

# Trincheira

## DEMOCRÁTICA

BOLETIM REVISTA DO INSTITUTO BAIANO DE  
DIREITO PROCESSUAL PENAL - ANO 4, Nº 15



ISSN 2675-2689 (Impresso)  
ISSN 2675-3189 (Online)

JUNHO DE 2021

Entrevista com  
Fábio Esteves  
P. 36

MEIO MILHÃO DE PRIMAVERAS CEIFADAS

Memorial de 80  
Anos do Código  
Processual Penal:  
Civilização, fascismo  
e modernização: O  
Código de Processo  
Penal e a Distribuição  
da Cidadania no  
Brasil P. 38

### Diretoria Executiva

**Presidente:** Vinícius Assumpção

**Vice-Presidente:** Lucas Carapiá

**Secretário:** Thiago Vieira

**Secretária Adjunta:** Thaize de Carvalho

**Tesoureira:** Gabriela Andrade

### Conselho Consultivo

Saulo Mattos, Lorena Machado, Renato Schindler,  
Luiz Gabriel Batista Neves, Luciana Monteiro

**Conselho de Representação Nacional:** Marina  
Cerqueira, Antônio Vieira, Elmir Duclerc

### Departamentos

**Coordenação Geral de Departamentos:** Brenno  
Brandão

**Publicações:** Jonata William (Coordenador-Chefe),  
Amanda Wolak, Lara Teles, Liana Lisboa, Anna  
Luíza Lemos, Bruno Moura

### Ações perante os Tribunais:

Mariana Madera (coordenadora-chefe), Rafael  
Santana, Rafaela Alban, Caio Hita e Ismar  
Araújo Nascimento Jr.

**Tecnologia da Informação:** Thiago Vieira  
(coordenador-chefe), Daniela Portugal

**Cursos:** Diana Furtado (coordenadora-chefe),  
Igor Santos, Fernanda Furtado, Tiago Freitas

**Pesquisa:** Ana Luiza Nazário (coordenadora-  
chefe), Bruno Rigon, João Pablo Trabuco, Karla  
Oliver, Luiza Guimarães

**Diálogos:** Misael Bispo França (coordenador-  
chefe)

**Grupo de Estudos em Feminismos e Processo  
Penal:** Charlene Borges (coordenadora-chefe)

**Observatório da Equidade:** Charlene Borges,  
Ana Luiza Nazário, Saulo Mattos, Firmiane  
Venâncio

**Assessoria da Diretoria:** Daniel Soares



### ASSOCIE-SE AO IBADPP PARA RECEBER O BOLETIM TRINCHEIRA DEMOCRÁTICA

Para se associar e receber as edições físicas do Boletim Trincheira Democrática é preciso ser professor e/ou possuir artigo científico publicado na área das ciências criminais. Participe: <http://www.ibadpp.com.br/associar>.

O Instituto Baiano de Direito Processual Penal é uma associação civil sem fins econômicos que tem entre as finalidades defender o respeito incondicional aos princípios, direitos e garantias fundamentais que estruturam a Constituição Federal. O IBADPP promove o debate científico sobre o Direito Processual Penal por meio de publicações, cursos, debates, seminários, etc., que tenham o fenômeno criminal como tema básico.



BOLETIM REVISTA DO INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, ANO 4 - N.º 15,  
JUNHO/2021, ISSN: 2675-2689 (IMPRESSO) / ISSN 2675-3189 (ONLINE)

#### EXPEDIENTE

##### Conselho editorial

Ana Cláudia Pinho, Elmir Duclerc  
e Vinícius Romão

##### Comitê editorial

Amanda Wolak, Jonata William  
Sousa da Silva, Lara Teles, Liana  
Lisboa, Anna Luíza Lemos e Bruno  
Moura

##### Coordenadores da edição

Lara Teles e Jonata William

##### Edição

Luara Lemos

##### Projeto Gráfico e Diagramação

Bianca Vatiele Ribeiro

##### Selo Trincheira Democrática:

Túlio Carapiá (ilustração)

O IBADPP agradece a todos que colaboraram para esta edição do boletim, em especial aos chargistas Alexandre Beck, André Dahmer e

Gilmar que, gentilmente, cederam suas artes para esta publicação.

The institute greets and thanks Mahnaz Yazdani (@mahnaz.yazdani) for the authorization for the charge in this edition and for the further contributions on next publications.

Avenida Tancredo Neves, n. 620, Caminho das Árvores, CEP 41.820-020, Condomínio Mundo Plaza, Torre Empresarial, 5º andar, sala 510, Salvador - Bahia

**Periodicidade:** Bimestral

**Impressão:** Impactgraf

### CONTATO

 <http://www.ibadpp.com.br/>

 [publicacoes@ibadpp.com.br](mailto:publicacoes@ibadpp.com.br)

  @ibadpp

## SUMÁRIO

03	<b>COLUNA PONTO E CONTRAPONTO: RACISMO NO PROCESSO PENAL OU PROCESSO PENAL RACISTA</b> .....
07	<b>ELAS NO FRONT COM THAIS LEMOS DUARTE E MARIA GORETE MARQUES DE JESUS: QUEREMOS PÃO E ROSAS</b> .....
10	<b>LIRISMOS INSURGENTES</b> .....
11	<b>ARTIGOS</b> .....
11	A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI: UMA PREDESTINAÇÃO INCONSTITUCIONAL?
13	ALBERT CAMUS E A JUSTIÇA PENAL ESTRANGEIRA: ENTRE O ROMANCE E A REALIDADE FRANCO-ARGELINA
15	INGRESSO DOMICILIAR E REGISTRO DO CONSENTIMENTO DO MORADOR: CONQUISTAS DEMOCRÁTICAS E DESAFIOS PRAGMÁTICOS
17	NOTAS SOBRE A PRISÃO DO DEPUTADO DANIEL SILVEIRA: INTERFACES ENTRE DIREITO, POLÍTICA E HISTÓRIA NESTES “TEMPOS DIFÍCEIS”
19	PRONÚNCIA, INQUÉRITO POLICIAL E O NOSSO MUNDO AO AVESSE
21	O TESTEMUNHO POLICIAL COMO FATOR DETERMINANTE NAS CONDENAÇÕES POR TRÁFICO DE DROGAS
23	JUEZ DE GARANTÍA. EXPERIENCIA CHILENA
25	PESSOAS TRANSEXUAIS NA PRISÃO
28	VISÕES SOBRE DESIGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO E DIFERENÇA. MULTICULTURALISMO E CULPABILIDADE
31	AVALIAÇÃO DE RISCO: ENTRE FORMULÁRIOS E POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER
33	DISCIPLINA NO CÁRCERE: A PUNIÇÃO POR FALTA GRAVE PELA POSSE, UTILIZAÇÃO OU FORNECIMENTO DE APARELHO CELULAR
36	<b>MÚLTIPLOS OLHARES COM FÁBIO ESTEVES</b> .....
38	<b>MEMORIAL DE 80 ANOS DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: CIVILIZAÇÃO, FASCISMO E MODERNIZAÇÃO: O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E A DISTRIBUIÇÃO DA CIDADANIA NO BRASIL</b> .....
	<b>WALKIE-TALKIE</b> .....
41	<b>IBADPP REALIZA</b> .....

## VISÕES SOBRE DESIGUALDADE, DISCRIMINAÇÃO E DIFERENÇA. MULTICULTURALISMO E CULPABILIDADE

Por *Sebastião Borges de Albuquerque Mello*

Como relacionar culpabilidade com igualdade? Considerar a igualdade como medida da culpabilidade demanda uma análise das ideias de diferença, desigualdade e discriminação, pois cada um destes conceitos possui um significado distinto, e uma relação específica com a dignidade humana e o princípio da culpabilidade.

Diferenças e desigualdades são situações de fato, as quais demandam proteções jurídicas diferenciadas. As diferenças são inerentes à experiência humana, notadamente em face de um Estado de Direito plural e multicultural. A diversidade é uma característica da espécie humana, havendo inúmeras condições, crenças, preferências, situações que fazem de cada pessoa um ser único e irrepetível, igual aos demais em dignidade, posto que humano, mas diferente de fato em relação aos demais. As diferenças entre as pessoas não podem ser ignoradas, mas garantidas, como expressão da própria autonomia ética do ser humano. O direito fundamental de liberdade assegura a cada pessoa um espaço para a realização de sua identidade, desde que respeitados os limites e direitos fundamentais alheios estabelecidos pela ordem jurídica. Deste modo, as diferenças inerentes às pessoas devem ser protegidas pela ordem jurídica.

As desigualdades, por sua vez, são situações de fato que implicam desvantagens para o ser humano em relação aos demais, de tal sorte que podem interferir no conteúdo do mínimo existencial. A redução das desigualdades é uma missão do Estado Social, de tal sorte que o Estado tem o dever de atuar na promoção da igualdade material.

As desigualdades não podem ser ignoradas pelo Direito, sob pena de serem decididas, como pondera Ferrajoli, pelo paradigma hobbesiano de defesa e opressão das identidades a partir dos mais fortes. Se houver indiferença jurídica entre as diferenças, “[...] as diferenças não se valorizam nem se desvalorizam, não se tutelam nem se reprimem, não se protegem nem se violam. Simplesmente, são ignoradas”<sup>1</sup>(FERRAJOLI, 2004, p. 74).

Este modelo, prossegue, permite que as questões relativas às diferenças sejam decididas com base na lei do mais forte, num jogo livre e desregulado dos poderes privados, que acarreta a situação de desigualdade, antes referida. Obviamente, não pode haver uma concepção jurídica de culpabilidade que seja indiferente às diferenças e desigualdades, pois isso resultaria numa equalização artificial da igualdade, que terminaria por corresponder ao fim da dignidade humana, da autonomia ética do indivíduo e do direito fundamental à liberdade.

A discriminação, por sua vez, é uma situação normativa que consagra privilégios jurídicos arbitrários e desarrazoados. A discriminação, no plano do Direito, é a antítese da igualdade, pois estabelece um regime jurídico que permite um tratamento diferenciado entre as pessoas, mesmo diante de situações fáticas que sejam idênticas.

As situações de discriminação amiúde atingem os mais vulneráveis, que terminam sendo marginalizados não apenas do ponto de vista fático, mas também do ponto de vista jurídico, fator que, no Direito Penal, contribui para a crise de legitimidade do próprio sistema (BARATTA, 2002; ZAFFARONI, 1991).

Segundo Peces-Barba, a desigualdade, situação de fato, é incompatível com a dignidade humana, de tal sorte que são necessários, para que se consagre dita dignidade, comportamentos jurídicos de igualdade, com vistas a promover a redução das desigualdades materiais através do direito. Esta é uma das missões do Estado Social. A discriminação, como positividade jurídica que cria ou ratifica desigualdades, também é incompatível com a dignidade humana, na medida em que é uma situação normativa que estabelece, sem razão justificada, *status* ou deveres distintos para pessoas em situação análoga.

As diferenças, por sua vez, são desigualdades naturais que não afetam a dignidade da pessoa humana e não exigem tratamento jurídico para corrigi-las (PECES-BARBA MARTINEZ, 2003, p. 73-74). Ferrajoli argumenta que existe uma assimetria entre igualdade e diferença: igualdade é um termo normativo, significando que os diferentes devem ser respeitados e tra-

<sup>1</sup> No original: “las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplesmente, se las ignora”.



tados como iguais e, como norma, não basta enunciá-la, sendo preciso observá-la e sancioná-la. Diferença, por seu turno, é um termo descritivo, que quer dizer que as pessoas, de fato, são distintas, e que a identidade de cada pessoa está dada, precisamente, por suas diferenças, e são justamente tais diferenças que devem ser respeitadas, tuteladas e garantidas com vistas ao respeito do princípio da igualdade (FERRAJOLI, 2004, p. 79).

Por isso, a igualdade não se contrapõe à diferença, mas sim à discriminação. As diferenças devem ser valorizadas e garantidas pela ordem jurídica. As discriminações são desigualdades reconhecidas e ratificadas pelo ordenamento. A ideia de igualdade jurídica entre as pessoas significou, na aurora iluminista, que os seres humanos eram tidos como entes nascidos livres e iguais entre si. A ideia de igualdade formal perante a lei reduzia as distinções entre nobreza, clero, burguesia e povo a uma só categoria: a de cidadão.

A igualdade formal, certamente, é imprescindível para que se possa falar numa concepção jurídica de dignidade que alcance qualquer pessoa humana. Só poderá haver justiça e dignidade quando situações jurídicas idênticas sejam decididas de acordo com os mesmos parâmetros. O princípio da igualdade perante a lei, como igualdade formal-liberal, significa que os homens nascem livres e iguais em direitos, amparados sob o conceito de cidadania.

Este modelo, porém, é insuficiente, pois, como ressalta Canotilho, não fornece critérios para se estabelecer quem são os iguais e quem são os desiguais, e termina significando apenas a prevalência da legislação sobre a administração e a jurisdição (CANOTILHO, 2003, p. 427).

**Assim, a igualdade formal, que se exaure como fim em si mesmo, sem critérios para fixar um conteúdo de igualdade material, representa um modelo que impõe um conceito de igualdade a partir do conceito generalizante e universalizante de cidadão, o qual corresponde, na linha do que sustenta Ferrajoli, a um modelo de desigualdade, discriminações e privilégios, encobertos por um falso universalismo que toma como referência o ser humano macho, branco e proprietário (FERRAJOLI, 2004, p. 75).**

Alexy considera que esse mandado de igualdade perante a lei pode vincular apenas os

órgãos que aplicam a lei (Executivo e Judiciário), porém não estabelecem limites ao legislador, que poderia levar a cabo qualquer discriminação sem violar tal princípio, desde que apresentasse suas desigualdades materiais a partir de normas universais (ALEXY, 2002).

A experiência demonstra que a realidade social não é aquela do ser humano ideal, forjado a partir de um modelo único de cidadão; o homem real é integrante de uma sociedade concreta, plural, multicultural, baseada na tolerância a diferenças e que gera desigualdades. Cumpre ao Estado Social e Democrático impedir que essas desigualdades sejam reafirmadas na lei através de discriminações e procurar nivelar tais desigualdades na maior medida possível.

Como sustenta Hormazábal, existem diferenças entre as pessoas provocadas pelo próprio modelo de sociedade, que acarretam consequências na teoria da responsabilidade penal, a qual tem de compatibilizar duas premissas: a de que as diferenças entre as pessoas devem ser consideradas no momento do juízo de culpabilidade, e outra premissa básica que encontra raízes desde a Ilustração: a antinomia entre a pessoa e o Estado, latente no próprio texto constitucional (HORMAZÁBAL MALARÉE, 2005, p. 180).

O princípio de culpabilidade, nessa linha, impõe a tutela das diferenças, a eliminação das discriminações normativas arbitrárias e a redução das desigualdades, tudo isto para que se atenda ao princípio da igualdade. Para tanto, é preciso que haja respeito e tolerância às diferenças, para que estas não sejam entronizadas na ordem jurídica como discriminações ou juízos moralizantes de valor, pois o conceito de tolerância impõe justamente o reconhecimento do diferente como “outro”, que pode eventualmente integrar diverso segmento social, cultural, étnico ou religioso, mas que faz parte de um grupo mais amplo, a sociedade pluralista, humana, da qual todos fazem parte.

Uma sociedade juridicamente fundada na tolerância funciona como ente integrador em que não se impõem verdades ou códigos morais, mas produto da compreensão entre distintas concepções de vida (MARTÍNEZ DE PISÓN, 2001, p. 65-66), às quais intimamente podem implicar num desvalor, mas que não podem ser canceladas pela ordem jurídica sob pena de se constituir numa discriminação.



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert, **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos, 3. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2002;

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi, **Derechos y garantías: la ley del más débil**, 4. ed. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. **Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad**. Revista de Derecho v. XVIII – n. 2 – Valdivia: 2005.

MARTÍNEZ DE PISÓN, José. **Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales**. Madrid: Tecnos, 2001

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**, 2. ed., Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid: Dykinson, 2003

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Ramos Pedrosa e Almir López da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

**SEBÁSTIAN BORGES DE ALBUQUERQUE MELLO**

Advogado, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia, professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia. Titular da Cadeira n. 18 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Coordenador estadual do IBCCRIM-BA.

*Respiro*

Charge por: André Dahmer @andredahmer