

Dois pesos, duas medidas? Uma análise da construção da verdade jurídica em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Clara de Novais Gonçalves Machado

O presente artigo tem por objetivo a análise, desde a antropologia do direito, de seis acórdãos exarados por uma mesma Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. As decisões analisadas foram retiradas do meu Trabalho de Conclusão de Curso (Machado, 2020), que consistiu na análise de acórdãos sobre progressão de regime exarados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP). A escolha dessas decisões específicas deu-se em razão de terem sido proferidas pelas mesmas Câmaras Criminais (4^a, 7^a e 12^a câmaras), com argumentos muito semelhantes, mas possuem desfechos distintos: uma concede a progressão de regime, enquanto a outra nega.

Interessante realizar essa análise a partir da Antropologia porque é exatamente aí que reside a base empírica para realizar esse trabalho: o estranhamento do familiar¹, típico dessa área do saber, bem como a reavaliação de conceitos ideais são essenciais para pensar o Direito e as formas em que ele se concretiza de outra maneira (LIMA; LUPPETI BATISTA, 2014, p. 17).

Tendo isso em conta, pretendo utilizar a ideia do direito como um saber local (GEERTZ, 1998), cujo sentido é aquele lhe é atribuído por seus autores. Isso significa que é necessário compreender de que forma os nativos significam aquelas práticas a serem estudadas dentro de seu contexto. Decorre disso a importância de analisar a parte prática do Direito dentro de seu contexto de produção.

Atentando-se a isso, considera-se que o julgador, ao invés de simplesmente deduzir da lei e aplicá-la diretamente a um caso em particular, goza de certa liberdade de interpretação, e, portanto, “têm uma verdadeira função de invenção” (BOURDIEU, 1989, p. 223).

Importante destacar, também, o que esse autor expõe acerca do campo jurídico como um lugar de disputa de poderes, cuja “a própria forma do *corpus* (...) depende sem dúvida muito estreitamente da força relativa dos «teóricos» e dos «práticos», dos professores e dos juízes,

¹ A ideia de estranhar o familiar é um dos aspectos do trabalho do antropólogo: “A segunda transformação [transformar o familiar em exótico] parece corresponder ao momento presente, quando a disciplina se volta para a nossa própria sociedade, num movimento semelhante a um auto-exorcismo, pois já não se trata mais de depositar no selvagem africano ou melanésico o mundo de práticas primitivas que se deseja objetificar e inventariar, mas de descobri-las em nós, nas nossas instituições, na nossa prática política e religiosa” (DA MATTA, 1978, p.05).

dos exegetas e dos peritos, nas relações de força características de um estado do campo (...) e da capacidade respectiva de imporem a sua visão do direito e da sua interpretação” (Ibid., p. 218).

Assim, o direito se constitui em um espaço especialmente marcado por disputas internas entre a prática e a teoria. Nesse sentido é o que Teixeira Mendes (2012) aponta como uma das formas em que a luta interna se mostra no campo jurídico é pelo prestígio de ”dizer o direito”.

Não se pode esquecer que os atores do sistema de justiça criminal integram uma das instituições que realiza parte do controle social e que as instituições e as práticas de uma sociedade podem ser lidas como

um ‘gênero de linguagem no qual suas ideias fundamentais são expressas’. O que está linguagem exprime não são as ideias que habitam a mente de alguns indivíduos, e sim ideias comuns a uma sociedade e que, talvez, não estejam escritas em parte alguma. (...) Para alcançar o núcleo cultural [dessas instituições] é preciso cavar até a camada de imagens e de símbolos que é o ‘*rêve éveillé*’ [sonho desperto] de um grupo histórico (GARAPON; PAPADOULOS, 2008, p. 18).

A execução penal, no Brasil, ocorre de maneira progressiva². Isto é, passa-se a pessoa presa de um regime mais gravoso para um menos gravoso. São os dois requisitos legais para concessão da progressão: um objetivo e um subjetivo. O primeiro diz respeito ao requisito temporal, ou seja, trata-se da fração de pena cumprida, caso já tenha o condenado cumprido quantia suficiente³ prevista em lei para o crime que cometeu, é considerado preenchido. O

² No *caput* do artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), tem-se: “A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz”

³ Art. 112 (...)

I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

requisito subjetivo⁴ é referente ao comportamento da pessoa dentro do cárcere: não sendo considerado ruim pelo diretor do estabelecimento penitenciário (informação que consta no Boletim Informativo do detento), é considerado preenchido.

Assim, em estando cumprido o requisito objetivo, e em havendo bom comportamento, não haveria, legalmente, motivos para indeferir o pedido de progressão de regime.

O artigo 204 do Código de Processo Civil define o acórdão como “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”. Assim, um acórdão é a decisão produzida por um conjunto de desembargadores. Possui ementa, com um resumo de seu conteúdo, um relatório do caso discutido, e o voto do desembargador. Essa é a parte que foi efetivamente analisada visto que há “uma seleção daquilo que embasa o posicionamento adotado pela autoridade relatora, deixando de lado outros entendimentos, fatos e análises que sustentam o contrário” (ANGOTTI, 2019, p. 99).

Contudo, ao analisar a argumentação utilizada por alguns desembargadores do TJ/SP, encontra-se uma série de contradições. Isto é, em determinados momentos afirma-se que a gravidade do crime cometido pode ser óbice para a progressão de regime, em outros, assevera-se que esse argumento não pode ser obstaculizar a progressão:

Quanto ao critério subjetivo, frise-se que não há a necessidade de determinação de exame criminológico, no que tange à sua aferição, já que há nos autos atestado de boa conduta carcerária, favorecendo o reeducando, e boletim informativo (...). Observe-se, ainda, que **a gravidade do delito cometido pelo agravado, genericamente apontada, o cometimento de falta grave, cuja reabilitação ocorreu, a longa quantidade de pena a cumprir ou a existência de reincidência não são razões aptas a impedir sua progressão**, se presentes os requisitos legais que a autorizem.⁵ (grifos da autora)

Apesar do agravante preencher o requisito objetivo e contar com atestado de bom comportamento carcerário, verifica-se que **foi condenado por homicídio qualificado _crime cometido com emprego de violência ou grave ameaça_ e que, por isso, recomenda maior cautela na concessão de qualquer benefício. Ademais, tem longa pena a cumprir**. É verdade que a gravidade do crime e a longa pena a cumprir não se constituem, isoladamente, em óbice à progressão prisional. Contudo, não é menos verdade que **essas circunstâncias demonstram a necessidade de maior rigor na verificação dos requisitos objetivo e subjetivo**. Isso porque é preciso ter certeza que o sentenciado está absorvendo a terapêutica penal antes de ser inserido em regime de menor vigilância, que possibilitará a prática de novos delitos, colocando em risco a sociedade. E o **atestado de boa conduta carcerária não é suficiente para comprovar o preenchimento desse requisito**, porquanto um bom comportamento carcerário não significa ausência de periculosidade.⁶ (grifos da autora)

⁴ Art. 112 (...)

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

⁵ Acórdão nº 3.

⁶ Acórdão nº 4.

Em determinados casos, **a simples apresentação de um atestado de bom comportamento** pelo Diretor do estabelecimento prisional **não garante o direito do sentenciado ser promovido a regime menos restritivo**, pois o **bom comportamento** a que alude a nova redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, **pressupõe avaliação mais individualizada das condições pessoais do condenado**, abrangendo, além da constatação de sua adaptação às regras do regime carcerário em que se encontra, um juízo acerca da conveniência de se transferir o apenado a um regime menos gravoso, que poderá ser aferida através dos elementos fornecidos pela comissão técnica eleita para a elaboração do exame criminológico. **Entretanto, in casu**, verte dos autos que, **a despeito de o agravado estar cumprindo pena de reclusão de 11 anos, 07 meses e 27 dias**, pela prática de roubos majorados, não há notícias de que, depois de promovido ao meio intermediário, tenha se envolvido com qualquer ação criminosa, inexistindo, ainda, registro de cometimento de falta disciplinar qualquer, ao menos por intermédio da documentação acostada aos autos. Sendo assim, **recomendável a medida concedida na origem**.⁷ (grifos da autora)

De fato, **decisões meramente lastreadas em considerações a respeito da longevidade da pena imposta ao condenado e gravidade em abstrato do delito praticado se mostram extremamente simplistas**, pois se exige do Magistrado uma consideração mais aprofundada do caso concreto. **Entretanto, temos que o atestado de bom comportamento carcerário, por si só, não se mostra suficiente a possibilitar que o reeducando obtenha o benefício pretendido**. (...) É bem verdade que pela atual redação do artigo 112 da Lei de Execução Penal a realização de exame criminológico não é mais exigida, como regra, para a concessão da progressão de regime. Entretanto, a inexigência legal não afeta a necessidade da realização do exame criminológico para que o Magistrado possa aferir se o sentenciado está em condições de vivenciar um regime mais brando.⁸ (grifos da autora)

Há, inclusive, decisões proferidas pelo mesmo desembargador, cujo conteúdo destoa uma da outra:

Considerando a natureza dos delitos praticados, entendo prudente, e recomendável, que se verifique as atuais e reais condições do reeducando antes de promovê-lo para regime prisional mais brando⁹.

Os antecedentes do sentenciado, assim como a gravidade dos crimes por ele praticados, devem ser considerados na dosimetria da pena. Não pode, por isso, ser penalizado quando da análise de progressão no regime prisional em razão de outros fatores, estranhos ao cumprimento da pena.¹⁰

Pode-se perceber, nos trechos mencionados, o uso de um mesmo argumento de forma que favoreça a concessão ou a denegação da progressão de regime. É quase como se eles fossem despidos de seu valor legal e imbuídos de um valor subjetivo e próprio do sentido que o magistrado que profere a decisão quer que eles tenham. Nesse sentido, tem-se como uma das características da narrativa dos fatos, elencadas por Figueira (2010), os objetivos a serem alcançados quando da feitura daquela narrativa:

⁷ Acórdão n° 1.

⁸ Acórdão n° 2.

⁹ Acórdão de n° 6.

¹⁰ Acórdão de n° 5.

ao formar as suas convicções acerca da melhor estratégia (para vencer) as partes interpretam e narram os fatos de forma que os mesmos possam ser encaixados nas hipóteses abstratas descritas na lei penal (tipo penal). Assim, “fatos”, “provas” e “teses jurídicas” são interpretados e apresentados às autoridades enunciativas tendo por base as respectivas *posições enunciativas* dos atores no campo jurídico. (FIGUEIRA, 2010, p. 307)

Essa ausência de critério compartilhado para decidir, que se materializa por meio da lógica do contraditório¹¹, é explicada por Lima (2010, p. 44) da seguinte forma: “misturam-se, oficial e legalmente, sensibilidades jurídicas de caráter muito diverso, o que colabora para tornar o sistema jurídico empírico, opaco aos próprios operadores, que não dispõem de orientações universais que devam prevalecer em todos os casos”.

Garau (2021, p. 98) aponta que as alegações finais¹² escritas não são lidas, na íntegra, pelos assessores dos juízes. Em que pese seja sua etnografia em uma vara criminal da primeira instância, muito semelhante era o procedimento adotado no gabinete de segunda instância em que estagiei. Ao mesmo tempo em que não existe uma orientação universal de como os operadores devem agir, existe uma lógica que busca adequar o caso em concreto ao modelo jurídico já pronto de decisão ou sentença que se tem¹³.

A utilização desses modelos prontos, sem necessariamente se atentar às particularidades do caso, como visto nos excertos dos acórdãos mencionados acima expressa a construção de uma verdade confusa por parte dos desembargadores, fato esse que explicita a facilidade de se manipular e construir argumentos e o próprio Direito.

¹¹ Lima define essa forma de argumentação como algo que se explicita pela promoção de um dissenso infinito, o qual só se interrompe através de uma autoridade externa às partes, que lhe dá fim e declara uma tese vencedora e a outra, vencida. (2010, p. 29)

¹² Peça apresentada tanto pela defesa, quanto pela acusação, após a Audiência de Instrução, Debates e Julgamento.

¹³ “Assim, a criação de padrões de julgamento encaixa casos concretos a resultado antevistos, sem uma análise detida de cada caso, uma vez identificados padrões previamente conhecidos sobre os quais se opera uma solução também previamente conhecida.” (GARAU, 2021, p. 95)

Bibliografia

ANGOTTI, Bruna. **Da solidão do ato à exposição judicial**: uma abordagem antropológico-jurídica do infanticídio no Brasil. 2019. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia Social, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Pierre Bourdieu. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 1984. **Lei de Execução Penal**. . Brasília.

DA MATTA, Roberto. O ofício do etnólogo, ou como ter *anthropological blues* In **Boletim do Museu Nacional**, n.27, maio de 1978, p. 1-12.

FIGUEIRA, Luiz Eduardo. PROVA NO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO: o império da moral nas decisões não fundamentadas. **Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 297-322, 2010.

GARAPON, Antoine; Ioannis PAPAPOULOS. **Julgar nos Estados Unidos e na França**. Rio de Janeiro, Lumen Juris Editora, 2008.

GARAU, Marilha Gabriela Reverendo. Os Modelões e a Mera Formalidade: produção de decisões e sentenças em uma vara criminal da baixada fluminense do rio de janeiro. **Antropolítica**, Niterói, n. 51, p. 86-111, jan. 2021. Quadrimestral.

GEERTZ, Clifford. “O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa”, in **O Saber Local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. Petrópolis: Editora Vozes, pp. 249-356, 2018.

LIMA, Roberto Kant de; LUPETTI BATISTA, Barbara “Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica: um desafio metodológico”. **Anuário Antropológico / 2013**, Brasília, UnB, 2014, v. 39, n. 1: 9-37, 2014.

LIMA, Roberto Kant de. “Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada”, **Anuário Antropológico** [Online], v.35 n.2 | 2010

MACHADO, Clara de Novais Gonçalves. **LOMBROSO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:** uma análise do positivismo criminológico nos acórdãos sobre progressão de regime. 2020. 64 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2020.

Anexo I

Numeração no texto	Acórdão	Câmara de Origem	Resultado	Delito
1	0007847-14.2019.8.26.0026	4 ^a	Concede a progressão	Roubos qualificados
2	0002512-06.2019.8.26.0158,	4 ^a	Nega a progressão	Roubo qualificado
3	9000115-91.2018.8.26.0047	7 ^a	Concede a progressão	Não menciona
4	0014345-63.2018.8.26.0996	7 ^a	Nega a progressão	Homicídio qualificado
5	7000492-87.2019.8.26.0071	12 ^a	Concede a progressão	Roubo qualificado e porte ilegal de arma de fogo
6	9000158-82.2019.8.26.0050	12 ^a	Nega a progressão	Tráfico de drogas e associação criminosa