réus _____	26
Figura 4 – Exercício de atividade remunerada _____	26
Figura 5 – Antecedentes dos réus _____	27
Figura 6 – Início dos processos criminais _____	28
Figura 7 – “Teses” lançadas pelos investigados durante o interrogatório _____	29
Figura 8 – Quantidade de prisões provisórias decretadas _____	30
Figura 9 – Responsável pela defesa _____	32
Figura 10 – Testemunhas arroladas _____	33
Figura 11 – Teses do Ministério Público em alegações finais _____	33
Figura 12 – Teses da Defesa em alegações finais _____	34
Figura 13 – Procedência ou não da ação penal _____	36
Figura 14 - Menção ao art. 385 do CPP _____	36
Figura 15 – Utilização de elementos do inquérito policial _____	37
Figura 16 – Análise de teses do Ministério Público e da Defesa _____	38
Figura 17 – Natureza das provas condenatórias _____	39
Figura 18 – Detalhamento das provas condenatórias _____	39
Figura 19 – Quantidade de incremento da pena-base, quando incrementada _____	41
Figura 20 – Tempo de pena definitiva aplicada _____	42
Figura 21 - Regime inicial de cumprimento de pena e sua substituição/suspensão _____	42
Figura 22 - Comparativo entre regime inicial de pena e substituição/suspensão _____	43
Figura 23 – Tempo médio de tramitação de processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, CNJ _____	44

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 – CONDENANDO DE OFÍCIO	18
1.1. Dados gerais	23
1.2. Dados sobre os réus	24
1.3. Dados sobre os processos	27
a) Início dos processos.....	27
b) Interrogatórios	28
c) Prisões provisórias	29
d) As acusações	31
e) Responsável pela defesa	32
1.4. Dados sobre as sentenças	35
a) Procedência da ação penal.....	35
b) Menção ao art. 385 do cpp - justificação da condenação de ofício	36
c) Utilização de elementos do inquérito policial	37
d) Análise de teses do ministério público e da defesa	38
e) Fundamento da condenação.....	38
f) Dosimetria	41
1.5. Período de tramitação	43
1.6. Reversibilidade em segunda instância.....	45
1.7. A síntese do necessário	47
CAPÍTULO 2 – A BASE AUTORITÁRIA	48
2.1. A ocupação do vazio da ausência de provas com a verdade do juízo	51
2.2. Livre convencimento motivado (?)	59
2.3. Um contraditório faz de conta para uma condenação dolorosamente real	64
2.4. Conclusão parcial.....	67
CAPÍTULO 3 – O TRANSBORDAR DA IDEOLOGIA	70
3.1. Ideologia em sentido estrito	70
3.2. A ideologia punitiva das condenações de ofício	74
CAPÍTULO 4 - O ESBOÇO DA SOLUÇÃO	79
4.1. Abrindo a caixa de pandora do ensino jurídico	79
4.2. Aqueles a favor, permaneçam como estão: o conservadorismo e insistência do Legislativo.....	81
4.3. Profanando a santidade da Magistratura	83
4.4. Cessando o malabarismo de granadas do Ministério Público	85
4.5. Falando sobre o elefante na sala: a Defesa corresponsável	86
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	90
APÊNDICE – PROCESSOS ANALISADOS	94

INTRODUÇÃO

1.

Somos obcecados pela verdade e, ainda assim, a verdade não existe. Em seu lugar, então, coloca-se outra coisa.

É esse um dos pressupostos a partir do qual opera a esteira moedora de subjetividades do sistema de justiça criminal. Ainda profundamente embebido em uma tradição pancivilista¹, cujas raízes se firmaram nesta mesma Faculdade, o processo penal brasileiro, ao eleger para si uma finalidade, nada mais faz do que reforçar a autodenúncia de seu funcionamento enquanto ideológica prática organizadora (leia-se repressora) de classe.

E ao fazê-lo, leva consigo toda e qualquer possibilidade de se estruturar como anteparo ao poder punitivo. No lugar, passa a legitimá-lo, justificando o injustificável e produzindo o maior crime contra a humanidade em curso no país: o encarceramento em massa.

A essa altura, parece ser o apontamento uma obviedade. De acordo com dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional, em levantamento realizado no primeiro semestre de 2020², as unidades prisionais ao longo do país contêm 759.718 pessoas em suas celas. Desse número, apenas o Estado de São Paulo compreende 28,9% dessa população – no terceiro país que mais encarcera no mundo, firma-se como o Estado que mais prende no país.

Considerado o contexto atual de produção dessa monografia, as desigualdades e desumanidades que constituem esse sistema carcerário e sua política penal³

¹ LOPES JR., Aury. **Direito processo penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. v. I, p. 33-34

² Levantamento Nacional do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/assuntos/noticias/depen-lanca-dados-do-sisdepen-do-primeiro-semester-de-2020>. Acesso em 31 de outubro de 2020.

³ “No Brasil e nos países periféricos, a *política criminal* do Estado não inclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser uma *política criminal* positiva do Estado existe, de fato, como mera *política penal* negativa instituída pelo Código Penal e leis

correlata se tornam ainda mais evidentes. Com o surgimento do novo coronavírus, a absoluta carência de elementos de higiene básica nas penitenciárias fez das celas brasileiras terreno fértil para disseminação da doença. E com seu avanço, não demorou para que o debate acerca de propostas de resolução fosse colonizado pela faceta mais sórdida da repressão criminal no país: pouco mais de um mês da primeira detecção de transmissão interna do vírus, o DEPEN votava proposta de adoção de *containers* para isolamento de presos contaminados ou pertencentes à grupos de risco⁴.

Quando advogados e defensores ao longo do país pediam a liberdade daqueles que, se contagiados, provavelmente morreriam ou teriam complicações gravíssimas de saúde, os juízes não os queriam soltar. Nessa negativa, superou-se o ridículo ao dizer que dos sete bilhões de habitantes do planeta terra, apenas três não estariam sujeitos à disseminação do novo coronavírus: aqueles que ocupavam a Estação Espacial Internacional⁵.

Transmitiam aos ventos a mensagem de que se lá estavam os presos, portanto, lá deveriam estar, e para morrer, não para qualquer outra coisa. Lembra-se de CHRISTIE: “Os extermínios não têm nada de novo. Não deveríamos ficar chocados”⁶.

E o extermínio parece ter alvo certo, já que constantemente dirigido contra a miséria: move-se a máquina penal até o Supremo Tribunal Federal com furtos de lixo reciclável⁷ e, com o avanço da fome, que passa a atingir 19,1 milhões de brasileiros⁸,

complementares: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal como níveis sucessivos da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 429. Ver também BATISTA, Nilo, **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 35-36 e

⁴ Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/28/depen-propoe-que-presos-sejam-isolados-em-containers-por-causa-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em 08 de novembro de 2021.

⁵ Conforme a decisão do Desembargador Alberto Anderson Filho que indeferiu pedido de liminar da ordem do habeas corpus nº 2061058-72.2020.8.26.0000.

⁶ CHRISTIE, Nils, **A Indústria do Controle do Crime: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 176

⁷ Cármem absolve homem denunciado por furtar dois sacos com lixo reciclável. Revista Consultor Jurídico, 28 de abril de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-28/stf-absolve-homem-denunciado-furtar-dois-sacos-lixo>. Acesso em 11 de novembro de 2021.

⁸ Conforme pesquisa da Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Penssan), realizada em dezembro de 2020. ROCHA, Rayanne. **Fome avança e atinge 19,1 milhões de brasileiros**. CNN Brasil, Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/fome-avanca-e-atinge-mais-9-milhoes-de-brasileiros-nos-ultimos-dois-anos/>. Acesso em 11 de novembro de 2021.

ousa o Ministério Público insurgir-se até mesmo contra a absolvição de réu acusado de furtar comida vencida, a exemplo do episódio no município de Uruguaiana, no Rio Grande do Sul⁹. Na rotina forense, a exceção de restrições de liberdade vira a regra e racionalidade da prática punitiva.

Não parece que o sistema de justiça criminal seja parte da solução, então, mas sim parte substancial do problema. Há muito a Criminologia Crítica já descreve como o Direito e o Processo Penal operam como ferramenta mantenedora “[d]as condições materiais fundamentais da vida social, protegendo interesses e necessidades dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados”¹⁰. Em outras palavras, operam como verdadeira ferramenta garantidora das estruturas sobre as quais se erigem as classes sociais e suas disputas, garantindo por consequência a desigualdade social.

Se é essa a lógica com o qual opera referido sistema, pensar a superação desse paradigma requer, evidentemente, pensar a superação do próprio capital. A conclusão não é nova; todavia, parecemos estar distantes da revolução, e não é possível quedar-se inerte até sua chegada. É com isso em mente que se encara como necessária a hercúlea tarefa de compreender e fazer do Direito e Processo Penal anteparos ao exercício do poder punitivo, por mais que seus princípios, categorias e as próprias regras do jogo inerentes ao processamento de casos penais esteja infestado pela ideologia, que habilidosamente maneja autoritários elementos para produzir condenações injustas por natureza, tais como as analisadas por este trabalho.

Um desses elementos autoritários, conforme a provocação que inicia esta introdução, é a eleição da busca da verdade como finalidade para o processo. Ao longo do texto, serão abordados esse e outros dois elementos, já que intimamente conectados com o fenômeno que efetivamente constitui o cerne da pesquisa – aquilo que anunciaremos, desde já, como *condenações de ofício*.

⁹ AGEITOS, Jeferson. 'Não havia crime', diz juiz que absolveu acusados por furto de comida vencida descartada por supermercado no RS. RBS TV, 28 de outubro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/10/28/nao-havia-crime-diz-juiz-que-absolveu-acusados-por-furto-de-comida-vencida-descartada-por-supermercado-no-rs.ghtml>. Acesso em 11 de novembro de 2021.

¹⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 31

Se já fora anunciado, até aqui, que o suplantar do capital não é possível, o que se espera para superação da questão posta no presente trabalho, com base nas circunstâncias atuais da vida material, é o abandono urgente da noção instrumental de processo penal adotada no Brasil e, aliado a esse abandono, a inevitável crítica da ideologia que permeia esse processo. Na descrição e explicação do problema, e principalmente na elaboração de sua proposta de solução, o compromisso é com a estruturação de um discurso democrático de resistência, que demanda não outra coisa senão um fundo mergulho na intransigente defesa de direitos.

Dizê-lo, à época de um Brasil em que garantias são suspensas a cada apagar de luzes, infelizmente é preciso. Sobretudo porque é de uma universidade pública que se escreve essas palavras, as quais não devem perder de vista o compromisso com seu fiel destinatário: o povo.

2.

Nessa exata perspectiva, o objetivo de todo o texto é apresentar e explicar o fenômeno-problema das *condenações de ofício*¹¹. Para nós, *condenações de ofício* são aquelas que ocorrem quando ao cabo de um processo criminal, o pedido de absolvição ministerial é insuficiente aos olhos de um juiz que, sem qualquer embargo, decide de maneira inflexível pela condenação.

Logo no **Capítulo 1**, a partir da pesquisa empírica de 102 processos criminais do Estado de São Paulo, associadas a condenação de 122 réus, por 36 tipos diferentes, lança-se o objetivo inicial de entender e descrever *como* se operam essas condenações. Aqui, a partir da combinação dos métodos de análise qualitativa e quantitativo, a parametrização das sentenças e dos processos em 33 critérios diferentes permitiu catalogar as condenações de acordo com perfil dos réus, início

¹¹ A utilização da expressão “de ofício”, ainda que cause certo estranhamento, é plenamente justificada, já que entendida como decisão judicial sem provocação das partes envolvidas. Ainda que o pleito absolutório pelo Ministério Público ao fim da instrução não cesse o processamento do caso penal (do contrário seria tal pleito entendido como renúncia à acusação, conforme nota abaixo e conforme discutido adiante na monografia), provocado pela ação penal, entende-se que a formulação posterior de pedido logicamente antagônico ao inicialmente formulado inviabiliza por completo a condenação, que, por não mais ser corroborada pelo órgão da acusação, é proferida, ao fim do processo, por iniciativa única do juiz.

desses processos, desenrolar do inquérito policial, natureza da defesa exercida, teses lançadas pela Defesa e pelo Ministério Público, dentre outros aspectos, para então se chegar à fundamentação das sentenças penais condenatórias definidas como *de ofício*, cuja base normativa superficial¹² é o artigo 385 do Código de Processo Penal:

Art. 385. **Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição**, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Estabelecido o *como* do problema, o **Capítulo 2** tem por intuito mergulhar nas fundamentações utilizadas pelas sentenças, examinando-se teoricamente quais são os autoritários elementos que efetivamente viabilizam essas condenações, malgrado o pedido ministerial seja pela absolvição. Aqui, em síntese, com base na identificação de fundamentações comuns às *condenações de ofício*, amparadas no *livre convencimento motivado*, na *busca da verdade real* e em uma noção distorcida de *contraditório*, demonstraremos como a escolha constitucional de 1988 por um processo penal orientado pelo princípio acusatório não foi realizada. Será também nessa porção do texto que defenderemos que essa manutenção se reporta, ainda que não de maneira exclusiva, a uma tradição jurídica cujas bases surgem e se desenvolvem exatamente na mesma Faculdade em que se concebe esta monografia – refiro-me à intoxicante “Teoria Geral do Processo” e sua metástase no ensino jurídico ao longo de todo país. Abriremos sua caixa de pandora para, enfim, tecer a explicação do *porque* ocorrem as *condenações de ofício*.

Será no **Capítulo 3** que, não satisfeitos com a mera descrição do problema e dos elementos que a viabilizam, demonstraremos porque a ideologia é o conceito chave que explica a produção das condenações de ofício. Partiremos de Marx e Engels para abordar a concepção de ideologia de Althusser, destacando porque é ela a que mais se encaixa aos fenômenos observados. Aqui, a análise qualitativa das sentenças é substancial e entende-se que é essa a porção da monografia que concentra a maior dificuldade.

¹² Superficial, porque como será visto adiante, não fundamenta de maneira singular essas condenações, cuja base ganha corpo a partir de um arranjo teórico, normativo e educacional específico.

Finalizada a descrição do *como* e demonstração do *porque*, caminha-se para elaboração de propostas que permitam, enfim, obstar essas condenações, calcando-se na chave de pensamento de que a tarefa do pesquisador não deve ser apenas a de descrever e interpretar o mundo, mas também a de efetivamente transformá-lo¹³. Chega-se, portanto, ao **Capítulo 4**, de maior esforço político, que busca responder o que pode ser feito em relação ao problema apresentado. Nessa etapa, dedicados a aumentar a taxa de atrito e atravancar a esteira de produção punitivo-ideológica do sistema de justiça criminal, apresentaremos propostas de intervenção a partir de cinco eixos diferentes: **primeiro**, da perspectiva do ensino jurídico; **segundo**, pela análise do panorama legislativo, calcado no isomorfismo reformista¹⁴ defendido por aqueles que “sabem do que se trata, que é necessário mudar, mas querem que tudo fique como está, ou que mude para ficar como está”¹⁵; **terceiro**, sob a óptica da magistratura, profanando sua santidade; **quarto**, do ponto de vista do Ministério Público e, por fim; **quinto**, falaremos da qualidade da Defesa que é exercida nesses processos todos.

Perceba, nesse sentido, que para frear as condenações analisadas, será antes preciso abrir o mar vermelho que guarda a confusão entre as tarefas de acusar e julgar e a obsessão pela verdade. Feito tudo isso, o trabalho se dá por concluído, apresentando-se, ao final, apêndice contendo a identificação dos processos analisados.

¹³ “Os filósofos se limitaram a *interpretar* o mundo de diferentes maneiras; o que importa é *transformá-lo*”. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich, **A Ideologia Alemã**, 1. ed. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1977, p. 14.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2006

¹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de. (Coord.). In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Curitiba: Lumen Juris. p. 180

CAPÍTULO 1

CONDENANDO DE OFÍCIO

Pelo que já foi exposto, nada mais precisa ser dito acerca da justificativa, pressupostos, supostos e objetivos da pesquisa empírica que se apresentará a seguir. Basta, tão somente, antes da exposição de seus resultados, delimitar os recortes que foram feitos em relação ao objeto do estudo.

Para isso, começa-se do começo: a seleção das sentenças e de seus respectivos processos teve como ponto de partida o já mencionado art. 385 do CPP. Para obter esse material, foi necessário estabelecer o primeiro recorte da pesquisa, que diz respeito ao seu local. Nesse sentido, optou-se pela busca de sentenças prolatadas unicamente no Estado de São Paulo, independentemente da Comarca. A escolha prescinde adicionais explicações: é o Estado em que se encontra a Faculdade em que é produzida essa monografia, sendo a proximidade com os tribunais e fóruns um facilitador para o desenvolvimento do trabalho, bem como é o Estado de São Paulo o que mais prende no país, e possivelmente o que mais condena¹⁶.

Felizmente, o TJSP conta com sítio eletrônico a partir do qual é possível realizar a consulta de julgados de primeiro grau. Trata-se do Banco de Sentenças¹⁷, que permite conjugar diversos parâmetros, como *pesquisa livre de palavras*, *classe processual*, *assunto processual*, *magistrado*, *data* e *vara*. Para filtragem dos julgados pertinentes ao presente trabalho, foram empregados os seguintes termos de busca, no campo *pesquisa livre*:

"art. 385" e ("*julgo procedente*" ou "*julgo parcialmente procedente*" ou "*julgo procedente em parte*")

e

"o ministério público requereu a improcedência" e ("*julgo procedente*")

¹⁶ Não foi possível encontrar dados sobre o comparativo entre condenações e absolvições criminais por estado brasileiro. No entanto, a partir do Relatório Justiça em Números de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, vê-se que São Paulo é o estado com maior quantidade de casos novos e pendentes de natureza criminal. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2021.

¹⁷ Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjpg/>

A utilização desses termos resultou em um total de 397 sentenças, que foram manualmente separadas e classificadas. Isso, porque diversas sentenças (223) não guardavam qualquer relação com o tema, sendo que outras (61) tratavam do mero reconhecimento *ex officio* de agravantes, relativo à segunda parte do art. 385 do Código de Processo Penal e, por fim, uma pequena quantidade (11) foi descartada por conter erros de digitação que tornavam os julgados estranhos ao objeto da pesquisa¹⁸. Por esse motivo, terminada a filtragem manual, chegou-se a um total de 102 sentenças compatíveis com a proposta do trabalho.

O critério de validade de uma sentença, nesse sentido, foi estabelecido a partir da correlação entre *pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público* e *condenação pelo Juízo*, contanto que esses pedidos guardassem identidade quanto ao sujeito e ao tipo penal que lhe foi imputado. Dessa forma, foram excluídas as hipóteses em que há completa identidade entre o pedido do Ministério Público e a decisão acerca do caso penal.

Em outras palavras, foram consideradas válidas as seguintes situações:

- (i) Ministério Público pede absolvição de A – Juiz condena A;
- (ii) Ministério Público pede a absolvição de A em relação ao tipo 01, mas pugna pela condenação em relação ao tipo 02 – Juiz condena A pelo tipo 01 e absolve ou condena pelo tipo 02;
- (iii) Ministério Público pede a absolvição de A, mas pugna pela condenação de B – Juiz condena A e absolve ou condena B.

Nessa toada, em 102 processos válidos foram identificados 129 réus, dos quais apenas 122 foram considerados para o estudo, já que 7 foram absolvidos, respeitando o Juiz sentenciante o pedido realizado pelo Ministério Público.

Vale dizer, sobre essas sentenças, que até a mais antiga foi admitida, datada de 2003. A mais recente, por sua vez, é de 2020. Não foi feito, portanto, nenhum recorte temporal, exceto aquele referente à presumida limitação técnica do banco de sentenças do TJSP. Geograficamente, foram aceitas decisões de quaisquer comarcas do Estado de São Paulo, como apontado anteriormente.

¹⁸ Refiro-me especialmente aos erros de digitação feitos por juízes que, com o objetivo de fundamentarem a absolvição com base no art. 386, do CPP, acabam por fazê-lo baseado no art. 385 do mesmo Código. Ou seja: erroneamente digitam o numeral “5”, quando querem digitar “6”.

Com as decisões em mãos, iniciou-se então seu exame, combinando-se análises de natureza quantitativa e qualitativa. Justamente a partir dessa mescla de métodos é que foi possível chegar não só à resposta do *como* pessoas são condenadas mesmo com pedido ministerial de absolvição, mas também *porque* são condenadas. A pesquisa empírica permitiu, portanto, descrever o fenômeno para em sequência explicá-lo e, a partir disso, efetivamente propor sua transformação.

Quando falamos da análise das sentenças, no entanto, não nos limitamos exclusivamente a elas. Ainda que constituam elas o principal foco de investigação, diversas outras peças foram consultadas, a depender de sua disponibilidade de acesso no processo. Citam-se alguns exemplos: (a) boletim de ocorrência; (b) termo de interrogatório em sede policial; (c) termos de declarações em sede policial; (d) laudos, sejam oficiais ou preliminares; (e) denúncia; (f) decisão de recebimento da denúncia; (g) resposta à acusação ou defesa preliminar; (h) alegações finais do Ministério Público e da Defesa etc. Em síntese, foram explorados todos e quaisquer documentos que pudessem elucidar a questão posta, conforme o demandar específico de cada caso penal selecionado.

E sobre isso, necessário um breve aparte para apontar aquela que foi, provavelmente, a maior dificuldade da investigação: os processos criminais cujos autos eram físicos. Em São Paulo, a iniciativa “100% Digital” fez com que, até o final do ano de 2015, todos os novos processos fossem obrigatoriamente eletrônicos¹⁹, inseridos no e-SAJ²⁰, solução adotada pelo TJSP para digitalização dos autos. Para nossa pesquisa, isso significa que em relação aos processos distribuídos depois de 2015 (49), a maior parte não ofereceu qualquer obstáculo em relação a sua consulta; de outro lado, aqueles cuja distribuição se deu em 2015 ou antes (53) ofereceram dificuldades para obtenção de diversas peças²¹.

¹⁹ Conforme página “100% digital”, no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Não há referência à data de publicação da página. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/>. Acesso em 14 de novembro de 2021.

²⁰ Sigla para “Sistema de Automação de Justiça”, precedida do prefixo “e-”, referente à “eletrônico”. A solução foi desenvolvida pela empresa Softplan, em parceria com a Secretaria de Tecnologia da Informação – STI do TJSP. Mais informações em <https://esaj.tjsp.jus.br/WebHelp/> e https://www.sajdigital.com/solucao/saj-tribunais/?utm_source=Softplan&utm_medium=Solucao-Softplan&utm_campaign=Solucao-Softplan. Acessos em 14 de novembro de 2021.

²¹ Conforme se detalhará adiante. Vale ressaltar aqui, *en passant*, que alguns processos, mesmo que de 2015 ou anteriores, foram digitalizados e incluídos no sistema e-SAJ.

Alguns, inclusive, já estavam arquivados, e desarquivá-los se mostrou inviável por dois principais motivos: primeiro, porque na data em que esse trabalho é escrito, a taxa para desarquivamento dos autos é de 0,661 UFESPs²², equivalente, no ano de 2021, a R\$ 19,22. Isso, sem contar da segunda principal dificuldade inerente a tais processos: dos 38 analisados, apenas dois eram da comarca de São Paulo, o que requereria, nos demais 36 casos, locomoção para comarcas do interior, algumas das quais localizadas a mais de 500km da capital.

Nesses casos, a ausência de peças pela inviabilidade de desarquivamento e consulta aos autos foi uma dificuldade parcialmente saneada no minucioso exame das sentenças e eventuais acórdãos, que permitiram mapear dados gerais dos processos aos quais diziam respeito. Em pouquíssimos casos, o contato direto com o Ministério Público para solicitação de peças específicas, como denúncia e alegações finais, surtiu efeito, encorpendo a investigação dessas ações penais. Necessário reconhecer, todavia, que em relação ao perfil dos réus, a pesquisa foi profundamente abalada pelas dificuldades supramencionadas.

Isso estabelecido, é possível enfim passar à exposição dos dados encontrados pela investigação. Para isso, começemos pelos parâmetros de análise escolhidos, que foram os seguintes:

1. ORDEM	13. ANTECEDENTES	25. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL
2. Nº DO PROCESSO	14. INÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL	26. MENÇÃO AO ART. 385 COMO FUNDAMENTO CONDENATÓRIO
3. OBSERVAÇÕES	15. INTERROGATÓRIO EM DELEGACIA	27. EMBASAMENTO PROBATÓRIO DA SENTENÇA
4. ANO	16. NATUREZA DA PRISÃO PROVISÓRIA	28. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL
5. COMARCA	17. REVOGAÇÃO DA PRISÃO TEMPORÁRIA	29. ANÁLISE DE TESES DEFENSIVAS E/OU MINISTERIAIS
6. FÍSICO/ELETRÔNICO	18. TEMPO DE PRISÃO TEMPORÁRIA	30. PENA BASE FIXADA
7. JUIZ PROLATOR	19. NATUREZA DA DEFESA	31. AGRAVANTES
8. RÉUS	20. CAPITULAÇÃO DOS FATOS PELA DENÚNCIA	32. ATENUANTES

²² Unidade Fiscal do Estado de São Paulo.

9. CÚTIS ²³	21. TESTEMUNHA(S) ALÉM DE POLICIAL(IS) E VÍTIMA(S)	33. PENA DEFINITIVA
10. SEXO ²⁴	22. INTERROGATÓRIO EM JUÍZO	34. REGIME INICIAL FIXADO
11. PROFISSÃO	23. FUNDAMENTO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO MINISTERIAL	35. MANUTENÇÃO OU REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA
12. IDADE À ÉPOCA DOS FATOS	24. FUNDAMENTO DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO DEFENSIVO	36. SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO DA PENA

Tabela 1 – Parâmetros de análise da pesquisa empírica

De acordo com a cor atribuída a cada uma das células acima, é possível organizá-las em cinco diferentes eixos: dados ordenatórios, que não serão abordados²⁵, dados gerais, dados sobre os réus, dados sobre os processos e dados sobre as sentenças, especificamente.

Necessário apontar que todos esses parâmetros foram submetidos à uniformização pelo programa Microsoft Excel, valendo-se esse pesquisador das ferramentas de tabelas dinâmicas para visão geral e classificação dos resultados. Ao final da análise, também foi realizada uma dupla verificação dos resultados. Certos gráficos apresentados adiante, nesse sentido, foram construídos com base na ferramenta de plotagem de gráficos WebRoot, criada por Alexandre Suaide no Instituto de Física da Universidade de São Paulo.

Por fim, dos parâmetros listados acima, não consta nenhum relativo à investigação de acórdãos, feita em segunda instância, cujo principal intuito foi estruturar o nível de reversibilidade das sentenças condenatórias. Ainda que exista um trecho específico deste capítulo destinado exclusivamente à exposição desses resultados, ver-se-á que as conclusões dessa análise em específico surgirá com maior força nas porções teóricas desta monografia.

²³ Denominação encontrada nos Boletins de Ocorrência para se referir ao que atualmente, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) define como “cor” ou “raça”, parâmetros do censo populacional realizado pelo Instituto, conforme <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18319-cor-ou-raca.html>.

²⁴ Igualmente, os Boletins de Ocorrência fazem menção à “sexo”, e não “gênero”, com preenchimento do campo de maneira absolutamente discricionário. Veja-se mais em capítulo específico destinado à análise desse parâmetro.

²⁵ Úteis ao pesquisador, apenas, para, como o nome sugere, ordenar a pesquisa. Por isso, não serão abordados, exceto quando pertinente mencionar determinadas observações.

1.1. Dados gerais

Conforme exposto acima, das 397 sentenças inicialmente encontradas em busca no banco de sentenças do TJSP, apenas 102 se apresentaram como válidas.

Essas 102 sentenças equivalem a processos datados de 2003 a 2020 e abarcam 122 réus, 47 comarcas e 60 juízes distintos. A maior parte dos processos, felizmente, têm seus autos disponibilizados de maneira eletrônica – 64 são digitais, enquanto 38 são físicos.

A distribuição temporal das sentenças e seus respectivos processos dá-se da seguinte forma, realçados os anos de distribuição dos processos com maior quantidade de sentenças analisadas:

ANO DE DISTRIBUIÇÃO	QUANTIDADE DE PROCESSOS
2003	1
2008	1
2009	1
2010	2
2011	3
2012	4
2013	8
2014	13
2015	20
2016	13
2017	11
2018	19
2019	4
2020	2

Tabela 2 – Quantidade de processos por ano de distribuição

A maior parte dos processos, portanto, se inicia entre os anos de 2014 e 2018. Mais à frente, ao se abordar os dados obtidos da segunda instância, a análise será complementada de maneira substancial com três outros indicadores: (i) a data em que foram proferidas as sentenças condenatórias, (ii) o intervalo de tempo entre a distribuição do processo e sua sentença, (iii) o intervalo de tempo entre a distribuição do processo e seu julgamento pelo TJSP. Nesse momento, tornar-se-á evidente a velocidade ímpar com que tais processos são julgados, não à toa, os chamaremos de *velociprocessos*.

A distribuição das sentenças em comarcas de São Paulo, por sua vez, ocorre da seguinte forma, com destaque que segue o mesmo raciocínio supramencionado:

Agudos	1	Limeira	1
Amparo	1	Marília	1
Aparecida	2	Mauá	1
Araraquara	2	Mogi das cruzes	2
Barretos	2	Mongaguá	1
Bragança paulista	1	Olímpia	2
Buritama	1	Osasco	1
Campinas	1	Paraguaçu paulista	1
Campos do Jordão	2	Piracicaba	2
Cândido mota	1	Poá	1
Casa branca	1	Registro	1
Cerquilha	1	Ribeirão Preto	1
Cosmópolis	1	Rio Claro	8
Cubatão	4	Salto	2
Estrela d'Oeste	1	Santa Adélia	2
Ferraz de Vasconcelos	6	Santa Rosa de Viterbo	1
Franca	1	Santo André	5
Garça	3	Santos	6
General Salgado	1	São Bernardo do campo	5
Guararema	1	São José dos Campos	2
Guarulhos	9	São Paulo	9
Itaquaquecetuba	1	Tremembé	1
Jaboticabal	1	Vinhedo	1

Tabela 3 – Quantidade de processos por comarca de São Paulo

1.2. Dados sobre os réus

Sobre os réus, a maior parte das informações foi retirada de maneira combinada dos Boletins de Ocorrência, Autos de Qualificação e Boletins de Identificação (também chamados popularmente de “planilhas”). Em alguns casos, a integral qualificação dos acusados constava na própria sentença.

Dos 122 réus injustamente condenados, 107 são homens, 14 mulheres e, em um caso específico, a autoridade policial não fez menção a sexo “masculino” ou “feminino”, limitando-se a preencher o campo do Boletim de Ocorrência com

“personifica sexo oposto”, referindo-se de forma pejorativa a um acusado que se identificava como travesti:

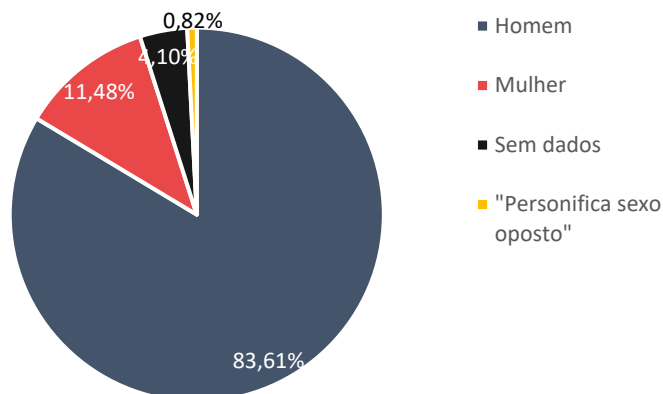


Figura 1 – “Sexo” dos réus

Em relação à “cútiis”, expressão usada pelo Boletim de Ocorrência para se referir à cor ou raça, não foi possível obter nenhum dado identificador em relação a 43 deles²⁶, sendo que 40 foram identificados como brancos, 38 como pardos e um único como preto:

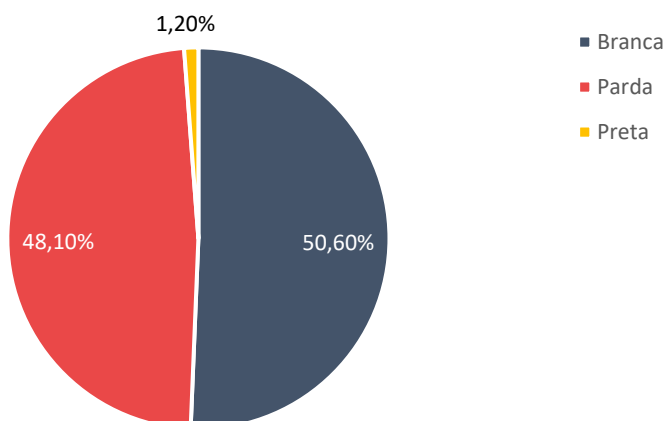


Figura 2 – “Cútiis” dos réus

É de suma importância ressaltar, acerca desse dado, que em momento algum do preenchimento do Boletim de Ocorrência é perguntado ao autor do suposto crime qual é sua identificação étnico-racial. A ele é atribuído essa identificação com base no arbítrio do escrivão de polícia que preenche esse Boletim. Trata-se, portanto de identidade étnico-racial obtida a partir de heteroclassificação, cujos problemas já foram há muito identificados, em especial por conta de seu afastamento com a noção

²⁶ Todos os acusados sobre os quais não foi possível obter informação acerca da cor aparecem em processos físicos, cuja obtenção de peças do inquérito policial foi inviável, pelos motivos já explicados.

de identidade, central na análise étnico-racial²⁷. Não à toa, a metodologia atualmente adotada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística é a da autoclassificação, que ainda não chegou às delegacias de polícia.

Quanto à idade dos acusados, essa se concentra sobretudo na faixa dos 19 aos 32 anos, de acordo com o seguinte gráfico de distribuição, ressaltadas as idades de maior ocorrência:

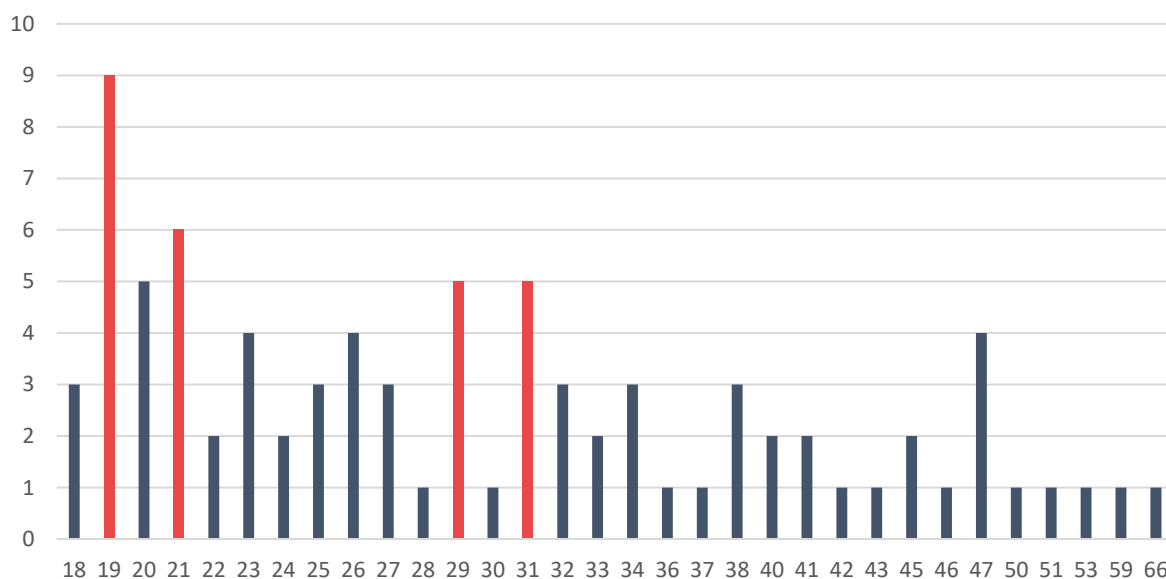


Figura 3 – Distribuição etária dos réus

Em relação à renda, 65 réus exercem algum tipo de atividade remunerada, enquanto 21 constam como “desempregados”. Sobre 36, não foi possível alcançar qualquer tipo de dado. Daqueles que exercem alguma atividade, os trabalhos são os mais variados possíveis, mas os de maior incidência são aqueles ligados ao comércio (11) e auxiliares/ajudantes no geral (8), seguidos de empresários (5). Veja-se abaixo.

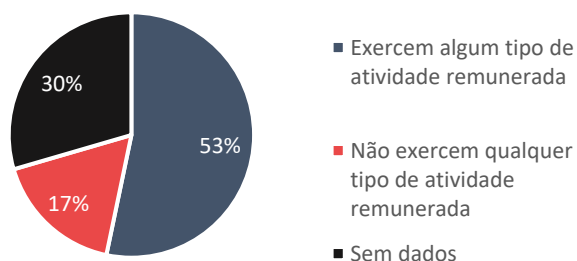


Figura 4 – Exercício de atividade remunerada

²⁷ PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia (Orgs.), **Características étnico-raciais da população: classificações e identidades**, Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 2013.

Por fim, para se encerrar este eixo de dados relacionados aos réus, a análise das “Informações sobre Vida Pgressa” e da primeira fase de aplicação da pena nas sentenças indicam que 75 réus são absolutamente primários, enquanto 42 possuem antecedentes e 2, ainda que não tenham sido condenados previamente, foram considerados como de “maus antecedentes”, seja no momento de decretação de prisão preventiva, seja na dosimetria de pena, por apresentarem “processos em curso”:

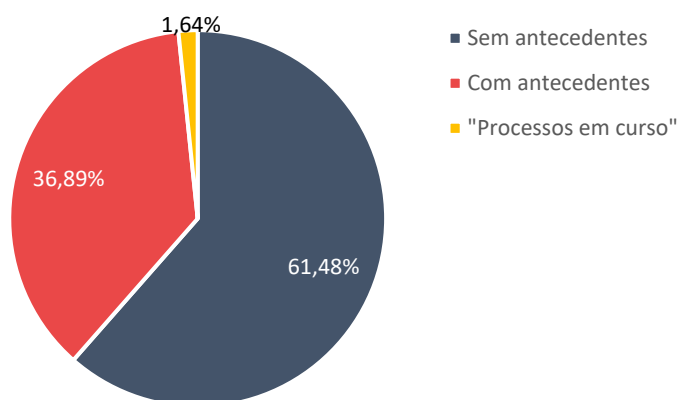


Figura 5 – Antecedentes dos réus

Passa-se, então à apresentação de dados sobre os processos, em si.

1.3. Dados sobre os processos

a) INÍCIO DOS PROCESSOS

Em absolutamente todos os casos há um inquérito policial prévio, originado majoritariamente por um Auto de Prisão em Flagrante (51). A segunda hipótese de maior incidência é a de instauração de inquérito por portaria do delegado de polícia (41), em todos os casos precedido de um Boletim de Ocorrência. Em um único caso, o inquérito foi iniciado a partir de um termo circunstanciado, em decorrência do suposto crime ser de menor potencial ofensivo, assim definido no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Em nove casos, não foi possível precisar como se iniciou o inquérito policial.

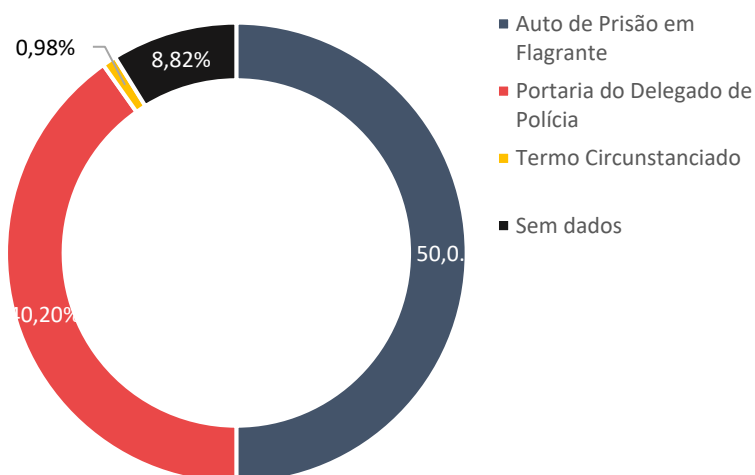


Figura 6 – Início dos processos criminais

b) INTERROGATÓRIOS

Ainda nas Delegacias de Polícia, foram analisados os interrogatórios – seja a partir dos próprios Termos de Interrogatório, quando disponíveis, seja a partir das sentenças penais condenatórias, ao realizarem qualquer tipo de remissão àquilo que foi dito em sede policial pelo réu. Descobriu-se, acerca disso, que a principal “tese” lançada pelo investigado é a de negativa absoluta de autoria. Em sequência, a maior parte dos réus valeu-se do direito de permanecer em silêncio, sendo que não foi possível coletar dados acerca do que foi dito em 18 interrogatórios e a confissão aparece em somente oito casos. Dessas confissões, dois investigados também atribuem a autoria a outro investigado, que posteriormente se torna corréu. De acordo com a pesquisa, portanto, o “chamamento de corréu”, ou a “confissão delatária” implica necessariamente o oferecimento de denúncia contra o delatado.

Para que fosse tornada possível a classificação desses dados, os teores dos interrogatórios foram reduzidos a “teses”, conforme o gráfico abaixo:

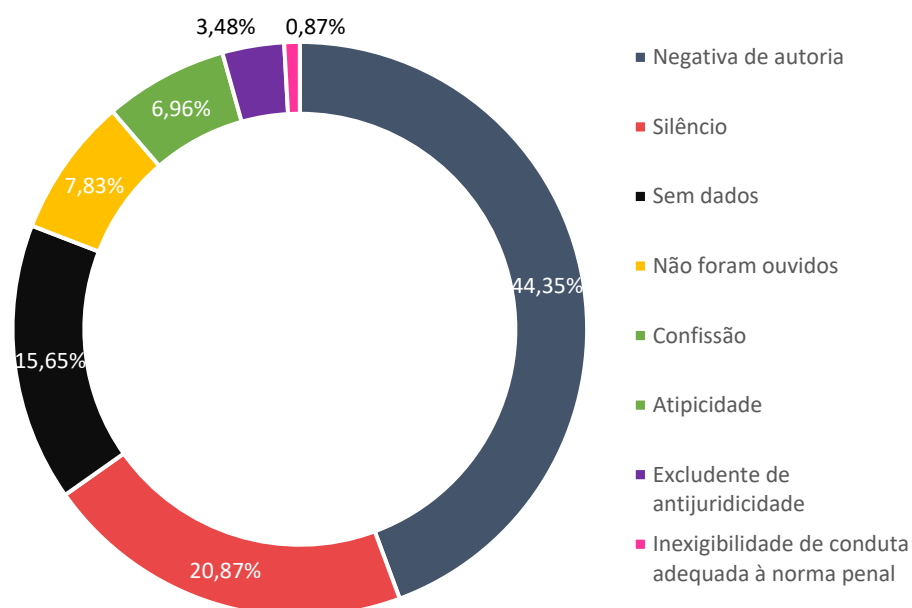


Figura 7 – “Teses” lançadas pelos investigados durante o interrogatório

Importante pontuar, ainda, que houve reconhecimento fotográfico em ao menos doze inquéritos policiais. Desses inquéritos, todos culminaram em processos cuja condenação teve por fundamento o reconhecimento, associado ou não a outro elemento, independentemente de ter sido o reconhecimento ratificado em juízo pelo reconhecedor. Conforme se verá mais adiante, a maior parte das sentenças utiliza como base para condenação elementos oriundos do inquérito policial. Pouquíssimo se produz durante a instrução processual – sintoma de que pouco importa o contraditório.

c) PRISÕES PROVISÓRIAS

Prosseguindo, foram analisadas as decretações ou não de prisões provisórias durante o inquérito policial e o processo penal. Na maior parte dos casos (65), não foi decretada qualquer tipo de prisão, enquanto em 53 casos foram determinadas e cumpridas prisões de natureza preventiva. Em 4 casos, apesar do decreto prisional, não houve cumprimento do mandado, e em relação a um único processo e réu, não foi possível obter qualquer informação acerca da existência ou não de custódia

cautelar. Igualmente, não foi registrado nenhum caso de prisão temporária. O motivo dessas prisões, no entanto, não foi analisado de forma específica, apenas lateral²⁸.

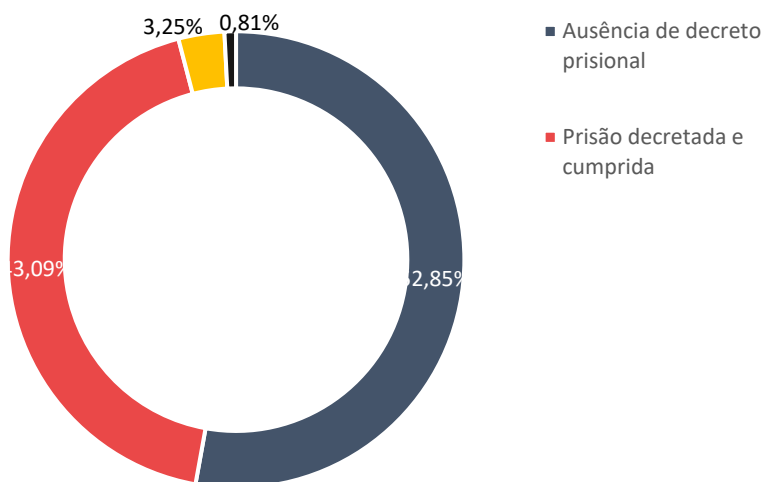


Figura 8 – Quantidade de prisões provisórias decretadas

Dos 53 investigados/acusados que tiveram sua prisão cautelar decretada, apenas 15 foram posteriormente revogadas, por motivos diferentes:

- (i) **Em 6 casos**, a prisão foi revogada apenas na sentença, depois de verificada a incompatibilidade da pena aplicada com o regime fechado;
- (ii) **Em outros 6 casos**, a prisão foi revogada a partir de ordem de *habeas corpus* concedida pelo Superior Tribunal de Justiça;
- (iii) **Em 3 casos**, o próprio juiz de primeiro grau revoga a prisão, entendendo que os motivos que a fundamentaram não mais estão presentes.

A média de tempo que esses ficaram presos, nesse sentido, é de 4 meses e 18 dias, período infinitamente menor que a média de 234 dias (7,6 meses) do Estado de São Paulo, conforme levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2017²⁹, o que se compatibiliza com o próprio tempo de duração dos processos analisados, conforme se verá posteriormente. Por fim, em 2 casos não foi possível coletar qualquer tipo de dado sobre o tema, e em relação à maioria dos réus que tiveram suas prisões decretadas, essas foram mantidas mesmo depois da condenação (36 casos – 67%).

²⁸ A maior parte das prisões em que é possível acessar a decisão tem por fundamento a alusão genérica à “gravidade do crime” e à “ameaça a ordem pública” se solto o investigado/acusado.

²⁹ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais/>. Acesso em 12 de outubro de 2021.

d) AS ACUSAÇÕES

Ao total, os inquéritos policiais culminaram em denúncias que imputam a 122 réus a prática de 136 crimes, distribuídos em 36 tipos penais diferentes. Todos esses crimes são imputados por autoria, apesar de por diversas vezes a peça acusatória trazer a descrição de uma participação, sobretudo na modalidade de cumplicidade. Pensa-se que essa inépcia, no sentido jurídico próprio, pode ser atribuída sobretudo à adoção de uma teoria unitária de autor, a partir de uma interpretação equivocada do art. 29 do Código Penal.

Imputa-se apenas 10 crimes de maneira tentada, enquanto os demais 126 são apontados como consumados – há apenas uma imputação por tipo omissivo próprio (o do art. 304 do Código de Trânsito Brasileiro³⁰), e nenhum omissivo impróprio. Por fim, dos 36 tipos diferentes, 25 estão previstos no próprio Código Penal.

Eis a distribuição típica detalhada, ressaltados os fatos de maior incidência:

Tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343)	30
Roubo Majorado ou Qualificado (art. 157, §2º, 2º-A, 2º-B ou §3º – Código Penal)	22
Furto Qualificado (art. 155, §4º - Código Penal)	12
Receptação (art. 180 - Código Penal)	8
Associação criminosa (art. 288 – Código Penal)	7
Crimes contra ordem tributária (art. 1º - Lei 8.137/90)	5
Ameaça (art. 147 - Código Penal)	5
Violência Doméstica (art. 129, §9 - Código Penal)	4
Furto simples (art. 155 - Código Penal)	4
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16 e parágrafos - Lei. 10.826/03)	3
Denunciação Caluniosa (art. 339 - Código Penal)	3
Roubo simples (art. 157 - Código Penal)	2
Lesão Corporal (art. 129, caput - Código Penal)	2
Homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302 – CTB)	2
Estupro de Vulnerável (art. 217-A – Código Penal)	2
Estelionato (art. 171 - Código Penal)	2
Disparo de arma de fogo (art. 15 - Lei. 10.826/03)	2
Desacato (art. 331 - Código Penal)	2
Associação para o tráfico (art. 35 – Lei 11.343/06)	2

³⁰ Art. 304 – CTB. “Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública: Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave”.

Violação de Direito Autoral (art. 184 e parágrafos – Código Penal)	1
Vias de fato (art. 21 – Lei de Contravenções Penais)	1
Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 – Lei. 10.826/03)	1
Peculato (art. 312 - Código Penal)	1
Omissão de socorro CTB (art. 304 – CTB)	1
Injúria (art. 140 – Código Penal)	1
Importunação Ofensiva ao Pudor (art. 61 – Lei de Contravenções Penais)	1
Falso Testemunho Majorado (art. 342, §1º - Código Penal)	1
Falsa Identidade (art. 307 – Código Penal)	1
Estupro (art. 213 - Código Penal)	1
Embriaguez ao volante (art. 306 – CTB)	1
Dano Qualificado (art. 163, parágrafo único – Código Penal)	1
Dano em coisa de valor artístico (art. 165)	1
Crime contra relação de consumo (art. 7º - Lei 8.137/90)	1
Apropriação indébita (art. 168, caput e parágrafo – Código Penal)	1
Alteração de local especialmente protegido (art. 166)	1
Adulteração de sinal identificador de veículo automotor (art. 311 – Código Penal)	1

Tabela 4 – Distribuição dos tipos penais imputados aos réus

Observa-se, acerca de tal dado, que quatro crimes equivalem a mais da metade das acusações. São eles os crimes de tráfico de drogas (68), roubo majorado (21) ou qualificado (1), furto qualificado (12) e receptação (8).

e) RESPONSÁVEL PELA DEFESA

Em relação a ao menos 55 acusados, a defesa foi realizada em algum momento por advogado constituído, atuando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP) em relação a pelo menos 38 réus, e algum defensor dativo em relação a 28.

No geral, o que se observa é a preponderância de advogados constituídos e defensores públicos atuando nos processos examinados:

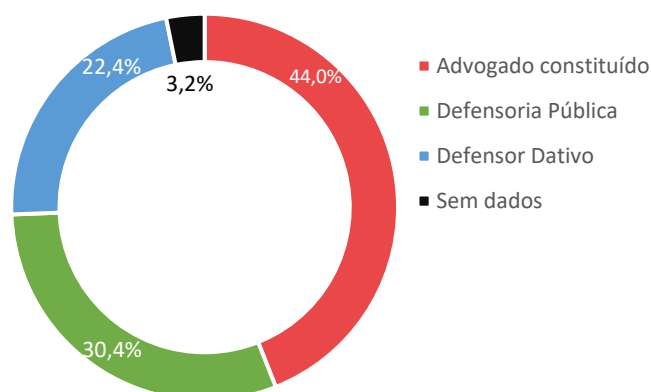


Figura 9 – Responsável pela defesa

Importante ressaltar, aqui, que os números ora mencionados ultrapassam o montante de 122 réus totais, já que em certos processos, a Defesa foi realizada por diferentes atores em diferentes momentos.

E tanto na Denúncia quanto nas Respostas à Acusação, a maioria dos casos não contou com quais quaisquer outras testemunhas arroladas além das vítimas e dos policiais-condutores:

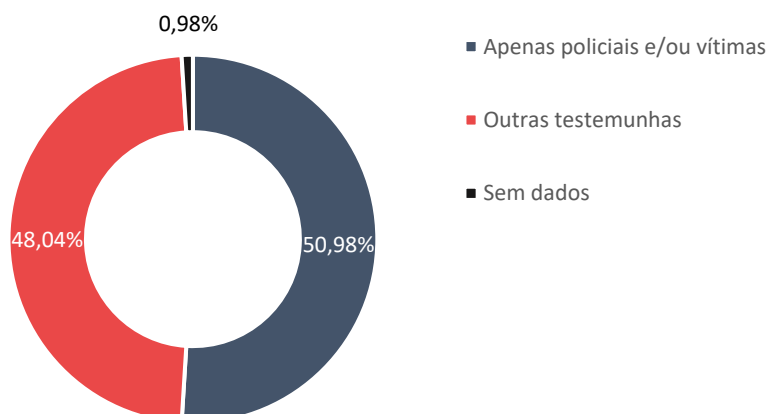


Figura 10 – Testemunhas arroladas

Dos casos em que aparecem outras testemunhas, pouco mais de $\frac{1}{3}$ dos processos (18) trazem testemunhas de caráter abonatório, apenas.

Encaminhando-se para a sentença, a análise das Alegações Finais permitiu organizar as teses utilizadas pelo Ministério Público e pela Defesa em prol da absolvição da seguinte forma:

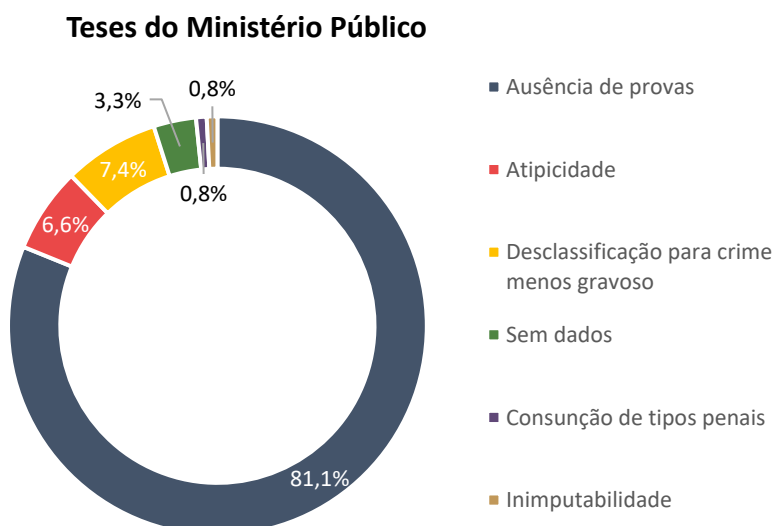


Figura 11 – Teses do Ministério Público em alegações finais

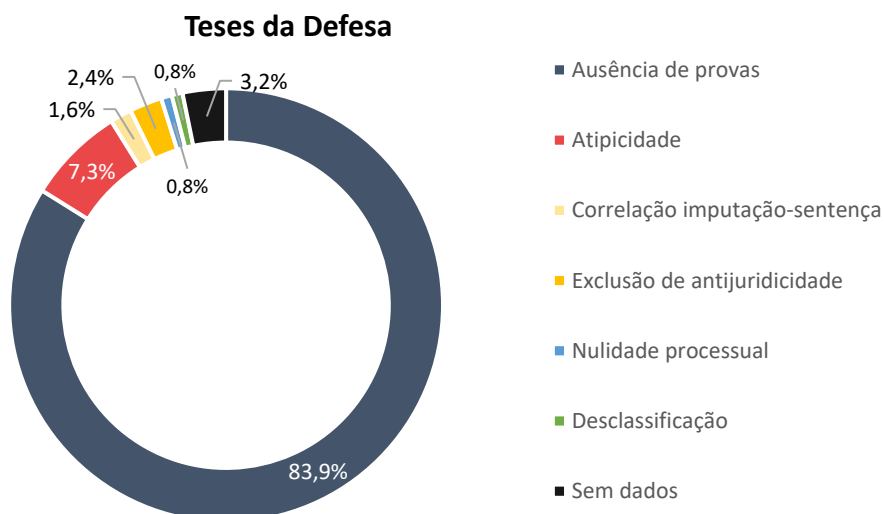


Figura 12 – Teses da Defesa em alegações finais

Essencial, aqui, fazer um breve apontamento, mas de natureza dogmática. Na análise qualitativa das alegações finais do Ministério Público, a tese de “ausência de provas” aparece em quantidade expressiva dos casos como categoria própria, sem estar vinculada a qualquer elemento da teoria do delito. Não se trata, portanto, de ausência de provas sobre o nexo causal da suposta conduta criminosa, sobre o dolo do agente, a antijuridicidade de sua conduta ou sua culpabilidade, mas tão somente “ausência de provas”, de maneira solta, desconexa, autônoma.

Entendemos que, nesses casos, o descolamento com a teoria do delito anuncia que o processamento do caso penal não guarda qualquer preocupação com a adoção de um sistema rigoroso de análise de responsabilidade criminal. Dentre outros motivos, atribuímos essa cínica ausência de preocupação ao compromisso dos atores do sistema de justiça criminal com o encaixe à defeituosa redação do art. 386 do Código de Processo Penal. E apontamo-la como defeituosa em especial pela confusão causada entre os incisos II, V e VII – frequentemente, a peça de defesa e/ou ministerial traz a descrição de uma causa de absolvição, mas justifica o pedido com base em outra.

Pensamos, nesse ensejo, que todos os incisos do art. 386 poderiam ser congregados em apenas três hipóteses de absolvição: I – estar provada a inexistência do crime; II – não haver prova suficiente da existência do crime e; III – existirem circunstâncias que isentem o réu de pena.

Tomando por crime a ação³¹ típica, antijurídica e culpável, praticada por autoria ou participação, de forma consumada ou tentada, pensamos que os dois primeiros incisos sugeridos seriam capazes de abarcar quase a totalidade da fundamentação das absolvições criminais ao longo do país, restando o inciso III para as exceções. Dessa forma, bastaria a fundamentação, nas peças defensivas e ministeriais, e até na própria sentença, do motivo pelo qual está provada a inexistência do crime, ou da indicação de que não há prova suficiente de sua ocorrência.

1.4. Dados sobre as sentenças

Como já dito anteriormente, as sentenças são o cerne da pesquisa empírica realizada. Neste momento, apresentar-se-á principalmente os dados quantitativos encontrados, concentrando-se a análise qualitativa para os capítulos posteriores, por ora abordada de maneira incipiente, apenas.

Em síntese, eis os elementos analisados nas sentenças: a) a procedência ou não da ação penal; b) a utilização de elementos do inquérito policial; c) as teses utilizadas pelo Ministério Público e pela Defesa; d) o fundamento da condenação e; e) a dosimetria. Além desses, examinou-se o período de tramitação dos processos envolvidos, bem como a reversibilidade das sentenças em segunda instância. Esses dois últimos dados foram essenciais para entender a fundo o fenômeno que se descreve, cuja explicação virá nos próximos capítulos.

a) PROCEDÊNCIA DA AÇÃO PENAL

Dos 102 processos analisados, a sentença julgou:

- (i) Totalmente procedentes 89 ações penais;

³¹ Por mais que se reconheça a imensa controvérsia acerca dos tipos omissivos, aqui o conceito de ação engloba também a omissão de ação, a partir da distinção de RADBRUCH, em que, se ação é A, omissão é não-A, que significa a omissão de realização de uma ação mandada, não apenas pela simples inércia ou passividade, mas como a realização de um outro-fazer no lugar do fazer determinado pela norma. Conforme CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 209.

- (ii) Parcialmente procedentes 10 ações penais, em relação ao tipo penal – isto é, decidiu por acolher apenas parte da denúncia, condenando por ao menos um dos tipos imputados;
- (iii) Parcialmente procedentes 3 ações penais, em relação aos réus – isto é, decidiu por acolher apenas parte da denúncia, condenando apenas parte dos réus aos quais se imputou algum crime.

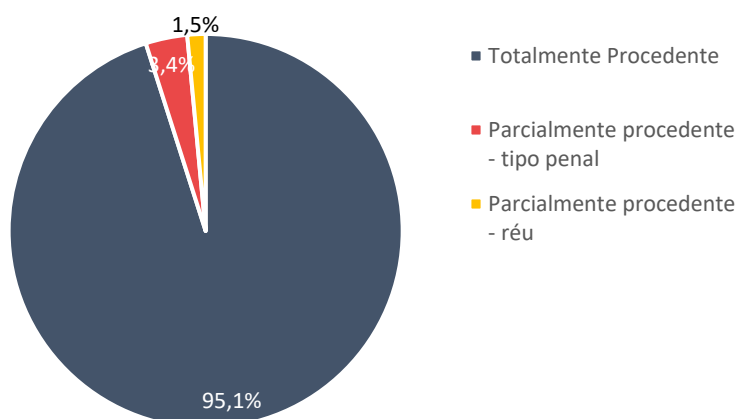


Figura 13 – Procedência ou não da ação penal

Ou seja, quase na totalidade dos processos criminais, a sentença mantém-se fiel à narrativa acusatória inicialmente posta.

b) MENÇÃO AO ART. 385 DO CPP - JUSTIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO DE OFÍCIO

Também analisamos se, no momento de decidir, é feita qualquer menção ao art. 385 do CPP pelo juiz sentenciante. Nesse sentido, a descoberta foi a seguinte:

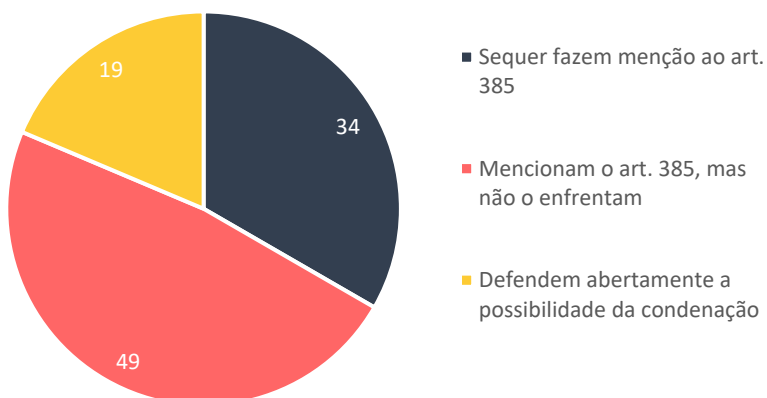


Figura 14 - Menção ao art. 385 do CPP

Em mais de 66% das sentenças, portanto, os juízes sabem perfeitamente o que estão fazendo e entendem que existem fortes argumentos contrários à sua decisão de, independentemente do pedido absolutório formulado pelo *parquet*, condenar. Importante ressaltar, nesse sentido, que alguns juízes chegam a admitir abertamente o fato de que carregam consigo alguma controvérsia concernente ao art. 385 do CPP e sua constitucionalidade. Isso não os impede, no entanto, de proceder à condenação.

c) UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO INQUÉRITO POLICIAL

Na maior parte das sentenças, o inquérito policial é utilizado como elemento principal ou exclusivo para determinar a condenação do acusado. Considerando que há pouquíssima produção de prova durante a instrução criminal, as *condenações de ofício* são produtos de verdadeiro curto-circuito entre a delegacia de polícia de o bater do martelo.

Entendemos, acerca disso, que existe um problema também nas denúncias feitas pelo Ministério Público, que se constituem como denúncias-aposta: parte-se de um conjunto de indícios extremamente fraco para formulação das imputações; esses indícios, que nem sequer poderiam formar a acusação, servem como cerne da condenação.

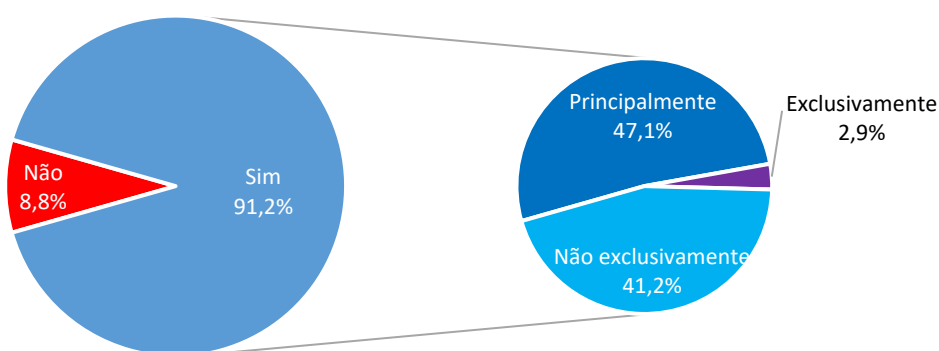


Figura 15 – Utilização de elementos do inquérito policial

d) ANÁLISE DE TESES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA

A maioria das sentenças nem sequer aborda os argumentos lançados pelo Ministério Público, passando direto do relatório à fundamentação da condenação. Em 25% dos casos, há efetivo debate sobre as teses ministeriais/defensivas; em quase 11% dos casos, há mera alusão por parte do juiz, que cita o argumento lançado pelas partes, mas não se dá ao trabalho de explicar o motivo de sua decisão ir em sentido contrário. Geralmente, isso aparece sob a forma do “a defesa alegou a tipicidade da conduta perpetrada por X. Esse argumento, no entanto, não merece prosperar”, sem dizer nada mais sobre o tema.

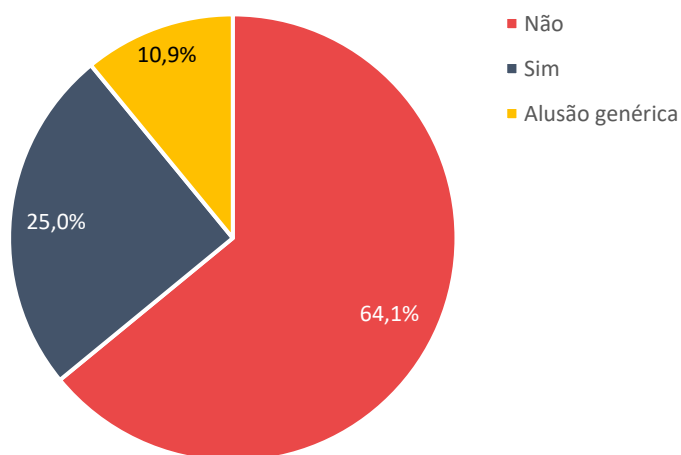


Figura 16 – Análise de teses do Ministério Público e da Defesa

e) FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO

Em categorias gerais, as condenações foram fundamentadas a partir de provas testemunhais ou documentais, além de uma terceira categoria específica para o “reconhecimento”, seja pessoal ou fotográfico. Conforme se vê, a maior parte das sentenças tem por alicerce uma ou mais provas de natureza testemunhal:

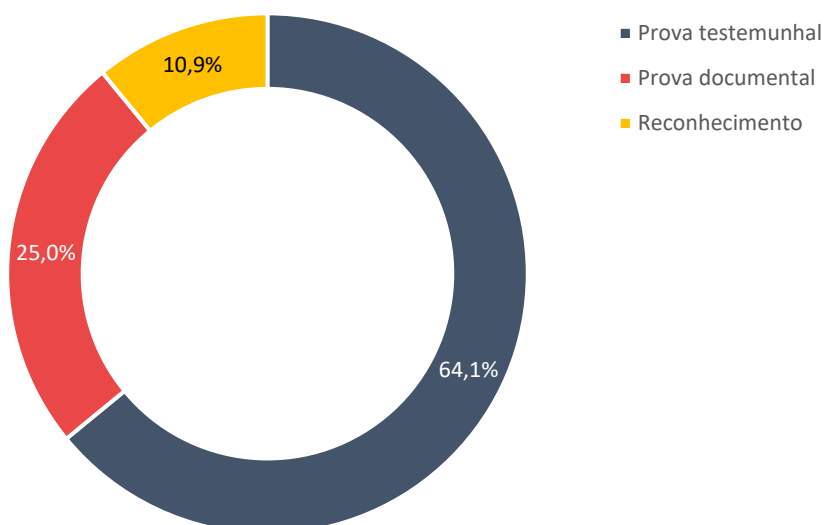


Figura 17 – Natureza das provas condenatórias

De maneira detalhada, esses conjuntos de prova podem ser destrinchados da seguinte forma:

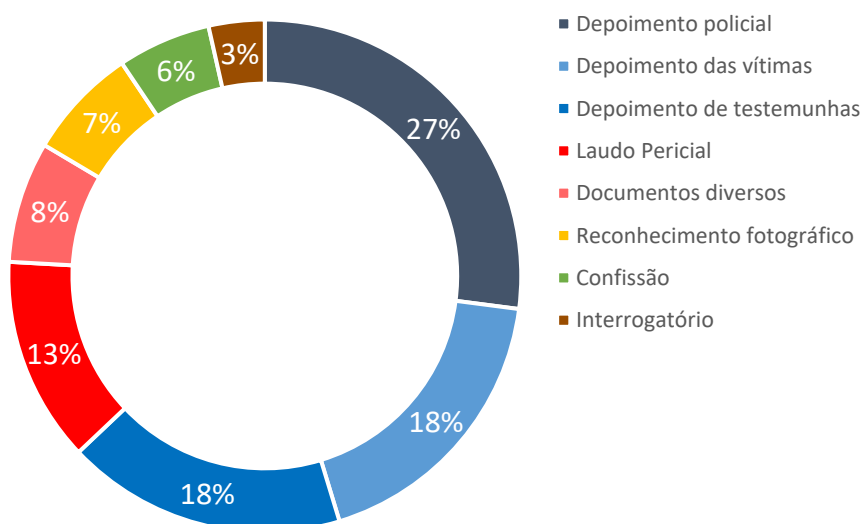


Figura 18 – Detalhamento das provas condenatórias

Observa-se, portanto, que em porção significativa dos casos (45%), o principal argumento da sentença para julgar procedente a pretensão punitiva é o depoimento policial e/ou o depoimento da própria vítima do suposto crime. Em 18% dos casos, há algum tipo de testemunha que embasa a condenação – no entanto, essa testemunha não necessariamente figura como testemunha que sabe algo dos fatos, propriamente. Por vezes, é mera testemunha de antecedentes do acusado; em um caso específico, a testemunha arrolada pelo Ministério Público era pessoa que sabidamente possuía desavenças prévias com o réu.

O exame detalhado dos elementos de informação colhidos durante a investigação e a prova produzida durante a instrução processual guisam à conclusão de que o esclarecimento acerca dos fatos é extremamente precário. Tomando por base o inquérito policial, pouco ou quase nada se produz de novo na instrução. Muito se afasta, portanto, da noção própria de instrução como aquela que tem por objetivo formar um juízo de certeza, sanando a ignorância acerca do Todo³².

O que se observa, na verdade, é o contrário: perante o juízo, frequentemente foram reveladas versões contrárias àquelas apresentadas em sede policial: reconhecimentos foram retratados, vítimas não ratificaram seus depoimentos, policiais não se lembravam das ocorrências e laudos periciais desmentiam o relato acusatório. Mesmo nesses casos e, lembrando, sempre com o pedido de absolvição do Ministério Público, a condenação se impôs, calcando-se inclusive em elementos de informação que já não mais se sustentavam.

Isso, sem contar os inúmeros casos em que o réu era prejudicado durante a instrução pela insistência em fantasmagóricas narrativas apresentadas pelo inquérito policial. E as afirmamos como fantasmagóricas por não justificarem de forma alguma o início da persecução penal: afinal, eram baseadas em denúncias anônimas, no fato do suposto local do crime ser “sabidamente ponto de tráfico de drogas”, ou mesmo em “confissões informais”.

Por fim, há que se ressaltar ao menos quatro sentenças em que a responsabilidade penal é atribuída ao réu de maneira integralmente objetiva: a partir das provas não é possível extrair qualquer elemento subjetivo, mas os acusados são condenados em decorrência da posição que ocupam – donos das empresas em que foi constatada algum tipo de irregularidade (indícios de sonegação fiscal ou receptação, por exemplo). Basta haver uma autuação fiscal de determinada empresa, a inscrição do débito em dívida ativa e uma lista com os nomes dos sócios para que todos sejam processados por crimes tributários.

³² Sobre isso, vale a consulta ao já mencionado COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito**. RUBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de. (Coord.). In: Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Curitiba: Lumen Juris, p. 176 e, também, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**, Revista da Faculdade de Direito UFPR, n. a. 30 n. 30, 1998, p. 195.

f) DOSIMETRIA

i) Pena-base

Em 60 sentenças, o réu teve a pena-base fixada no mínimo legal, enquanto em 59, teve algum acréscimo. Quando se nota o acréscimo, ele se organiza a partir das seguintes frações:

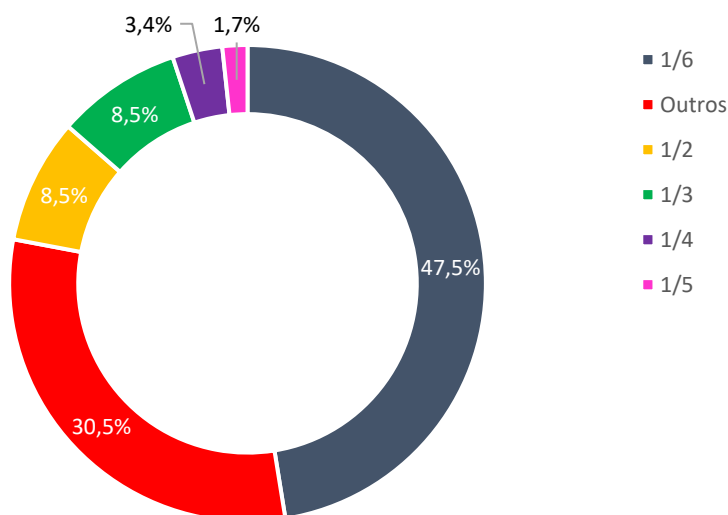


Figura 19 – Quantidade de incremento da pena-base, quando incrementada

Cabe uma pequena explicação: em 30,5% dos casos (vermelho, acima), o juiz decide por aumentar a pena-base não a partir de uma fração determinada, mas a partir de outros parâmetros de quantificação: aumenta em um mês, dois meses, um ano, e às vezes até dobra a pena mínima. Atua, portanto, de forma extremamente discricionária, flertando até mesmo com a arbitrariedade.

Para 3 réus, não se aplica referido critério, uma vez que a pena aplicada foi de admoestação ou multa. Houve aplicação de pena de multa seguindo critérios de dosimetria em 1 caso.

ii) Agravantes e causas de aumento, atenuantes e causas de diminuição

Quanto às causas de diminuição ou atenuantes, apenas 39 réus tiveram decréscimo em sua pena pelo reconhecimento de tais causas. Dessas, no entanto, a diminuição de pena não ocorreu em 5 casos, por entender o juiz que é impossível a fixação de pena aquém do limite legal. De maneira curiosa, em um único caso o juiz

decidiu diminuir de maneira discricionária a pena, em razão de sua “suficiência e necessidade”.

iii) Pena-definitiva

Ao final da pesquisa, a distribuição de penas-definitivas observadas segue o seguinte histograma:

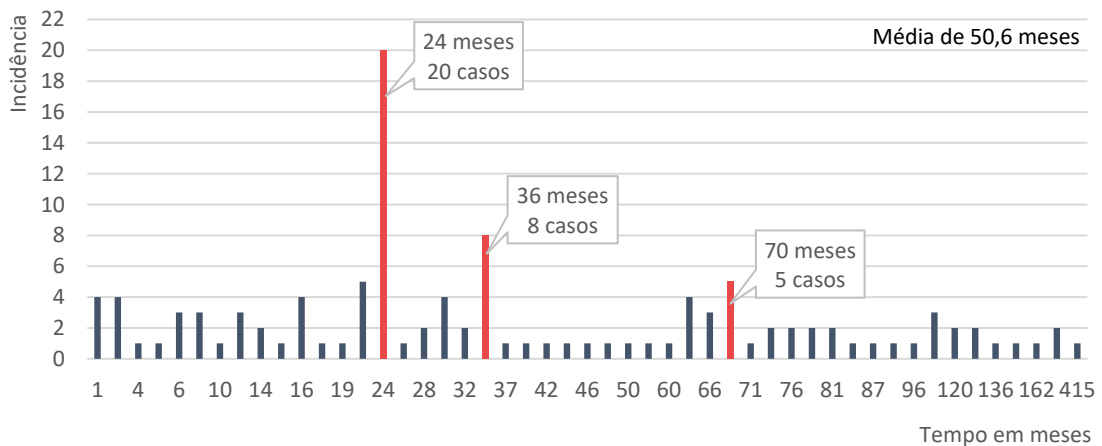


Figura 20 – Tempo de pena definitiva aplicada

Nesse sentido, observa-se a prevalência de penas que orbitam entre 19 e 36 meses.

iv) Regime inicial de cumprimento de pena e substituição

O regime fechado e o aberto são os mais aplicados nas sentenças analisadas. Ambos, empatados, correspondem a 54 processos, sendo que, na maior parte dos casos, não há qualquer suspensão ou substituição da pena aplicada.

Fechado	54	Ausência de suspensão ou substituição	64
Aberto	54	Substituição por Restritiva de Direitos	46
Semiaberto	10	Suspensão da pena	8

Figura 21 - Regime inicial de cumprimento de pena e sua substituição/suspensão

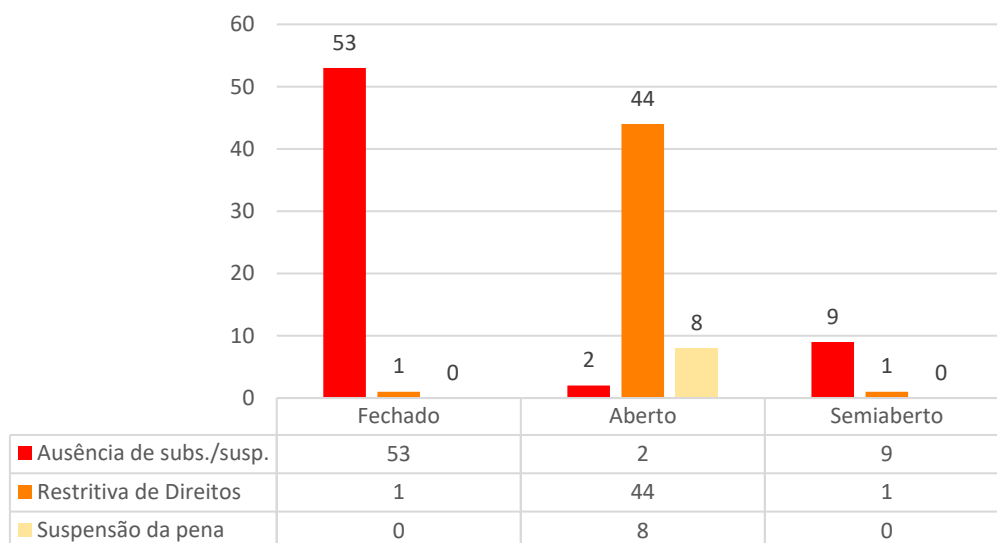


Figura 22 - Comparativo entre regime inicial de pena e substituição/suspensão

Pelo comparativo, vê-se que a ausência de suspensão e substituição da pena no regime fechado é a regra; para o regime aberto, é a exceção, já que a maior parte das penas é substituída por restritiva de direitos

1.5. Período de tramitação

Aproximando-se do fim da análise, foram comparados dados que dizem respeito à duração dos processos. Para isso, foram levadas em consideração as datas de distribuição do processo no portal e-SAJ, de sentenciamento do feito e do julgamento do recurso de apelação, quando existente.

Por mais que em alguns casos isolados os processos tenham se prolongado muito no tempo – a exemplo de um feito que demorou 17 anos para ser sentenciado –, a duração média dos processos é extremamente baixa. O que se vê, na prática, é a abundância daquilo que chamaremos de *velociprocessos*: processos cujo intervalo entre a distribuição e a sentença é inferior às médias estadual e nacional.

O Relatório “Justiça em Números”, do Conselho Nacional de Justiça, nos apresenta tais dados³³. O tempo médio de tramitação dos processos criminais

³³ Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em 31 de outubro de 2021.

baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, em São Paulo, é de 5 anos e 10 meses, enquanto a média nacional é de 4 anos:

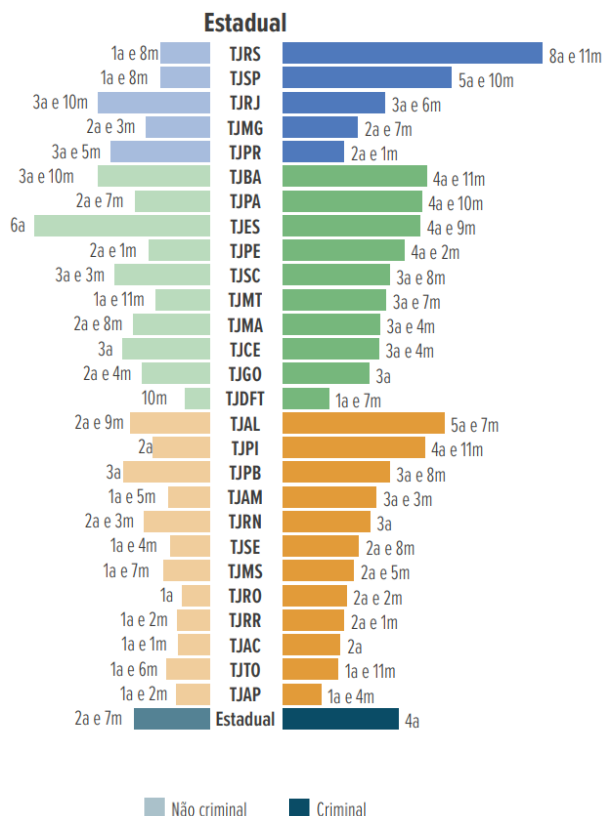


Figura 23 – Tempo médio de tramitação de processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau, CNJ

Além da baixíssima média, também surpreende a quantidade de processos que foram julgados em exíguo intervalo de tempo. Em 79 casos, a diferença entre a data da sentença e a data de distribuição do processo não ultrapassa a marca de 3 anos, sendo que 58 processos são julgados dentro de dois anos, e 36 dentro de apenas um ano.

Em alguns casos, entre a distribuição e a sentença observou-se um período inferior a quatro meses. O recorde foi obtido pelo processamento de um suposto roubo, que culminou na condenação de dois réus às penas de seis e sete anos de reclusão em regime fechado; do flagrante à sentença, exatos 70 dias. Desde já, parece evidente que a produção de uma condenação criminal em pouco mais de dois meses não suporta qualquer controle de qualidade do poder punitivo, sugerindo o atropelamento de qualquer garantia. Acerca desses dados específicos, mais será discutido nos capítulos seguintes.

1.6. Reversibilidade em segunda instância

Por fim, o último aspecto da pesquisa empírica foi o exame da reversibilidade das sentenças em segunda instância. Aqui, confirmou-se a hipótese de que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo funciona como verdadeira chancela das *condenações de ofício*: na maior parte dos casos, os recursos de apelação tiveram seu provimento negado, em votação unânime.

A segunda descoberta que mais chama atenção é a quantidade de processos em que não houve interposição de qualquer recurso: em relação a 16 réus, a defesa ficou-se absolutamente inerte. Em 10 desses casos, a atuação defensiva foi realizada por convênio entre a OAB e a Defensoria Pública, e em cinco, o advogado havia sido formalmente constituído nos autos.

Em um dos casos em que havia advogado constituído, até houve interposição de recurso de apelação, mas absolutamente intempestivo, motivo pelo qual essa apelação sequer foi admitida. Nota-se, portanto, desde logo, que a ideologia punitiva se apropria do baixo nível técnico de alguns defensores para girar a roda gigante do sistema de justiça criminal.

Abaixo, é possível ver em detalhes a análise realizada, atentando-se para o fato de que o número total diz respeito ao resultado do apelo em relação a cada um dos réus (total de 122).

“Negaram provimento ao recurso, V. U.”	45
Absolvição – todos os réus e tipos	24
Sem recurso	16
Dosimetria	16³⁴ (1 deles mudança apenas no regime inicial)
Prescrição	10
Processo ainda não foi julgado	5
Absolvição – apenas um dos crimes imputados	2
Absolvição imprópria	1
Desclassificação para crime menos gravoso	1
Reformatio in pejus ³⁵	1
Não foi possível obter acesso ao acórdão	1

Tabela 5 – Reversibilidade das decisões em segunda instância

³⁴ Desses, um teve mudança especificamente no regime inicial de cumprimento da pena.

³⁵ Revogada a suspensão da pena

Das apelações que tiveram seu provimento negado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, observou-se a interposição de Recurso Especial em apenas seis casos. Desses, quatro não foram admitidos, e a Defesa tampouco interpôs Agravo. Em um caso, agravou-se da decisão que não admitiu o Recurso Especial, mas, em análise, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou seu seguimento. Também em um único caso, o Recurso Especial foi vitorioso, decidindo o STJ pela absolvição do acusado, por atipicidade material da conduta a ele imputada.

Para além desses dados, observou-se, em segundo grau, as maiores atrocidades contra o processo e a dogmática penal. Mencionam-se algumas:

- a) Em um dos casos em que foi interposta Apelação, a própria Procuradoria Geral de Justiça ofereceu contrarrazões pleiteando o provimento do recurso. Mesmo assim, o TJSP manteve a condenação, alterando somente a dosimetria da pena;
- b) Em um caso, os desembargadores fizeram questão de consignar na ata do julgamento que a pretensão da turma julgadora era elevar a pena pelo reconhecimento de concurso de crimes, mas que apenas não o fizeram por ausência de recurso ministerial nesse sentido;
- c) Em um caso que resultou na absolvição do acusado, um dos desembargadores declarou voto divergente, entendendo pela condenação. Em síntese, seu voto concordava com o entendimento do juiz de piso, apontando como irrelevante o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. Expressamente, foi dito que não há qualquer vinculação a esse pedido, e que o juiz pode decidir “livremente” com base nas provas produzidas durante a persecução penal.

Quanto aos acórdãos que decidem pela absolvição, nenhum deles aborda a problemática do art. 385 do Código de Processo Penal. Quando absolvem, fazem-no amparados nas teses defensivas e ministeriais de *ausência de provas*, também sem vincular essa ausência de provas a qualquer elemento da teoria do delito, conforme já abordado. E nos poucos casos em que há preliminar de impossibilidade de condenação por violação ao sistema acusatório, essa tese é sumariamente rechaçada, até nos casos em que o recurso é provido, curiosamente.

Por fim, talvez como sinal de alguma esperança, cabe ressaltar um único acórdão³⁶ que, com cerca de apenas uma página de fundamentação propriamente dita, absolve o réu diante da dúvida acerca de sua culpa, cristalizando aquele que deveria ser o pilar democrático da racionalidade do sistema de justiça criminal ao sentenciar quem quer que seja: para absolver é necessária pouca justificativa; para condenar, muita.

1.7. A síntese do necessário

Vê-se, então, que as sentenças e seus respectivos processos são bem diversos entre si. Para a parte teórica deste trabalho, que agora se iniciará, é necessário ressaltar apenas estes dados: a maior parte das condenações ocorre no vazio da *ausência de provas*, ao mesmo tempo em que o fundamento da condenação é uma prova testemunhal (da vítima e/ou policial) originária do inquérito policial.

Discutidos então todos os elementos quantificáveis dos processos criminais estudados, podemos finalmente passar ao exame dos autoritários elementos que efetivamente viabilizam uma condenação de ofício. Para isso, passa-se à análise qualitativa das sentenças: mergulharemos em suas fundamentações para desvelar a manutenção de uma autoritária tradição processual, fértil colônia da ideologia.

³⁶ Apelação de nº 0001069-29.2018.8.26.0037, de relatoria do Des. Ruy Alberto Leme Cavaleiro.

CAPÍTULO 2

A BASE AUTORITÁRIA

Já se enunciou que o objetivo central deste trabalho é responder ao *por que* são produzidas condenações mesmo nos casos em que há pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público. No entanto, antes de se proceder à explicação desse fenômeno, é necessário primeiro entender qual é o arranjo jurídico, institucional e educacional que o viabiliza. É esse o propósito desse capítulo teórico inicial, em que nos debruçamos sobre as mazelas do processo penal brasileiro encontradas na análise qualitativa das sentenças pesquisadas.

Nesse sentido, uma explicação mezinha das *condenações de ofício* seria aquela que simplesmente apontaria para existência do art. 385 do Código de Processo Penal. Afinal, seu texto é o que, em aparência, torna possível a existência de sentenças penais condenatórias a despeito de pedido de absolvição pelo Ministério Público. Entretanto, os achados da pesquisa empírica, sobretudo aqueles atinentes à fundamentação utilizada nas sentenças, tornam essa explicação absolutamente simplória e, até certo ponto, cínica. O art. 385, desta feita, é apenas a superfície daquilo que consolida a persistência de uma tradição processual penal extremamente autoritária.

Acerca do tema, pensamos que é necessário abandonar desde já aquele que seria o principal ponto de ingenuidade da temática que será abordada neste tópico: mesmo com a promulgação da Constituição da República de 1988, cuja garantias individuais efetivamente sedimentam o solo sobre o qual *deveria* se erigir um sistema processual penal de natureza acusatória, permanecemos profundamente embebidos em uma tradição inquisitória.

É justamente essa tradição que viabiliza condenações proferidas *ex officio* e que é fomentada pela deficiência no ensino jurídico, pela ausência da plena constitucionalização do processo penal brasileiro e pelo abismo que separa o corporativismo da toga do banco dos réus. Já há muito não mais comportada por limites democráticos, a aglomeração das funções de acusar e punir, semblante do princípio inquisitório, encontra suporte em pelo menos três traços autoritários de nosso sistema processual penal para encampar as condenações descritas no arrastado art. 385 do Código de Processo Penal.

Esses contornos autoritários, que serão explicitados a seguir, são, inequivocamente, reforçados por uma tentativa de unificação do processo civil, penal e demais sob uma mesma teoria – a esse “engodo”³⁷, conferem o nome de *teoria geral do processo*. Em sua defesa e contra ela, rios de tinta já foram escritos, cabendo, aqui, tão somente, um pequeno comentário para reafirmar o que já foi dito por diversos outros antes de nós: a ideia de uma *teoria geral* para todas as espécies de processo é absolutamente imprestável e incompatível com uma concepção democrática de processo penal.

O principal aspecto em torno do qual gira sua incompatibilidade, e do qual decorrem características autoritárias diversas, é a concepção *instrumental* do processo³⁸. No Brasil, essa concepção é trazida sobretudo por DINAMARCO³⁹, e baseia-se no fato de que o processo é meio para persecução dos escopos estatais – sejam eles sociais, econômicos ou políticos. Destinar-se-ia o processo, a partir dessa concepção, à “pacificação de sujeitos ou grupos em litígio”⁴⁰.

Não é preciso de muito para perceber que a ideia é inaproveitável para o processo penal. Primeiro, porque há de se ter muita ingenuidade para concluir que o processamento do caso penal pacifica qualquer conflito; na realidade, só faz surgir outro problema sobre o conflito já existente⁴¹. Segundo, porque a ideia de salvaguarda de garantias fundamentais a partir de uma lógica instrumental, voltada para consecução de finalidades do Estado configura uma contradição antagônica, uma vez que COUTINHO e PILATI apontam que:

³⁷ Conforme aponta COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **A lide e o conteúdo do processo penal.**, Curitiba: Juruá, 1989, p. 119.

³⁸ “São duas as *premissas* de maior abrangência e vigor metodológico inerentes à teoria geral do processo. (...) A *segunda* dessas premissas consiste na *instrumentalidade* de todo o sistema processual a certos objetivos que devem comandá-lo. O *escopo magno* a ser perseguido é a da pacificação de sujeitos ou grupos em litígio, mediante a solução de seus conflitos. Esse é o mais profundo e mais expressivo *escopo social* da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros, 2020, p. 28.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel, **A Instrumentalidade do Processo**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, **Teoria Geral do Processo**, São Paulo: Malheiros, 2020, p. 28.

⁴¹ Em tempos em que se sabe de verdade o que significa a saúde pública, a criminalização das drogas é o exemplo mais claro de como o *etiquetamento* de certas condutas mais agrava o problema do que lhe oferece soluções.

outra característica do processo penal que deve aqui ser exaltada – no sentido de demonstrar que a instrumentalidade do processo, tal como concebida no processo civil, não encontra aqui ressonância – está, conforme adverte Alexandre Morais da Rosa, no fato de que a transmissão mecânica das lições de Dinamarco para a seara criminal pode ensejar a formação de “Juizes Justiceiros da Sociedade”⁴². Sim, porque dar ao juiz a missão de atender os anseios sociais pode levá-lo a aderir a movimentos repressivos, como de Lei e Ordem e Tolerância Zero, o que, sabe-se bem, vai de encontro à Constituição.

A dita instrumentalidade, para nós, só pode ser pensada a partir dos dizeres *nulla poena sine iudicio*; não há finalidade no processo, apenas necessidade da sua forma: para ver aplicada a pena, o processo é o único caminho – o único. A rigidez (e hígidez) da forma, para nós, repise-se, é garantia.

E a teoria geral parece colapsar com essas garantias. Neste capítulo, abordaremos três de seus “ensinamentos” (entre milhões de aspas) que, para o processo penal, constituem o que há de mais autoritário no dia a dia forense. Ainda que esses elementos sejam abordados a seguir de maneira individual, não resta qualquer dúvida acerca de sua operação coordenada pelo sistema de justiça criminal. Está a se falar, enfim, de *i*) a eleição da busca da verdade real como finalidade do processo; *ii*) o livre convencimento motivado como mito balizador da valoração de provas e; *iii*) a absoluta distorção e estreitamento do direito ao contraditório.

Aqui, expor-se-á como o rapto do julgador pela ideologia é viabilizado, em um curto-circuito que esvazia garantias e produz uma condenação existente apenas no ideário do magistrado. Tudo isso para que depois finalmente se aborde a ideologia, em sentido estrito.

⁴² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PILATI, Aline Guidalli, **Aury: avise pra não mexerem tanto no samba**, in: KHALED JR., Salah H. (Ed.), Sistema Penal e Poder Punitivo, 1. ed. São Paulo: Empório do Direito, 2015. O acesso a esse brilhante artigo de apenas 14 páginas devo a sua autora, que gentilmente me cedeu cópia por e-mail.

2.1. A OCUPAÇÃO DO VAZIO DA AUSÊNCIA DE PROVAS COM A VERDADE DO JUÍZO

*Em outras palavras, o ponto de partida da crítica da ideologia tem que ser o pleno reconhecimento do fato de que é **muito fácil mentir sob o disfarce da verdade.***

ŽIŽEK, Slavoj (Org.), **Um mapa da Ideologia**, Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 14.

1.

Já se pôde observar que o elemento comum dentre as *condenações de ofício* é, de um lado, a alegação da Defesa e do Ministério Público de ausência de provas e, de outro, o arrimo da sentença em prova testemunhal. Debruçando-se na fundamentação dessas sentenças, pôde-se observar que, no espaço consensual de que a absolvição é necessária por ausência de provas, o juízo faz florescer uma alternativa visão e valoração dos fatos, frequentemente se apresentando como revelador da “verdade real” do processo.

Assim o faz de maneira explícita, seja apontando “o que aconteceu de verdade”, seja marcando a versão posta nos autos como mentirosa. Em ambos os casos, todavia, tece sua narrativa própria para condenar.

Ocorre que a estruturação do processo enquanto anteparo ao poder punitivo é absolutamente incompatível com a noção de verdade enquanto sua finalidade. São dois os principais motivos que sustentam essa afirmação.

Primeiro: definir um objetivo para o processo representa a possibilidade (se não a certeza) da completa dobra dos meios para a consecução de fins particulares, em um movimento que atropela garantias e permite a aglomeração das funções de acusar e julgar. Se se está comprometido com uma finalidade, a forma do processo penal pouco importa e perde sua razão de ser, já que passa a ser suscetível de qualquer corrupção em prol de se alcançar o objetivo eleito. Em outras palavras: se há um propósito para o processo, esse irá se desenvolver de modo exclusivo a atingi-lo.

Segundo, e pior, é quando a Verdade é estabelecida como finalidade. Porque sendo essa impossível de ser precisada, a mobilização da inexistente pergunta⁴³, dentro do processo, de “o que aconteceu *de verdade*” representa a perversão do papel daquele cujo compromisso é com a imparcialidade: denuncia, logo de início, o compromisso com uma hipótese persecutória e a mobilização de uma estratégia para vê-la concretizada, o que lhe é vedado. É aqui que se permite que a ideologia colonize todo o processo e o julgador.

Isso, sem sequer entrar a fundo na discussão epistêmica acerca do conceito de Verdade, que é alvo de infindável controvérsia. Por ora e para esse trabalho, basta dizer que a verdade não existe, como faz THUNS:

O homem é incapaz de reconstruir um fato histórico, porque o tempo encarregou-se de extingui-lo no exato instante em que tornou-se passado, ou seja, o instante que não é mais presente. Portanto, não pode existir uma verdade sobre um fato que está no passado, por mais que a doutrina dominante insista em denominar a solução judicial sobre um caso de “reconstrução da verdade”. Qualquer estudo sobre a verdade concluirá que ela não pode ser alcançada⁴⁴.

Dessa forma, no processo penal poder-se-ia falar apenas da obtenção de um juízo de certeza, como aquele que supera a dúvida acerca dos fatos. Mesmo assim, a doutrina majoritária⁴⁵ insiste em apontar a “busca da verdade real” como um dos princípios fundantes do processo penal brasileiro, assim como fizeram os legisladores⁴⁶, reforçando o caráter mítico atribuído a esse princípio. Mítico, porque o

⁴³ Cf. nota de rodapé 11.

⁴⁴ THUNS, Gilberto, **O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais**, in: CARVALHO, Salo de (Org.), *Leituras Constitucionais Do Sistema Penal Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 161.

⁴⁵ Apenas à título de exemplo (e constrangimento), trabalha com a noção de princípio da “busca da verdade real” aquele que é provavelmente o livro mais indicado da categoria (sintoma do fracasso do ensino jurídico – abordaremos isso ao final da monografia): NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal**, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁶ Basta ver da exposição de motivos do Código de Processo Penal: “33. Na determinação dos poderes e deveres do juiz (artigos 59 a 62), o Projeto admite a iniciativa jurisdicional na perquirição da verdade, dado relevante de todo processo penal, sem afetar, contudo, a marcada tendência para o sistema acusatório, ora adotado (...)” e “56. O contraditório domina toda a instrução criminal, com o escopo de apuração da verdade material (...)”. Grifos no original. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-exposicaodemotivos-149193-pe.html>. Acesso em 21 de novembro de 2021.

acompanhamento do adjetivo “real” ao lado do substantivo “verdade” indica a adoção de um conceito de verdade absolutamente vinculado aquele de “realidade”; o objetivo da produção probatória, sob essa perspectiva, deve ser a perfeita reconstrução de fatos passados.

Não obstante sendo essa reconstrução impossível, conforme já exposto, a verdade e sua busca passam a ser, nesse erro epistêmico, a condição para se alcançar a justiça, tornando-se a verdade “a fonte de legitimação da atividade jurisdicional, porque é a única forma de fazer o povo acreditar e respeitar as decisões judiciais”⁴⁷.

Mais que isso, esse revestimento mítico acerca da verdade parece lhe impor uma correspondência com uma noção artificial⁴⁸ de eficiência, de acordo com a lógica de que o processo só é eficiente se alcançar a verdade, tida como semblante da justiça. Mas sendo essa absolutamente maleável, afinal, “a Verdade é o que é: um discurso vazio no qual o intérprete, como senhor do poder, mesmo sem o significado devido ou aceitável, dá ao sentido a estrutura – sempre ideológica – que quiser”⁴⁹, a noção de eficiência parece ficar à mercê da opinião pública, facilmente manipulada pela imprensa marrom ou pelo interesse da classe dominante, que frequentemente estabelecem entre “condenação” e “eficiência” uma identidade⁵⁰, sob uma falsa bandeira de combate à criminalidade.

⁴⁷ THUNS, Gilberto, **O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais**, in: CARVALHO, Salo de (Org.), *Leituras Constitucionais Do Sistema Penal Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 164.

⁴⁸ Apontamo-la como artificial, pois se é possível falar em qualquer eficiência processual, parece evidente que essa deve ser aferida a partir da observância ao procedimento e respeito às garantias que lhe envolvem, ao contrário de sua verificação a partir da lógica *business* de cumprimento de metas de produtividade estabelecidas em âmbito nacional, que impõe o julgamento de porcentagem X ou Y de ações criminais até o final do ano; e porcentagem essa que deve ser superior à quantidade de ações distribuídas no mesmo ano. Também ideológica, como se verá adiante, a ideia de “Gestão e Planejamento” do Poder Judiciário com um critério de metas evidencia o óbvio: não é possível qualquer controle de qualidade da esteira punitivo-penal; “(...) se os direitos fundamentais consistem em mandados de proteção, eles não estão sujeitos a curvas métricas de funcionalidade”, aponta GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 165. Mais sobre a ideia de metas judiciais pode ser visto no próprio site do CNJ: <https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metad/>. Acesso em 19 de novembro de 2021.

⁴⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Prefácio**. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

⁵⁰ “Não é pela punição a um maior número de pessoas, muitas vezes por infrações ridículas, que se pode dizer que a justiça é eficiente”. THUNS, Gilberto, **O Mito sobre a Verdade e os Sistemas**

O juiz, nesse sentido, personaliza uma espécie de figura sacerdotal que, revestindo-se do sagrado⁵¹ – da Verdade –, a apresenta como a única forma possível de se lidar com a violência. Mais do que qualquer outra coisa, então, a condenação enquanto verdade nada mais é do que a resposta esperada pelo caldo ideológico que constitui o “clamor das ruas”⁵². Isso surge em contraposição com a *verdade formal* do processo civil, a ponto de alguns autores afirmarem que “no crime, se a verdade formal predominasse, assim formalizada pelas partes, importaria na negação mesma do direito penal”⁵³.

Em decorrência disso, deixa-se de lado a concepção democrática do processo enquanto anteparo ao poder punitivo e condição⁵⁴ para a responsabilização criminal. Atropelam-se as garantias para consolidação de uma perspectiva funcional dos atos processuais que, a partir de então, devem todos conduzir invariavelmente à verdade, feita à imagem e semelhança da condenação.

Novamente, essa verdade aparece legitimadora do poder punitivo e vinculada ao sentir do povo, que na esperança de ser a sentença criminal a resposta para pacificação de seus conflitos⁵⁵, só pode entender a absolvição como fracasso. Assim, capitula-se também qualquer possibilidade de o processo tratar o acusado na chave da presunção de inocência: a busca da verdade já atribui sua culpa desde cedo, atribuindo à instrução a hercúlea tarefa de desbancá-la.

Processuais, in: CARVALHO, Salo de (Org.), *Leituras Constitucionais Do Sistema Penal Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 174.

⁵¹ Basta lembrar que a toga não é tão diferente assim da batina...

⁵² Para utilizar, ironicamente, da expressão utilizada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso. Cf. BOCCHINI, Bruno. **Em matéria penal, não há espaço para clamor das ruas, diz Barroso**. Agência Brasil, São Paulo, 27 de agosto de 2018. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2018-08/em-materia-penal-nao-ha-espaco-para-clamor-das-ruas-diz-barroso>. Acesso em 19 de novembro de 2021.

⁵³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Diretrizes do Processo no Código Penal**, Revista Forense, v. 94, n. 478–480. Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 23

⁵⁴ Nesse sentido, o tópico “d)” do artigo de LOPES JR, Aury, **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**, Revista Consultor Jurídico, 27/06/2014. Disponível em https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn5. Acesso em 21 de novembro de 2021.

⁵⁵ Sendo a sentença criminal a decisão de mérito por excelência no processo penal, a ideia do próprio processo penal como pacificador de conflitos sociais não é nada nova, sendo verdadeiro alicerce da “teoria geral do processo”. A título de exemplo, basta confrontar DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 28

2.

Nas sentenças analisadas, tudo isso é evidente. Conforme já apontado, é no espaço da ausência de provas que são forjadas *condenações de ofício*, cujo primeiro e principal pilar é a invenção da verdade a partir do valor atribuído aos depoimentos pelo juízo.

A partir da leitura das sentenças e de seu detido exame, foi possível constatar que a porção atinente a sua fundamentação é esvaziada por completo e dá espaço à reprodução de uma versão policialesca dos fatos que, quando muito, é enfeitada por um ou outro depoimento colhido durante a instrução processual, quase sempre da vítima ou do agente policial, e sempre confirmatórios do que foi elaborado à margem de qualquer contraditório.

Nesse movimento, o rígido processo de responsabilização criminal é simplesmente substituído pelo curto-circuito que ocorre entre o caderno policial e a condenação: até mesmo quando o Ministério Público reconhece a fragilidade da narrativa posta nas denúncias, que não passam de apostas nos elementos de informação inicialmente coletados, o bater do martelo encampa a parcial conclusão das investigações.

Repisa-se: absolutamente nada de novo parece ser produzido durante a instrução processual, que acaba sendo reduzida à confirmação de depoimentos prestados em delegacia. Mesmo nos processos em que documentos ou testemunhos refutam por completo o relato policial, essas provas são ignoradas em sua totalidade, como se nunca tivessem existido. Quando são abordadas, prepondera o cinismo que descaradamente as aponta como “mentirosas”, sem qualquer justificação. “Verdadeira”, nesse sentido, seria aquela versão dos fatos inicialmente apresentada pelo Ministério Público, que nada mais é do que a versão dos agentes policiais ou das vítimas (algumas vezes, dos dois), que já não mais encontra qualquer respaldo e que decerto não restou comprovada nos autos.

E talvez aqui se faça necessária a exposição do redundante: a tese de ausência de provas significa justamente que a hipótese acusatória não encontrou nenhum substrato ao longo do processo. Por consequência, eventual condenação só pode ser amparada em elementos extraprocessuais e, em certos casos, sequer pertencentes à realidade...

Exemplo cristalino disso são os casos em que o silêncio aparece como elemento condenatório. Se em uma conversa cotidiana o silêncio pode significar muito, no processo penal nenhuma conclusão pode ser extraída dele. É, em essência, ausência de dizer, plena corporificação da ausência de prova. Mesmo assim, é esse vazio probatório que é preenchido com a verdade do Juízo⁵⁶.

Tudo aquilo que foi produzido na instrução, então, é rejeitado como em um passe de mágica, apontando-se de forma simplória para o fato de que “não foi adotado o sistema acusatório puro”⁵⁷, e que, portanto, não há vinculação à valoração das provas tal como foi feito pelas partes. Nesse mesmo intuito, de se colocar absolutamente distante da prova produzida em contraditório (o que será visto com detalhes no terceiro item deste capítulo), até mesmo a independência funcional do juiz é evocada, apesar de essa ser garantia do acusado – em interpretação absolutamente teratológica e sem qualquer sentido, essa independência serve como justificativa da cooptação da acusação pelo julgador. Note-se, por exemplo, como isso surge em uma das sentenças:

O Código de Processo Penal em vigor admite que a condenação se dê nos referidos moldes, ao prever o seguinte:

Art. 385 - Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Tal dispositivo decorre da independência funcional do juiz que deve ser iluminado pela atividade jurisdicional motivada à luz do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, pelo qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a

⁵⁶ A ocupação desse vazio também é possibilitada pelo livre convencimento, que será visto adiante. Por ora, vale lembrar que o traço autoritário de se interpretar o silêncio em desfavor do réu aparece na própria exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1940: “É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, a formação do convencimento do juiz”. CAMPOS, Francisco. **Exposição de Motivos do Código de Processo Penal**, 1940.

⁵⁷ Essa construção, de que “não foi adotado o sistema acusatório puro”, surge de maneira absolutamente idêntica em ao menos 16% das sentenças. Em outras, aparece com variações de estrutura, mas remetentes ao mesmo sentido.

preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Processo nº 1501276-15.2019.8.26.0361 – nº de ordem 50 - juiz Tiago Ducatti Lino Machado. Grifos no original).

Ou seja: para que a condenação seja o resultado útil do processo, dá-se a volta que for necessária para justificá-la como verdadeira. Flexibiliza-se a rigidez da forma para que os autos sejam capazes de receber elementos externos, tais como aqueles que seriam a prova cabal da condenação, mas que só existem no ideário do julgador. A busca da verdade como objetivo do juízo, dessa forma, é o suporte primordial de um sistema processual penal inquisitório (e toda barbárie que o acompanha)⁵⁸ porque é esse “dirigismo judicial”⁵⁹ que faz desaparecer as fronteiras entre acusador e julgador e, em última instância, a própria distinção entre as partes.

Perceba, nesse sentido, que não é a aglomeração de funções que faz do julgador um sujeito⁶⁰ interessado pela verdade, mas sim o contrário. É seu dirigismo nesse sentido que lhe retira a imparcialidade, extrapolando os limites do processo. Acerca disso, são melhores as palavras de CARVALHO:

Se desde o ponto de vista da tradição inquisitiva revigorada pelo discurso científico ilustrado, ao magistrado cabe a revelação final da verdade, fundamental que o prolator exerça papel comissivo no processo, ultrapassando, se necessário, os limites formais que o diferenciam das partes e atuando exaustivamente na instrução. **Neste cenário, os limites aos poderes instrutórios do juiz são obstáculos incômodos que devem ser transpostos em nome do ideal de verdade (vontade de verdade).**⁶¹
(Grifamos)

Nessa transposição em nome da verdade, opta-se politicamente por um juiz que não só é receptor da prova, mas que ativamente realiza sua gestão, formando sua convicção de maneira monológica, à parte de qualquer contraditório e direcionado

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**, Revista da Faculdade de Direito UFPR, a. 30 n. 30, 1998, p. 195.

⁵⁹ KHALED JR., Salah H., **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para além da ambição inquisitorial**, São Paulo: Atlas S.A, 2013. p. 432

⁶⁰ A opção léxica por “sujeito” não é acaso. O significado que atribuímos ao significante se tornará claro no capítulo seguinte, quando mergulharmos na concepção de ideologia e sua aplicação para a presente monografia.

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 74.

à neutralização de inimigos que ele próprio cria⁶², como sintoma de seu domínio pela ideologia. Tenta-se remover quaisquer obstáculos nessa dinâmica de neutralização; não à toa, o próprio processo é apontado como o problema⁶³, já que por mais que fragilizado, esse de alguma forma ainda é necessário para concretização da punição.

Essa opção política está tão consolidada que muitos ousam apontá-la como princípio fundante de nosso processo penal, com o intuito de ocultar seus vínculos autoritários. É exatamente esse encobrimento da gênese que, em paralelo com a legitimação do poder, reforça a *busca da verdade real* como verdadeiro mito⁶⁴.

E ao se colocarem sob o olhar do microscópico as sentenças analisadas, o evocar desse mito denuncia, logo de cara, outro problema de igual proporção. Estamos falando da inabilidade do Judiciário paulista no manejo e valoração da prova: há um completo fracasso na construção de uma mínima certeza acerca dos fatos do caso penal, sobre os quais deveria incidir a análise do conceito analítico de fato punível. A consequência disso é evidente: se não há certeza mínima acerca dos fatos e se da delegacia ao bater do martelo tudo que existe é uma narrativa policialesca, então a valoração de prova feita pelo juízo só pode ser delirante, baseada na existência de um falso inimigo cujo combate e neutralização são necessários.

Esse delírio, por sua vez, é escorado naquilo que muitos estabelecem como princípio: o livre convencimento motivado. A próxima seção deste capítulo se dedica exclusivamente à crítica desse outro mito, verdadeira amálgama das *condenações de ofício*.

⁶² Ao cabo, pensando o crime a partir de política criminal e políticas públicas, parece que a criação de inimigos para neutralizá-los é, sem dúvida, um tiro no próprio pé. Essa autossabotagem lembra a anedota de James Jesus Angleton, chefe da seção de contrainformação da CIA durante quase duas décadas, durante a guerra fria. A premissa de seu trabalho era a crença absoluta em uma conspiração organizada pela KGB cujo objetivo era dominar completamente a rede de informação ocidental. Por conta disso, Angleton rejeitou como falsos desertores inúmeros desertores da KGB, que ofereciam informações inestimáveis. O resultado foi o absoluto fracasso de seu trabalho – enquanto era chefe de supracitada seção, nenhum verdadeiro agente duplo foi descoberto; a própria paranoia de Angleton foi o que paralisou o serviço secreto antissoviético dos Estados Unidos de suceder em seu fim declarado. Assim é o próprio sistema de justiça criminal, que ao anunciar a verdade apenas nas condenações, sabota sua declarada tarefa de ser instrumento de pacificação social.

A anedota pode ser encontrada em *Gestos vazios e performativos: Lacan se defronta com a conspiração da CIA. (Capítulo 1)*. In: ŽIŽEK, Slavoj, **Como ler Lacan**, Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

⁶³ MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar, **O problema é o processo**, Blog do Fausto Macedo - Jornal O Estadão, 29/03/2015. Disponível em <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tags/operacao-lava-jato/>.

⁶⁴ KHALED JR., Salah H., **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para além da ambição inquisitorial**, São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 483.

2.2. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (?)

Do ponto de vista epistêmico, há que se apontar, de início, que a ideia de livre convencimento motivado⁶⁵ é absolutamente incompatível com a busca da verdade real, não obstante esses dois supostos princípios operem de maneira coordenada na *praxis* forense. Essa incompatibilidade se observa de pronto se tomamos por base o que já foi dito no início da seção anterior, de que a noção de *verdade real* remete à uma noção da verdade enquanto adequação do intelecto com o real⁶⁶.

Se a medida da verdade é a própria realidade e se essas são (ou deveriam ser) coincidentes, não é possível e nem é preciso que exista qualquer convencimento do juízo acerca do que aconteceu. A gravidade não precisa convencer ninguém a seu respeito para que exerça sua força; o céu não precisa do respaldo de ninguém para que seja azul, apenas o é. O objetivo do processo de alcançar a *verdade*, nesse sentido, demandaria do julgador que apresentasse a realidade, apenas, e não que se convencesse sobre ela⁶⁷.

Entretanto, não é isso o que ocorre no cotidiano do sistema de justiça criminal. No lugar, a Verdade é substituída por uma construção da verdade, essa que é baseada na ideia de *livre convencimento motivado*, que deveria incidir sobre as provas que foram produzidas ao longo de todo o processo, mas que acaba por incidir sobre os elementos de informação colhidos durante a fase do inquérito. Aqui, como o exame qualitativo das *condenações de ofício* mostra que a maior parte das sentenças possui em sua fundamentação nada mais do que a reprodução de um relato policial, e não a fundamentação da responsabilidade penal a partir da subsunção de fatos à norma pela dogmática, o *livre convencimento motivado* funciona como carta-coringa para justificar a condenação a partir de uma versão dos fatos que não surgiu ao longo da instrução ou, nos poucos casos em que surgiu, foi brutalmente contestada por ambas as partes.

⁶⁵ Também chamado de sistema ou princípio de persuasão racional, que como será visto, não é nada racional e permite que primeiro se decida, para depois se fundamentar essa decisão.

⁶⁶ Conforme a célebre frase latina de Tomás de Aquino: *veritas est adaequatio intellectus et rei* - a verdade é a adequação entre o intelecto e as coisas.

⁶⁷ O que implica, no mínimo, que a noção de verdade é consensualmente construída.

Do ponto de vista técnico, nesse sentido, a crítica das sentenças sequer permite que falemos em valoração de *prova*, *stricto sensu*, já que o julgador pouco as aprecia. O que se valora, sobretudo, são *elementos de informação* produzidos no inquérito policial. A distinção parece filigrana terminológico-jurídica, mas é importante porque só é possível se falar em *prova* se essa for produzida no contraditório, esse que será o objeto da próxima seção desta monografia.

Igualmente, poderia se contestar o uso da própria terminologia *livre convencimento motivado*, se considerarmos que esse é tido de maneira precípua como um sistema de valoração de *provas*, e não elementos informativos. Dessa forma, esse sistema deveria se basear na imposição de limites para valoração daquilo que foi produzido dentro do processo, e não fora dele. Apesar disso, a pesquisa empírica e a literatura demonstram que o dito “princípio” extrapola em muito os limites desse processo, indicando que há uma decisão prévia do juiz pela condenação, quando esse de pronto se depara com o que foi produzido no inquérito policial.

A livre convicção, portanto, permite o vazamento do inquérito para dentro do processo, contaminando-o por completo, fazendo deste mero procedimento de ratificação daquele, como afirma GLOECKNER:

(...) se os elementos do inquérito policial podem (desde que não exclusivamente) subsidiar a decisão do juiz, tem-se na realidade, a estrutura de um “sistema misto”, um código no qual aquilo que realmente importa é construído na fase preliminar, sendo a fase judicial, mero procedimento ratificatório do primeiro.⁶⁸

E é dessa forma que se atribui o *status* de prova ao elementos investigativos:

Os elementos decisivos estariam sendo produzidos em plena investigação preliminar, cuja função declarada seria aquela de oferecer indícios para possibilitar o embasamento da denúncia. Mas, que na sua operatividade concreta, no que concerne às suas funções não declaradas, estaria a garantir determinados “usos probatórios”, que podem ser interpretados como ‘dações

⁶⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 415

de sentido ou empréstimos de valor probatório àquilo que, em não sendo efetivamente prova, passa a valer enquanto tal.⁶⁹

Na assepsia de sua operatividade concreta, o livre convencimento motivado é absolutamente deletério para o processo penal. Seus efeitos são projetados inclusive para o tema da ilicitude da prova: se são admitidos livremente quaisquer meios de prova, todos de valor relativo ao critério da subjetividade do juiz, então não há qualquer controle sobre a produção da prova, propriamente.

Isso se articula com o que já fora dito acerca da verdade: mesmo que a prova seja ilícita, se o juízo a entender como verdadeira, será ela purgada e funcionará como fundamento para condenação. Mais importa, no ideológico ideário da magistocracia, que se faça aquilo que entendem como justiça; nada mais que um discurso de pânico moral⁷⁰. E ainda que a prova ilícita seja censurada, rechaçada e mesmo desentranhada, parece ingênuo o entendimento de que o juiz que com ela teve contato não sofrerá qualquer de sua influência na hora de decidir.

Essa ingenuidade é assinalada pela psicologia cognitiva, seja com o Teorema de Thomas⁷¹, seja com o fenômeno da ancoragem⁷². Por isso, entendemos que o contato com a prova ilícita deve impossibilitar o julgador por completo de prosseguir com a análise do feito, a exemplo do que determinou parcialmente⁷³ a Lei nº

⁶⁹ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 397

⁷⁰ “*Societies appear to be subject, every now and then, to periods of moral panic. A condition, episode, person or group of persons emerges to become defined as a threat to societal values and interests; its nature is presented in a stylized and stereotypical fashion by the mass media; the moral barricades are manned by editors, bishops, politicians and other right-thinking people; socially accredited experts pronounce their diagnoses and solutions; ways of coping are evolved or (more often) resorted to; the condition then disappears, submerges or deteriorates and becomes more visible*”. COHEN, Stanley, **Folk devils and moral panics: The creation of the Mods and Rockers**, 3. ed. New York: Routledge Classics, 2011, p. 1-2.

⁷¹ THOMAS, Dorothy Swaine; THOMAS, William Isaac, **The child in America: Behavior problems and programs**, New York: Alfred A. Knopf, 1928, p. 572.

⁷² A ancoragem, para a psicologia, pode ser vista em KAHNEMAN, Daniel, **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 130-139 [e-book]. Pensada para o sistema de justiça criminal, ver SCHÜNNEMANN, Bernd, **O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental**, Tradução de José Danilo Tavares Lobato, Revista Liberdades, n. 11, set./dez. 2012, p. 30–50, a partir dos estudos de Leon Festinger.

⁷³ Parcialmente porque impede apenas a prolação de sentença ou acórdão, mas admite que continue a decidir nos autos até esses momentos, potencialmente determinando diversas medidas restritivas de liberdade, enquanto contaminado pelo conteúdo da prova declarada ilícita.

13.964/2019 (popularmente chamada de “Lei Anticrime”), com a nova redação do art. 157, §5º do CPP: “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”. Infelizmente, a norma está suspensa em virtude de decisão monocrática tomada pelo Ministro Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF.

Não obstante, entendemos que a própria Constituição da República autoriza que o processo seja redistribuído a um novo julgador, a partir do disposto no art. 5º, inc. LVI c/c LVII. Nesse sentido, parece equivocada a afirmação de que o livre convencimento motivado teria superado o sistema legal de provas, também chamado de prova tarifada. Há uma espécie de coexistência entre eles, e não necessariamente isso é algo ruim, à medida em que a pré-delimitação de valor para determinados tipos de prova pode servir como amarra ao poder punitivo. Especialmente quando essa delimitação é pensada a partir de uma lógica negativa, isto é: impõe-se ao julgador o dever de não considerar uma prova, ou ao menos de não decidir exclusivamente com base nela.

Basta ver, acerca disso, a imposição constitucional de que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícitos”, ou ainda o texto do art. 197 do CPP, que impõe ao juiz cotejar a confissão com outras provas e não decidir com base exclusiva nessa confissão. Ainda: a impossibilidade de decidir unicamente com base nos elementos informativos colhidos da investigação (art. 155, CPP) e a necessidade de corpo de delito em crimes que deixam vestígios (art. 158, CPP) etc.

O problemático, no entanto, é a utilização do livre convencimento motivado e da busca pela verdade para descartar por completo as hipóteses de tarifação de prova previstas em lei. Como há todo um arranjo autoritário que permite que a ideologia se entranhe no processo para que então ela seja a responsável pela condenação – e essa é nossa tese –, a existência de imposições normativas de valoração ou desconsideração da prova é solapada pela arbitrariedade e subjetividade judicial.

Isso se observa, de alguma forma, em todas as sentenças. Dá-se mais credibilidade ao testemunho policial e/ou da vítima, desabonando-se qualquer depoimento que refute os fatos, considera-se como admissível prova ilegal, e o silêncio é utilizado como sinônimo da confissão:

Essas contradições não são compatíveis com a situação de quem pode explicar adequadamente os fatos e **evidenciam, ao contrário, que as testemunhas estão mentindo, fazendo cair por terra a versão apresentada pelo réu.** De outro lado, o policial militar Mauro, após ler seu depoimento prestado na fase policial, relatou que (...). O policial Willians, por sua vez, disse que não se lembrava dos fatos, tendo reiterado o depoimento que prestou na fase policial. (...). A prova acusatória consistente em depoimentos de policiais é tão válida quanto outra qualquer, desde que tais testemunhos sejam insuspeitos, sérios e coerentes. **Acrescento que a presunção de imparcialidade, retidão e lisura deve ser em favor da autoridade pública,** que age no estrito cumprimento do dever legal (...). Logo, não há qualquer razão para se supor que os policiais transitarium com uma sacola com tamanha quantidade de entorpecentes e dinheiro para imputar sua posse falsamente a pessoa inocente. (Processo nº 0012528-52.2015.8.26.0451 – nº de ordem 23 – sentença proferida pela Juíza Gisela Ruffo. Grifamos)

Contudo, em Juízo, permaneceu em silêncio (...). O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito inclui-se até mesmo a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. **Porém, não se pode olvidar que a postura de permanecer calado mostra-se incompatível com aquela de quem se diz inocente.** Este, por óbvio, clama por seu estado de inocência quando é preso. (Processo nº 0000828-84.2016.8.26.0535 – nº de ordem 58 – sentença proferida pelo Juiz Caio Ferraz de Camargo Lopasso)

A obsessão pela verdade real, suportada pelo livre convencimento, organiza simbolicamente o imaginário do magistrado em torno da instrumentalização do processo para produzir a condenação que já se tem por estabelecida. Aqui, já em direção ao próximo capítulo, essa instrumentalização permite também que a sentença exceda por completo os termos da acusação (e o pedido final daquele que inicialmente a formula).

Nessa linha, LYRA menciona especificamente o art. 385 do CPP, de onde parte a presente monografia:

(...) o juiz aprecia, livremente, as provas e as definições jurídicas. Pode condenar *ultra* e *extra petitem*, proporcionar outros enquadramentos, condenar, apesar do pedido de absolvição, e aplicar pena mais grave do que a postulada (artigos 383 a 385).⁷⁴

Eis como se inicia o esfacelamento do contraditório: ao torná-lo acessório e até mesmo prescindível quando esse coloca em risco a ideológica verdade que se quer obter.

2.3. UM CONTRADITÓRIO FAZ DE CONTA PARA UMA CONDENAÇÃO DOLOROSAMENTE REAL

A demonstração de como as *condenações de ofício* também são viabilizadas a partir da perspectiva do esfacelamento do contraditório é, para nós, a “cereja do bolo” do autoritarismo da sistemática processual penal brasileira. Pertinentes à esta monografia, existem duas facetas diferentes das sentenças que demonstram a fragilização do contraditório e, por consequência, do próprio processo penal.

Ambas já foram introduzidas anteriormente. São, em síntese, as facetas (i) da preponderância do inquérito policial como base do decidir condenatório e; (ii) da possibilidade de condenação *ex officio* (ou mesmo *extra petita*⁷⁵, nos termos supracitados de LYRA) fundada em uma versão dos fatos que não foi posta por nenhuma das partes.

Em relação ao primeiro aspecto, ainda que muito já tenha sido dito, cabe uma pequena explicação específica no que concerne ao contraditório (ou sua ausência, neste caso). As sentenças analisadas demonstram de maneira evidente como por detrás de sua fundamentação existe uma concepção extremamente distorcida do que é o dito contraditório. O tratamento desse como princípio, explica GLOECKNER,

⁷⁴ LYRA, Roberto, **Código de Processo Penal de 1941**, in: Direito Penal Normativo, 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 64–65.

⁷⁵ Entendemos que, para esta monografia e para as condenações aqui abordadas, são intercambiáveis as expressões condenação *ex officio* e condenação *extra petita*. Ainda que parte da doutrina e jurisprudência vejam com maus olhos a afirmação de que o pedido ministerial absolutório é verdadeira renúncia da acusação, entendemos que o pedido feito em alegações finais substitui aquele inicialmente colocado, que não mais subsiste. Assim, há verdadeira desistência da acusação, impossibilitando o exercício do poder punitivo – aquele é condicionante deste.

“contribui decisivamente para que suas funções declaradas se esgotem em um universo retórico e simbólico”. E prossegue:

O contraditório não é princípio, mas “técnica de coleta probatória”. Portanto, a oralidade consiste em seu núcleo fundamental. Os depoimentos contidos na fase policial servem como elementos para ditar limitações à oralidade e à imediatidade da prova. Sendo o contraditório um método, tal método é falho quando elementos escritos servem para transformar oralidade e imediatidade em testemunhos ratificatórios, o que consiste na transformação da fase judicial em uma pantomima, em uma teatralização dos elementos previamente recolhidos ou, como afirma CORDERO, em um campeonato de oratória.⁷⁶

Dessa forma, a ressignificação da técnica em princípio permite a flexibilização do valor que deveria ser atribuído à determinada prova. Insistimos na tecla: os elementos colhidos no inquérito policial tornam-se componente principal da condenação. São justificados pela figura fictícia de um contraditório que se apresenta como “diferido”, que consiste na mera confirmação, em juízo, daquilo que foi unilateralmente produzido em delegacia. O fenômeno é recorrente:

Observo que não há irregularidade se o depoimento de um dos policiais, colhido no curso do inquérito policial, foi ratificado na fase judicial, em respeito aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. (Processo nº 0012528-52.2015.8.26.0451 – nº de ordem 23 – sentença proferida pela Juíza Gisela Ruffo)

O reconhecimento fotográfico feito diante da autoridade policial, ratificado em Juízo, portanto, sob a proteção do contraditório, é prova de singular importância para a descoberta da autoria (...). (Processo nº 0000027-68.2015.8.26.0224 – nº de ordem 55 – juiz sentenciante Caio Ferraz de Camargo Lopasso)

Os policiais civis ouvidos em juízo, na qualidade de testemunhas, portanto sob o crivo do contraditório e ampla defesa, confirmaram como se dera

⁷⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 423.

apreensão do entorpecente. (Processo nº 0013133-77.2015.8.26.0554 – nº de ordem 25 – juiz sentenciante Jarbas Luiz dos Santos)

E mesmo nos pouquíssimos casos em que a Defesa (o Ministério Público nunca se insurge nesse sentido) traz a condenação de ofício e o uso do art. 385 do CPP como violação ao contraditório, o juiz rebate apontando que a ele é permitido julgar com base no livre convencimento e em busca da verdade. Assim organizam-se todos os mitos em prol da condenação:

Deste modo, respeitado o entendimento contrário e não se entrevendo violação ao princípio da correlação entre imputação e sentença, assim à vista do disposto no artigo 385, do Código de Processo Penal, dispondo que poderá o juiz proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha reclamado a absolvição, já que não se adotou em nosso ordenamento o sistema acusatório puro, tampouco conflito entre aquela disposição e o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal. Ademais, não se pode ignorar que, superada a fase inquisitória, com a deflagração da ação penal, emerge ao acusado o direito a um julgamento a partir do **contraditório** estabelecido, não se podendo afastar o exercício da jurisdição na solução material do conflito (art. 5º, XXXV, CF). E a solução do conflito passa pelo impulso oficial do processo, conferindo inclusive ao julgador a iniciativa de diligências e de medidas cautelares, cabendo a ele o exame da prova produzida, da qual é destinatário natural, para, a final, obter o desiderato da busca da **verdade real**, limitando-o apenas a motivação expressa de seu **livre convencimento**. (...). Deste modo, o *jus puniendi* não é regido por critérios de oportunidade ou conveniência, submetendo-se ao princípio maior da busca da verdade real, por isto que o juiz poderá proferir sentença condenatória ainda que o Ministério Público tenha reclamado a absolvição (...). (Processo nº 3011996-15.2013.8.26.0510 – nº de ordem 07 – juiz sentenciante Durval José de Moraes Leme)

O contraditório acaba se limitando, portanto, à disputa (quando existente) daquilo que já foi produzido, e não propriamente à produção da prova, como deveria ser. A Defesa chega ao processo e à discussão do caso penal quando esse parece já ter sido concluído, fazendo de sua presença mera formalidade para que a condenação ocorra. Independentemente das teses que lance, da análise que faça, da prova que produza – essa sim, em contraditório -, o desfecho é sempre o mesmo.

Mesmo o Ministério Público parece ocupar uma posição de mera formalidade, já que os elementos de informação colhidos nas delegacias de polícia deixam de servir apenas como indícios para o oferecimento da Denúncia, e passam a ser o cerne justificatório da pretensão punitiva. Salta-se do indício à condenação, disso não há dúvida. Nesse aspecto, falar em “contraditório esfacelado” é puro eufemismo, porque em realidade ele parece ser absolutamente inexistente.

Já em relação à possibilidade de julgamento *ex officio/extra petita* a partir de um contraditório fragilizado, a crítica desse fenômeno nos remete novamente à análise de GLOECKNER, para compreendermos o contraditório como técnica, de maneira a vincular a sentença judicial também à valoração feita pelas partes em relação à prova. Não pode o julgador, portanto, inovar em relação à interpretação dos autos, até porque a distinção entre fato e direito é fictícia; sendo o Direito uma disciplina normativa, os fatos necessariamente passam pela linguagem jurídica e pela subsunção (ou sua tentativa de subsunção) à norma.

Em outras palavras: *ainda que* a sentença não seja fundamentada em nenhum elemento do inquérito policial, ela não pode se basear em uma terceira narrativa/valoração do que foi produzido durante a instrução. Pode, tão somente, encampar as versões da Defesa ou do Ministério Público. Se dessas resultar dúvida ao juízo, necessária a absolvição.

Desnecessário dizer, a esta altura e novamente, que não é isso que se observou na pesquisa. Pelo contrário: em absolutamente todas as sentenças há algum tipo de inovação no juízo feito acerca das provas. É assim que no “era uma vez” condenatório, o contraditório não passa de um faz de conta.

2.4. CONCLUSÃO PARCIAL

Para que seja possível avançar para o próximo capítulo, é preciso ter claro o percurso até aqui. Serve a presente conclusão parcial, então, como pequena síntese daquilo que já foi abordado.

Partimos da primeira parte do art. 385 do Código de Processo Penal para analisar aquilo que denominamos como *condenações de ofício*; isto é, sentenças penais condenatórias proferidas a despeito de pedido de absolvição formulado pelo

próprio Ministério Público. Investigando empiricamente a dinâmica de 102 dessas sentenças (que cumularam na censura de 122 réus), não foi possível identificar nenhum elemento especial, à parte de um, que pudesse explicar a razão de ser dessas condenações. Descrevemos, apenas, *como* são esses processos.

E disso, percebemos que, nesses casos, independentemente dos predicados dos réus, das acusações feitas, dos supostos crimes praticados e, pior, das alegações apresentadas tanto pela Defesa quanto pelo Ministério Público, a condenação já era certa. O único elemento comum à esmagadora maioria das sentenças foi a coincidência da tese ministerial e defensiva de *ausência de provas* com uma condenação baseada em prova testemunhal, oriunda do inquérito policial, ainda que ratificada durante o processo.

Com base nesse único elemento e da leitura detalhada das sentenças criminais, foi possível entender como são viabilizadas as condenações abordadas. Demonstramos, nesse sentido, o papel primordial desempenhado pela mobilização dos mitos da *busca da verdade real* e do *livre convencimento motivado*, em aliança a uma noção fragilizada do que é o contraditório no processo penal, todos reafirmados por uma intoxicante teoria unitária de processo.

Mesmo a promulgação da Constituição em 1988 foi incapaz de frear os autoritários e deletérios efeitos da adoção dessa teoria na seara criminal. A tentativa de estabelecimento de uma espécie de sistema “misto”, que também abrigasse elementos do acusatório, é completamente vã, à medida em que o sistema processual penal permanece a ter como guia o mesmo princípio de outrora, o inquisitório. Novamente, citamos GLOECKNER em decorrência de sua convincente conclusão de que “o significativo vazio *instrumentalidade*” – e por consequência, todos os elementos abordados anteriormente, entendemos – “foracluiu a ordenação constitucional do processo penal”. Constituição essa que passa a aparecer como “alucinação, como discurso alucinado”⁷⁷. A permanência de elementos autoritários, dessa forma, é quase redundante, diante de todo o arranjo posto.

Toda essa análise, todavia, não esclarece de maneira própria o *porquê* se condena mesmo havendo pedido ministerial em sentido contrário. Na verdade, a explicação do fenômeno que estamos chamando de *condenações de ofício* não

⁷⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 77.

parece se encontrar no campo do *saber*, ainda que conte com sua instrumentalização, nos termos do que foi exposto no capítulo anterior. Ao contrário, o que se pretenderá demonstrar neste próximo capítulo é que a resposta se encontra sobretudo no campo do *fazer*: o combustível da locomotiva repressora com a qual nos deparamos é, essencialmente, a ideologia.

Que ideologia é essa, quais suas características e como ela transborda nos processos criminais analisados para garantir a condenação é precisamente aquilo que apontaremos neste momento. Para isso, é preciso partir de Marx, mas ir além dele.

CAPÍTULO 3

O TRANSBORDAR DA IDEOLOGIA

3.1. IDEOLOGIA EM SENTIDO ESTRITO

Não há uma definição única e plenamente adequada para *ideologia*. O termo, como aponta EAGLETON, “tem toda uma série de significados convenientes, nem todos eles compatíveis entre si”⁷⁸.

O ponto de partida da discussão moderna de ideologia, e aproveitando o que nos importa, então, está no trabalho de Karl Marx. Ainda que sua visão acerca do problema esteja espalhada em sua obra e não seja de toda linear, sua discussão definitivamente não é supérflua, como aponta BIRNBAUM⁷⁹, sobretudo se nos valermos de autores que tem por pressuposto a crítica do valor, como é o caso.

Antes de adentrarmos na concepção de ideologia com a qual trabalharemos nesta monografia – a de Louis Althusser –, cabe um pequeno aparte que, aliás, é feito pelo próprio autor em *Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado*. Referimo-nos à necessidade de se apontar, antes de se trabalhar com ideologia e com os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE), algo que foi constatado pelo próprio MARX, mas cuja construção é melhor nas palavras de ALTHUSSER:

(...) até uma criança sabe que se uma formação social não reproduz as condições da produção ao mesmo tempo que produz não conseguirá sobreviver um ano que seja. **A condição última da produção é, portanto, a reprodução das condições da produção.**⁸⁰ (Grifamos)

Não nos lançaremos a repetir todo percurso feito por Althusser na explicação desse enunciado. Tomaremos esse caminho como pressuposto para afirmar, apenas, que a ideologia tem como fator determinante em sua constituição o *modo de produção*

⁷⁸ EAGLETON, Terry, **Ideologia: Uma introdução**, São Paulo: Boitempo, 1997, p. 15.

⁷⁹ BIRNBAUM, Norman, **The Sociological Study of Ideology (1940-60): A Trend Report and Bibliography**, Current Sociology 9, no. 2 (June 1960): 91–117, p. 92.

⁸⁰ ALTHUSSER, Louis, **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**, 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 9. A citação é uma adaptação do original em MARX, Karl. Carta a Kugelmann (11 de julho de 1868): “qualquer criança sabe que uma nação morreria se parasse de trabalhar, não direi por um ano, mas por algumas semanas”.

e suas *relações de produção*, e que ela serve à reprodução dessas, de maneira recíproca. Afinal, a reprodução da força de trabalho se dá “nas formas e sob as formas da sujeição ideológica”⁸¹.

Para Althusser, essa sujeição é produto dos Aparelhos Ideológicos de Estado⁸², que se diferenciam do Aparelho (repressivo) de Estado porque enquanto aqueles funcionam sobretudo pela ideologia, esses o fazem pela violência. Essa distinção, que é elucidativa, comporta certa exceção casuística, como reconhece o próprio filósofo francês: certos elementos podem pertencer simultaneamente ao Aparelho de Estado e ao sistema dos AIE, e o exemplo fornecido é justamente o nosso, o do Direito.

Não há qualquer dúvida que o Direito, especialmente o Penal, pertença ao Aparelho Repressivo de Estado. Em nível superficial, é voltado para repressão de delitos e execução das penas criminais, carecendo de uma verdadeira política criminal⁸³; em nível mais profundo, é o principal meio de controle social na sociedade contemporânea, exercido pelo medo ou pela neutralização da massa populacional excedente à dinâmica do capital. Assim nos ensina CIRINO DOS SANTOS:

(...) na perspectiva das classes sociais e da luta de classes correspondente, **o Direito Penal garante as estruturas materiais em que se baseia a existência das classes sociais** – o capital (como propriedade privada dos meios de produção e de circulação da riqueza) e o trabalho assalariado (como energia produtora de valor superior ao seu preço de mercado) –, **assim como protege as formas jurídicas e políticas que disciplinam a luta de classes e instituem o domínio de uma classe sobre outra**.⁸⁴ (Grifamos)

Como Aparelho Ideológico de Estado, também não duvidamos da capacidade do sistema de justiça criminal. Longe disso: em certos casos – como o nosso, das

⁸¹ ALTHUSSER, Louis, **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**, 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 21-22. Igualmente importante a seguinte passagem: “(...) diremos que a reprodução da força de trabalho exige não só uma reprodução da qualificação desta, mas, ao mesmo tempo, uma reprodução da submissão desta às regras da ordem estabelecida, isto é, uma submissão desta à ideologia dominante (...)”

⁸² Como também aponta Michel Pêcheux: “(...) a luta de classes perpassa o modo de produção como um todo, o que, no campo da ideologia, significa que a luta de classes ‘passa’ pelo que Althusser chamou de Aparelhos Ideológicos de Estado”. PÊCHEUX, Michel. **O mecanismo do (des)conhecimento ideológico**. In: ŽIŽEK, Slavoj (Org.), *Um mapa da Ideologia*, Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

⁸³ Ver nota de rodapé 4.

⁸⁴ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 30-31.

condenações de ofício –, entendemos que seu caráter é majoritariamente ideológico, para orientar a repressão. Tem por objetivo a justificação do injustificável e a normalização do anormal⁸⁵: elimina seletivamente os inimigos que ele próprio constrói.

Trabalharemos, portanto, nessa dualidade, sem nunca perder de vista que o sistema de justiça criminal é concomitantemente *Aparelho (repressivo) de Estado* e *Aparelho Ideológico de Estado*. O que permite afirmar a teoria althusseriana como a mais adequada para enfrentamento do problema posto nesta monografia, no entanto?

A resposta para essa pergunta está precisamente na compreensão de Althusser que a ideologia é sempre resultante e existente de práticas materiais (concretas) que, por sua vez, são reguladas por rituais também materiais, esses definidos pelo aparelho ideológico. Essa lógica descaracteriza por completo a leitura marxista clássica de ideologia como “falsa consciência”, no sentido de ilusão ou manipulação do sujeito. Ao invés: a ideologia “não é uma ilusão do tipo onírico que construímos para escapar à realidade insuportável”⁸⁶, mas sim um “sistema de representações dotado de existência”⁸⁷ e prevalência prático-social que, a partir da constituição de sujeitos⁸⁸, molda a própria realidade.

Dessa forma, retomamos aqui a ideia introduzida no final do último capítulo, de que a ideologia opera essencialmente no *fazer*. E, por conta disso, entendemos que ela é a chave de explicação das *condenações de ofício*, à medida em que esculpe o sujeito que é o seu protagonista (o juiz), impondo que ele produza tais condenações. A imposição, aqui, está contida na noção de sujeito de maneira contraditória: sujeito é, ao mesmo tempo, uma subjetividade livre e responsável pelos seus atos; de outro lado, é um ser submetido a uma autoridade superior, desprovido de toda a liberdade. Isso nos leva à conclusão de que apesar de existir certa liberdade por parte do juiz dentro dos processos criminais analisados, a condenação é o único “resultado” possível. A ideologia lhe tolhe todas as outras escolhas: à medida que lhe é constitutiva, impõe o juízo de censura.

⁸⁵ Cf. FOUCAULT, Michel, **Surveiller et punir.**, Petrópolis: Vozes, 1987.

⁸⁶ ŽIŽEK, Slavoj (Org.), **Um mapa da Ideologia**, Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 323.

⁸⁷ ALTHUSSER, Louis, **Por Marx**, Campinas: Editora da Unicamp, 2015, p. 192.

⁸⁸ “A ideologia representa a relação imaginária dos indivíduos com as suas condições reais de existência. (...) chega-se à conclusão de que na ideologia, ‘os homens se representam sob uma forma imaginária as suas condições de existências reais’” Eis o porquê da constituição de sujeitos. ALTHUSSER, Louis, **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**, 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 79.

Antes de demonstrarmos como se observa o transbordar da ideologia na prática, ligando a teoria às descobertas da pesquisa empírica apresentada acima, cabe uma pequena ressalva. Para Althusser, a ideologia é uma só: é a dominante, aquela que assegura a manutenção das relações de produção e que constitui os sujeitos nelas inseridos, conforme já se expôs. Quando se fala em “outras ideologias”, portanto, essas nada mais são do que afluentes daquela, ainda que delimitadas a um contexto especial, seja para fins persuasivos, discursivos, ou mesmo didáticos.

Usaremos, nessa linha, a expressão *ideologia punitiva* para nos referirmos especificamente à faceta da ideologia [da classe dominante] que tem por objeto a criação de inimigos e seu controle (leia-se neutralização, sobretudo pela criminalização e, a partir dela, limitação de mobilidade social) como meio necessário para reprodução das condições e relações de produção. Afinal, são esses os objetivos reais do Direito Penal. Novamente, CIRINO DOS SANTOS:

O conceito de *modo de produção* da formação social, formado pela articulação de *forças produtivas* em determinadas *relações de produção* da vida material, permite identificar os *objetivos reais* do Direito em geral – cuja existência é encoberta pelos *objetivos declarados* do discurso jurídico oficial – que revelam o significado político do Direito Penal como instituição de garantia e de reprodução da estrutura de classes da sociedade, da desigualdade entre as classes sociais, da exploração e da opressão das classes sociais subalternas pelas classes sociais hegemônicas nas sociedades contemporâneas – esclarecendo, complementarmente, a formação econômica das classes sociais nas relações de produção e a luta política dessas classes sociais no terreno das **ideologias** – por exemplo, nos sistemas jurídicos e políticos de controle social –, rompendo, assim, a “opacidade” do real produzida pelo discurso jurídico oficial dos *objetivos declarados* do Direito Penal.⁸⁹ (Grifamos)

À luz desses esclarecimentos, pode-se mergulhar na materialidade ideológica das *condenações de ofício*. Aqui, a ideologia encontra, quando não coincide, com os traços autoritários abordados no capítulo anterior. É a prática discursiva das condenações que denuncia a ideologia por trás delas. Vejamos.

⁸⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **Direito Penal. Parte Geral**, São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020, p. 32.

3.2. A IDEOLOGIA PUNITIVA DAS CONDENAÇÕES DE OFÍCIO

Já falamos que o espaço da *ausência de provas* do Ministério Público e da Defesa é preenchido pelos juízes com uma nova narrativa acerca do caso penal, baseada em provas testemunhais originárias do inquérito policial. E isso só é possível em razão daquilo que demarcamos como três autoritários traços de nosso sistema processual penal: *a busca da verdade, o livre convencimento motivado* e um *contraditório faz de conta*.

Esses elementos, no entanto, só explicam as condenações à medida em que viabilizam que a *ideologia punitiva* sequestre o processo por completo. E aqui, importante frisar que utilizamos a ideia de “sequestro” de maneira figurada: a expressão traz consigo a ideia de que a ideologia é exterior ao processo e vem, de fora, para raptá-lo. Em verdade, a ideologia é a própria realidade do processo e do sistema de justiça criminal, à medida que está absolutamente imbricada no *fazer* judiciário e no *decidir* condenatório.

Sob esse ponto de vista, agora podemos afirmar que os três traços autoritários são, com efeito, *armadilhas ideológicas*: distanciam o julgador de perceber o processo como limite ao poder punitivo, fazendo com que decida pela repressão do sujeito que está sendo alvo da persecução penal. A partir da completa deleção da rastreabilidade da sentença criminal, que passa a ser baseada em elementos etéreos (leia-se míticos), o movimento do processo se torna aquele da tirania da *evidência das evidências*. Isso, porque não há qualquer motivação, em sentido estrito, para a condenação.

No lugar da teoria do delito, da dogmática penal e da valoração lastreada de provas, há tão somente um curto-circuito entre o inquérito policial e a sentença, que apresenta um relatório policalesco para então, com um discurso cínico, afirmar que a condenação é “óbvia”, de que “não há dúvida sobre a responsabilidade criminal do réu”, sendo “a procedência da ação penal é medida que se impõe”. Eis precisamente o cerne da carga ideológica: o fundamento da condenação é a própria descrição daquilo que foi produzido antes ou durante o processo – majoritariamente antes. Essa descrição, portanto, acaba preenchendo-se de conteúdo argumentativo, no sentido apontado por Ducrot, conforme ŽIŽEK: “toda descrição (designação) já é um momento

de algum esquema argumentativo; os próprios predicados descritivos são, em última instância, gestos argumentativos reificados-naturalizados”⁹⁰.

A condenação se opera, então, ao fazer com que o leitor da sentença acredite que essa é o resultado (leia-se opção) correta, diante de sua obviedade como resposta para o caso penal em questão. ALTHUSSER já há muito apontou a carga ideológica da *evidência das evidências*:

Aliás, é próprio da ideologia impor (sem o parecer, pois que se trata de “evidências”) as evidências como evidências, que não podemos deixar de *reconhecer*, e perante as quais temos a inevitável reacção de exclamarmos (em voz alta ou no “silêncio da consciência”): “é evidente! É isso! Não há dúvida!”.⁹¹

Noção essa que é reforçada, pelo toque linguístico de Michel Pêcheux, conforme aponta ŽIŽEK:

Ou seja, um dos estratagemas fundamentais da ideologia é a referência a alguma evidência – “Olhe, você pode ver por si mesmo como são as coisas!” ou “Deixe os fatos falarem por si” talvez constituam a arqui-afirmação da ideologia – considerando-se, justamente, que os fatos *nunca* “falam por si”, mas são sempre *levados a falar* por uma rede de mecanismos discursivos.⁹²

Em síntese, para as *condenações de ofício*, a sentença perfeita é aquela que narra as investigações e adorna o relatório com um ou outro item da instrução, para em seguida afirmar a obviedade da condenação e, por fim, passar a dosar a pena. Simples assim.

Se fôssemos apresentar um esquema, seria algo em torno disto⁹³:

⁹⁰ ŽIŽEK, Slavoj (Org.), **Um mapa da Ideologia**, Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 16-17.

⁹¹ ALTHUSSER, Louis, **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**, 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 96.

⁹² ŽIŽEK, Slavoj (Org.), **Um mapa da Ideologia**, Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 17.

⁹³ Esquema absolutamente fictício, ilustrativo daquilo que seria o de mais comum e caricato nas sentenças analisadas.

1. Descrição da imputação

“JOÃO foi denunciado pelo crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois, segundo a denúncia, em 20 de julho de 2021, na Rua A, trazia consigo 28 microtubos plásticos, equivalentes a 14,5g, contendo cocaína, em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

2. Apresentação de elementos de informação

“Laudo toxicológico constatando droga à fls. X. declarações policiais à fls. Y. Em sede policial, o então investigado permaneceu em silêncio”.

3. Cumprimento de rito processual

“Citado, o réu apresentou resposta à acusação. Não sendo causa de rejeição da denúncia, essa foi recebida e, durante a instrução, foram ouvidas as pessoas arroladas e o réu interrogado. Em memoriais, o Ministério Público se manifestou pela improcedência da ação penal, por falta de provas, e em igual sentido a Defesa”.

4. Evidência das evidências (+ armadilhas ideológicas)

“Conforme os elementos colhidos em sede policial e ratificados durante o processo pelo contraditório, a condenação é evidente. Em que pese o art. 155 do CPP vede ao juízo fundamentar sua sentença exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na investigação, decerto não veda que esses integrem sua livre convicção, sobretudo em busca do princípio da verdade real, norteador do processo penal. Além disso, os depoimentos prestados pelos policiais foram confirmados sob as garantias do devido processo legal, tampouco havendo motivo para os desacreditar ou mesmo apontá-los como mentirosos”.

5. Dosimetria de pena, fixação de regime inicial, eventual substituição ou suspensão da pena, manutenção ou não da prisão preventiva.

A prática condenatória, nesse sentido, é a afirmação da *evidência das evidências* a partir da ratificação de atos investigativos, conferindo-lhes o verniz jurídico de que eles foram ratificados durante a instrução e que, portanto, podem ser plenamente utilizados para fundamentação da sentença, já que formam o livre convencimento do julgador e servem à busca da verdade. A forte carga ideológica das decisões está precisamente nisso; a condenação é entendida como característica daquele processo – ou pior, daquele acusado –, e não como juízo de censura atribuída à determinada conduta.

Essa noção é absolutamente introjetada no ideário do julgador, cujas práticas e rituais o distanciam por completo do banco dos réus. Há um abismo sem precedentes entre aquele que julga e o destinatário da censura penal. Não à toa, ZAFFARONI aponta para uma certa assepsia ideológica que, para nós, nada mais representa o claro transbordar da ideologia:

O processo de treinamento a que é submetido é igualmente deteriorante da identidade e realiza-se mediante uma paciente internalização de sinais de falso poder: solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa de outras agências, etc. A introjeção destes sinais de falso poder pode dar-se precocemente na própria universidade, mas, o mais comum, é que o treinamento comece na hierarquia inferior da própria agência. (...)

O certo é que, ao alcançar uma categoria equiparável à de oficial das agências militarizadas, o indivíduo já deve ter internalizado os modelos da agência e **deve responder às exigências do papel que lhe for atribuído a partir de uma manipulação da opinião pública: assepsia ideológica, certa neutralidade valorativa, sobriedade em tudo, suficiência e segurança de resposta e, em geral, um certo modelo de “executivo sênior” com discurso moralizante e paternalista ou uma imagem de que, na devida idade, responderá a este modelo.**⁹⁴ (Grifamos)

Pior, não só pelas próprias práticas do juiz “oficial” é que essa ideologia é reafirmada; ela é assegurada também pelo “alto escalão” do judiciário: conforme apresentado na análise acerca da reversibilidade das sentenças, o TJSP acaba por cancelar as condenações, apontando, na maior parte das vezes, que essas são irretocáveis e que não prospera a alegação de ausência de provas. Como é de praxe do tribunal paulista, alguns acórdãos até mesmo “consertam” as sentenças, dando-lhes mais motivos para condenar.

E tudo isso opera de maneira extremamente rápida. Acontece no que chamamos anteriormente de *velociprocessos*, processos em que a condenação demora menos tempo que a média estadual e nacional de tempo de tramitação de casos criminais em primeiro grau. Se a condenação é de fato uma característica do

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**, 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 141. Recomendamos a leitura integral, na obra, dos parágrafos que seguem os reproduzidos acima.

processo e/ou do acusado, então pouco tem a oferecer a instrução: melhor que se antecipe logo o resultado, esvaziando as filas de processamento dos casos penais.

Dessa forma, de maneira estrutural e materialmente amparada, a ideologia aparelha os processos criminais analisados para fazerem deles sua máxima expressão. Nessa dualidade de aparelho de repressão estatal e aparelho ideológico de estado, as *condenações de ofício* são, antes de tudo, *condenações ideológicas*.

Por fim, aquilo que foi afirmado anteriormente, de que os juízes sabem exatamente o que fazem, é sustentado também pela observação ao montante de sentenças que trazem consigo a menção ao art. 385 do Código de Processo Penal (~66%). Nesses casos, o julgador transmite a imagem de que está meramente a aplicar a lei, que prevê determinação específica (art. 385 do CPP) de que a “opinião” absolutória do Ministério Público não é vinculante. Negando a aparência desse ar legalista, encontramos também a essência ideológica dessas condenações, que operam independentemente das circunstâncias concretas dos casos penais sobre as quais incidem.

CAPÍTULO 4

O ESBOÇO DA SOLUÇÃO

Se as *condenações de ofício* são, por excelência, condenações ideológicas, como é possível impedi-las? Como é possível frear a máquina ideológica da repressão penal? Sob qualquer óptica, a tarefa é maiúscula. À guisa de conclusão da presente monografia, com inspiração na noção de que mais interessa a transformação do mundo, apresentam-se algumas propostas para fazer do sistema de justiça criminal e, especificamente do processo penal, locais de resistência ao poder punitivo. Afinal, os Aparelhos Ideológicos de Estado não são apenas alvo da luta de classes, mas também seu local, impondo a articulação da disputa.

Para articular essa disputa, propomos o seguinte esboço.

4.1. Abrindo a caixa de pandora do ensino jurídico

É preciso sepultar a *teoria geral do processo*, sejamos brutalmente francos em relação a isso.

Falamos especificamente em sepultá-la porque morta já está há muito tempo. Seus pressupostos e supostos já foram repetidamente rechaçados⁹⁵ – só insistem em reafirmá-los e defendê-los “os ceguinhos, que servem a dominação por burrice e ignorância”⁹⁶, ou os mal-intencionados, absolutamente cientes de seu potencial autoritário e comprometidos com seu reforço.

Por todas as linhas que já foram gastas no capítulo 2, não há que se falar em reformar a teoria unitária para ela compatibilizar também com o processo penal: as peculiaridades inerentes a esse tornam-lhe absolutamente inconciliável com uma teorização em abstrato que sirva a todo e qualquer tipo de processo. É necessário

⁹⁵ Citamos, novamente: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PILATI, Aline Guidalli, **Aury: avise pra não mexerem tanto no samba**, in: KHALED JR., Salah H. (Ed.), Sistema Penal e Poder Punitivo, 1. ed. São Paulo: Empório do Direito, 2015; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**, 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018; LOPES JR, Aury, **Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal**, Revista Consultor Jurídico, 2014, dentre tantos outros.

⁹⁶ LYRA FILHO, Roberto, “**Por que estudar direito hoje?**”, in: SOUSA JUNIOR, José Geral de (Ed.), O direito achado na rua, Brasília: UnB, 1998, p. 29.

que, de uma vez por todas, essa vã tentativa de unificação seja abandonada, e que no lugar se erija, nas salas de aula, o ensino de uma sólida *teoria do processo penal*, de natureza exclusiva.

E aqui, ao menos à título de constrangimento, deve-se parar para reconhecer a enorme culpa que esta Faculdade tem na propagação da *teoria geral do processo*, porque são nessas salas de aula que essa teoria nasceu e lançou suas raízes, para então se espalhar ao longo do país. Se propomos uma transformação no ensino jurídico, comecemos por perto: no Largo de São Francisco, pensar o processo penal de maneira verdadeiramente democrática demanda uma reforma urgente da grade curricular para que seja extinta a disciplina “DPC021 - Teoria Geral do Processo”, atualmente ministrada aos alunos de segundo ano da graduação. Ou que ao menos a disciplina seja renomeada para que se exponha às claras aquilo que é de verdade: uma teoria geral do processo civil.

A partir de sua extinção ou mudança de nome é que é aberto o espaço necessário para florescimento daquilo que, de maneira pretensiosa, chamaremos de *teoria crítica do processo penal*. E já se rechaçando a argumentação de que não existem as bases necessárias para tanto, nos vemos há muito apoiados sob os ombros de COUTINHO, PRADO, LOPES JR., GLOECKNER, CASARA e DA ROSA, além de tantos outros. Há arsenal teórico suficiente para que se lance, na própria graduação, as armas da crítica do processo penal.

Não se trata apenas da *teoria geral do processo*, todavia. Para usar a expressão de ZAFFARONI, se torna cada vez mais popular o *autoritarismo cool*⁹⁷ da produção ensimesmada de conhecimento: os cursos de especialização de escolas da magistratura e do Ministério Público ameaçam, a cada dia que passa, cruzar a linha da pós-graduação para constituir verdadeiras faculdades, colonizando o campo da graduação. Aí, parece que a luta estará perdida, sobretudo porque o curso de Direito já tem se voltado, nos últimos anos, à produção de concurseiros e aspirantes à burocratas (às vezes, tecnocratas – o limite é tênue). Ceder ao recrudescimento e à alienação do ensino é consagrar vitória aos práticos⁹⁸.

⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, **O inimigo no Direito Penal**, 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

⁹⁸ Não conseguimos precisar onde a expressão aparece pela primeira vez. Ouvimo-la pela primeira vez, no entanto, do Prof. Maurício Stegemann Dieter, em debate realizado pela seccional paranaense da Ordem dos Advogados do Brasil, em 2019, sobre o Projeto “Anticrime”. Disponível em <https://www.oabpr.org.br/a-liberdade-e-a-dignidade-humanas-experimentam-um-retrocesso-afirma-antonio-acir-breda/>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

Se para Althusser a escola é o Aparelho Ideológico dominante⁹⁹, é aqui que devem se concentrar os maiores esforços para ruptura da ideologia punitiva. Não se trata de uma questão de “cultura jurídica”, como pode se pensar sob pena de se engessar à eternidade a questão. Trata-se, de fato, da disputa pela pauta do dia, profundamente embebida em um interesse (ideológico) de manutenção do sistema tal como está posto.

4.2. Aqueles a favor, permaneçam como estão: o conservadorismo e insistência do Legislativo

A promulgação da Constituição de 1988, como também já se viu, não foi suficiente para dar ao processo penal ares minimamente democráticos, ainda que sua intenção tenha sido bem mais pretensiosa que isso. Para fazê-lo, muito menos adianta o isomorfismo reformista daqueles que “sabem do que se trata, que é necessário mudar, mas querem que tudo fique como está, ou que mude para ficar como está”¹⁰⁰.

É preciso colocar abaixo o Código de Processo Penal para que se erija uma nova dimensão de processo capaz de concretizar os axiomas descritos por FERRAJOLI¹⁰¹: (i) *nulla culpa sine iudicio* (processo como meio necessário para atribuição da responsabilidade penal); (ii) *nullum iudicium sine accusatione* (necessidade da separação entre acusação e julgador); (iii) *nulla accusatio sine probatione* (necessidade de prova da imputação) e, por fim; (iv) *nulla probatio sine defensione* (garantia à ampla defesa e contraditório). São essas as bases mínimas

⁹⁹ “É por isso que nos julgamos autorizados a avançar a Tese seguinte com todos os riscos que isso comporta: pensamos que o Aparelho Ideológico de Estado que foi colocado em posição *dominante* nas formações capitalistas maduras, após uma violenta luta de classes política e ideológica contra o antigo Aparelho Ideológico de Estado dominante, é o *Aparelho Ideológico escolar*”. ALTHUSSER, Louis, **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**, 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980, p. 60.

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito, *in*: CARVALHO, Salo de; RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquin Herrera (Orgs.), Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002), Curitiba: Lumen Juris, [s.d.], p. 180.

¹⁰¹ Sobre isso, a proposição de FERRAJOLI é de dez axiomas, seis de direito penal e quatro de processo penal. De acordo com o autor, a subtração de um ou mais axiomas pode produzir um modelo de direito penal autoritário, um modelo de processo penal autoritário ou um modelo punitivo irracional. FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

para que o processo penal (e quiçá o sistema de justiça criminal) possa servir como resistência.

Até lá, permaneceremos envolvidos na ingenuidade de que reformas são suficientes para se alterar a essência inquisitorial que hoje constitui nosso sistema processual penal. E cabe aqui uma crítica específica, potencialmente profética.

Em 29 de abril de 2021, foi promulgada a Lei nº 13.964/2021, popularmente denominada Lei “Anticrime”. Já a mencionamos, *en passant*, para apontar a nova redação dada ao §5º do art. 157 do CPP, que impossibilita o juiz que teve contato com prova ilícita de proferir sentença ou acórdão. Mais importante que isso, no entanto, foi a introdução, ao Código de Processo Penal, pela Lei Anticrime, do art. 3º-A, abaixo transcrito:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Com essa inserção, duas posturas podem ser adotadas. A primeira, que é a nossa, é que a partir dela são revogados todos os dispositivos do CPP que possuam traços do sistema inquisitório – a produção de provas pelo juiz passa a ser vedada de maneira explícita para o texto da lei, bem como a condenação ou decretação de cautelares *ex officio*. A segunda postura, que é aquela que acreditamos que será tomada, diz respeito ao esforço de se tentar compatibilizar o irreconciliável. Apesar da clareza dos dizeres “o processo penal terá estrutura acusatória”, haverá aqueles que, estabelecendo exceções, farão da própria exceção a regra, impondo a persistência do princípio inquisitório e conservando o sistema tal como está.

Só o tempo dirá. Por ora, o art. 3º-A, bem como a figura do juiz de garantias, que parece ser um avanço enorme no controle de legalidade da investigação, encontram-se todos suspensos, por força de decisão monocrática tomada pelo Ministro Luiz Fux na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.299/DF. A expectativa, vale dizer, é que a ADI seria julgada nesta semana, em 25 de novembro de 2021, após a realização de audiência pública com inúmeros especialistas. No entanto, o Min. Luiz Fux decidiu por retirar o julgamento de pauta, para que o Congresso “amadureça

o debate sobre o tema”, conforme divulgou o jornal Gazeta do Povo¹⁰². Reforçamos, outra vez, a ideia de que se sabe perfeitamente do que se trata, mas que se quer que tudo permaneça como está, até mesmo pelo controle autoritário da pauta de julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

À guisa de conclusão desta seção, vale dizer que ainda que se observe a primeira postura narrada acima, de revogação de todos os dispositivos legais com traços inquisitoriais, o autoritarismo continuará a afluir pelo processo, como resultado da ideologia. É esta uma das características da ideologia: a capacidade de se transformar para continuar a reproduzir as relações de produção. É por isso que se demanda não só uma mudança legislativa ou educacional, mas uma que efetivamente conteste as práticas dos atores envolvidos no sistema de justiça criminal: precisamos falar sobre a magistratura, sobre o Ministério Público e sobre a defesa.

4.3. Profanando a santidade da Magistratura

Muito se pensou, na elaboração desta seção, em assinalar que a principal tarefa da magistratura é *recuperar* seu papel democrático. Mais coerente, no entanto, é apontar que o que se requer da magistratura é que *descubra* seu papel democrático. Só é possível a recuperação daquilo que um dia se teve, e que foi perdido. Entendemos que até o presente momento, os juízes ainda não perceberem sua função republicana. Como fazê-lo, então?

A começar pelo permanente exercício da crítica da ideologia, pensamos. Crítica essa que parte da renúncia ao ar sacrossanto que reveste a classe e que, reciprocamente, informa sua ideologia punitiva. Se para Zaffaroni o ideal magistocrático corresponde à imagem de um “executivo sênior” moralizante e paternalista, mister a ruptura com esse símbolo para que se desfaçam os sentidos produzidos por ele.

Ao juiz, não cabe a função epistêmica de busca da verdade. Sendo o principal destinatário de garantias e limites, a descoberta da função constitucional de anteparo

¹⁰² “Após reunião com deputados, Fux retira de pauta ações contra juiz de garantias”, Jornal Gazeta do Povo, 17 de novembro de 2021. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-retira-de-pauta-acoes-contra-juiz-de-garantias/>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

ao poder punitivo passa, necessariamente, pela organização de uma heurística das decisões como parâmetro de sua legalidade, legitimidade e, sobretudo, compatibilidade com a *segurança dos direitos*¹⁰³.

Trazemos à tona, acerca dessa heurística, o que STRECK define como *constrangimento epistemológico*:

Isso porque a eficácia da ideologia ou do senso comum produzido pela ideologia depende exatamente do fato dela não ser percebida. O que propicia essa “não percepção” é a inserção do intérprete no interior de um determinado imaginário. (...) Por isso, realizar constrangimentos epistemológicos equivale a realizar “censuras significativas”, no sentido de se poder distinguir, através da construção de uma crítica fundamentada, boas e más decisões (ou melhor: decisões constitucionalmente corretas das incorretas). (...) O constrangimento epistêmico ou epistemológico se coloca, assim, como mecanismo de controle das manifestações arbitrárias do sujeito moderno.¹⁰⁴

E, no mesmo texto, conclui:

Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial preocupada com a democracia. E democracia quer dizer controle das decisões judiciais, uma necessária prestação de contas (accountability).

Essa *accountability*, para nós, definitivamente remete à necessidade de permitir a rastreabilidade da fundamentação da decisão, e não ao apoio em elementos voláteis como as *armadilhas ideológicas* abordadas no capítulo 3, definidas no capítulo 4. É esse o compromisso mínimo que deve ser adotado.

¹⁰³ Partindo daquilo que é apresentado por BARATTA, Alessandro, Seguridad, *in*: **Criminologia y sistema penal**, Buenos Aires: [s.n.], 2004.

¹⁰⁴ STRECK, L. L., **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.**, Belo Horizonte: Letramento, 2017, p. 41-44.

4.4. Cessando o malabarismo de granadas do Ministério Público

Para frear as condenações de ofício e para fazer frente à ideologia punitiva, não basta que o Ministério Público apenas peça, ao final dos processos estudados, a absolvição dos réus. Assim como apontado no tópico anterior, cabe também ao Ministério Público a descoberta daquela que é sua verdadeira função constitucional: a defesa do regime democrático (art. 127, *caput*, CR/88).

Para nós, isso implica de imediato a necessidade de se defender um critério mais rigoroso para o oferecimento de denúncias. As acusações formuladas nos processos analisados partem do palpite de que, durante a instrução, aparecerão novos elementos que justifiquem o próprio oferecimento da denúncia e uma condenação subsequente. Constituem-se enquanto verdadeiras *denúncias-aposta*, partem do nada para chegar ao nada, cristalizando em si aquilo que parece ser o ápice, no processo penal, de uma *fishing expedition*¹⁰⁵ voltada à sujeitos concretos. A própria denúncia acaba servindo de base para procura especulativa por provas: faz-se um malabar com a granada dos indícios para que uma acusação seja proposta. Quando nem mesmo o Ministério Público se convence da responsabilidade criminal, em razão da ausência de provas, essa granada indiciária explode na condenação.

Para cessar isso não só é possível como é necessário aumentar o sarrafo, demandando-se indícios mais substanciais para o oferecimento da denúncia. Aqui, entendemos que a nociva *teoria geral do processo* também produz seu impacto, à medida em que propõe a ideia de *condições da ação*, ideia que é reaproveitada do processo civil para o penal e que passa a informar os critérios de proposição ou não de acusações criminais.

Igualmente, conforme apontamos no tópico sobre ensino jurídico, há uma sólida base teórica capaz de informar as condições para proposição acusatória. A título de exemplo, cita-se o trabalho de DIVAN, que propõe uma reconfiguração do conceito de justa-causa para abarcar critérios também de política criminal¹⁰⁶, orientando a prática ministerial à defesa de garantias sociais.

¹⁰⁵ Sobre o tema, recomendamos o breve artigo de ROSA, Alexandre Morais da, **A prática de *fishing expedition* no processo penal**, Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

¹⁰⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi, **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**, Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

E já que tocamos no tema política criminal, pensamos que é possível propor, de maneira ousada, o incremento do poder do Ministério Público quanto a um aspecto específico: a disponibilidade da ação penal. Se não são os magistrados capazes de entender que um duplo pedido absolutório impõe a absolvição, então o pedido de absolvição formulado pelo Ministério Público deve corresponder à verdadeira desistência da ação/renúncia da acusação, culminando não em outra coisa senão a extinção da punibilidade do acusado, com fulcro em analogia *in bonam partem* da primeira parte do art. 107, inciso V, do CP¹⁰⁷.

Esse incremento de poder, todavia, pode ser encarado de forma a demandar reforma legislativa, sobretudo para que seja revogado o art. 42 do CPP (“o Ministério Público não poderá desistir da ação penal”); ou, pode ser encarado como realização plena do segundo axioma de FERRAJOLI (*nullum iudicium sine accusatione*). Isso, porque se concorda o Ministério Público com a tese absolutória, eventual sentença penal condenatória só pode ser resultado de uma usurpação da acusação pelo juiz, que passa a ocupar o lugar do promotor para condenar de maneira ideológica – neste sentido, toda a presente monografia.

Além disso, com a introdução acrítica de institutos negociais no processo penal, parece que já há algum tempo tem o Ministério Público a disponibilidade da “ação penal” quando bem lhe aprouver. Refiro-me aos casos em que, no balcão de negociações da justiça penal, as delações premiadas têm autorizado o não oferecimento de denúncias. Ora, se já se dispõe da ação penal nos piores casos, por que não o fazer quando a renúncia da acusação é uma imposição do caso concreto?

4.5. Falando sobre o elefante na sala: a Defesa corresponsável

Já que a Defesa sempre fala por último, deixamo-la para o final para dizer isto: a advocacia malfeita é corresponsável pela afirmação da ideologia punitiva. Parece ser esse um grande elefante na sala, já que aos borbotões pipocam os dizeres de que é a crítica à advocacia que relativiza seu papel fundamental.

Errada a afirmação. É precisamente a partir da crítica do nosso papel que é possível construir uma advocacia mais bem preparada; técnica, ética e combativa.

¹⁰⁷ Art. 107, CP - Extingue-se a punibilidade: (...) V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

Nos processos examinados, vimos que a maior parte das defesas são exercidas por advogados constituídos, que apresentam poucos argumentos técnicos acerca da necessidade da absolvição: evocam de maneira genérica, como já apontado, a *ausência de provas* como fundamento da absolvição, sem ampará-la em qualquer categoria dogmática. Pior: dos 16 casos em que não houve qualquer tipo de recurso contra as *condenações de ofício*, 15 eram atendidos ou por advogados constituídos ou por defensores dativos.

Entendemos que a necessidade de melhorar o nível da defesa está intimamente conectada à formação dos profissionais que a exercem, motivo pelo qual os argumentos lançados no tópico sobre o ensino jurídico são passo necessário para, primeiro, interromper a produção de maus profissionais. Essa capacitação não precisa necessariamente ocorrer apenas no âmbito da graduação, mas também no espaço da pós-graduação e em especializações. Por fim, e talvez impopular, acreditamos que a seara criminal deve constituir a dedicação exclusiva (ou quase-exclusiva, ao menos) do profissional que nela atua, já que estamos a falar da tutela da liberdade, e não do patrimônio ou qualquer outra coisa.

CONCLUSÃO

A pergunta que guiou a presente monografia foi, essencialmente: “por que são proferidas condenações mesmo nos casos em que o Ministério Público pede, ao final do processo, pela absolvição?”.

Para respondê-la, partimos da pesquisa empírica de 102 sentenças criminais proferidas no Estado de São Paulo, definindo-as como *condenações de ofício*. Seus dados e as informações de seus respectivos processos foram catalogados, classificados e parametrizados em 36 critérios diferentes, examinados quantitativa e qualitativamente. Observamos a existência de poucos elementos em comum – independentemente das circunstâncias do processo, ou mesmo dos acusados, a condenação sempre se impõe.

Notamos, no entanto, um dado essencial para o aprofundar da pesquisa e explicação do problema: a correspondência entre teses de *ausência de provas* e uma fundamentação da condenação baseada em prova produzida no inquérito policial, ratificada ou não em juízo. A análise minuciosa dessas fundamentações, por sua vez, levou à compreensão acerca de quais são os elementos que viabilizam as *condenações de ofício*. Aqui, nos deparamos com a articulação conjunta de três autoritários traços, em especial, que permanecem no sistema processual penal brasileiro. Inicialmente, apontamos nomeamos tais traços como “mitos”, para em um momento posterior definirmo-los como aquilo que efetivamente são: *armadilhas ideológicas*.

Diante disso, chegamos à explicação das *condenações de ofício*, respondendo à pergunta inicialmente formulada, atribuindo à ideologia a causa da censura penal realizada nos processos analisados. Quando no processamento do caso penal desaparecem quaisquer elementos que efetivamente lastreiem a decisão pela condenação, a ideologia toma conta do sujeito-juiz e, em certo nível, do próprio processo, impondo a repressão penal. Em caráter duplo, esses processos e suas subsequentes sentenças constituem o exemplo mais caricato do sistema de justiça criminal enquanto *aparelho repressivo de Estado* e *Aparelho Ideológico de Estado*.

Aqui, a ideologia articula de maneira exclusiva a censura penal, produzindo condenações que são injustas em sua própria essência: descartam a dogmática penal e qualquer exame básico da responsabilidade criminal para assegurarem a

condenação a partir da *evidência das evidências*, extraída de um relatório policialesco do caso penal, corroborada por uma versão delirante da valoração dos fatos. Tudo isso culmina na noção de condenação criminal como característica do caso penal e do sujeito, e não como resultado do juízo de censura sobre determinada ação. Não à toa, as sentenças analisadas são precedidas por aquilo que chamamos de *velociprocessos*: se a condenação é característica, pouco importa o caminho que se percorra até lá; melhor que esse seja antecipado, esvaziando as filas do judiciário, adicionando-se êxitos no *to do* de um sistema de justiça criminal já contaminado pela lógica *business* de programas de metas.

Sintomas de um discurso de aparente pânico e movidas pela noção de que a Verdade – essa que deve ser revelada ao povo e ao acusado – sobre os fatos processados é sinônimo da condenação, as *condenações de ofício* são isto, e apenas isto: a revelação às claras da *ideologia punitiva*.

Contra elas, todavia, é sempre possível articular alguma resistência. Para nós, isso necessariamente passa por repensar o ensino jurídico, o papel do legislativo e as práticas da magistratura, do Ministério Público e da Defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Diretrizes do Processo no Código Penal. **Revista Forense**, v. 94, n. 478–480, p. 23, 1943.
- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos de Estado**. 1. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.
- ALTHUSSER, Louis. **Por Marx**. Campinas: Editora da Unicamp, 2015.
- BARATTA, Alessandro. Seguridad. *In: Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: [s.n.], 2004.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BIRNBAUM, Norman. The Sociological Study of Ideology (1940-60): A Trend Report and Bibliography. **Current Sociology** 9, no. 2 (June 1960): 91–117.,
- CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime: A caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal. Parte Geral**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.
- COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics: The creation of the Mods and Rockers**. 3. ed. New York: Routledge Classics, 2011.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Fancesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. *In: CARVALHO, Salo de; RUBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquin Herrera (Orgs.). Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002)*. Curitiba: Lumen Juris, [s.d.].
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, n. a. 30 n. 30, 1998.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PILATI, Aline Guidalli. Aury: avise pra não mexerem tanto no samba. *In: KHALED JR., Salah H. (Ed.). Sistema Penal e Poder Punitivo*. 1. ed. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

DIETER, Mauricio Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2020.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: Uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

EAGLETON, Terry. **Ideologia: Uma introdução**. São Paulo: Boitempo, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir**. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. 1. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHALED JR., Salah H. **A Busca da Verdade no Processo Penal: Para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Atlas S.A, 2013.

LISPECTOR, Clarice. **Um sopro de vida (Pulsações)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1978.

LOPES JR, Aury. Teoria Geral do Processo é danosa para a boa saúde do Processo Penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-27/teoria-geral-processo-danosa-boa-saude-processo-penal#_edn5>.

LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito hoje? *In*: SOUSA JUNIOR, José Geral de (Ed.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1998.

LYRA, Roberto. Código de Processo Penal de 1941. *In*: **Direito Penal Normativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1977, p. 64–65.

MARX, Karl. Carta a Kugelmann.

MARX, Karl. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. São Paulo: Boitempo, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 1. ed. São Paulo: Editorial Grijalbo, 1977.

MORE, Thomas. **Utopia**. Brasília: UnB, 2004.

MORO, Sérgio Fernando; BOCHENEK, Antônio Cesar. O problema é o processo. **Blog do Fausto Macedo - Jornal O Estadão**, 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia (Orgs.). **Características étnico-raciais da população: classificações e identidades**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. A prática de fishing expedition no processo penal. **Revista Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/limite-penal-pratica-fishing-expedition-processo-penal>>. Acesso em: 25 nov. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. **Revista Liberdades**, v. 11, p. 30–50, 2012.

STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O devido processo diante do mito do livre convencimento - o direito pode salvar o processo? *In*: Evento virtual: [s.n.], 2021. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=bfQ4P1XCX8g>>.

THOMAS, Dorothy Swaine; THOMAS, William Isaac. **The child in America: Behavior problems and programs**. New York: Alfred A. Knopf, 1928. Disponível em: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.155699/page/n593/mode/2up>>.

THOMAS, Dylan. Do not go gentle into that good night. *In*: **The Poems of Dylan Thomas**. New York: New Directions Publishing Corporation, 2017.

THUNS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. *In*: CARVALHO, Salo de (Org.). **LEITURAS CONSTITUCIONAIS DO SISTEMA PENAL CONTEMPORÂNEO**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ŽIŽEK, Slavoj. **Como ler Lacan**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

ŽIŽEK, Slavoj (Org.). **Um mapa da Ideologia**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

Após reunião com deputados, Fux retira de pauta ações contra juiz de garantias. 2021. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/breves/fux-retira-de-pauta-acoes-contrajui-de-garantias/>>.

APÊNDICE

PROCESSOS ANALISADOS

- | | |
|-------------------------------|-------------------------------|
| 1. 0008150-03.2010.8.26.0201 | 35. 0001977-66.2017.8.26.0540 |
| 2. 0001817-32.2011.8.26.0417 | 36. 0004343-36.2017.8.26.0554 |
| 3. 0001103-37.2012.8.26.0191 | 37. 0001069-29.2018.8.26.0037 |
| 4. 0013000-19.2013.8.26.0291 | 38. 0001724-10.2018.8.26.0616 |
| 5. 0008994-75.2013.8.26.0191 | 39. 0000086-24.2016.8.26.0191 |
| 6. 3012512-97.2013.8.26.0554 | 40. 0001005-28.2018.8.26.0616 |
| 7. 3011996-15.2013.8.26.0510 | 41. 0086786-67.2018.8.26.0050 |
| 8. 0055775-59.2014.8.26.0050 | 42. 0004823-02.2018.8.26.0191 |
| 9. 0004868-58.2014.8.26.0510 | 43. 0000249-80.2018.8.26.0531 |
| 10. 1503226-07.2018.8.26.0228 | 44. 0000597-98.2018.8.26.0531 |
| 11. 0005551-95.2014.8.26.0510 | 45. 1501301-04.2018.8.26.0542 |
| 12. 0002541-81.2014.8.26.0659 | 46. 0001774-63.2018.8.26.0510 |
| 13. 0000073-14.2014.8.26.0185 | 47. 1500194-73.2018.8.26.0137 |
| 14. 0007883-67.2014.8.26.0564 | 48. 1524765-92.2019.8.26.0228 |
| 15. 0001554-23.2014.8.26.0634 | 49. 1500363-30.2019.8.26.0556 |
| 16. 1501553-62.2019.8.26.0577 | 50. 1501276-15.2019.8.26.0361 |
| 17. 0007718-13.2015.8.26.0361 | 51. 1501234-11.2018.8.26.0228 |
| 18. 0062120-07.2015.8.26.0050 | 52. 1500626-17.2020.8.26.0495 |
| 19. 0000132-37.2015.8.26.0550 | 53. 1500010-22.2020.8.26.0631 |
| 20. 0007502-90.2015.8.26.0510 | 54. 0000025-34.2015.8.26.0116 |
| 21. 0000173-04.2015.8.26.0550 | 55. 0000027-68.2015.8.26.0224 |
| 22. 0000018-40.2015.8.26.0537 | 56. 0000165-63.2018.8.26.0116 |
| 23. 0012528-52.2015.8.26.0451 | 57. 0000474-58.2018.8.26.0545 |
| 24. 0000904-68.2015.8.26.0204 | 58. 0000828-84.2016.8.26.0535 |
| 25. 0013133-77.2015.8.26.0554 | 59. 0000864-50.2017.8.26.0549 |
| 26. 0000632-42.2015.8.26.0150 | 60. 0001003-10.2018.8.26.0535 |
| 27. 0000197-33.2015.8.26.0097 | 61. 0001039-90.2016.8.26.0157 |
| 28. 0010484-90.2015.8.26.0635 | 62. 0001135-21.2013.8.26.0219 |
| 29. 0001076-98.2016.8.26.0616 | 63. 0001558-25.2013.8.26.0366 |
| 30. 0005071-28.2017.8.26.0344 | 64. 0001608-09.2016.8.26.0540 |
| 31. 0000153-22.2017.8.26.0201 | 65. 0001610-08.2017.8.26.0616 |
| 32. 0003313-55.2017.8.26.0201 | 66. 0002139-51.2014.8.26.0157 |
| 33. 0001253-34.2017.8.26.0129 | 67. 0002393-54.2016.8.26.0286 |
| 34. 0007659-92.2017.8.26.0510 | 68. 0002857-77.2016.8.26.0157 |

69. 0003048-21.2016.8.26.0320
70. 0003270-45.2013.8.26.0400
71. 0003372-95.2015.8.26.0562
72. 0003643-71.2016.8.26.0400
73. 0003761-53.2012.8.26.0120
74. 0003789-08.2015.8.26.0058
75. 0003832-74.2017.8.26.0348
76. 0004090-79.2014.8.26.0028
77. 0004632-73.2017.8.26.0196
78. 0004718-68.2014.8.26.0028
79. 0006125-23.2008.8.26.0157
80. 0006268-42.2018.8.26.0066
81. 0008459-02.2014.8.26.0066
82. 0009693-09.2016.8.26.0564
83. 0009861-61.2016.8.26.0224
84. 0009894-30.2014.8.26.0577
85. 0010339-79.2014.8.26.0114
86. 0010532-95.2009.8.26.0526
87. 0011190-98.2015.8.26.0562
88. 0011494-81.2011.8.26.0451
89. 0012343-40.2013.8.26.0562
90. 0027782-94.2015.8.26.0506
91. 0028768-68.2015.8.26.0564
92. 0030642-93.2012.8.26.0564
93. 0040139-84.2012.8.26.0224
94. 0040397-89.2015.8.26.0224
95. 0052444-98.2016.8.26.0050
96. 0062264-80.2011.8.26.0224
97. 0073501-48.2010.8.26.0224
98. 0081227-20.2003.8.26.0224
99. 0090123-64.2018.8.26.0050
100.1501080-24.2019.8.26.0562
101.1501207-45.2016.8.26.0536
102.1501223-96.2016.8.26.0536