

“LATROCÍNIO” E “HOMICÍDIO”: uma distinção processual que separa “criminosos” e pessoas “que cometeram um crime”

Izabel Saenger Nuñez

Doutoranda em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense.

E-mail: izabelsn@gmail.com

RESUMO

No presente artigo busco demonstrar, a partir da análise dos textos de “doutrina” produzidos sobre o Tribunal do Júri, como a distinção entre “criminosos” e “pessoas que cometeram crimes” resulta na separação entre latrocínio e homicídio, tendo como eixo a “pessoa” do criminoso travestida na interpretação de sua suposta “intenção”, auferida pelo Promotor de Justiça. Em razão dessa distinção, a competência do Júri foi reduzida para abarcar somente os segundos dentre os crimes que devem ser processados e julgados por este procedimento especial vigente no Sistema de Justiça Criminal brasileiro. Ao compreender o direito como um sistema de interpretação da realidade é possível entender como representações e práticas se articulam e resultam em um “fazer judicial” próprio de uma sociedade desigual e hierarquizada, que estrutura e consolida privilégios até mesmo nas formas de processar e julgar crimes, isto é, no Processo Penal.

Palavras-chave: latrocínio, homicídio, tribunal do júri.

ABSTRACT

This paper intends to show how – according to Jury Trial legal “doctrine” texts – the distinction between “criminals” and “people who committed a crime” turned into two different legal treatments to “murders” and “homicides during a robbery” and, consequently, disparate legal procedures to administrate those conflicts, even though both result in human death. In Brazil, the first is judged by trial by jury, it means by jurors, while the second is administrated by a single judge. Considering law as a “life reading system” one may understand how practices and reality representations join to produce a “judicial work” in accordance to an unequal and hierarchical society, able to fix privileges even in penal procedure.

Key-words: murders, homicides during a robbery, Brazilian trial by jury.

INTRODUÇÃO

O processo penal brasileiro prevê diferentes "ritos" para o julgamento dos crimes cometidos no país. De acordo com o Código que regulamenta tais procedimentos, temos o rito sumaríssimo, o sumário, o ordinário e os ritos especiais. Dentre estes últimos, está o Tribunal do Júri¹. Neste "tribunal" só podem ser julgados os "crimes dolosos contra a vida". A justificativa da "doutrina jurídica" brasileira para essa diferença na forma de processar e julgar alguns crimes reside no argumento de que a vida seria o "bem jurídico maior" ou o "bem jurídico mais importante" e que, portanto, merece "proteção especial" por parte do direito. Embora este seja o argumento sustentado em coro pelos "juristas" para justificar até mesmo a existência do Júri, algumas "mortes" não são julgadas por este procedimento e aqui tratarei especialmente de uma delas: os latrocínios.

Segundo os "doutrinadores" embora o latrocínio tenha o resultado morte, a "intenção" do réu, no momento do crime, não era "matar" e sim "subtrair" o bem que estava com a vítima. Ao anali-

sar os textos de "doutrina" sobre o Júri, produzidos no decorrer dos séculos em que este "tribunal" existe no Brasil, verifiquei que a exclusão do latrocínio da "competência" desse procedimento é, em verdade, algo muito recente e apresenta como justificativa essa ficção jurídica conhecida como "dolo", ou seja, a "intenção do agente" no momento do crime.

Neste trabalho busco problematizar o tratamento diferente dado ao mesmo evento – a morte – no sistema de justiça criminal brasileiro. Ao analisar os discursos dos "doutrinadores" sobre a "competência" do Juri, pretendo demonstrar como, a partir dessa classificação, não é a vida humana o que se protege. Em verdade, essa distinção tem como pano de fundo uma classificação e uma hierarquização em relação a pessoa que comete o crime, sobre aquele que mata. E na prática é a interpretação subjetiva do promotor de justiça, sobre a conduta do "réu" no momento em que o delito foi cometido que determina se um crime será julgado pelo Júri ou não.

Metodologicamente o trabalho parte da análise de textos doutrinários do campo do direito. Não da forma como fazem os "operadores" do direito, mas de forma reflexiva, tendo os textos como um "campo". Os sentidos e os significados do que está contido nesses textos são relevantes pela maneira como o campo se estrutura. Os alunos estudam a "doutrina". Os operadores usam a "doutrina" para construir seus

¹O Tribunal do Júri é um procedimento penal especial previsto no artigo 5º da Constituição Federal e no Código de Processo Penal brasileiro (art. 406 e seguintes). Trata-se de um tipo de julgamento utilizado exclusivamente para os crimes dolosos contra a vida, e que difere de outros previstos no sistema brasileiro em vários aspectos. Uma das diferenças deste procedimento consiste em se produzir a decisão de forma oral, a partir do "debate" entre acusação e defesa e contar com a participação de sete jurados "leigos" para a produção da verdade e decisão do processo.

argumentos ao longo dos processos judiciais. Os autores desses textos são tidos como “autoridades” no campo, não em razão das suas ideias e argumentos, mas em razão do lugar que destaque que, como juízes, promotores e – alguns poucos advogados – ocupam no campo. Não é a autoridade do argumento que importa, mas o argumento de autoridade (Kant de Lima 1997).

Ao tomar o direito não apenas como um sistema de representações e de práticas (Clastres 2011: 241) mas também como um sistema de interpretações (Geertz 2007: 253) por meio do qual tais representações e práticas interagem durante o fazer judicial (Eilbaum 2012: 29) fica demonstrado o quanto as representações contidas na doutrina jurídica são importantes para compreender a forma como o direito é aplicado. Com isso quero dizer que é no processo de interpretação que os juristas fazem do mundo que as representações dão e ganham sentido, aos olhos do direito e, assim, pretendo demonstrar tais representações, que aparecem nos textos da doutrina, e como elas podem informar as práticas dos juristas.

Meu interesse pelas categorias “homicídio” e “latrocínio” nasceu a partir da pesquisa que realizei para a escrita de minha dissertação de mestrado, quando estudei as adaptações que o modelo inglês de *Trial by Jury* sofreu ao longo de sua vigência no Brasil, através da leitura dos textos de “doutrinadores” do campo

jurídico sobre o Júri (Nuñez, 2012). Durante a pesquisa pude perceber as sucessivas adaptações que a versão inglesa do Júri sofreu (tida como democrática, popular e igualitária) para ser transformada pela cultura jurídica brasileira numa instituição autocrática, hierárquica e elitista (Kant de Lima, 1995). Além disso, o interesse sobre essas categorias e a dicotomia entre elas também se reforçou com o início da pesquisa de campo que realizei no Tribunal do Júri para a escrita de minha tese de doutorado².

Neste artigo pretendo, através da análise dos repertórios discursivos da “doutrina jurídica”, que aqui apresentarei, demonstrar como a dicotomia entre “homicídio” e “latrocínio” que tira o segundo da competência do Júri, não tem a ver com o resultado morte, mas sim com o afastamento de “criminosos” do Tribunal do Júri, deixando esse Tribunal para o julgamento de “crimes de emoção”, que são aqueles tidos como “inerentes a condição humana”, isto é, passíveis de serem cometidos por quaisquer pessoas. Para tanto, o artigo está dividido em três partes, além de introdução e conclusão: (i) exposição dos motivos pelos quais o direito pode ser considerado um sistema de interpreta-

²Para a elaboração de minha tese de doutorado, a ser defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Antropologia da UFF realizei pesquisa empírica em uma Vara do Tribunal do Júri da Comarca do Rio de Janeiro. A metodologia utilizada no trabalho é a de etnografia (Oliveira, 1993), tratando-se, principalmente, de observação participante de audiências e sessões de julgamento no Tribunal do Júri, além do cotidiano de trabalho dos agentes, em seu dia a dia.

ções que articula representações e práticas; (ii) problematização dos critérios definidores da competência do Tribunal do Júri; (iii) apresentação das adaptações pelas quais a "competência" do Júri passou, ao longo do tempo em que este procedimento vige no Brasil e, ainda, como tais transformações explicitam valores do sistema de justiça criminal brasileiro.

O DIREITO COMO UM SISTEMA DE INTERPRETAÇÃO DO MUNDO E AS ESPECIFICIDADES DO CASO BRASILEIRO

Pensar o direito como uma representação da realidade, isto é, como mais uma leitura, entre tantas outras, feita sobre a "realidade", é a reflexão sociológica que nos apresenta Clifford Geertz. Tal construção analítica é parte da sua antropologia interpretativa. Segundo o autor

A parte jurídica do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios e valores limitados, que geraram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri até eventos destilados e, sim, parte de uma maneira específica de imaginar a realidade. (Geertz 2007: 259).

Essa análise decorre da própria forma pela qual autor pensa a cultura. Ao dialogar com o clássico conceito de cultura de Tylor (1883), que a define como

algo existente no mundo, fora do homem, Geertz então transfere a cultura para dentro do homem, a partir do que chama de "processo de *feedback*". Significa pois, que não apenas o homem é fruto de sua cultura, mas há entre eles uma relação recíproca, a partir da qual o homem produz a cultura e a cultura produz o homem (Geertz 1989: 33).

Para Geertz, é o tráfego entre símbolos significantes - "as palavras, para a maioria, mas também gestos, desenhos, sons musicais, artifícios mecânicos como relógios, ou objetos naturais como joias" - e significados, que faz a cultura. A dimensão simbólica é necessária para dar conta da "qualidade não simbólica constitucionalmente gravada" no corpo do homem (Geertz 1989: p. 33).

Assim, Geertz coloca o direito como "só mais uma instituição cultural" (Geertz 2007: 330) que, por isso, também é "saber local", ou seja, "o direito é (...) juntamente, com um conjunto imenso de outras realidades culturais - desde os símbolos da fé até os meios de produção, uma parte ativa dessa sociedade" (Geertz 2007: 329). E por isso o conceito criado por ele, de "sensibilidade jurídica" serve como ferramenta para trabalhar sua antropologia interpretativa, através do contraste entre as diversas sensibilidades jurídicas existentes ao redor do mundo.

É neles - nesses métodos de formas de conceber as situações de tomadas de decisões, de modo

que as leis estabelecidas possam ser aplicadas para solucioná-las (...), isto é, naquilo que venho chamando de sensibilidades jurídicas – que se encontram os contrastes mais informativos. (Geertz 2007: 324).

Para ele é no encaixe entre o mundo e as leis, em cada local, que reside a riqueza da análise desse “sistema” de justiça³. Esse processo de interpretação, que ocorre entre o encaixe de fatos em leis, Geertz chama de adjudicação, ou seja, a forma como se dá a transformação do “se então” (lei) em “como portanto” (vida) ou o inverso. A maneira como se dá essa conversão, os elementos para que seja “justa” em cada contexto, é que ele chama de sensibilidade jurídica (Geertz 2007: 260). É ela que confere legitimidade às formas de administrar os conflitos em cada contexto, que dá sentido aos sistemas de justiça, que define o que é justo. O autor, como se vê, usa esse conceito como alternativa às categorias analíticas como “tradição”, “cultura” ou “sistema”.

A descrição feita por ele sobre a “sensibilidade jurídica ocidental”, entretanto, refere-se à vertente da *common law*, especialmente ao caso dos Estados Unidos, uma vez que a relação entre

³Em diálogo com Kant de Lima (2004) não se pode falar em “sistema de justiça criminal” no Brasil. Isso por que a ideia de sistema presume uma continuidade e uma integração, que não acontecem no caso brasileiro. Aqui a organização se apresenta de modo partido e as agências (polícia, ministério público e judiciário, no caso do processo penal) não se comunicam e competem entre si, para o exercício das suas funções.

fato e lei (*fact and law*) como descrita pelo americano, “só pode ser possível na tradição em que os processos adversários de argumentação, de inclusão e exclusão de evidências (*exclusionary rules*) (...) definem judicialmente quais são os *facts* em litígio, consensualizando-os” (Kant de Lima 2010: 31).

Kant de Lima (2010), ao dialogar com os trabalhos de Geertz (2007), Foucault (2003) e Berman (1983), descreve a existência de, pelo menos, três sensibilidades jurídicas ocidentais: a americana, conforme descrita por Geertz, outra francesa (descrita por Foucault) e a brasileira, que não coincide tampouco com uma, quanto com a outra, mas constituiu-se como algo diferente.

O livro “A verdade e as formas jurídicas” de Foucault (2003) tem como argumento central a existência de uma íntima conexão entre as transformações na economia, os modos de produção na Europa e as formas de fazer justiça – o controle social. Para Foucault, os meios de fazer justiça contemporaneamente na França tem origem a partir do *inquest*, isto é, tendo como centralidade o Estado, na organização da sociedade ocidental moderna. A sua argumentação sustenta toda uma transformação histórica, que vai resultar nessa forma específica de construção da verdade

Não creio, no entanto, que o procedimento do inquérito seja simplesmente o resultado

de uma espécie de progresso de racionalidade. Não foi racionalizando os procedimentos judiciais que se chegou ao procedimento do inquérito. Foi toda uma transformação política, uma nova estrutura política, que tornou não só possível, mas necessária, a utilização desse procedimento no domínio do judiciário. (Foucault 2003: 72).

O autor francês, que não trabalhava numa perspectiva comparativa, não percebeu que as formas de fazer *inquest* atualizaram-se de maneiras diferentes em outras sociedades (Kant de Lima 2010). Assim, no caso brasileiro, apresenta-se uma terceira versão (diferente da primeira descrita por Foucault e da segunda por Berman, citados anteriormente). Surge aqui, a partir da inquirição devassa, de origem portuguesa, uma outra forma de "sensibilidade jurídica". E, posteriormente nosso processo penal pátrio passa por três grandes reformas processuais, nas décadas de 1830, 1840 e 1870 (Kant de Lima 2010: 34) que afetarão as formas de produção da verdade e de fazer justiça, contemporaneamente.

Para ser ainda mais específica quanto ao caso brasileiro, as reformas não foram poucas: passamos da criação dos juízes de paz e do Tribunal do Júri, competentes para administrar e julgar todos os crimes (Flory 1981); na reforma de 1840 foi criada a figura do

delegado, para julgar os crimes de polícia; e, posteriormente, em 1870, separa-se polícia de justiça e eis que surge o inquérito policial, semelhante a uma inquirição devassa, como "uma investigação preliminar, administrativa, enquanto não havia acusação pública, para determinar os fatos objetos do conflito" (Kant de Lima 2010: 35).

Assim, surge no Brasil um tipo de investigação que é diferente daquelas existentes em outras culturas, orientadas por outras sensibilidades jurídicas. Aqui,

as investigações preliminares – protegidas pelo sigilo, mas capazes de produzir um instrumento cartorial com fé pública contra o acusado, feito à revelia deste [...] associadas à superioridade do Estado sobre a Sociedade, à desigualdade entre os segmentos da sociedade – poderosos e não poderosos, com honra e sem honra – e à cautela de um Estado "tutor" em tornar públicos [no sentido de pertencentes ao estado] para não ferir a intimidade das pessoas. (Kant de Lima 2010: 36).

Com isso quero dizer que a "sensibilidade jurídica" brasileira é resultado de transformações sociais e políticas que convergem para a construção do "sistema de justiça criminal" que temos hoje. E, assim como as investigações falam sobre nossa forma de interpretar os acontecimentos

através da lente do direito, a diferença na classificação dos crimes de “homicídio” e “latrocínio” também o faz. Classificar crimes que tem o mesmo resultado – morte – de formas diferentes, de acordo com a suposta intenção do agente, demonstra um traço de nossa sensibilidade jurídica⁴.

Assim, os repertórios discursivos encontrados nos textos de “doutrina jurídica” processual penal brasileira, que descrevem o funcionamento ideal do Tribunal do Júri, trazem em seu corpo elementos que falam sobre a esta sensibilidade jurídica e contam a história das transformações que o Júri sofreu ao longo de sua existência no Brasil. Tais elementos estão contidos nos valores morais e representações presentes em tais textos sobre o fazer jurídico, no âmbito desse procedimento especial.

Isso por que, esse discurso produzido e veiculado de forma escrita – cujas obras são conhecidas no campo como “doutrina jurídica⁵” – é elaborado por “juristas” tidos como “autoridades” no campo. Es-

⁴O mesmo se pode dizer da introdução – e permanência – do Tribunal do Júri no Brasil. Embora o Júri seja, originalmente, uma forma de julgamento da common law – está presente no sistema de justiça brasileiro, ligado à tradição da civil law (Merryman 1969). Esta presença, inclusive, é motivo de acalorados debates travados entre os “juristas” sobre a sua presença no caso brasileiro.

⁵A doutrina jurídica é o corpus de textos próprios do saber jurídico. Segundo os próprios “doutrinadores” esta expressão também equivale à “dogmática” que significa “o estudo de caráter científico que os juristas realizam a respeito do direito, seja com o objetivo meramente especulativo de conhecimento e sistematização, seja com o escopo prático de interpretar as normas jurídicas para sua exata aplicação” (Diniz, 1994:284). Se trata, portanto, de um texto normativo, que pretende definir os modos de regular as práticas jurídicas e sociais.

tes autores são conhecidos no direito, não à toa, pela alcunha de “doutrinadores”. Por serem “doutrinadores” seus textos não são lidos de maneira reflexiva, mas incorporados pelos estudantes e profissionais do direito, de forma automática, tendo-os como seres supremos, dotados de um saber acima de todos os demais.

Os autores desses textos são também conhecidos como “juristas” e, via de regra, ocupam lugares de destaque no campo profissional jurídico, como juízes, desembargadores, promotores de justiça. Raros são os advogados que conseguem alcançar o posto de “juristas”. Inclusive, a pesquisa que fiz para minha dissertação de mestrado, todos os “doutrinadores” pesquisados, por serem referência no campo, ocupavam cargos públicos, associados ao Estado. Por isso, “a doutrina é uma criação advinda ou dos tribunais – através da jurisprudência ou dos juristas, que são os renomados estudiosos do Direito que estabelecem como as normas devem ser interpretadas”. E este lugar dado aos textos doutrinários é expressado pelos próprios operadores do campo, quando reconhecem a necessidade de criar “doutrinas” para regular a aplicação de leis (Baptista 2008).

Estes livros trazem valores morais e representações que informam o fazer jurídico e o fazer judicial⁶, ou seja, para

⁶A distinção entre fazer judicial e fazer jurídico vai na esteira do que Eilbaum (2012) identificou em sua etnografia dentro de uma Unidad Fiscal de Instrucción, localizada no do departamento de Los Pantanos, no conurbano bonaerense quanto à existência de um “saber judicial” orientado para as

além de estarem nos textos, são as ferramentas de trabalho dos juízes, advogados, defensores e promotores de justiça. Esta conexão entre os textos e as práticas se explica por que, se, por um lado, o direito é constituído por leis, regulamentos, decretos, códigos de conduta e doutrinas que podem, ou não, estar escritos, e que configuram um “sistema de representações” (Lévi-Strauss 2012: 85), por outro lado, o direito acontece na prática, na interação entre os agentes, no quotidiano das salas de julgamento, na realização de audiências, nos corredores de fóruns e tribunais e nas relações que permeiam a produção das decisões judiciais, caracterizando, ao mesmo tempo, um “sistema de práticas e um sistema de representações” (Clastres 2011).

Mais do que um sistema de representações e de práticas, o direito pode ser compreendido como um sistema de pensamento (Bourdieu 2009), uma vez que a forma como é ensinado, nos bancos das Faculdades de Direito, transmite conteúdo e método, tendo, portanto, tanto a “função de integração moral apontada por Durkheim, quanto a função de integração

práticas do “fazer justiça” e o saber jurídico, técnico e adquirido de modo formal, na faculdade de direito. Para a minha pesquisa de mestrado, que lida com os textos de doutrina, o espaço da faculdade de direito ganha um lugar especial, uma vez que o primeiro contato com a “dogmática jurídica”, relacionada com o “saber jurídico” acontece nesse lugar.

⁷De acordo com Clastres, quando trata da guerra nas sociedades primitivas – tanto a prática da guerra quanto a prática das alianças (casamentos e trocas) firmadas entre os nativos, são informadas por um “sistema de representações” no qual o estado de guerra é um estado permanente e iminente na representação que os nativos fazem do mundo (Clastres 2011: 241).

cultural” (Bourdieu 2009: 205)⁸. São os textos da “doutrina” que transmitem os valores consagrados no campo do direito.

Por fim, além da centralidade desses textos no campo, também optei por tomá-los como fonte na pesquisa⁹ por uma questão prática e até mesmo óbvia: como busquei compreender as transformações que o Tribunal do Júri sofreu ao longo de sua existência no Brasil, nada mais coerente do que ler os “doutrinadores” do passado sobre essas transformações e os argumentos utilizados para justificá-las, uma vez que esses autores não estão mais vivos e não é possível entrevistá-los.

Para a escrita de minha dissertação de mestrado pesquisei os textos produzidos pela “doutrina jurídica”, ou seja, por juristas reconhecidos do campo

⁸Na Faculdade de Direito os alunos aprendem como um jurista deve agir, falar e vestir (método) e como deve “pensar juridicamente” (técnica). Ao longo de cinco anos de formação teórica, e em alguma medida prática, são ensinadas as técnicas corporais, assim como as técnicas atinentes à operacionalização do saber jurídico. Ao longo desse mesmo período, os alunos passam a naturalizar o mundo do direito, tornando-nos “indivíduos programados, dotados de um programa homogêneo de percepção, pensamento e de ação” (Bourdieu 2009: 205).

⁹A dissertação teve como foco as formas e as lógicas que orientam a criação desse modelo de produção de verdade jurídica no Brasil, ou seja, a partir dos textos, busquei compreender quais as adaptações que o modelo do Trial by Jury sofreu para sua inserção no sistema de justiça brasileiro, uma vez que se trata de importação de um instituto próprio de uma sociedade baseada em valores igualitários e que será inserida em nossa sociedade de características paradoxais (Nuñez 2012). Uso o termo paradoxal, em diálogo com o trabalho de Kant de Lima, porque se por um lado existe um discurso republicano que “apregoa explicitamente a igualdade e a liberdade de todos os indivíduos que compõem a sociedade, permanece implícito – mas claramente detectável à observação – práticas que apontam para uma sociedade, que à maneira de uma pirâmide, é constituída de segmentos desiguais e complementares” (Kant de Lima 2010: 57).

do direito, que escreveram (ou escreverem) sobre o Tribunal do Júri. Os livros pesquisados consistem num *corpus* de textos por meio dos quais o conhecimento jurídico é transmitido. Dentre as principais características desse material, destaco o privilégio da descrição de um “dever ser” do sistema de justiça. Ou seja, esses textos trazem as análises de juristas sobre as melhores formas de interpretar as leis e descrevem o funcionamento ideal do judiciário. Além disso, todo o material consultado foi produzido por autoridades do campo, conhecidos como “doutrinadores” ou “dogmáticos”, juristas que por suas posições de destaque produzem obras que serão lidas e utilizadas pelos demais agentes que operacionalizam esse saber.

OS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI: a morte ou quem mata?

O Tribunal do Júri no Brasil é um procedimento penal especial, restrito ao julgamento dos “crimes dolosos contra a vida”¹⁰. Trata-se, portanto, de uma forma de administração judicial de conflitos exclusiva para julgar alguns crimes. Por isso, nem todas as mortes trazem os elementos necessários para serem julgadas dentro desse “Tribunal”. Em oposição aos crimes

dolosos contra a vida existem os homicídios considerados “culposos”¹¹ e os latrocínios. Todos eles, mesmo que resultem em morte, não possuem o elemento “dolo contra a vida humana” e, desse modo, não vão à Júri. Os latrocínios, diferentemente dos homicídios culposos, são considerados “crimes contra o patrimônio” (roubo seguido de morte) e, segundo a “doutrina”, é por esse motivo que não vão à Júri.

A especificidade do Júri mostra, por si só, a existência de uma classificação e uma hierarquização (Dumont 1997: 373) quanto ao que pode ou não ser julgado por esse Tribunal. E, ao analisarmos essa separação entre as mortes que vão e não vão à Júri a partir do discurso nativo dos “doutrinadores”, a justificativa que emerge entre as linhas desses textos descreve o homicídio como “o ponto mais chocante na orografia dos crimes” e a “mais chocante violação do senso moral médio da humanidade” (Marques 1948: 39). Embora esses autores sustentem que a morte seria a característica capaz de justificar o julgamento de tais crimes por um tribunal especial, em oposição aos demais crimes – conheci-

¹⁰ Crimes dolosos contra a vida são todos aqueles em que há a intenção, por parte do agente, do autor, de “produzir o resultado” ou quando o agente “assumiu o risco de produzi-los” (art. 17 do Código Penal). Vão a júri os homicídios dolosos contra a vida, sendo eles: a) homicídio; b) infanticídio; c) participação em suicídio; d) aborto.

¹¹ A distinção legal entre “dolo” e “culpa” está contida no art. 18 do Código Penal e dispõe: Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. Os crimes culposos – como por exemplo alguns homicídios resultantes de “erro médico” ou a maior parte das mortes por acidente de trânsito não são julgados pelo Júri justamente por que os promotores ao analisarem o caso entendem que não houve a intenção de matar.

dos como “crimes comuns” e que serão julgados pelo juiz singular, numa “vara criminal comum”¹² - nem todas as mortes serão julgadas pelo Tribunal do Júri.

É evidente, então, que se o critério definidor da competência do Júri fosse a morte humana, ou segundo os autores do campo do direito “o maior dos crimes”, uma vez que “matar alguém, isto é, seja quem for (...) encerra a objectividade num único bem cuja recuperação é impossível” (Roberto Lyra 1933: 62), todo e qualquer crime que tivesse como resultado a morte deveria ser processado e julgado por este procedimento. Ao menos se tomarmos como referência este argumento levantado pela doutrina.

Mas, diferentemente disso, para que um crime seja julgado pelos jurados, por meio do procedimento do Tribunal do Júri, o critério definidor levado em conta para a distribuição do processo é a “vontade” do réu no momento em que cometeu o crime. Isto é, o acusado precisa ter cometido o ato “com a intenção de matar” para que seja levado à Júri. Dito de outra forma, o que pesa na definição da competência de um crime – se ele é doloso contra a vida ou não – é a intenção do réu. Trata-se, portanto, de

algo subjetivo. Em verdade o critério definidor da competência do Júri não é a vontade do réu – uma vez que ninguém lhe pergunta sobre a sua vontade no momento do crime mas, mais do que isso, é a interpretação do promotor de justiça sobre o que ele imagina ser a vontade do acusado no momento do crime.

No nosso sistema de justiça criminal quem detém a ação penal é o Ministério Público, representado pela figura do Promotor de Justiça (art. 19, I, CF/1988). Após receber o “inquérito” realizado pela Polícia Civil o promotor elabora a “denúncia” que é a peça processual chave, determinante no início da ação penal – ação penal da qual o *Parquet* não pode desistir (art. 42 do CPP). No momento de elaboração da denúncia, o critério definidor para se mandar um caso para o júri ou para a Vara Criminal Comum é o elemento “dolo” (a intenção do acusado). No Brasil, a lei determina que essa intenção seja medida através da interpretação do promotor sobre os “fatos”.

Assim, diante de uma morte o promotor de justiça, ao receber o inquérito policial, um amontoado de folhas produzidas na polícia civil, as lê e analisa. Se concluir que o indiciado teve a “intenção” de matar, pode denunciar por homicídio. Se, por outro lado, concluir que o “suspeito” teve a intenção de roubar e acabou matando ou matou “sem querer”, elabora a denúncia por latrocínio ou homicídio doloso. Nos dois últimos casos,

¹²Os tipos de crimes e ritos processuais para o seu julgamento não se esgota, evidentemente, na distinção entre “crimes comuns” e “crimes de júri”. Há, ainda, os “crimes de menor potencial ofensivo” que são julgados pelo procedimento do JECrim; os “crimes de violência doméstica” que são julgados pela “Vara da Violência Doméstica” entre tantos outros. Neste artigo, entretanto, me interessa focar justamente nessa dicotomia, entre os crimes que vão à Júri e aqueles que são julgados por juízes comuns.

o crime será julgado por uma Vara Criminal Comum, um juiz “togado” e não terá a participação dos jurados.

Assim, como se vê, a dinâmica que determina onde (e como) uma “morte” será julgada se dá no momento em que o promotor toma sua decisão. A partir do que lê no Inquérito Policial. E para isso, o poder é dado ao agente do Ministério Público, que vai auferir o que se passava no plano da vontade do réu. Como se pode perceber, o peso não está na morte da vítima, como quer fazer crer o que está escrito nos textos da doutrina. Esta compreensão, como explorarei mais a diante, está relacionada com o discurso da responsabilização do criminoso ao invés da conduta criminosa, característico de nosso sistema penal inquisitorial.

Na simples análise do discurso presente na doutrina e o contraste com a prática forense é possível perceber como a classificação entre os crimes que podem ser ou não julgados no Tribunal do Júri não está associada a morte, em si mesma, mas ao causador dessa morte. O réu que supostamente matou em razão do sentimento e da emoção, em contraposição àquele que mata por que está no “mundo do crime” e, portanto, tem a morte como um “negócio” faz com que o primeiro possa ser julgado pelo Júri, enquanto o segundo vai para a Vara Criminal Comum. Com isso não quero dizer que o Júri deve ser considerado um procedimento melhor ou pior, mas problematizar por que existe

tal distinção no caso brasileiro e, sobretudo, o que esta distinção fala sobre o fazer judicial (Eilbaum 2012) no Brasil. Nos textos que foram o “campo” para esta pesquisa, a distinção entre as mortes que podem ser julgadas por esse procedimento “especial” é abordada quando os “doutrinadores” tratam da “competência” do Júri. Tratarei desse discurso no próximo item do artigo.

A “COMPETÊNCIA” DO TRIBUNAL DO JÚRI: dos “escriptos abusivos” aos “crimes dolosos contra a vida”

A categoria nativa que trata da distinção entre a forma (e o Tribunal) por meio da qual se dá a administração de mortes pelo sistema de justiça é a “competência”. Ao pensar o direito como um sistema de interpretação da realidade (Geertz 2007) essa categoria pode ser considerada uma, dentre outras, que orientam o trabalho dos juristas de “leitura” do mundo. A “competência” diz respeito, na classificação nativa, ao lugar e ao procedimento por meio do qual um conflito será administrado dentro do poder judiciário, isto é, onde a “causa”, para usar uma expressão nativa, será julgada. Não à toa o termo usado é esse, no sentido de ser “capaz”, ter “atribuição” e ser competente para o processamento do caso.

No Brasil, a competência do Júri é “especial”, ou seja, o júri não é competente para processar e julgar quaisquer crimes. Esta “especialidade” se apresenta

em oposição aos “crimes comuns”; aqueles que são julgados pelo rito ordinário (e pelo juiz singular). Diferentemente deste último, o procedimento do júri é “bifásico” conforme define a classificação nativa. As duas fases estão divididas entre a instrução (1ª fase) e o julgamento em plenário (2ª fase). Esta 2ª fase acontece somente se o réu for “pronunciado” na fase anterior, caso o juiz considere que o crime em julgamento é “doloso contra a vida”. Com isso quero dizer que a “especialidade” do júri não reside somente na sua competência, mas também na forma, no procedimento, por meio do qual os crimes são administrados dentro desse Tribunal.

Quanto à competência do Júri, como já disse anteriormente, atualmente ela está restrita aos “crimes dolosos contra a vida”. Entretanto, a pesquisa que fiz nos textos de doutrina que tratam do Júri nos últimos séculos no Brasil, mostrou que nem sempre foi assim. Pude perceber, a partir da análise de tais textos, que esta “competência” passou por mudanças e, apenas muito recentemente – se considerarmos o tempo em que este procedimento existe no Brasil – foi restringida e transformada no que é hoje. Neste item do artigo, descreverei as sucessivas mudanças pelas quais passou o desenho institucional do Tribunal do Júri no Brasil e o que os “doutrinadores” pesquisados dizem sobre tais modificações.

Os “doutrinadores” contemporâneos costumam dizer que o Júri foi introduzido no Brasil em 1822, de acordo

com o Decreto de 18 de julho de 1822. Entretanto, o documento nada fala sobre o “Tribunal do Júri”. Em verdade, seu texto somente refere que serão instituídos “Juizes de Facto, para conhecerem da criminalidade dos escriptos abusivos¹³”. Ou seja, no ano de 1822, mesmo que se tome como marco temporal da introdução do júri no Brasil, não foi o Júri tal como é hoje, que foi criado em nosso país. Tampouco se pode dizer que se trata do “julgamento por pares”, inspirado no modelo inglês, que posteriormente foi importado para o Brasil. O que foi inventado naquele momento foi, em verdade, um tribunal específico para julgar os crimes de imprensa, cometidos contra o imperador.

Somente dez anos mais tarde, em 1832, com a primeira reforma processual penal brasileira (Kant de Lima 2010: 34) e a promulgação do Código de Processo Criminal do Império que o júri, inspirado no modelo que funcionava

¹³ Este decreto, segundo o seu próprio texto, “Crêa Juizes de Facto para julgamento dos crimes de abusos de liberdade de imprensa” e, para tanto, José Bonifácio representando o Príncipe Regente determina que “considerando eu quanto peso tenham estas razões e procurando ligar a bondade, a justiça, e a salvação publica, sem offender a liberdade bem entendida da imprensa, que dejeo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito á causa sagrada da liberdade brazilica, e fazer applicaveis em casos taes, e quanto fôr compativel com as actuaes circumstancias, aquellas instituições liberaes, adoptadas pelas nações cultas”. O que foi estabelecido, de acordo com o texto do Decreto, portanto, nada tem a ver com o Tribunal do Júri Inglês, senão com um corpo de jurados “24 cidadãos escolhidos de entre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas” para analisarem os crimes de imprensa cometidos contra o Imperador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM-18-7-1822.htm>. Acesso em: 19, fev., 2016.

na Inglaterra, passou a ser previsto no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a qualidade de Tribunal Criminal aqui vigente. Naquele momento, foi considerado competente para o processamento de todos os crimes aqui cometidos, não apenas os “dolosos contra a vida”. Ademais, o modelo previa a existência do grande e do pequeno júri e, também por isso, aproximava-se do modelo inglês.

Como disse, a competência do Júri em 1832 era ampla, para processar e julgar todos os crimes. Entretanto, foi sucessivamente sendo modificada, até chegar nos dias de hoje, restrita aos “crimes dolosos contra a vida”. Com a Constituição Federal de 1891, promulgada após a Proclamação da República em 1889, os estados da federação passaram a ter autonomia para legislar em matéria processual penal. Durante esse período – que perdurou até a Era Vargas – os Júris puderam adotar diferentes formatos em cada estado da federação, não somente no que se refere à competência, mas também ao modo de votação e ao modo de processamento dos crimes. Assim, durante esse período, é difícil esclarecer a competência do Júri pois, enquanto em alguns estados era ampla, em outros era mais restrita

Prevalencia na maior parte dos Estados o criterio da enuneração legal dos crimes de competência do Jury, predominando o espirito de que essa

devesse ser a jurisdição geral e ordinaria, que havia de caber a maioria delles e os mais graves, reservando-se para a justiça togada aquelles de apuração mais dependente de provas technicas, documentaes, e os de pequena significação social. Assim era em Minas Geraes, São Paulo, no Estado do Rio de Janeiro, no Rio Grande do Sul, etc. (Magarinos Torres 1939: 27).

Posteriormente, a Constituição de 1934 unificou o processo penal brasileiro e manteve o júri no seu texto mas, por outro lado, não havia previsão legal infraconstitucional regulamentando o seu funcionamento. Assim, o Decreto-Lei 167 de 1938 unificou a competência do Júri e, não só listou os delitos a serem julgados por este Tribunal (art. 3º) como regulamentou o seu funcionamento de maneira geral, também definindo questões recursais, de incomunicabilidade, entre outras¹⁴. Dizia o artigo 3º:

Ao presidente e aos jurados competem, respectivamente, a pronúncia e o julgamento, nos crimes definidos pelos artigos 294 a

¹⁴ Como dito, o referido Decreto-lei unificou o funcionamento do Júri no Brasil, após 47 anos de regulamentações estaduais diferentes. Mas, além disso, aboliu a soberania dos veredictos, reduziu o número de jurados para sete e estabeleceu a incomunicabilidade entre eles. À época, houve grande movimentação entre os juristas para lidar com a questão dos recursos de apelação, que poderiam modificar as decisões do júri. Tais mudanças são exploradas na dissertação (Nuñez, 2012).

296 [*homicídio doloso e envenenamento*], 298 [*infanticídio*], 298 *parágrafo único* [*infanticídio cometido pela mãe "para ocultar desonra própria"*], 299 [*induzimento ao suicídio*], 310 [*duelo*], 359 [*latrocínio*] e 360 [*tentativa de latrocínio*] *parte primeira da Consolidação das Leis Penais, quando consumados ou tentados*¹⁵. (Art. 3o do Decreto-lei 167 de 1938).

Como se vê no texto, tanto o homicídio quanto o latrocínio eram de competência do Tribunal do Júri. Ambas as mortes – tanto aquela causada com “intenção de matar”, quanto a morte causada pela intenção de roubar – estavam classificadas como crimes de competência do júri. O trecho acima transcrito, traz o rol dos delitos que deviam ser julgados por esse procedimento fazendo referência aos artigos do texto da Consolidação das Leis Penais¹⁶.

Nos anos de 1940 e 1941 foram publicados, respectivamente, os novos Código Penal e Processual Penal e, neste momento, o crime de latrocínio passou a ser classificado não mais como um crime autônomo, mas como

uma qualificadora do crime de roubo, quando resulta na morte da vítima (art. 157, § 3º do Código Penal)¹⁷. Assim, a forma como o latrocínio é classificado no Brasil foi também modificada, passando de crime autônomo para um tipo qualificado de roubo, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940¹⁸.

Logo em seguida, no ano de 1941, o Código de Processo Penal tirou da competência do Júri o latrocínio. Trago para a análise o texto da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, vigente até hoje, que explicita o sentido de seu conteúdo. É de se notar especialmente o trecho sobre a unificação dos procedimentos penais, a fim de facilitar a repressão dos criminosos, ou aqueles que delinquem. A figura central a ser reprimida é a da pessoa do criminoso,

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o

¹⁷ Existe uma enorme discussão doutrinária – que, embora não seja o foco do presente artigo, merece ser mencionada – sobre se o latrocínio deve ser uma forma de roubo, qualificada em razão da morte, ou um “dispositivo próprio e autônomo” como era antes, no texto da antiga Consolidação das Leis Penais. Para informações nativas sobre o assunto, baseadas na interpretação da doutrina, vide Oliveira (2010). A autora informa que existem três formas de tratar o latrocínio nos sistemas penais, a primeira que coloca a morte como uma “qualificadora” do roubo (adotada no Código Penal vigente atualmente no Brasil); a segunda em que o sujeito responde pelos dois crimes, tanto pelo roubo quanto pelo furto; e uma terceira em que o latrocínio é uma modalidade específica de homicídio.

¹⁸ Sobre o contexto no qual surgiu o Código Penal, a partir do projeto de Alcântara Machado, reformado por Nelson Hungria e outros juristas e a influência do pensamento positivista nos intelectuais de 30, o trabalho de Moraes (2009) é bastante esclarecedor.

¹⁵ O Decreto listava em seu artigo os crimes da Consolidação das Leis Penais, vigente à época de sua edição. Os crimes correspondentes foram inseridos no presente texto para facilitar a compreensão do leitor.

¹⁶ A vigência da Consolidação das Leis Penais, compilação legal datada de 1932, teve fim no ano de 1940, com a promulgação do Código Penal que, por sua vez, modificou a forma como o latrocínio era até então definido no Brasil.

Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus [...] um extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...]. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de código, No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (Decreto-lei 3.689/1941)

Sobre o Júri, o texto da exposição de motivos é também bastante elucidativo apresentando o sentido atribuído a esta forma de processar e julgar no caso brasileiro. Conforme o “legislador” escreveu, o procedimento está voltado para a defesa da sociedade, e não para garantia dos direitos do réu. Segundo o texto, a lei “veio afeiçoar o tribunal popular à finalidade precípua da defesa social. A aplicação da justiça penal pelo júri deixou de ser uma delegação do Estado, controlada e orientada no sentido

do interesse da sociedade” (Decreto-lei 3.689/1941). O foco, portanto, não é outro se não a defesa social e a responsabilização do criminoso, expressamente descritas nesses trechos.

Assim, esta primeira redação do CPP já excluía o latrocínio do Júri. O Decreto enumerava os crimes previstos no Código Penal que deveriam ser processados e julgados por este Tribunal, no artigo 74 do texto, como aqueles constantes nos artigos 121, § 1º e 2º e 122 e 123 – homicídio simples e qualificado, assim como induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e infanticídio. Posteriormente, no ano de 1948, a Lei n. 263 de 1948, que alterou o Código de Processo Penal de 1941, inseriu outros crimes na sua “competência”, incluindo aqueles previstos no artigo 124, 125, 126 e 127 do Código Penal – aborto provocado pela gestante ou por terceiro, nas formas qualificadas ou tentadas.

Foi na década de 40, portanto, que a lei listou, infraconstitucionalmente, os crimes que poderiam ser considerados “dolosos contra a vida” embora a Constituição Federal de 1946, vigente naquele momento, já previsse esta qualidade como decisiva para os crimes serem julgados pelo Tribunal do Júri¹⁹. A divergência residia na distinção entre quais crimes poderiam ser classificados como

¹⁹Nem a Constituição Federal de 1967, sequer a Emenda de 1969 retirar a competência do Júri para os crimes “dolosos contra a vida”, sendo o mesmo texto mantido na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, XXXVII.

tal e, sobretudo, em relação ao dolo. No debate que foi travado entre os juristas que elaboraram a Lei 263, de 1948, sobre a inclusão ou não do latrocínio entre os crimes de competência do Tribunal do Júri é possível ver a contradição apontada por um deles. O projeto de tal lei rendeu acalorados debates na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, como pude ver nos livros de Olavo Oliveira (1949) e Ary Azevedo Franco (1950). Naquele momento, os então Senadores decidiam sobre a classificação do latrocínio, do sequestro terminado em morte, assim como do estupro com a posterior morte da vítima, dentre os "crimes dolosos contra a vida".

Como se vê na transcrição da referida sessão do Senado, Olavo Oliveira aponta a contradição existente na exclusão do latrocínio do rol de crimes considerados "dolosos contra a vida". O seu argumento demonstra que se trata de um crime de dolo indireto, ou eventual, e portanto, doloso contra a vida pelo seu resultado, uma vez que, independentemente da intenção do agente, se mata. Segundo ele, trata-se de crime em que "o conteúdo de relação social de direito não é a vida, mas que dão origem, em suas consequências, a atentados contra a existência humana, ou à morte de alguém" (Oliveira 1949: 19) e, por isso deve ser considerado "doloso contra a vida". Por fim, mesmo diante de tais argumentos, o projeto foi aprovado com a redação que se mantém vi-

gente até hoje e excluiu alguns crimes, que tem como resultado a morte, do rol de delitos que devem ser processados e julgados pelo Tribunal do Júri.

O estreitamento da competência demonstra a diferente classificação (e consequente hierarquização) que recebem crimes que, embora apresentam o mesmo resultado, isto é, a morte, são julgados de maneira distinta. Assim, não é a "morte" o fator determinante para que um crime seja processado e julgado pelo júri – ao contrário do que apontam os textos doutrinários – é a intenção do acusado que de fato conta para que um crime seja julgado pelo Júri – daí a necessidade do uso da categoria nativa "dolo", uma ficção determinante para excluir certos crimes da competência do Júri.

O crime de homicídio doloso, próprio do júri, é descrito nos textos doutrinários como o crime inerente à "condição humana". Isto é, segundo os "juristas" alguns crimes podem ser considerados mais ou menos suscetíveis de serem praticados por seres humanos. Em oposição lógica à categoria humanos existem, para esses mesmos juristas, aqueles crimes cometidos por "não humanos", uma vez que a oposição entre humanos e não humanos é o que está presente no cerne dessa classificação (Fonseca e Cardarello 1999).

Existe nesse discurso uma classificação e hierarquização (Dumont, 1997) entre os tipos penais que podem ser considerados "inerentes à condição huma-

na” como é o caso do “homicídio” e que, por sua vez, não abarca o “latrocínio”. O processo de criminação, anterior à incriminação e à sujeição criminal (Misse 2010: 21) já separa os crimes que podem ser cometidos por “bandidos” daqueles que podem ser cometidos por “qualquer pessoa”. Ocorre que essa separação dá e eles tratamentos processuais distintos: aos primeiros o procedimento comum e, aos segundos, o procedimento especial. Afeta, portanto, a forma como esses crimes serão julgados, causando uma desigualdade processual e prevendo diferentes formas de julgamento, para eventos que tem o mesmo resultado (Kant de Lima 2004: 52).

Essa classificação do homicídio como o crime “inerente à condição humana” perpassa as “gerações” de autores. Pude ver isso, por exemplo, no texto abaixo, que contrasta os locais em que pode o homicídio ser cometido: favelas, mansões, quintais. Nesse caso, o não dito, sobre as diferenças entre esses lugares, é tão significativo quanto o dito.

É preciso que se compreenda: de regra, um homicida, somente pelo fato de sê-lo, não é a bête humaine, como o timbram alguns. [...] O crime, quantas vezes, transfigura-se em um capítulo da condição humana que a constante ironia do destino nos desautoriza a maldizer, destratar, ou exagerar em nosso

julgamento pelo mal praticado. (Bonfim 2000: 11).

[...] o crime hoje, sobretudo o de homicídio em suas variadas formas, ganhou praças e quintais. Invadiu escolas e igrejas. Homens de cabelos brancos, mulheres de cabelos pretos, crianças, adolescentes infratores – nem todo lobinho é escoteiro – cometem-no, sem desculpa e sem perdão. E uns e outros querendo, todos, a desculpa e o perdão. Passa pela favela, entre na classe média, procriando também o monstro do desamor em gabinetes e mansões. (Bonfim 2000: 15).

Esta oposição, que tem como pano de fundo a distinção entre crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa (os humanos) e aqueles cometidos por “bandidos” ou “criminosos” (não-humanos) é reforçada, inclusive atualmente, pelos agentes do campo. Foi nesse sentido a declaração que o desembargador Marcus Fáver deu ao jornal O Globo, no ano de 2013, explicando a diferenciação entre “crimes” que tem o resultado morte. O juiz fez uma distinção entre os casos que têm o que ele chamou de “componente emocional” e aqueles que não têm, ao mencionar a necessidade de excluir do júri os crimes que não trazem o citado componente: “Você vê que não está jul-

gando um criminoso, mas alguém que cometeu um crime²⁰ (Menezes 2013). Nessa entrevista o juiz, que comentava uma possível reforma a ser feita no funcionamento do Tribunal do Júri, disse que ela "afastaria do júri crimes sem componente emocional ou sentimental, em que a morte é um negócio".

Não é diferente a visão dos agentes do sistema de justiça. Como esclareceu o Defensor Público titular de uma das Varas do Tribunal do Júri do Rio de Janeiro onde fiz pesquisa de campo, quando perguntei sobre os crimes que lá são julgados, respondeu-me de forma muito clara sobre os "crimes passionais", disse-me: "não passional no sentido do marido que matou a amante, mas emocionais, no sentido de que aconteceu porque tinha que acontecer, nesse sentido contemporaneamente chamamos de emocionais, que vem de emoção, de cachaça – que o autor nem lembra o motivo, briga de trânsito, briga de vizinho no subúrbio, ou seja, não tem motivo pré-determinado". Os crimes que se espera ver no júri são menos aqueles que têm alguma relação com o "mundo do crime" e mais aqueles que poderiam ser cometidos por "qualquer um de nós". Marcando uma diferença entre nós e eles.

Essa diferença entre "nós" e "eles" está profundamente arraigada no "pensamento jurídico brasileiro" isto é, nos textos dos "juristas", dito "doutrinado-

²⁰Trecho de fala do Desembargador Marcus Fáver, ao mencionar proposta de retirar do Tribunal do Júri homicídios ligados às organizações criminosas, publicado em matéria de jornal sobre o tribunal do júri (Menezes 2013: 34).

res" do campo do direito. Os "criminólogos" brasileiros – tais como João Vieira de Araújo, Viveiros de Castro, Antonio Moniz Sodré de Aragão, Clóvis Beviláqua, entre outros (Moraes 2009) – apropriaram-se seletivamente dos discursos positivistas, da escola positivista italiana, especialmente dos discurso de Lombroso, e influenciaram gerações de juristas

Ocorre que, na importação à brasileira dessas teorias, as distinções entre as escolas não eram devidamente feitas, seja porque não interessavam, seja porque não lhes parecia relevante as mencionar. Os "juristas" misturavam as diferentes expressões como "antropologia", "criminal", "Escola Antropológica", "sociologia criminal", "Escola Positiva de Direito Criminal", variando entre a ênfase dada aos fatores biológicos ou socioculturais. De todo modo, converge entre esses autores, a ideia de que o que deve ser objeto do direito criminal (e por isso nome, criminal e não penal) é o criminoso, considerado por todos com um indivíduo anormal (Alvarez 2014).

Alcântara Machado, por exemplo, que redigiu o projeto de Código Criminal que viria a culminar com no Código Penal de 1940. Embora o texto original tenha sido transformado por uma comissão de juristas coordenados por Nelson Hungria, a convite de Francisco Campos, então Ministro da Justiça de Getúlio Vargas (Moraes 2009), o sentido da responsabilização do criminoso não foi deixado de lado. Termos presentes no texto, como "reincidente",

demonstram a influência das ideias positivistas sobre a origem do crime associada aos criminosos e não à sociedade.

O afastamento do crime de latrocínio da competência do Tribunal do Júri, portanto, também é resultado do foco na punição do criminoso, baseada na suposta possibilidade de prever a intenção daquele que comete o delito, a “vontade subjetiva” do réu, associada à ficção do “dolo”. Além disso, o tratamento desigual dado a quem comete estes dois crimes foi reforçado pelas teorias positivistas, quando da proclamação da república. Esta relação se explica ao analisar as teorias vigentes à época, sobre a “nação” que se formava, com uma população negra recém liberta. No projeto de construção da República era necessário afirmar a diferença entre “pessoas” por meio do uso de um discurso científico, que deu origem a essa distinção, ou seja, diante da necessidade da consolidação de uma justiça penal que reforçasse a hierarquia no caso brasileiro (Kant de Lima, 2004) utilizaram o discurso cientificista da escola positivista italiana para reconhecer os “criminosos” e dar a eles um tratamento penal diferenciado. Este discurso foi adaptado posteriormente, e transformado na identificação da intenção do agente, hoje traduzido pela distinção entre os crimes “dolosos contra a vida” e os crimes “sem a intenção de matar”. O discurso de João Vieira de Araújo sobre o júri, um dos primeiros “juristas” a tratar de “criminologia” no Brasil, afirma que neste procedimento não cabe o julgamento de assassinos, la-

drões, estupradores e falsários – aqueles cometidos por “criminosos” dotados de uma “natureza real do delinquente” (Araújo 1889), mas sim o julgamento os crimes que podem ser cometidos por qualquer pessoa, tomadas pela “emoção”.

Com a análise de tais discursos percebe-se o quanto a competência do Júri mudou ao longo da sua existência no Brasil. A competência inicial do “tribunal popular” era para os “crimes de imprensa” cometidos contra o Imperador. Posteriormente, em um momento de influência política inglesa sobre o país, surge o “Júri” com a competência ampla para processar julgar todos os crimes. Competência esta que foi restringida, afastando do Júri os crimes “sem componente emocional” cometidos por “criminosos” tendo como critério definidor desta competência o “dolo”, isto é, uma ficção jurídica sobre a “intenção” do acusado – a partir da interpretação do promotor de justiça – sobre o que pensava e sentia no momento em que cometeu o delito.

CONCLUSÃO

No “fazer judicial” (Eilbaum 2012) articulam-se representações e práticas, em um sistema de interpretação (Geertz, 2007) e, dessa forma, ambas reforçam-se constantemente e dão sentido aos processos judiciais e sociais. Não à toa, portanto, os próprios agentes do campo internalizam tais representações e as colocam em prática, como o Defensor Público do Júri prontamente me explicou

sobre a separação entre latrocínio e homicídio. Segundo ele, esta dicotomia faz todo o sentido pois, embora tenham ambos os crimes o resultado morte, os diferentes processamentos são formas justas de separar quem mata de quem rouba, uma vez que do "homicida qualquer um tem medo, do ladrão não e os homicidas são mais respeitados na cadeia" por que os homicidas não são simples "bandidos".

Como sustentei no presente artigo, latrocínio e homicídio receberam ritos processuais diferentes porque quem mata, em ambos os casos, são pessoas consideradas pelo Direito Penal e Processual Penal (e, conseqüentemente, por nossa sociedade) como "seres" distintos. O ladrão mata por que quer roubar, tem em si a "natureza real do delinquente" (Araújo 1889). O homicida, por sua vez, pode agir a partir da emoção – emoção essa a qual todos os "seres humanos" estão sujeitos. Também cabe no Júri, por oposição lógica, o julgamento de perversos "homicidas", sujeitos assustadores, absolutamente "não humanos", exceção da sociedade, loucos, que causam medo em todos que dele se aproximam, até mesmo os "bandidos", por que materializam o horror.

Assim, a construção dessa separação está relacionada com o discurso cientificista da punição do "criminoso", surgido no Brasil ainda no final do Século XIX. Posteriormente, a mesma separação ganhou um discurso juridicizado, que também se pretende científico, mas que separa ficcionalmente "dolo" de "preterdolo".

O Júri, portanto, não é o rito processual adequado para julgar quaisquer criminosos, somente aqueles "humanos" que por violenta emoção vieram a cometer um "crime", ou os "monstros", "serial killers" que causam medo até mesmo nos bandidos. Os criminosos, os bandidos, os não humanos, não devem ter lugar no Júri, um "tribunal" e um "rito especial". É possível afirmar, portanto, que não se trata de criminalizar condutas (tirar a vida de alguém, levando-a a morte) mas de criminalizar pessoas. E, obviamente, essa criminalização que antes se travestia do discurso científico da escola positivista, hoje se disfarça no discurso que se pretende científico dentro do direito, a partir da ficção do "dolo". Segue havendo, de qualquer forma, uma dupla entrada no sistema de justiça, uns pelo júri, outros pelo procedimento penal comum, dando as pessoas que cometem os crimes, tratamentos processuais diferentes e desiguais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. O processo criminal brasileiro. v. 1, 3a ed. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. Dados, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. Dados, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>.

php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582002000400005&lng=en&nrm=i so>. Acesso em 05, ago, 2014.

BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupe-tti. Os rituais judiciais e o princípio da oralidade: construção da verdade no processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2008.

BERMAN, Harold Joseph. Law and revolution: the formation of the western legal tradition. Cambridge: Harvard University Press, 1983

BOURDIEU, Pierre. A Economia das Trocas Simbólicas. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

CLASTRES, Pierre. Arqueologia da violência. São Paulo: Cosac Naify, 2011.

DUMONT, Louis. Homo Hierar-quicus: o sistema de castas e suas impli-cações. São Paulo: EDUSP, 1997.

EILBAUM, Lucia. “O bairro fala”: conflitos, moralidades e justiça no co-nurbano bonaerense. São Paulo: Edito-ra Hucitec, 2012.

FLORY, Thomas. Judge and jury in imperial Brazil, 1808-1871: social control and political stability in a new state. London: University of Texas, 1981.

FONSECA, Claudia; CARDARELLO, Andrea. Direitos dos mais e menos humanos. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre, v.5, n.10, p.83-121, maio, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71831999000100083&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10, fev., 2016.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as

formas jurídicas. 3a ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

GEERTZ, Clifford. A interpretação das culturas. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

_____. (2007) O saber local: novos ensaios sobre antropologia interpretati-va. 9a. ed., Petrópolis: Vozes, 2007.

KANT DE LIMA, Roberto. Da In-quirição ao Júri, do Trial by Jury à Plea Bargaining: Modelos para a produção da verdade e a negociação da culpa em uma perspectiva comparada Brasil/Estados Unidos. Tese apresentada ao concurso de professor titular de Antropologia. Niterói: Universidade Federal Fluminense, 1995.

_____. A Antropologia da Acade-mia: quando os índios somos nós. Ni-terói: EdUFF, 1997.

_____. (2004) Direitos Cíveis e Di-reitos Humanos: uma tradição jurídica pré-republicana? São Paulo em Pers-pectiva, 18, vol. 1, 2004, p. 49-59.

_____. (2010). Sensibilidades jurí-dicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. Anuário Antropológico. 2009, v 2, 2010: 25-51.

LEVI-STRAUSS, Claude. Antropologia Estrutural. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

LYRA, Roberto. O Ministério Pú-blico e o Jury. Rio de Janeiro: Coelho Branco editor, 1933.

MERRYMAN, John Henry. The Ci-vil Law Tradition: an introduction to the legal systems of western Europe and latin America. 2nd ed., Stanford Uni-versity Press: Stanford, 1985.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria "bandido". Lua Nova, v. 79, p. 15-38, 2010.

MORAES, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 12, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/viewFile/24/23>>. Acesso em: 05, ago, 2014.

NÓBREGA JR, José Maria. Desigualdade Jurídica no Brasil: o latrocínio e o seqüestro seguido de morte da vítima como tipos de crimes "especiais". Revista Espaço Acadêmico, n. 89, out., 2008. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/089/89nobre-gajr.pdf>>. Acesso em 05, ago., 2014.

NUÑEZ, Izabel Saenger. Dogmas e Doutrinas: verdades consagradas e interpretações sobre o tribunal do júri. 2012. 176 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói: 2012.

OLIVEIRA, Patricia de. O Latrocínio na Legislação Brasileira. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 25, n. 1, p. 37/56, out. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12022/7973>>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture: Researches into the development of mythology, philosophy,

religion, language, art and custom. London: H. Holt, 1883.

FONTES CONSULTADAS

ARAÚJO, João Vieira de. O Direito e o Processo Criminal Positivo. O Direito: Revista Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. Ano XVII, vol. 48, pp. 321-330, 1889.

AZEVEDO FRANCO, Ary. O Júri e a Constituição Federal de 1946. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1950.

BONFIM, Edilson Mougnot. No tribunal do Júri: a arte e o ofício da Tribuna. São Paulo: Saraiva, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MAGARINOS TORRES, Antonio Eugênio. Processo Penal do Jury no Brasil. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

MENEZES, Maiá. Sete cadeiras e um destino. O Globo, Rio de Janeiro, 21 abr., 2013. Revista O Globo, p. 34

MARQUES, José Frederico. O Júri é sua nova regulamentação legal. São Paulo: Saraiva, 1948.

OLIVEIRA, Olavo. O Júri na Terceira República. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1949.

Izabel Saenger Nuñez

Doutoranda em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do Instituto Nacional em Administração Institucional de Conflitos – INCT/InEAC