

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

MARCELO FERNANDEZ CARDILLO DE MORAIS URANI

**MODOS DE OBTENÇÃO DO CONVENCIMENTO DO
JULGADOR: ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS
PENAIIS**

**Porto Alegre
2009**

MARCELO FERNANDEZ CARDILLO DE MORAIS URANI

**MODOS DE OBTENÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR: ANÁLISE DOS SISTEMAS
PROCESSUAIS PENAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Orientador: Prof. Dr. Dr. Aury Lopes Jr.

Porto Alegre/RS

2009

MARCELO FERNANDEZ CARDILLO DE MORAIS URANI

**MODOS DE OBTENÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR: ANÁLISE DOS
SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, linha de pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Aprovada em ____ de _____ de 2009

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr. (PUCRS)

Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa (UNIVALI)

Prof. Dr. Prof. Dr. Giovanni Saavedra (PUCRS)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por ter me dado forças em todos os momentos da minha vida, e sem o qual eu não teria chegado a lugar algum.

A minha família, especialmente minha mãe, a minha tia Madalena, minha avó, Luciana e Salvador pelo apoio incondicional durante todas as fases da minha vida e principalmente durante o mestrado. A meu avô, um exemplo quase inalcançável e a memória de meu pai, ambos no céu. Aos meus familiares, que mesmo em Goiás e distante pelo tempo sei que não deixaram de torcer nesta minha caminhada.

Agradeço ao Prof. Aury Lopes Jr, que na condição de meu orientador nunca poupou esforços em me ajudar, seja nas orientações, seja disponibilizando sua biblioteca. Ao Prof. Nereu Giacomolli, agradeço pelos debates em sala de aula e no Grupo de estudos de Processo Penal Contemporâneo, além da figura humana que é. A Prof. Ruth Gauer pela abertura de novos paradigmas e quebra dos velhos conceitos. Ao Prof. Cezar Bitencourt por todos os debates nos seminários em sala de aula. Ao Prof. Alfredo Cataldo pelos intrigantes debates sobre psicologia.

Não poderia deixar de agradecer aos novos amigos que fiz em Porto Alegre, inicialmente a Michelangelo, este o primeiro a me receber na capital gaúcha, e a todos os amigos (e não simples colegas) que fiz durante o mestrado e fora dele, primeiro as damas: Thais, Leia, Cris, Thayara, Débora, Fabíola e Márcia, depois a Edmar, Rodrigo, Cesar, Kado, Bruno, Maciel, Andre, Daniel, Elias, Marcius e Paulo. Também não posso deixar de mencionar outros amigos que fiz fora do mestrado ou mesmo em razão dele, como Moretto e o Prof. Enrico Racca, além de todos os colegas do curso de italiano e dos integrantes do escritório de Michelangelo e claro as sempre prestativas funcionárias da secretaria do mestrado, Caren, Raquel, Patrícia e Victor.

Fora das fronteiras gaúchas não posso deixar de registrar a ajuda de todos os colegas/amigos de escritório e de sempre Dr. Alfredo Venet, Dr. Armando Tourinho Jr., Dr. Armando Tourinho Neto, Ricardo e Dilse. Além claro de Dra. Livia Marília e Dr. Celso Vilas-Boas sempre prontos a me prestarem socorro incondicionalmente.

Porto Alegre/Salvador 08 de Novembro de 2009.

RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar como as partes obtêm o convencimento, a captura psíquica do julgador de acordo com cada sistema processual, examinando o papel do juiz dentro do processo acusatório e inquisitório.

De outro modo, observar qual a influência da gestão probatória na definição dos sistemas, seus reflexos na formatação do convencimento judicial e a possibilidade de quebra da imparcialidade.

Verificar, ainda, qual o papel da verdade dentro dos sistemas processuais e a sua impossibilidade de alcance, superando a ideia da verdade como objetivo do processo em favor do jogo limpo e do convencimento judicial, deslocando a verdade para um segundo plano, demonstrando que esta, se considerando objetivo do processo, “justifica” os poderes instrutórios do juiz e conseqüentemente o primado das hipóteses sobre os fatos.

Sendo assim, buscar, principalmente, nas decisões do TEDH e da CIDH como estes Tribunais estão decidindo sobre questões relativas ao juiz instrutor, a quebra da imparcialidade, independência e garantias processuais, e qual a influência que o TEDH exerce sobre a CIDH.

Nesse sentido, trata-se de apontar um modelo processual de aderência constitucional que funcione como um sistema de garantias do acusado, e não mero instrumento de aplicação da lei penal, em que o acusado é sujeito de direitos e o processo como instrumento democrático concedendo chances iguais aos sujeitos. A alternativa que se propõe é a conformidade do modelo processual aos axiomas processuais garantistas. Por outro aspecto, reconhecendo que o modelo processual ideal é inatingível, apontar como segunda instância de filtragem constitucional a Interpretação Conforme a Constituição para assegurar a primazia da Constituição em face de todo o ordenamento jurídico..

Palavras-chave: Sistemas Processuais, Gestão Probatória, Convencimento Judicial, *fair play*.

ABSTRACT

This work presents how the parties can to convince the judge of psychological according to each procedural system, examine the part of the judge in the adversarial and inquisitorial process.

Differently, to observe the influence of the evidentiary question in defining the systems, its impact in shaping the judicial conviction and the possibility of a breach of impartiality.

Presents the part of truth in the criminal procedures and unable to reach, exceeding the idea of truth as the goal of the process in favor of fair play and the conviction proceedings, shifting the truth to the background, demonstrating that while the objective process, "justifies" the powers of investigation as a judge and therefore the primacy of assumptions about the facts.

Search especially in decisions of the TEDH and the CIDH as these courts are deciding on issues relating to the investigating judge, the breach of impartiality, independence and procedural safeguards, and the effect that the TEDH has on the CIDH.

In this sense, it is a point process model of adherence to constitutional function as a system of guarantees of the accused, and not merely an instrument of criminal law enforcement, where the accused is the subject of rights and the democratic process as an instrument granting an equal chance the subject. The alternative proposed is the compliance of the procedural model to the axioms procedural guarantees. In another aspect, recognizing that the procedural model is unattainable ideal, point to appeal filtering Constitutional Interpretation According to the Constitution to ensure the primacy of the Constitution in the face of any legal system.

Keywords: Procedural Systems, Probationary Management, Conviction Judicial, Fair Play

LISTAS DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN Ação Direta de Inconstitucionalidade

CF/88 Constituição Federal de 1988

CPC Código de Processo Civil

CPP Código de Processo Penal

CPPM Código de Processo Penal Militar

Min. Ministro

MP Ministério Público

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TRF Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 (RE)VISITANDO OS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	14
1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO GOZO.....	14
1.2 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	18
1.2.1 Autotutela	18
1.2.2 Autocomposição.....	21
1.3 O PROCESSO COMO INSTITUIÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	23
1.3.1 Características do Processo	25
1.4 A (VIABILIDADE DA) PROPOSTA CONSTITUCIONAL DE UM MODELO PROCESSUAL.....	28
1.5 O PAPEL DA VERDADE DENTRO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS	33
2 MODOS DE OBTENÇÃO DO CONVENCIMENTO.....	49
2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO E O CONVENCIMENTO CONSTRUÍDO A PARTIR DA PREVALÊNCIA DAS HIPÓTESES.....	49
2.2 SISTEMA ACUSATÓRIO E A LUTA PELA CAPTURA PSÍQUICA DO JULGADOR	61
2.3 A INSUFICIÊNCIA DO SISTEMA MISTO.....	70
2.4 A POSIÇÃO DO JUIZ E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS: IMPARCIALIDADE E ESTRUTURA DIALÉTICA.....	78
2.5 A INSUFICIÊNCIA DA SEPARAÇÃO INICIAL DAS ATIVIDADES DE ACUSAR E JULGAR.....	91
2.6 A INFLUÊNCIA DA GESTÃO E INICIATIVA PROBATÓRIA NA DEFINIÇÃO DOS SISTEMAS PROCESSUAIS.....	97
3 DILUIÇÃO DE FRONTEIRAS: DECISÕES DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	106
3.1 POSICIONAMENTO HIERÁRQUICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.....	106
3.2 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	112
3.2.1 Caso Aptiz Barbera e outros (Corte Primeira de Contencioso Administrativo) versus Venezuela. Sentença de 5 de agosto de 2008	112
3.2.2 Caso Palamara Iribene versus Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005	115
3.3 TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: A QUESTÃO DA IMPARCIALIDADE DO JULGADOR	117
3.3.1 Caso Lavents contra Letônia.....	117
3.3.2 Piersack contra Bélgica.....	125
3.3.3 Precedentes da Justiça Brasileira: STF e TRF 2ª da Região.....	136

4 A NECESSÁRIA FILTRAGEM DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: EM BUSCA DA CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL E (POSSÍVEIS) RECURSOS DE HERMENÊUTICA (CONSTITUCIONAL).....	139
4.1 <i>NULLA CULPA SINE JUDICIO</i> : PRINCÍPIO DA NECESSIDADE	140
4.2 <i>NULLUM JUDICIUM SINE ACCUSATIONE</i> : PRINCÍPIO ACUSATÓRIO.....	144
4.3 <i>NULLA ACCUSATIO SINE PROBATIONE</i> : PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA	148
4.4 <i>NULLA PROBATIO SINE DEFENSIONE</i> : PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO	152
4.5 (POSSÍVEIS) SOLUÇÕES COM OS RECURSOS DE HERMENÊUTICA (CONSTITUCIONAL).....	158
(POSSÍVEIS) CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
BIBLIOGRAFIA	167

INTRODUÇÃO

O trabalho é resultado da inquietação causada pelas distorções no estudo e na efetivação do processo penal, mais especificamente os incompreendidos sistemas processuais penais, no que COUTINHO¹ entende que “para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais”.

A abordagem visa examinar a forma como o convencimento do julgador é feita pelas partes no âmbito dos sistemas processuais penais, tanto acusatório, como inquisitório, desconsiderado o modelo misto como sistema, ainda que seja objeto de análise². Dentro desta linha será analisado o grau de eficácia dos direitos fundamentais dos imputados e o seu (des)respeito, também será vista a real função dos sujeitos processuais e o papel da verdade nos modelos processuais.

A importância da pesquisa está na procura do rompimento da sistemática inquisitorial expressa pelo CPP em face dos ditames trazidos pela nova ordem constitucional, assegurando e garantindo princípios, dentre os quais a dignidade da pessoa humana, dos quais não se retira daqueles que respondem a processos criminais, principalmente por ser o processo penal um limitador do poder punitivo estatal e termômetro político do grau de evolução democrática³.

Sendo assim o trabalho está dividido em quatro capítulos: na primeira metade será examinada a problemática da função do juiz é examinada, abordando-se desde as primeiras formas de resolução de conflito, até o modo de formação do convencimento judicial à luz dos modelos processuais e a influencia da gestão probatória.

Na segunda metade analisar-se-á o posicionamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e algumas decisões da justiça brasileira sobre a questão da imparcialidade, por fim, a

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista de Estudos Criminais. Porto Alegre: n.01. 2001. p. 2001. p. 26-51. p. 28.

² CORDERO considera o sistema misto um monstro de duas cabeças nascido em 17 de novembro de 1808. (CORDERO. Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986. p. 73).

³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. V.I. Buenos Aires: EJEJA, 1961. p. 109.

necessidade de filtragem do CPP frente aos axiomas processuais de Ferrajoli e, também, diante da Interpretação Conforme a Constituição.

O primeiro capítulo começa com o estudo do tema através das formas de resolução de conflito, desde uma breve passagem pelo sistema Totêmico e o Complexo de Édipo, passando pela autotutela, autocomposição até o processo como instituição legítima de resolução, fazendo uma análise do modelo processual constitucional, adotando como ponto de baliza a Constituição⁴.

Ao final do capítulo é examinado qual o papel da verdade dentro dos sistemas processuais, mais especifica se efetivamente a verdade tem uma função e a que ela se presta nos modelos. Confrontando isto a impossibilidade e o erro do alcance da pretendida verdade real, colocando-a em contraponto ao convencimento judicial como objetivo do processo, restando a verdade um posto secundário, no máximo, como uma verdade aproximativa e assumindo as imperfeições que todo ato de reconstrução traz.

No segundo capítulo a dissertação apresenta as formas como se estabelece o convencimento judicial de acordo com cada modelo processual. Deste parâmetro demonstrar-se-á que no sistema inquisitorial prevalece o primado das hipóteses sobre os fatos, em que o juiz-inquisidor visa atingir a verdade real e o acusado não é sujeito de direitos, o que lhe autoriza a participar no processo como parte atuante. Como diz CORDERO⁵ “*soberano de la partida, el inquisidor elabora hipótesis dentro de un marco paranoide*”.

De outro modo, segue o sistema acusatório, no qual o convencimento judicial se dá pela atividade das partes, com um juiz-espectador e equidistante do embate processual. Nesta vertente o processo assume uma estrutura de discurso, em que LOPES Jr.⁶ defende que a busca é pelo convencimento, sem o peso da busca (inquisitorial) da verdade.

⁴ LOPES Jr, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xxxviii.

⁵ CORDERO. Franco. *Procedimento Penal*. V.I. Trad. Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000. p. 19.

⁶ LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. V. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 530.

Seguindo isto a demonstração do erro no qual incorre o sistema misto, qual seja, a incompatibilidade de junção de princípios contraditórios no mesmo sistema e sua verdadeira base (inquisitorial) e não acusatória⁷.

Ainda no segundo capítulo será feita uma abordagem sobre a influência da separação inicial das atividades de acusar e julgar, especialmente pela gestão probatória do juiz no transcurso do processo, o que leva ao erro psicológico pela sobreposição de funções.

Por fim, a questão probatória como núcleo identificador dos sistemas processuais. Além disto, a gestão da prova como geradora dos quadros mentais paranoicos (Cordero) e conseqüentemente como violação da imparcialidade.

O terceiro capítulo começa fazendo uma análise do posicionamento hierárquico dos Tratados de direitos humanos no ordenamento nacional e sua compatibilidade diante de eventuais antinomias.

No segundo momento são examinadas as decisões do TEDH, CIDH e da justiça brasileira, mais especificamente em relação ao princípio da imparcialidade, independência e garantias processuais, bem como a influência que o TEDH exerce sobre a CIDH.

No quarto capítulo é proposto a filtragem do CPP em face dos axiomas processuais propostos por FERRAJOLI⁸: *nulla culpa sine iudicio, nullum iudicium sine accusatione, nulla accusatio sine probatione e nulla probatio sine defensione*, todos passíveis de serem extraídos da CF/88.

Ressaltando que o Garantismo não é o único referencial teórico,⁹ desta maneira se postulando a aderência constitucional do processo penal. Na etapa final deste capítulo é apresentada a Interpretação Conforme a Constituição, recurso hermenêutico de adequação das normas à Constituição.

Em outras palavras, o objetivo do trabalho é propor possíveis soluções (constitucionais) a um modelo processual que resguarde os direitos e garantias do

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Brasília: Revista de Informação Legislativa. 2009. p. 24. Artigo em vias de publicação e cordialmente cedido pelo autor em outubro de 2009.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouker, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.74.

⁹ LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. xxxviii.

imputado, no qual o processo funcione como sistema de garantias, deixando de lado posturas inquisitoriais ultrapassadas, mas ainda utilizadas.

1 (RE)VISITANDO OS SISTEMAS PROCESSUAIS

1.1 BREVES CONSIDERAÇÕES: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO AO GOZO

Antes de a sociedade entregar ao Estado o monopólio da jurisdição, existiam outras formas de solução de conflitos. Mesmo entre as sociedades mais primitivas¹⁰ havia uma certa forma de limitação aos instintos humanos, que não poderiam ser satisfeitos livremente.

E as proibições mais antigas foram não matar o animal totêmico e manter relações sexuais com membros do clã totêmico¹¹. Portanto aqui surgem as primeiras proibições, e estas são as características do sistema totêmico, a lei que impedia os membros do mesmo clã de manter relações sexuais entre si¹².

O perigo, como explicou FREUD,¹³ estava no fato de que se alguém satisfizesse o seu desejo reprimido, poderia com isto despertar o interesse nos demais integrantes da comunidade, pois assim o desviante poderia disseminar este ato nos demais. Desta maneira, seria necessário despojar o transgressor dos frutos de sua conduta e puni-lo, e de outra forma propiciar a quem exercesse a punição também cometer o ato proibido, mas sob a aparência da expiação, nas palavras do autor

Na verdade, este é um dos fundamentos do sistema penal humano e baseia-se, sem dúvida corretamente, na pressuposição de que os impulsos proibidos encontram-se presentes tanto no criminoso como na comunidade que se vingá. Nisto, a psicanálise apenas confirma o costumeiro pronunciamento dos piedosos: todos nós não passamos de miseráveis pecadores.

¹⁰ Freud cita os aborígenes da Austrália (FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2.ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13 p. 84).

¹¹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. Trad. Órizon Carneiro Muniz. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995 p. 49.

¹² “Em primeiro lugar, o totem é o antepassado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhes envia oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhece e poupa os seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes do clã estão na obrigação sagrada (sujeita a sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne”. (FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p.23).

¹³ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 84.

Para manter a estabilidade na família, os filhos passam a conter seus desejos incestuosos, caso contrário acabariam se matando uns aos outros; instituindo a lei contra o incesto, deixam, então de lado o principal motivo para matar o pai. Desta maneira começam os primeiros regramentos de ordem social, onde também se encontra o germe da organização matriarcal¹⁴.

O que estava por trás de tudo isto é o tabu, uma proibição misteriosa atrelada ao perigo, ao misterioso e sagrado, o medo de uma doença grave ou a morte, podendo ser entendido “como o código de leis não escritas mais antigo do homem. É suposição geral que o tabu é mais antigo que os deuses e remonta a um período anterior à existência de qualquer espécie de religião”¹⁵.

O tabu funcionou para os primitivos da mesma forma que o mito para o direito. É a possibilidade de respostas sem trazer os problemas, uma forma de convencimento imotivada, funcionando como instrumento de dominação social. O mito por si não se submete à crítica, ele é aparentemente lógico¹⁶.

E assim os primitivos se submetiam às proibições naturalmente, convictos de que a violação de um tabu ensejaria uma sanção¹⁷. Neste particular o tabu se assemelha aos efeitos psicológicos da prevenção geral que a lei penal exerce entre os indivíduos, o seu caráter intimidatório, o que demonstra haver conexão entre as sociedades primitivas e atuais.

E na base das proibições sexuais estava o laço totêmico, este tinha uma natureza social e não sanguínea, proibindo o incesto grupal,¹⁸ que em muitos casos se punia com a morte e em outros casos a separação dos familiares em determinados períodos da vida, afastamento que poderia ser provisório ou não.

A partir do ponto que os filhos perceberam que a morte do pai e a prática do desejo incestuoso não lhes traziam a satisfação plena, surge o sentimento de culpa e o pai morto torna-se mais forte do que vivo. E assim os filhos proibem a morte do totem (o substituto do pai), renunciando aos seus desejos, criando o sentimento de

¹⁴ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 147.

¹⁵ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 37.

¹⁶ KHALED Jr. Salah H. *A ambição de verdade no processo penal. desconstrução do mito da verdade real*. Salvador: Podivm, 2009. p. 124 e ss.

¹⁷ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2. ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 40.

culpa final, reprimindo dois crimes relacionados àquele fim, o homicídio e o incesto, os dois desejos do Complexo de Édipo.

Nestes dois tabus, o incesto assume maior importância, pois o homicídio do animal totêmico, depois substituído pelo do pai, uma vez feito não poderia ser desfeito. Já o incesto era causador de desunião e, mesmo os irmãos tendo se unido para derrotar o pai, ao final também eram rivais entre si, perpetuando o caos; e como todos estavam num mesmo patamar nenhum deles substituiria o pai. Consequentemente renunciaram aos seus desejos incestuosos, o que era motivo para eliminar o pai, e desta forma organizaram-se numa sociedade que os tornou mais fortes.

Nada mais parecido com um pseudo pacto social, no qual cada um entrega uma parcela de sua liberdade em troca de proteção, “o sistema totêmico foi, por assim dizer, um pacto com o pai, no qual este prometia-lhes tudo o que uma imaginação infantil pode esperar do pai- proteção, cuidado e indulgência”¹⁹.

Dentro da perspectiva levantada, o direito busca castrar as pulsões e limitar o gozo, como PEREIRA²⁰ assinala, “a lei jurídica é um interdito proibitório dos impulsos inviabilizadores do convívio social”. A formatação da civilização, como explica Freud, exige renúncias aos instintos, caso contrário poder-se-ia tomar a mulher que se quisesse no arrebatamento sexual ou matar o desafeto ao bel prazer.

Tendo FREUD²¹ considerado que “podemos descrever como “sociais” as emoções que são determinadas pelas demonstrações de consideração por outra pessoa, sem tomá-la como objeto sexual”.

Então o totemismo é parte integrante do desenvolvimento humano,²² assegurando o laço social no processo de desenvolvimento da civilização, possibilitando interação entre os indivíduos e a limitação da tendência do homem a

¹⁸ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2.ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 24.

¹⁹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2.ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 148.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *A Sexualidade vista pelos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2000. p. 45

²¹ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2.ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 84.

²² FREUD, Sigmund. *Totem e tabu e outros trabalhos*. 2.ed. Trad. Órizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago editora, 1995. v. 13. p. 23.

tratar o outro como objeto de consumo²³. Assim, o direito surge como a limitação ao gozo desenfreado, ou, em outros termos, como enquadrando do gozo.

Com base na visão de Freud, a concretização da civilização é manifestada pela Lei, assegurando a proteção dos indivíduos contra si e suas pulsões agressivas;²⁴ sem estes freios não haveria civilização, pois esta pressupõe uma sociedade organizada. Pode a lei ser equiparada ao Superego, enquanto o Id seria a vontade delituosa, a pulsão criminosa da qual cada indivíduo é portador. Motivo pelo qual assiste razão a GAUER,²⁵ ao ponderar sobre a abertura²⁶ do direito a outros ramos, “toda e qualquer forma de crime pode ser considerada um fenômeno complexo, e portanto, impossível de ser explicada sob o olhar de uma só ciência”.

Daí não se poder desconsiderar a proposta de ROSA,²⁷ de uma leitura jurídica de Freud sobre o incesto (interdição sexual) como a lei básica e estruturadora da civilização. Fica claro que a construção do sujeito se dá pelos limites que lhes são impostos, pois não se impede algo que não se deseja “deseja-se o que se não tem. O que se tem, goza-se”.

Atribui-se ao Complexo de Édipo todas às decepções do indivíduo, a impossibilidade do desejo frente ao medo da castração, isto tomada na carga do pai e seu rigor²⁸. Com a evolução pode se dizer que as cargas dos objetos são substituídas por identificações. É o medo da castração pelo menino e a aceitação desta pela menina que impede o retorno às cargas libidinais, nada mais condizente com o direito penal, a proibição pelo desejado, a punição ao infrator²⁹ e a prevenção como caráter intimidador, tudo com base nas pulsões agressivas, que instauram a lei para o sujeito.

²³ QUINET, Antonio. *Psicose e laço social*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 17.

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 13.

²⁵ GAUER, Ruth M. Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 09-23. p. 13.

²⁶ “No entanto, a arrogância da retórica penal sempre consumiu, após evidente processos de apropriação, os discursos alienígenas, impondo-lhes a etiqueta da auxiliaridade”. (CARVALHO, Salo de. A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In: GAUER, Ruth M. Chittó (org.). *A qualidade do tempo para além das aparências históricas*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2004. p.179-213. p. 181).

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 04.

²⁸ FREUD, Sigmund. *Totem e tabu ensaios*. Trad. Odilon Gallotti e Gladstone Parente. Rio de Janeiro: Delta, 1960. v. 14. p. 27.

²⁹ Quando se fala em punição, em alguns momentos a punição está sendo literalmente a castração, como se percebe do projeto de lei n. 552/2007 do Senado Federal, que visa punir com a castração química os condenados por crimes sexuais.