



RDL

REDE BRASILEIRA
DIREITO E LITERATURA

UMA MENSAGEM SUPREMAMENTE VULNERÁVEL: O CASO DOS ADESIVOS DA VIATURA E OS TRAÇOS KAFKIANOS DA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL

DANIEL NICORY DO PRADO¹
HERMANO DE OLIVEIRA SANTOS²

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de discutir os traços kafkianos da Justiça Criminal no Brasil a partir da análise comparada de um caso emblemático por sua atipicidade (o caso dos adesivos da viatura) e do conto *Uma mensagem imperial*, de Franz Kafka, sob a perspectiva do campo teórico transdisciplinar de estudos sobre Direito e Arte.

PALAVRAS-CHAVE: direito e arte; justiça criminal; kafkiano.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de avaliar, a partir de um estudo de caso atípico (o caso dos adesivos da viatura) e da sua relação com o conto *Uma mensagem imperial* (Kafka, 1999b), as recorrências e aberrações kafkianas da Justiça Criminal no Brasil.

Todas as questões jurídico-penais e processuais penais substantivas da presente investigação já foram extensamente discutidas na doutrina: o

¹ Doutor, Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor da Faculdade Baiana de Direito (FBD) e do Mestrado Profissional em Segurança Pública, Justiça e Cidadania da Universidade Federal da Bahia (PROGESP/UFBA). Salvador (BA), Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3030-4825>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7134102714024596>. E-mail: daniel.nicory@gmail.com.

² Doutorando em Direito na Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Sergipe (UFS). Professor de Direito na Faculdade Pio Décimo. Salvador (BA), Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1888-4521>. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8900052310138642>. E-mail: hermanodeoliveirasantos@gmail.com.

fenômeno recente do superencarceramento no Brasil (Carvalho, 2015), a contribuição decisiva da Guerra às Drogas para o fenômeno (Carvalho, 2010), o impacto diferencial da política de drogas sobre os números do encarceramento feminino (Helpes, 2014), o uso excessivo da prisão preventiva no Brasil (Santos, 2015), e o recente despertar para o problema das mães e gestantes encarceradas, inclusive com o *Habeas Corpus* (HC) coletivo 143.641, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Brasil, 2018).

Tampouco a análise dos temas jurídicos na arte, e da particular fecundidade da obra de Franz Kafka para esta análise, podem ser vistas como novidade (Rosa, 2013, p. 9-14), tanto que o adjetivo “kafkiano” se tornou de uso comum para se referir a situações absurdas, inclusive as representadas na obra de seus precursores (Borges, 1999, p. 96), e frequentemente arbitrárias, que afetam os cidadãos em suas relações com os sistemas policial e judicial.

Portanto, a presente investigação se justifica pela identificação de um caso concreto ocorrido no sul da Bahia, em 2018, notável por sua atipicidade, que será objeto de análise conjunta com o conto *Uma mensagem imperial*, do autor tcheco, com o objetivo de representar os traços kafkianos da Justiça Criminal no Brasil.

2 O CASO DOS ADESIVOS DA VIATURA

Em 19 de dezembro de 2018, por volta das 23h40, na frente da Delegacia de Polícia de Camacã, município localizado no sul do estado da Bahia, Maria (nome fictício) foi vista arrancando pedaços dos adesivos identificativos da viatura da polícia civil de placa policial PKE 7012. Por tal fato, foi presa em flagrante pelo delito previsto no art. 163, Parágrafo Único, III, do Código Penal (CP) (dano qualificado, por atingir bem público), sujeito a uma pena de detenção de seis meses a três anos.

Segundo o art. 313, I, do Código de Processo Penal (CPP), em regra só os delitos dolosos com pena máxima superior a quatro anos admitem prisão preventiva. No entanto, o art. 313, II, do CPP autoriza a prisão preventiva para sujeitos reincidentes em crimes dolosos, e Maria fora condenada, em 21 de dezembro de 2015, a 5 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, por tráfico de drogas, em razão da posse de maconha

em sua residência, também em Camacã, em 3 de abril de 2015, e, no momento da nova prisão, em 2018, cumpria pena em regime aberto.

Em 21 de dezembro de 2018, com fundamento na garantia da ordem pública e em razão da reincidência, a prisão em flagrante foi convertida em prisão preventiva.

Em 9 de janeiro de 2019, a Defensoria Pública requereu a revogação da prisão preventiva, pela desproporcionalidade da medida em face do ato praticado e, subsidiariamente, em caso de indeferimento da revogação, o cumprimento da prisão preventiva como prisão domiciliar, em razão da comprovada existência de duas filhas menores de 12 anos.

O art. 318 do CPP, em 2016, foi alterado para prever a possibilidade de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres com filhos de até 12 anos de idade incompletos, e para homens que sejam os únicos responsáveis por filhos de até 12 anos de idade incompletos.

Para garantir a efetividade desse dispositivo, a Defensoria Pública da União (DPU) impetrou o *HC* coletivo 143.641 no STF, que foi julgado em 20 de fevereiro de 2018, com o seguinte dispositivo:

XIV – Ordem concedida para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.
XV – Extensão da ordem de ofício a todas as demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições acima (Brasil, 2018).

Na sequência dessa decisão, o CPP foi alterado, com a inclusão do art. 318-A, em dezembro de 2018, determinando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para mulheres mães ou responsáveis por crianças ou deficientes, desde que seus delitos não tenham envolvido

violência ou grave ameaça e não tenham sido cometidos contra seus descendentes.

Apesar disso, em 21 de janeiro de 2019, o pedido de revogação da prisão preventiva, e o pedido subsidiário de prisão domiciliar, foram indeferidos, com o argumento que a maternidade, por si só, não é suficiente para a prisão domiciliar, que seria indispensável demonstrar que a criança depende dos cuidados da mãe, e que, além disso, Maria era contumaz na prática de delitos e oferecia risco à ordem pública.

Em 1º de fevereiro de 2019, a Defensoria Pública (DPBA) impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA), argumentando mais uma vez que a prisão era desproporcional ao ato e, subsidiariamente, que, sendo mãe de duas filhas menores de 12 anos, seria cabível, na pior das hipóteses, a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar.

Em 4 de fevereiro de 2019 a liminar foi indeferida e, em 4 de abril de 2019, a ordem de *habeas corpus* foi denegada, com o argumento de que, sendo a ré reincidente, não haveria possibilidade de aplicação de medidas cautelares alternativas à prisão, sendo a prisão preventiva uma necessidade manifesta, e que, quanto ao pedido de prisão domiciliar, não se comprovou que as crianças indicadas nos autos necessitavam exclusivamente dos cuidados maternos.

Ocorre que, uma semana antes da denegação da ordem, em 27 de março de 2019, o próprio juiz de primeiro grau decidiu revogar a prisão preventiva, afirmando que:

Chegou ao conhecimento deste Juízo que a acusada encontra-se com a saúde debilitada, necessitando de tratamentos médicos, qual tem feito fora da unidade prisional, sem apresentar melhoras. Assim, necessitando de melhores cuidados. De fato, a conduta que se lhe imputa não é daquelas praticadas com violência ou grave ameaça à pessoa. Ademais, análise dos autos permite aferir que não é detentora de antecedentes criminais (Bahia, 2019).

Por fim, em 4 de maio de 2019, após o pedido condenatório do Ministério Público (MPBA) em alegações finais e o pedido absolutório do defensor dativo, a ré foi absolvida pela aplicação do princípio da insignificância à conduta pela qual foi denunciada.

3 UMA MENSAGEM IMPERIAL

Uma mensagem imperial é um pequeno conto de Kafka que veio a público na Alemanha, em 1920, no volume intitulado *Um médico rural*: pequenas histórias. O autor tcheco trabalhara exaustivamente na elaboração e publicação dessa obra, que reputava como uma espécie de seu testamento literário (Carone, 2003). O conto, exemplar do que ele mesmo chamou de *kleine Prosa* (prosa miúda), reflete bem o estilo do gênio: circular, cifrado, hiperbólico, parabólico (Pucheu e Trocoli, 2013).

Carone (2014), por sua vez, ressalta:

Kafka é um autor realista que criou uma nova forma para dar conta de uma nova realidade, pois o mundo havia se tornado tão obscuro, tão insolúvel, que ele deveria fazer uma construção literária para dar conta literariamente daquilo. Então ele inventou um narrador que não sabe, e esse narrador somos nós.

Em pouco mais de uma página, e menos de 40 linhas, Kafka conta a história de uma mensagem de um imperador moribundo, confiada a um fiel mensageiro que jamais chegará a seu destino, destinada a um súdito longínquo que jamais conhecerá a mensagem que só a ele poderia ser comunicada...

Em sua alegoria, algo kafkiana, sobre e em defesa de uma hermenêutica da obra de Kafka, Agamben (2013, p. 134) registra algo que se amolda muito bem à parábola da mensagem do conto: “Sobre o inexplicável correm as mais diversas lendas. A mais engenhosa [...] explica que, sendo inexplicável, ele permanece como tal em todas as explicações que dele foram dadas e continuarão a sê-lo”. Assim como Kafka (o “ele” inexplicável), a mensagem não se explica: sua presença, sua existência incomoda por não se reduzir a uma categoria de ser; não ser apreensível pela linguagem, pela comunicação corrente, do emissor ao receptor, e deste ao destinatário; nesse sentido, a mensagem é afetada pelas circunstâncias do meio, como uma sombra, essa existência, essa presença fugidia...

Não seria exagero afirmar que, no conto, a mensagem em si é a protagonista. Por meio dessa mensagem (que sabemos existir, mas cujo conteúdo não conhecemos), Kafka descreve o processo de objetificação dos sujeitos de direito (os súditos, os cidadãos) diante da autoridade (o imperador, o Estado). Como se sabe, noutros trabalhos, Kafka aprofunda

essa temática, sinalizando que a autoridade que subjuga é a autoridade despersonificada da lei (Kafka, 1999a; 2016).

Ricardo Taxi (2018, p. 140), à guisa de identificar o “elemento mítico da lei moderna” a partir da obra de Kafka,

procura evidenciar como a literatura kafkiana pode, a partir da interpretação aqui defendida, exercer um papel importante de resistência crítica, na medida em que permite desvelar os elementos de violência, arbitrariedade e contradição que permeiam a experiência moderna e contemporânea do direito.

Nesse mesmo conto, Kafka expõe a absurda situação de uma mensagem que, mesmo revestida da máxima autoridade, dificilmente chegaria, impossivelmente chegará a seu destinatário. Também esse tema, o tema da alienação, do desvio, Kafka aprofunda em seus outros trabalhos já referenciados (Kafka, 1999a; 2016).

Aqui, importa observar que ao súdito, para quem é destinada a mensagem, mas para quem a mensagem jamais chegará, ao súdito, para conhecer a mensagem, só restaria ir até o imperador moribundo. Mas ao súdito não é dado frequentar os palácios, que dizer de ter acesso à câmara mortuária... Não lhe seria possível, sequer, acaso encontrasse o fiel mensageiro a meio caminho, num tal encontro hipotético, jamais seria possível a comunicação da mensagem, pois o mensageiro, pela fidelidade ao imperador, teria de surpreender o súdito, não por ele ser surpreendido, pois talvez o mensageiro não o reconhecesse, tomasse-o por impostor e o enxotasse, caso o súdito não estivesse onde deveria estar. Essa impossibilidade de comunicação e acesso permite caracterizar a mensagem como uma ordem natimorta, emanada de uma autoridade em que a autoridade se esvai, confiada a um mensageiro que não a pode comunicar, destinada a um súdito que jamais saberá o que tal ordem lhe reservaria.

Para Agamben (2013, p. 25), a “morte aparente, ou seja, a volta de onde nunca estivemos, [atre-la-se] à linguagem, na medida em que a palavra nunca esteve no não linguístico de onde ela, entretanto, retorna”. De modo similar, mas com outra terminologia, Pondé (2008) ressalta que Kafka diagnostica a

fratura de sentido na modernidade: esta fratura significa, para além da derrocada dos “mecanismos” metafísicos, a “nova” condição moderna de não possuir

a “ingenuidade hermenêutica” necessária na qual se constrói a trama dos sentidos.

Kafka apresenta, de forma alegórica, o paradoxo de uma ordem emanada, mas incomunicável, a revelar que a autoridade do imperador moribundo não é passada a seu fiel mensageiro, tampouco alcança o súdito longínquo. A “mensagem” da mensagem é que a autoridade, quando centralizada e concentrada, tende a se reduzir à pura forma. Como observa Pondé (2008), “Trata-se de um inefável puro, formal, sem êxtase. [...] Essa nulidade materializa-se na sensação esmagadora de exílio ontológico, pois ser uma sombra solitária e miserável é não ter ser”.

No conto, a forma verbal “assistem” presentifica a morte do imperador, como um acontecimento em curso. Ou seja, a autoridade, centralizada, concentrada, está se esvaindo com a morte do imperador. É um prenúncio de que, ao morrer a pessoa do emissor, sua ordem transformar-se-á numa pura forma, num objeto hermético.

Já a aparente visibilidade da cena da morte do imperador, descrita na passagem “todas as paredes que impedem a vista foram derrubadas”, demonstra que uma visibilidade aparente não é reveladora, pelo contrário, nada revela, é obscura (eis a alegoria de que a publicidade dos atos estatais não garante sua eficácia). Como a mensagem foi confiada ao fiel mensageiro (por sua vez, alegoria dos agentes estatais com competência para comunicar os atos estatais), só ele a conhecia, mas ele não a podia comunicar senão ao súdito longínquo (o cidadão titular de direito que não o pode exercer). Ambos (mensageiro e súdito) apenas aparentemente têm autoridade. Uma vez mais: a autoridade se encerra na mensagem...

E assim a mensagem fica circulando no palácio, imagem que indica seu aprisionamento, seu encastelamento, “durante milênios”. A hipérbole representada pela palavra “milênios” indica o excesso de tempo dos processos estatais, os quais não cabem numa vida, nem a vida do súdito, nem a vida do mensageiro (a autoridade da lei é fugidia, nem os agentes estatais, nem os cidadãos conseguem alcançá-la, e quando parece consegui-lo, percebem que não a conseguem acessar, tampouco compreender). Kafka retoma esse argumento no já mencionado conto *Diante da lei*, que é também um excerto de *O Processo*, um de seus romances inacabados (Kafka, 1999a; 2000, p. 261-263).

Na cena final do conto, o súdito espera placidamente, espera em vão que a mensagem chegue até ele, como quem curiosamente se sabia destinatário de uma mensagem, só não sabia nem saberá seu conteúdo. Aqui Kafka demonstra todo seu pessimismo quanto à possibilidade de poder. Antecipando o que Foucault diria anos após, o poder não se possui. A diferença é que, para Foucault, o poder, mesmo não podendo ser possuído, pode ser exercido; já em Kafka, o poder é indomável, porque é o poder que domina (o súdito, o cidadão, destinatário, titular do poder da mensagem, da autoridade da lei, não o pode exercer; não podendo compreendê-la, não a conhece, não pode exercer o poder que lhe diziam possuir) (Dreyfus e Rabinow, 1995, p. 202-227; Kafka, 2016).

Como destaca Pondé (2008), ao lado de tantos outros intelectuais judeus, Kafka manifesta claramente uma como que “consciência judaica” de pertencimento/esquecimento, inclusão/exclusão, poder/não-poder:

uma consciência particularmente negativa [...] com relação ao fracasso da modernidade em realizar suas promessas. [...] os judeus, na esteira do “otimismo napoleônico” filo-semita, teriam aderido radicalmente à modernidade, na medida em que esta representava, finalmente, a tão desejada cidadania ocidental. Mas, logo – e aqui estaria a conscientização privilegiada – esses judeus perceberam que o preço pela modernidade existencial era a dissipação da identidade judaica.

Essa dialética do poder para os judeus é evidente em sua língua: segundo Bonder (2011, p. 7 ss.), para os judeus, “Não é possível ‘ser’ sem ‘ter’, ou melhor, não é possível ‘ser’ sem que se esteja constantemente submetido à questão ‘ter ou não ter?’”, e, ensina Bonder, em iídiche, a palavra “questão” apresenta quatro traduções: *frage* (pergunta), a “esfera física” da posse, que pode ser representada pela sentença “o que é meu, é meu; o que é teu, é meu”; *shaila* (ambivalência), ou “esfera emocional”, “o que é meu, é meu; o que é teu, é teu”; *kashia* (dúvida), ou “esfera intelectual”, “o que é meu, é teu; o que é teu, é meu”; e *teiku* (paradoxo), ou “esfera espiritual”, “o que é meu, é teu; o que é teu, é teu”. Nesse diapasão, a mensagem do conto de Kafka é algo que se tem, mas não se possui; e seu destinatário, o súdito, não possuindo, não pode, e não podendo, não é.

4 OS TRAÇOS KAFKIANOS DA JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL

O conto de Kafka, essa parábola e suas alegorias, servem como chave hermenêutica para identificar o absurdo e os excessos do caso dos adesivos da viatura. Daí a ideia de que esse caso apresenta os traços kafkianos que caracterizam a Justiça Criminal no Brasil.

Jorge Luis Borges, em seu prólogo à tradução espanhola de *A Metamorfose* (2010, p. 139-143) sustenta que duas obsessões regem a obra de Kafka: a subordinação e o infinito. A infinitude de hierarquias e a impossibilidade de acesso levam Abel Posse (2017, p. 294) a resumir que, na visão de Borges, a obra de Kafka apresenta “a vida como ferida absurda”.

À primeira vista, o absurdo pode parecer circunscrito às particularidades irrepetíveis de um caso atípico, e por isso pouco útil, mas ele é ilustrativo, como os contos mais aterradores de Kafka, precisamente por representar a manifestação hiperbólica de alguns problemas recorrentes da prática penal.

Com efeito, no caso sob análise, poder-se-ia traçar paralelos entre o imperador moribundo, o STF e o CPP (e, por extensão, o Congresso Nacional); o fiel mensageiro, os grandes do reino e os agentes estatais (a PCBA, a DPBA, o MPBA, o Juízo de Primeiro Grau em Camacã e o TJBA); o súdito longínquo e os cidadãos (Maria).

Como se viu, nem a ordem de *habeas corpus* exarada pelo STF, nem a norma do CPP após sua alteração legislativa, ao serem manejadas pelos agentes estatais, nos embates do sistema judiciário, nenhuma delas logrou garantir o pleno exercício do direito de liberdade de Maria, cuja situação de vulnerabilidade, tanto no sistema judiciário, como no sistema social mais amplo, só se agravou, seja por ter sido desconsiderada sua condição de mãe, seja por ter sido supervalorizada sua condição de reincidente.

A ordem/norma do caso, como a mensagem do conto, é, por um lado, marcada pela clareza (pois se sabe que existe e foi emitida pela autoridade competente: lá o imperador, aqui o STF e o Congresso Nacional), mas por outro lado, é envolta em obscuridade (pois não se conhece nem se conhecerá o conteúdo da mensagem e, de modo semelhante, sonega-se efetividade à ordem/norma). Essa inefetividade da ordem/norma, como a inacessibilidade e incomunicabilidade da

mensagem, decorre, não de suas características intrínsecas, mas das possibilidades infinitas de (re)interpretações circulares (lá, a curiosidade dos “grandes do reino”, que impede a passagem do fiel mensageiro; aqui, a atuação divergente, conflitante, dos agentes estatais).

No caso, estes, os agentes estatais pouco fizeram para que aquela ordem/norma fosse efetivada. Afora o trabalho da DPBA, ao se desincumbir de prestar assistência judiciária a pessoa necessitada, as atuações dos demais agentes estatais foram no sentido de afastar Maria da liberdade que a ordem do STF e a norma do CPP lhe garantem.

Nem mesmo a autoridade “superior” (o TJBA) permitiu que a mensagem fluísse; ao contrário, ao denegar o *Habeas Corpus*, referendou a interdição posta pela decisão da autoridade “inferior”. O TJBA não se deu conta de que, uma semana antes, o Juízo de Primeiro Grau revogara a prisão preventiva, não em razão de um direito de Maria, mas de institutos e técnicas hermenêuticas do sistema jurídico (aplicação dos princípios da insignificância e da proporcionalidade, por meio do sopesamento da gravidade da conduta em face da extensão do dano). Convém observar que tal expediente hermenêutico, que serviu à revogação da prisão e à posterior absolvição e, portanto, afastou a imposição de qualquer consequência jurídica desfavorável, estava desde sempre disponível às autoridades, mas só foi utilizado quando a permanência de Maria no cárcere se tornou um fardo para o próprio sistema judiciário, o que traz mais um requinte kafkiano ao caso.

Mesmo entre os agentes estatais (“os grandes do reino”) ocorreram disputas de poder, que afastaram a ordem/norma (a mensagem) de Maria (o súdito longínquo). Nessas disputas, a DPBA assemelhou-se ao fiel mensageiro, pois, ao ombrear com os demais agentes estatais, apesar de sua competência (sua força inata, reforçada pelo “símbolo do sol”), percebeu-se impotente e viu-se enredar pela indisposição de seus pares (cuja “resistência” tornou “vãos os seus esforços”).

Nesse sentido, de algum modo, as atuações de alguns dos agentes estatais (PCBA, MPBA, Juízo de Primeiro Grau em Camacã e TJBA) dificultaram, e assim inviabilizaram, a autoridade da lei (a ordem do STF e a norma do CPP). Diferentemente do fiel mensageiro (a DPBA), os grandes do reino não foram tão fiéis assim à autoridade imperial (o STF e

o Congresso Nacional). Convém registrar que não se trata de não se poder pensar diferente, de se tolher a liberdade hermenêutica, mas de se observar a recusa deliberada a cumprir uma ordem/norma garantidora de um direito. Enfim, o imperador moribundo confiara ao fiel mensageiro a missão de levar a mensagem até o súdito longínquo, mas os grandes do reino não o permitiram, e assim desafiaram a autoridade imperial.

Maria, por sua vez, representa mais um dos inúmeros casos de hipervulnerabilidade ou interseccionalidade, assim entendida a soma de situações em que a cidadania de fato (o exercício dos direitos) não repercute a cidadania de direito (a titularidade de direitos). Perante o sistema judiciário, nem mesmo o fato de Maria ter praticado um ato formalmente enquadrado ao tipo penal de dano qualificado, crime de menor gravidade, e ser mãe de duas crianças, circunstâncias que recomendam enfaticamente a adoção de medidas alternativas à prisão, seja durante o processo, seja após a condenação, equilibrou as relações e efeitos de poder entre Maria e o Estado, cuja resposta foi no sentido de amplificar as consequências negativas da reincidência (a qual, diga-se de passagem, sequer era uma reincidência específica).

O campo mais garantista da doutrina há muito aponta que a valoração da reincidência, em prejuízo do réu, implica uma violação ao princípio penal do *ne bis in idem* (proibição da dupla punição pelo mesmo fato), e que, mais do que isso, em face do amplo consenso acerca da falência do sistema prisional (Bittencourt, 2011. p. 165-168), a única valoração possível da reincidência, coerente com esse diagnóstico, seria o seu enquadramento como circunstância atenuante, já que quem viveu a experiência dos cárceres brasileiros sairia deles com maior dificuldade de se ajustar ao convívio social do que tivera antes de entrar (Carvalho, 2002, p. 61-70).

O caso de Maria é o exemplo extremo do *bis in idem*: na medida em que, pouco mais de quatro meses depois do fato, o próprio Poder Judiciário reconheceu a insignificância da retirada dos adesivos da viatura, e a absolveu, declarando, para além de qualquer dúvida, que sua conduta sequer constituía crime, mas apenas um ilícito civil, pelo dano ao Erário, a única circunstância que a fez retornar ao cárcere, e lá permanecer por alguns meses, fora seu primeiro, e único, delito.

Em síntese, Maria ficou presa preventivamente durante três meses, em razão da reincidência, apenas para que, ao final do processo, a mesma autoridade que a encarcerara antes do julgamento julgasse que ela não praticara crime algum.

A aparente incoerência revela duas características típicas do sistema de justiça criminal. A primeira, apontada por Howard Becker (2008, p. 162-163), é que “uma pessoa pode ser rotulada como desviante não porque realmente infringiu uma regra, mas porque mostrou desrespeito pelo impositor da regra”; a segunda é o emprego da prisão preventiva como antecipação da pena, sob o pretexto de “restabelecer a credibilidade das instituições” (Lopes Jr., 2016, p. 666-667), há muito denunciado pelo discurso garantista, e que, formalmente, passou a ser proibido pelo art. 313, § 2º, do CPP, com a redação da Lei 13.964/2019 (Brasil, 2019).

A propósito, a reincidência de Maria evidencia sua vulnerabilidade não apenas no sistema judiciário, mas, sobretudo, no sistema social mais amplo, no qual uma condenação criminal pretérita por tráfico de drogas apegou-se a ela como uma marca discriminatória. A posterior prisão preventiva por dano ao patrimônio público acentuou tal discriminação, na medida em que desconsiderou a gravidade abstrata do tipo penal e a maternidade.

Como observa Zambrano (2015, p. 247), ao relacionar as ideias de sistema, vulnerabilidade e desumanização:

O sistema normativo não consegue classificar em suas categorias a realidade humana que escapa à ordem preestabelecida, como também faz fronteira com a violência criminal, embora ambigualmente se situe no polo contrário a ela. Nesse sentido, a intersecção entre direito e literatura ensina que as situações individuais são sempre colocadas naquele caleidoscópio social, cultural, histórico e econômico que condiciona os nossos atos não menos do que a nossa vontade.

A vulnerabilidade de Maria, como de todo cidadão perante o Estado, demonstra como as relações e os efeitos de poder da forma jurídica da cidadania no Brasil excluem materialmente mesmo quando parecem incluir formalmente. Isso porque tais relações e efeitos são marcados pela hegemonia, pela ideia de dominação, quando não de opressão. Maria, aqui, é a irresponsável insolente que não merece pena, aliás, que merece pena sem dó, custódia sem amparo, assistência sem liberdade. Maria,

como todo cidadão perante o Estado, sobretudo a Justiça Criminal, é objeto de regulação e não sujeito a ser emancipado.

É curioso como Maria, em pouco tempo, viveu primeiro a experiência mais típica e depois a mais atípica do encarceramento feminino. Sua primeira condenação fora por tráfico de drogas, delito imputado a 64,48% das mulheres presas no Brasil, entre provisórias e sentenciadas (Moura, 2019, p. 46). Ao deixar o cárcere para cumprir a pena em regime aberto domiciliar, o estigma da condenação, no caso dos adesivos da viatura, levou-a ao extremo oposto: só 2.752 das 26.952 mulheres presas cujo tipo penal foi declarado respondiam por delitos patrimoniais sem violência, ou seja, 10,21%, e, delas, apenas 26, ou seja, 0,096% das mulheres encarceradas em todo o país, no levantamento mais recente, estavam custodiadas por “outros delitos patrimoniais” (Moura, 2019, p. 45), grupo que inclui o dano qualificado e outras figuras típicas de pequena incidência forense, como a extorsão indireta, a supressão ou alteração de marcas em animais, a duplicata simulada, o induzimento à especulação, a fraude no comércio de metais e pedras preciosas e a emissão irregular de “*warrant*”.

É preciso deixar claro que tanto o *habeas corpus* coletivo como a posterior alteração do CPP foram recebidos com diversas objeções pela doutrina, quer sob o aspecto formal, a respeito da possibilidade de atribuir efeito vinculante a uma decisão tomada, por maioria, por uma turma do STF, sem preencher o requisito da maioria absoluta dos membros da corte, como com relação à competência do tribunal para decidir diretamente sobre ordens de prisão decretadas por juízes de primeiro grau (Lordelo, 2018), quer sob o aspecto material, pois o seu tom de aparente reconhecimento automático do direito para todas as mulheres que se encontrem na mesma situação privaria o juiz da avaliação das circunstâncias do caso concreto, colocando em liberdade pessoas que ofereceriam risco à ordem pública.

Em decorrência disso, tem se consolidado na jurisprudência uma interpretação restritiva, que, tal como no caso de Maria, exige a comprovação de que os cuidados da mãe são indispensáveis para a criança, e entende que a disponibilidade de outros familiares supriria a

necessidade da presença da mãe e, portanto, tornaria desnecessária a concessão da prisão domiciliar.

É bem possível que os grandes do reino tenham a convicção sincera de que existem bons motivos para impedir a transmissão da mensagem do imperador, para negar a sua chegada ao súdito, mas não se pode negar que todos conhecem a sua existência, reconhecem a sua autoridade, e foram advertidos da necessidade de sua transmissão.

Independentemente de bons motivos e de convicções sinceras, já estava claro, desde o princípio, que a conduta de arrancar os sinais de identificação de um automóvel oficial não autorizaria o tratamento do caso de Maria como a exceção à regra da prisão domiciliar prevista na ementa do *HC* e omitida pelo CPP.

Não só a desproporcionalidade da medida privativa de liberdade salta aos olhos: o caso dos adesivos da viatura é também um notável alerta a respeito dos limites da promessa de segurança jurídica do positivismo jurídico, já que dificilmente seria possível formular textos normativos mais claros ou decisões judiciais *erga omnes* mais evidentemente aplicáveis ao caso.

A esse respeito, José Rodrigo Rodriguez (2012, p. 136) sustenta que “a depender do objeto regulado, um texto normativo aberto pode produzir mais segurança jurídica do que um texto jurídico fechado”. Segundo o autor, textos normativos muito minuciosos, carregados de previsões específicas, podem levar a uma “gincana das regras”, que acaba justificando qualquer tipo de comportamento, e assim “o efeito da regulação acaba sendo contrário ao objetivo fixado pelo legislador e este efeito paradoxal compromete a segurança jurídica” (Rodriguez, 2012, p. 136).

Assim, diante da impossibilidade de negar a incidência do art. 318, V, e do art. 318-A do CPP a algum caso concreto, como o de Maria, em que a prisão domiciliar não lhe pareça a providência recomendável, o Poder Judiciário trata de interpretar o art. 318, Parágrafo Único, do mesmo código, que impõe ao juiz a exigência de prova idônea para substituição da prisão preventiva, de forma que a “prova idônea” passa a abarcar não só a hipótese legal (filhos menores de doze anos), mas também algumas circunstâncias que não eram exigidas pela regra (guarda efetiva da criança

ou necessidade dos cuidados maternos), cuja especificidade aparentemente traria segurança ao jurisdicionado.

A soltura de Maria, promovida apenas quando ela se tornou um fardo, e o posterior reconhecimento da insignificância jurídico-penal da retirada dos adesivos da viatura da Polícia Civil em Camacã são a evidência de que a mensagem (da ordem do STF e da norma do CPP) nunca chegou, como parecia não estar destinada a chegar, apesar de sua clareza indiscutível.

5 CONCLUSÃO

O que se vê nesse caso, como em tantos outros, além da aberração da prisão, do oferecimento da denúncia, da manutenção da prisão, da denegação do *habeas corpus* e consequente inefetividade do direito à liberdade, o que se vê também é a recorrência da sobrecarga do Poder Judiciário, na esfera criminal, para solucionar um conflito que o sistema jurídico vem, aos poucos, administrando de modo alternativo, tendo em vista a relação entre a gravidade da conduta, a extensão do dano e a severidade da pena. Não se trata, pois, de apenar uma conduta por insolência, mas deixar de apená-la por não representar um risco social cujo controle demandaria tal solução.

O fato (a bem da verdade, a sucessão de infortúnios de Maria) revela que não apenas ela (Maria), nem também os agentes estatais, mas a própria ordem/norma, a mensagem em si é supremamente vulnerável: supremas porque emanadas das máximas autoridades; vulneráveis porque, no entanto, não são efetivadas.

Vulnerável, pois, é o próprio sistema jurídico, haja vista que, mesmo reconhecendo direitos, conferindo competências e prevendo soluções hábeis a equacionar problemas originados no sistema social mais amplo, o ambiente do subsistema judiciário atrai para si tal prerrogativa, resolvendo o problema por meio de sua linguagem característica, hermética, hegemônica, como é o caso dos instrumentos e procedimentos tecnicistas do discurso jurídico.

Nada obstante a falta de elementos para consubstanciar uma tese, parece haver sinais suficientes para se aventar a hipótese de que, por meio do discurso jurídico, o poder domina, assim como domina quem

personifica o poder (o imperador, o Estado), ou o que objetifica o poder (a mensagem, a lei). E mais: que o poder não apenas não se possui como não se exerce apenas num sentido (mesmo nos palácios, os poderes não são exercidos apenas de cima para baixo, tampouco de baixo para cima, mas de várias formas, de diversos modos, em vários sentidos, em níveis, ou redes, ou sistemas; quanto mais influência se exerce nesses sistemas, redes ou níveis, mais amplo é o poder exercido e maior a autoridade de quem o exerce).

Kafka alerta para o paradoxo de que essa autoridade, em sua expressão derradeira, não é mais que uma bruma, o último sopro de um imperador moribundo. Tal antevisão é apenas a constatação clarividente. O gênio não aponta uma saída esperançosa. Pelo contrário, o que ele conta evidencia a impossibilidade de comunicação da mensagem ante os entraves que os grandes do reino opõem ao fiel mensageiro, que jamais cumprirá sua missão. Afinal, desolado, está o súdito longínquo, “a minúscula sombra refugiada na mais remota distância do sol imperial”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. Defesa de Kafka contra os seus intérpretes. In: AGAMBEN, Giorgio. *Ideia da prosa*. Trad. de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013. p. 134-135.

AGAMBEN, Giorgio. Quatro glosas a Kafka. *Terceira Margem* – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Literatura da UFRJ, v. 17, n. 28, p. 25-42, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tm/article/view/10759/7930>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Juízo de Direito da Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Camacã - Bahia. Diário nº 2.347, de 28 de março de 2019. Disponível em: https://diario.tjba.jus.br/diario/internet/inicial.wsp?tmp.diario.nu_edicao=2347&tmp.diario.cd_caderno=3&tmp.diario.cd_secao=1136&tmp.diario.dt_inicio=22/07/2018&tmp.diario.dt_fim=01/08/2019&tmp.diario.id_advogado=&tmp.diario.pal_chave=0000022. Acesso em: 1 ago. 2019.

BORGES, Jorge Luis. Kafka e seus precursores. Trad. de Sérgio Molina. In: BORGES, Jorge Luis. *Obras Completas; 1952-1972*. São Paulo: Globo, 1999. v. 2. p. 96-98.

BORGES, Jorge Luis. *Prólogos, com um prólogo de prólogos*. Trad. de Josely Vianna Baptista. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Trad. de Maria Luíza X. de Borges. Revisão técnica de Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 27 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Habeas Corpus* nº 143.641/SP. Julgado em 20 fev. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28143641%2E+OU+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4srk4tp>. Acesso em: 1 ago. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONDER, Nilton. *Ter ou não ter, eis a questão!* Rio de Janeiro: Rocco, 2011.

CARONE, Modesto. Posfácio. In: KAFKA, Franz. *Um médico rural: pequenas narrativas*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 1999. p. 75-81.

CARONE, Modesto. De grande escritor do século 20, Kafka passou a ser um dos maiores do século 21. *Revista CULT* 194, ano 17, set. 2014, p. 48.

CARVALHO, Salo de. Aplicação da pena no estado democrático de direito e garantismo: considerações a partir do princípio da secularização. In: CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 5-98.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra: a decisiva contribuição do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 67, p. 623-652, jul./dez. 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/304577123_O_ENCARCERAMENTO_SELETIVO_DA_JUVENTUDE_NEGRA_BRASILEIRA_A_DE_CISIVA_CONTRIBUICAO_DO_PODER_JUDICIARIO_-_DOI_1012818P0304-23402015v67p623. Acesso em: 1 ago. 2019.

DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Trad. de Vera Porto Carrero. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

HELPEES, Sintia Soares. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

KAFKA, Franz. Diante da lei. In: KAFKA, Franz. *Um médico rural: pequenas narrativas*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 1999a. p. 27-29.

KAFKA, Franz. Uma mensagem imperial. In: KAFKA, Franz. *Um médico rural: pequenas narrativas*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 1999b. p. 41-42.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

KAFKA, Franz. Sobre a questão das leis. In: KAFKA, Franz. *Narrativas do espólio* (1914-1924). Trad. de Modesto Carone. São Paulo: Cia. das Letras, 2016. p. 123-125.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOURA, Marcus Vinícius. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (atualização de junho de 2017). Departamento Penitenciário Nacional: Brasília, 2019. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

PONDÉ, Luiz Felipe. A Mensagem. *I Seminário NEMES – O mal está entre nós?*, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 28 nov. 2008. Disponível em: <https://nemespucsp.wordpress.com/tema-principal/>. Acesso em: 29 jul. 2019.

POSSE, Abel. Kafka e Borges. In: SCHWARTZ, Jorge (org.). *Borges babilônico; uma enciclopédia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. p. 294-296.

PUCHEU, Alberto; TROCOLI, Flávia. Apresentação: Kafka, um poeta da "prosa miúda". *Terceira Margem – Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência da Literatura da UFRJ*, v. 17, n. 28, p. 11-24, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/tm/issue/view/731/showToc>. Acesso em: 29 jul. 2019.

ROSA, Alexandre Moraes da. Kafka no processo e na colônia penal. Ainda. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 9-14.

SANTOS, Rogerio Dutra dos (coord.). *Excesso de prisão provisória no Brasil: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico* (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: http://www.uff.br/sites/default/files/news/arquivos/rogerio_finalizada_web.pdf. Acesso em: 1 ago. 2019.

TAXI, Ricardo Araujo Dib. Kafka e o elemento mítico da lei moderna: um estudo a partir da leitura de Peter Fitzpatrick. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 4, n. 1, p. 139-157, jan.-jun. 2018. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/415/pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

ZAMBRANO, Virginia. Uma investigação na retórica: da *vulnerabilidade social* de Zola à *desumanização* de Kafka. *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 1, n. 2, p. 247-265, jul.-dez. 2015. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/62/pdf>. Acesso em: 27 maio 2020.

Idioma original: Português

Recebido: 26/08/19

Aceito: 26/05/20