

BOLETIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

As Ciências Criminais como resistência dos valores democráticos

Processo penal e
democracia hoje:
princípios processuais
penais, discursos morais
e novos institutos

Delitos econômicos
e corrupção: novas
abordagens

Raça, gênero e
sexualidade nas ciências
criminais

Justiça criminal,
democracia e
conjuntura política

O conversador da Praça da Sé
Republicação em homenagem ao Professor Alvinho Augusto de Sá

EDITORIAL

Seminário Internacional: um espaço de resistência democrática

Neste ano, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) organiza a 25ª edição de seu Seminário Internacional, não por acaso com o tema “As Ciências Criminais como resistência dos valores democráticos”. É certo que referido evento é destinado ao debate dos mais variados temas atrelados ao sistema de justiça criminal e já é tido como tradicional, estando inscrito no calendário dos grandiosos e mais respeitados eventos da América Latina, reunindo os melhores e mais consagrados professores, especialistas, estudiosos e profissionais militantes da área das Ciências Criminais, tanto do Brasil como de todas as partes do globo. Com isso, visa – dentre outras finalidades – arejar o ambiente de produção acadêmica brasileira, sempre buscando oferecer à comunidade jurídica um pensamento crítico, na esteira da defesa e respeito dos valores democráticos.

Os assuntos mais tradicionais da dogmática penal, do processo penal, da criminologia e da política criminal, bem como os mais candentes e inovadores são trazidos à reflexão daqueles que participam durante quatro dias do evento em data e local já tradicionais e sabidos por todos que aguardam de maneira ansiosa as mesas com seus respectivos palestrantes. É sabido pela comunidade que é necessário preparar a agenda de trabalho e compromissos, pois na última semana do mês de agosto de todos os anos ocorrerá o Seminário Internacional.

Os números que envolvem o evento são grandiosos. Dezenas de funcionários, parceiros, fornecedores e colaboradores participam da minuciosa organização que vai desde a escolha de uma simples pasta – que, podem acreditar, é motivo de muito debate – até a definição de palestrantes nacionais e internacionais. Isso sem falar em transporte aéreo e terrestre, alimentação, hospedagens e a mais variada gama de necessidades específicas que se pode imaginar, dos participantes assim como dos patrocinadores, apoiadores e conferencistas. São quatro dias com centenas de pessoas transitando diariamente.

O engajamento das pessoas envolvidas direta e indiretamente é intenso, pois é importante destacar que o sucesso financeiro do Seminário Internacional é condição fundamental para a continuidade das atividades do IBCCRIM, cuja produção envolve a organização de cursos transmitidos para todo o Brasil, publicação de seus materiais, tais como monografias e boletim, e demais atividades de formação, reflexão e crítica acadêmica.

Nesta edição de 2019, alguns números já podem ser comemorados. A comissão organizadora, com a imprescindível dedicação do corpo de funcionários, sobretudo daqueles do núcleo de educação, bateu a marca histórica do número de escritórios patrocinadores, demonstrando que, não obstante as dificuldades econômicas atravessadas pelo país, os protagonistas do sistema de justiça criminal estão unidos em defesa dos valores democráticos e que o IBCCRIM se mantém fortalecido em defesa de suas bandeiras e princípios estatutários.

Um Seminário Internacional forte, com a maciça participação dos operadores críticos do sistema de justiça criminal, representa e muito neste recorte histórico do país, quando direitos e garantias fundamentais são atacados diariamente, a disputa de narrativas a respeito de fatos históricos é travada no cotidiano, e na medida em que institutos consagrados na Constituição Federal de 1988 são sistematicamente vilipendiados. Este é o período histórico em que se faz mais necessário estar unido em defesa dos direitos humanos, dos mais vulneráveis e das maiorias invisibilizadas, clientes preferenciais do sistema punitivo.

Essas populações vulnerabilizadas, por sua vez, não podem ser consideradas meros “objetos” inertes dos debates travados. Suas formulações teóricas e vivências concretas devem estar no centro das preocupações de qualquer evento de Ciências Criminais que se preze, sob pena de reprodução de práticas excludentes e francamente epistemicidas. É nesse sentido que atual gestão do IBCCRIM mantém compromisso inabalável com a promoção da diversidade em seu Seminário Internacional – compromisso este legado de diretorias anteriores –, seja com a cuidadosa construção da grade de palestrantes e temas debatidos, seja com uma agressiva política de bolsas e parcerias com organizações representativas da sociedade civil.

Em um mundo em que viver nele, como bem disse **Ortega y Gasset**, “*tornou-se escandalosamente temporário*”⁽¹⁾, o pensamento crítico é de importância estratégica para um necessário salto de qualidade que busque a superação do estado de inconstitucionalidades que permeia a cidadania. Neste período em que instituições e representantes de poderes democráticos flertam com posturas e narrativas autoritárias, eventos como o Seminário Internacional passam a ter ainda mais relevância como foco de resistência e irradiação do pensamento democrático.

Um dado concreto da sociedade tecnológica⁽²⁾

Caderno de Doutrina

O conversador da Praça da Sé
Alvino Augusto de Sá _____ 3

Novas tecnologias e a transformação cognitiva no processo penal
Alexandre Moraes da Rosa e Yuri Felix _____ 6

Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB
Édson Luís Baldan _____ 7

Audiências de custódia e violência policial: comentários às recentes teses do STJ sobre prisão em flagrante
Manuela Abath Valença e Treicy Kariny Lima de Amorim _____ 10

A aplicação do *in dubio pro societate* nos feitos cíveis e criminais e o (des)prestígio à presunção de inocência
Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghout _____ 12

Subsidiariedade do sistema penal e corrupção
Marina Pinhão Coelho Araújo _____ 15

A departamentalização das funções diretivas como parâmetro de responsabilização criminal dos dirigentes das sociedades anônimas e limitadas
Paulo Henrique Guilman Tanizawa, Rafael Fernandes Caldeirão e Andre Po Sheng Yu _____ 16

Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele
Guilherme Siqueira Vieira _____ 18

A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado
Walter Barbosa Bittar, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares _____ 19

Criminalização da homofobia: ação do sujeito coletivo, punição do sujeito individual
Geraldo Miniuci _____ 22

Os mitos do estupro e a “especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais”
Mailô de Menezes Vieira Andrade _____ 24

Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica
Luciana Costa Fernandes _____ 27

A tutela punitivista dos direitos das mulheres
Giovanna Migliori Semeraro _____ 30

Porque interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania
Lenio Luiz Streck _____ 32

Fragilização democrática e poder judiciário: A cumplicidade dos juizes no processo de ascensão de autoritarismos no Brasil
Bruno de Almeida Passadore e Camila Rodrigues Forigo _____ 34

Abolindo desde dentro: as práticas do grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade” no movimento de resistência ao superencarceramento brasileiro
Ana Gabriela Braga, Dana Rocha Silveira, Eduardo Mathews Ferreira Lopes e Mariana Pinto Zoccal _____ 36

Linguagem político-criminal do extermínio: aproximações entre a LTI e o governo Bolsonaro
Décio Franco David _____ 39

Jurisprudência Especial

CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O Caso Herzog. Breves considerações sobre acesso à justiça, interdição da tortura e o primado do Direito sobre a força
Pedro de Paula Lopes Almeida _____ 41

EIXO 1: Processo penal e democracia hoje: princípios processuais penais, discursos morais e novos institutos

EIXO 2: Delitos econômicos e corrupção: novas abordagens

EIXO 3: Raça, gênero e sexualidade nas Ciências Criminais

EIXO 4: Justiça criminal, democracia e conjuntura política

da angústia é a busca por soluções “enlatadas”, medidas que sejam capazes de encurtar caminho. Nesse cenário surgem pacotes – ou embrulhos – divorciados da boa técnica constitucional, propondo recrudescimento e expansão punitiva; ou, como outra face da moeda, uma ampliada possibilidade de negociação e acordos penais, em que direitos elementares de defesa e devido processo são transgidos das formas mais escancaradas, levianas e desavergonhadas.

Acordos penais, *lawfare*, o fenômeno contemporâneo das *fakenews*, criptomoedas, *revangeporn*, racialidades e corrupção são alguns dos temas tratados nesta 25ª edição com os melhores e mais respeitados especialistas de cada tema do Brasil e exterior. É importante frisar que a maioria das mesas propostas foram extraídas dos questionários e pesquisas de satisfação respondidas por participantes de edições anteriores, estatísticas de pesquisa na biblioteca IBCCRIM e sugestões de associados membros da comissão organizadora. Esse é o modo de construção coletiva, visando agregar as mais variadas visões e experiências das escolas que integram a atual gestão IBCCRIM.

É certo que, segundo **Morin**,⁽³⁾ aquilo que valia como conhecimento e tido como verdade não vale mais nesta época, séculos XX e XXI, em que a ciência e o desenvolvimento tecnológico produzem distâncias cada vez menores.⁽⁴⁾ Essa é a lógica que informa a construção coletiva do Seminário Internacional, a consciência de que o conhecimento se renova e que para novas perguntas é necessária a elaboração de inovadoras respostas que sejam capazes de romper com as obviedades e o senso comum teórico. Essas são as vicissitudes de um mundo que se encontra como nas precisas palavras de **Costa Andrade** “*aberto à centrifugidade e à surpresa dos problemas*”.⁽⁵⁾

Por óbvio, em 25 anos de evento, muitas histórias curiosas e de irreverência são colecionadas. São participantes que perdem seus aparelhos celulares e entram em profundo desespero, são pessoas que disputam o último exemplar de respectiva obra na prateleira da editora, pois desejam o autógrafo do autor que está presente no evento, e que até solicitam tradução simultânea do português (de Portugal) para o português (do Brasil).

Ademais, momentos históricos são forjados desde o primeiro Seminário. Todos se recordam de uma polêmica vigorosa, no 1º Seminário Internacional, envolvendo o professor **René Dotti** e o catedrático alemão **Klaus Tiedemann**, com direito a sucessivas

réplicas e tréplicas, momento este marcado como um dos melhores e mais instigantes debates ocorridos na história do evento. Tantos outros ocorreram e todos os associados podem ter acesso a este material – gravado em DVD – na biblioteca do Instituto.

Ademais, a trajetória luminosa deste evento, que chega em sua 25ª edição, não teria sido possível sem o empenho e as contribuições das diversas gestões que conduziram o IBCCRIM por tempos tomentosos e de consolidação democrática. À todas e todos que participaram dessa história, rendemos nossos mais sinceros agradecimentos.

Em tempos de profundo vazio e crise de alteridade, como já sublinhou **Comte-Sponville**,⁽⁶⁾ eventos como o Seminário Internacional, além de servir para o reencontro de amigos a quem muitas vezes a geografia impede o convívio mais aproximado, cumprem a função de recarregar as baterias daqueles que diuturnamente lutam pelos direitos mais comezinhos em uma democracia, direitos estes, como já dito e sabido, constantemente ameaçados por uma política de extermínio da população socialmente marginalizada, sintoma/consequência de um capitalismo necessariamente seletivo e excludente.

É com esse sentimento, em um mundo de aceleração sem limites,⁽⁷⁾ que o IBCCRIM constrói a sua história, com mulheres e homens que lutam por um sistema de justiça capaz de reduzir sua violência, que seja apto a cumprir com os valores e princípios orientadores de uma democracia que tenha por base o respeito à Constituição, o desenvolvimento da cidadania plena e os Direitos Humanos.

Notas

- (1) BAUMER, Franklin L. *O pensamento europeu moderno*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977, v. II. p.168.
- (2) Bruckner, Pascal. *Filhos e vítimas: O tempo da inocência*. In: MORIN, Edgar; PRIGOGINE, Ilya (org.). *A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o ceticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.p. 51.
- (3) MORIN, Edgar. *O método 6: Ética*. Trad. Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005.p. 69.
- (4) VIRILIO, Paul; LOTRINGER, Sylvere. *Guerra Pura: militarização do cotidiano*. Trad. Elza Miné e Laymert Garcia. São Paulo: Brasiliense, 1984, p.71.
- (5) ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.p. 19.
- (6) COMTE-SPONVILLE, André. *Uma moral sem fundamento*. In: MORIN; PRIGOGINE, op. cit., p. 142.
- (7) VIRILIO, Paul. *Velocidade e Política*. Trad. Celso M. Paciornik. São Paulo: Estação Liberdade, 1996, p. 123-125.

O conversador da Praça da Sé

Alvino Augusto de Sá

O artigo que segue, de autoria do querido professor Alvino, foi originalmente publicado no Boletim n. 244, de março de 2013. Republicamos o artigo como uma singela homenagem ao nosso mestre e Conselheiro Consultivo do Instituto, em razão de ele recentemente nos ter deixado. Esse artigo, distante das elaborações teóricas complexas de seus trabalhos mais propriamente acadêmicos, baseia-se em uma das muitas conversas do professor com as pessoas em situação de rua que ficam no entorno da Faculdade de Direito da USP. A escolha do presente artigo para republicação advém não apenas do fato de o professor sempre mencioná-lo, mas também porque se trata de um texto que traduz a forma indissociável com que os aspectos acadêmicos e os afetos humanos foram trabalhados por esse grande nome da criminologia. Suas pesquisas acerca da transdisciplinaridade e da superação dos cânones positivistas, voltando sua atenção para a escuta honesta das pessoas presas, criminalizadas ou socialmente vulneráveis ao sistema punitivo,

possibilitou o desenvolvimento de sua “criminologia clínica de terceira geração”, incorporando o paradigma da reação social ao fazer criminológico clínico, bem como a criação do Grupo de Diálogo Universidade Cárcere Comunidade (GDUCC), vinculado à Faculdade de Direito da USP. Nesse passo, o professor Alvino inaugurou uma verdadeira escola de pensamento criminológico no Brasil. Nós, seus alunos, admiradores e orientandos, apesar de toda a tristeza e saudade provocada por sua partida, tomamos como dever a divulgação e o desenvolvimento de seu pensamento e de sua obra, na busca de inclusão social e reintegração, sonhando com a superação das grades reais e imaginárias que nos separam das vítimas preferenciais do sistema penal.

Bruno Shimizu
Diretor do IBCCRIM.

Dias atrás, eu e Mariana Borgheresi Duarte, minha orientanda de mestrado na Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, estávamos na Praça da Sé, à entrada da estação do metrô, por volta das 16h00, discutindo algumas questões da rotina acadêmica. Percebi que se acercava de nós, em cambaleios e balbuciando palavras consigo mesmo, um indivíduo um tanto embriagado e maltratado, com toda certeza morador de rua. Como reação primeira e espontânea, senti-me desconfortável ante sua aproximação. A tal ponto que cheguei a virar-me um pouco de lado, para evitar a abordagem. No entanto, ele, segurando suas calças, que ameaçavam cair, postou-se à nossa frente, e me disse com voz rouca e palavras entrecortadas: “Doutor, me arruma aí uns 15 ou 20 centavos”. (Vale esclarecer que eu estava vestido de terno e gravata).

Nisto, deixei de ver naquele interlocutor um indivíduo maltratado e embriagado e passei a ver uma pessoa que pedia minha atenção e meus favores, bem como a atenção de minha orientanda. Ofereci-lhe uma nota de dois reais e lhe disse: “Dois reais servem?” Ele pegou a nota, respondeu que serviria bastante, agradeceu e me perguntou: “O senhor... o que é? Advogado ou juiz de Direito?”

Em questão de “frações de segundo”, procurei encontrar uma resposta que não fosse mentirosa, por respeito à pessoa que a mim se dirigia, e que tivesse algum sentido para ele. Não sou advogado, nem juiz de Direito. Se eu lhe respondesse que sou professor de Criminologia da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, isto não lhe faria sentido algum. E, num relance de intuição, respondi-lhe, meio que para buscar saber qual seria a sua reação: “Eu sou um conversador da Praça da Sé”. Diante de minha colocação, ele, um tanto pensativo, resmungou: “Conversador da Praça da Sé...”. Em seguida, voltando-se de vez para a Mariana, e já fazendo menção de se retirar, continuou: “É por isso que ele está vivo até hoje”. E afastou-se na praça, sem rumo, certamente à espera de encontrar um lugar onde pudesse desfrutar de seus dois reais, e sempre segurando com a mão esquerda suas calças, que continuamente ameaçavam cair.

Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje. Gostaria muito de discutir com nosso interlocutor o que ele quis dizer com esse seu resmungo, mas infelizmente ele se retirou, certamente porque não se tratava de uma resposta dele, mas unicamente de uma reflexão, um resmungo dele consigo mesmo. Comentei com a Mariana o sentido profundo que aquelas palavras poderiam ter, e ficamos os dois em silêncio por segundos. Permito-me fazer a seguir algumas reflexões a partir do resmungo de nosso interlocutor, muito provavelmente um morador de rua, um morador da Praça da Sé.⁽¹⁾

Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje. Ou seja, fosse eu um advogado, um juiz de Direito, ou outro profissional engravatado, que unicamente transita pela praça, mas indiferente a ela e até aversivo às pessoas que ali estão, talvez eu não estivesse mais vivo. Portanto, não são os títulos outorgados pela Academia e demais instituições que me garantem a continuidade na vida. O título que me garante a continuidade na vida é o de conversador da Praça da Sé. Aliás, nem se trata de título, mas de um modo de ser, de agir, de viver. A vida não necessita de títulos. A vida é uma grande obra, mas uma obra sem títulos. Às vezes, os títulos podem até colocá-la em risco.

Ser conversador é não se esquivar da aproximação, do contato. Ser conversador é vencer as resistências internas e externas e buscar a todo custo o diálogo, ainda que em meio à violência. Dar dinheiro é muito fácil. Dar rapidamente dinheiro ao pedinte pode ser uma forma sutil de dispensá-lo e evitar sua aproximação. O difícil é conversar. Conversar é dialogar, é se expor ao outro, é ouvir o outro e valorizá-

lo, é buscar compreender suas razões e até mesmo as razões de sua violência e ameaças. Mas isso é por demais difícil. Muito mais fácil, no caso de violência, é revidá-la e, conseqüentemente, incrementá-la, com a falsa sensação de que estamos seguros e tranquilos por trás de nossos títulos e de uma máscara de justiça.

Ocorre que a injustiça é que motiva a violência. Qual injustiça? O que é justiça? As respostas a estas intrigantes indagações, quando referentes às situações dramáticas de violência, não serão encontradas nos livros, nos códigos, na doutrina, na filosofia, na moral, na religião, nas ideologias (de esquerda ou de direita), mas na fala das pessoas envolvidas com a violência. Porém, na fala das pessoas de todos os segmentos, pois cada segmento terá suas próprias vivências e respostas sobre o que é ser injustiçado: policiais e seus familiares, agentes penitenciários e seus familiares, membros da sociedade – vítima, moradores de periferia, moradores dos morros, integrantes do chamado crime organizado ou das chamadas facções criminosas.⁽²⁾ E a fala significativa das pessoas envolvidas com a violência acontece na conversa, na conversa sem títulos, na conversa entre iguais, que se processa na praça pública.

Para as pessoas que se sentem injustiçadas, violentadas em sua história, não interessa o que dizem os códigos, a moral, a ética, a filosofia sobre o que é justiça e o que é violência, mas sim o que elas sentem na pele e o que diz a sua própria história. Trata-se de litígio histórico.

O enfrentamento saudável do litígio histórico não se dá por seu acirramento, mas pela compreensão mútua das partes litigantes.

Muitas violências têm sido praticadas em nossas ruas, com inúmeras mortes, execuções sumárias, incêndio de ônibus etc. Violências frequentemente atribuídas ao chamado crime organizado, ou, em outros termos, às facções criminosas. Esta não é a primeira onda de violências que nos assombra a todos. E todos se perguntam: será a última? Quando, como e contra quem será a próxima? Mas a pergunta que mais angustia a todos e se transforma no grande desafio para políticos e autoridades é esta: afinal, qual é o caminho de solução para esse clima de guerra?

Os políticos e autoridades apressam-se em providenciar, ou melhor, em improvisar soluções, em dar respostas que satisfaçam a opinião pública. Aliás, a bem da verdade, não improvisam absolutamente nada, pois todas e quaisquer soluções apresentadas, em termos de providências imediatas, são sempre as mesmas, aquelas conhecidas de sempre e de todos: novas prisões, transferências de presos para presídios federais, trocas de secretários ou de outros titulares de postos de comando, prisão de policiais envolvidos em (supostas) execuções de (supostos) criminosos, entre outras. No âmbito legislativo, as providências reclamadas e proclamadas são sempre as mesmas: criação de novos tipos penais, agravamento de penas, endurecimento das regras para a concessão de benefícios. Todas essas ditas soluções têm um traço em comum: prescindem de qualquer reflexão, de qualquer trabalho intelectual sério de aprofundamento na análise do problema, que se apresenta profundo, complexo e histórico. Em outras palavras: prescindem de qualquer inteligência. Os que as propõem e implantam, se tiverem inteligência (e a gente até supõe que a tenham), não usam absolutamente nada dela nessa delicada tarefa.

Como falar em compreensão mútua das partes litigantes, quando de uma delas diz se tratar de crime organizado? Como falar em compreensão mútua das partes litigantes, quando de uma delas diz se tratar de uma sociedade indefesa, refém e vítima histórica

de violências? Talvez o primeiro passo na busca da compreensão fosse tentar evitar os rótulos, a começar pelo de crime organizado. A se manter esse rótulo, não terá início conversa alguma, e, conseqüentemente, entendimento algum. Se considerarmos os que integram o chamado crime organizado, também para eles a sociedade é organizada em suas forças repressivas, em suas forças excludentes, em seus preconceitos e em todo seu poder de mídia, de formulação e prática de leis seletivas e injustas, enfim, em seu poder de dominação em geral. Também o rótulo vítima deveria ser evitado, pois, tratando-se de litígio histórico, todas as partes litigantes se sentem vítimas.

A compreensão mútua supõe a aproximação entre as partes. A aproximação supõe o diálogo, a conversa. E a conversa, para se processar e progredir, supõe o afastamento de rótulos, assim como também de títulos. Trata-se de conversa na praça pública, na Praça da Sé, que a todos pertence por igual, na qual todos são iguais. Não existe, de um lado, o crime organizado, assim como não existe, do outro lado, a sociedade organizada, a sociedade – vítima. O que existe é um todo conflitivo, a sociedade, da qual todos os litigantes fazem parte.

Dizer isso talvez soe dizer nada mais do que o óbvio. Mas é um óbvio que não se impõe, ao qual todos nós resistimos em reconhecer, qualquer que seja o segmento rotulado a que pertencemos, ou do crime organizado, ou da sociedade organizada. Se quisermos construir uma conversa entre as partes litigantes, este é o ponto de partida fundamental e inevitável: todos os litigantes estão na mesma praça, todos integram uma mesma sociedade, pelo que o litígio é um componente que integra a própria sociedade e traduz conflitos inerentes a ela, aos quais ela, como um todo, deve enfrentar. E eu me arriscaria a dizer que o instrumento fundamental, básico, inicial para esse enfrentamento é a conversa, a conversa na praça pública, que a todos pertence por igual.

Certa feita, perguntei a um líder de facção, em um presídio: “Até quando você acha que vai essa onda de violências entre as facções e o Estado?” Respondeu-me ele: “No dia em que o Estado atender a todos os direitos legítimos dos presos, quem sabe, nesse dia, as facções não tenham mais razão de ser”. Observe-se que ele não disse “nesse dia a gente abre mão das facções”, mas “as facções não tenham mais razão de ser”. Portanto, não é se combatendo as facções, não é guerreando contra elas que elas se dissolverão. Esse líder (que certamente não quer abrir mão de sua liderança, de seu poder, e, portanto, não quer abrir mão da facção) nos dá a chave da solução: as facções não mais existirão simplesmente quando elas não tiverem mais razão de ser. E elas não terão mais razão de ser quando o seu papel não tiver mais sentido, ou, quando elas não tiverem mais espaço para desempenharem seu papel. A saber, quando o Estado for o legítimo e real protagonista do atendimento às necessidades e direitos legítimos dos candidatos à seletividade penal e da população carcerária.

E quais são essas necessidades? Quais as demandas? Quais as frustrações? Como atendê-las? Todas essas questões estão cravadas em litígios e conflitos históricos, componentes da própria textura da sociedade: conflitos entre ter e não ter, entre pertencer e não pertencer, entre ser e não ser. As respostas a elas, ou melhor, sua discussão será processada de forma construtiva por meio da conversa na praça pública.

Ora, como é difícil ter uma conversa construtiva na praça pública! Sim, porque ali é o lugar sem títulos, por vezes até sem nomes, em que todos se igualam, ninguém é doutor ou professor. Lá é o lugar onde o juiz não é juiz, o promotor não é promotor, o advogado não é advogado, o parlamentar não é parlamentar e onde o criminoso não é

criminoso. As pessoas que necessitam se identificar com seus títulos, inclusive o criminoso, ali na praça elas temem perder sua identidade. Na praça, as pessoas devem aprender a redescobrir sua identidade intrínseca e nela encontrar sua segurança.

É muito mais fácil conversar a partir do parlamento monocrático, das leis, dos gabinetes, escritórios, a partir dos cargos e títulos, da filosofia, da moral e de valores previamente definidos, da constituição (com letra minúscula) interpretada e aplicada com escandalosa parcialidade. Nos parlamentos monocráticos, gabinetes e academias, os títulos e cargos têm como primeira finalidade a de brindar as pessoas com prestígio, prerrogativas, direitos e privilégios.

Já na praça pública, os títulos não brindam ninguém com prestígios, prerrogativas, direitos e privilégios, mas oneram a todos com obrigações, compromissos, ainda que, paradoxalmente, sempre em uma relação totalmente simétrica com os demais. Lá é o lugar onde justiça e injustiça têm outras definições. Ou melhor, não têm definição alguma, mas são simplesmente vividas e expressas.

Em não havendo conversa na praça, haverá violência, que perdurará através de seus ciclos. Uma guerra cíclica, sem vencedores. Uma violência na qual todos são perdedores. A violência pode levar à morte, até repentina, aqueles que dela são vítimas. Por outro lado, porém, poderá levar à morte também aqueles que a praticam, ainda que uma morte interior, paulatina, pouco perceptível, mas nem por isso necessariamente menos sofrida.

É muito difícil ser conversador da Praça da Sé. É muito mais fácil dar dois reais a quem nos pede 15 centavos, porque assim a gente o dispensa logo e evita conversar. Eu gostaria muito de, juntamente com a Mariana, encontrar novamente aquele interlocutor na praça, e, sem lhe dar dinheiro algum, trocar ideias sobre o que ele nos resmungou, enquanto segurava suas calças. Mas reconheço que isso é praticamente impossível. Não porque nós não o encontremos mais, mas porque o diálogo, as conversas dificilmente se retomam ou se repetem. Elas geralmente prosseguem, só que em novos contextos e, portanto, com novos significados. Na praça, todos devem se preocupar em aproveitar ao máximo possível o momento da conversa, simplesmente porque o momento não se repete; ele é sempre único.

Em todo caso, mesmo assim, eu e Mariana gostaríamos muito de prosseguir uma conversa, uma discussão com nosso interlocutor sobre o que ele quis (ou quer) dizer com seu resmungo: Conversador da Praça da Sé... É por isso que ele está vivo até hoje.

Única referência “bibliográfica”

Autor: O Interlocutor da Praça da Sé.

Obra: *A conversa*. Autor sem nome, obra sem título, publicação sem editora. A obra está disponível para todos, de todos os segmentos sociais, não para ser lida, mas para quem quiser experimentá-la e vivê-la em qualquer praça que seja.

Preço: variável, podendo ser bastante custoso ou prazeroso, dependendo de cada conversador, mas sempre será profundamente compensador.

Notas

- (1) Cumpre dizer que o episódio acima se deu na época em que vinham acontecendo cenas de violência na cidade de São Paulo, com ataques a ônibus e assassinatos.
- (2) Argumentando pelo extremo, até mesmo o grande latifundiário que se sente injustiçado e violentado por ter tido uma de suas diversas fazendas invadida e desapropriada para fins de assentamento, até ele deve ser respeitado em sua fala sobre o que é injustiça e violência. O entendimento não amadurecerá e não criará raízes, sem que sua fala também seja ouvida e processada, dentro de um diálogo que será sempre e sempre paradoxal e jamais concluído.

Alvino Augusto de Sá
Professor de Criminologia da USP.

Novas tecnologias e a transformação cognitiva no processo penal

Alexandre Morais da Rosa e Yuri Felix

O debate aqui proposto é incipiente no espaço da justiça criminal, demanda muita reflexão e, acima de tudo, uma espécie de abertura epistêmica a novos saberes capazes de promover um salto qualitativo na prestação jurisdicional nesta quadra histórica marcada pela complexidade.⁽¹⁾ É certo que o desafio de todos os dias no ambiente forense é o de conseguir compreender as diversas perspectivas sobre o fenômeno jurídico, enfim, sobre o caso que se precisa enfrentar. Afinal de contas, selecionar o material jurídico (princípios, regras, jurisprudência, doutrina, etc.) que incidirá na compreensão dos fatos atribuídos – comprovados e não comprovados –, que, por sua vez, darão consistência e coerência à decisão judicial, demanda a leitura realista do ambiente singular do jogo⁽²⁾ processual penal. Isso porque o sentido será sempre atribuído no tempo e no espaço em face de um contexto. A seleção de argumentos vencedores – dominantes/dominados – demanda atualmente grande esforço cognitivo, porque além dos Direitos Humanos, da Constituição da República, das Leis, Decretos regulamentadores, existe toda uma gama de *soft law*, a saber, muitas regulamentações infraconstitucionais (protocolos, resoluções, portarias, etc.). Por outro lado, conjugam-se as possibilidades de sentido atribuídas por Tribunais (STF, STJ, TRFs, TJs, Turmas Recursais). O trabalho e a manutenção das fontes necessárias ao julgamento é sempre uma tarefa árdua, dialogando com as capacidades cognitivas limitadas dos agentes (heurísticas, vieses, inteligência, memória, percepção, atenção, etc.).

Assim, a transformação digital precisa se fazer ver no Direito Processual Penal, compondo o ambiente forense de fontes de informação adequadas e estruturadas, capazes de aprender a auxiliar no processo de argumentação e de decisão. Isso porque não se recordar ou desconhecer uma “portaria”, por exemplo, pode levar a um resultado desastroso. O papel da tecnologia, provida de Inteligência Artificial, mostra-se como disruptivo. O velho modelo de decisão calcado nas capacidades individuais demanda a conjugação de mecanismos tecnológicos capazes de ampliar o horizonte de credibilidade, trazendo, por exemplo, o *Big Data* como auxiliar importante.

Operador do Direito é uma categoria que se pensa altamente racional, capaz de tomar sempre a melhor decisão em face do domínio dos fatos e do Direito. Essa visão imaginária é uma redução necessária da complexidade do mundo, da vida, para dar conta, mais ou menos, das atividades do dia a dia forense. O problema não é operar a partir dela, mas acreditar em sua veracidade sem certa dose de ceticismo. O que se pretende é um breve deslocamento na fé, na crença, de que os juristas são capazes de dominar o mundo. Enfim, a pretensão é inserir uma dose de realismo (não necessariamente o jurídico, da escola americana ou escandinava), dotando o jogador (denominação de quem participa do jogo processual/investigativo) de ferramentas teóricas hábeis ao estabelecimento de expectativas de comportamento decisório, tendo em vista as recompensas dos agentes reais que intervêm na relação do jogo.

Para se portar em cada contexto do jogo será necessário a todo tempo tomar decisões, especialmente do que invocar e do modo como serão expostas. Os decididores fazem uma espécie de contabilidade mental (*mental accounting*), sempre com as informações disponíveis, com a capacidade de atenção que tiverem, bem como com o mapa mental de que dispuserem. Nesse modo de decidir, a razão é um dos fatores que dialoga com outros campos, em especial com emoções, intuições e o imponderável⁽³⁾ (efeito borboleta).

Além disso, os traços individuais dos jogadores, em cada contexto, pode ser fator decisivo para modificação de postura, como se verifica na hipótese do risco, da sensação de segurança ou aposta, em que, a partir de uma referência eleita, um jogador adota atitudes de arriscar ou manter o conquistado. Em outras palavras, existem os que são mais arrojados – amantes do risco – e os conservadores – avessos ao risco. Em geral, sente-se mais perder algo do que deixar de ganhar, o que pode ser muito importante no campo da Justiça Negocial, por exemplo (os descontos de pena, as táticas de pegar e largar, promoções, etc.). Este traço depende também do contexto em que a decisão é tomada, implicando, assim, a necessidade de se dominar o máximo de informações qualificadas sobre o que efetivamente está em jogo. Mas como as informações demandam custos de obtenção, organização e predição, surgem novos desafios, até porque pode ser considerável o volume de informação precisa de um esquema eficiente de leitura e compreensão. Sem isso, por exemplo, não adianta imprimir todas as decisões ou acórdãos dos julgadores, porque faltará o mecanismo de tratamento dos dados, com perda na capacidade de predição. Logo, além do acesso às informações, será necessário que se tenha capacidade de estruturação de dados e de mecanismos automatizados e/ou de inteligência artificial capazes de auxiliar no estabelecimento de expectativas de comportamento decisório.

Para isso, é claro que a revolução tecnológica e informacional exige a atitude de rever velhas práticas costumeiras, especialmente por quem se acha capaz de manter o antigo modo de decisão, mas que atualmente, com um pouco de realismo, encontra-se defasado. O tempo, a aceleração, a permanente urgência⁽⁴⁾ e a velocidade da informação lançam novos desafios aos agentes da lei, cujo papel restou alterado.

Assim, mantida a necessidade do fator humano no processo de atribuição de sentido, especialmente para singularização das situações jurídicas, o esquema decisório no Direito pode ampliar o custo da informação necessária para uma decisão qualificada, além de reservar a capacidade cognitiva e intelectual para o que realmente importa. Preparar o procedimento decisório com mecanismos automatizados, reservando momentos em que o fator humano precisa incidir, constitui-se no novo horizonte do manejo da inteligência artificial. Claro que não se trata de substituir o humano, até porque no desenho do dispositivo – especialmente na construção do algoritmo – dependeremos do fator humano. E para isso, apesar de se poder dominar todos os momentos da produção da decisão, mormente

nas demandas judiciais repetitivas e com pouca necessidade de verificação probatória (demandas repetitivas, consolidadas, súmulas vinculantes, etc.), o estabelecimento de padrões de comportamento decisório pode autorizar a eficiência da Jurisdição, inclusive em matéria probatória (*standard* probatório).

De qualquer forma, um dos pontos que pode ser encarado como óbice é o da singularidade de cada caso. Longe de querer estabelecer os protocolos decisórios do cotidiano, o uso de inteligência artificial pode ampliar a capacidade cognitiva, facilitando o caminho decisório, evitando assim o trabalho manual e repetitivo, dotando o processo penal de carga cognitiva relevante, íntegra e adequada a decisões mais justas, mantido o sujeito humano no centro do poder decisório.⁽⁵⁾

Notas

- (1) FRANCO, Alberto Silva. Na expectativa de um novo paradigma. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. I. p. 330, 2009, p. 330.
- (2) CALAMANDREI, Piero. 'Il processo come giuoco'. *Opere Giuridiche*. v. I. Napoli: Morano, 1965.
- (3) MŁODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Trad. Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

- (4) OST, François. *O Tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 359.
- (5) CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Universidade de Coimbra, v. LXXIV, 1998; e, do mesmo autor, *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

Alexandre Morais da Rosa

Doutor em Direito pela UFPR. Juiz de direito do TJSC.
Professor de Direito da UFSC e da UNIVALI.
ORCID: 0000-0002-3468-3335
alexandremoraisdarsa@gmail.com

Yuri Felix

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.
Professor de Processo Penal da ABDConst, EPD e UCS.
ORCID: 0000-0003-1494-9535
advyuri@gmail.com

Recebido em: 09.08.2019
Aprovado em: 09.08.2019
Versão final: 12.08.2019

Lineamentos da investigação criminal defensiva no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB

Édson Luís Baldan

Invariavelmente, ao defensor sempre foi reservado um papel secundário, quase marginal, na etapa da investigação preliminar, desenvolvida quase soberanamente pelo delegado de polícia. Uma atuação defensiva, em regra, mostrou-se tímida ou ausente. Tratado, com frequência, como verdadeiro empecilho à marcha das investigações, onde nem sempre direitos individuais são tomados na devida conta, sequer se assegurava ao advogado a efetividade do direito de requerimento de diligências à autoridade policial (CPP, 14) já que estas seriam realizadas, ou não, a “juízo” desse investigador. Em geral a denegação da medida solicitada pelo defensor vinha arrimada num juízo arbitrário de pura oportunidade e conveniência da investigação estatal, quando deveria ser este um juízo decorrente da análise da estrita legalidade do que se requeria, vale dizer, somente seria legítima a inadmissão da medida pleiteada que afrontasse a legalidade.

Não raramente, os autos policiais tornam-se indevassáveis ao advogado, malgrado dicção clara de seu código diceológico-deontológico (Lei 8.906/1994, artigo 7º) e de expressa norma jurisdicional posta pelo Supremo Tribunal Federal, consubstanciada na Súmula Vinculante 14, que reconhece como “*direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*”.

Ademais, cartesiana repartição funcional e compartimentação

estrutural, outrora defensáveis na seara da investigação penal, viram-se rompidas de modo relevante em dois momentos recentes: em 2015, quando norma jurisdicional emanada do Supremo Tribunal Federal em caráter vinculante (RE 593.727/MG) deliberou pela legitimidade do exercício investigatório direto pelo órgão da acusação e, em 2017, quando norma legal (Lei 13.432/2017) conferiu ao detetive particular autorização condicionada para empreender apurações de natureza criminal.

Paralelamente, pouco se avançou em termos de protagonismo defensivo investigatório. Ainda que assentado explicitamente em normas legais e constitucionais ser o advogado reputado indispensável à administração da Justiça (CRFB, 133), constituindo seus atos um múnus público porque decorrentes do exercício de função de caráter social e da prestação de serviço de natureza pública. Verdade é que o advogado vem sendo, reiterada e crescentemente, obstaculizado em seu exercício profissional, vilipendiado em suas prerrogativas funcionais, esbulhado em seu direito de defesa, aviltado na desconstrução de seu nobre papel social, seja durante a fase da investigação preliminar, quer em etapa subsequente quando, nos átrios forenses, sobrepairam autoproclamados semideuses. Olvida-se que o advogado também possui legitimidade para o exercício da ação penal e, por implicação lógica, numa relação de *minus a plus*, detém o poder implícito de investigar para acusar.

Essa constatação é preocupante quando notório que a investigação preliminar não se vincula, sob o aspecto finalístico, unicamente à

formação da *opinio delicti* do acusador (como pretende a equivocada e monocórdica dogmática pátria), servindo, também, a subsidiar o juízo de rejeição da mesma acusação, de absolvição sumária do imputado, de aferição de justa causa à decretação de medidas cautelares, de convencimento subsidiário na sentença de mérito, bem como de outras decisões em que avultam os interesses da defesa e que são proferidas com arrimo nos elementos de convicção amealhados, exclusiva ou preponderantemente, em sede investigatória.

Bem por isso, resta evidente que confinar o advogado à inércia, sem qualquer protagonismo relevante na fase investigatória, privando-o do direito de se defender provando, implica ferimento irreversível à cláusula constitucional do devido processo legal e um inadmissível estreitamento ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, a mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal, ao entender pela constitucionalidade do exercício da investigação criminal direta pelo órgão do Ministério Público, deve, em única hermenêutica constitucional possível, ser interpretada no sentido de estarem implicitamente conferidas análogas e simétricas atribuições investigatórias em favor da advocacia criminal. A cláusula constitucional regente do devido processo legal restaria violada caso conferidos poderes à parte acusatória em situação não isonômica com aqueles direitos confiados à parte defensiva, em qualquer fase da persecução penal, inclusive na antejudicial.

Investigar não é atividade inédita ou estranha à lida defensiva. Também por isso, uma análise desarmada e criteriosa do Provimento CFOAB 188/2018, pioneira norma disciplinadora da investigação defensiva no Brasil, revelará que tal diploma administrativo de natureza meramente regulamentar não inova a ordem jurídica e tampouco veicula qualquer dispositivo que tenha o potencial de restringir ou privar o exercício de quaisquer dos direitos individuais consagrados em sede constitucional, mesmo aqueles não sujeitos à reserva de jurisdição. Também não obstrui ou embaraça a atuação de quaisquer agentes ou agências estatais envolvidas na persecução criminal. Fala-se, simplesmente, na sistematização do salutar direito de o advogado defender-se provando, essência do mister defensivo, imprescindível à prestação de “Justiça” (em sua mais elevada pureza semântica).

O Provimento CFOAB 188/2018 sobrevém num quadro anômico, com a generalizada percepção de que o sistema de justiça criminal brasileiro passa a operar sob paradigmas éticos em que a busca da eficiência punitivista justificaria o solapar daquelas garantias de tradição iluminista, muitas, senão todas, albergadas pela ordem constitucional edificada sobre os escombros de nossa última ditadura civil-midiática-empresarial-judiciária-militar.

O conceito que elaboramos, ao final encampado pelo Provimento CFOAB 188/2018, fornece os contornos conceituais, objetivos, subjetivos e teleológicos da investigação defensiva. Deve esta ser compreendida como o *complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, visando à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção tendentes à constituição de acervo probatório lícito que, no exercício de sua parcialidade constitucionalmente assegurada, empregará para pleno gozo da garantia do contraditório e da ampla defesa do imputado ou, ainda, para tutela de direitos da vítima ou de parte civil interessada.*

Conquanto constitua espécie do gênero investigação criminal, são identificáveis marcantes traços distintivos da investigação defensiva

em cotejo com suas análogas policial e ministerial, decorrentes de uma conformação principiológica referenciada a seu conceito, fins e limites normativos. Extraem-se como princípios da investigação defensiva:

a) *Legalidade*: seu exercício decorre da conjugação de princípios e regras, extraídos dos níveis ordinário, constitucional e supraconstitucional, consubstanciando o Provimento 188/2018 tão somente uma sistematização normativa pelo competente órgão máximo da advocacia nacional;

b) *Oportunidade*: sua instalação deriva da análise da oportunidade e conveniência da medida, sob o prisma da maior eficiência na defesa do imputado ou, também, na tutela de direitos da vítima ou parte civil;

c) *Disponibilidade*: o defensor, no exercício de sua parcialidade constitucional, deve decidir pelo momento de promoção, sobrestamento e finalização das diligências, bem como pelo aproveitamento integral ou parcial do produto da investigação ou, ainda, pelo seu simples descarte total, se recomendável à garantia exclusiva dos direitos de seu assistido;

d) *Unidirecionalidade*: ao exercer um múnus público na defesa de direitos de seu constituinte, age o advogado, sempre, guiado pela parcialidade, motivo pelo qual, diferentemente do que ocorre na investigação policial ou ministerial (em tese pluridirecional), pode e deve o defensor promover a coleta seletiva dos elementos de convicção valiosos, exclusivamente, ao atendimento dos interesses de seu representado, descartando aqueles outros inservíveis a esses fins (cujo achado remanesce sob encargo legal dos investigantes estatais);

e) *Multiformalidade*: altamente recomendável que todas as atividades empreendidas pelo advogado e seus assistentes sejam, sem maior rigor de trâmite ou rito, progressivamente documentadas nos autos (físicos ou eletrônicos) de seu *inquérito defensivo*, como mecanismo de prestação de contas ao assistido e de demonstração da lisura e legitimidade de seu trabalho, no entanto inexistindo óbice a que as diligências investigatórias sejam efetivadas sem recurso a esse instrumento de catalisação documental, dada sua natureza multiforme;

f) *Confidencialidade*: unida pelo sigilo legal que, obrigatoriamente, preside a atuação do advogado e pela confidencialidade exigível na relação com seu assistido (somente por este disponível), as informações e documentos enfeixados no inquérito defensivo não são devassáveis sequer por outro defensor, menos ainda por agentes públicos (em especial aqueles que, potencialmente, figurarão como parte adversa da defesa na fase judicial);

g) *Transversalidade*: seu exercício perpassa por todo o curso da persecução penal e, mais, pode efetivar-se em momento ainda anterior ao do início da investigação preliminar (policial ou ministerial) ou operar-se em instante posterior ao encerramento da etapa da instrução e julgamento, pois não representa, repita-se, um instrumento defensivo necessariamente contraposto em simetria a eventual investigação estatal vez que, por sua própria definição normativa, pode ser exercitado em qualquer fase, procedimento ou grau de jurisdição, independentemente da preexistência de qualquer ato de persecução formalizado (em curso ou finalizado) pelas agências oficiais;

h) *Inquisitividade*: constituindo instrumento de exclusiva atuação defensiva, regido pela confidencialidade na relação do advogado com

seu assistido, intuitivo que o conteúdo da investigação defensiva não seja aberto ao conhecimento da parte adversa ou de terceiros interessados no caso penal, visando ao exercício de impensável contraditório, sendo mais consentâneo com a garantia do devido processo legal que os elementos sejam colhidos de maneira sigilosa, unilateral e unidirecional;

i) Incoercibilidade direta: tratando-se de mecanismo defensivo para tutela, em regra, de direitos de parte, malgrado conduzido pelo defensor que exerce múnus público, não está a investigação defensiva vocacionada ou autorizada a avançar sobre a esfera de liberdades individuais, motivo por que dela não podem derivar privação ou restrição de liberdade (v.g. por prisão temporária ou condução coercitiva) ou afastamento de qualquer outra garantia sujeita à reserva de jurisdição (sigilo telefônico, bancário, fiscal, inviolabilidade domiciliar etc.). A coercibilidade mediata poderá, todavia, resultar de eventual propositura às autoridades legitimadas a requerer ou representar por tais medidas cautelares (v.g. quando o advogado esteja a representar a vítima na investigação de autoria e materialidade de infração penal).

A investigação defensiva, sem exclusão de outras finalidades expressas ou tácitas, orienta-se, teleologicamente, à tutela de direitos vários do imputado, vítima ou parte civil, objetivando a identificação de fontes de prova para potencial emprego em: a) rejeição ou recebimento de denúncia; b) rejeição ou recebimento da queixa-crime; c) formação do juízo de absolvição sumária; d) decretação ou denegação de medidas cautelares; e) decisão final de mérito; f) atribuição ou refutação da condição de indiciado ou imputado no inquérito policial ou outro procedimento investigatório; g) atribuição ou negação da condição de autor do fato nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais Criminais; h) proposta de acordo de colaboração premiada; i) razões de recurso em geral; j) ação de revisão criminal; k) mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus*, *habeas data*, ação popular e ação civil pública; l) atividades de compliance; m) demonstração de ofensas a direitos individuais do preso condenado ou provisório; n) verificação da violação a direitos individuais no âmbito do sistema de justiça criminal.

Semprejuízo da identificação de outras fontes de provas, a depender da natureza e das exigências do caso singular, poderá o defensor promover diretamente as seguintes diligências investigatórias: a) ter acesso a documentos em poder da administração pública e deles extrair cópias às suas expensas, nos termos da lei; b) pesquisar dados e informações disponibilizados na rede mundial de computadores, em domínios públicos ou privados, deles formando extrato ou providenciando ata notarial para instrução do inquérito; c) expedir notificações, diretamente através de qualquer meio de comunicação ou, ainda, pelas vias extrajudicial ou judicial; d) realizar colóquios informais com vítimas, testemunhas e imputados, como medida preliminar a eventual inquirição formal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes; e) proceder à oitiva formal de vítima, testemunha ou imputado, precedida, em qualquer caso, de notificação pessoal, podendo promover registro audiovisual do ato, desde que anuentes as pessoas dele participantes; f) encomendar a perito privado a realização de exame de corpo de delito, pareceres e demais exames periciais sobre locais, coisas, pessoas, substâncias e documentos, encartando aos autos o respectivo laudo; g) requerer, através da autoridade policial ou judicial, exame pericial inicial ou complementar;

h) vistoriar locais públicos ou de acesso público para levantamentos fotográficos, audiovisuais, gráficos ou descritivos, elaborando o respectivo auto de inspeção; i) inspecionar, para idênticos fins do item anterior, locais resguardados pela inviolabilidade domiciliar, desde que presente o prévio e expresso consentimento válido do respectivo morador ou, então, mediante antecedente autorização judicial, vedada, em qualquer caso, a realização de buscas, a apreensão de coisas ou a alteração do estado destas; j) apreender coisas e documentos de interesse da formação da prova material, observada a restrição prevista no artigo 6º, I, do Código de Processo Penal; k) requerer a produção antecipada de prova na hipótese de injustificada recusa de comparecimento de testemunha, vítima ou imputado, nos termos da lei; l) expedir ordem de serviço a detetive particular ou outro profissional externo, contendo o detalhamento da natureza da diligência a ser realizada, a indicação dos meios para execução e a fixação de prazo para conclusão, com posterior juntada do relatório respectivo; m) coletar e acondicionar material de mídia digital, em qualquer formato, para instrução, como apenso, do inquérito defensivo, sem prejuízo de sua transcrição ou de gravação total, parcial ou sumária nesses autos; n) realizar reprodução simulada do fato criminoso, observados os imperativos de segurança e decoro da diligência; o) entranhar aos autos do inquérito defensivo e neles manter unicamente os elementos de convicção de interesse da defesa de direitos de seu constituinte.

A investigação criminal direta pelo advogado restaura a cláusula do devido processo legal ao restabelecer formalmente a paridade de armas entre acusação e defesa, aperfeiçoa a qualidade e quantidade da prova servível a múltiplos fins, extra e endoprocessuais, assim reduzindo a probabilidade de erro judiciário. Enriquece o culto às ciências afins ao Direito Penal, em especial Criminalística, Criminologia e Medicina Legal. Não tumultua, embaraça ou obstrui eventual investigação estatal ou instrução judicial pois, repita-se, destas independe e porque segue sempre um curso paralelo, sem tangenciá-las ou interceptá-las. Trata-se de modelo com sua eficácia comprovada após ampla e duradoura aplicação em países dotados de sistemas de justiça criminal bastante complexos, inexistindo razões para supor que diverso será seu desfecho no Brasil.

O avelhantado modelo de apuração criminal do “tudo pela polícia, tudo para o MP” é espectro que vaga insepulto, amparado apenas na visão estreita e ultrapassada de quem, sequestrado pela intransigência do anacronismo dogmático (que é oxímoro) ou do corporativismo estrábico (que é pleonasma) ainda não alcançou uma interpretação sistemática e atualizada do Direito, menos ainda uma compreensão veraz da Justiça. Tal postura pode ser a mais cômoda ou conveniente; jamais a correta. Investigação criminal é expressão que, doravante, deve-se aprender a conjugar no plural, pois impossível seja uníssono o que é, em sua essência, múltívoco.

Édson Luís Baldan

Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Pós-graduado em Criminologia pela Universidade de Leicester, Inglaterra.

Professor Doutor de Direito Penal da PUCSP.

ORCID: 0000-0002-4649-7775

edsonbaldan@gmail.com

Recebido em: 03.07.2019

Aprovado em: 06.08.2019

Versão final: 08.08.2019

Audiências de custódia e violência policial: comentários às recentes teses do STJ sobre prisão em flagrante

Manuela Abath Valença e Treicy Kariny Lima de Amorim

Vivemos um momento político em que grandes consensos relacionados a direitos humanos estão sendo postos em xeque e, no campo do sistema de justiça criminal, isso se reflete em retrocessos legais, político-criminais e jurisprudenciais. Capengam princípios básicos como presunção de inocência e imparcialidade; e se relativizam graves problemas como o da violência institucional, o que fica expresso, por exemplo, no Decreto Presidencial 9.831 de 2019, que exonerou os peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

Nesse contexto, as audiências de custódia merecem especial atenção, posto que lidam com dois objetivos institucionais (a redução do encarceramento provisório e o combate à violência policial) que são muitas vezes representados como incentivo à impunidade (JESUS, 2018) e privilégio de bandidos pelos setores conservadores. Por essa razão, recebemos com preocupação algumas das teses sobre prisão em flagrante publicadas, em março de 2019, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2019), que estão sensivelmente relacionadas às audiências de custódia. São elas: a) “Uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante”; b) “Realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia” e c) “Com a superveniência de decretação da prisão preventiva ficam prejudicadas as alegações de ilegalidade da segregação em flagrante, tendo em vista a formação de novo título ensejador da custódia cautelar”.

Neste artigo discutiremos cada uma delas, fazendo antes uma breve explanação sobre controle da atividade policial e as audiências de custódia.

Como sabemos, as polícias possuem um mandato, isto é, estão incumbidas de determinadas tarefas. Para **Jaqueline Muniz e Proença Jr.**, o mandato policial é “o exercício do poder coercitivo autorizado pelo respaldo da força de forma legítima e legal” (MUNIZ; PROENÇA JR., 2007, p. 38). Como organização que recebe um mandato em um regime democrático, as polícias devem ser capazes de prestar contas de seus atos, isto é, estão sujeitas ao processo de *accountability*. Neste, os agentes policiais fazem um relato de seus atos (*account*), que são, posteriormente, submetidos a um crivo de adequação ou não, tornando as polícias, assim, organizações responsabilizáveis pelos seus atos. A quem esse relato é feito e que instâncias se responsabilizam por julgar como adequadas ou não as ações policiais é uma discussão sobre modelos de controle dessa atividade (CANO, 2005).

As audiências de custódia são uma excelente oportunidade para um primeiro acesso a esse *account* e, portanto, um importantíssimo espaço para que o Ministério Público exerça o seu dever de controle externo da atividade policial e para que o Poder Judiciário vele pela aplicação das garantias constitucionais no processo. Isso porque a essas instituições são encaminhados os autos de prisão em flagrante

com a narrativa de agentes públicos (normalmente policiais militares) que efetuaram a abordagem, a detenção e o encaminhamento do custodiado a uma delegacia de polícia; e com a narrativa do próprio preso, que terá a oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos. Poucos atos processuais podem ser tão proveitosos para averiguar a legalidade da atuação policial.

Infelizmente, entretanto, pesquisas até então realizadas sobre o instituto apontam para uma conclusão desanimadora: nem sempre os atores do sistema de justiça criminal se interessam pelos relatos de tortura ou maus tratos nas audiências; ou, mesmo quando tais relatos são registrados, não há um encaminhamento sistemático de tais casos às instâncias de efetiva responsabilização (IDDD, 2016; CONECTAS, 2017).

A pesquisa realizada pela *Conectas* em audiências de custódia é bastante emblemática. De um universo inicial de 331 audiências de custódia acompanhadas por eles em 2017, em 33% dos casos o magistrado sequer questionou possível irregularidade do flagrante; desse último percentual, a Promotoria, segunda a falar na ordem ritualista, em 91% dos casos não fez quaisquer indagações sobre uma possível atuação violenta da polícia, mesmo sendo este o órgão responsável pelo controle externo da atividade policial, conforme o artigo 129, VII da Constituição Federal. Dentre os 91% do universo anterior, em que até então ninguém tocara no ponto mais sensível da audiência de custódia e, vale frisar, objetivo dorsal do instituto, em apenas 21% das audiências a defesa manifestou algum questionamento relacionado à eventual tortura por parte da polícia, sendo essa porcentagem de apenas 6% do universo inicial. Em 21 dos casos, nenhuma instituição interrogou a pessoa presa sobre a ocorrência de tortura, mesmo os custodiados apresentando marcas visíveis em seus corpos.

Isso significa que, se de um lado a audiência de custódia aposta em um momento de escuta e contato pessoal como vital à compreensão da realidade da pessoa presa e à redução de injustiças, de outro lado a situação fática evidencia uma catastrófica lacuna no sentido de punição do policial responsável pelo tratamento cruel, desumano ou degradante. Afirma-se isso tendo em vista que as intervenções realizadas pelos atores jurídicos, quando ocorrem, são não raramente objetivando naturalizar, justificar e até mesmo tornar difícil a apuração dos fatos, na medida em que as respostas negativas dos custodiados a questionamentos tal como “sabe reconhecer os agressores, nomes etc.?” , resultam em não encaminhamento dos relatos às instituições competentes para averiguar a denúncia narrada. O cenário se agrava quando a análise diz respeito ao Ministério Público, que, diante do relato de violência, intervém em apenas 20% dos casos e em 60% dessas intervenções acaba por deslegitimar a versão dos custodiados (IDDD, 2016; CONECTAS, 2017).

Considerando-se que os presos encaminhados a essas audiências são, em sua maioria, negros, é fundamental refletir a

faceta do racismo que estereotipa esses corpos como marginais, delinquentes e bandidos, e, desumanizando-os, torna impossível a compreensão deles como vítimas da violência policial. Sobre esse aspecto, **Ana Luiza Bandeira** explicita a disputa existente entre policial e custodiado pelo lugar da vítima nos casos de violência narrados em audiência. Assim, embora o plano teórico projetasse na implementação das audiências de custódia, dentre tantos outros objetivos, a missão de coibir a violência policial, na medida em que fossem punidas as torturas realizadas pelos agentes, “*na prática, no entanto, novas formas de legitimação da violência foram construídas através desse encontro, tanto nas falas quanto nos silêncios, que passaram a expressar percepções morais de quem é ‘a verdadeira’ vítima em um momento de prisão em flagrante*”. A autora aponta, para além das falas deslegitimadoras dos atores, os diversos mecanismos de silenciamento frente ao relato de tortura, de modo a construir uma “*prática de avaliação que envolve conceitos como ‘vítimas’, ‘mercimento’, ‘sofrimento’ e, principalmente, ‘violência’*” (**BANDEIRA**, 2018, p. 65). Tem-se, portanto, um sistema de justiça que reveste de legitimidade as ações ilegais do Estado, sobretudo a violação de direitos em face de uma atuação violenta da polícia, um poder desmedido, conferido e chancelado pelo Judiciário.

Soma-se a uma cultura que naturaliza e banaliza a tortura e aos entraves burocráticos um dado não menos importante: custodiados podem se sentir inibidos para relatar práticas ilícitas promovidas por policiais por uma questão de segurança individual; afinal, se soltos, voltarão aos mesmos locais em que são alvo preferencial de abordagens. Cria-se, assim, um ciclo vicioso que vulnerabiliza sobretudo a população preta e pobre (**BRASIL**, 2016, p. 45).

Romper esse ciclo demanda uma atuação responsável dos atores nas audiências, mas também uma postura do Poder Judiciário, mormente dos tribunais superiores, que tenda a anular ou invalidar atos ilícitos promovidos por agentes públicos. Aqui retornamos à análise das teses jurisprudenciais do STJ, todas elas assentadas na frágil sistemática das nulidades no processo penal brasileiro, que, em nome da teoria da instrumentalidade das formas e do princípio do prejuízo, relativizam a gravidade de atos praticados fora da legalidade e reforçam a máxima inquisitiva de um processo voltado à busca da verdade. (**BINDER**, 2003).

A primeira delas é: “*uma vez decretada a prisão preventiva, fica superada a tese de excesso de prazo na comunicação do flagrante*”, tese que, aliás, já era amplamente aceita antes da implementação das audiências e que sempre permitiu que cidadãos ficassem presos em flagrante por dias, semanas ou até meses, a despeito da redação do artigo 306, § 1º do CPP. O que não se compreende é que esse prazo não é instituído despropositadamente. Para desenvolver o argumento, remetamos a uma narrativa feita por uma pesquisa que, acompanhando audiências de custódia na comarca de Olinda-PE, informou que “*custodiado relatou que os policiais militares que o abordaram enforcaram-no e bateram várias vezes. Informou também ser capaz de reconhecer os policiais que o prenderam e agrediram. O custodiado informou não ter sido ouvido na delegacia e dissera ser obrigado por policiais a assinar papéis sem saber do que se tratavam, uma vez que não sabe ler*”. Embora não possamos afirmar que os fatos narrados pelo custodiado sejam verdadeiros ou falsos, dificilmente escapamos da constatação de que são verossimilhantes, isto é, de que são possíveis em nossa realidade.

O prazo de 24 horas entre a detenção e a audiência objetiva impedir que o cidadão fique à disposição das autoridades policiais

ou do sistema prisional por mais tempo do que o estritamente necessário para a lavratura e formalização do flagrante. Com a implementação das audiências, finalmente deu-se cumprimento à Convenção Americana de Direitos Humanos, que determina apresentação imediata do preso a uma autoridade judicial, medida que é reconhecida como um dos mecanismos fundamentais para a prevenção da prática de tortura, segundo pesquisa da Associação de Prevenção à Tortura (APT, 2016, p. 21). Sendo assim, quando relativizamos esse prazo, podemos estar dando brechas para que atuações como as narradas acima sejam ainda menos apuradas, já que o tempo é, nesse caso, fator essencial para manutenção de vestígios eventualmente deixados no corpo do custodiado.

A segunda das teses é: “*Realizada a conversão da prisão em flagrante em preventiva, fica superada a alegação de nulidade porventura existente em relação à ausência de audiência de custódia*”. Nesse ponto, ressaltamos um dos precedentes apontados no caderno de jurisprudência do tribunal como exemplo da sedimentação do entendimento. Trata-se do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 103097-MG, de relatoria do ministro Reynaldo Soares da Fonseca. A análise do acórdão nos conduziu à narrativa do policial militar que prendeu os pacientes: “*(...) que em patrulhamento, o depoente e equipe visualizaram uma motocicleta de cor vinho, e o condutor em atitude suspeita, e que, ao adentrar a rua São Conspim, o condutor (Lucas Felipe Silva, 17 anos) de imediato tenta entrar em uma residência de número 15; e ao ser dada ordem para que parasse e ficasse na posição de busca pessoal, este, bastante nervoso, colocou a motocicleta na garagem. (...) que neste momento, os militares depararam com mais dois indivíduos no fundo da residência, sendo o indivíduo Cleber Antônio Anacleto Júnior, 18 anos de idade e João Vitor Silva, 21 anos de idade; que ao ser realizada busca no interior da residência, tendo em vista os três abordados estarem com os ânimos bem exaltados, o CB Daniel localizou em cima de uma máquina de lavar (...)*”.

O flagrante foi lavrado por crimes de tráfico e associação para o tráfico de drogas e possui pelo menos dois pontos muito problemáticos, que demandariam a ocorrência da audiência de custódia a fim de verificar a licitude da atuação policial.

Como se observa, foi a atitude suspeita dos custodiados que conduziu os policiais a abordá-los, o que se reproduz em parcela considerável dos casos de tráfico de drogas no Brasil. Ocorre que tecnicamente os policiais realizaram uma busca pessoal sem mandado judicial; ora, a essa matéria, o Direito Processual Penal brasileiro dedica apenas um artigo, o 244 do CPP, cuja redação adota termos de difícil precisão semântica como “fundada suspeita”, deixando ampla margem de atuação aos policiais, o que, segundo diversas pesquisas realizadas no Brasil, reforça dinâmicas racializadoras. (**DUARTE et al**, 2014). No caso em questão, o encontro proporcionado pela audiência de custódia seria uma ótima oportunidade para mensurar se a atitude do custodiado justificava uma abordagem policial ou se esta se deu de modo abusivo.

Salta ainda aos olhos a busca realizada no interior da residência dos custodiados sem mandado judicial e sem a preocupação até mesmo de afirmar se houve ou não autorização dos moradores. Evidentemente esse aspecto precisaria ser abordado na audiência de custódia para sustentar um eventual relaxamento do flagrante o que, entretanto, não ocorreu; e que o STJ entendeu não trazer prejuízos ao processo.

Se as audiências não se estabelecem como etapa obrigatória dos procedimentos das prisões processuais, abre-se espaço para

que os atores do sistema de justiça decidam quando acham ou não conveniente a ocorrência delas; e tal abertura, como sabemos, resulta frequentemente em decisionismos e arbitrariedades.

Por fim, o STJ afirma que: “*com a superveniência de decretação da prisão preventiva ficam prejudicadas as alegações de ilegalidade da segregação em flagrante, tendo em vista a formação de novo título ensejador da custódia cautelar*”. Se a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo magistrado no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público e de delegados de polícia em qualquer fase da persecução penal, a referida tese é realmente problemática?

A resposta é sim; e o perigo está em desconsiderar as razões da ilegalidade do flagrante. Vamos a um exemplo baseado no caso acima citado: se policiais adentram uma residência sem autorização judicial e sem anuência dos moradores, e dentro apreendem uma certa quantidade de drogas, poderíamos alegar a nulidade do flagrante, decorrente da violação domiciliar. Mas poderia o juiz decretar a preventiva? Para o STJ, sim, porque a prisão preventiva advém de um novo título. O que não se considera, entretanto, é que em casos assim o *fumus comissi delicti* está assentado em bases ilícitas, isto é, a prova da materialidade delitiva, imprescindível à decretação da cautelar nos termos do artigo 312 do CPP, é ilegal. Sendo assim, nem sempre será possível tratar em separado as situações ilegais de flagrante e decretos de prisão preventiva considerando estes últimos simplesmente como “novos títulos”.

Em síntese, essas teses sinalizam para uma errônea compreensão sobre as audiências e seus objetivos institucionais e, a um só tempo, ignoram a Convenção Americana de Direitos Humanos, relativizam a importância do princípio da oralidade, ignoram o papel do Poder Judiciário de proteção de direitos fundamentais e, sobretudo, tornam inócuas as narrativas frequentes de prisões em flagrante realizadas à margem da legalidade.

Referências

- ASSOCIAÇÃO DE PREVENÇÃO À TORTURA. *Sim, a prevenção à tortura funciona*: perspectivas de uma pesquisa global sobre os 30 anos da prevenção à tortura. 2016.
- BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. *Audiências de custódia*: percepções morais sobre violência policial e quem é vítima. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, 2018.
- BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais*: elementos para uma

crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- BRASIL. Ministério da Justiça. *Audiências de custódia e prevenção à tortura*: análise das práticas institucionais e recomendação de aprimoramento. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/audiencias-de-custodia-e-prevencao-a-tortura-analise-das-praticas-institucionais-e-recomendacao-de-aprimoramento.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em teses*. Edição n. 120: da prisão em flagrante. 2019.
- CANO, Ignácio. *Controle de polícia no Brasil*. Haia: Altus, 2005. Disponível em: <www.soudapaz.org/upload/pdf/textocanoppc.pdf>.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Tortura blindada*. 2017.
- DUARTE, E. C. P.; MURARO, M.; LACERDA, M.; DEUS GARCIA, Rafael de. Quem é o suspeito do crime de tráfico de droga? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficantes pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: FIGUEIREDO, I. S. de; BAPTISTA, G. C.; LIMA, C. do S. (org.). *Pensando a segurança pública e direitos humanos*: temas transversais. v. 5. Brasília: Ministério da Justiça (SENASP), 2014. p. 81-120.
- IDDD. *Audiências de Custódia – Panorama Nacional*. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-deCustodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2019
- JESUS, Maria Gorete Marques de. “A gente prende, a audiência de custódia solta”: narrativas policiais sobre as audiências de custódia e a crença na prisão. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v.12, n.1, p. 152-172, fev./mar. 2018.
- MUNIZ, J.; PROENÇA JÚNIOR. Da accountability seletiva à plena responsabilidade policial. In: CARUSO, H.; MUNIZ, J. O.; BLANCO, A. C. C. (orgs.). *Polícia, estado e sociedade*: saberes e práticas latino-americanos. Rio de Janeiro: Publit, 2007b. p. 21-73. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/242280030_DA_ACCOUNTABILITY_SELETIVA_A_PLENA_RESPONSABILIDADE_POLICIAL1>. Acesso em: 03 jun. 2019.

Manuela Abath Valença

Doutora em Direito pela UnB. Professora da graduação e do programa de pós-graduação em Direito da UFPE e da graduação da Unicap. Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

ORCID: 0000-0002-7292-4232

manuelaabath@gmail.com

Treicy Kariny Lima de Amorim

Graduanda em Direito pela Unicap. Pesquisadora Bolsista do Grupo Asa Branca de Criminologia.

ORCID: 0000-0001-8870-2899

treicyamorim@gmail.com

Recebido em: 11.07.2019

Aprovado em: 31.07.2019

Versão final: 09.08.2019

A aplicação do *in dubio pro societate* nos feitos cíveis e criminais e o (des)prestígio à presunção de inocência

Paulo Thiago Fernandes Dias e Sara Alacoque Guerra Zaghlout

O estudo do Direito Processual Penal, apartado das suas questões principiológicas, históricas, políticas, filosóficas e antropológicas que lhes são inerentes, tende à aplicação de um modelo de processo penal incompatível com o desenho traçado pela Constituição da República, fundado no respeito à presunção de inocência, à

dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais. Se compreendido à luz da Constituição, fala-se de um processo penal não autoritário, que não trate a prisão da pessoa processada como regra, nem a aplicação de pena como fim principal desse ramo do Direito.

Nesse diapasão, imperioso se demonstra o estudo (crítico) da aplicação (expansiva) do *in dubio pro societate* ou *in dubio contra reum* por parcela da doutrina e pelos Tribunais Superiores, em que pese a indiscutível incompatibilidade dessa regra com o Direito Processual Penal consagrado pela Constituição da República, também em feitos de natureza cível, destacadamente os que discutem a responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

Ao se propor uma releitura do processo penal nos termos dos princípios consagrados pela Carta Maior, busca-se conter uma espécie de metástase do *in dubio pro societate*. Explica-se. A aplicação ou não dessa regra sempre se fez presente nas discussões afetas à primeira etapa do procedimento do Tribunal do Júri, notadamente no que tange ao proferimento da decisão de pronúncia.⁽¹⁾ Com o passar dos anos, verificou-se a utilização dessa regra também em sede de recebimento de denúncias, nos mais variados procedimentos processuais penais, ainda que em flagrante violação ao dever de fundamentação das decisões judiciais.⁽²⁾

Levando em conta a atuação do Superior Tribunal de Justiça, órgão jurisdicional criado pela própria Constituição da República, verifica-se que o *in dubio pro societate* vem sendo utilizado como regra legítima para fins interpretativos, tantos em feitos criminais, quanto cíveis, malgrado sua insuperável inconstitucionalidade.

O dito acima restou comprovado através da análise da quantidade de acórdãos proferidos pelo STJ com base no *in dubio pro societate*. Dentre 29 feitos criminais, em 23 o Superior Tribunal de Justiça determinou a incidência do *in dubio pro societate*.⁽³⁾ Ocorre que o *in dubio pro societate* também ganhou aplicação no âmbito de feitos cíveis. Até o fechamento deste texto, somente em 2019, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a incidência do *in dubio pro societate* em 13 processos instaurados no julgamento de casos cíveis, especialmente as ações de improbidade administrativa.⁽⁴⁾

Esses dados demonstram considerável resistência à constitucionalização do processo penal brasileiro, notadamente a partir do desprestígio conferido ao princípio da presunção de inocência, enquanto inequívoco pilar de sustentação da democraticidade⁽⁵⁾ do arquétipo de processo penal consagrado pela Constituição Federal. Acertadamente, **Gloeckner e Lopes Junior** definem a presunção de inocência “*como conector político*”.⁽⁶⁾

Nesse diapasão, a situação jurídica do acusado é a de inocente durante toda a persecução penal. Esse tratamento conferido à pessoa acusada da prática de um crime se dá de forma precedente, isto é, trata-se de concepção já edificada em normas de cunho constitucional e internacional sobre Direitos Humanos. Essa condição jurídica de inocente se esvai a partir do momento em que o decreto condenatório se torna imodificável.⁽⁷⁾

Valiosa doutrina acentua que a presunção de inocência se concretiza em três dimensões distintas: enquanto regra de tratamento, regra de Estado e regra de juízo.⁽⁸⁾ Já **Zanoide de Moraes** observa três significados da aplicação prática do princípio da presunção de inocência, quais sejam: norma de tratamento (deve-se evitar o não tratamento do acusado como inocente até o advento ou não do trânsito em julgado da condenação), norma probatória (relacionada à carga probatória: fixando o sujeito, o objeto e o modo probatórios) e norma de juízo (uma vez já colhido o material probatório e em caso de sua insuficiência, o magistrado deve absolver o acusado).⁽⁹⁾

A presunção de inocência determina ainda “[...] que qualquer mudança numa situação jurídica está condicionada pela manifestação das partes nela envolvidas e, sendo assim, o ônus da prova cabe a quem alega o feito”.⁽¹⁰⁾

No tocante aos feitos de improbidade administrativa, o que justifica a desidratação da presunção de inocência, mediante a inversão do ônus da prova contra a pessoa processada? Não há qualquer fundamento normativo que afaste a incidência da presunção de inocência em sede de processos deflagrados para a apuração de atos de improbidade administrativa, não sendo sustentável falar-se em inversão do ônus da prova. Esta afirmação ganha relevo com o disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, que exige o trânsito em julgado da condenação para o início dos efeitos relacionados às sanções de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. A presunção de inocência (e o *in dubio pro reo*), portanto, não é de observância restrita aos casos processuais penais.

Com esses apontamentos sobre as dimensões da presunção de inocência, faz-se relevante comentar acerca da matriz genética do *in dubio pro societate*, não com vistas à adjetivação negativa pessoas ou órgãos jurisdicionais, que defendem a compatibilidade dessa regra com o enquadramento constitucional brasileiro. Mas para que se reafirme a natureza autoritária do *in dubio pro societate*.

Essencialmente oposto ao *in dubio pro reo*, o *in dubio contra reum*, mais conhecido e utilizado no Brasil pela expressão de igual sentido, qual seja *in dubio pro societate*, possuía ampla vinculação ideológica com o Direito Processual Penal do III Reich, calcado na negação da presunção de inocência.⁽¹¹⁾

Jose Guarneri, mesmo contrário a qualquer espécie de presunção em sede de processo penal, rende críticas justificáveis ao *in dubio pro societate*, regra decorrente do princípio que presume a culpabilidade de alguém a partir do momento em que passa a ser formalmente acusada da prática de crime pelo Estado. O *in dubio pro societate* configura uma “*doctrina aberrante y contraria al buen sentido que trata de superar la imposibilidad de pronunciar una condena, proponiendo que se condene igualmente en el pretendido interés de la sociedad*”.⁽¹²⁾

Ainda que já fosse sensível reconhecer o autoritarismo processual penal brasileiro antes da entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1941, este Diploma, inspirado em parte no Estatuto processual penal da Itália Fascista⁽¹³⁾, acolheu a regra do *in dubio contra reum*, porém com o sinônimo, quase que eufemístico, do *in dubio pro societate*.⁽¹⁴⁾ Não por acaso, observa-se que “*o recurso linguístico encontrado para ocultar o sentido da inversão ideológica da presunção de inocência consistiu na adoção da máxima in dubio pro societate, que operou como ‘fachada linguística’*”.⁽¹⁵⁾

Enquanto manifestação pura de autoritarismo,⁽¹⁶⁾ a regra do *in dubio pro societate*, além do direito nazista, moldou ideologicamente também a Santa Inquisição,⁽¹⁷⁾ o processo penal fascista italiano,⁽¹⁸⁾ servindo ainda, como dito alhures, de espinha dorsal ideológica para o diploma processual penal implantado durante o Estado Novo no Brasil (1937-1945). Refere-se ao Código de Processo Penal, ainda vigente, na sua essência, inclusive após a promulgação da Constituição de 1988, da ratificação de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos e de passar por reformas tópicas. Conforme a Exposição de Motivos desse Código, o processo penal perdia a natureza de mecanismo de proteção de

direitos fundamentais em face da atuação do Estado, pois, para o então Ministro da Justiça, “*urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum*”.⁽¹⁹⁾

Reportando-se ao Direito Processual Penal fascista, **Vincenzo Manzini** destaca que a real função do processo penal é de natureza punitiva, repressiva, não havendo espaço para a tutela da presunção de inocência, reforçando que a prova da prática do delito pode ser obtida através de iniciativa probatória do órgão julgador. Assim, “[...] *el interés fundamental que determina el proceso penal, es el de llegar a la punibilidad del culpable, [...]; no ya el interés de llegar a la proclamación de la inocencia o de la moralidad del inculpado*”.⁽²⁰⁾ Somente nesse contexto, de instrumentalização autoritária do processo penal para fins repressivos, é que se concebe a aplicação da regra do *in dubio pro societate*. Não por acaso, acentua-se que o desprezo em face da presunção de inocência e a gestão da prova nas mãos do juiz são duas das principais influências fascistas ainda presentes no Direito Processual Penal brasileiro.⁽²¹⁾

Conceber o processo penal através das bases democráticas, humanísticas e constitucionais significa avançar no enfrentamento das questões afetas à solução das causas criminais, bem como não retroceder nas conquistas civilizacionais duramente obtidas, após a superação de regimes políticos flagrantemente autoritários. O desapareço à presunção de inocência, inicialmente restrito ao Direito Processual Penal, mas agora presente nos casos de improbidade administrativa, lança luzes para o longo caminho que ainda precisa ser percorrido, para que se possa falar em Estado Democrático e Constitucional de Direito no Brasil.

Notas

- (1) DIAS, Paulo Thiago Fernandes Dias. *A decisão de pronúncia com base no in dubio pro societate*. Florianópolis: EMais editora, 2018.
- (2) DIAS, Paulo Thiago Fernandes de; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A máxima do in dubio pro societate e a violação ao dever de motivação das decisões judiciais. In: GIACOMOLLI, Nereu José et al (org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. v. 2. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- (3) A pesquisa se deu através do sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. No campo referente à pesquisa livre de jurisprudência, inseriram-se os seguintes termos “*in dubio pro societate*”. Tomou-se o cuidado de conferir se o teor das ementas possuía equivalência em relação ao conteúdo dos votos vencedores dos respectivos acórdãos. Assim, considerando-se apenas os acórdãos publicados em 2019, até o encerramento deste artigo, 46 julgados foram destacados pelo sistema de pesquisa virtual do Tribunal, dos quais 29 eram de natureza criminal. Desse universo de 29 feitos criminais, em 23 o Superior Tribunal de Justiça aplicou o *in dubio pro societate* nos seguintes julgados: RHC 111799/MS; RHC 102252/SP; RHC 93154/SC; RHC 92649 (Acórdão); RHC 102128 (Acórdão); AgRg no AREsp 1336744 (Acórdão); RHC 109737 (Acórdão); HC 430386 (Acórdão); AgRg no AREsp 1257276 (Acórdão); AgRg no AREsp 1363973 (Acórdão); RHC 102919 (Acórdão); AgRg no AREsp 1280071 (Acórdão); AgRg no REsp 1730559 (Acórdão); HC 371534 (Acórdão); AgRg no REsp 1790603 (Acórdão); RHC 90109 (Acórdão); AgRg no AREsp 1276888 (Acórdão); RHC 108054 (Acórdão); RHC 107484 (Acórdão); HC 416625 (Acórdão); RHC 99543 (Acórdão); RHC 91358 (Acórdão); RHC 77836 (Acórdão).
- (4) Seguindo-se o método de pesquisa exposto na nota anterior, verificou-se que, dos 46 julgados destacados pelo sistema de pesquisa virtual do Tribunal, 17 eram cíveis. Destes, em 13, o Tribunal da Cidadania decidiu pela aplicação do *in dubio pro societate* nos seguintes julgados: AgInt no REsp 1728650/SP; AgInt no AREsp 985406 (Acórdão); REsp 1789492 (Acórdão); AgInt no AREsp 1336433 (Acórdão); AgInt no AREsp 1371873 (Acórdão); AgInt no AREsp 1362803 (Acórdão); REsp 1792294 (Acórdão); AgInt no AREsp 1305372; AgInt no AREsp 1308103 (Acórdão); AgInt no AREsp 1149211 (Acórdão); AgInt nos EDv nos EREsp 1428945 (Acórdão); AgInt no REsp 1746718 (Acórdão); AgInt no REsp 1742600 (Acórdão).
- (5) No sentido empregado por Rui Cunha Martins, isto é, um processo penal democrático é o oposto de inquisitivo e mais complexo que o acusatório.

- MARTINS, Rui Cunha. O mapeamento processual da verdade. In: PRADO, Geraldo et al (orgs.). *Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2002. p. 80-81.
- (6) LOPES JUNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. São Paulo: Saraiva, VitalSource Bookshelf Online, 2014. p. 74.
 - (7) KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e direito à defesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 4. Coleção Escritos sobre a Liberdade. v. 5.
 - (8) CASARA, Rubens R. R. *Processo penal do espetáculo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 32/34.
 - (9) MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 424 e ss.
 - (10) SILVA, Monica Paraguassu Correia da. *Presunção de Inocência*. Niterói: Editora da UFF, 2011, p. 63.
 - (11) FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 75.
 - (12) GUARNERI, Jose. *Las partes en el proceso penal*. Puebla, Pue, Mex.: Editorial Jose M. Cajica Jr., 1954. p. 306.
 - (13) O termo fascismo é entendido neste trabalho para designar o “[...] movimento chauvinista, antiliberal, antidemocrático, antissocialista, antioperário” (KONDER, Leandro. *Introdução ao Fascismo*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009, p. 53), surgido inicialmente na Itália após os eventos da I Guerra Mundial.
 - (14) Por possuírem a mesma essência, esta pesquisa também tratará o *in dubio contra reum* ou *pro societate* como expressões sinônimas.
 - (15) PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 29.
 - (16) Com apoio na doutrina de Bobbio, há que se compreender o vernáculo “autoritarismo”, substantivo do adjetivo “autoritário”. Para tanto, esse autor propõe três perspectivas: a) Quanto à estrutura dos sistemas políticos, fala-se dos regimes concentrados numa só pessoa ou órgão e em que há redução ou eliminação do consenso; b) Quanto às questões psicológicas sobre o poder, o autor se detém sobre a personalidade autoritária, que se forma pela submissão de uns e pela arrogância do ser autoritário; c) Quanto às ideologias políticas, concepção adotada neste texto, tem-se a negação à igualdade entre as pessoas e no reforço à superioridade hierárquica, somadas à valorização de regimes autoritários e de aspectos componentes da personalidade autoritária, BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. v. 1. Brasília: Editora UnB, 1998. p. 94.
 - (17) EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993. p. 122
 - (18) KHALED JR, Salah H. Me ne frego: a presunção de inocência apunhalada pelo STF. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 281, v. 24, p. 05-07, 2016. p. 05.
 - (19) BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. 2. ed. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 597.
 - (20) MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951. p. 250.
 - (21) AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 62, p. 85-115, jan./jun. 2013.

Paulo Thiago Fernandes Dias

Doutorando em Direito Público pela UNISINOS.

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor da graduação em Direito do CEUMA e da UNISULMA-IESMA. Advogado.

ORCID: 0000-0002-8300-6410

paulothiagofernandes@hotmail.com

Sara Alacoque Guerra Zaghlout

Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS (bolsista

CAPES). Mestra em Ciências Criminais pela PUCRS.

Pós-graduada em Processo Penal pela

Faculdade Anhanguera. Advogada.

ORCID: 0000-0003-2076-3286

sah.alacoque@hotmail.com

Recebido em: 10.07.2019

Aprovado em: 06.08.2019

Versão final: 09.08.2019

| EIXO 2: Delitos econômicos e corrupção: novas abordagens

Subsidiariedade do sistema penal e corrupção

Marina Pinhão Coelho Araújo

A diminuição dos índices de corrupção no Brasil não é tarefa única do sistema penal. Ela deve ser o resultado de um conjunto de políticas públicas e de engajamento da população civil na transformação da cultura nacional. Não existe um único herói nesse cenário, mas uma nação de pessoas dispostas à mudança.

Não raras vezes impõe-se ao sistema jurídico-penal a tarefa de construir novos marcos culturais da sociedade brasileira. Para os crimes contra a administração pública, tal encaminhamento tem sido cada vez mais evidente. Não só no âmbito de proibição da norma, como também nos instrumentos utilizados para a persecução penal, é manifesta a expansão do modelo penal como política pública simbólica e pouco efetiva.

O fenômeno não é novo. Apesar de o Direito Penal estar construído sobre as bases racionais de uma estrutura subsidiária em relação aos outros ramos do direito – já que é a intervenção mais grave na esfera individual do cidadão –, muitas vezes o Estado lança mão da violência institucionalizada para estabelecer novos padrões de conduta e novas posturas ideológicas.

Tal panorama de desequilíbrio e inadequação de meios é nítido em relação ao delito de corrupção, que é apresentado como o grande vilão da sociedade brasileira. O Prof. **Luciano Anderson de Souza** destaca o elemento midiático neste espetáculo pseudo-jurídico: *“Some-se a isso uma considerável e significativa verdadeira ‘cruzada midiática’ normalmente identificada como ‘combate à corrupção’ ou ‘luta contra a corrupção’, que leva a uma atuação ainda mais recrudescida das instâncias de controle, como o que identificaríamos como ponto culminante as chamadas grandes operações policiais e grandes julgamentos (...)”*.⁽¹⁾

É preciso repensar e desconstruir esse modelo expansionista, já que ele, além de não produzir os resultados esperados, banaliza a resposta institucional e na grande maioria dos casos, há uma desproporção entre meios e finalidade.

Aqui, a ideia de subsidiariedade penal, no seu espectro de meta-regra,⁽²⁾ pode representar um importante auxílio, constituindo-se de critério inarredável para a tomada de decisão político-criminal, seja na instituição ou alteração dos tipos penais, seja no desenvolvimento de instrumentos de persecução penal adequados à resposta penal, isto é, respostas institucionais e de fato efetivas.

Como meta-regra, a subsidiariedade impõe o sopesamento entre os instrumentos disponíveis ao legislador e a necessidade de recorrer à intervenção penal apenas nos casos em for indispensável e, de fato, mais efetiva. É imperioso que, ao lado das medidas penais e processuais penais, outras políticas públicas sejam desenhadas e implementadas.

Em relação aos tipos penais de corrupção, a decisão político-criminal de tipificação de corrupção ativa e corrupção passiva como tipos amplos e genéricos, sem diferenciação de condutas, a possibilitar extensa moldura proibitiva é extremamente prejudicial para a aplicação do Direito Penal, que sempre deve estar restrito ao núcleo de condutas que efetivamente demandam a mais grave intervenção do Estado na esfera individual.

Exemplifiquemos com o tipo penal de corrupção ativa. Ele permite a imputação de condutas absolutamente díspares – desde o oferecimento de uma nota de R\$ 50 a um guarda rodoviário para

evitar uma multa por excesso de velocidade até a estruturação de um esquema de financiamento de campanhas eleitorais, ou ainda a compra de votos para a aprovação de determinada lei no Parlamento nacional. O desvalor das condutas perpetradas é acintosamente diferente e, mesmo assim, estão subsumidas na mesma norma penal, aplicando-se a pena entre 2 e 12 anos de reclusão.

Tivesse o legislador sopesado e diferenciado com maior precisão as condutas sob o critério da lesividade social, possibilitaria uma aplicação do sistema penal mais certa, redundando em maior efetividade.

Além dos tipos penais, a subsidiariedade do Direito Penal deve conduzir o olhar legislador para outras normas que interferem diretamente nos níveis de corrupção do País. Por exemplo, o deficiente sistema legal de concorrência pública. É nítido que muitos processos penais envolvendo escândalos de corrupção estão relacionados a contratações públicas deficitárias. Ao analisar tais processos, é evidente que uma maior transparência e uma maior modernização das regras de concorrência teriam o condão de evitar muitas das condutas investigadas. As modernas estruturas de controle e de solução de conflitos de interesses nesses processos licitatórios não são sequer consideradas pela nossa legislação.

Por outro lado, durante o desenvolvimento dos processos que compõem a Operação Lava-Jato percebeu-se que a deficiência de controle e estruturação das regras de doação eleitoral no país, e a pouca transparência dos partidos políticos incrementam o risco de condutas indesejadas, especialmente a corrupção.

O mesmo vale para a governança corporativa nas empresas públicas nacionais. As regras para indicação de gestores e a transparência dos processos decisórios nos principais cargos dessas estruturas contribuíram para um ambiente muito menos propício a atos de corrupção e fraude ao patrimônio público.

A meta-regra da subsidiariedade leva também a um olhar cuidadoso sobre as normas processuais. Quando não apenas se estipulam, mas se aplicam corriqueiramente, como se não requeressem circunstâncias ímpares para sua incidência, normas processuais penais excepcionais – como prisão cautelar, sequestro e arresto de bens e a constrição patrimonial –, é sinal de que a subsidiariedade foi abandonada como vetor a impor o menor grau de intervenção na intimidade e privacidade do cidadão, na medida do estritamente necessário à investigação e persecução penal.

Vale mencionar o abuso da legislação – e das decisões judiciais – no que se refere à constrição de patrimônio dos investigados e acusados. Ao longo dos processos com duração de anos, o patrimônio dos investigados fica radicalmente indisponível, com graves danos à vida e ao desenvolvimento das pessoas, mesmo nos casos em que parte do patrimônio não tem nenhum vínculo com a atividade ilícita. Essa tendência é muito forte, mesmo claramente inconstitucional, sendo uma das alterações legislativas propostas no Pacote Anticrime do Ministério da Justiça a previsão para o confisco de patrimônio além dos produtos ilícitos do crime.

A insistência em “*combater a corrupção*” apenas com processos penais e prisões é reduzir a discussão à retórica. Mais do que produzir mudanças reais, o sistema penal é pervertido para fins populistas e eleitoreiros.

Como política pública para reduzir os níveis de corrupção no País, além da readequação dos tipos penais e dos instrumentos processuais penais, deve-se incluir a estruturação de mecanismos de disseminação de cultura e de novas práticas, com vistas a adequar o padrão de comportamento dos cidadãos e das empresas à realidade do mundo contemporâneo. É impossível reduzir a corrupção sem uma análise realista dos seus principais focos de corrupção. Só assim a legislação poderá ser efetiva para minimizar tais riscos.

Nesse cenário, a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) é um alento, ao prever, por exemplo, programas de integridade como critério para diminuição da pena da empresa investigada. Sem tornar obrigatório o programa de autorregulação, a norma indica a importância desses mecanismos. A experiência mostra que, mais do que simplesmente punir, instrumentos de gestão profissional, buscando eliminar conflitos de interesses e desestimular condutas indesejadas, podem ser determinantes para um ambiente empresarial e público mais ético, mais íntegro e conforme à legislação.

Esses mecanismos de controle, implementados com efetividade pelos gestores, também serão considerados na aferição da responsabilidade dos administradores, em sua perspectiva de omissão imprópria. É decisivo para o ambiente de negócios o estímulo a agir pessoalmente, sem se omitir.

Mais do que aumentar penas, é essencial, portanto, a desconstrução do modo de organização social baseado em atos de corrupção e de confusão entre público e privado. Tal movimento não pode prescindir da alteração da cultura e dos paradigmas sociais, com a construção

de políticas públicas claras, que vão muito além do Código Penal e Processual Penal. O sistema penal é parte integrante – e indispensável – dessa reestruturação, mas utilizá-lo como resposta estatal exclusiva conduz necessariamente à frustração. Simplesmente os resultados pretendidos não são alcançados.

A transformação da realidade social brasileira e a construção de um marco para a minimização dos índices de corrupção do País são tarefas de toda a sociedade e de todos os seus cidadãos. Esquecer a subsidiariedade do sistema jurídico-penal não é apenas um caminho para normalizar abusos. É fazer com que tudo permaneça precisamente como está.

Notas

- (1) SOUZA, Luciano Anderson. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. p. 29
- (2) Neste Nesse sentido, SANCHES-OSTIZ, Pablo. Sobre la aspiración a un derecho penal subsidiario: en qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales? *Cuadernos de Política Criminal*. Numero n. 11, II, época II, p. 37-67, diciembre 2013, pp.37-67.

Marina Pinhão Coelho Araújo
Doutora em Direito Penal pela USP. Advogada.
ORCID: 0000-0002-9412-9838
marina@cazadvogados.com

Recebido em: 07.08.2019

Aprovado em: 07.08.2019

Versão final: 08.08.2019

A departamentalização das funções diretivas como parâmetro de responsabilização criminal dos dirigentes das sociedades anônimas e limitadas

Paulo Henrique Guilman Tanizawa, Rafael Fernandes Caldeirão e
Andre Po Sheng Yu

A Teoria Geral da Administração projeta o desenho departamental de uma entidade corporativa como a seara responsável por confeccionar a dinâmica de organização dos departamentos da empresa, no afã de promover a execução das tarefas funcionais designadas a cada repartição da companhia (CHIAVENATO, 1982, p. 315). A implementação do referido esboço departamental calca-se em um fenômeno intitulado “diferenciação”, que, por sua vez, se desenvolverá em dois aspectos, quais sejam: i) a *diferenciação vertical*, a qual se dá a partir da instituição de uma roupagem hierárquica entre os estabelecimentos corporativos (filiais e matriz) e a própria cadeia escalar da corporação (hierarquia *stricto sensu*), ao passo que a ii) *diferenciação horizontal* tem o intento de capilarizar as atividades exercidas por uma determinada plataforma hierárquica da companhia, isto é, ocorre o processo de especialização entre parcelas temáticas do mesmo nível da empresa, que receberão a alcunha de “departamentos” (CHIAVENATO, 1982, p. 315-316).

À vista disso, entende-se como “departamento” o segmento destinado a um administrador, que, no plano diretivo, será denominado “Diretor”, a quem se delega a autoridade para desempenhar as atividades diretivas do respectivo departamento (CHIAVENATO, 1982, p. 315). Como se

verá adiante, o diretor avocará a posição de *garante* (artigo 13, § 2º, do Código Penal) acerca das condutas perpetradas pelo departamento por ele conduzido (ESTELLITA, 2017, p. 61). Ademais, faz-se necessário salientar que esse processo de *diferenciação horizontal* por meio de “departamentos” congrega a possibilidade de sua implementação a partir de seis modelos, compreendendo-os: i) a departamentalização por funções, ii) a departamentalização por produtos e serviços, iii) a departamentalização por base territorial, iv) a departamentalização por *stakeholders*,⁽¹⁾ v) a departamentalização por processo e vi) a departamentalização por projeto (CHIAVENATO, 1982, p. 318).

No desenho departamental por funções há alocação das atividades e tarefas que comungam de um eixo funcional, de modo que a *departamentalização por funções* acaba por viabilizar a diferenciação, de maneira lógica e temática, das funções exercidas pela diretoria no intuito de concentrar a especialização ocupacional da cúpula da companhia em um dirigente que comandará setores como finanças, recursos humanos, produção e a própria presidência (CHIAVENATO, 1982, p. 318). Trata-se, portanto, de uma espécie de divisão horizontal de funções, que limitam o controle de monitoramento exercido, por cada diretor, ao seu respectivo departamento.

Com isso, instaurando a delegação das pastas diretivas entre os integrantes da cúpula corporativa, está-se diante de uma pulverização da posição geral de garantidor dos bens jurídicos alvos de eventuais danos provindos de ações ou omissões da companhia (*outputs* lesivos). Por conseguinte, cada dirigente possuiria uma relação de causalidade e de garante com os bens e com as *fontes de perigo* dos bens jurídicos estritamente vinculados às atividades do respectivo departamento cuja condução lhe fora designada, carregando-lhe, nessa ocasião, o *dever especial de intervenção* para proteger e mitigar os referidos perigos (ESTELLITA, 2017, p. 61).

Ao tratar sobre as dimensões de lesão do bem jurídico monitorado, à luz do *dever especial de intervenção*, pelo diretor do departamento, deve-se, *prima facie*, levar em consideração aquilo que SCHÜNEMANN (2018) cognominou, para legitimar referido *dever*, de “*princípios da relação meio-fim*”, na qual o “meio” se refere à prevenção geral ameaçadora atribuída a qualquer sujeito, à medida que o “fim” se destina aos agentes que “*dominam o acontecimento que leva à lesão do bem jurídico*” (SCHÜNEMANN, 2018, p. 76; GRECO, 2018, p. 29), ou seja, o dirigente portador de poderes diretivos e de dever de agir.

Diante disso, quando outorgado ao dirigente o *dever especial de intervenção*, a omissão para obstar a violação do bem jurídico equiparar-se-ia ao agir típico da conduta monitorada, uma vez que o agente deveria evitar a lesão devido ao domínio das *fontes de perigo* do bem jurídico. Tal equiparação entre o desvalor e a ação do agente será pautada no “*domínio sobre o fundamento do resultado*”, compreendendo este denominador como o *domínio de vigilância* imposto ao dirigente, sendo que esse *domínio* se manifestará em dois aspectos, quais sejam: i) o *poder de direção e informação* exercido, por intermédio do *dever de vigilância* (*Aufsuchtspflichten*), sobre os subordinados do departamento dirigido pelo garante, e a ii) *custódia fática* de objetos de propriedade da companhia vinculados às atividades do departamento dirigido pelo garante, cujo dever chancelado nesta faceta será o de *asseguramento* (*Verkehrspflichten*) dos efeitos colaterais provenientes do aludido *objeto* provocador de *perigo* (ESTELLITA, 2017, p. 61-62).

Vê-se, a partir da *divisionalização das funções diretivas*, que se afasta o modelo de mera *gestão geral da empresa*, ou seja, aquele agenciamento comum (entre os dirigentes da entidade corporativa) das *fontes de perigo* provenientes de todos os bens jurídicos envolvidos na atividade econômica da empresa, designando-se-lhes, nessa hipótese, o *dever de vigilância* recíproca. Em linhas gerais, a *gestão geral* acarretaria na administração comum das *fontes de perigo* por todos os diretores que deveriam, cumulativamente, monitorar as decisões tomadas por todos os integrantes do plano diretivo (ESTELLITA, 2017, p. 177).

Ao efetivar o modelo de *departamentalização funcional*, os integrantes da direção da companhia não adquiririam o *dever de vigilância* mútua acerca das condutas criminalmente relevantes perpetradas por outro(s) membro(s) da cúpula diretiva, posto que ocorreria, como aventado anteriormente, a distribuição das *fontes de perigo* entre os dirigentes da companhia e seus respectivos departamentos.

Portanto, a responsabilização criminal de cada diretor se calará nas atribuições estatutárias de seu exercício funcional (ESTELLITA, 2017, p. 177). Delineada a esfera de atuação departamental do dirigente no estatuto ou contrato social da companhia, não subsiste o *dever de intervenção* do diretor nos casos de agenciamento perigoso (*Reckless*) de bens jurídicos pertencentes a outro departamento cuja a direção não lhe fora conferida.

Constata-se que a mera posição hierárquica do dirigente no plano diretivo da atividade empresarial não enseja participação presumida em suposta organização criminosa instalada no organismo corporativo, bem como em crimes conexos à estrutura macrocriminal perpetrados por outros membros da cúpula diretiva. Ao atribuir responsabilização criminal meramente às posições dos integrantes da cúpula diretiva estaria a persecução estatal descambando em uma “*personalização*” da prática punitiva, opondo-se, portanto, à estrutura ontológica que legítima o Direito Penal (ESTELLITA, 2017, p. 60). Assim, o dirigente só poderá ser acusado de participação de atos delitivos perpetrados pelo autor direto, caso descortine a relação entre o fato punível perpetrado por este com as atividades daquele.

Referências

- CHIAVENATO, Idalberto. *Administração de empresas: uma abordagem contingencial*. São Paulo: McGraw Hill do Brasil, 1982.
- ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- GRECO, Luís; LEITE, Alaf; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto. *Autoria como domínio do fato: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- ROQUE, Pamela Romeu. *Governança corporativa de bancos e a crise financeira mundial: análise comparativa de fontes do cenário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.
- ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2014
- SCHÜNEMANN, Bernd. Ensaio sobre os conceitos de crime e pena e de bem jurídico e do delito. In.: _____. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

Notas

- (1) A Governança Corporativa de orientação *stakeholder* projeta como objetivo da companhia a construção de prognoses de atuação corporativa no mercado visando atender aos interesses dos grupos, direta ou indiretamente, afetados pelas decisões do negócio. Tradicionalmente, esse universo de *stakeholders* alberga: os acionistas, os empregados, os clientes, os administradores, os fornecedores e até a comunidade na qual a companhia atua. ROQUE, Pamela Roque. *Governança corporativa de bancos e a crise financeira mundial: análise comparativa de fontes do cenário brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 34-35. Ainda no mesmo sentido, *vide*: ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. *Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 111.

Paulo Henrique Guilman Tanizawa

Doutorando em Direito pela PUCSP. Mestre em Direito Negocial pela UEL. Professor de Direito da PUCPR. Advogado.
ORCID: 0000-0002-7385-300x
paulohenrique.guilmant@gmail.com

Rafael Fernandes Caldeirão

Pós-graduando em Direito Penal Econômico e Processo Penal pela PUCPR. Bacharel em Direito pela PUCPR. Advogado.
ORCID: 0000-0003-3776-2730
rafael.c.puc@hotmail.com.br

Andre Po Sheng Yu

Graduando em Direito pela PUCPR. Estagiário da Defensoria Pública do Paraná.
ORCID: 0000-0002-9601-8955
poshengyu@gmail.com

Recebido em: 09.07.2019

Aprovado em: 05.08.2019

Versão final: 08.08.2019

Considerações acerca da política criminal comunitária europeia sobre o delito de corrupção privada e o interesse penalmente tutelado por ele

Guilherme Siqueira Vieira

As modalidades delitivas associadas às práticas corruptivas são objeto constante de estudos acadêmicos e formulações legislativas, seja no seu aspecto penal, seja nas pesquisas e medidas econômicas, administrativas e políticas. Tais abordagens não se restringem ao cenário nacional, sendo igualmente pujante nas últimas décadas o movimento internacional – não isento de críticas, considerando o desnecessário agigantamento do Direito Penal como tentativa de suprir a carência de políticas públicas e a própria ética administrativa e empresarial – para uma maior prevenção e reprovação dos atos de corrupção, sejam eles públicos ou privados, internos ou transnacionais. Um levantamento sumário aponta, entre os anos de 1997 e 2007, a adoção de sete convenções de caráter regional ou internacional relativas à luta contra a corrupção.⁽¹⁾ No Brasil, por sua vez, veem-se recentes instrumentos normativos (promulgados ou em fase de apreciação legislativa) voltados ao mesmo propósito, tal qual a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção) ou o Pacote Anticrime (PLs 881/2019 e 882/2019 e PLP 38/2019).

Se, em uma primeira leitura, os referidos documentos denotam foco maior no enfrentamento da corrupção perpetrada no âmbito da Administração Pública e do poder político, uma segunda análise resulta na constatação de haver preocupação também quanto a uma configuração típica mais contemporânea, classificada como corrupção privada.⁽²⁾ Tanto assim é que, no Projeto de Reforma do Código Penal (PL 236/2012), prevê-se a existência de tal modalidade delitiva, assim extraído da redação do artigo 167,⁽³⁾ incluso no Título de Crimes contra o Patrimônio.

Uma das principais problemáticas que exsurge no estudo da corrupção privada, porém, é justamente determinar qual interesse jurídico seria merecedor da tutela penal, principalmente para não acabar cedendo a uma tipificação simbólica, sendo apenas mais uma criação legislativa decorrente do movimento expansionista e da globalização enfrentados pelo Direito Penal, sem aplicação efetiva ou adequação aos propósitos da *ultima ratio*. A profusão de tipos penais extraídos dos ordenamentos de países europeus⁽⁴⁾ e do próprio continente sul-americano⁽⁵⁾ evidencia certa indefinição sobre qual seria o bem jurídico efetivamente defendido pela norma criminal. Outrossim, para melhor compreender a celeuma e estabelecer bases de estudo para um possível crime a ser previsto também na codificação criminal brasileira, pertinente transitar pelas normativas da União Europeia a fim de verificar qual o tratamento por lá dispensado e se ele encontra repercussão ou pertinência de igual tutela no ordenamento pátrio.

O primeiro marco internacional vertido expressamente sobre nominada atividade delitiva foi a Ação Comum 98/742/JAI, no cerne da comunidade europeia. É importante destacar do preâmbulo a noção econômica decorrente da prática da corrupção,⁽⁶⁾ revelando a alteração de perspectiva na sua tratativa. Sequencialmente, pouco tempo após a prolação da Ação Comum acima referida, foi promulgada a Convenção

Penal sobre a Corrupção do Conselho Europeu, em 1999. Ao contrário do elencado no instrumento normativo acima referido, essa Convenção voltou sua atenção à proteção da lealdade nas relações empresariais e de seus integrantes.⁽⁷⁾

Sem embargo, a efetiva tutela da corrupção privada – no âmbito comunitário europeu – se consolidou na denominada Decisão-Quadro 2003/568/JAI,⁽⁸⁾ especialmente pela falta de efetividade da Ação Comum de 1998.⁽⁹⁾ Muito embora os textos sejam similares em certa medida, um dos objetivos elencados com a promulgação desse novo texto é proporcionar uma harmonia entre as legislações dos países europeus, ante a heterogeneidade das normativas encontradas em cada Estado.⁽¹⁰⁾ É retomada, por sua vez, a faceta de proteção da livre concorrência pela norma, em detrimento do resguardo da fidelidade laboral, como se percebe da redação da Decisão-Quadro.⁽¹¹⁾

As ações da comunidade europeia, portanto, objetivavam criar um ambiente mais homogêneo desses tipos de injusto, principalmente para combater a nova criminalidade não restrita às fronteiras nacionais dos estados.⁽¹²⁾ Isso decorria de um movimento dos próprios agentes internacionais, surgido nos anos 70, e rompendo, conforme **González**: “[...] una inercia historica, en virtud de la cual la corrupción o era tolerada o no se le prestaba la suficiente atención”.⁽¹³⁾

Nessa toada, percebe-se que parte da construção dessas legislações se ocupava em especificar qual o bem jurídico a ser elencado pelo bloco econômico como item de proteção por parte das normas supranacionais. Embora, inicialmente, pudesse se entender que a aproximação do problema da corrupção pela comunidade europeia descartasse a diferenciação entre público e privado, em verdade, a estratégia político-criminal pragmática é vertida na escolha e proteção de um bem jurídico, sendo ele a “*libertad y lealdad de la competencia*”,⁽¹⁴⁾ demonstrando predileção ao modelo alemão.⁽¹⁵⁾

Destarte, denota-se neste escorço histórico toda a influência político-criminal exercida pela União Europeia para a tutela da corrupção privada, não apenas em seus países integrantes, mas igualmente no restante do planeta, tal qual consolidado na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (assinada em 31 de outubro de 2003, meses após a publicação da Decisão-Quadro 2003/568/JAI). O interesse surgido ao final dos anos 90 em promover a repressão penal à corrupção encetada nas estruturas empresariais e nas práticas de mercado acabou tomando por base o sistema criminal alemão e, portanto, elencando como nuclear ao ordenamento a defesa da livre concorrência. Não obstante, salienta-se que a escolha do bem jurídico – acaso entenda-se efetivamente necessária a criação de uma modalidade delitiva de corrupção de caráter privatístico – não deve decorrer de mera liberalidade legislativa ou reprodução irrefletida de normativas estrangeiras, ponderando-se com aprofundamento a real necessidade e proporcionalidade da eventual criminalização dessa conduta, pois notoriamente não se presta o Direito Penal, *prima facie*, a regular a atividade econômica ou orientar o mercado.

Notas

- (1) LÓPEZ, Juana; ALONSO, José Antonio. Respuerstar normativas a escala internacional. In: ALONSO, José Antonio; MULAS-GRANADOS, Carlos (dirs.). *Corrupción, cohesión social y desarrollo: el caso de Iberoamérica*. Madrid: FCE, 2011. p. 73.
- (2) Assim asseverado por BENITO SÁNCHEZ em sua obra, quando trata das ações comunitárias frente à corrupção no Velho Continente: “Los textos comunitarios hasta ahora reseñados no tuvieron en cuenta la corrupción en el sector privado, quizá porque tradicionalmente la corrupción há aparecido vinculada al ámbito de lo público.” (BENITO SÁNCHEZ, Demelsa. *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Madrid: Iustel. 2012. p. 94).
- (3) Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1560373292895&disposition=inline>>. Acesso em: 30 jun. 2019.
- (4) Na França, verte-se a tutela sobre as relações laborais e dos empregados/empregadores; na Itália, o resguardo societário; na Suécia, conglobam-se as figuras de corrupção pública e privada em um mesmo tipo de injusto; na Espanha, adere à diretriz comunitária e protege a concorrência de mercado, além de prever figura específica para o campo desportivo (FOFFANI, Luigi. La corrupción privada: iniciativas internacionales y perspectivas de armonización. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; NIETO MARTÍN, Adán (coord.). *Fraude y corrupción en el derecho penal económico europeo*. Eurodelitos de corrupción y fraude. Cuenca: Ediciones de La Universidad Castilla-La Mancha. 2006. p. 385-386; GONTIJO, Conrado. O crime de corrupção no setor privado: aspectos gerais e as propostas de sua tipificação na ordem jurídica brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Junior*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico. 2014. p. 124-127; NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Breves anotações sobre os crimes de corrupção passiva e corrupção privada na legislação penal espanhola*. In: PASCHOAL; SILVEIRA, op. cit., p. 4).
- (5) Na Colômbia, resta tipificado o delito de corrupção privada no art. 250-A do seu Código Penal, verificando-se como interesse jurídico penalmente tutelado a concorrência leal. (JIMENEZ VALDERRAMA, Fernando; GARCÍA RODRÍGUEZ, Lourdes. El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n. 35, jan-jun/2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/2932/293242147009.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2019)
- (6) Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31998F0742>>. Acesso em: 30 jun. 2019.) Destaque-se, por oportuno, o assinalado por Gontijo: “A Ação Comum teria servido para despertar a atenção dos governos dos Estados-membros do bloco para a gravidade dos atos de corrupção privada, que, dispunha o seu preâmbulo, falseariam a concorrência leal, comprometeriam os princípios de abertura e liberdade dos mercados, além de prejudicar o hígido funcionamento do mercado interior, e a transparência do comércio internacional”. (GONTIJO, op. cit., p. 117).
- (7) FOFFANI, op. cit., p. 388-389.
- (8) As anotações de MONGILLO sobre o tema são de especial relevância: “Nel preambolo ala decisione quadro in oggetto si ribadisce, anzitutto, che l’importanza riconosciuta dagli Stati membri ala lotta contro la corruzione, sai nel settore pubblico che in quello privato, nasce dalla convinzione che esa costituisca ‘una minaccia allo stato di diritto e inoltre generi distorsioni di concorrenza riguardo all’ acquisizione di beni o servizi commerciali e ostacolo um coretto sviluppo economico’ (considerando 8). Los copo precípulo della decisione viene, invece,

indicato nel ‘garantire che sai la corruzione attiva sai quella passiva nel settore privato siano considerate illeciti penali in tutti gli Stati membri, che anche le persone giuridiche possano essere considerate colpevoli di tali reati e che le sanzioni siano efetive, proporzionate e dissuasive.’” (MONGILLO, Vincenzo. *La corruzione tra sfera intersa e dimensione internazionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2012. p. 481).

- (9) GONTIJO, op. cit., p. 119.
- (10) FOFFANI destaca justamente que a busca por uma tipificação da corrupção privada está longe de ser matéria alheia aos países europeus ou uma situação excepcional, pois à época da prolação da Decisão Marco 2003/568/JAI apenas quatro países não possuíam tal figura delitiva em suas codificações, sendo eles a Bélgica, Grécia, Itália e Espanha (FOFFANI, op. cit., p. 383-384).
- (11) Ambos os instrumentos normativos (a Decisão Marco e a Convenção) igualmente adotam as mesmas definições de corrupção privada, podendo extrair a lealdade e liberdade da concorrência como objeto de proteção da norma. Nesse sentido: “Asimismo deben destacarse los arts. 7 y 8 del Convenio Penal contra la Corrupción del Consejo de Europa de 1999, que se ocupan de la corrupción privada; y el art. 21 del Convenio de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003, que recomienda a los Estados castigar lá corrupción en el sector privado.” (BOLEA BARDON, Carolina. *El delito de corrupción privada: bien jurídico, estrutura típica e intervenciones*. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/966_c.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2019).
- (12) “De los convenios internacionales analizados se desprende con meridiana claridad que, a pesar del creciente protagonismo que ha adquirido la corrupción en el sector privado, la acción de los organismos internacionales en la lucha contra la corrupción está orientada a combatir por igual los comportamientos corruptos en el sector público y en el sector privado, ya que en la práctica frecuentemente coinciden corrupción en el sector público y corrupción en el sector privado.” (CARBAJO CASCÓN, Fernando. Corrupción en el sector privado (i): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial. *Justitia*, n. 10, 2012. Disponível em: <<http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/885>>. Acesso em: 29 jun. 2019)
- (13) GONZÁLEZ, Joaquín. *Corrupción y justicia democrática: introducción a uma teoria de la función judicial em las sociedades em cambio*. Madrid: Clamores, 2000. p. 88.
- (14) FOFFANI, op. cit., p. 388.
- (15) Para maior aprofundamento sobre essa linha adotada pela União Europeia, vide FOFFANI, op. cit., p. 388-389; BENITO SÁNCHEZ, op. cit.

Guilherme Siqueira Vieira

Mestre em Direito pela PUCPR. Professor de Direito Penal da FAPAR.

Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Advogado.

ORCID: 0000-0001-8136-4882

guilhermesv@sanchezrios.com.br

Recebido em: 01.07.2019

Aprovado em: 02.08.2019

Versão final: 09.08.2019

A questão da natureza jurídica e a possibilidade legal de impugnação do acordo de colaboração premiada pelo delatado

Walter Barbosa Bittar, Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

Tendo como base *leading case* fixado, a partir do julgamento pelo STF do HC 127.483/PR, inúmeros julgados no país seguiram a compreensão de que o terceiro delatado não possui legitimidade para discutir o acordo de colaboração premiada⁽¹⁾ firmado entre Ministério Público e/ou delegado de polícia e colaborador, tendo como um de seus principais fundamentos o entendimento de que a natureza jurídica de negócio jurídico personalíssimo respalda essa espécie de óbice legal e impede eventuais questionamentos de terceiros delatados.⁽²⁾

A despeito dessa controversa percepção quanto à natureza jurídica da colaboração premiada, o próprio STF, de certa forma, relativizou posteriormente seu próprio entendimento quanto à inadmissibilidade da discussão do acordo pelo terceiro delatado, pela ocasião do julgamento do HC 151.605/PR.

Esse caso versou sobre a hipótese de autoridade com foro por prerrogativa de função (então governador do Estado) poder questionar acordo de colaboração, quando este possua em seu

conteúdo declaração que impute a prática de fato típico, sendo decidido na ocasião que “ainda que seja negada ao delatado a possibilidade de impugnar o acordo, esse entendimento não se aplica em caso de homologação sem respeito à prerrogativa de foro”. (Informativo 895/STF).

Quanto às discussões no âmbito da natureza jurídica da delação premiada e seu reflexo legal, é certo que tanto na doutrina como na jurisprudência, à luz do que disciplina a Lei 12.850/13, adotou-se a perspectiva de que o acordo de colaboração premiada (que não se identifica com as declarações do colaborador) é um meio de obtenção de provas.⁽³⁾ Nessa trilha, embora a jurisprudência tenha mantido, desde 2015, a inadmissão de o delatado discutir os termos do acordo, a doutrina,⁽⁴⁾ aproximando a colaboração premiada de outros meios de obtenção de prova (como a interceptação telefônica e a busca e apreensão), passou a sustentar a viabilidade de questionamento da licitude do acordo por terceiros em razão de sérios reflexos produzidos na esfera de direitos do delatado, defendendo, inclusive, a ilicitude da prova produzida.

Essa posição culminou com uma sequência de práticas que, de certa forma, terminaram por trazer mais instabilidade à utilização de acordos de delação, na medida em que, frequentemente, membros do Ministério Público valiam-se dessa espécie de blindagem contra terceiros, conferida pelo entendimento da Suprema Corte, impedindo que eventuais prejudicados questionassem o acordo de colaboração, para negociar prêmios penais não previstos ou de caráter extrapenal, algumas vezes contrariando vedação legal (caso da improbidade administrativa⁽⁵⁾), e até mesmo inviabilizando o contraditório dos delatados, mediante a inserção de cláusulas que obrigam o delator a confirmar exatamente a versão que interessa à acusação.

Diante dessa situação inusitada, que veio à baila e dominou o entendimento jurisprudencial, é forçoso recordar que a colaboração premiada deve possuir os requisitos dispostos em lei da regularidade, legalidade e voluntariedade para que ocorra uma homologação válida pelo juiz, o qual, nesse momento, examinará o controle legal que vai desde o cabimento do acordo até mesmo aos efeitos propostos pela avença.

Denota-se que realmente o delator terá interesse em discutir acordos que tenham desrespeitado tais requisitos, em razão da característica da legalidade que rege os acordos de colaboração premiada, para que surtam os efeitos tanto para os delatores quanto para os delatados.⁽⁶⁾

Ou seja, as cláusulas dispostas no acordo de colaboração premiada que interfiram em direitos fundamentais, dentre elas a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, não podem deixar de ser discutidas pelo delatado, quando afetar diretamente a própria construção de sua defesa. A questão que se coloca é que se deve identificar se há existência de nexo de causalidade entre as cláusulas e eventuais interesses ou prejuízos do delatado, visto que eventual vício constatado acerca dos requisitos poderá redundar na imprestabilidade, por força da ilicitude, das declarações produzidas e seus desdobramentos.

O entendimento, e resistência à posição atualmente majoritária, é de certo modo acompanhado pelo ministro Gilmar Mendes, quando, em julgado recente, propôs a superação da posição firmada a partir do HC 127.483/PR, destacando que “em razão do impacto na esfera de direitos de terceiros e da necessidade de legalidade dos benefícios penais oferecidos pelo Estado, o

acordo de colaboração premiada deve ser passível de impugnação e controle judicial” (Informativo 941/STF).⁽⁷⁾ Em suas palavras, o respeito à legalidade teria como propósito garantir a isonomia e, principalmente, evitar a corrupção dos imputados por meio do oferecimento de prêmios desmedidos.

Estabelecidas essas premissas, passa-se a analisar os motivos pelos quais tal entendimento deve ser revisto, a partir da análise da natureza jurídica da própria delação premiada que, após a promulgação da Lei 12.850, precisa ser entendida, pois a partir de sua configuração permitiu estabelecer as bases legais e dogmáticas para se compreender que o terceiro delatado possui legitimidade para questionar determinados pontos de eventual acordo.

O ponto central é que a natureza jurídica da delação é policrômica, podendo ser definida, para além do entendimento já sedimentado, de meio de obtenção de prova, também a sua natureza material e, ainda, de negócio jurídico. Para tanto é preciso conhecer alguns pontos importantes, que configuram essas diversas naturezas.

Quanto à natureza material, deve ser observado que a legislação pátria sobre o tema é esparsa, incidindo sobre diversos diplomas legais, existindo dois modelos em plena vigência: um anterior e outro posterior à promulgação da Lei 12.850/13. A questão é que, a partir da vigência da Lei 9.807/99, por força de seus artigos 13 e 14, época em que não existiam quaisquer normas procedimentais, a legislação brasileira, que já previa a possibilidade de diminuição e até isenção de pena, em diversos dispositivos, por força do que a doutrina configura como causa de liberação de pena (comportamento positivo pós-delitivo⁽⁸⁾), passou a admitir a concessão de beneplácitos, sem qualquer distinção quanto à tipicidade, espraiando o instituto da delação por todo o ordenamento jurídico. Essas normas, quanto a sua natureza jurídica, são identificadas como de Direito Penal Material.

A identificação da natureza jurídica material, e a vigência das respectivas normas, explica por que a homologação do acordo, prevista a partir da Lei 12.850/13, não é obrigatória para a concessão dos prêmios aos colaboradores, desde que o conteúdo da colaboração seja efetivo sendo, portanto, um direito subjetivo do agente.⁽⁹⁾

No tocante à natureza jurídica de negócio jurídico, já admitida pela jurisprudência⁽¹⁰⁾ e doutrina,⁽¹¹⁾ devem ser acrescentadas outras ponderações e argumentos para demonstrar que há possibilidade do questionamento dos acordos por terceiros.

Necessário observar que o negócio jurídico é o ato pelo qual dois ou mais declaram sua vontade, instaurando uma relação jurídica, subordina à vontade declarada, nos limites consentidos pela lei,⁽¹²⁾ tendo como efeitos a constituição, modificação, ou extinção das relações jurídicas, vinculando obrigatoriamente as partes intervenientes.⁽¹³⁾ Assim, é possível afirmar que o negócio jurídico é um ato juridicamente relevante, cuja origem é a exteriorização da vontade (essencial para o reconhecimento de uma delação válida); e não é uma exclusividade do Direito Privado, podendo assim ser aplicado nas demais áreas do Direito.⁽¹⁴⁾

Assim sendo, resta claro que os delatados poderão discutir o acordo, que deve ser pensado à luz dos princípios processuais penais, corolários da Constituição Federal, desde que o negócio jurídico, evidentemente a depender do caso concreto, afete o contraditório e a ampla defesa.

Essa face da natureza jurídica difere daquela atualmente dominante, decorrente do entendimento exarado pela Corte Suprema, no já referido *HC 127.483/PR*, ocasião em que restou consignado que o acordo de colaboração não atinge diretamente os corréus, mas apenas as declarações prestadas pelo colaborador, que poderão ser contraditadas em juízo, admitindo-se a natureza de negócio jurídico personalíssimo (e aqui o ponto a ser melhor refletido).

Vinicius Vasconcellos demonstra que o oferecimento de benefícios ilegais no acordo ao colaborador, por exemplo, poderá inferir na esfera dos delatados, de modo que, “é fundamental, em prol da proteção da legalidade dos atos estatais, que haja a possibilidade de impugnação do acordo de colaboração premiada pelos corréus”.⁽¹⁵⁾

Essa realidade implica impor ao delatado o direito de impugnar todas as declarações e elementos probatórios, decorrentes do acordo homologado, a fim de possibilitar um contraditório real, ainda que diferido, garantindo, assim, à defesa técnica a análise da legalidade da prova.

Em suma, a partir da impossibilidade do reconhecimento da natureza jurídica de negócio jurídico personalíssimo, e mesmo que se reconheça contaminação de um instituto de Direito Privado, em sede de procedimento persecutório penal, decorrentes das negociações entre acusação e defesa, reconhece-se a natureza jurídica de negócio processual penal, cuja admissibilidade depende do respeito aos princípios constitucionais, em especial para garantir a plenitude do exercício da defesa.

Portanto, é caso de se repensar – e superar – o entendimento firmado no precedente do Supremo Tribunal Federal, quanto à natureza jurídica de negócio jurídico personalíssimo, tendo em vista que a casuística trouxe dificuldades quanto à posição firmada naquela oportunidade, até mesmo diante da complexidade para se definir a natureza jurídica da colaboração premiada por força das várias facetas, visto que o delatado sofre prejuízos para o exercício de defesa decorrente da impossibilidade de questionamento do acordo de colaboração premiada, situação que fica melhor situada quando se admite a natureza de negócio jurídico, permitindo, assim, a discussão do acordo pelo terceiro delatado, eventualmente prejudicado em face de garantias individuais.

Notas

- (1) No presente trabalho, os termos “colaboração premiada” e “delação premiada” serão tratados como sinônimos, tendo em vista que o primeiro visa apenas afastar a carga pejorativa da conduta. No mesmo sentido, ver: BITENCOURT, Cezar; BUSATO, Paulo. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 115.
- (2) AgInt no *HC 392.452/PR*, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 23/06/2017; AgRg no Inq 1.093/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/09/2017, DJe 13/09/2017; RHC 43.776/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017; TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1537104-1 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Laertes Ferreira Gomes - Unânime - J. 30.11.2017.
- (3) VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017. p.60/64.
- (4) CRUZ, Flávio Antônio da. Plea bargaining e delação premiada: algumas perplexidades. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, ed. 02, dez. 2016, p. 62; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: RT, 2017. p. 104/110 e 257/260; BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A possibilidade de o terceiro delatado discutir o acordo de colaboração premiada: um necessário paralelo com outros meios de obtenção de prova. In: PEREIRA, Janaína Braga Norte; RIBEIRO, Luiz Alberto

Pereira; TANIZAWA, Paulo Henrique Guilman. (org.). *Direito e democracia: ensaios jurídicos sob a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais*. Birigui-SP: Boreal, 2018. p. 181-193.

- (5) BITTAR, Walter Barbosa. *O modelo de investigação mista: a improbidade administrativa e os limites ao prêmio da delação premiada*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/o-modelo-de-investigacao-mista-a-improbidade-administrativa-e-os-li>>. Acesso em: 10 mar. 2018; BORRI, Luiz Antonio; BERTOLAZO, Ivana Nobre; SANTIAGO, Thais de Oliveira. Limites dos prêmios na colaboração premiada: a (im)possibilidade de negociação da improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 154, p. 215-243, 2019.
- (6) Pense, por exemplo, na concessão da imunidade para o líder da organização criminosa, em flagrante desrespeito ao art. 4º, §4º, da Lei 12.850/13. A colaboração premiada está claramente contrariando a legislação, além de prejudicar eventuais coinvestigados/corréus que eventualmente quisessem colaborar, pois a extensão dos seus prêmios será reduzida ou até mesmo inviabilizada a realização do acordo.
- (7) O tema está em julgamento nos *habeas corpus* 142205/PR e 143.427/PR, perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal.
- (8) CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 153, mar. 2019.
- (9) SANTOS, Marcos P. D. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 131-166, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.49>>. AgRg no REsp 1765139/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 09/05/2019.
- (10) Inq 4619 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/09/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-202 DIVULG 24-09-2018 PUBLIC 25-09-2018
- (11) DIDIER JUNIOR, Fredie; BONFIM, Daniela. Colaboração Premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle de validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugênio; Cruz, Rogério Schietti. *Processo Penal*. v. 13. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 179/221.
- (12) REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.
- (13) AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 409-410.
- (14) BOMFIM, Daniela; DIDIER JR., Fredie. Colaboração premiada: natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o direito processual civil. *Civil Procedure Review*, v. 7, n. 2, p. 135-189, mai.-ago. 2016. p. 143.
- (15) VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 107.

Walter Barbosa Bittar

Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS.

Professor de Direito Penal da PUCPR.

ORCID: 0000-0002-4036-7865

walter@advocaciabittar.adv.br

Luiz Antonio Borri

Mestrando em Ciências Jurídicas pela Unicesumar.

Professor de Direito Penal do Unicesumar.

ORCID: 0000-0001-7649-1270

luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Mestrando em Direito Penal pela PUCSP.

Professor de Direito Penal da PUCPR.

ORCID: 0000-0002-0035-0217

rafael@advocaciabittar.adv.br

Recebido em: 05.07.2019

Aprovado em: 05.08.2019

Versão final: 08.08.2019

Criminalização da homofobia: ação do sujeito coletivo, punição do sujeito individual

Geraldo Miniuci

Introdução

Concebido nos anos 1970 para, no âmbito da psicologia, designar “a aversão (ou temor) de estar no mesmo lugar, ou em contato próximo com homossexuais e, no caso dos próprios homossexuais, a autoaversão” (Secretaria de Direitos Humanos, 2012, p. 7), o termo homofobia é utilizado hoje para referir-se aos preconceitos negativos existentes acerca da orientação sexual ou da identidade de gênero de alguém e, como resultado desses preconceitos, aos atos de discriminação e às ações violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, a chamada população LGBT.

São conhecidos e frequentes, no Brasil, os casos de uso da violência contra esse grupo. Em 2018, morreram no país 420 pessoas LGBT: 320 homicídios e 100 suicídios. Embora inferior aos 445 registrados em 2017, o número de 2018 significa que, pelo segundo ano consecutivo, mais de 400 pessoas LGBT perderam a vida (Grupo Gay da Bahia, 2018, p.1).

Desses dados empíricos, pode-se extrair que, de um lado, há um sujeito coletivo, cujos membros sofrem agressões de forma indiscriminada, independentemente de suas identidades pessoais. De outro lado, percebe-se igualmente um sujeito coletivo formado por membros que compartilham entre si algum tipo de aversão a pessoas LGBT. A existência desse outro sujeito coletivo pode ser percebida não somente pelos resultados das ações que seus membros executam contra as vítimas do grupo agredido, mas principalmente pelo número de suicídios e a relação entre eles e o meio social.

Noutras palavras, tanto as agressões homicidas como os suicídios não são meros fenômenos individuais, mas sociais, que resultam de uma ação coletiva, realizada por um sujeito coletivo, mediante ações ou omissões dos sujeitos individuais que a compõem. Não são fatos isolados, que acontecem aqui ou ali, mas ações reiteradamente praticadas, persistindo ao longo de gerações, independentemente de quem sejam os agressores. Em vez de um acidente esporádico no interior da sociedade, a homofobia, ao contrário, faz parte da identidade dessa sociedade, constituindo uma de suas características, ao lado de outras que, através das gerações, sedimentaram-se no etos social. Por essa razão, há muito mais pessoas responsáveis pelas ações homofóbicas, além dos agressores. Quem agride é apenas o executor de um veredito dado pela sociedade. Reforçam essa percepção os casos de suicídio, em que a morte não resulta da ação direta de um agente, mas das hostilidades advindas do meio social. Não são agressões específicas, que levam ao suicídio de pessoas LGBT, mas uma sucessão de ataques, físicos ou verbais, praticados por diversos sujeitos, ao longo dos anos, que podem estar relacionados ao fenômeno.

Em suma, há uma tensão entre duas coletividades: de um lado, o grupo social LGBT, de outro, uma coletividade anônima, porém existente como sujeito graças ao compromisso de seus membros com a intolerância. Nas próximas páginas, serão analisadas, de um lado, essas duas dimensões da homofobia, a coletiva e a individual, e, de outro, a relação que o Direito tem com ambas. Como será visto, na

dimensão coletiva haverá um sujeito coletivo, cuja ação ficará longe do alcance da norma jurídica, que se voltará sobretudo para o sujeito individual. Criminaliza-se a homofobia, punindo-se o indivíduo, mas deixa-se o sujeito coletivo ao sabor da política, isto é, dependente dos interesses, das noções de conveniência e de oportunidade de suas lideranças.

Nesse sentido, serão passados em revista o conceito de sujeito coletivo, de ação coletiva e de omissão coletiva. Em seguida, examina-se a responsabilidade política pelas ações ou omissões coletivas. Por responsabilidade política entenda-se a reponsabilidade pelas escolhas feitas, pelas ações praticadas em seguida, pelas consequências dessas ações e pelas omissões. Age e é responsável politicamente, por exemplo, não somente aquele que vota em eleições, mas também aqueles que, nos grupos sociais, participam do processo decisório de seu grupo, ou aqueles que, na sociedade, agindo em conjunto, promovem manifestações coletivas, com demandas específicas ou sem elas. A responsabilidade política é uma responsabilidade pelos rumos da sociedade: a partir de determinada concepção de mundo, escolhas são feitas, intenções são formadas, ações são realizadas, há consequências, positivas ou negativas, e, além das lideranças do Estado, muitos podem ser responsabilizados politicamente, isto é, muitos podem ser apontados como causadores de determinada ação ou situação, ou como coniventes com elas, ou, se não, ainda simplesmente como omissos em relação a elas. Nesse sentido, não há, por exemplo, apenas a responsabilidade política do parlamentar homofóbico; existe também a responsabilidade política dos cidadãos que o elegeram.

A principal consequência dessa responsabilização está no fato de que, uma vez que se a reconheça, a responsabilidade política de uma coletividade permite justificar perante toda a gente, sobretudo perante aqueles indivíduos que não fazem parte da coletividade transgressora, a adoção de políticas que tratarão os grupos sociais excluídos de forma diferenciada, como, por exemplo, as políticas de ação afirmativa, no contexto das ações contra o racismo e a favor da inclusão racial. No caso da responsabilidade política das coletividades homofóbicas, reconhece-la poderá justificar ações de outros tipos, não no sentido de promover inclusão social, mas, no de promover a tolerância.

Essa proposta de diferenciar o sujeito coletivo do sujeito individual e, nessa diferenciação, estabelecer as responsabilidades que cabem a cada um utiliza conceitos construídos em debate interdisciplinar, realizado no âmbito da filosofia, da sociologia e do Direito, cujo objeto são tanto as responsabilidades moral, política e jurídica de uma coletividade, como os conceitos de coletividade e de intenção coletiva.⁽¹⁾ O enfrentamento dessas questões pode seguir um “coletivismo metodológico” (GERBER, 2010, p. 72), que então se referirá a conceitos do tipo “*espírito de um grupo*” ou “*subconsciente coletivo*”, ou, se não, o que é mais comum, ele pode pautar-se por um “*individualismo metodológico*”, em cuja perspectiva as pesquisas sobre coletividades e sobre intenção, ação e reponsabilidade coletivas terão em consideração o sujeito coletivo e o individual, e as

questões orientadoras podem ser colocadas nestes termos: como se relacionam esses sujeitos? Em que medida o comportamento de um é determinado pelo outro? O indivíduo é autônomo para decidir ou ele decide influenciado pelas ações e intenções do sujeito coletivo do qual faz parte?

2 Os conceitos de sujeito coletivo, de ação e de omissão coletivas

2.1 Sujeito coletivo

Objeto deste artigo, as pessoas LGBT formam um sujeito coletivo, cuja gênese se encontra nas lutas por reconhecimento travadas no Brasil, sobretudo depois da redemocratização, no final dos anos 1970 (REVISTA CULT, 2019), quando o grupo começou a conquistar visibilidade. Se grupos étnicos ou religiosos fundam suas identidades em tradições históricas ou em sistemas de crenças, os grupos LGBT construíram a sua identidade num passado e num presente de perseguições e de violência. A discriminação que pode reforçar os laços de pessoas que já possuem uma identidade comum irá, no caso das comunidades LGBT, constituir a própria identidade do grupo, pois será ela o denominador comum de todas as pessoas afetadas por ações homofóbicas.

Reunidas sob uma sigla, as pessoas LGBT tornaram-se visíveis, ao contrário de seus agressores, que permanecem no anonimato, formando um sujeito coletivo homofóbico invisível, sem bandeiras, mas cuja existência se prova pelas ações que pratica, ações que somente um sujeito coletivo pode realizar. Quais seriam elas?

2.2 Ação coletiva

Trata-se do conjunto de ações individuais, realizadas ao longo do tempo, em diversas localidades, com o mesmo objetivo, sendo essa meta compartilhada pelo elemento que confere a um coletivo amorfo a sua identidade. Nesse sentido, “*os danos causados à comunidade LGBT, expressos nos assassinatos, nas agressões e nos suicídios de homossexuais não são danos que apenas uma pessoa consiga realizar: ninguém sozinho assassina, agride ou leva ao suicídio um contingente de seres humanos estatisticamente relevante, contado aos milhares. Somente uma ação coletiva, realizada por vários indivíduos, ao longo de gerações, seria capaz de produzir semelhante resultado*” (MINIUCI, 2017, p. 198).

Elemento comum a todas as agressões contra pessoas LGBT, a homofobia confere unidade e identidade a parcela substancial de indivíduos que não se conhecem, pertencem a extratos sociais diversos, têm graus de escolaridade distintos, enfim, são diferentes em tudo, exceto na aversão que sentem por aquilo que não se enquadre nos padrões heteronormativos. Esses indivíduos, ao compartilharem os mesmos preconceitos, formam um sujeito coletivo, que sobrevive no tempo e no espaço. Os sujeitos individuais morrem, mas o sujeito coletivo do qual fazem parte resiste, da mesma forma como a nação sobrevive aos seus nacionais.

Prova-se a existência do sujeito coletivo homofóbico apontando-se para danos que não poderiam ter sido causados pela ação individual de sujeitos isolados, mas de sujeitos que, ao contrário, agem simultânea ou sucessivamente, de modo espontâneo ou previamente planejado e coordenado. Ainda que haja ações individuais, elas não farão parte de um fenômeno isolado e excepcional, mas de uma tendência na sociedade, sendo por isso parte de uma ação coletiva, isto é, parte de um conjunto de ações praticadas por sujeitos individuais, que agem compartilhando uma determinada intenção geral de atingir um certo objetivo. Essa intenção compartilhada não gera imediatamente uma ação, mas sim intenções individuais de agir, e somente essas intenções individuais produzirão alguma

ação. Quando, por exemplo, um grupo de 50 manifestantes depreca uma boate gay, há, de um lado, a intenção compartilhada de atacar o estabelecimento, e, de outro, as intenções individuais acerca do modo como cada um executará o ataque: uns lançam pedras, outros ateam fogo, outros ainda usam armas de fogo etc.

2.3 Omissão coletiva

Acrescente-se, por fim, que, além da ação coletiva realizada por sujeitos coletivos, há também a omissão coletiva. Se certos grupos sociais existem apenas porque agem, como as coletividades de formação espontânea, também pode-se pensar em grupos que existem justamente porque se omitem, não agindo, tal como os consumidores que, mantendo padrões insustentáveis de consumo, nada fazem para mudá-los, ou dos produtores que utilizam métodos de produção igualmente nocivos ao ambiente, sem buscar alternativas. Ou daqueles que assistem, sem nada fazer, a uma pessoa ser agredida na rua. Nesses casos, e em outros semelhantes, o que caracteriza a coletividade é sua inação, sua ausência de intenções compartilhadas no sentido de fazer alguma coisa devida.

Em suma, há um sujeito coletivo homofóbico, cuja existência se prova com fenômenos empiricamente verificáveis, capaz de realizar ações coletivas a partir da conjugação das intenções compartilhadas pelos componentes do grupo com as intenções individuais de cada componente. Essa mesma coletividade pode igualmente omitir-se, nada fazendo quando tiver o dever moral, político ou jurídico de agir.

Considerações finais

Embora haja entre as pessoas LGBT tantas diferenças e semelhanças como as existentes entre heterossexuais, o discurso homofóbico torna presente apenas um aspecto da vida LGBT, precisamente a orientação sexual do sujeito. Todo o resto é ignorado, isto é, as preferências políticas, o caráter pessoal, os talentos. Ignora-se, deliberadamente, que, entre homo e heterossexuais, haja mais semelhanças do que diferenças.

Essa coletividade homofóbica é identificável pelas ações que seus membros praticam, concertada ou espontaneamente. No Brasil, o coletivo homofóbico muitas vezes esconde sua face, não reclama reconhecimento, nem conta com sigla ou identidade específica. Seus membros, no entanto, embora espalhados por diversos segmentos sociais, comungam da mesma fobia, e é essa comunhão que os torna um sujeito coletivo.

As ações dessa coletividade podem ensejar, pelo menos, dois tipos de responsabilidade política: a responsabilidade do coletivo *pela* ação ou omissão do coletivo e a responsabilidade do indivíduo *na* ação do coletivo. Se a responsabilidade política do sujeito coletivo na ação coletiva decorre de sua ação ou omissão, a responsabilidade política do sujeito individual na ação coletiva recai sobre indivíduos que respondem por sua conduta pessoal nas ações de seu Estado, de sua igreja, de sua comunidade, de seu grupo social, tendo, porém, o benefício da dúvida e a possibilidade de exonerar-se individualmente da responsabilidade pelos atos do coletivo. O elenco de pessoas que aqui pode ser responsabilizado compreende não somente quem executa o ato, mas também aqueles que o incitam, que colaboram com os perpetradores ou que lhes fazem vistas grossas.

Esses dois tipos de responsabilidade política – a responsabilidade do coletivo por suas próprias ações e a responsabilidade individual nas ações do coletivo –, poderão ser transformados em responsabilidade jurídica, caso, evidentemente, haja vontade política nesse sentido. Se essa transformação ocorrer apenas na esfera penal, haverá

punição do indivíduo, enquanto o sujeito coletivo permanecerá intocado; se ocorrer no plano do Direito Administrativo e do Direito Civil, leis ordinárias bastarão para estabelecer sanções que atinjam sujeitos individuais e sujeitos coletivos, como, por exemplo, advertência, multas em unidades fiscais ou, se não, suspensão ou cassação de licença para funcionamento. Nesse caso, coexistem a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica e a responsabilidade subjetiva do indivíduo, assegurado o direito de regresso daquela contra este.

Em resumo, vista como a manifestação de um sujeito coletivo, e não como mero amontoado de casos isolados de agressão a pessoas LGBT, a homofobia revela-se como fenômeno que deve ser abordado não mais pela perspectiva do sujeito individual e da dualidade perpetrador-vítima, mas pela ótica do sujeito coletivo por ela constituído. Nesse sentido, será possível perceber que há, de um lado, grupos sociais que não são sujeitos de direito, mas apenas um sujeito plural, que não poderá ser responsabilizado juridicamente pelas ações homofóbicas, embora continue politicamente responsável. De outro lado, existem grupos ou coletividades com *status* de sujeito de direito, tais como, por exemplo, condomínios, empresas, clubes e escolas, no plano do Direito interno, e o Estado, no do Direito internacional. Por ação ou omissão, quando não ambos, todos eles podem ser objetivamente responsabilizados pelas ações homofóbicas praticadas em seus domínios, sem prejuízo da responsabilidade individual. Para além da criminalização da homofobia, portanto, existem alternativas de responsabilização que mereceriam ser exploradas. Voltadas para a coletividade e não seus membros, essas opções talvez sejam mais eficientes do que medidas que atingem apenas sujeitos individuais e poupam o coletivo.

Referências

- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos (SDH). *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil*: ano de 2011/Secretaria de Direitos Humanos; Priscila Pinto Calaf, Gustavo Carvalho Bernardes e Gabriel dos Santos Rocha (organizadores). Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos, 2012. 138 p.
- BRATMAN, Michael. "Geteilte Absichten". *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 55(3), p. 409-424, 2007.
- GERBER, Doris; ZANETTI, Véronique. *Kollektive Verantwortung und internationale Beziehungen*. Berlin: Suhrkamp, 2010.
- GILBERT, Margaret. Collective guilt and collective guilt feelings. *The Journal of Ethics*, v. 6, n. 2, p. 115-143, 2002. Collective Responsibility.
- GRUPO GAY DA BAHIA – (GGB). *Mortes violentas de LGBT+ no Brasil*. Relatório 2018. Disponível em: <https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>.
- MINIUCI, Geraldo. Genocídio: crime coletivo, responsabilidade individual. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 22, n. 3, p. 197-214, set./dez. 2017. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rfd.v22i3742.
- REVISTA CULT. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/dossie-o-movimento-lgbt-brasileiro-40-anos-de-luta/>. Acesso em: 30 mai. 2019.

Nota

- (1) Dentre outros, cf. BRATMAN, M. (2007); GERBER, D.; ZANETTI, V. (2010); GILBERT, M. (2002).

Geraldo Miniuci

Livre-docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP. Professor Associado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da USP.

ORCID: 0000-0002-2551-6981

gminiuci@usp.br

Recebido em: 27.06.2019

Aprovado em: 23.07.2019

Versão final: 08.08.2019

Os mitos do estupro e a “especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais”

Mailô de Menezes Vieira Andrade

Durante a década de 1970 e a efervescência intelectual de mulheres em meio à segunda onda dos feminismos,⁽¹⁾ articulou-se o movimento antiestupro⁽²⁾ no contexto norte-americano e europeu,⁽³⁾ que rompeu com as fronteiras público/privado – e com o silenciamento histórico que interditava o assunto –, para trazer o tema do *estupro* para as esferas do debate público. Para tanto, foi preciso entendê-lo como decorrente e legitimado de/por violências estruturais (e não desvios individuais) e cotidiano na vida de muitas mulheres e crianças, em especial. Com campanhas que estimulavam sobreviventes⁽⁴⁾ de estupro a “*romper com o silêncio*”,⁽⁵⁾ as feministas, escutaram diversas experiências de violação das mulheres e lideraram um processo de desconstrução do discurso masculino, cunhando conceitos e categorias e questionando outras já existentes, em um processo contínuo de (re)nomeação (ANDRADE, 2018).

Nesse cenário, a obra de Susan Brownmiller (1975), intitulada *Against our will: men, women and rape*,⁽⁶⁾ publicada nos Estados Unidos, significou uma ruptura teórica e política com o que se sabia, se escrevia e se discutia sobre estupro até então. O trabalho de Brownmiller (1975) é citado para pontuar que o estupro é um

instrumento de poder (e não motivado por “lascívia”), que serve como mecanismo para manter as mulheres em situação de medo constante, que o pênis é uma arma, que as mulheres são historicamente culpabilizadas pela violência sofrida e, também, para difundir a noção de que o estupro não é tão repudiado quanto os discursos oficiais declaram, o que foi fundamental para a elaboração da categoria da *cultura do estupro*⁽⁷⁾ (ANDRADE, 2018). Foi, pois, a partir de suas reflexões que a realidade da popularidade de ideias distorcidas sobre a violência sexual – e do que será ou não considerado como violação – ganhou espaço público, contexto em que se desenvolveu a gramática da existência de *mitos do estupro*.

Os *mitos do estupro* têm impacto em como as próprias sobreviventes veem e interpretam suas experiências de violação, na medida em que impõem uma grande narrativa do estupro: do crime cometido em vias públicas, por um desconhecido – *negro*⁽⁸⁾ – contra uma *mulher honesta*,⁽⁹⁾ que impõe seu “desejo sexual” pelo uso da força física. Essa narrativa é comum ao imaginário social e acaba por limitar o entendimento do que será compreendido como estupro pela sociedade e pelo sistema penal.

Como consequência, situações mais dúbias, como aquelas cometidas por conhecidos, entre quatro paredes, sem violência física (a exemplo do estupro conjugal/marital) – experiências estas cotidianas nas vidas das mulheres – não são reconhecidas como *estupros reais/genuínos*.

Os mitos em torno do estupro, ao promover uma falsa realidade que não está apoiada na experiência de mulheres, fazem com que a sociedade (e as instâncias punitivas) vejam as sobreviventes como corresponsáveis, provocadoras ou que não resistiram de maneira suficiente, sugerindo, ainda, que falsas alegações de estupro são comuns, que o estupro é um crime movido por paixão (e a sexualidade masculina é incontrolável) e que acontece somente entre estranhos. A grande narrativa difundida em torno do crime – pautada em crenças equivocadas – articula-se de modo a construir os estereótipos dos homens que cometem a violência sexual e de quais mulheres/meninas são vítimas dela; dessa forma, implica tanto a minimização da responsabilidade dos agressores quanto a negação da experiência violenta vivida pelas mulheres (ANDRADE, 2018).

Dentre outras, as pesquisas feministas desafiaram a assertiva de que o estupro é cometido por “doentes”, desviantes das normas sociais, desestabilizando a perspectiva médico/psicopatologista ao articular a tese do estupro como violência estrutural e não individual – embora resistam olhares lombrosianos sobre o assunto. As feministas fortaleceram o argumento de que aquele que estupra não é um “degenerado” ou “doente mental” (uma exceção); mas, sim, de que homens que estupram podem muito bem ter outros – e geralmente têm – comportamentos tidos como aceitáveis na sociedade diferenciada por gênero, raça e classe, dentre os quais, convém citar, ser bem-sucedido profissionalmente e provedor de sua família (SCULLY; MAROLLA, 1984; KELLY, 1988; MACHADO, 1998; SEGATO, 1999; DAVIS, 2016).

O mito do estupro ser praticado somente por estranhos e não por pessoas próximas também foi fortemente questionado pelos feministas, que denunciaram que a violação é praticada sobretudo por conhecidos das sobreviventes, ou seja, cometidas no âmbito privado das relações interpessoais por companheiros, pais, tios, amigos, conhecidos da família ou chefes no trabalho (BROWNMILLER, 1975; KELLY, 1988; PIMENTEL; SCHRITZMEYER; PANDJIARJIAN, 1998; ANDRADE, 2005; WHISNANT, 2009; ANDRADE, 2018).

O que proponho é que, para além dos mitos citados, há um outro muito difundido no país, mas pouco questionado: o dogma jurisprudencial e doutrinário que “*em crimes sexuais, por serem praticados na clandestinidade, a palavra da vítima assume especial relevância, sobretudo se corroborada por outros elementos de prova*”. É o que dizem, repetidamente, os tribunais quando julgam o crime de estupro. Isso se deve, segundo argumentam, pelas próprias características do delito, comumente cometidos na clandestinidade, sem testemunhas, portanto.

A afirmação que pode ser lida, em variações, em quase (senão) todos os acórdãos envolvendo o crime de estupro, para enfatizar a versão da vítima de estupro, acaba servindo, em verdade, para encobrir e falsear a realidade do tratamento conferido às mulheres pelo sistema de justiça criminal, cenário este de revitimização, conforme apontado por diversas pesquisas no Brasil e no mundo.⁽¹⁰⁾ O que ocorre é a constante desqualificação da narrativa das sobreviventes desde lentes racistas, sexistas e classistas.

Nesse sentido, a análise dos julgados de estupro do ano de 2017 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará apontou que os julgadores não conferem “*especial relevância à palavra da vítima*”, na medida

em que as condenações que foram mantidas não o fizeram com base exclusivamente em seus depoimentos, mas sempre aliadas a provas periciais que atestavam, sobretudo, ocorrência de violência física extrema (quase fatal) e provas testemunhais de pessoas que, ou flagraram o ato de violência, ou socorreram a vítima imediatamente após os atos (ANDRADE, 2018, p. 172-173).

Isso é reforçado na medida em que não houve transcrição integral do depoimento das vítimas nos acórdãos discutidos e julgados, mantendo na invisibilidade a sua versão. Na maioria dos casos, o relator sequer colacionou o depoimento da ofendida, escrevendo com suas próprias palavras, e desde sua interpretação, os fatos narrados por ela.

Daí, é possível afirmar que, ao menos no ano de 2017, nenhum dos casos julgados pelo TJPA conferiu, efetivamente, especial relevância à “palavra da vítima”.

Embora não se possa afirmar que o percentual de pessoas presas pelo crime do artigo 123 do Código Penal seja irrelevante,⁽¹¹⁾ convém observar que, pelas informações da Polícia Civil do Estado do Pará⁽¹²⁾, foram registradas 984 ocorrências policiais por estupro no ano de 2017, número que cai significativamente no concernente aos procedimentos instaurados para investigar e processar os crimes (526 inquéritos policiais tombados e 488 ações penais distribuídas em todo o Estado); mas foram julgados pelo TJPA tão somente 46 casos, um percentual de 9,42% quando comparado ao número de processos distribuídos no mesmo ano, (ANDRADE, 2018, 2019).⁽¹³⁾

Os dados levantados – que devem ser lidos ainda a partir da realidade da subnotificação do delito – indicam, desta forma, que, dos estupros que são relatados às autoridades estatais, uma média de 50% dos casos é investigado pela polícia e se transforma em ação penal, dentre os quais apenas 9% alcançam o 2º grau do Judiciário por meio de apelação contra sentenças condenatórias e, na minoria dos casos, absolutórias, o que sugere, de igual modo, que não são interpostos recursos pela acusação em casos de sentenças que absolvem o acusado. Neste sentido, se, de fato, a “palavra da vítima” possuir especial relevância – e a leitura dos acórdãos de 2º Grau do TJPA demonstram que não –, o índice de condenações quando comparado ao de casos registrados pelo crime seria maior, sobretudo porque a questão em torno da violação sexual é probatória, na medida que é cometido sem testemunhas e, ao contrário do difundido pelos mitos do estupro, sem, necessariamente, uso de força física e/ou resistência corporal da sobrevivente – em outras palavras, é cometido sem deixar marcas.

Diante desses dados empíricos, aliados às demais investigações feministas mencionadas linhas acima, afirmo que a “*especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais*” é mais um mito do estupro ou, em outras palavras, um falseamento da realidade dos julgamentos desse crime – repetido amplamente pelos operadores do Direito e pelo senso comum que não confere relevância à “palavra da vítima”, a menos que seja comprovada (e não apenas corroborada) por provas testemunhas e periciais, que indiquem sobretudo a extrema violência física.

Por derradeiro, não se pretende, com esta análise, propor maior rigor ou mais punição e sim denunciar, na tradição feminista, mais um *mito do estupro*, repetido historicamente à exaustão.

Referências

- ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. *Estereótipos de gênero sobre mulheres vítimas de estupro: uma abordagem a partir do viés de gênero e dos estudos de teóricas feministas do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo. 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/107/107131/tde-05022019-093155/pt-br.php>. Acesso em: 21 jun. 2019.

- ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. “Ela não mereceu ser estuprada”: A cultura do estupro nos casos penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- _____. “Vivendo em uma Cultura do Estupro”: Um estudo empírico dos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará. In: SOUZA, Luanna Tomaz de; ALVES, Verena (org.). *Mulheres e sistema penal na Amazônia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A Soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista Sequência*, n 50, p. 71-102, jul. 2005.
- ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita. *Quando a vítima é a mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio*. Brasília: CNDM, Cedac, 1987.
- BROWNMILLER, Susan. *Against our will: men, woman and rape*. NY: Ballentine Books, 1993.
- COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-20092010-155706/pt-br.php>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- _____. *Violência, gênero e impunidade: a construção da verdade nos casos de estupro*. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista, Universidade Estadual Paulista. 2004. Disponível em: <http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Biblioteca%20unesp.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016[1981].
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>. Acesso em: 28 nov. 2017.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)*, ano 25, 135, set./2017.
- GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- KELLY, Liz. *Surviving sexual violence: feminist perspectives*. Oxford, UK: Polity Press, 1988.
- MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro: As construções da virilidade. *Cadernos Pagú*, 11, 1998.
- MEDEIROS, Carolina Salazar L’Armée Queiroga de. *Reflexões sobre o punitivismo da Lei “Maria da Penha” com base em pesquisa empírica numa Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Recife*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco. 2015. Disponível em: http://tede2.unicap.br:8080/bitstream/tede/553/1/carolina_salazar_queiroga_medeiros.pdf. Acesso em: 21 jun. 2018.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológica crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou “cortesia”? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.
- PISCITELLI, Adriana. Gênero: a história de um conceito. In: ALMEIDA, Heloisa Buarque de; SZWAKO, José Eduardo (org.). *Diferenças, igualdade*. Ed. Berlendis & Vertecch. São Paulo, 2009.
- SMART, Carol. *Feminism and the power of the law*. New York, NY: Routledge, 1989.
- SCULLY, Diana; MAROLLA, Joseph. Convicted rapists’ vocabulary of motive: excuses and justifications. *Social Problems*, v. 31, issue 5, 1984. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/800239?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 26 fev. 2018.
- SEGATO, Rita Laura. A estrutura de gênero e a injunção do estupro. In: SUAREZ, M.; Bandeira, L. (org.). *Violência, gênero e crime no Distrito Federal*. Brasília: Editora UnB, 1999.
- WHISNANT, Rebecca. Feminist perspectives on rape. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Fall 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2013/entries/feminism-rape/> Acesso em: 17 nov. 2018.
- nacionalidade, idade (PISCITELLI, 2009, p. 141).
- (2) Segundo a filósofa Angela Davis (2017), o movimento antiestupro é “o mais dramático movimento associado à luta pela igualdade das mulheres”. (DAVIS, 2017, p. 42)
 - (3) Embora a teorização sobre estupro tenha ocorrido com fôlego nos países centrais, influenciou sobremaneira os feminismos do mundo inteiro, inclusive os brasileiros, que passaram a exigir do Estado reformas legais sobre o crime do estupro, rumo a concepções que dessem conta das diversas experiências de abuso e fossem menos discriminatórias com as mulheres (ANDRADE, 2018, p. 81).
 - (4) Opto por me referir às mulheres que foram estupradas como *sobreviventes*, deslocamento analítico que permite articular a agência dessas mulheres diante da violência. Ver Mailô Andrade (2018).
 - (5) Em inglês: “break the silence”.
 - (6) Em tradução livre: “Contra nossa vontade: homens, mulheres e estupro”.
 - (7) Em um paradigma mais amplo de debates sobre a dicotomia natureza/cultura no conhecimento, a ideia de que vivemos em uma cultura do estupro é arquitetada para indicar que tal crime não é oriundo de uma suposta natureza humana – e por isso podemos pensar na possibilidade de viver em uma sociedade livre dessas violações –, mais decorrente de uma socialização que naturaliza, incita e aceita a violência contra as mulheres. Nesse contexto, a expressão emerge simultaneamente em inúmeras fontes como uma parte significativa da militância antiestupro nos anos 1970, nos Estados Unidos, para denunciar que o estupro é uma prática social culturalmente construída, estimulada e também admitida (ANDRADE, 2018, 2019).
 - (8) O mito do “estuprador negro”, denunciado por Angela Davis ([1981]2016) em *Mulheres, raça e classe* – para quem a crença de que o estupro será, provavelmente, cometido por um homem negro é o mito mais insidioso sobre o estupro (DAVIS, 2017, p. 45) –, é, em outras palavras, a seleção do homem negro como único estuprador imaginável no senso comum, que se reflete no controle racista que exerce o sistema penal – e dentro do estereótipo do criminoso, nada é tão forte quanto o de estuprador (ANDRADE, 2005, p.97)
 - (9) Dos diálogos entre as pesquisas de Vera Andrade (2005) e Ana Flauzina (2006), compreende-se que o controle seletivo do sistema de justiça criminal opera severamente também sobre as mulheres que o buscam enquanto vítimas, construindo a imagem da “vítima perfeita”, a *mulher honesta*, desde a moral sexual dominante, estruturada a partir das imbricações entre gênero, raça e classe. Em outras palavras, e seguindo as lições de Ana Flauzina e Felipe Freitas (2017) que apontam como a vitimização é um privilégio da branquitude (FLAUZINA e FREITAS, 2017, p. 59), a mulher honesta tem cor/raça (é branca). A reserva da honestidade à branquitude faz com que as mulheres de cor sejam interpretadas como desonestas (serão mentirosas ou mais responsabilizadas) e seus relatos de violência serão, com maior facilidade, desconsiderados perante o aparato penal (e a sociedade).
 - (10) Para ampla compreensão do que afirmo, consultar Danielle Ardaillon e Guita Grin Debert (1987), Carol Smart (1989), Sílvia Pimentel, Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer e Valéria Pandjiarjian (1998), Vera Andrade (2005), Danielle Coulouris (2004, 2010), Marília Montenegro Pessoa de Mello (2015), Carolina Salazar Queiroga Medeiros (2015), Gabriela Perissinotto de Almeida (2017) e Mailô de Menezes Vieira Andrade (2018).
 - (11) De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2016), das 726.712 mil pessoas encarceradas no país todo, 11.539 mil são por condenações pelo crime de estupro, um percentual de 1,58%. No Estado do Pará, segundo dados fornecidos pela Superintendência do Sistema Penitenciário do Estado do Pará (SUSIPE, 2017), o percentual é de 3,70% de presos pelo artigo 213, o que corresponde a 605 apenados em todo o Estado, dos quais, segundo o INFOPEN (2016), 83% são homens negros, percentual superior à média nacional, que é de 64%. Disponível, respectivamente, em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf e <http://www.susipe.pa.gov.br/content/susipe-em-n%C3%BAmoros>.
 - (12) As informações foram obtidas no contexto da minha dissertação de mestrado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará, mediante protocolo de ofício de requerimento das informações, que foram encaminhadas pelos órgãos estaduais por e-mail (ANDRADE, 2018).
 - (13) O Ipea (2014) estima uma média de 527 mil estupros por ano no Brasil, 1 a cada 11 minutos, sendo que 89% das vítimas são mulheres e apenas 10% dos estupros sofridos são reportadas à polícia (IPEA, 2014). Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnica11.pdf.

Notas

- (1) Associo, como muitas, os movimentos feministas a ondas, para fins didáticos. Nessa linha, a primeira onda dos feminismos, ocorrida entre o final do século XIX e início do século XX, indica a articulação de mulheres por demandas que envolviam direitos políticos e civis. Por sua vez, durante a segunda onda dos feminismos, algumas das principais categorias do pensamento feminista foram desenvolvidas para desnaturalizar as relações de opressão e submissão das mulheres, dentre as quais patriarcado e gênero, enfatizando, entre outras pautas, a violência contra as mulheres. Na terceira onda, demandas como a desuniversalização e dessencialização da categoria mulher ecoaram por meio das feministas lésbicas, negras e de Terceiro Mundo, que enfatizaram as diferenças e demandaram que o gênero fosse pensado como parte de um sistema de diferenças, no qual as distinções de feminilidade e masculinidade se entrelaçam com as diferenças de raça, sexualidade, classe,

Mailô de Menezes Vieira Andrade
Mestra em Direitos Humanos pela UFPA. Advogada.
ORCID: 0000-0003-4499-9162
mailoandrade@gmail.com

Recebido em: 01.07.2019

Aprovado em: 29.07.2019

Versão final: 09.08.2019

Criminalização da LGBTQI+fobia no Brasil pós-democrático: possíveis discussões a partir da crítica criminológica

Luciana Costa Fernandes

Introdução

2019 tem sido um difícil ano, sobretudo para aquelas pessoas que militam contra e/ou são interpeladas pelas LGBTQI+fobias. A despeito do resultado da corrida eleitoral do ano que passou,⁽¹⁾ que levou à presidência Jair Bolsonaro,⁽²⁾ e nomeação de Damara Alves como ministra da pasta Mulher, Família e Direitos Humanos,⁽³⁾ o Supremo Tribunal Federal equiparou, por maioria, a LGBTQI+fobia ao racismo (Lei 7.716/89)⁽⁴⁾ para fins de responsabilização penal pela prática. A decisão, que implica na previsão da criminalização das hostilidades com base em identidades de gênero e orientação sexuais que destoam da cisheteronormatividade⁽⁵⁾ emerge no centro das tensões políticas narradas, negociando aparência de proteção normativa em um contexto de ofensivas que tem demandado cada vez menos estar mascarada – porque retrato dos autoritarismos que vivemos.

Assim, integra as pautas pela resposta penal o cenário de disparada, no Brasil, de violências contra essas minorias. O Brasil é um dos países que lidera o ranking mundial de violações de direitos humanos contra pessoas em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. Em 2018, foi publicado pelo extinto Ministério dos Direitos Humanos (2018) o incremento de denúncias de violações de direitos registrados pelo Disk 100:⁽⁶⁾ embora patente a subnotificação dos casos, só naquele ano teriam havido 2.963 violações registradas. O Grupo Gay da Bahia (2018, p. 01) também mapeou a morte violenta (incluindo suicídio), no país, de 420 LGBTQI+.⁽⁷⁾ Por último, a organização não governamental International Transgender Europe (2016, p. 13-14) denunciou a ocorrência, entre 2008 e 2016, de pelo menos 868 homicídios no Brasil contra pessoas transexuais, a maior taxa em todo o mundo.

Entre as demandas pelo reconhecimento e por contrapartidas estatais, emergem as pautas populistas criminológicas, tendenciosas, para amansar as reivindicações, já que aparelhadas pela autossuficiência que o simbolismo próprio da resposta penal carrega. Nesta investigação, a proposta é a de questionar as principais argumentações que promoveram a adesão ao projeto criminalizante, a partir dos referenciais da criminologia *queer* e criminologia racial, e a legitimidade democrática da solução, considerando regras fundantes em matéria constitucional e penal.

1 Funções declaradas da LGBTQI+fobia e os aportes da crítica criminológica

Parte da sustentação dos discursos que demandaram a criminalização da LGBTQI+fobia esteve centrada na opinião de serem os atuais instrumentos jurídico-normativos inexistentes ou insuficientes para a reprimenda e consequente prevenção de atentados contra essa população. Costuma-se dizer que as violações praticadas não encontravam ressonância na legislação vigente, motivo pelo qual a regra é a de restarem impunes. A certeza da improvável responsabilização, por sua vez, incentivaria novas práticas, formando-se um ciclo contra o qual caberia à resposta dura em matéria criminal romper, preferencialmente recorrendo-se ao sentido mais afilativo da pena.

Uma primeira questão pode ser trabalhada pelo campo de entrelaçamentos entre os estudos criminológicos e a teoria *queer*⁽⁸⁾ – por algumas pessoas reivindicado como criminologia *queer* (CARVALHO, 2018, p. 201 e ss.). O discurso cultural hegemônico quanto a sexo-gênero-sexualidade se estabelece na pretensa universalidade e racionalidade de estruturas binárias, permeado por processos de significação que reificam o masculino e o feminino. Os modos de referência da identidade e dos afetos são capturados para que se normalize na cultura a ideologia de que homens vivam a sua masculinidade e mulheres sua feminilidade e para que as pessoas que vivenciam experiências dissidentes, como LGBTQI+, vivam em condição de seres abjetos.

Sob esse marco epistemológico, as “linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente construído e a ‘expressão’ ou ‘efeito’ de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual” (BUTLER, 2014, p. 38) são percebidas como produtoras da sociedade profundamente cissexista (KAAS, 2016) em que vivemos. Dessa forma, a LGBTQ+fobia pode ser situada nos arranjos que tomam a heterosocinormatividade como organizadora política e social (RODOVALHO, 2016), impondo às pessoas que *performatizam* as rupturas com a ordem normativa violências que operam em diversos níveis.⁽⁹⁾

Pensar sobre a complexa matriz cultural a partir da qual se estrutura a LGBTQI+fobia nos leva a questionar se o *mero* cumprimento de uma pena afilativa poderia, de fato, promover uma alteração dessa ordem. Em que medida o poder de punir tem potencial para transformar o domínio do cissexismo, que é base das ameaças aqui tratadas? Se os altos índices das violências se devem a estruturas anteriores, e que dizem respeito à reflexão sobre a heteronormatividade compulsória, reivindicações pela igualdade que continuam a crer no Direito Penal como capaz de romper com essa ordem são, para dizer o mínimo, ingênuas.

Uma segunda questão gira em torno da advertência de que os atentados contra a população já poderiam, em tese, ser enquadrados nos crimes da legislação penal geral e especial. Vale lembrar que a tipificação dos crimes de homicídio, injúria, lesões corporais e crimes sexuais, por exemplo, remonta ao século passado e incide nos casos mesmo sem a qualificação desses atos como da ordem do preconceito. Se, mesmo assim, não tem sido a resposta penal capaz de impedir o aumento dessas ocorrências, é possível que a real dificuldade enfrentada não esteja no campo efetivamente normativo – agora “solucionado” pelo STF –, mas sim no da aplicação prática, quando a dificuldade passa pelas estruturas também cissexistas das agências do sistema penal responsáveis pela investigação e instrução processual.⁽¹⁰⁾

Localizada na trajetória epistêmica da crítica criminológica, o debate das determinações não determinantes das violências contra essas minorias pode ser problematizado a partir da análise dos fatores de vulnerabilização (BATISTA, 2017, p. 46-51) do poder punitivo. Décadas de produção acumuladas na área já assentaram a constatação de que os processos de vitimização e criminalização operam diferencialmente e estão também relacionados às relações

de poder que conformam identidade de gênero e orientação sexual.

É nessa linha que se pode supor que, além de ingênuas, as demandas pela criminalização podem ser lidas como incongruentes, porque negociam com um sistema que, enquanto historicamente imbuído pela demarcação das relações de dominação, produz violências sequenciais à população LGBTQI+, que é criminalizada e vitimizada. Pesquisas que mapeiam as condições sub-humanas em que essa população vive sua passagem pelo cárcere (CANHEO, 2017), e as violências que suporta quando recorre ao sistema para denunciar atentados (LEMOS, 2017) são exemplos disso.

A crença no aprisionamento como solução para demandas que nos convocam a fissurar diferenciações de base estrutural soa como mais do mesmo. Assim foi, guardadas as diferenças de pauta, com o feminicídio; com o racismo:⁽¹¹⁾ não há sequer uma pesquisa que revele que esses fatos têm sido coibidos pela possibilidade do cárcere. Por que achar que, agora, será diferente?

Quanto à promessa da prevenção, há décadas se vem problematizando as chamadas “ilusões re”⁽¹²⁾ nas produções críticas em criminologia. A história dos discursos criminológicos, observando as relações de poder constituintes da questão criminal, nos coloca diante dos problemas para se atender ao *clamor* por punição em nossa região. Por aqui, a história racista de legitimação e exercício do controle de corpos negros através da pena (FLAUZINA *et al*, 2015) e de manutenção dos privilégios da supremacia branca implicados no poder de punir (PIRES, 2018) revela que a *seletividade* é imanente ao sistema. A cultura punitiva que se constrói na adesão ao falacioso discurso liberal clássico da prevenção naturalizou, em verdade, o maior crime contra a humanidade contemporâneo: o genocídio do povo negro. E isso só se mantém porque a prisão se constrói como destino dos “outros” e como exitosa estratégia que silencia as estruturas de base das opressões: “*Esse é o trabalho ideológico que a prisão realiza – ela nos livra da responsabilidade de nos envolver seriamente com os problemas de nossa sociedade, especialmente com aqueles produzidos pelo racismo e, cada vez mais, pelo capitalismo global*”. (DAVIS, 2018, p. 16-17).

Assim, negociar o reconhecimento de direitos através do recrudescimento penal é assumir as consequências naturais do sistema prisional por excelência racista e cisheteronormativo. É admitir que se demanda uma resposta que será, necessariamente, seletiva e, portanto, reprodutora das históricas matrizes de opressão de raça, classe e sexualidade em todos os níveis de sua intervenção – da vitimização à criminalização: um sistema que nunca pôde diminuir os ataques contra os grupos minoritários e ainda autoriza as opressões contra os mesmos; e no qual são mantidos os ciclos de privilégios e vantagens históricas de que usufruem os grupos hegemônicos.

2 Ativismo judicial em tempos de pós-democracia

Um último bloco de reflexões percebe a decisão do Supremo situada em um contexto singular para o ativismo judicial. Os tensionamentos à imparcialidade do Judiciário e das bases democráticas em matéria processual têm ganhado novos contornos desde as mais recentes discussões sobre a operação Lava Jato. Em tempos duros de pós-democracia e de emergência de conservadorismos,⁽¹³⁾ o Poder Judiciário, munido das aparências de neutralidade, se apresenta como interessante condutor do arquétipo de cena política favorável ao neoliberalismo.

Isso porque, sob o manto do discurso da aplicação igualitária da lei, permanecem enfraquecidos os debates sobre a forma como a composição histórica da agência judiciária pelas elites tem determinado que as decisões, inexoravelmente, marquem privilégios de raça, classe, gênero, sexualidade. Ainda, sobre como a dificuldade contramajoritária da atuação judiciária deveria, de uma vez por todas, determinar

que a atuação desse poder se subordinasse à inércia ou ilegalidade das instâncias com representatividade. A falta do respaldo do voto popular à magistratura tem inclusive facilitado uma cada vez maior complacência no apelo ao clamor público, já que “*o distanciamento em relação à população gerou em setores do Poder Judiciário uma reação que se caracteriza pela tentativa de produzir decisões judiciais que atendam à opinião pública (ou, ao menos, aos anseios externados na opinião pública pela mídia)*”. (CASARA, 2018, p. 75).

Se o debate tem tónus em qualquer área das ciências jurídicas, na área criminal ganha ainda maior relevância, na qual as regras da legalidade e da intervenção mínima funcionam como bases, ao menos em teoria, inegociáveis. A percepção de que a responsabilização penal é a mais atentatória a direitos humanos informa que apenas as violações mais gravosas, e quando nenhuma outra esfera de responsabilização oferecer contrapartida suficiente, devem sujeitar alguém à possibilidade do exercício do poder punitivo – intervenção mínima.

Esse também é o motivo de a opção pela criminalização ter que passar pelo filtro do legislativo, cuja representatividade refletiria o mínimo de participação na decisão sobre quais seriam esses casos. Inserida como cláusula pétrea no artigo 5º, inciso XXXIX da CF, a regra da legalidade funciona como um aparelhamento democrático, já que institui que as leis penais devem emanar dos órgãos legislativos do Estado (BATISTA, 2017, p. 204).

A experiência, cada vez mais, é a de uma total prescindibilidade das regras que dizem respeito à repartição de poderes e soberania popular em favor das demandas por mais punição e por mais atuação judicial. Quando se autoriza que o STF inclua uma elementar criminalizadora em uma lei – já que não há controvérsia quanto ao *sentido* de algum dos termos da norma –,⁽¹⁴⁾ inevitavelmente se está alterando o jogo republicano, atribuindo capacidade legislativa a órgão não eleito. Abre-se uma nova porta para que uma elite sem representatividade, e que já se revelou alinhada aos arranjos políticos e da razão neoliberal, assuma protagonismo no processo de delineamentos da pós-democracia brasileira.

Conclusão

O contexto atual para a promoção de ação política na defesa de pessoas LGBTQI+ é sabidamente hostil. Embora as experiências de lutas e de resistências historicamente nos revelem tratar-se de uma discussão para muito além do que o Direito pode cindir, importa refletir desde esse campo. Neste artigo, não se desconsidera a necessidade de reconhecimento das demandas identitárias – inclusive, por responsabilizações. O que se problematiza é o horizonte de prisionização como resposta preferencial para opressões estruturais como as que se debate, imaginando ser a estratégia da criminalização, além de ingênuas e incongruentes, um mecanismo de ofuscamento de possíveis pautas de transformações profundas e duradouras.

O horizonte da contrapartida penal não responde à complexidade estrutural das matrizes de opressão cisheteronormativas, porque não atinge os valores sociais e culturais a que se relacionam nem na sua superfície. Além disso, a promessa da prevenção em termos liberais clássicos é falaciosa. Primeiro, porque antes da decisão comentada, os instrumentos penais de responsabilização plenamente aplicáveis já demonstravam a sua insuficiência. Segundo, porque as agências do sistema penal têm cumprido historicamente a função de reproduzir as opressões estruturais da nossa sociedade – entre as quais incluem-se as de gênero e sexualidade, imbricadas sobretudo ao racismo. Admitir ser a via da criminalização forma do controle seletivo preferencial de corpos negros e de vitimização da população LGBTQI+ e mesmo assim demandar punição é negociar proteção a partir da violação de direitos de *outros* e, ainda, das mesmas minorias.

Por fim, a opção pela criminalização através da via judicial, considerando as regras da legalidade, da intervenção mínima e da separação de poderes, é uma afronta constitucional. Mas tem o condão de revelar o tônus do estado pós-democrático da atual conjuntura brasileira, que parece cada vez mais organizar em segundo plano os espaços políticos com representatividade e, em primeiro, um ativismo do judiciário violador de regras de soberania popular básicas.

Nessa toada, deve integrar a militância pelo incremento dos – ainda limitados – potenciais emancipatórios dos direitos humanos discutir até que ponto devemos nos bastar com aparência de neutralidade na aplicação da norma penal que não reflete sobre os impactos da criminalização. Este artigo caminha nesse sentido: de perceber que a crítica já assentada ao sistema penal deve, de uma vez por todas, interpelar – porque fundantes das reivindicações de base dos direitos das minorias – formas concretas de promoção de ação política que prescindam dos remédios penais.

Referências

- BALLESTRIN, Luciana. Rumo à teoria pós-democrática? In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 41., 2017.
- BATISTA, Nilo *et al.* *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. v. 1 Rio de Janeiro, RJ: Revan, 2017.
- BATISTA; Vera Malaguti. Adeus às ilusões “re”. In: COIMBRA C.; AYRES, L. S. M.; NASCIMENTO, M. L. (orgs.). *Pivetes*: Encontros entre a psicologia e o judiciário. Curitiba: Juruá, 2008. p. 195-199.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *Violência LGBTFóbicas no Brasil*: dados da violência. Elaboração de Marcos Vinicius Moura Silva. Brasília: 2018. Disponível em: <<https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>>.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero*: feminismo e subversão da identidade. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- CANHEO, Roberta Olivato. “*Puxa pro Evaristo*”: produção e gestão da população LGBT presa na cidade do Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, 2018.
- CARVALHO, Salo de. Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer. In: CARVALHO, Salo de; PISA, Evandro Duarte. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 229-254.
- CASARA, Rubens. Precisamos falar da direita jurídica. In: SOLANO, Esther *et al.* (ed.). *O ódio como política*: a reinvenção das direitas no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro *et al.* (ed.). *Discursos negros*: legislação penal, política criminal e racismo. Brado Negro, 2015.
- GGB. *População LGBT morta no Brasil. 2018*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>>.
- KAAS, Hailey. *O que é cissexismo*. Disponível em: <<http://transfeminismo.com/o-que-e-cissexismo/>>.
- LEMONS, Diego José Sousa Lemos; BRANCO, Thayara Castelo. *Contra a LGBTFobia!* Mas a luta não deve passar pela ampliação do sistema penal. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2015/03/26/contra-a-lgbtfobia-mas-a-luta-nao-deve-passar-pela-ampliacao-do-sistema-penal/>>.
- LEMONS, Diego José Sousa. *Contando as mortes da violência trans-homofóbica*: uma pesquisa sociojurídica dos processos criminais na cidade do Recife e uma análise criminológico-queer da violência letal. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2017.
- MISKOLCI, Richard. A Teoria queer e a sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 11, n. 21, p. 150-182, jan./jun. 2009.
- PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 135, p. 541-562, 2018.
- PUTTI, Alexandre. *Bolsonaro comete homofobia ao se referir a Jean Wyllys, diz advogado*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politico/bolsonaro-comete-homofobia-ao-se-referir-a-jean-wyllys-diz-advogado/>>. Acesso em: 06 jul. 2019.
- RODOVALHO, Amara Moira. O cis pelo trans. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 365-373.
- EUROPE, Transgender. *Transrespect versus Transphobia Worldwide*. TvT Publication Series, v. 14, 2016. Disponível em <<https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT-PS-Vol14-2016.pdf>>.

Notas

- (1) Imbuída pelo clamor contra as “ideologias de gênero” e dos falaciosos “kits gays”.
- (2) Presidente que já se autodeclarou, anos atrás, homofóbico e que continua assim se portando nos comunicados oficiais, como revelam os recentes atentados a Jean Wyllys e Glenn Greenwald (PUTTI, 2019).
- (3) Pastora que ficou conhecida após a advertência de que “menino veste azul e menina veste rosa”. Recentemente, foi a público vídeo seu em que adverte a sociedade sobre os perigos de uma “princesa” de filme infantil: “‘Sabe por que ela [Elsa] termina sozinha em um castelo de gelo? Porque é lésbica! O cão está muito bem articulado e nós estamos alienados’”. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=KoRT5cU57cQ>>. Acesso em 03/07/2019.
- (4) No bojo da ADO 26 e MI4733, apresentadas ao STF em 2012 e 2013, com julgamento iniciado em fevereiro e concluído em junho de 2019. Foram 8 votos favoráveis à equiparação da *LGBTQI+fobia* ao racismo e 3 divergentes. Os ministros contrários, Dias Toffoli, Lewandowski e Marco Aurélio, preferiram transferir a responsabilidade da criminalização para o Congresso.
- (5) Diálogo com a definição de LGBTQI+fobia de Diego Lemos e Thayara Branco como “hostilidade geral, psicológica e social contra aqueles(as) que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos do mesmo sexo (práticas homoeróticas). Atuando como forma específica do sexismo, a LGBTFobia rejeita, igualmente, todos(as) aqueles(as) que não se conformam com o papel de gênero predeterminado para o seu sexo biológico. Trata-se de uma construção ideológica que consiste na permanente promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo) e uma forma de identidade de gênero (cis) em detrimento de outra (trans), organizando uma hierarquização das sexualidades e identidades” (LEMONS; BRANCO; 2015).
- (6) Principal centro nacional de recebimentos de denúncias de violação de direitos humanos contra a população LGBTQI+.
- (7) Em 2017 haviam sido 445 vítimas e, em 2016, 343. Produzido há 39 anos ininterruptos, o relatório identificou, no ano 2000, 130 mortes; em 2010, haviam sido 260 (GGB, 2018, p. 01).
- (8) Teresa de Lauretis foi a primeira a usar a expressão *queer theory* enquanto hipótese de trabalho. O termo *queer* remetia a um xingamento e é mantido em sua literalidade para destacar a intenção da sexualidade não assimilada (MISKOLCI, 2009).
- (9) Salo de Carvalho destaca os níveis interpessoal, institucional e simbólico (CARVALHO, 2018, p. 218).
- (10) De acordo o último relatório do GGB “policiais, delegados e juizes manifestam sua homotransfobia ignorando tais crimes, muitas vezes negando sem justificativa plausível sua conotação homofóbica” (2018, p. 18).
- (11) As Leis 7.716/89 e 13.104/2015 trouxeram as opressões de raça e contra as mulheres para fins de tutela penal.
- (12) Para Vera Malaguti: “(...) a partir dos 70, a criminologia crítica constitui-se como um saber que deslegitima o sistema penal como solução à conflitividade social. A partir daquelas leituras já não se podia crer nas *ilusões “re”*: reeducação, ressocialização, reintegração. Pelo contrário, a clientela do sistema penal foi sempre a dos dessocializados, desintegrados, desclassificados. A prisão surge como um grande fracasso nos seus objetivos explícitos, mas sempre um sucesso para diferenciar, arrumar e controlar as ilegalidades.” (BATISTA, 2008, pp.195-196).
- (13) Segundo Luciana Ballestrin, “A conjuntura pós-democrática atual pode ser caracterizada a partir de uma série de eventos que sugerem a escalada global de ajuizamento democrático no seu sentido hegemônico e formal, possibilitado por dentro das próprias instituições democráticas; b) a ascensão de discursos abertamente autoritários, anti-democráticos e anti-humanistas, com apelo e adesão popular/populista; c) a crescente colonização da esfera econômica internacional sobre a vida política nacional; d) o espraiamento da razão neoliberal para todas as esferas da vida pessoal e coletiva, inclusive política; e) esvaziamento da política e da democracia” (BALLESTRIN, 2017, p. 14).
- (14) A ausência do preconceito por identidade de gênero e orientação sexual não está albergada no texto do art. 1º, da Lei 7.716/89: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

Luciana Costa Fernandes

Doutoranda em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Professora substituta de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da UFRJ. Membro associada da “Elas Existem - mulheres encarceradas”. Advogada.
ORCID: 0000-0003-1364-7420
lucianafernandesppa@gmail.com

Recebido em: 07.07.2019

Aprovado em: 06.08.2019

Versão final: 13.08.2019

A tutela punitivista dos direitos das mulheres

Giovanna Migliori Semeraro

Nos últimos anos, a influência de perspectivas feministas no processo legislativo vem se intensificando, tendo como resultado uma série de leis que objetivam maior proteção da mulher. A esfera penal, especificamente, vem sendo a mais utilizada, e certos movimentos feministas comemoraram tais inovações legislativas como conquistas. Tal realidade coloca em cheque a delicada relação entre a criminologia crítica e a perspectiva de proteção aos direitos da mulher. Sobre esse assunto, nos debruçaremos brevemente.

O sistema de justiça criminal promete a proteção de bens jurídicos socialmente importantes por meio de um eficaz combate à criminalidade (considerada o “mal”), através das funções da pena: uma combinação entre (i) a retribuição (castigo), (ii) prevenção geral (intimidação *erga omnes* pela ameaça abstrata da pena), e (iii) a prevenção especial (reabilitação individual através da execução penal). Tal promessa, aliada aos princípios penais e processuais penais liberais (a exemplo da legalidade, igualdade jurídica, devido processo legal), se mostra uma sedutora ideologia⁽¹⁾ – inclusive no âmbito da proteção à mulher.⁽²⁾

Contudo, o sistema de justiça criminal tem se mostrado ineficaz para a proteção das mulheres contra a violência. Não previne novas violências, não escuta os distintos interesses das vítimas, não contribui para a compreensão nem da violência nem da misoginia, e muito menos para a transformação das relações de gênero. E, em resposta, exigem-se ainda mais medidas criminalizadoras.⁽³⁾

Nesse sentido, respostas legislativas têm sido apresentadas: a título de exemplo, apenas no último ano foram promulgadas a Lei 13.715/2018, a Lei 13.718/2018, a Lei 13.771/2018, a Lei 13.772/2018, a Lei 13.827/2019, todas apresentando conteúdo penal objetivando a proteção das mulheres. Se estendermos nosso olhar temporal aos últimos anos, temos ainda a Lei Maria da Penha,⁽⁴⁾ a reforma do Código Penal, em 2005, no que tange aos Crimes contra a Dignidade Sexual, e a criação do feminicídio em 2015.

Tal processo de criminalização, contudo, leva a uma realidade na qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal – inclusive para a proteção de direitos de minorias, a exemplo das mulheres.⁽⁵⁾

Por vezes, justifica-se esse desejo por maior proteção penal à mulher em um aspecto simbólico: é inegável que a visibilidade que o Direito Penal dá aos bens jurídicos por ele protegidos é de grande relevância para fomentar a discussão a respeito de temas antes tratados unicamente como privados.

Contudo, o apelo ao aspecto simbólico deixa de lado a função instrumental do Direito Penal. Por essa perspectiva, o Direito Penal não mais procura tutelar, com eficiência, os bens jurídicos considerados essenciais para a convivência social, mas apenas produzir um impacto tranquilizador sobre o cidadão e sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos, individuais ou coletivos, de justificada insegurança.⁽⁶⁾ Tal concepção de Direito Penal para fins simbólicos, quando aplicado isoladamente, é necessariamente ineficaz.

A questão simbólica não exclui o fato de que esse mecanismo de aumento desmensurado de legislação penal produz efeitos reais. Afinal, o sistema criminal de justiça é orientado por funções intrinsecamente seletivas.⁽⁷⁾ Embora o Direito Penal tenha a pretensão da universalidade, fato é que, na realidade, a criminalização de atos e pessoas é bastante distinta daquela apreendida pelo discurso oficial liberal.

Quando um novo tipo penal é estabelecido pelo legislador, o

sistema cria uma ferramenta para criminalizar aqueles que violam o novo bem jurídico protegido. Todavia, para que essa criminalização seja efetivada, as agências do poder punitivo (aqui entendidas como aquelas relacionadas à aplicação da Lei Penal, principalmente as polícias e o Poder Judiciário) necessariamente procederão a uma escolha do meio de aplicação das novas normas.

Nesse sentido, o processo criminalizador possui duas fases distintas: a primeira, a chamada criminalização primária, se expressa no momento da elaboração de leis penais incriminadoras pretensamente abstratas e gerais – que certamente não são isentas de concretos interesses que permeiam o jogo político.

Tal projeto de criminalização primária é, entretanto, irrealizável. O imenso número de tipos penais, associado à escassa capacidade das autoridades responsáveis pela investigação e punição (tanto no que se refere à falta de recursos humanos quanto materiais) faz com que seja impossível que todos os crimes praticados pelas mais diversas pessoas se tornem objeto da persecução criminal.⁽⁸⁾ Daí surgem duas hipóteses de ação para as agências executivas do poder punitivo: a inatividade absoluta ou a realização de uma nova seleção.

Ora, se não exercido, o poder punitivo tenderá a desaparecer, o que evidentemente exclui tal opção às autoridades. O resultado dessa equação é uma nova seleção das condutas típicas a serem criminalmente perseguidas, em razão de determinados atos e determinadas pessoas.

Essa nova seleção, a que **Zaffaroni** se refere como criminalização secundária, é praticada pelas agências que estão em contato direto com o crime e com o criminoso: principalmente as polícias, que serão as responsáveis por indicar ao Poder Judiciário aqueles que serão etiquetados como delinquentes.

A criminalização secundária é determinada por critérios formulados a partir da influência de outros agentes ligados ao sistema de justiça criminal, ainda que de forma indireta. Fala-se de agentes comunicativos, que atuam conforme os interesses políticos e econômicos dominantes, que elegem o inimigo que ocupará o centro da estrutura inquisitorial do sistema punitivo de cada época.

Tal estrutura faz com que somente determinados atos e determinadas pessoas sejam vistos como os únicos delitos e os únicos delinquentes, criando estereótipos pautados na seleção (i) de fatos grosseiros, cuja detenção e investigação é mais fácil; ou (ii) de pessoas que causem menos problemas aos agentes envolvidos (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva).⁽⁹⁾ Forma-se assim a imagem pública do delincente – facilmente identificada por simples análise do perfil da população carcerária.

Conforme bem nos mostra **Vera Regina Pereira de Andrade**, esse sistema é aplicado também no que tange às mulheres – sejam estas vítimas ou autoras de crimes. A lógica de controle social do sistema penal, que orienta os processos de criminalização e vitimização da mulher, não se afasta das opressões que têm lugar no contexto social.⁽¹⁰⁾

A mulher enquanto vítima de crimes é fragilizada, sendo relegada a seu papel de merecedora de cuidado e proteção. Tal imagem reforça um tipo específico de mulher que pode ser vítima: a título de exemplo, no que tange a crimes sexuais, a ideia de “mulher honesta”, extinta do Código Penal no ano de 2005, ainda perdura de forma simbólica, com a análise, nos casos concretos, do comportamento da vítima.⁽¹¹⁾

É importante lembrar também que, enquanto muito se fala a respeito da proteção à mulher enquanto vítima de crimes, por vezes se

renega a questão da mulher enquanto autora de crimes nas discussões sobre o tema.

A mulher que não se submete aos papéis a ela impostos é, historicamente, criminalizada. Não se deve esquecer, afinal, que a primeira obra que discorreu sobre a legitimidade do poder punitivo sistematizado era voltado contra as mulheres: o *Malleus Maleficarum*, traduzido como “O Martelo das Feiticeiras”, de autoria de **Heirich Kramer** e **James Spreger**, é a obra teórica fundamental para a consolidação do modelo integrado de criminologia.⁽¹²⁾ Tal obra elegera a bruxa como a principal inimiga da sociedade, considerando-a o *mal em si*.

A caça às bruxas, segundo **Silvia Federici**, foi extremamente útil para normalizar comportamentos e disciplinar corpos femininos – elemento essencial para a imposição de um novo sistema econômico capitalista.⁽¹³⁾ Segundo **Rose Muraro**, após a intensa repressão inquisitorial, a mulher é confinada ao espaço doméstico, e a subordinação feminina passa a ser reforçada a partir de leis: o discurso jurídico incorpora preceitos católicos, dando origem a uma série de regramentos que legitimam a inferioridade feminina e o privilégio da masculinidade.⁽¹⁴⁾

Tal lembrança histórica nos serve à constatação de que o Direito Penal sempre se volta ao inimigo social de determinada época, sempre para fins de disciplina. Isso nos serve, inclusive, para analisar determinadas condutas típicas, a exemplo da criminalização do aborto.

A análise da criminologia sob o aspecto feminista não pode ignorar o significativo aumento, nos últimos anos, de mulheres privadas de sua liberdade. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional, entre 2000 e 2016 houve um crescimento da população carcerária feminina de 455%. No mesmo período, o encarceramento masculino também cresceu, mas em taxa bastante inferior. Hoje, o Brasil é a quarta maior população carcerária feminina no mundo.⁽¹⁵⁾

A explicação para este fenômeno do aumento do encarceramento feminino parece orbitar a questão do rigoroso tratamento dado ao delito de tráfico de drogas. A partir de 2006, das mulheres encarceradas, 62% respondem ou foram condenadas por tráfico de drogas, e 11% por roubo. Assim, o agravamento da sanção penal culminada a tal delito, somado à ausência de critérios específicos que auxiliem a identificação da mercancia ou posse de entorpecentes constituem elementos essenciais para a compreensão do encarceramento feminino.

Ao mesmo tempo, o perfil social das mulheres presas não se distancia muito daquele percebido entre os homens encarcerados. A grande maioria, geralmente negras, se encontra em situação de vulnerabilidade econômica; 50% da população carcerária feminina não tinha o ensino fundamental completo; e 74% têm ao menos um filho. Segundo a Pastoral Carcerária, 95% das mulheres encarceradas foram vítimas de violência em algum momento de sua vida antes da prisão.⁽¹⁶⁾

Sob essa ótica, a discussão sobre proteção à mulher passa necessariamente pela análise de outros tipos de opressão.

A aplicação do aparelho disciplinar nas mulheres é tão rígida quanto nos homens, com certas agravantes relacionadas a seu corpo e sua sexualidade: o sistema prisional é pensado por homens e para homens. Questões biologicamente femininas de gravidez, amamentação e menstruação não são tratadas pelo sistema, ou são tratadas de forma não satisfatória ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, a análise feminista da proteção à mulher deve passar, necessariamente, pela criminologia crítica,⁽¹⁷⁾ que entende, de um modo geral, o Direito Penal e a pena como um exercício de poder destinado a manter as estruturas sociais que sustentam as mais diversas opressões e desigualdades, buscando normalizar comportamentos e neutralizar indivíduos indesejáveis.

Uma parte dos movimentos feministas vem buscando afirmar os direitos das mulheres no âmbito primordialmente penal, acreditando

ser este capaz de transformar a realidade – o que a experiência mostra ser uma percepção errônea.

É necessário sempre lembrar que a mão que pune o agressor é a mesma que disciplina a mulher. Fortalecer o maquinário penal para fins de proteção à mulher implica o recrudescimento do mesmo sistema que encarcera um número cada vez maior de mulheres.

E tudo isso porque o Direito – e o Penal em específico – sempre reduz o conflito social (no caso, o conflito de gênero) a um problema individual. A relação jurídica individual é a única arena na qual o Direito realiza seu movimento,⁽¹⁸⁾ ignorando conceitualmente os problemas sociais ou coletivos.

Nesse contexto, os movimentos feministas e outros ativistas devem participar dos debates e construções de novas estratégias para lidar com a proteção à mulher. Mas deve-se buscar não somente sanções penais alternativas, e sim alternativas ao próprio sistema de justiça criminal.

Notas

- (1) ANDRADE, Vera Regina Pereira. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. *Revista de Direito Público*, n. 17, p. 52-75, jul.-ago.-set./2007.
- (2) CARVALHO, Salo de. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 143-169.
- (3) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: O Controle Penal para Além da (Des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- (4) A Lei Maria da Penha, embora não seja uma lei penal, assumiu esse caráter primordial. Quase treze anos após sua implementação, o aspecto interdisciplinar da lei parece ter sido rebaixado, abrindo espaço primordialmente para as questões penais e processuais penais. A título de exemplo, o artigo 8º, incisos V e IX da lei preveem a promoção de atividades educativas de prevenção, destinadas principalmente ao público escolar – o que jamais foi implantado.
- (5) Neste raciocínio também se aplica a recente construção jurisprudencial da criminalização da homofobia.
- (6) ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de direito penal*. 13. ed.. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- (7) BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito penal brasileiro: Primeiro Volume*. Rio de Janeiro: R, 2003. p. 50-51.
- (8) Idem, *ibidem*, p. 44.
- (9) Idem, *ibidem*, p. 45. Segundo Zaffaroni, existem dois outros critérios de seleção que fogem dos padrões de “clientela” do sistema penal: a criminalização pela realização de atos extremamente chocantes e brutais, e a criminalização por falta de cobertura, que atinge um indivíduo que dificilmente seria selecionado pelo sistema de justiça criminal, mas, em razão de uma disputa de poder, se encontra em estado de vulnerabilidade.
- (10) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia...*
- (11) COULOURIS, Daniella Georges. *A desconfiança em relação à palavra da vítima e o sentido da punição em processos judiciais de estupro*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.
- (12) BATISTA; ZAFFARONI, op. cit., p. 46.
- (13) FEDERICI, Silvia. *Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.
- (14) MURARO, Rose Marie. Breve introdução histórica. In: KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum: o martelo das feiticeiras*. 22. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2011. p. 05
- (15) BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN MULHERES*. 2. ed. Brasília/DF, 2018.
- (16) PASTORAL CARCERÁRIA; INSTITUTO CONECTAS DE DIREITOS HUMANOS; INSTITUTO SOU DA PAZ. *Penitenciárias são feitas por homens e para homens*. 2012. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/09/relatorio-mulherese-presas_versaofinal1.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.
- (17) ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia...*
- (18) PACHUKANIS, E.B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 57.

Giovanna Migliori Semeraro

Bacharela em Direito pela PUCSP.
Mestra em Teoria e Filosofia do Direito pela USP.
Professora de Direito Penal e Filosofia do Direito da UniSãoRoque. Advogada.
ORCID: 0000-0002-0638-7707
giovanna.migsem@gmail.com

Recebido em: 02.07.2019
Aprovado em: 25.07.2019
Versão final: 12.08.2019

Porque interpretação não constrangida é vitamina para os anseios de tirania

Lenio Luiz Streck

Em face dos acontecimentos recentes, lembrar de Joseph K. e seu Processo é inevitável. Em determinado momento da trama de **Kafka**, K. vai ao encontro de um contato, Titorelli, que – ficou sabendo – poderia ajudá-lo a agilizar seu Processo, sobre o qual não possuía qualquer informação. Ao chegar ao local, em determinado momento do diálogo, K. depara-se com um quadro, encomendado ao pintor Titorelli pelo próprio Tribunal – quase onipresente, onisciente e, ao mesmo tempo, sorrateiro e inacessível. A pintura retratava, como pareceu em um primeiro momento, a deusa da Justiça. Então, questiona K.: “*mas vejo asas em seus calcanhares e ela não está em plena corrida?*” Responde o pintor: “*é que se trata de uma simbiose entre a deusa da Justiça e a deusa da Vitória*”. Sorrindo, K. retrucou com delicadeza: “*a Justiça precisa estar em repouso, senão a balança poderá oscilar e um veredicto justo é impossível*”.

Com a frente tomada pelo *The Intercept Brasil*, revelando diálogos “privados” (sobre assuntos de interesse público e em razão das funções e cargos públicos ocupados pelos atores dos diálogos) entre procuradores da força-tarefa da operação Lava Jato e o então juiz Sergio Moro, tais notícias trouxeram para o centro do debate público a questão retratada por **Kafka**, no diálogo acima, sobre os limites da atuação entre juízes e partes: acha(re)mos normal que juiz não tenha imparcialidade?

A pergunta é: O Direito pode ser instrumentalizado em favor da cruzada anticorrupção? Concorde(re)mos que juiz possa ser acusador? Juiz pode “comandar” o atuar do MP? Permitiremos que a Justiça, em busca da Vitória, dispere em plena corrida?

Essas questões devem ser enfrentadas de frente. Afinal, embora muitos (inclusive o próprio ministro Moro, que ora nega a autenticidade das revelações, ora as combate como se de fato fossem autênticas) queiram dar a entender que a promiscuidade entre juízes e partes seja normal, se convalidarmos essa premissa, o “precedente” fará com que nossa democracia (já a respirar por aparelhos) saia extremamente enfraquecida da tormenta que vem enfrentando. Os elementos para a tempestade perfeita já temos.

No entanto, todos os fatos revelados até o momento, envolvendo atropelos da legalidade e posturas consequencialistas das autoridades judiciárias, são apenas sintomas de um problema mais enraizado, que há muito venho combatendo: o problema da interpretação do Direito em face da sua necessária autonomia contra seus principais predadores (moral, política e economia). Autonomia entendida como democracia, em que o Direito é condição de possibilidade. Democracia só existe no Direito e por meio do Direito.

O caso *The Intercept*, para além de revelar a promiscuidade com que juízes se relacionam com interesses difusos, privados ou coletivos (caprichosos ou em favor de certo projeto político de poder), colocando-os acima da Lei e no exercício de suas funções, revela a fragilidade do Direito e da sua autonomia. Revela que a dogmática jurídica não conseguiu forjar uma tradição de garantias e liberdades. Produziu próteses para fantasmas.

É preciso sempre lembrar: o Direito é, nesse sentido, garantia,

mas, ao mesmo tempo, algo que deve ser garantido. É garantia, por ser condição de possibilidade para o que se compreende enquanto Estado Democrático de Direito, devendo ser garantido, na medida em que se manifesta por meio da interpretação – dos cidadãos, dos agentes políticos, mas, principalmente, das Cortes. Não basta, portanto, afirmá-lo – em um plano epistemológico – quando nos deparamos com casos como a Lava Jato, apenas mais um na lista em que poderíamos inserir o Mensalão, é preciso defendê-lo.

Necessário dizer o que é Direito e, ao mesmo tempo, dizer como ele deve ser aplicado. Sempre. Em outras palavras, não basta que coloquemos em debate o papel do juiz no exercício do poder jurisdicional do Estado; não basta responder da melhor maneira possível as perguntas acima direcionadas, se ignorarmos a necessidade de construir, dentro de um campo mais sofisticado da racionalidade jurídica (claro, sem ignorar a importância de se debater os limites da relação juízes-procuradores), uma teoria da decisão, problemática que enfrente em *Verdade e consenso* e no *Dicionário de hermenêutica*.

No fundo, o que temos é um eterno retorno à teoria do Direito. “O que é o Direito?” – eis a questão. Por isso, importa muito dizer a seguinte obviedade, embora o óbvio seja ladino: ativismo judicial e, principalmente, *Lawfare* – conceito geral do qual a Lava Jato pode ser considerada um particular – são apenas produtos de uma comunidade jurídica que não se preocupa com o desenvolvimento de um arcabouço teórico que cumpra com o papel de constranger epistemologicamente os operadores do Direito.

Explico: quando falamos em *lawfare*, por exemplo, i.e., na utilização do Direito como arma política para a consecução de objetivos (i)morais, estamos falando de um nome que veio muito depois da coisa. Utilizar o Direito como “não direito”, substituindo os meios democráticos de aferição da culpa, ou lançar mão do “método” primeiro-decido-depois-busco-o-fundamento, colocando-se os fins (no caso a condenação) em primeiro plano e os meios apenas como ornamento, é *lawfare avant la lettre*, por meio do velho ativismo judicial. Ainda assim, durante anos, a doutrina não fez nada senão oferecer um arcabouço criteriológico *ex post facto*; com o único objetivo de justificar decisões já tomadas com base no *livre convencimento* de juízes e coisas similares; como sentença vem de *sentire* e a defesa da livre apreciação da prova. A própria academia colaborou para que esse imaginário fosse construído. Há dissertações e teses sustentando livre convencimento, instrumentalismo processual, verdade real, relativismo interpretativo, ponderação de valores (sem que se saiba que valores são esses) e o malsinado pamprincipiologismo. Não surpreende, assim, que a doutrina esteja a reboque de decisões judiciais, em uma envergonhada confissão de realismo retrô (ao fim e ao cabo, o Direito é o que os tribunais dizem que é).

O professor **Warat** denominava tal fenômeno como “*construção de próteses para fantasmas*”, ou seja, a dogmática jurídica cumpre papel central na perpetração de um modelo antidemocrático e decisionista de jurisdição, pautado na utilização de moldes de argumentação teleológicos, que ignoram muitas vezes limites semânticos básicos da

Constituição, a ponto de se poder afirmar – como tenho feito – que defender a legalidade constitucional é, hoje, uma atitude revolucionária.

A dogmática penal e processual penal como prótese para o fantasma punitivista, ao mesmo tempo em que lota os presídios com presos provisórios, busca solapar definitivamente o princípio da presunção de inocência; bacias de barbeiro que não são o elmo de Mambrino.⁽¹⁾ Pior: parcela da comunidade jurídica é a favor da antecipação da pena; juristas importantes como Joaquim Falcão (poderia nominar outros como José Eduardo Faria e ministros de altas cortes do país), atacam o excesso de direitos ou o formalismo do processo penal. Repito o que venho dizendo: metaforicamente, os juristas que atacam a democrática Constituição e as garantias podem ser comparados a médicos que fazem passeatas contra vacinas e antibióticos. Os médicos não fazem isso. Já no Direito, isso tem sido comum.

A baixa literatura que domina o “mercado” acadêmico das faculdades de Direito tem sua parcela de culpa. As faculdades, na sua grande maioria, não se diferenciam de cursinhos preparatórios para concursos públicos e prova da OAB. Porém, isso não explica, por si só, o fenômeno do punitivismo-autoritarismo, pois, assim como a Lava Jato, e, antes dessa, o Mensalão, e todas as práticas absurdas que se observam no cotidiano forense, tudo isso é produto de “muito esforço” de um imaginário jurídico que não incorporou as conquistas do Constitucionalismo Contemporâneo e não compreendeu o grau de autonomia que deve ter o Direito diante do canto das sereias dos argumentos morais, voz das ruas e quejandos.

Nesse sentido, como sabemos, **Kelsen**, de forma pessimista, defendeu, em sua TPD, que a interpretação feita pelos juízes na sentença é um ato de vontade. Mas onde esse ponto se conecta ao que venho dizendo até aqui? Simples: ao fim e ao cabo, se a sentença judicial é um ato de vontade, produzindo o juiz uma norma individual, então o Direito acaba sendo aquilo que os juízes dizem que é. Embora muito discutível, autores como **Michel Troper** chegam a dizer que, aqui, haveria um ponto de forte aproximação de **Kelsen** com o realismo jurídico. Exageros à parte, é inegável que, no resultado final de sua proposta interpretativa, **Kelsen** acaba por aceitar ao menos parte dessa premissa. Principalmente se tivermos em conta a obra escrita por ele nos tempos em que vivenciou diretamente a experiência do *common law*. Veja como **Kelsen** está enalacrado em nossa alma.

É correto, portanto, afirmar que o ovo da serpente de tudo que discutimos até aqui (*Lawfare*, caso The Intercept, Lava Jato, punitivismo, ativismo judicial etc.) não se encontra em nenhuma outra tradição teórica que não a do próprio positivismo jurídico, seu conceito de Direito e a despreocupação para com a decisão jurídica. Afinal, a fórmula *autoritas non veritas facit legis* é que está na raiz do problema da discricionariedade não enfrentado pela tradição positivista (nas suas diversas versões); inserida em um contexto político com baixa tradição democrática, não poderia provocar nada diferente do que aquilo que a imprensa revelou nessas últimas semanas: o lado obscuro da justiça, algo como *The dark side of the justice*.

Interessante notar que importantes professores de importantes universidades fazem coro às relações conjuminadas de Sérgio Moro e a força-tarefa da Lava Jato. Ao lado disso, camadas numerosas de um baixo clero jurídico (como no Parlamento, no Direito há também essa camada) vociferam contra a Constituição, dizendo que a violência estrutural da sociedade é culpa do excesso de direito. Muitos confundem garantismo com marxismo. Assim, como jabuti não nasce em árvore, é possível perceber as razões pelas quais tantos reacionários saem do armário a cada dia em Pindorama.

Em outras palavras, considerando que vivemos em um país onde (i) a dogmática jurídica não se preocupa em constranger

epistemologicamente os operadores do Direito; (ii) esses mesmos operadores nasceram e foram criados em uma tradição político-organizacional marcada pela modernidade tardia, onde aqueles que atuam em nome do dito “poder oficial” tomam “posse” de seus cargos; (iii) parcela considerável da comunidade jurídica acredita que **Hans Kelsen** era um exegeta, o que acaba por ocultar o real problema do positivismo pós-exegético, que é justamente a discricionariedade judicial, matriz do decisionismo; considerando tudo isso, temos de (re)afirmar a necessidade de direcionar empenho hermenêutico-compreensivo para a formulação de uma teoria da decisão judicial, vencendo o paradoxo positivista, qual seja, o de que basta a formulação de um *é* para o Direito, sem comprometimento algum com o como esse *é* deve ser aplicado. Sem controle das decisões, não há garantia de direitos. A jurisdição cumpre papel muito crucial dentro de uma democracia para que a entreguemos a qualquer vontade conjuntural que não a do Direito.

Uma palavra final. O papel da doutrina e da academia é criar constrangimentos epistemológicos para com o judiciário e o ministério público (nesse sentido, meu verbete *Constrangimento epistemológico no Dicionário de hermenêutica*). E que não se pense que é um exagero, um *overstatement*, dizer que o constrangimento epistemológico no âmbito do Direito é condição de possibilidade para uma democracia autêntica, que se respeite enquanto tal. Não, não é exagero. E recorro à história. Quando da edição das leis de Nuremberg, em 1935, os nazistas utilizaram-se exatamente do sistema jurídico como ferramenta de poder, fazendo com que ele fosse nada mais que um instrumento do *Führer* e seus objetivos. O processo que serviu de sustentação à instrumentalização *nazi* só foi possível através do fortalecimento de uma cultura cuja lógica servia de incentivo ao *direcionamento* interpretativo das leis – e só se *direciona* a interpretação inautêntica, por meio da qual o intérprete atribui sentido livremente –, conduzindo o raciocínio judicial de modo a adequar a aplicação da lei aos objetivos do regime. Qual é o ponto? Exatamente a expressão utilizada pelo professor **Michael Stolleis**, que o faz recorrendo à obra de outro professor-historiador **Bernd Rüthers**, para definir essa prática: *Die unbegrenzte Auslegung* – uma interpretação... não-constrangida. Faltou constrangimento. Exatamente num momento em que, segundo o mesmo **Stolleis**, os nazistas “vulgarizavam” o Direito através da “*infusão da moralidade*”. Algo que venho criticando e denunciando em nosso contexto há anos. Por aqui, a infusão da moralidade no Direito está acabando com as garantias processuais.

Interpretação não-constrangida e moralização do Direito são ingredientes que vitaminam ansiosos autoritários. Se ainda havia dúvidas sobre isso, a história aponta que isso leva sempre à tirania.

Nota

- (1) Cervantes, sempre genial, Quixote, sempre necessário: “Pois é possível que, andando comigo há tanto tempo, ainda não tenhas reconhecido que todas as coisas dos cavaleiros andantes parecem quimeras, tolices e desatinos, e são ao contrário realidades? E donde vem este desconcerto? Vem de andar sempre entre nós outros uma caterva de encantadores, que todas as nossas coisas invertem, e as transformam, segundo o seu gosto e a vontade que têm de nos favorecer ou destruir-nos. Ora aí está como isso, que a ti parece bacia de barbeiro, é para mim elmo de Mambrino, e a outros se figurará outra coisa”.

Lenio Luiz Streck

Doutor e pós-doutor em Direito.

Professor titular da Unisinos-RS e da Unesa-RJ. Advogado.

ORCID: 0000-0001-8267-7514

lenios@globomail.com

Recebido em: 02.08.2019

Aprovado em: 02.08.2019

Versão final: 10.08.2019

Fragilização democrática e poder judiciário: A cumplicidade dos juízes no processo de ascensão de autoritarismos no Brasil

Bruno de Almeida Passadore e Camila Rodrigues Forigo

1 Introdução

O presente estudo terá por objeto de análise a fragilização da democracia brasileira a partir da eleição de Jair Bolsonaro, fazendo-se um paralelo entre referida situação e o papel do Judiciário. Será apresentada hipótese acerca das razões para ascensão do líder demagogo, bem como será abordado um movimento em sentido próximo, de viés altamente oligárquico e autoritário no âmbito da magistratura nacional.

2 Democracia brasileira em crise

O projeto de 30 anos atrás de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; “garantir o desenvolvimento nacional”; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º da CF) parece algo vazio ante a persistente pobreza, desigualdade e injustiça que se mantém no Brasil.

Por natural, criou-se uma situação de desencanto em relação às previsões contidas na Constituição, colocando-a em claro descrédito social. A população, claramente insatisfeita com a situação, em detrimento de buscar novas formas de aprofundamento democrático para fazer valer a plena dignidade sua e de seus pares, iniciou um ciclo de desconfiança do regime iniciado em 1988.⁽¹⁾

A resposta buscada, portanto – e incentivada por uma inadequada influência de alguns setores políticos insatisfeitos com uma série de privilégios que a Constituição lhes ceifou (ou deveria tê-lo) –, foi a tolerância com a exclusão e violações a direitos.

Afinal, sendo a sociedade uma organização artificial, pela qual uma ordem é gerada com o fito de estabelecer as bases políticas necessárias para que a sociedade se desenvolva em sua plenitude (SADEK, 2003, p. 18), o descompromisso com a factibilidade dos direitos sociais abre espaço para descontentamentos e buscas por alternativas fora do marco constitucional.

Como lembra Dahl, “a existência de convicção bastante disseminada entre cidadãos e líderes, incluindo as convicções nas oportunidades e nos direitos necessários para a democracia”, é algo que aumenta substancialmente as chances de sucesso de um regime democrático (DAHL, 2001, p. 63). Conseqüentemente, a descrença nesses paradigmas, ocasionada por uma falha da organização política em garanti-los, é um fator de abertura para autoritarismo.

A crise da democracia brasileira deu mostras de evidente recrudescimento com a ascensão de Jair Bolsonaro à presidência. Alçou-se ao mais importante cargo da administração pública personagem claramente descomprometido com as balizas normativas e com padrões internacionais de Direitos Humanos; que levanta dúvidas sobre a legitimidade do sistema político brasileiro; nega legitimidade aos seus oponentes; encoraja a violência; e mostra clara propensão a restringir direitos e garantias fundamentais (FOLHA DE S. PAULO, 2018). Assim, possível, a partir do escólio de Levitsky e Ziblatt, classificá-lo como demagogo autoritário com tendências a subverter a ordem e romper com o pacto democrático (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33/34).

Historicamente, a literatura especializada igualmente justifica

a ascensão de diversos totalitarismos em solo europeu na primeira metade do século XX a partir da incapacidade dos regimes liberais do entreguerras em fazer frente às crises econômicas do período e que levaram diversos países à bancarrota juntamente com seus cidadãos (MAZOWER, 2001, p. 19).

Utilizando-se de paradigma weberiano, cria-se uma situação pela qual fragilizam-se as características da dominação predominantemente burocrática na realidade do país, e em lugar de uma forma de organização baseada na universalidade das normas e capazes de conferir impessoalidade ao poder, se inaugura um movimento em prol de um regime sem limites. Essa nova organização política, fundada no carisma de alguém e não mais nas leis ou Constituição, legitima-se em uma fonte de poder extracotidiana livre de controle e, assim, capaz de realizar uma ligação direta entre o líder e o povo. Nesse aspecto, à liderança carismática é conferida a possibilidade de derrubar o passado e, de forma revolucionária, garantir-lhe a eficiência necessária para solucionar as mazelas que afligem a sociedade e incapazes de serem resolvidas pelas bases políticas tradicionais em ruínas.⁽²⁾

3 O judiciário nesta crise

Na mesma linha da crise democrática apresentada, entende-se que, na atual conjuntura, os órgãos jurídicos se aristocratizaram e, no momento, também assumiram uma postura de fragilização constitucional. Sem querer esgotar o tema, por ser este o local inadequado para tanto, analisa-se brevemente estudo do então magistrado Sérgio Moro acerca da operação *Mani Pulite*.

Percebe-se nítido descontentamento do autor com o arcabouço normativo, sendo proposto seu desrespeito com ares de “democrático”; e justificam-se medidas de legalidade duvidosa, uma vez que, na atualidade e supostamente, a “magistratura ganhou uma espécie de legitimidade direta da opinião pública” (MORO, 2004, p. 57) e, para mantê-la, deveria corresponder a anseios midiáticos⁽³⁾ ainda que isso signifique promover o vazamento de informações sigilosas, a deslegitimação do parlamento, a busca de delações e confissões ao arpejo da ordem jurídica, entre outras coisas (MORO, 2004, p. 58/59). Afinal, “a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados” (MORO, 2004, p. 61) e, para corresponder a essa nova fonte de legitimidade da atuação jurisdicional – aparentemente não mais decorrente da Constituição –, diversas garantias constitucionais e a forma processualmente estabelecida para formação da culpa – como a observância da presunção de inocência – tornam-se claros empecilhos.⁽⁴⁾ Ademais, a intolerância com o *iter* processual penal ao arpejo da lei e da Constituição poderia criar um sentimento popular de que o Poder Judiciário seria inadequado ao combate à corrupção e ao crime organizado.⁽⁵⁾

Por outro lado, como se pode facilmente perceber, ao agir de acordo com a opinião pública e sob uma suposta ligação direta entre a sociedade e o juiz, insere-se na esfera de dominação, e tal qual na situação do líder carismático, um claro fator de irracionalidade e, portanto, de abertura para novas formas de organização que usualmente são exploradas pelo líder político demagogo e de tendência autoritária (WEBER, 1982, p. 256/257). Veja-se curiosa passagem doutrinária de José Renato Nalini: “É isso o que deve legitimar um novo protagonismo do juiz

contemporâneo. *Protagonismo saudável, consequência da possível anomalia da função legislativa. [...] O ordenamento torna-se opaco e o juiz lhe devolverá transparência, à medida que vier a aplicá-lo. O juiz, que já foi considerado braço do Executivo, é hoje o braço legitimador do Legislativo. É exclusivamente seu o desafio de fazer conformar a vontade da lei à vontade da Constituição*. (NALINI, 2008, p. 323)

Há, assim, um sistema jurídico no qual os supostos garantidores da ordem jurídica parecem entender que sua autoridade decorre de algum instituto supralegal e hipotético, acima das leis, oligopolizador e que eleva o magistrado a um local social acima do restante da sociedade. Preso nesse paradigma, e antes de ser guardião da lei, “o juiz torna-se o próprio juiz da lei” (MAUS, 2000, p. 196). Não surpreende, portanto, que o poder público deixa de se considerar submetido à Constituição, enquanto programa normativo vinculante, libertando-o a exercer poder sobre a sociedade de forma não racional e não universalizante.

Nesse corpo aristocratizado e altamente politizado, há forte dificuldade de ascensão de certos setores da comunidade, apesar de uma igualdade formal no acesso ao cargo de magistrado pela via de concurso público. A respeito, de acordo com pesquisa do Conselho Nacional de Justiça de 2018, “o perfil da magistratura no país é de homem, branco, católico, casado e com filhos” (CNJ, 2018), havendo, inclusive, uma acentuação do caráter masculino dos juizes brasileiros a partir de 2011, momento em que o percentual de juízas caiu para índices pré-década de 1990 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 9).

Em face dessa situação, conclui-se, na linha de Mosca, que prevalece como critério de acesso à burocracia brasileira – notadamente no Judiciário – menos o conteúdo e mais a submissão a um procedimento formal de aquisição de conhecimento. Para o autor siciliano, uma avaliação baseada unicamente na capacidade intelectual poderia ser prejudicial a esta elite e, assim, seria mais adequado conferir importância a um processo mais facilmente controlado no intuito de reproduzir a elite dominante (MOSCA, 1939, p. 58/59).

Assim, reproduz-se um perfil de escalonamentos sociais que se fecha para certos setores e facilita acesso a outros, permitindo um movimento inercial das elites que, apesar de alterações dos ocupantes de cargos a título individual, mantêm no poder uma mesma ordem de privilegiados ainda que sob um discurso democrático.⁽⁶⁾

Disso, e em que pese um pretensão projeto democrático, pelo qual a sociedade atuaria sobre si mesma, programando suas leis e Constituição, as quais, por sua vez, programariam e garantiriam a sua necessária execução através das decisões de órgãos administrativos, consolidou-se um movimento contrário. Os órgãos administrativos acabam por funcionalizar o Estado, direcionando, a seu juízo, a forma como a organização administrativa será imposta ao cidadão, e, assim, deslocam o procedimento de legitimação da sociedade para si próprios em evidente prejuízo à democracia (HABERMAS, 1990, p. 107/108; FAORO, 2012).

Percebe-se, tanto em Nalini como em Moro, clara tendência antidemocrática quando, em detrimento de reconhecer uma origem legal de seu cargo, que lhe confere anterioridade e legitimidade, abre-se a possibilidade para uma “ligação direta” e, nesse aspecto, extracotidiana entre o magistrado e os dominados, tal qual na análise da ascensão do líder carismático anteriormente exposto.

Ademais, enquanto representante dos novos “donos do poder”, não é surpreendente que o mesmo magistrado que entende que o Judiciário deva conferir legitimidade ao Legislativo, através de interpretações ousadas (para dizer o mínimo) de suas leis, defenda a concessão de auxílio de legitimidade duvidosa aos seus pares, uma vez que estes “tem 27% de desconto de Imposto de Renda” e “precisam comprar ternos e não dá para ir toda hora para Miami comprar terno”.⁽⁷⁾ Afinal, ante essa aristocratização que não é limitada por uma racionalização impessoal, abre-se espaço para, em detrimento de um paradigma

baseado na igualdade intrínseca – imperiosa em uma democracia –, um sistema que tem por característica a superioridade de uma casta que funcionaliza as instituições (DAHL, 2001, p. 75/81).

4 Conclusão

A hipótese apresentada não se mostra de simples defesa e exposição, mormente em razão das limitações de espaço a que foi proposto o corrente estudo. Por outro lado, entende-se delimitada a sintonia entre o discurso que venceu as eleições presidenciais de 2018 e aquele gestado no Judiciário em mesmo período, algo que pode ser inclusive corroborado pela ascensão de Sérgio Moro ao cargo de ministro de Estado.

O argumento é o mesmo. Esgarçamento da racionalidade no modo de dominação e busca por fatores extracotidianos que supostamente possam conferir melhor resposta aos anseios populares. Como aponta Mosca, um dos principais fatores de manutenção ou mudança de elites é a sintonia ou não delas com as forças políticas dominantes que se apresentam (MOSCA, 1939, p. 65/66). Assim, ao ganhar campo um conjunto de ideias que procuram fragilizar uma ordem jurídica racional democrática, nada surpreendente que a mesma elite que comanda a estrutura jurídica que teria por pressuposto a manutenção dessa ordem milite em favor de uma estrutura irracional e altamente oligárquica, exatamente na linha dessas novas forças.

Referências

- FOLHA DE S. PAULO. *Confiança na democracia sobe, mas insatisfação com seu funcionamento é de 58%*. São Paulo, 04. Jun. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/06/confianca-na-democracia-sobe-mas-insatisfacao-com-seu-funcionamento-e-de-58.shtml>>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros*. Brasília, 2018.
- DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Ed. UnB, 2001.
- FAORO, Raymundo. *Os Donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012. Versão e-book.
- HABERMAS, Jürgen. Soberania popular como procedimento: um conceito normativo de espaço público. Trad. Márcio Suzuki. *Revista do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP)*, n. 26, mar. 1990.
- LEBRUN, Gerard. *O que é poder?* São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade. *Revista do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP)*, n. 58, nov. 2000.
- MAZOWER, Mark. *Continente sombrio: a Europa do século XX*. São Paulo: Cia das Letras, 2001.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *Mani Pulite*. *Revista CEJ*, Brasília, v. 8, n. 26, jul.-set. 2004.
- MOSCA, Gaetano. *The ruling class*. Londres: Mcgraw-Hill Book Company, 1939.
- NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2008.
- SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual de virtude. In: WEFFORT, Francisco (org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2003.
- FOLHA DE S. PAULO. *Veja 11 frases polêmicas de Bolsonaro*. São Paulo, 06 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/veja-11-frases-polemicas-de-bolsonaro.shtml>>. Acesso em: 02 jul. 2019.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982.
- _____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 1. Brasília: Ed. UnB, 1999.

Notas

- (1) Vale registrar que esse dilema é corroborado por pesquisas recentíssimas sobre a opinião dos brasileiros acerca da democracia nacional e suas instituições. Segundo pesquisa veiculada em 04 junho de 2019 pelo jornal *Folha de S. Paulo*, 60% dos brasileiros consideram a democracia a melhor forma de governo, mas 58% se dizem insatisfeitos com as instituições, colocando o Brasil entre os últimos colocados em comparações com outros países em que a mesma questão foi avaliada (CONFIANÇA na democracia sobe, mas insatisfação com seu funcionamento é de 58%).
- (2) “A dominação carismática, como algo extracotidiano, opõe-se estritamente tanto à dominação racional, especialmente a burocrática, quanto à tradicional, especialmente a patriarcal e a patrimonial ou estamental. Ambas são formas de dominação especificamente cotidianas – a carismática (genuína) é especificamente o contrário. A dominação burocrática é especificamente racional no sentido da vinculação a regras discursivas analisáveis; a carismática é especificamente irracional no sentido de não conhecer regras. A dominação tradicional está vinculada aos precedentes do passado e, nesse sentido, é também orientada por regras; a carismática derruba o passado (dentro de seu âmbito) e, nesse sentido, é especificamente revolucionária. Esta não conhece a apropriação do poder senhorial ao modo de uma propriedade de bens, seja pelo senhor seja por poderes

estamentais. Só é 'legítima' enquanto e na medida em que 'vale', isto é, encontra reconhecimento, o carisma pessoal, em virtude de provas; e os homens de confiança, discípulos ou sequazes só lhe são 'úteis' enquanto tem vigência sua confirmação carismática." (WEBER, 1999, p. 160).

- (3) “[A] opinião pública, como ilustra o exemplo italiano, é também essencial para o êxito da ação judicial. [...] Enquanto ela [a atuação judicial] contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados” (MORO, 2004, p. 57 e 61).
- (4) “A presunção de inocência, no mais das vezes invocada como óbice a prisões pré-julgamento, não é absoluta, constituindo apenas instrumento pragmático destinado a prevenir a prisão de inocentes. [...] Tal construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade.” (MORO, 2004, p. 61).
- (5) “Em alguns casos, de fato, a descoberta de ilegalidade disseminada provoca críticas ao sistema judicial no sentido de que este estaria sendo inadequado para combater a corrupção.” (MORO, 2004, p. 62).
- (6) O perfil dos magistrados brasileiros é de pessoas com família de altíssima educação e originárias dos estratos sociais mais elevados; e tal oligopolização vem apresentando tendências de acentuação nos últimos anos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018, p. 15).
- (7) Fazemos referência à entrevista do então Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Renato Nalini, à TV Cultura, defendendo a instituição do famigerado auxílio-moradia a juizes e promotores. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=AbrQc22CJE0>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

Bruno de Almeida Passadore

Mestre em Direito pela USP. Especialista em Direito
Internacional pela Georgetown University.
Defensor Público no Estado do Paraná, Curitiba.

ORCID: 0000-0002-7513-1377

bruno.passadore@defensoria.pr.def.br

Camila Rodrigues Forigo

Mestre em Direito pela PUCPR. Secretária da
Comissão da Advocacia Criminal da OAB-PR. Advogada.

ORCID: 0000-0002-5046-0713

camila.forigo@gmail.com

Recebido em: 03.07.2019

Aprovado em: 26.07.2019

Versão final: 09.08.2019

Abolindo desde dentro: as práticas do grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade” no movimento de resistência ao superencarceramento brasileiro

Ana Gabriela Braga, Dana Rocha Silveira,
Eduardo Matheus Ferreira Lopes e Mariana Pinto Zoccal

1 Menos livros, mais grades: o Estado-centauro brasileiro

Apesar de formalmente as instituições públicas se encontrarem em funcionamento, a atual conjuntura política brasileira é preocupante no que concerne à preservação de valores democráticos. Nos últimos anos observamos acontecimentos emblemáticos como o processo de *impeachment* que depôs uma presidenta democraticamente eleita e a prisão de dois ex-chefes da República, que trouxeram para o campo das Ciências Criminais discussões sobre a existência de determinada “crise” no modelo de Estado democrático de direito.

Ocorre que a suposta excepcionalidade do contexto de “crise” no sistema de justiça criminal tem apresentado ares de permanência, principalmente para a população pobre e negra, sobre quem o Estado de Direito se materializa na sua ação punitiva e persecutória. Segundo dados do último Levantamento Nacional, 726.712 mil pessoas se encontram privadas de liberdade no Brasil, com uma taxa de ocupação das unidades que chega a 197,4% das vagas. Dito de outra forma: a superlotação beira o dobro da capacidade das unidades. Desse total, 55% é jovem e 64% desta população é negra, ambos de acordo com os parâmetros oficiais (INFOPEN, 2017).

Esses dados dão alguma dimensão à gravidade e ao aprofundamento “seletivo” deste “superencarceramento” brasileiro. As condições materiais de aprisionamento no Brasil, com desrespeito reiterado – estrutural e sistêmico – aos padrões de garantia dos direitos humanos, é situação que foi denominada, pelo Supremo Tribunal Federal, por “Estado de Coisas Inconstitucional” (ROIG, 2018, p. 284).

Em meio a esse cenário, fomentado pela Lei 11.343 de 2006 – que regulamenta a criminalização do uso e do tráfico de drogas no país – observamos a consolidação do modelo denominado como *Estado-centauro*, que pressupõe a transição do Estado-providência para um

Estado que criminaliza a miséria, aplicando a doutrina *laissez faire, laissez passer* a montante, em relação às desigualdades sociais, mas mostrando-se brutalmente paternalista a jusante, no momento de administrar suas consequências (WACQUANT, 2003, p. 09).

Apesar de possíveis ressalvas, em ambos os contextos – estadunidense e brasileiro – notamos a ocorrência de cortes financeiros em programas sociais, que contrastam com uma “voracidade orçamentária do Estado Penal”, exposta pela explosão da população carcerária. Ambos os sistemas penais também carregam em si marcas da escravidão, não possuindo por objetivo “reabilitar” os presos, mas sim gerenciar custos, controlar populações tidas como perigosas, ou estocá-las em separado para remediar a incúria dos serviços sociais que não se mostram nem desejosos nem capazes de tomá-los sob suas responsabilidades (WACQUANT, 2003, p. 32).

É característica desse modelo a filosofia penal de se “fazer com que o prisioneiro cheire como prisioneiro”, na qual o encarceramento deve ensinar um sofrimento maior e mais longo quanto mais grave for o crime cometido. E assim busca-se fazer crescer aos olhos do eleitorado a crença de que os prisioneiros “pagam suas dívidas” para com a sociedade, acentuando a fronteira simbólica que os demarca e os isola, por meio da retirada de direitos políticos como o voto e de direitos sociais como assistência alimentar, aposentadoria, acesso à moradia, trabalho e educação (WACQUANT, 2003, p. 95/97). A cena descrita nesta análise de Angela Davis ilustra o desmonte dos programas sociais de educação para presos nos Estados Unidos: “Em 1994, em consonância com o padrão geral de criar mais prisões, o Congresso se ocupou da questão da revogação do financiamento universitário para presos. [...] no processo comovente de remoção, os livros, de muitas maneiras, simbolizavam possibilidades de liberdade. Ou, como disse um dos professores maristas, ‘para eles,

os livros estavam repletos de ouro'. Um prisioneiro, que durante muitos anos tinha trabalhado como funcionário da faculdade refletiu com tristeza, enquanto os livros eram levados embora, que não havia mais nada para fazer na prisão – exceto talvez musculação. 'Mas', perguntou ele, 'de que serve esculpir o corpo se não pode esculpir a mente'. Ironicamente, não muito tempo depois de os programas educacionais serem extintos, pesos e equipamentos de musculação também foram removidos da maior parte das prisões nos Estados Unidos". (DAVIS, 2019, p. 62-63).

Após a crise financeira de 2008, a administração federal dos Estados Unidos passou a adotar políticas de redução do encarceramento, por meio de estratégias como a antecipação do livramento condicional, a conversão de prisões em prestação de serviços à comunidade e a diminuição de pena em alguns tipos. Essa postura se deu não por humanismo, mas pela necessidade de se reduzir gastos oriundos das políticas de superencarceramento. O Brasil, de modo oposto, aumentou em 33% o número de presos condenados no período, assumindo destaque como país que mais incrementa os seus números (SHECAIRA; FRANCO; LIRA, 2016, p. 02).

No tocante aos gastos públicos, por seu turno, o Brasil corroborou o discurso de "austeridade econômica" e aprovou, em 2016, a Emenda Constitucional 95, conhecida por instituir um novo regime fiscal, limitando as despesas primárias da União ao que foi gasto no ano anterior, corrigido pela inflação. E nessa toada, observamos o crescimento exponencial do índice de desemprego e/ou subemprego, a queda abrupta da renda das famílias e estagnação econômica, que tem feito crescer o risco de o Brasil retornar ao Mapa da Fome, conforme estudo da Organização das Nações Unidas (UOL, 2018).

Em relação à educação nacional, observamos o aumento no processo de esfacelamento dos sistemas públicos de ensino, por meio do rebaixamento da formação escolar dos mais pobres, da desqualificação da atividade docente, da redução do financiamento público, da pauperização das escolas e de ampliação dos processos de privatização. Encontramos em disputa agendas educacionais ultraliberais, pautadas na competitividade; ultraconservadoras e reacionárias, que consagram a "família tradicional" como unidade elementar de organização social; e democráticas, que buscam produzir modelos de aprendizagem inclusivos, que integrem o mundo externo aos salões herméticos da academia (CASSIO, 2019, p. 16).

2 Sedimentando caminhos: as experiências de liberdade do CEL

O Grupo "Cárcere, Expressão e Liberdade" é vinculado à Pró-Reitoria de Extensão Universitária (PROEX) da Universidade Estadual Paulista (UNESP), tendo uma atuação contínua nos estabelecimentos prisionais da região desde 2001. O coletivo é composto por aproximadamente 30 membros, dentre eles estudantes de Direito, Serviço Social, Relações Internacionais e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNESP.

Adotando uma perspectiva que se propõe transformadora, "na prisão e contra ela" (BRAGA, 2010), pretendemos disputar os sentidos tradicionais atribuídos à pena privativa de liberdade e à verticalidade entre sociedade e prisão. Com este norte, em 2018, iniciamos o Projeto "Me Livro" – o primeiro dos eixos ativos do CEL –, uma proposta de leitura conjunta de livros com as pessoas presas na Penitenciária Masculina de Franca, o qual implica remição de pena para os envolvidos.

Além desse projeto, atuamos em dois outros eixos visando a ampliação das liberdades nestes tempos de recrudescimento: desde o final de 2017, participamos, como fundadores e articuladores, do Conselho da Comunidade de Franca sobre o Sistema Penitenciário, órgão previsto na Lei de Execução Penal e pouco implementado no Brasil (LOBOSCO, 2014, p. 132), com o anseio de consolidar os mecanismos sociais de controle da atividade prisional e apoio aos trabalhos de

reintegração social. E a terceira frente do CEL, que implementamos no início de 2019, propõe discussão de temas relacionados ao sistema de justiça criminal, comuns nos ciclos universitários e jurídicos que integramos, com alunos dos Ensinos Fundamental e Médio, em uma escola de Franca. Esse contato prevê discussões sobre aprisionamentos, raça, gêneros e sexualidades e políticas de drogas, dentre outros, com uma proposta nítida de redução e superação das prisões físicas e sociais que encontramos nas diversas instituições de atuação do grupo, bem como de construir um saber crítico e autônomo em conjunto com os educandos (FREIRE, 1967; HOOKS, 2013).

A estrutura do projeto "Me livro" – objeto deste artigo – é baseada em três encontros mensais. Na primeira semana do mês, faz-se a entrega dos livros, uma apresentação da história literária e seu contexto, bem como dá-se um *feedback* do mês anterior. Após quinze dias, com algum tempo para o grupo avançar na leitura, há uma retomada de temas mais presentes na obra; são priorizadas atividades lúdicas e dinâmicas para reflexão coletiva. Por fim, a última semana é reservada para a aplicação de uma avaliação em formato de resenha, a qual será avaliada pelos extensionistas, e, após correção, enviada ao Juízo das Execuções Criminais para julgamento da remição. Na ocasião do *feedback* mensal, buscamos realizar devolutivas ao preso sobre o seu desempenho na resenha e, quando preciso, planejamos em conjunto formas de aprimorá-lo.

Diz-se que "entre o preso e a pena, só tem a grade" (LOURENÇO FILHO, 2019). O fato de as atividades serem realizadas no interior da ala escolar da unidade prisional, que é vinculada à Escola Estadual Prof. Helena Cury de Tacca, contribui, de certa forma, para uma quebra de padrões de ação e relação esperados no interior da prisão. O momento de retorno para a cela e a "tranca" (SABAINI, 2012, p. 141), a qual marca o fim de ações "externas" do preso, ao crepúsculo do dia, coincide com a saída do CEL das dependências da prisão.

3 Abrindo janelas: o CEL enquanto movimento social abolicionista

Conforme apresentamos, o CEL surgiu no âmbito da universidade, e vem ocupando espaços como a Penitenciária de Franca, o Conselho da Comunidade e uma escola da cidade. Ao buscar "fazer do cárcere menos cárcere", o nosso intuito inicial era o de construir, ainda que momentaneamente, espaços que rompessem com o isolamento e o hermetismo característico do sistema prisional, incentivando ali a ocorrência de reflexões e diálogos.

No entanto, no decorrer do projeto, passamos a sentir a necessidade de envolver a universidade pública e a comunidade de Franca nas discussões próprias relacionadas ao sistema penal, em razão de um tríplice estigma enraizado no imaginário coletivo, de ordem: a) moral, ao legitimar o banimento da cidadania dos presos por prévias violações a lei; b) de classe, em razão de em regra serem pobres em uma sociedade que venera a riqueza e concebe o sucesso como resultado do esforço unicamente individual; c) de casta, por serem majoritariamente negros, em uma sociedade que os enxerga como despidos de "honra étnica" (WACQUANT, 2003, p. 97).

Em nossos espaços de atuação, notamos a produção de subjetividades que pouco questionam a existência e o funcionamento do sistema de justiça criminal. Por sistema penal, compreendemos a totalidade das leis, teorias, categorias cognitivas e instituições que operacionalizam o controle penal, e que programam e legitimam a sua atuação, seus vínculos com a mecânica de controle social global e a construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza em cada um de nós (ANDRADE, 2006, p. 469). Assim, para muitos, o sistema lhes parece normal e representa a única via possível diante do crescente sentimento de insegurança fomentado por meios de comunicação de massa.

Contudo, no CEL, adotamos uma postura contra-hegemônica no tocante ao tema, no que já se denominara como *abolicionismo*

acadêmico (HULSMAN, 2012, p. 136), que consiste em um “projeto na universidade no qual se parte da ideia de que o sistema penal não é legítimo”. Para nós, a abolição não significa pura e simplesmente abolir as instituições de controle, mas abolir a cultura punitiva, superando assim a organização “cultural” e ideológica do sistema penal. O primeiro passo, portanto, consiste na abolição da pena em nós mesmos, pela mudança de atitudes, comportamento, percepções e linguagens (ANDRADE, 2006, p. 473)

Ao nos depararmos com a deslegitimação do sistema penal, que resulta de um amplo espectro de desconstruções teóricas e práticas, buscamos inserir nossa atuação cotidiana no que se caracteriza como “dupla via abolicionista” – enquanto perspectiva teórica e movimento social – e que tenha por horizonte o rompimento com os muros acadêmicos e alie teorização e militância social (ANDRADE, 2006, p. 463). Na verdade, é um projeto que pretendemos “reformador” – um “construtor” de sentidos alternativos e novos – no “curto prazo”, mas com objetivos e com metas revolucionárias e de rupturas de “longo prazo” (MATHIESEN, 2003; DE FOLTER, 2008, p. 193-194).

Compartilhamos do entendimento de que os movimentos sociais são uma série de “esforços persistentes e intencionais para promover ou obstruir mudanças jurídicas e sociais de longo alcance, basicamente fora dos canais institucionais normais sancionados pelas autoridades”. (JASPER, 2016, p. 23). Buscamos inserir o CEL no contexto do movimento social abolicionista, a partir dos pressupostos seguintes: a) persistência, ilustrada por nossa organicidade interna, que nos difere de eventos isolados como reuniões e assembleias; b) intencionalidade, por adotarmos como estratégia final o fim da prisão por meio da redução quantitativa e qualitativa do encarceramento no presente, seja pela aplicação e correção das resenhas, que propicia a concessão da remição de pena, seja pelas “janelas de liberdade” abertas por oficinas e leituras, com a consequente expansão do imaginário para além dos muros da prisão; c) autonomia e horizontalidade, pois apesar de sermos um projeto de extensão vinculado à universidade e realizado na prisão – instituições notadamente hierárquicas – buscamos construir nossas práticas em outros formatos de relação.

Ao considerarmos o contexto de recrudescimento punitivo, de desmonte do Estado de bem-estar social e de simbolismo penal – com plataforma de governo atual voltada à militarização da vida e à guerra aos Direitos Humanos –, o CEL se depara com o desafio de construir uma pedagogia *da e em* resistência, como *práxis*. O cenário político, por ora, parece-nos hostil. No entanto, enquanto acadêmicas(os) críticas(os), entendemos não existir espaço para inércia e neutralidade, de modo que em lugar da “Grande Recusa”, optamos pela via das resistências (no plural), posicionando-nos e atuando comprometidas(os) na construção de uma sociedade sem grades.

Referências

- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Na prisão e contra ela: recusa e resistência. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, v. 22, Brasília, p. 259-270, 2010.
- BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *INFOPEN Atualização – junho de 2016*. Brasília: Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista da ESMESC*, v. 13, n. 19, p. 459/486, 2016.
- CÁSSIO, Fernando. Desbarbarizar a educação. *Educação contra a barbárie*: por escolas democráticas e pela liberdade de ensinar. São Paulo: Boitempo, 2019.
- DAVIS, Angela. *Estarão as prisões obsoletas?* Tradução Marina Vargas. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- DE FOLTER, Rolf. Sobre a fundamentação metodológica do enfoque abolicionista do sistema de justiça penal – uma comparação das ideias de Hulsman, Mathiesen e Foucault. *Verve: Revista semestral autogestionária do Nu-Sol*, n. 14, p. 180-215, 2008.

- FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.
- HOOKS, Bell. *Ensinando a transgredir: a educação como prática da liberdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- HULSMAN, Louk. Abolicionismo penal e deslegitimação do sistema carcerário: uma conversação com Louk Hulsman. *Verve: Revista semestral autogestionária do Nu-Sol*, n. 22, p. 135-153, 2012.
- JASPER, James M. *Protesto: uma introdução aos movimentos sociais*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- LOURENÇO FILHO, Samuel; MELLO, Vanusa Maria de; CORRÊA, Welson. *Conexão: educação prisional*. [jan. 2019]. Entrevistadora: Karen de Souza. Rio de Janeiro: Futura, 2019, online, son., duração 25:50 min.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? *Verve: Revista semestral autogestionária do Nu-Sol*, n. 4, p. 80-111, 2003.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SABAINI, Raphael Tadeu. *Uma cidade entre presídios: ser agente penitenciário em Itirapina-SP*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 2012. 160 p.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza. Lei de responsabilidade política. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 289, p. 2-4, dez. 2016.
- SILVA, Fábio Lobosco. Conselhos da Comunidade como ferramentas de articulação governamental para aproximação da sociedade às políticas penitenciárias. *Revista Liberdades*, n. 15, São Paulo, p. 121-139, jan./abr. 2014.
- UOL. *Crise faz crescer risco de o Brasil voltar ao Mapa da Fome, diz ONU*. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/10/17/jose-graziano-fao-onu-mapa-da-fome-brasil-obesidade.htm>>. Último acesso em: 24 jun. 2019.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Ana Gabriela Braga

Pós-doutoranda pelo Centro em Rede de Investigação em Antropologia (CRIA-UMinho). Professora da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP (campus de Franca). Coordenadora docente do Grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade”.
ORCID: 0000-0001-5291-7580
professora.anagabriela@gmail.com

Dana Rocha Silveira

Mestranda e graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP (campus de Franca). Membro do Grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade”.
ORCID: 0000-0001-5237-4221
danarocha@hotmail.com

Eduardo Matheus Ferreira Lopes

Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP (campus de Franca). Bolsista da CAPES. Membro do Grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade”.
ORCID: 0000-0001-6495-3490
eduardomflop@gmail.com

Mariana Pinto Zoccal

Mestranda em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da UNESP (campus de Franca). Bolsista da CAPES. Membro do Grupo “Cárcere, Expressão e Liberdade”.
ORCID: 0000-0002-8725-8199
marianazoccal@gmail.com

Recebido em: 10.07.2019

Aprovado em: 05.08.2019

Versão final: 09.08.2019

Linguagem político-criminal do extermínio: aproximações entre a LTI e o governo Bolsonaro

Décio Franco David

“É voz corrente dizer que a linguagem é a expressão de uma época.

Da mesma forma pode-se dizer que é o retrato de um tempo e de um país”.⁽¹⁾

1. Conforme defendia **Mikhail Bakhtin**, todo discurso ou visão de mundo parte de construções linguísticas que proporcionam um *quadro de mundo* no qual as palavras perdem sua neutralidade e ganham direcionamentos ideológicos e significados.⁽²⁾ Assim, diante do atual contexto político-social em que os mecanismos penais estão inseridos, a obra *LTI: A linguagem do Terceiro Reich*, de **Victor Klemperer**, torna-se obrigatória. O filólogo alemão foi professor catedrático de letras latinas na Universidade de Dresden, tendo sido removido do cargo em 1935, em virtude de sua ascendência judaica, ainda que fosse protestante. Sobreviveu aos abusos do holocausto sem ter sido enviado a campos de concentração por ter um casamento *misto* (sua esposa era protestante e considerada *ariana*), tendo exercido trabalhos forçados e vivido em uma *Judenhaus* até fugirem.

Ao longo do período nazista, **Klemperer** fez anotações em um diário, que após modificações pontuais realizadas por ele se converteu na mencionada obra. O livro possui 36 capítulos que traçam características relevantes de como a linguagem foi uma arma de enorme importância à implementação do regime e ao convencimento do povo de que as práticas governamentais eram normais e necessárias. Eis aqui o cerne de aproximação entre a *LTI* e as práticas governamentais da gestão Bolsonaro, haja vista que, assim como na *LTI*, o discurso e as práticas apresentadas pelo atual governo se constroem enquanto linguagem fascista e contrária ao modelo democrático, o que é comprovado pela metodologia da Análise Crítica do Discurso⁽²⁾, adotada no presente artigo.

2. Da mesma forma que **Jacques Lacan**, anos mais tarde, afirmará que o inconsciente é estruturado como linguagem,⁽⁴⁾ **Klemperer** afirma que “a linguagem sempre revela o que uma pessoa tem dentro de si e deseja encobrir, de si ou dos outros, ou que conserva inconscientemente”.⁽⁵⁾ Daí o acerto da análise de **Slavoj Žižek**, ao afirmar, baseado em **Lacan**, que a linguagem é “um presente tão perigoso para a humanidade quanto o cavalo foi para os troianos: ela se oferece para nosso uso gratuitamente, mas depois que a aceitamos, ela nos coloniza”;⁽⁶⁾ ou, conforme demonstra a *LTI*, escraviza e extermina.

Já nos capítulos iniciais, **Klemperer** demonstra que o sentido dos conceitos foi sendo abandonado de propósito para que ocorresse o empobrecimento linguístico, isto é, as palavras passaram a ter seus significados desvirtuados. Em especial, demonstra como o ensino da filosofia foi renegado e diminuído diante do perigo que o exercício do livre-pensar significava para um modelo que exige uma doutrinação de submissão das massas.⁽⁷⁾ O autor demonstra como a mentira foi utilizada como tática de governo para mascarar fatos para a população⁽⁸⁾ e como o regime nazista passou a se valer de terminologias diferentes,⁽⁹⁾ abreviaturas⁽¹⁰⁾ e repetições textuais⁽¹¹⁾ para adesão de seus ideais no inconsciente coletivo e para criar sua identificação linguística.

Nesse sentido já é possível identificar a aproximação entre a *LTI* e o discurso do governo Bolsonaro. O empobrecimento linguístico é uma das características centrais do próprio presidente, o qual não

domina o português culto, fazendo uso de expressões demasiadamente simplistas em uma tentativa nada obscura de ser mais popular. Quanto ao uso de terminologias específicas, os discursos de posse de seus ministros demonstram claramente o uso de expressões próprias, como atesta reportagem de *O Globo*.⁽¹²⁾ Quanto ao desprezo pela filosofia, a simples importância atribuída a **Olavo de Carvalho** dispensa maiores reflexões.⁽¹³⁾ Por sua vez, o uso de “fake news” como tática de campanha repete a tática nazista da mentira.

Além disso, a *LTI* deturpou o significado do termo *revolução*, afirmando que a ascendência do nazismo ao poder foi uma revolução.⁽¹⁴⁾ Do mesmo modo, Bolsonaro e seus partidários afirmam que não houve uma ditadura, mas, sim, uma revolução em 1964. E, como forma de limitar o pensamento, duas práticas de discurso foram implementadas: a retirada de nomes importantes da ciência e o confronto direto com o *sistema* anterior (instituído pela Constituição de Weimar) que deveria ser reconhecido como negativo.⁽¹⁵⁾ Na *LTI* o nome de **Einstein** desapareceu dos cursos de física, e foi vetado o uso do termo *hertz* para designação da unidade de frequência.⁽¹⁶⁾ No Brasil bolsonarista, **Paulo Freire**, maior educador da história nacional, é atacado sem qualquer argumento plausível. Se a *LTI* atacava as benesses sociais da República de Weimar, o discurso bolsonarista ataca os desenvolvimentos sociais das gestões anteriores. Impossível não reconhecer a simetria.

3. **Klemperer** afirma que a “*LTI foi uma linguagem de cárcere (tanto do carcereiro quanto do encarcerado)*”,⁽¹⁷⁾ demonstrando a conotação punitiva e de extermínio. Eis aqui a conexão com o campo penal.

Não obstante o empobrecimento do discurso político-criminal na adoção de medidas completamente absurdas e injustificadas do ponto de vista científico, como a imensa propaganda sobre um “*direito de legítima defesa*” para facilitar o porte e a posse de armas de calibres altamente letais e a “*punição para os vagabundos*”, a *linguagem bolsonarista* amplia a seletividade e a exclusão de pessoas pelo sistema punitivo, notadamente ao confrontar com os fundamentos humanistas e democráticos do Direito Penal.

Em sua obra, **Klemperer** destaca como a palavra *humanismo* foi utilizada de forma sarcástica por Rosenberg, Hitler e Goebbels em seus discursos, aparecendo sempre entre aspas e acompanhada de adjetivos de desdém.⁽¹⁸⁾ Para os adeptos das políticas *bolsonaristas* e, em especial para o próprio Bolsonaro, os direitos humanos só são aplicáveis aos “humanos direitos”, desvirtuando o significado historicamente atribuído ao termo e empobrecendo ainda mais o coletivo social. A disseminação em massa desse discurso de ódio popularizou imagens nas redes sociais de partidários do presidente usando tacos de baseball com a expressão “direitos humanos” escrita no objeto.

Ainda em sua campanha, Bolsonaro afirmou, em um comício no Acre, “*vamos fuzilar a petralhada*”⁽¹⁹⁾, e sempre direciona críticas ao pensamento de esquerda e aos comunistas (em generalidade ao pensamento crítico de esquerda como se fosse completamente uniforme⁽²⁰⁾), identificando-os como um verdadeiro inimigo. Como bem anota **Klemperer**, os membros do partido comunista alemão passaram a ser perseguidos a partir de 1933,⁽²¹⁾ sendo que, para a *LTI*, os judeus e os bolcheviques eram *Weltfeinde* (inimigos mundiais).

⁽²²⁾ Ainda, destaca-se da obra de **Klemperer** como os discursos do *führer* abusavam do desprezo e de contar vantagens, “*enumerando de maneira prolixa as próprias proezas e xingando depreciativamente o adversário*”;⁽²³⁾ tonalidade idêntica aos discursos do governo bolsonarista.

Não é de hoje que as agências de controle social sofrem influência de discursos opressores e de extermínio. O que não significa que isso seja aceitável. Pelo contrário, o empobrecimento da reflexão crítica torna a exclusão e o extermínio de indesejáveis um sistema objetivado de violência, conforme explica Žižek,⁽²⁴⁾ de modo que a sociedade passa a aceitar esta forma de abuso como algo corriqueiro, integrante do sistema.

Nesse passo, a violência é ampliada: sai das agressões discursivas bolsonaristas contrárias aos negros, indígenas, homossexuais e mulheres e adentra ao campo da prática forense. O Pacote Anticrime é apenas o primeiro ato do show de horrores que está por vir. Em especial, a quarta medida (modificações sobre a legítima defesa) demonstra claramente a política de extermínio pela pobreza linguística e técnica.

De imediato, observa-se que há uma completa ausência de necessidade de modificação legislativa no dispositivo. Não há nenhum acréscimo dogmático ou político-criminal (em consonância com o ordenamento constitucional) que legitime os três itens apresentados pelo Pacote ao referido tema. Facilmente, verifica-se que a proposta apresentada busca satisfazer o anseio leigo de justiça enquanto vingança, e ampliar os elementos valorativos para abrandar abusos em casos limítrofes de excesso punível.

Para melhor compreensão, destaca-se que a legítima defesa – assim como as demais causas justificadoras – se vincula diretamente à compreensão de identificação de um injusto penal. A partir da teoria neokantista de **Max E. Mayer**, o tipo penal passa a constituir um indício de ilicitude que será confirmado pela inexistência de causas de justificação da conduta, dentre as quais, repete-se, está a legítima defesa. Assim, a valoração não fica isolada no campo da antijuricidade, tendo, ainda que minimamente, uma valoração integrada aos elementos de composição do tipo penal. Embora, doutrinariamente, haja um campo fértil para reflexão teórica acerca da relação entre tipo penal e antijuricidade, a proposta não apenas ignora essa possibilidade de reflexão, como também limita-se a baixar o nível técnico de interpretação do dispositivo legal.

De nada adianta apresentar um novo parágrafo ao art. 23, com a seguinte redação: “§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”, valendo-se de palavras que proporcionam uma ampliação valorativa injustificável ao fato em concreto. Observa-se que, há muito, as teorias mais evoluídas do dolo buscam se afastar de elementos puramente subjetivos e cognitivos. Assim, incluir uma causa minorante, com possibilidade de perdão judicial, pautada em elementos intrínsecos e psicológicos, é altamente temerário.

Os outros dois itens (Art. 25, P.U. I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes) são integrados apenas para tentar restringir interpretações de casos merecedores de punição por excesso. Isso é facilmente desmascarado, por dois motivos: 1) Se a conduta de um agente policial já possui os requisitos de composição de uma legítima defesa, não há razão técnica alguma que necessite a imposição de uma explicação aprofundada em parágrafo; 2) As previsões fáticas descritas em dispositivos de parte geral servem para delimitar o campo interpretativo do conteúdo normativo. No entanto, reafirmando que

não existe linguagem neutra, é evidente que os dois itens servirão para “justificar” os abusos praticados por profissionais de segurança pública que desonram suas atividades.

Uma norma penal deve buscar sempre uma racionalização que limite o poder punitivo estatal, de modo que seu conteúdo só é legítimo se em sua funcionalidade forem produzidos efeitos melhores que os existentes antes de sua vigência. E, lembrando-se que o Direito Penal expressa, na forma mais contundente possível, as relações de interesse e poder existentes em um ordenamento, uma norma que legitime uma valoração ampliada para tais casos espelha uma face ainda mais violenta do instrumento que deve servir de termômetro das garantias constitucionais. Em síntese, na atual conjectura política, a democracia é agredida de forma direta pelas modificações de discurso da “justiça criminal”, confirmando-se como uma política de extermínio, pois busca apagar incêndio com gasolina.

4. Para superar tal dilema, é preciso confrontar o modelo vigente. As ciências criminais podem servir de instrumental de resistência dos valores democráticos. Um bom exemplo disso, é o PL 4373/2016, de autoria do deputado **Wahdi Damous** (PT/RJ), que propõe a instituição da Lei de Responsabilidade Político-Criminal, exigindo-se para aprovação de leis penais estudos de impacto social (número de novos processos e vagas prisionais que a nova lei exigirá) e orçamentário (custos estimados das vagas prisionais e de novos processos).

Daí a conclusão de que a afronta ao estudo, ao pensamento e à filosofia seja uma arma em comum dos dois discursos (*LTI* e bolsonarista); afinal, “*quem pensa não quer ser persuadido, mas sim convencido; é bem mais difícil convencer quem está habituado a pensar sistematicamente*”.⁽²⁵⁾ Mais do que nunca, os juristas defensores de um pensamento humanista penal precisam estar unidos em prol dos anseios democráticos e das garantias constitucionais. Precisamos, juntos, dizer não à política-criminal de extermínio. E, “*dizendo não ao egoísmo suicida dos poderosos, que converteram o mundo em um vasto quartel, nós estamos dizendo sim à solidariedade humana, que nos dá sentido universal*”.⁽²⁶⁾

Notas

- (1) KLEMPERER, Victor. *LTI: A linguagem do Terceiro Reich*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. p. 48-49.
- (2) “*A palavra é o fenômeno ideológico por excelência*. A realidade toda da palavra é absorvida por sua função de signo. A palavra não comporta nada que não esteja ligado a essa função, nada que não tenha sido gerado por ela. A palavra é o modo mais puro e sensível de relação social. (...) Mas a palavra não é somente o signo mais puro, mais indicativo; é também um signo neutro. Cada um dos demais sistemas de signos é específico de algum campo particular da criação ideológica. Cada domínio possui seu próprio material ideológico e formula signos e símbolos que lhe são específicos e que não são aplicáveis a outros domínios. O signo, então, é criado por uma função ideológica precisa e permanece inseparável dela. A palavra, ao contrário, é neutra em relação a qualquer função ideológica específica. Pode preencher qualquer espécie de função ideológica: estética, científica, moral, religiosa”. (BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 12. ed. São Paulo: HUCITEC, 2006. p. 34-35).
- (3) “*A ACD é a análise das relações dialéticas entre semioses (inclusive a língua) e outros elementos das práticas sociais*” (FAIRCLOUGH, Norman. *Análise crítica do discurso como método em pesquisa social científica*. *Linha D’Água*, v. 25, n. 2, p. 307-329, 2012. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/linhadagua/article/view/47728>>). No Brasil, seguindo a proposta de Fairclough, encontramos o método pelo nome de *Análise de Discurso Crítica*, cf. RAMALHO, Viviane; RESENDE, Viviane de Melo. *Análise de discurso (para a crítica)*: o texto como material de pesquisa. Campinas: Pontes Editores, 2011. p. 31.
- (4) Esse conceito é adotado em diversas passagens da obra de Lacan, citando-se, por todos, LACAN, Jacques. *O Seminário*, Livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 27.
- (5) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 49.
- (6) ŽIŽEK, Slavoj. *Como ler Lacan*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 20.
- (7) “*A LTI é a linguagem do fanatismo de massas*. Dirige-se ao indivíduo – não somente à sua vontade, mas também ao seu pensamento –, é doutrina, ensina os meios de fanatizar e as técnicas de suggestionar as massas” (KLEMPERER, *op. cit.*, p. 66).
- (8) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 93.
- (9) Id. *ibid.*, p. 89 e ss.
- (10) Id. *ibid.*, p. 161.
- (11) Id. *ibid.*, p. 55.

- (12) O GLOBO. *Dicionário do governo Bolsonaro*: veja o significado de palavras que viraram moda nos discursos. 06/01/2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/dicionario-do-governo-bolsonaro-veja-significado-de-palavras-que-viraram-moda-nos-discursos-23349736>>.
- (13) Excelente crítica em: ROSA, Pablo Ornelas; REZENDE, Rafael Alves; MARTINS, Victória Mariani de Vargas. As consequências do etnocentrismo de Olavo de Carvalho na produção discursiva das novíssimas direitas conservadoras brasileiras. *Revista NEP – Núcleo de Estudos Paranaenses da UFPR*, v. 04, n. 02, dez./2018, p. 164-203. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/nep/index>>.
- (14) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 297.
- (15) Idem, *ibidem*, p. 169 e ss.
- (16) Id. *ibid.*, p. 141.
- (17) Id. *ibid.*, p. 148.
- (18) Id. *ibid.*, p. 228.
- (19) Sobre o assunto: <<https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>>.
- (20) A generalidade também é uma característica da LTI, cf. KLEMPERER, *op. cit.*, p. 340.
- (21) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 262.

- (22) Idem, *ibidem*, p. 336.
- (23) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 338.
- (24) ŽIŽEK, Slavoj. *Violência*. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 18.
- (25) KLEMPERER, *op. cit.*, p. 170.
- (26) GALEANO, Eduardo. *Nós dizemos não*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 14.

Décio Franco David

Doutorando em Ciência Jurídica pela UENP.

Professor de Direito Penal da FAE Centro Universitário.

Advogado.

ORCID: 0000-0001-7284-3910

decio@dfdavid.com

Recebido em: 03.07.2019

Aprovado em: 01.08.2019

Versão final: 12.08.2019

| JURISPRUDÊNCIA ESPECIAL

| CORTES INTERNACIONAIS E SUAS DECISÕES COMENTADAS

O Caso Herzog. Breves considerações sobre acesso à justiça, interdição da tortura e o primado do Direito sobre a força

Pedro de Paula Lopes Almeida

1 Introdução

A publicação da sentença relativa ao caso Herzog, proferida em 15 de março de 2018, reacendeu as discussões jurídicas em torno de alguns aspectos centrais da proteção internacional dos direitos humanos. Parece-nos fundamentalmente oportuno analisar três eixos sobre os quais repousam as repercussões jurídico-processuais desse caso.

O primeiro deles diz respeito à impunidade histórica que até hoje o circunda e que tem projetado seus efeitos deletérios por mais de quarenta anos. A persistente invocação, por parte das instâncias nacionais, de óbices como prescrição, anistia, coisa julgada material e necessidade de respeito à segurança jurídica segue inviabilizando, na prática, a elucidação dos fatos criminosos e das circunstâncias que lhes são adjacentes, a correta identificação de sua autoria e o subsequente processamento e julgamento dos possíveis culpados por sua prática.

A reflexão sobre a tortura e morte de Vladimir Herzog e a análise dos argumentos defensivos apresentados pelo Estado brasileiro convida à discussão sobre a sindicabilidade da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPPT) por parte dos órgãos que compõem o SIPDH e sobre as consequências que podem advir de uma interpretação limitativa dessa possibilidade.

Por fim, parece-nos necessário enfrentar, ainda que brevemente, um aspecto que permeia a cultura jurídica nacional: habitualmente, a análise dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, de suas decisões e dos marcos normativos que as delimitam parte de uma ótica eminentemente doméstica, calcada em conceitos como o de soberania nacional. Antecipamos que nos restam claras as perniciosas consequências que daí decorrem à eficácia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.

2 Impunidade e denegação de justiça

Nascido no território da antiga Iugoslávia, Vladimir Herzog migrou para o Brasil em 1946, juntamente com os pais, aos nove anos de idade. Em 1959, começou a trabalhar no jornal *O Estado de S. Paulo*. Em 1965, após o golpe militar de 64, mudou-se para Londres, onde trabalhou como produtor e locutor da BBC por por mais de dois anos.⁽¹⁾

Na noite do dia 24 de outubro de 1975, dois agentes do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) do Segundo Exército⁽²⁾ compareceram à sede da TV Cultura, onde trabalhava Vladimir Herzog, a pretexto de acompanhá-lo àquele órgão, com a finalidade de prestar depoimento. Restou acordado que o Sr. Herzog compareceria ao DOI-CODI no dia seguinte, voluntariamente, o que efetivamente ocorreu. O que se seguiu, em resumo, foi o interrogatório, tortura e homicídio de Vladimir Herzog.

A versão oficial divulgada pelo Exército brasileiro ao tempo dos fatos dava conta de que Herzog teria morrido em decorrência de suicídio praticado por enforcamento. Uma foto do cadáver em suspensão parcial, com uma cinta ao redor do pescoço, atada à grade da cela onde estaria, circulou mundo afora e seria, segundo as autoridades nacionais, uma das evidências da ação autócida de Vladimir Herzog.

A versão de suicídio divulgada pelas autoridades nacionais jamais gozou de credibilidade junto à opinião pública. Evidentemente, tampouco foi aceita pelos familiares da vítima. A comoção social decorrente do bárbaro homicídio resultou na instauração do Inquérito Policial Militar (IPM) 1173/75, presidido pelo General de Brigada Fernando Guimarães Cerqueira Lima.⁽³⁾

Conduzido sem a devida atenção a quaisquer parâmetros mínimos de isenção e devida diligência, o IPM 1173/75 ratificou a versão de suicídio; e seu arquivamento foi homologado pela Justiça Militar da

União.⁽⁴⁾ Neste ponto, já se pode identificar a criação de um primeiro pretenso óbice jurídico-processual a quaisquer tentativas posteriores de investigação dos fatos e punição de seus autores. A decisão de homologação de arquivamento, com base na ocorrência de suicídio em lugar de homicídio, poderia em tese ter aptidão para formar coisa julgada material e inviabilizar qualquer investigação futura. Como adiante explicitado, porém, a gravidade do crime e o contexto histórico-político do seu cometimento permitem sua caracterização como crime contra a humanidade, o que torna de nenhum efeito a decisão que acolheu a promoção de arquivamento do IPM.

Insatisfeitos com o resultado do IPM, cujas conclusões repousaram em laudos periciais ideologicamente falsos,⁽⁵⁾ os familiares do senhor Herzog ajuizaram a ação declaratória 136/76 contra a União Federal, cujo objeto consistia no reconhecimento judicial da sua responsabilidade pela detenção ilegal, tortura e morte de Vladimir Herzog. Julgada procedente, a demanda transitou em julgado em 27 de setembro de 1995.

Em 28 de agosto de 1979, por outro lado, a edição da lei 6.683/79 (lei de anistia) impôs novo obstáculo à tentativa de elucidação dos fatos aqui discutidos. A norma, cuja edição supostamente pavimentaria o caminho à redemocratização, na realidade contribuiu para a impunidade de graves violações de direitos humanos, até hoje jamais adequadamente investigadas. Lamentavelmente, o Supremo Tribunal Federal, ao conhecer da ADPF 153, declarou a compatibilidade da lei de anistia com a Constituição Federal de 1988, em clara violação à jurisprudência constante da CtIDH quanto ao tema.

No ponto, convém rememorar que a incompatibilidade das leis de anistia quanto a crimes que constituem graves violações de direitos humanos já havia sido afirmada por ocasião do julgamento do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) e outros vs. Brasil, ainda em 2010⁽⁶⁾. Em 2018, a sentença do caso Herzog reforçou essa orientação jurisprudencial, rememorou a inércia do Estado brasileiro quanto à necessidade de afastamento da lei 6.683/79 como óbice ao processamento e julgamento da sua prisão ilegal, tortura e homicídio e demonstra claramente a enorme resistência do sistema de justiça nacional para internalizar decisões oriundas de instâncias internacionais de proteção de direitos humanos.

Regressando à cronologia dos fatos, é preciso lembrar que, em 1992, foi instaurado no âmbito da Polícia Civil do Estado de São Paulo o Inquérito Policial (IP) 487/92, oriundo de solicitação feita pelo então deputado federal Hélio Bicudo, cujo ponto de partida foi uma entrevista concedida por Pedro Antonio Mira Grancieri. Na entrevista, o Sr. Pedro Antonio Mira Granciere se apresentava como o único responsável pelo interrogatório de Vladimir Herzog. Em decorrência do manejo de *Habeas Corpus*, o IP em questão foi arquivado, em cumprimento às disposições da lei de anistia.⁽⁷⁾

Cabe destacar, por fim, duas tentativas de esclarecimento dos fatos levadas a cabo pelo Ministério Público Federal. A primeira delas, decorrente de provocação do Advogado Fábio Konder Comparato, consistiu na abertura de IP tombado sob o nº 2008.61.81.01343-2, que restou arquivado em razão da ocorrência coisa julgada material e do óbice da prescrição da pretensão punitiva.⁽⁸⁾ Ainda em 2008, por outro lado, o MPF ajuizou ação civil pública, cujas pretensões centrais consistiam, dentre outras, na tentativa de tonar pública toda a informação relativa às atividades desenvolvidas no DOI-CODI do II Exército, na apuração das responsabilidades de seus ex-comandantes e na perda de suas funções públicas.

O histórico jurídico-processual acima descrito demonstra que a inefetividade das investigações (como no caso do IPM) ou o acolhimento de teses defensivas habitualmente deduzidas em processos criminais comuns (à semelhança das alegações de violação à proibição de *bis in idem*, de ocorrência de coisa julgada

e da incidência da lei de anistia) contribuíram sobremaneira para a perpetuação da impunidade de um crime de gravidade indizível, planejado, concebido e executado por agentes de Estado.

Diante desse contexto, o reconhecimento, por parte da CtIDH, de que a detenção ilegal, tortura e homicídio de Vladimir Herzog constituiu crime contra a humanidade, praticado no marco de um ataque generalizado e sistemático contra a população civil, demonstra a extrema gravidade dos fatos. A propósito, convém transcrever a definição apresentada pela própria Corte quanto aos elementos que constituem tais crimes: “*Os crimes contra a humanidade são um dos delitos reconhecidos pelo Direito Internacional, juntamente com os crimes de guerra, o genocídio, a escravidão e o crime de agressão. Isso significa que seu conteúdo, sua natureza e as condições de sua responsabilidade são estabelecidos pelo Direito Internacional, independentemente do que se possa estabelecer no direito interno dos Estados*”.⁽⁹⁾ Fixada essa premissa, dela decorrem sem maiores dificuldades as condições necessárias à investigação dos fatos e apuração das responsabilidades. Por força de norma consuetudinária internacional, atualmente positivada em distintos tratados (vide, por exemplo, o art. 7º do Estatuto de Roma do TPI), os crimes contra a humanidade são imprescritíveis. A eles tampouco se pode cogitar de estender os efeitos de anistia ou indulto, pela suficiente razão de que afrontam os mais caros valores da consciência jurídica universal. Sua impunidade, assim, constitui violação indiscutível do direito de acesso à justiça, ocasionando séria afronta ao direito às garantias judiciais e à proteção judicial, consagradas nos arts. 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

3 A sindicabilidade da interdição da tortura pela CtIDH

Se o marco normativo central relativo à discussão do caso Herzog é a CADH, não se pode perder de vista que a prática da tortura constituiu uma traço característico do regime militar no Brasil. Nesse sentido, a CtIDH analisou minuciosamente os métodos de tortura física e psicológica adotados no período⁽¹⁰⁾ e sua inserção no contexto de um aparato repressivo organizado para a prática de detenções ilegais, tortura e execuções extrajudiciais. Neste ponto, convém transcrever trecho muito eloquente da sentença analisada, relativo ao suplício e subsequente execução extrajudicial de Herzog: “*Sua tortura e morte não foi (sic) um acidente, mas a consequência de uma máquina de repressão extremamente organizada e estruturada para agir dessa forma e eliminar fisicamente qualquer oposição democrática ou partidária ao regime ditatorial, utilizando-se de práticas e técnicas documentadas, aprovadas e monitoradas detalhadamente por altos comandos do Exército e do Poder Executivo*”.⁽¹¹⁾

Causa especial preocupação o fato de, no âmbito do caso Cosme Rosa Genoveva e outros (Favela Nova Brasília), as alegações de tortura igualmente terem restado comprovadas. Tenha-se em mente que este último caso é relativo à realização de operações policiais nos anos de 1994 e 1995, alguns anos após a redemocratização e cerca de trinta anos depois dos fatos que vitimaram Vladimir Herzog.

Os relatos de tortura, violência sexual e execuções extrajudiciais inscritos na sentença do caso “Favela Nova Brasília” apontam para necessidade imperativa de que a CIPPT seja revisitada pelos órgãos do SIPDH, sempre que desponte como possível a ocorrência de tortura no continente americano. Na seara da proteção jurídica dos direitos humanos, a superposição de instrumentos e mecanismos protetivos contribui para a especialização da prevenção e repressão às suas graves violações, incrementa a qualidade da prova coletada e apresenta à vítima uma resposta tão mais densa quanto melhor embasada juridicamente.

Nesse sentido, a reafirmação por parte da CtIDH de sua competência para analisar violações de direitos à luz da CIPPT é não apenas a reafirmação do princípio da *compétence de la compétence*,

mas sinaliza para a preocupação concreta da Corte com relação ao flagelo da tortura e de outras práticas abjetas, historicamente presentes no continente americano.

4 Conclusão

A publicação da sentença relativa ao caso Herzog é, sem dúvida alguma, um marco histórico na afirmação dos direitos humanos no continente americano. A determinação expressa de que o Estado brasileiro deve reiniciar, com a devida diligência, a persecução relativa aos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975 é prova de que a impunidade não pode ser admitida quando estão em jogo os mais caros valores da consciência jurídica universal.

Se, por um lado, os efeitos do passar de tantos anos podem, ao fim, permitir que alguns ou todos os autores dos crimes se furtem à persecução penal (em razão do esvaimento das provas, ou do falecimento dos perpetradores, por exemplo), a iniciativa de justiciar tais pessoas, colher seus depoimentos e elucidar os fatos de forma séria, na maior extensão possível, demonstra não apenas deferência aos familiares, mas sobretudo reverência às decisões das instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos. Está em jogo, em última análise, o primado do Direito sobre a força e a absoluta repulsa à violência estatal ilegítima.

Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International law for humankind: towards a new jus gentium – general course on public international law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de São José da Costa Rica). Novembro/1969. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=113927&ordenacao=1&id_site=4922>. Acesso em: 28 jul. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para*

Prevenir e Punir a Tortura. Novembro/1969. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Notas

- (1) Corte Idh. *Caso Herzog E Outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações E Custas. Sentença De 15 De Março De 2018. Serie C, No. 353, Par. 113 E 114. Disponível Em: <Http://Www.corteidh.or.cr/Cf/Jurisprudencia2/Busqueda_casos_contenciosos.cfm?Lang=Es>. Acesso Em: 28 Jul. 2019.
- (2) Na Estrutura Contemporânea Do Exército Brasileiro, O Ii Exército Corresponderia, Atualmente, Ao Comando Militar Do Sudeste, Sediado Em São Paulo/Sp, Que Geograficamente Engloba O Estado De Mesmo Nome.
- (3) Corte Idh, *Caso Herzog E Outros Vs. Brasil*, 2018, Par. 126.
- (4) *Id.*, Par. 128.
- (5) *Id.*, Par. 127.
- (6) Corte Idh. *Caso Gomes Lund Y Otros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações E Custas. Sentença De 24 De Novembro De 2010. Serie C No. 219. Disponível Em: <Http://Www.corteidh.or.cr/Cf/Jurisprudencia2/Busqueda_casos_contenciosos.cfm?Lang=Es>. Acesso Em: 28 Jul. 2019.
- (7) Corte Idh, *Caso Herzog E Outros Vs. Brasil*, 2018, Par. 143.
- (8) *Id.*, Par. 156.
- (9) *Id.*, Par. 222.
- (10) *Id.*, Par. 240.
- (11) *Id.*, Par. 241.

Pedro de Paula Lopes Almeida

Mestre em Direito Ambiental pela UEA. Defensor Público Federal. Ex-membro do pessoal associado junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos – OEA. Membro do Instituto Dom Helder Camara (IDHeC).
ORCID: 0000-0002-8167-5223
pedrodepaulalopesa@gmail.com

Recebido em: 29.07.2019
Aprovado em: 29.07.2019
Versão final: 01.08.2019



DIRETORIA DA GESTÃO 2019/2020

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidenta: Eleonora Rangel Nacif
1.º Vice-Presidente: Bruno Shimizu
2.º Vice-Presidente: Helios Alejandro Nogués Moyano
1.ª Secretária: Andréa Cristina D'Angelo
2.ª Secretário: Luís Carlos Valois
1.º Tesoureiro: Gabriel de Freitas Queiroz
2.º Tesoureiro: Yuri Felix
Diretora Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais:
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

CONSELHO CONSULTIVO

Cristiano Avila Maronna
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Geraldo Prado
Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORIA

Fabiana Zanatta Viana

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661

CONSELHO EDITORIAL: Aury Lopes Jr., Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Salomão Shecaira.

EDITOR-CHEFE: Luigi Giuseppe Barbieri Ferrarini.

EDITORES/AS ASISSTENTES: Ana Maria Lumi Kamimura Murata, Bernardo Pinhão Bechtluft, Daiane Ayumi Kassada, Danilo Dias Ticami, Erica do Amaral Matos, Isabel Penido de Campos Machado, Surrailly Fernandes Youssef e Roberto Portugal de Biazi.

EDITORES/AS EXECUTIVOS/AS: Rafael Vieira, Taynara Lira e Williams Meneses.

CORPO DE PARECERISTAS DESTA VOLUME:

Adriana Silva Gregorut (FGV Direito - São Paulo/SP), Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca - Espanha), Antonio de Holanda Cavalcante Segundo (UFC - Ceará/CE), Arthur Felipe Azevedo Barretto (USP - São Paulo/SP), Brunna Laporte Cazabonnet (PUC - Porto Alegre/RS), Camila Rodrigues Forigo (PUC - Curitiba/PR), Carla Benitez Martins (UFG - Goiânia/GO), Cassio Eduardo Zen (USP - São Paulo/SP), Chiavelli Facenda Falavigno (UFSC - Florianópolis/SC), Claudio Ribeiro Lopes (UFF - Niterói/RJ), Criziany Machado Felix (Universidade de Coimbra - Portugal), Daiana Santos Ryu (USP - São Paulo/SP), Daniel Kessler de Oliveira (Feevale - Novo

Hamburgo/RS), Daniel Nicory do Prado (Faculdade Baiana de Direito - Salvador/BA), Davi de Paiva Costa Tangerino (UERJ - Rio de Janeiro/RJ), Dayane Aparecida Fanti Tangerino (USP - São Paulo/SP), Décio Franco David (UNEP - Curitiba/PR), Eduardo Neves Lima Filho (UFPA - Belém/PA), Emilia Merlini Giuliani (PUC - Porto Alegre/RS), Flavio Antonio da Cruz (UFPR - Curitiba/PR), Gabriel Silva Costa (USP - São Paulo/SP), Guilherme Brenner Lucchesi (UFPR - Curitiba/PR), Guilherme Siqueira Vieira (FATEC - Curitiba/PR), Gustavo de Carvalho Marin (USP - São Paulo/SP), Hélio Peixoto Junior (USP - São Paulo/SP), Joel de Freitas (UNEMAT - Cáceres/MT), Leonardo Costa de Paula (UFPR - Curitiba/PR), Lucas e Silva Batista Pilau (UFRGS - Porto Alegre/RS), Lucas Minorelli (PUC - Porto Alegre/RS), Marcelo Lemos (PUC - Porto Alegre/RS), Marco Aurélio Gumieri Valério (USP - São Paulo/SP), Mariana Chies Santiago Santos (USP - São Paulo/SP), Naiara Vilardi Soares Barbério (USP - São Paulo/SP), Pablo Rodrigo Alflen (UFRGS - Porto Alegre/RS), Paola Bianchi Wojciechowski (PUC - Curitiba/PR), Paulo Bueno de Azevedo (USP - São Paulo/SP), Paulo Gustavo Lima e Silva Rodrigues (UFAL - Maceió/AL), Renato Watanabe de Moraes (USP - São Paulo/SP), Rossana Brum Leques (USP - São Paulo/SP), Ruiz Ritter (PUC - Porto Alegre/RS), Sara Vieira Antunes (USP - São Paulo/SP), Thadeu Augmeri de Goes Lima (USP - São Paulo/SP), Thais Pinhata de Souza (USP - São Paulo/SP), Thaisa Bernhardt Ribeiro (USP - São Paulo/SP), Thiago Allisson Cardoso de Jesus (UFMA - São Luís/

MA), Vanessa de Lima Marques Santiago Sousa (UFC - Fortaleza/CE), Vinicius Gomes de Marconcellos (UEG - Anápolis/GO), Vitor Gonçalves Machado (FDV - Vitória/ES) e Vitória Chammas Varela Alves (USP - São Paulo/SP).

PRODUÇÃO DA CAPA ESPECIAL: p2g.studio | Tel.: (11) 2400-0038 | E-mail: contato@p2g.studio

PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark | Tel.: (11) 2061-2797 | E-mail: planmark@editoraplanmark.com.br

REVISÃO: FAZENDARIA, Consultoria em recursos humanos, pesquisa e texto Ltda. - ME | Tel.: (11) 3673-7564 | E-mail: midiafazmal@gmail.com

IMPRESSÃO: Ativaonline | Tel.: (11) 3340-3344

O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.

Tiragem: 4.680 exemplares

ENDEREÇO DO IBCCRIM:

Rua Onze de Agosto, nº 52, 2º andar, CEP 01018-010, S. Paulo/SP
Tel.: (11) 3111-1040 (trunco-chave)
www.ibccrim.org.br

FIQUE DE OLHO

Conheça os cursos promovidos pelo IBCCRIM
no segundo semestre:



www.ibccrim.org.br

Curso internacional IBCCRIM-Coimbra

3º Curso de Processo Penal

De 4 de setembro a 29 de novembro, de quarta a sexta

Das 18h30 às 21h30

Aulas presenciais e à distância

www.ibccrim.org.br/processopenal2019

Curso gratuito

O atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e de gênero

De 9 de setembro a 9 de outubro, às segundas e quartas

Das 9h às 12h

Aulas presenciais e à distância

Curso prático:

Compliance

De 10 a 26 de setembro, às terças e quintas

Das 19h às 22h

Aulas presenciais e à distância

Parte II

Curso Metodologia de Pesquisa nas Ciências Criminais

A partir de outubro

Aulas presenciais e à distância

Mais informações em www.ibccrim.org.br



ACOMPANHE O IBCCRIM NAS REDES SOCIAIS PARA FICAR POR
DENTRO DE TODAS AS ATIVIDADES DO INSTITUTO NO 2º SEMESTRE

Quer receber novidades por WhatsApp?

Adicione o IBCCRIM na lista de contatos:

(11) 94327-8374