



CPCCRIM

I CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

anais do I CPCCRIM

I CONGRESSO
DE PESQUISA
DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS



INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Cristiano Avila Maronna

1º VICE-PRESIDENTE

Alexis Couto de Brito

2ª VICE-PRESIDENTE

Eleonora Rangel Nacif

1º SECRETÁRIO

Renato Stanziola Vieira

1º TESOUREIRO

Edson Luis Baldan

2º TESOUREIRO

Bruno Shimizu

**DIRETOR NACIONAL DAS
COORDENADORIAS REGIONAIS E
ESTADUAIS**

André Adriano Nascimento da Silva

ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA

Jacqueline Sinhoretto

CONSELHO CONSULTIVO

PRESIDENTE

Andre Pires de Andrade Kehdi

MEMBROS

Carlos Alberto Pires Mendes

Helios Alejandro Nogués Moyano

Mariângela Gama de Magalhães
Gomes

Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR

Rogério Fernando Taffarello

**COORDENADORES-CHEFES
DOS DEPARTAMENTOS**

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

**ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO
BÁSICO CONTROLADO**

Roberto Portugal de Biazzi

BIBLIOTECA

Renato Watanabe de Morais

BOLETIM

Fernando Gardinali Caetano Dias

COMUNICAÇÃO

Gabriel de Freitas Queiroz

**CONCESSÃO DE BOLSAS DE
ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO
ACADÊMICO**

Silvio Luiz de Almeida

CONVÊNIOS

João Paulo Martinelli

**COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL**

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner

CURSOS

Yuri Felix

**ESTUDOS E PROJETOS
LEGISLATIVOS**

Luis Guilherme Mendes de Paiva

**ESTUDOS SOBRE HABEAS
CORPUS**

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies S. Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

Natália Macedo Sanzovo

JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Marina Pinhão Coelho Araújo

JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

Enedina do Amparo Alves

MESAS DE ESTUDOS E DEBATES

Maurides de Melo Ribeiro

MONOGRAFIAS

Frederico Normanha de Almeida

NÚCLEO DE PESQUISAS

Juliana de Oliveira Carlos

POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS

Luis Carlos Valois

**REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Mariângela Gama de Magalhães
Gomes

REVISTA LIBERDADES

Ivan Luis Marques da Silva

SISTEMA PRISIONAL

Paulo Cesar Malvezzi

**21º CONCURSO DE MONOGRAFIAS
DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM**

Frederico Normanha de Almeida

23º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Silvio Luiz Almeida

GRUPO DE ESTUDOS

**GRUPO DE ESTUDOS SOBRE
CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS
HUMANOS**

César Mortari Barreira

**GRUPO DE ESTUDOS SOBRE
ESCOLAS PENAIS**

Natália Macedo Sanzovo

**COMISSÃO ESPECIAL
IBCCRIM COIMBRA**

PRESIDENTE

Rafael Serra de Oliveira

EQUIPE DO IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL

Luciana Zaffalon

**NÚCLEO ADMINISTRATIVO
FINANCEIRO**

Supervisão

Roberto Seracinskis

Equipe

Andrea Pereira dos Santos

Alexandre Soledade de Oliveira

Camila dos Santos Silva

Eliane Yanikian

Nadir Fernandes Almeida Silva

Priscila Nicastro

Vanessa dos Santos Lima

Victor de Souza Nogueira

**NÚCLEO DE ATUAÇÃO
POLÍTICA**

Supervisão

Carolina Diniz

Equipe

Gabriel Elias

Lorraine Carvalho Silva

NÚCLEO DE BIBLIOTECA

Supervisão

Helena Curvello

Equipe

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

Simone Camargo Nogueira

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

Supervisão

Cristina Uchôa

Equipe

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

Supervisão

Allyne Andrade

Equipe

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Tânia Andrade

NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES

Supervisão

Willians Meneses da Silva

Equipe

Rafael Vieira dos Santos

Taynara Alves Lira

COORDENAÇÃO GERAL:

Prof. Dr. Alexis Couto De Brito
Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio

COORDENAÇÃO EXECUTIVA:

Allyne Andrade

COORDENAÇÃO POR ÁREA:

DIREITO PENAL

Prof. Dr. Alexis Couto De Brito
Prof. Dr. Gustavo Octaviano Diniz
Junqueira
Prof. Dr. João Paulo Orsini Martinelli
Prof. Dr. Frederico Horta
Profª. Drª. Heloísa Estellita
Prof. Dr. Marco Aurélio Florêncio
Prof. Dr. Humberto Fabretti
Profª. Drª. Mariângela Tomé Lopes

PROCESSO PENAL

Prof. Dr. Guilherme Madeira Dezem
Profª. Ms. Orly Kibrit
Prof. Dr. Edson Luz Knippel
Profª. Ms. Jessica Pascoal
Profª. Drª. Marta Saad

DIREITO E SOCIEDADE

Profª. Drª. Jacqueline Sinhoretto
Profª. Drª. Thaís Janaina
Wenczenovicz
Prof. Dr. Frederico Normanha
Ribeiro de Almeida
Drª. Giane Silvestre
Ms. Mariana Chies Santiago Santos

Ficha catalográfica

A55

Seminário Internacional de Ciências Criminais (23. : 2017: São Paulo, SP)

Anais do I Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 30 de agosto a 1 de setembro de 2017, São Paulo, SP [recurso eletrônico] / Organizado por Alexis Couto de Brito, Marco Aurélio Florêncio e Allyne Andrade. – São Paulo : IBCCRIM, 2017.

2097 p. (Anais; I)

Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/cpcrim> ou
<https://www.ibccrim.org.br/docs/2018/ANAIS-CPCRIM2017.pdf>

ISSN 2594-9527

1. Dogmática jurídico-penal 2. Crime e pena 3. Democratização do sistema de justiça
4. Segurança pública 5. Direito penal econômico 6. Gênero e relações raciais 7. Brasil I.
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

CDD: 345

CDU: 343.97

Apresentação

Em 2017, ano em que completou 25 anos, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais inaugurou seu mais novo projeto: o Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais (CPCRIM). A primeira edição aconteceu em São Paulo entre os dias 30 de agosto e 1 e setembro, com o objetivo de construir um novo espaço para a difusão de conhecimento, atualizado, no campo das ciências criminais. Apresentaram propostas pesquisadores/as, mestres/as e doutores/as vinculado/as ou não a instituições de ensino e centros de pesquisa, além de bacharéis e estudantes de pós-graduação em Direito e em demais áreas das Ciências Sociais.

Após aprovadas, as produções científicas foram apresentadas no CPCRIM em um dos nove Grupos de Trabalho (GTs), divididos em três grandes áreas: **Direito Penal**, **Processo Penal** e **Direito e Sociedade**. Os Grupos de Trabalho contemplaram os seguintes temas: teorias contemporâneas da dogmática jurídico-penal; Direito Penal Econômico; crime e pena; prova penal e Estado Democrático de Direito; pena e prisão; desafios do processo penal brasileiro; segurança pública, gênero e relações raciais; democratização do sistema de justiça; e justiça juvenil e segurança pública. A coordenação geral foi exercida pelos professores doutores Alexis Couto de Brito e Marco Aurélio Florêncio Filho e a Coordenação Executiva, pela Msa. Allyne Andrade.

Na área de Direito Penal, o Grupo de Trabalho 1.1, intitulado **Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas**, foi coordenado pelos professores doutores Alexis Couto De Brito, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e João Paulo Orsini Martinelli. Foram selecionados trabalhos que aprofundaram o estudo em um dos institutos da parte geral do direito penal e que o aproximaram da prática judicial, apontando, com fundamentos dogmáticos, os erros e acertos de decisões concretas.

Coordenado pela professora doutora Heloísa Estellita e pelos professores doutores Frederico Horta e Marco Aurélio Florêncio, o Grupo de Trabalho 1.2 discutiu **Direito Penal Econômico**, abordando os requisitos e as causas de exclusão dos delitos

socioeconômicos e suas condições de punibilidade. O grupo reuniu trabalhos sobre as teorias do direito e da norma penal aplicadas sobretudo aos crimes empresariais.

O Grupo de Trabalho 1.3, sobre **Crime e pena**, foi coordenado pelos professores doutores Humberto Fabretti e Mariângela Tomé Lopes. Discutindo os critérios criminológicos e dogmáticos da criminalização de condutas, o GT também debateu a seletividade do sistema de justiça criminal. Os trabalhos analisaram como a seletividade penal atua no momento de definição legislativa dos crimes e das penas, bem como na operacionalização do sistema de justiça criminal desde a polícia, passando pelo Ministério Público, até o Poder Judiciário.

Na área de Processo Penal, o Grupo de Trabalho 2.1 tratou do tema **Prova penal e Estado Democrático de Direito**. Coordenado pelo Professor Dr. Guilherme Madeira Dezem e pela professora. Ms. Orly Kibrit, o grupo reuniu produções sobre a prova penal, que vem passando por profunda revisão nos últimos anos. Os conceitos de prova ilícita, cooperação jurídica internacional, *standards* de prova e cadeia de custódia foram destacados como relevantes para o debate na doutrina e na jurisprudência.

O GT 2.2, denominado **Pena e Prisão**, abordou os fundamentos da pena e a necessária revisão da adequação e das finalidades da prisão, sob a óptica garantista. Coordenado pelo professor doutor Edson Luz Knippel e pela professora Ms. Jessica Pascoal, o GT analisou o superencarceramento de mulheres e de negros e as alternativas para a pena privativa de liberdade.

Por fim, na área de Processo Penal, tivemos o GT 2.3, que mapeou os **Desafios do Processo Penal Brasileiro**. A Coordenadora foi a Professora Dra. Marta Saad e os trabalhos selecionados discutiram a reforma do Código de Processo Penal, as formas consensuais de solução do conflito penal, a investigação defensiva, os meios extraordinários de investigação, além da criminalidade organizada e processo penal e a cooperação internacional em matéria penal.

Na área 3, sobre Direito e Sociedade, foi formado o GT 3.1., de **Segurança Pública, Gênero e Relações Raciais**, coordenado pelas professoras doutoras Jacqueline

Sinhoretto e Thaís Janaina Wenczenovicz. Os trabalhos buscaram investigar práticas, concepções e resultados no campo da segurança pública que considerassem os marcadores sociais de diferença (gênero, relações raciais, grupos etários). O GT também pôs em pauta estudos sobre prevenção ao delito na segurança pública, modelos de policiamento, educação policial, relações entre segurança, justiça criminal e encarceramento.

Coordenado pelo Prof. Dr. Frederico de Almeida, o GT 3.2. lançou luz sobre a **Democratização do Sistema de Justiça**. A transição da ditadura para um regime baseado em uma “Constituição cidadã” colocou o direito, os direitos e as instituições responsáveis por sua efetivação no centro dos processos políticos e de mobilização social dos últimos 40 anos. Por outro lado, a persistência de problemas de acesso à justiça civil e de seletividade da justiça criminal, somados ao crescente protagonismo judicial no contexto de crise, suscitaram questionamentos sobre os projetos de reforma e democratização da justiça formulados nas últimas décadas. Os artigos procuraram compreender as aparentes contradições de uma trajetória institucional e política que, baseada em fortes expectativas de ampliação da cidadania e de fortalecimento institucional da justiça, nos levou ao ponto em que o protagonismo judicial é visto como fator de instabilidade política, com centralidade dos mecanismos de criminalização e de inovações processuais da justiça criminal.

Por fim, o GT 3.3., sobre **Justiça Juvenil e Segurança Pública**, fomentou o debate sobre o sistema socioeducativo, as políticas de segurança pública e as instituições de controle. O Grupo foi coordenado pelas pesquisadoras Dra. Giane Silvestre e Ms. Mariana Chies e os trabalhos expuseram achados teóricos e empíricos nas áreas do Direito e das Ciências Sociais, com trabalhos sobre violência juvenil e as respostas das instituições públicas para os conflitos infracionais e criminais. Os artigos apresentaram reflexões sobre questões de raça e de gênero, em uma perspectiva crítica à seletividade do sistema de justiça juvenil e criminal e às propostas de redução da maioria penal.

Os trabalhos aqui reunidos contribuem para a divulgação dos saberes em torno das ciências criminais para além do campo jurídico. De forma transversal, as análises trazidas por esta publicação propõem reflexões sobre o sistema de justiça e a doutrina, trazendo inovações e questionamentos de outras áreas do conhecimento. Os anais do I Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais são mais um fruto, de natureza científica, de um Instituto empenhando na defesa de um direito penal de *ultima ratio*.

O resultado que ora compartilhamos é mais um sonho de uma gestão empenhada em contribuir para o enfrentamento de desafios cada vez mais complexos na área de ciências criminais – sempre sob o compromisso da interdisciplinaridade. O I CPCRIM já nasceu exitoso e esperamos que, ao longo dos anos, se constitua como um dos principais lócus de fortalecimento da produção acadêmica no país, em consonância com a história, a atuação e os ideais do IBCCRIM.

Sumário

Área 1 – Direito Penal

1.1. Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas

- Princípios penais e a teoria dos princípios: potencialidades de uma nova classificação das garantias penais constitucionais
Bruna Rachel de Paula Diniz.....22
- O crime de gestão temerária – uma nova perspectiva sobre a ótica da negligência grosseira ou culpa temerária
**Eduardo Bruno Avellar Milhomens e Carla Silene Cardoso Lisboa
Bernardo Gomes.....51**
- Evolução do conceito de bem jurídico penal e sua importância no Estado Democrático de Direito
Felix Magno Von Döllinger.....76
- O modelo agonístico de democracia como corretivo qualitativo da tipicidade penal
Fernanda Kelly Silva Alves Fernandes.....109
- Crimes contra a vida: análise da proposta do conceito normativo de vida humana
Jéssica Raquel Sponchiado.....133
- A evolução dos crimes de perigo na tipificação do risco: a contingência como freio à finalidade de seguridade na tutela penal
Natália Silveira Sarmiento.....166
- A expansão da figura de garante e o erro sobre norma mandamental nos crimes omissivos impróprios
Paulo Roberto Incott Junior.....206

- *Harm principle*: contributo para introdução do princípio no direito penal brasileiro
Pedro Henrique Pavanatto De Freitas.....246
- *Ne bis in idem* e concurso aparente de normas penais e administrativas
Sirlene Nunes Arêdes.....283

1.2. Direito Penal Econômico

- Crimes omissivos na atividade empresarial: um estudo sobre a consideração do administrador como garante na atividade empresarial
Alana Guimarães Mendes e Luciano Santos Lopes.....309
- A ilegitimidade do delito de poluição: a ofensa ao princípio da taxatividade
Alexandre Luiz Alves de Oliveira.....337
- Organização criminosa: o que se pretende punir
Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes e Eduardo Bruno Avellar Milhomens.....372
- Apropriação indébita tributária: do tributo próprio ao dolo presumido
Francis Rafael Beck e Augusto Tarradt Vilela.....401
- A lavagem de dinheiro nos crimes contra a ordem tributária
Gabriela Cristina Silveira.....429
- A responsabilidade penal das pessoas jurídicas no delito de lavagem de dinheiro: noção atual de culpabilidade as pessoas jurídicas pela utilização, em sua atividade econômica, de bens, direitos ou valores provenientes de crimes, no sistema penal argentino e brasileiro
George Geraldo Gomes de Magalhães.....456
- Uma análise sobre a (im)possibilidade de enquadramento das associações de proteção veicular ao crime de operação irregular de instituição financeira (artigo 16, lei n. 7.492/86)
Ilana Martins Luz e Brenno Cavalcanti Araújo Brandão.....510

1.3. Crime e Pena

- Histórico Legislativo da Política Criminal de Drogas no Brasil
Ana Carolina de Paula Silva.....537
- A culpabilidade como mecanismo de contenção do exercício do poder punitivo: críticas e proposições a partir da teoria da rotulação e da culpabilidade por vulnerabilidade
Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima e Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva.....567
- A expansão do direito penal e a Lei Antiterrorismo
Fernanda Pascoal Valle Bueno De Castilho e Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna.....593
- Seleção genética e eugenia: uma análise constitucional do projeto de lei 5398/2013
Marcela Verdade Costa Amaral.....618
- O perfil dos presos encaminhados à audiência de custódia no estado do Espírito Santo, os crimes praticados e a teoria da seletividade penal
Pedro Magalhães Ganem e Carlos Eduardo Lemos.....565
- Bandido e cidadão de bem: uma análise da distribuição instrumental dos estigmas criminalizantes
Valério Luiz de Oliveira Filho e Franciele Silva Cardoso.....692
- Outsiders e desvio no trânsito: uma política criminal
Vanessa Aparecida de Souza Fontana.....729

Área 2 – Processo Penal

2.1. Prova penal e Estado Democrático de Direito

- A prova emprestada e aspectos problemáticos no processo penal brasileiro
Carolina Llantada Seibel Scarton.....762
- A valoração do reconhecimento e da declaração da vítima nos crimes de roubo análise de decisões judiciais do Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães de São Paulo
Gabriela Cardoso Ferreira.....793
- Prova emprestada no Processo Penal: uma análise dos limites de sua admissibilidade
Roberto Portugal de Biazzi.....834

2.2 Pena e prisão

- O controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro: uma análise crítica
Aline Cruvello Pancieri e Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues...864
- O corpo negro criminalizado nos cárceres brasileiros
Andrea Almeida Torres e Adeildo Vila Nova.....893
- Encarceramento feminino e os impactos do estatuto da primeira infância
Carolina Sichetti Antunes, Eduarda Ribeiro Monteiro, Wilson Clayton Massamoto Goya.....918
- Detração e sua aplicabilidade decorrente de fato delituoso posterior ao encarceramento cautelar indevido
Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna e Fernanda Pascoal Valle Bueno De Castilho.....944

- Proibicionismo penal e encarceramento feminino brasileiro
Franciele Silva Cardoso e Isabella Dias Martins.....975
- A responsabilidade penal das pessoas jurídicas em crimes ambientais
Geisa Maria Bomfim Felicio e Fernando Andrade Fernandes.....1007
- A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Execução Penal
**Helvécio Damis de Oliveira Cunha e Jaqueline O. da Silva Damis
Cunha.....1037**
- O Estatuto da Primeira Infância e os seus reflexos no processo penal brasileiro
Jeferson Brito Gonçalves.....1064
- Feminização da pobreza e o tráfico de drogas: encarceramento em massa da
mulher pobre brasileira
Jéssica Santiago Cury e Matheus de Araújo Alves.....1090
- Reincidência criminal sob a ótica das teorias das penas
Lisandra Moreira Martins e Isael José Santana.....1114
- Privação de liberdade e maternidade: uma análise da LEP à luz dos direitos
humanos
Maíra Miranda Fattorelli.....1148
- Vigiar e punir ainda?: uma análise jurisprudencial das faltas disciplinares
graves no encarceramento de mulheres
Patrícia Bocado Batista Pinto.....1188

2.3 Desafios do Processo Penal Brasileiro

- Colaboração premiada e a retomada do sistema inquisitivo
Ana Maria do Carmo Colombo e Carolina Llantada Seibel Scarton..1225
- Colaboração premiada: tensões com a principiologia do Estado Democrático
de Direito
Hermes Duarte.....1261

- Valoração da colaboração premiada no processo penal: a regra de corroboração e os limites aos elementos produzidos por meio do instituto negocial

Vinícius Vasconcellos.....1286

Área 3 – Direito e Sociedade

3.1. Segurança Pública, Gênero e Relações Raciais

- Omissão política e violência eleitoral de gênero: quando a *politics* faz a *policy*
Ary Jorge Aguiar Nogueira.....1313
- LGBTfobia e populismo penal midiático: estudo comparativo entre Brasil e Uganda
Felipe Brandão Daier.....1341
- “Também morre quem atira”: perfil dos autores e vítimas de homicídio retaliatórios em Belo Horizonte
Flora Moara Lima e Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro.....1363
- Políticas públicas de combate ao assédio moral e ao assédio sexual das policiais femininas nas instituições de segurança pública
Ivanira Pancheri e Roberto Augusto de Carvalho Campos.....1391
- A Filtragem Racial Na Literatura: Um Balanço Preliminar
Letícia Pereira Simões Gomes.....1428
- Necropoder no território de favelas do Rio de Janeiro
Lívia Miranda Müller Drumond e Thula Rafaela de Oliveira Pires Casseres.....1468
- Cultura da periferia e o olhar do poder judiciário: a questão da apologia ao crime
Maristela Barbosa Santos.....1506
- Tráfico de drogas: a utilização do flagrante delito como forma jurídica para a sujeição criminal
Pedro Machado de Melo Romano.....1528
- Processos de policiais militares em casos de homicídios dolosos e racismo institucional: uma relação possível
Poliana da Silva Ferreira.....1554

- Aborto, criminalização da mulher e saúde pública: impasses, direitos e desafios
Rodrigo Maranhão Pinheiro, Alanna Viana Alves, Luana Tereza de Barros Vieira Rocha, Silvia Cristianne Nava Lopes.....1577
- A mulher negra por trás das grades: uma análise de políticas públicas sociais direcionadas à população prisional brasileira
Silvia Cristianne Nava Lopes, Anne Caroline Nava Lopes, Aline Silva Andrade Costa, Cynthia Griselda Castro Viegas, Rafiza De Josiane Mendes Do Lago.....1618
- A tentativa de criminalização da Izidora: quando a segurança pública se torna um pretexto para remoções forçadas
Taís Freire de Andrade Clark.....1643
- As margens da nação: colonialidade e violência nas comunidades indígenas
Thaís Janaina Wenczenovicz e Carlos Eduardo de Araújo Rangel....1668
- A (des)ordem do discurso na formulação do paradoxal programa nacional de segurança pública dito com cidadania
Thiago Allisson Cardoso de Jesus.....1692
- Fragmentos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal em casos envolvendo violência de gênero
Vanessa Dorneles Schinke.....1739

3.2. Democratização do Sistema de Justiça

- Uma política pública pelo consenso? Notas etnográficas sobre a conciliação judicial em Campinas/SP
Elizabete Pellegrini Garcia.....1766
- A utilização do inquérito policial por magistrados no processamento de homicídios em minas gerais
Juliana Neves Lopes Rodrigues.....1791

- Ação declaratória do “Caso Família Teles” como instrumento para busca da justiça no atual cenário jurídico brasileiro
Laura Bittencourt Silva e João Irineu de Resende Miranda, Rodrigo Simionato Roberjan Prestes Filho.....1817

3.3. Justiça Juvenil e Segurança Pública

- Unidade Experimental de Saúde – Um Histórico de Violações
Ana Luíza Beato Cardoso Fernanda Carolina de Araujo Ifanger.....1860
- Características dos adolescentes que ingressam no sistema da justiça juvenil na cidade de São Paulo
Ana Paula Cristina Oliveira Freitas.....1905
- Internação de adolescentes: da situação irregular a irregularidade do Estado
Andrea Caon Reolão Stobbe, Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Jacqueline Quaresemim de Oliveira.....1933
- A problemática dos jovens no Ceará: vítimas nas ruas e nas instituições socioeducativas
Arnelle Rolim Peixoto.....1961
- Papel dos operadores do direito no processo de apuração de ato infracional
Eduardo Moureira Gonçalves.....1986
- Seletividade midiática: representações da redução da maioridade penal pelo jornal O Globo
Érica Oliveira Fortuna.....2010
- Seletividade e redução da maioridade penal: criminalização dos marginalizados
Mariana Silva Conte.....2045
- A violenta apreensão das jovens internas no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro
Paola Bettamio Mendes.....2080



Área 1: Direito Penal

Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas

PRINCÍPIOS PENAIS E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS: POTENCIALIDADES DE UMA NOVA CLASSIFICAÇÃO DAS GARANTIAS PENAIS CONSTITUCIONAIS

Bruna Rachel de Paula Diniz

Resumo: A Importância das Garantias Constitucionais para o Direito Penal é estudada e afirmada desde a Escola Clássica e perpassa historicamente a Dogmática Penal. Apesar da importância da relação entre as normas constitucionais e penais, há muitas vezes pouco diálogo entre a produção teórica das duas áreas. Assim, o ponto central deste trabalho é verificar a possibilidade de aplicação das ferramentas da Teoria dos Princípios originária do Direito Constitucional Alemão no Direito Penal nacional e compreender suas potencialidades para efetivar garantias penais. Para tanto, recorre-se à produção oriunda do Direito Constitucional, verifica-se como os penalistas reagem às suas possíveis contribuições e como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem empregado tais ferramentas da Teoria dos Princípios. Ao final, com considerações de autores voltados à crítica marxista do Direito, são avaliadas as possibilidades e limitações das contribuições que constitucionalistas podem oferecer para tornar mais garantista a aplicação do Direito Penal.

Palavras-chave: Princípios Penais; Teoria dos Princípios; Legalidade Penal; Garantismo Penal.

1. Introdução

A estreita relação dos princípios constitucionais com a Dogmática Penal se faz presente desde o século XVIII no contexto Iluminista de limitação do poder estatal, quando surgem as primeiras ondas do Constitucionalismo e a Escola Clássica do Direito

Penal. Tal relação intensifica-se ao longo da história com a influência do Garantismo na Dogmática Penal reforçado pelo Neoconstitucionalismo.

Apesar da importância dos princípios para configuração do Direito Penal em seus contornos atuais, não se verifica correspondente produção teórica que se debruce sobre esta categoria normativa com olhar voltado à Dogmática Penal. Um mapeamento da bibliografia sobre Princípios Penais Constitucionais indica que os trabalhos sobre a questão usualmente guiam-se por dois caminhos: ou não definem o que se entende pela categoria normativa dos Princípios ou importam as definições de autores do campo do Direito Constitucional.

Na jurisprudência, com enfoque nas decisões do Supremo Tribunal Federal, também não é clara a delimitação do que se entende por Princípios Constitucionais. Tal fato acaba por tornar nebulosa a aplicação desta categoria normativa, o que leva a um enfraquecimento de garantias constitucionais vinculadas ao Direito Penal.

Constatada essa ausência na produção teórica e os efeitos nocivos que ela apresenta para a aplicação dos princípios penais constitucionais, a proposta deste trabalho é empregar as ferramentas da Teoria dos Princípios (*Prinziptheorie*) (ALEXY, 2008) no estudo dos princípios penais constitucionais, para compreender de maneira clara o que entende pelas categorias de Regras e Princípios em matéria penal e as implicações que tal delimitação representa na aplicação dessas categorias normativas. Com isso, pretende-se verificar se os aportes da Teoria dos Princípios promoveriam ganhos na aplicação de princípios penais, tornando mais claros seus limites de incidência.

Para tanto, o presente trabalho estrutura-se em quatro partes. De início descreve-se a forma como a Dogmática Penal entende a categoria de princípios penais e apontam-se as principais implicações decorrentes dessa visão; no ponto seguinte, apresenta-se a Teoria dos Princípios e suas contribuições possíveis para a aplicação de princípios penais constitucionais. A seguir é feita a análise da garantia da Legalidade Penal à luz do aporte teórico trazido, sendo apresentados dois casos recentes em julgamento no Supremo

Tribunal Federal, nos quais se estuda em que medida as considerações dos Ministros e da Procuradoria Geral de República estão próximas da Teoria dos Princípios. Ao final, reflete-se sobre a possibilidade de recepção da Teoria dos Princípios na Dogmática Penal Brasileira e quais os possíveis ganhos que se poderá observar sob a ótica garantista.

2. A Teoria dos Princípios

A Teoria dos Princípios insere-se do contexto do Pós-positivismo, corrente teórica que pretende aliar as garantias trazidas pelo Positivismo (notadamente a segurança jurídica) à busca por decisões materialmente justas, que concretizem os enunciados normativos para além de sua previsão legal. Nesta linha, o Pós-positivismo guarda estreita relação com o Neoconstitucionalismo, modelo constitucional no qual há lugar de destaque para os princípios e sua defesa como normas de aplicabilidade imediata (BARROSO, 2005).

Nesse mesmo contexto histórico de reafirmação da importância de direitos fundamentais com força normativa, que se inicia com o final da Segunda Guerra Mundial e perpassa as décadas seguintes do século XX, também se insere o Garantismo Penal na sua manifestação contemporânea, cujos contornos podem ser verificados na obra de Luigi Ferrajolli (2002).

Notadamente, no Garantismo Penal é central a importância dos princípios para concretização das garantias conferidas ao acusado, o que já era proposto desde o Iluminismo. Entretanto, além das construções prévias, o passo dado pelos teóricos contemporâneos foi o de sistematizar a aplicação desse arcabouço de garantias para que se tornassem mais que simples enunciação. Nessa tarefa é inegável a importância da Constituição, o que evidencia mais uma vez o diálogo entre o Pós-positivismo, o Neoconstitucionalismo e o garantismo penal e a possibilidade do trânsito da Teoria dos Princípios entre a Dogmática Penal e Constitucional.

Ao propor sua Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Constituição Alemã, Alexy (2008, p. 32-38) defende que é necessário ocupar-se dos problemas relacionados à aplicação de Direitos Fundamentais integrando as dimensões analítica, empírica e normativa. Com isso, pretende definir precisamente quais são as categorias normativas envolvidas na aplicação de direitos fundamentais e conferir instrumentos para sua operação em casos concretos, impedindo discricionariedade desmedida por parte do julgador. Dentro dessa proposta, a Teoria dos Princípios vem como instrumento para definir o que se entende pelas categorias de princípios e regras e como deve ser sua aplicação.

Tem-se como pressuposto da Teoria a noção que a categoria das normas é gênero mais amplo no qual há duas espécies normativas possíveis: regras e princípios. Para classificar o que é abarcado por cada uma delas deve-se levar em conta a estrutura do direito que se pretende tutelar. Assim sendo, as regras são as normas que garantem direitos definitivos, enquanto os princípios são a expressão de direitos *prima facie*, isto é, são os chamados “mandamentos de otimização”¹. Por conseguinte, se um direito é regulado por meio de uma regra, ele deve ser aplicado sem mitigação, já, se sua tutela se der por meio de princípios, os seus aplicadores devem garanti-lo na maior medida do possível em face da realidade e das próprias limitações do ordenamento.

Nesta linha, Mariângela Gomes (2003) descreve a importância de se distinguirem regras e princípios, uma vez que os conflitos entre essas categorias de normas são resolvidos de maneira bastante distinta. O trecho a seguir é elucidativo desse ponto:

Ao se comparar um conflito entre princípios com um conflito entre regras, esse aspecto diferenciador evidencia-se, pois se percebe que, na primeira hipótese, os princípios podem ser objeto de ponderação e

¹ Tal distinção é compartilhada também por Ronald Dworkin, que afirma: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2000, p. 39).

harmonização, já que possuem apenas exigências que, *prima facie*, devem ser realizadas e, na segunda hipótese é insustentável a validade simultânea de regras contraditórias, de modo que ou a regra é inválida, ou então seu conteúdo é definitivamente válido. É por isso que se diz que, enquanto os princípios suscitam problemas de validade e peso, as regras impõe somente questões de validade. (GOMES, 2003, p. 56-57)

É importante ressaltar que a definição de regras e princípios como espécies da categoria normas é dotada de maior amplitude e profundidade na obra de Alexy. Em sua proposta, as regras e princípios são na verdade “razões para normas” (ALEXY, 2008, p. 107), isto é, são a base argumentativa que irá justificar a criação de normas universais (aquelas gerais e abstratas) e também a aplicação destas, criando normas individuais voltadas à resolução de casos concretos.

Para aclarar a distinção é possível refletir sobre o chamado “Princípio do *ne bis in idem*”, definido como a proibição de que não seja imposta a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*). Analisando tal garantia constitucional, observa-se que ela traz consigo uma prescrição que não pode ser aplicada de maneira mitigada, como é típico da categoria dos princípios. Isto porque ou se veda de maneira completa a imposição de sanção dúplice pela prática do mesmo fato delituoso ou se está violando a previsão constitucional, de modo que apenas pode se tratar de uma regra, no sentido aqui apresentado.

Por sua vez, outro direito fundamental afeto às garantias penais constitucionais que é objeto de ampla discussão é a Dignidade Humana. Ampla corrente doutrinária defende que esta é um princípio basilar, dotado de maior importância que os demais por ser o cerne de toda a proteção ao indivíduo e que, portanto, não poderia ser mitigado em nenhuma circunstância (SARLET, 2010, p. 70).

Tal concepção, apesar de supostamente promotora de maior proteção à Dignidade, não poderia ser acolhida pela Teoria dos Princípios, pois seria uma exceção à sistemática desta categoria normativa que pode ser sempre mitigada e sopesada quando necessário. A saída de Alexy nesse ponto específico é classificar a Dignidade Humana como norma de natureza dúplice, sendo tanto princípio como regra.

Nessa linha, nos casos em que se manifesta como regra, “não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão-somente se foi violada ou não” (ALEXY, 2008, p. 114), por sua vez, quando se apresenta na forma de princípio pode sim ser sopesado em relação aos demais quando necessário, dentro dos limites da proporcionalidade².

Definido o que se entende por regra e princípio, cabe colocar que a última categoria é dotada de grande pluralidade normativa, o que torna a relação entre as normas constantemente desarmoniosa. Por isso, em questões complexas é comum a discussão acerca do conflito entre princípios e, conseqüentemente, entre os direitos penais fundamentais deles derivados.

A difícil solução dos confrontos entre princípios igualmente previstos na Constituição é objeto de intenso debate doutrinário, no qual se apresentam duas propostas de solução: a Teoria Interna e a Externa. Pela primeira, os direitos fundamentais apresentam limites imanentes e sua limitação não pode ocorrer, pois qualquer mitigação significaria invalidá-los por completo. Desta forma, os princípios correspondentes a estes direitos fundamentais têm um campo de aplicação definido que não pode ser ultrapassado. Tecnicamente, fala-se que estes princípios apresentam um “suporte fático restrito” (SILVA, 2009).

Por sua vez, a Teoria Externa, na qual se insere a Teoria dos Princípios, parte do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ter limites imanentes, pois

² O exemplo dado pelo autor é a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que entendeu ser constitucional a possibilidade de prisão perpétua quando o preso apresentar permanente periculosidade, pois neste caso, estaria havendo a precedência da proteção à “comunidade estatal” em face do princípio da dignidade humana. (ALEXY, 2008, p. 113)

fatalmente colidirão com outros direitos em alguma ocasião e precisarão ser restringidos em alguma medida. Assim sendo, os princípios dos quais decorrem esses direitos não podem ter seu campo de aplicação previamente definido, já que a extensão de sua incidência varia em cada caso. Nisso consiste a ideia de que os princípios têm um “suporte fático amplo”, mas limitável de acordo com o conflito que se apresenta concretamente. (SILVA, 2009)

Ao assumir o conflito entre princípios como inevitável, a Teoria Externa, e notadamente a Teoria dos Princípios, se vale da Máxima da Proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*) para solucioná-lo. Esta apresenta três subregras: Adequação (*Geeignetheit*), Necessidade (*Erforderlichkeit*) e Proporcionalidade em sentido estrito (*Abwägungsgebote*), que devem ser analisadas necessariamente nesta ordem, pois sua apreciação é subsidiária. Explica-se: “a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade” (SILVA, 2009, p. 34).

A máxima da proporcionalidade é referida reiteradamente na Doutrina como “Princípio da Proporcionalidade”, apesar disso, Alexy alerta que tal acepção é contrária à definição de princípio da Teoria por ele proposta, uma vez que os elementos que compõem a máxima (adequação, necessidade e proporcionalidade) são regras que têm aplicabilidade imediata. Em suas palavras:

A máxima da proporcionalidade [...] não se trata de um princípio no sentido aqui empregado. A adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são sopesadas contra algo. Não se pode dizer que elas às vezes tenham precedência, e às vezes não. O que se indaga é, na verdade, se as máximas parciais foram satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como consequência uma ilegalidade.

As três máximas parciais devem ser, portanto, consideradas como regras. (ALEXY, 2008, p. 177)

Assim, as três regras contidas na proporcionalidade são empregadas para que se verifique, dentre as possíveis medidas para solução de um conflito de princípios, qual é a que mais promove um dos direitos fundamentais em questão ao mesmo tempo que menos afeta o outro em jogo. Tal proposta é um reflexo dos traços pós-positivistas que visam conciliar as garantias positivadas com a sua efetivação em situações complexas da realidade.

Cabe, portanto, apresentar as três subregra da proporcionalidade. De início, na Adequação, deve-se constatar se as medidas escolhidas previamente fazem com que o objetivo legítimo pretendido seja alcançado ou ao menos fomentado. Em segundo lugar, na subregra da Necessidade, há de se verificar dentre as alternativas existentes, quais são aquelas que mais fomentam a realização da medida que se pretende conseguir, afetando em menor medida os direitos decorrentes de princípios penais constitucionais. Ao final da análise do critério da Necessidade é escolhida qual medida será mais indicada. O procedimento não se encerra sem que a solução encontrada seja aprovada no critério da Proporcionalidade em sentido estrito. Neste é realizado um sopesamento entre a intensidade da afronta ao princípio mais restringido e a importância da realização do outro que é mais fomentado.

A regra da proporcionalidade não é isenta de críticas. Desde a primeira edição de *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, a proposta de Alexy vem sendo questionadas sob diversos enfoques que podem ser organizados em dois grandes polos de críticas.

O primeiro deles, denominado pelo próprio Alexy (2008, p. 576) como a posição do “Ceticismo Radical”, afirma que a Teoria dos Princípios e o uso da Proporcionalidade apenas aparentam conferir racionalidade à aplicação de direitos fundamentais, enquanto na realidade fornecem ao julgador um amplo poder discricionário na aplicação de princípios em conflito. Junger Habermas, cujas críticas se filiam a essa posição, ainda

aponta que o sopesamento poderia ser uma ameaça à direitos individuais quando colidentes com finalidades coletivas, o que acabaria por trazer uma proteção insuficiente aos direitos tutelados constitucionalmente e levar ao prevalecimento de motivações autoritárias como a Segurança do Estado ou a punição de “Inimigos Públicos”³.

Rafael Ferreira (2013), ao tratar da recepção da Teoria dos Princípios no Brasil, ainda afirma que os contornos discricionários da Teoria tomaram proporções ainda maiores quando importadas pela jurisprudência brasileira, pois além de não empregarem os pressupostos teóricos da maneira originalmente concebida, ainda se valem deles para justificar decisões absolutamente discricionárias a respeito de direitos fundamentais sob a justificativa de que estão amparadas teoricamente pelo arcabouço aqui apresentado previamente. Assim, o autor é contundente ao:

denunciar o problema democrático oriundo da discricionariedade judicial proporcionada pelas teorias discursivo-procedimentais – especialmente a de Robert Alexy – e o modo pelo qual recebidas/aplicadas no Brasil, sem qualquer fidelidade originária e compromisso conteudístico e sob a ótica da hermenêutica (filosófica). (FERREIRA, 2013, p. 23-24)

Em relação a este conjunto de críticas, Alexy afirma que exagerada a posição de Habermas quando ele diz ser a Teoria dos Princípios dotada de irracionalidade e discricionariedade desmedida, uma vez que “é possível elaborar juízos sobre intensidades de intervenções, graus de importância e sobre o relacionamento entre ambos” (2008, p. 296). Assim, aquele que opera o sopesamento na escolha de qual princípio pode eventualmente prevalecer não tem total liberdade para decidi-lo.

³ No original: “*In dem Maße, wie ein Verfassungsgericht die Wertordnungslehre adoptiert uns seiner Entscheidungspraxis zugrundelegt wächst die Gefahr irrationaler Urteil, weil damit funktionalistische auf Kosten normativer Argumenten die Oberhand gewinnen. Die “Funktionsfähigkeit” der Bunderswher oder der Rechtspflege, der bereichsspezifische “Friede”, die “Sicherheit des Staates als verfaßter oder “Bundestreuer” – diese ähnliche “Prinzipen” bilden gewiß Gesichtspunkte, unter denen Argumenten im Falle von Normenkontrolle der Verfahrensrationalität eines rechtlich institutionalisierten Anwendungsdiskurses.*” (HABERMAS, 1994, p. 316)

O segundo grupo de críticas agrupa-se em torno de posição oposta à primeira, afirmando que a Teoria dos Princípios engessa em demasia os aplicadores de princípios constitucionais, em especial o legislador, que não teria qualquer poder criativo quando da edição de normas que fossem concretizar direitos fundamentais, de modo que:

O legislador parlamentar perderia toda a sua autonomia. Sua atividade esgotar-se-ia na mera constatação daquilo que já foi decidido pela constituição. O processo político democrático perderia consideravelmente em importância e não seria mais possível deter a transição do Estado Legislativo parlamentar para um Estado judiciário constitucional (ALEXY, 2008, p. 578).

Em relação a estas ponderações, Alexy (2008, p. 578-583) afirma que sua teoria, principalmente no que se refere ao sopesamento entre princípios e à proporcionalidade, é fornecedora de uma metodologia para solução de casos complexos, o que não significa que ela é a mesma em qualquer circunstância histórica e política, mas apenas uma moldura, dentro da qual o intérprete tem certa discricionariedade controlada.

Por fim, é possível encontrar ainda uma terceira via crítica desenvolvida com base na crítica marxista ao direito que guarda certa concordância do o grupo de teóricos no qual se insere Habermas (1994), mas caminha por um viés próprio para justificar a discricionariedade em demasia da Teoria dos Princípios. Nessa perspectiva, que tem como base a obra de Eugene Paschukanis (1998, p. 70-71), a forma jurídica apenas mascara a decisão que é tomada com base em interesses que não podem ser limitados ou conformados pelos artifícios teóricos conferidos pela dogmática.

Assim, na prática, a categoria das normas é a tradução de uma escolha política prévia que já resguarda de pronto e por completo o interesse hegemônico, enquanto a categoria dos princípios confere certa abertura, para que as decisões dos grupos detentores do poder incidam posteriormente, no momento da aplicação dos dispositivos. Por conseguinte, a última categoria (dos princípios) é ainda mais nociva que a primeira pois confere aos interesses traduzidos em princípios uma aura de neutralidade e esconde que

um conflito entre princípios é, na realidade, um conflito entre interesses sociais antagônicos e, no limite, inconciliáveis (CORREA, 2011, p. 8-9).

Nas palavras de Marcus Orione Correa:

Nesse discurso, os princípios aparecem de forma idílica, como o que há de mais puro, uma depuração última do sistema. Os conflitos de princípios, em verdade, escondem conflitos de interesses. No entanto, como não é bom que isso fique claro, de novo o direito opera o milagre de fazer a limpeza. Separa os conflitos de qualquer noção de interesses e mesmo da moral, tornando-os categorias jurídicas infensas ao que há de mais impuro da disputa, tornando possível que a gramática do direito opere e evite que a solução se faça da forma como deve ser realizada, ou seja, no seio de onde foi gestado o conflito – não estamos nos referindo, aqui, de forma simplista, às soluções dados pelos próprios grupos, artificializada em formas “modernas”, como a da justiça restaurativa ou da opção pela via conciliatória, por exemplo. (CORREA, 2011, p. 8-9)

3. Princípios Penais na Dogmática Brasileira

A distinção entre regras e princípios é amplamente tratada na dogmática constitucional, sendo diversas as posições a respeito do tema. Sucintamente, há três que se destacam.

Pela primeira, o traço distintivo entre as duas categorias é o grau de importância que representam para o Ordenamento Jurídico. Nessa linha, os princípios seriam as normas basilares e dotadas de maior relevância e as regras os demais elementos que permitem a concretização dos primeiros. Por sua vez, há também um segundo critério, referente ao grau de abstração das espécies normativas, no qual se definem os princípios como normas abstratas e gerais e as regras são a espécie normativa que apresenta comandos claramente determinados (BARROSO, 1998). A terceira posição, fundada na Teoria dos Princípios, se refere ao aspecto estrutural das normas tuteladas já foi explanada na seção anterior.

Tais definições são irradiadas para os demais ramos do Direito, o que se deve ao movimento de constitucionalização das disciplinas antes compartimentalizadas, em decorrência do próprio Neoconstitucionalismo e do Pós-positivismo.

Na Dogmática Penal este caminho não foi distinto. É crescente a importância dos princípios penais na Constituição, destacando-se o Texto de 1988 como aquele que previu de maneira mais extensa garantias penais, processuais penais e da execução penal. Desta forma, é evidente a importância do Diálogo entre Constitucionalistas e Penalistas e usual que haja uma importação de conceitos.

Para verificar como a Dogmática Penal se vale dos aportes constitucionalistas voltados à definição de princípios, um levantamento bibliográfico sobre as obras que tratam de princípios penais constitucionais demonstrou que os trabalhos sobre a questão adotam duas posições: ou não definem o que se entende pela categoria normativa dos Princípios, tomando isso pressuposto ou trazem as definições de autores do campo do Direito Constitucional.

Aqueles que se guiam pela primeira tendência não necessariamente deixam de reconhecer a importância dos princípios para o Direito Penal, ao contrário, verifica-se que apesar da ausência de definições claras do que se entende por esta categoria normativa, é usual que seja reconhecida sua centralidade na aplicação dos dispositivos propriamente penais. Sobre essa colocação, Cláudio Amaral (2003, p. 69):

Muitos penalistas recorrem à Constituição Federal e aos seus princípios como base operacional do direito penal, sem, contudo, utilizar-se de uma sistemática que permitiria como base operacional do direito penal, sem, contudo, utilizar-se de uma sistemática que permitiria visualizar como se desenvolve o sistema penal diante das inevitáveis e velozes mutações sociais”

Este é o caso de Roxin, que não faz menção clara a um conceito de princípios, mas os abarca como elementos centrais no Funcionalismo por ele proposto, que tem na Constituição as bases que irão informar e conformar os Bens Jurídicos tutelados pelo

Direito Penal. Em suas palavras: *“El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución”* (ROXIN, 1997, p. 55).

Por sua vez, nos trabalhos do segundo grupo, que buscam definir o que entendem por princípios, é comum ser mobilizada a primeira definição aqui apresentada, baseada no grau de importância que os princípios representam para o Ordenamento Jurídico. Nesta linha está a definição trazida Antônio Carlos Santoro Filho (2003, p. 68), que evidencia o grau de importância dessa espécie normativa afirmando que são: “institutos como as fundações para a edificação: conformam e sustentam o que sobre eles é erigido, de modo que a retirada de qualquer dos alicerces ou a efetivação da obra fora dos padrões estabelecidos, implicará o comprometimento de toda a construção”⁴.

Além dessas, há outras obras que empregam primordialmente o critério do grau de abstração, como no caso de Cláudio Amaral (2003), que em sua obra “Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade”, acentua esse traço, afirmando:

Percebemos que ao falar de princípios tratamos de normas dotadas de um grau mais elevado de generalidade. Os princípios requerem um esforço interpretativo para chegar a um resultado de concretude sensível, devido à sua dimensão preponderantemente abstrata. E, na medida em que trabalhamos com princípios – portanto, valemo-nos de um instrumento de certa indeterminação e abstração -, é preciso analisar o vetor das valorações que esse instrumento requer enquanto adjetivado de amarras constitucionais. (AMARAL, 2003, p. 34-35)

Há ainda alguns autores que trazem as definições próprias da Teoria dos Princípios aplicando-as à questões próprias da Dogmática Penal. Um autor que se vale deste intercâmbio é Thiago dos Santos (2014), que não somente emprega a classificação

⁴ No mesmo sentido Maurício Antônio Ribeiro Lopes (1997) que define princípio penal constitucional como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere à tônica e lhe dá sentido harmônico”.

entre regras e princípios tal como descrita por Alexy, como também demonstra a importância da Proporcionalidade como ferramenta para solucionar conflitos entre princípios penais constitucionais, fazendo uso das três subregras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) já detalhadas anteriormente.

Ainda que fosse possível suprimir uma garantia fundamental [...] utilizando-se dos argumentos de política, dever-se-ia demonstrar que a restrição respeita o postulado da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). No entanto, verificando-se que a afronta à garantia constitucional não atinge o fim que visa (ou seja, é inadequada), deve ela ser declarada inconstitucional por desrespeito à proporcionalidade (e ao subprincípio da adequação). (SANTOS, 2014, p. 71)

Fábio Araújo (2009), nesta mesma linha, traz os marcos apresentados para tratar do Princípio da Proporcionalidade do Direito Penal. Para tanto se vale das regras da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu* para definir quais os limites do poder de punição do Estado frente às condutas praticadas por particulares. Tal orientação permite ao legislador e, posteriormente ao intérprete e aplicador das leis penais, verificar de maneira clara se determinada conduta criminalizada e a pena a ela imposta fere ou se adequada ao Princípio constitucional da proporcionalidade. De modo sucinto, na adequação se verifica se o Direito Penal é meio apto à proteção do interesse social tutelado, isto é, se o Bem Jurídico em questão tem relevância penal. Por sua vez, na necessidade se verifica se o Direito Penal é o único meio apto à sanção da conduta ilícita praticada, de modo a tornar verdadeiramente efetivo o seu caráter de medida de *ultima ratio*. Ao final, na proporcionalidade em sentido estrito se observa a espécie de sanção penal imposta e sua duração.

Por fim, ainda dentre os autores que fazem referência à obra de Alexy, há aqueles que não acompanham de maneira integral todos os postulados teóricos da Teoria dos Princípios, mas se valem de alguns de seus elementos centrais, como a distinção entre regras e princípios e até os postulados da proporcionalidade de maneira distinta.

Um exemplo é a obra de Mariângela Gomes (2003) que apresenta as subregras da proporcionalidade de maneira distinta àquela proposta por Alexy, o que se deve ao fato do procedimento de exame da proporcionalidade não ter sido formulado propriamente para o Direito Penal, pois tinha como objeto o controle dos atos normativos administrativos. Assim, a Autora propõe algumas alterações nas subregras da proporcionalidade penal.

A primeira delas é iniciar exame da proporcionalidade pela categoria da necessidade, pois para a Autora, no Direito Penal é primordial que se verifique logo de início se não há “outro meio capaz de proteger o interesse ameaçado, de modo menos agressivo à liberdade individual” (GOMES, 2003, p. 80). Assim, somente sendo a sanção penal a única possível é que pode analisar se a tutela penal é adequada à tutela do bem jurídico protegido, pois, “embora em outros ramos do ordenamento jurídico possa-se dizer que ‘apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado’ na seara penal isso não procede” (GOMES, 2003, p. 80).

Outra autora que também traça este caminho é Tereza Correa (1999), que caracteriza os três “passos” contidos na Proporcionalidade quando aplicada ao Direito Penal da seguinte forma:

Los tres subprincipios en los que cabe descomponer el principio de proporcionalidad em sentido amplio, los concretaremos en el ambito del derecho penal de la siguiente forma. En primer lugar el principio de idoneidad requiere que el Derecho penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que se persigue. El principio de necesidad en Derecho penal se concreta, por una parte parte para, en el principio de intervención minima con los postulados que lo integran: ultima ratio y carácter fragmentario del Derecho penal. El principio de la proporcionalidad em sentido estricto viene a coincidir com ele principio de proporcionalidad de las penal y el principio de proporcionalidad de medidas de seguridad, tal y como há sido entendido tradicionalmente por la doctrina. (CORREA, 1999, p. 147-148)

3.1. Considerações sobre a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal na Aplicação de Garantias Constitucionais Penais

Na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é recorrente a referência à proporcionalidade e à razoabilidade, por vezes sendo ambas empregadas como sinônimos. Isso se deve a “importação” de uma construção da dogmática e jurisprudência constitucional portuguesa na qual houve uma mescla do uso da Teoria dos Princípios (proveniente do Tribunal Constitucional Alemão a partir dos anos cinquenta) com a ideia de razoabilidade originária do Direito anglo-saxão.

Essa mescla de bases teóricas distintas deu origem a diversas possibilidades de sopesamento entre princípios que envolvem ora as regras da proporcionalidade, ora o exame da compatibilidade entre os meios e fins da ação estatal que atinge direitos fundamentais, típica do juízo de razoabilidade⁵. Tal fato explica a grande oscilação encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao tratar de conflitos entre princípios ou até mesmo da definição clara do que se entende por princípios ou regras⁶.

A variação não é em si problemática, pois é absolutamente plausível que cada Ministro recorra ao embasamento teórico que entender adequado. Entretanto, a objeção que se faz ao uso indiscriminado dos termos proporcionalidade e razoabilidade é justamente a falta de clareza encontrada no decorrer dos votos que fazem uso de tais categorias, que passam a ser meros artifícios argumentativos.

⁵ Apesar dessa pluralidade de posições, a proposta do presente trabalho não à avaliação de qual delas é melhor. Todas apresentam potencialidade de aplicação caso seguida de maneira clara a metodologia de ponderação entre os princípios apresentada pelos autores. No presente trabalho foi escolhida a Teoria dos Princípios como central para análise por apresentar critérios claros de aplicação e consolidada produção teórica e jurisprudencial a respeito.

⁶ “Embora haja autores que proponham uma distinção entre esses conceitos [proporcionalidade e razoabilidade], o certo é que essa questão não mereceu a atenção devida por parte de nenhum dos membros da Corte.” (COSTA, 1999, p. 238)

O recurso à regra da proporcionalidade na jurisprudência do STF pouco ou nada acrescenta à discussão e apenas solidifica a idéia de que o chamado princípio da razoabilidade e a regra da proporcionalidade seriam sinônimos. A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático. Em inúmeras decisões, sempre que se queira afastar alguma conduta considerada abusiva, recorre-se à fórmula "à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional" (SILVA, 2002, p. 31).

Em trabalhos voltados à análise empírica qualitativa do uso da proporcionalidade fica ainda mais evidente a crítica apresentada, uma vez que se demonstra a falta de critérios na sua aplicação, que acaba por ser bastante inconsistente (CAMARGO, 2005, p. 77-79). Somado a isso há uma menção recorrente ao artigo 5, inciso LIV (garantia do devido processo legal) como uma garantia correlata à razoabilidade e proporcionalidade, sem, no entanto, grandes considerações sobre a sua influência nas situações conflituosas examinadas pelos Ministros⁷.

Inclusive, a variação entre a terminologia proporcionalidade e razoabilidade não é mero acaso. Alexandre Costa (2008), ao analisar o uso dos termos pelo STF verificou uma preferência pelo segundo, justamente por sua filiação teórica ao direito anglo-saxão, no qual há maior liberdade para decisão jurisprudencial:

[...] a expressão princípio da proporcionalidade tem um significado muito específico na dogmática jurídica alemã, o qual não é necessariamente o mesmo que ele adquiriu (ou adquirirá) no direito brasileiro. Já o princípio da razoabilidade não tem um sentido dogmático específico, o que deixa o STF mais livre para desenvolver o seu significado e nos cria menos preconceitos sobre qual deveria ser o entendimento do Supremo. (COSTA, 2008, p. 238)

Nesse cenário, a proporcionalidade desvincula-se de seus traços originais, nos quais era central a definição criteriosa de parâmetros para a atuação judicial, e passa a ser

⁷ Exemplo desse uso da garantia do Devido Processo como correlato à razoabilidade é o voto do Ministro Gilmar Mendes na Intervenção Federal nº. 2915, 03.02.2003, p.179.

mero artifício retórico apto a justificar posições políticas por meio de categoriaas jurídicas esvaziadas de conteúdo.

3.1.1. A Legalidade: Regra ou Princípio?

O “Princípio” da Legalidade é traduzido na recorrente máxima criada por Feuerbach em 1801: “*nullo crimen sine lege, nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena legali*”⁸, que é expressada na previsão contida no artigo 1º do Código Penal Brasileiro e no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”.

Em relação ao conteúdo da legalidade, há quatro regras que fornecem sua operabilidade e concretude, as quais podem ser traduzidas nas seguintes máximas latinas: “*nullum crimem sine lege scripta*”; “*nullum crimem sine lege praevia*”; “*nullum crimen sine lege certa*”; “*nullum crimen sine lege stricta*”. Assim sendo, a legalidade se desdobra em quatro determinações que não apresentam margem para serem cumpridas em maior ou menor medida. Isto é, ou uma lei é clara ou não é; ou ela retroage ou não; ou é taxativa ou não; ou se permite a analogia ou não. Portanto, não há espaço para aplicá-la em diferentes graus ou sopesá-la com algum outro princípio eventualmente colidente.

Desta forma, apesar da usual nomenclatura “Princípio da Legalidade”, a sua classificação de acordo com a Teoria dos Princípios é possível somente na categoria de regra.

A alocação da legalidade nessa categoria é praticamente ausente das obras que tratam de princípios penais constitucionais, as quais tendem a adotar a terminologia princípio, pois se filiam à definição desta espécie normativa vinculando-a a sua importância. Em algumas obras, no entanto, como na lição de Anibal Bruno (1959, p. 192-195), fala-se que a legalidade é composta por regras ou ainda que ela se resume à

⁸ Há inclusive autores como Anibal Bruno (1959, p.192) que denominam o princípio da legalidade pela máxima de Feurbach.

máxima de Feuerbach que é um enunciado autoexecutável, típico da espécie normativa das regras.

É certo que a doutrina, na quase unanimidade, denomina a legalidade de princípio, o que, a rigor, permitiria seu sopesamento com outros princípios constitucionais para afastar sua aplicação em determinados casos. Tal conclusão, porém, não é correta. Quem denomina a legalidade de princípio simplesmente assim o faz tendo como referência a distinção quantitativa (e não qualitativa) entre regras e princípios (ou seja, nada diz quanto à estrutura da norma ou sua forma de aplicação) (SANTOS, 2014, p. 63).

Alexy, ao tratar da legalidade penal, afirma que o fato de ser possível eventual discussão acerca dos limites de interpretação do enunciado normativo em questão não descaracteriza sua natureza jurídica de princípio. Nesse ponto é bastante clara sua posição:

O enunciado normativo “só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes” (art. 103, §2º da Constituição Alemã; §1º do Código Penal Alemão) pode dar ensejo a uma série de problemas interpretativos e a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação. Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que é aquilo que ele exige é algo que sempre ou é cumprido, ou não. Como essa norma é frequentemente caracterizada como “princípio, ela é um exemplo dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem. (ALEXY, 2008, p. 109)

Tais considerações acerca da natureza jurídica da “regra da legalidade” são de extrema importância na medida em que demonstram que não é possível a sua aplicação mitigada em nenhuma hipótese.

Na jurisprudência do STF não há menção à legalidade como regra, sendo pacífico o uso da expressão “Princípio da Legalidade”. Por sua vez, em sua jurisprudência recente, duas questões correlatas à legalidade são ilustrativas para demonstrar como sua aplicação pode variar de acordo com a classificação normativa adotada.

O primeiro caso é o Recurso Extraordinário com Agravo nº 901.623 no qual se julga a constitucionalidade do tipo penal previsto no art. 19 da Lei de Contravenções Penais⁹. Na síntese do Ministro Relator Edson Fachin:

A tese em discussão nos autos é a de que a condenação pela conduta de portar uma faca de cozinha sem licença da autoridade afronta, diretamente, o princípio da legalidade penal, previsto no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Isso porque, o tipo remete-se a uma licença que supostamente deveria estar disciplinada em lei inexistente e a norma apontada como parâmetro de controle da constitucionalidade dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem prévia cominação legal¹⁰.

Cabe pontuar que até o momento não foi julgado o mérito do Recurso Extraordinário em questão. Até a presente data há somente uma decisão do Plenário que se reconheceu sua repercussão geral, considerando tratar-se de controvérsia relativa à princípio penal constitucional (legalidade) que supera as partes vinculadas ao processo.

Apesar de pendente o julgamento da questão, é ilustrativo o parecer da Procuradoria da República para refletir sobre a aplicação da legalidade. De início verifica-se que não há nele menção clara à discussão sobre princípios penais ou sobre a legalidade como princípios. Limita-se o parecer à invocar a súmula 282 do STF¹¹ para pautar a ausência de relevância constitucional da questão por se tratar de ofensa reflexa.

Esta desconsideração da relevância do princípio da legalidade na questão não significa, entretanto que ela esteja completamente ausente. Ao contrário, pode-se interpretá-la como uma posição que não considera a legalidade como espécie normativa

⁹ Artigo 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade

¹⁰ Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Agravo em Recurso Extraordinário nº 901623 SP - SÃO PAULO 0006539-32.2014.8.26.0344, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 22/10/2015, Data de Publicação: DJe-244 03-12-2015.

¹¹ Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

que deve ser aplicada por completo, independente da questão específica em que se desdobra, mas como um enunciado amplo que não é apto a resolver controvérsias¹².

Tal análise qualitativa do parecer corrobora a noção de que a categoria de princípios é pautada pela sua amplitude e importância somente na medida em que é um instrumento retórico, como propõe Maria Cardoso da Cunha (1979, p. 17). Desse modo, as grandes considerações aptas a solucionar controvérsias seriam aquelas que envolvem a análise das leis penais e das prescrições nelas contidas.

Ao final do parecer, ainda há menção aos “péssimos antecedentes” e a personalidade do réu que é “voltada à prática de infrações penais”, como justificativas para a aplicação da contravenção penal de porte de arma, ainda que pautada sua inconstitucionalidade.

Em casos como esse, é possível pensar na utilidade da Teoria dos Princípios para conferir maior certeza na aplicação de garantias como a Legalidade. Defini-la claramente como uma regra, que tem aplicação imediata e completa, tal qual qualquer artigo de lei penal, permite afastar o seu emprego meramente retórico e garantir sua concretude.

Por sua vez, outro caso em que a legalidade é pautada na história recente do Supremo Tribunal Federal é o Mandado de Injunção 4733/DF¹³, no qual a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais¹⁴ busca o

¹² Tal traço é evidenciado pelo modo como o parecer é formulado. Em seu início insiste-se em afastar a admissibilidade do Recurso Extraordinário com base na Súmula 282, mesmo já tendo sido entendido pela Maioria dos Ministros que se trata de questão constitucional com repercussão geral. Passada esta discussão parte-se diretamente para uma análise da adequação típica da conduta de portar arma branca, recorrendo-se à Doutrina e Jurisprudência específicas sobre o tipo penal do artigo 19 da Lei de Contravenções Penais. Assim, fica ausente qualquer consideração detalhada sobre a Legalidade, como se sua análise (que é o ponto central da controvérsia) não apresentasse relevância.

¹³ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 4733 DF, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 23/10/2013, Data de Publicação: 28/10/2013.

¹⁴ Na inicial impetrada consta que: “O mandado de criminalização contido no art. 5o, XLII, da Constituição da República, abrange a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas. Caso não se entenda que a Lei 7.716/1989 tipifica práticas homofóbicas, está em mora inconstitucional o Congresso Nacional, por inobservância do art. 5o, XLI e XLII, da CR. Cabe fixação de prazo para o Legislativo sanar a omissão.”

reconhecimento da homofobia e transfobia no art. 20 da Lei 7.716/89¹⁵ que criminaliza o racismo de maneira ampla.

Inicialmente houve decisão do então Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski pelo não conhecimento do Mandado de Injunção, por não ser ele a via adequada a suprir a ausência de criminalização específicas das condutas de cunho homofóbico e transfóbico. Apesar de na decisão não haver menção à legalidade, nas informações prestadas pelos presidentes da Câmara e do Senado Federal, bem como pela Advocacia Geral da União havia o alerta de que não é possível suprir omissão de lei penal nem por meio de interpretação conforme pois na legalidade está contido o “princípio” da reserva legal penal, que exige a edição de lei ordinária para qualquer criminalização.

À semelhança da controvérsia já discutida, ainda não houve decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no sentido de conhecimento ou não do Mandado de Injunção interposto. Entretanto, é novamente de interesse a Manifestação da Procuradoria da República, que se posicionou não somente favoravelmente ao conhecimento da ação proposta, como também pela sua procedência.

Nesse caso, ao contrário do raciocínio empregado no caso da contravenção de porte de arma, que ignorou praticamente por completo a problemática envolvendo o princípio da legalidade, o parecer admite haver mitigação da garantia da reserva legal em matéria penal. Apesar disso, o combate a homofobia e a proteção à dignidade permitiriam o abrandamento da legalidade penal, conforme se verifica no excerto a seguir:

O importante argumento da reserva absoluta de lei (princípio da legalidade estrita) em matéria penal precisa ser interpretado à luz da supremacia da Constituição, das determinações específicas de legislar para proteger a dignidade, do controle de constitucionalidade, da previsão de mecanismos processuais talhados para enfrentamento da omissão inconstitucional (como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão) e

¹⁵ Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

do papel do Supremo Tribunal Federal na concretização constitucional. Ausência de resposta jurídica eficaz ao comando constitucional de combate à discriminação e ao preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transgêneros e transexuais é intolerável em quadro social no qual centenas de indivíduos são mortos a cada ano primariamente por causa de sua orientação sexual.

Tal parecer demonstra o risco que se assume ao classificar a legalidade como princípio, sendo possível justificar seu sopesamento com outras normas da mesma categoria, como a dignidade humana.

Vale ressaltar que a classificação da legalidade como regra e consequente impossibilidade da sua mitigação não significam que está impossibilitada a tutela penal da discriminação sofrida em razão da homofobia e transfobia. O que se exige pela regra da reserva legal é a edição de lei pelo Congresso que especifique as condutas penalmente relevantes e não a mera interpretação de dispositivo, seja pela via da interpretação constitucional conforme, seja pelo uso de analogia.

Nessa quadra, vale enfatizar que respeitamos o pleito da ABGLT. O que aqui se questiona é o foro adequada para a satisfação de sua pretensão, que não de ser o Poder Judiciário. A luta pela criminalização, entretanto, em si, embora contrária à melhor filosofia do direito penal, não é evidentemente inconstitucional, como também não seria inconstitucional eventual lei (desde que ... contemplando as exigências da Constituição Federal). (CLÈVE et al, 2014)

Os casos apresentados, apesar de não terem ainda um julgamento definitivo, no qual se analisa no mérito a aplicação da legalidade, podem servir como referenciais para acompanhar a jurisprudência do Supremo Tribunal sobre a questão e evidenciar possíveis flexibilizações na sua aplicação.

Tal monitoramento da jurisprudência à luz da Teoria dos Princípios permitirá perceber se decisões como as do Habeas Corpus nº 126.292¹⁶ e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43¹⁷ e 44¹⁸, que consideraram a regra da presunção de inocência um princípio e mitigaram sua aplicação em face da colisão com outros princípios constitucionais, tem se ampliado¹⁹.

4. Conclusão

A Teoria dos Princípios apresenta contribuições que podem ser extrema valia para Dogmática Penal conferir às garantias constitucionais a efetividade esperada no contexto do Neoconstitucionalismo que irradia ao Direito Penal a força normativa do Texto Constitucional.

Dentre as contribuições mais relevantes apresentadas destaca-se a definição clara do que se entende por regras e princípios e as implicações que ela representa na aplicação dessas espécies normativas.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 126.292. Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 26/08/2016, Data de Publicação: DJe-134 07/02/2017.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF. 4000886-80.2016.1.00.0000, Relator: Min. Marco Aurélio, Data de Julgamento: 16/06/2017, Data de Publicação: DJe-134 26/06/2017.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 44/ DF. Relator: Min. Marco Aurélio. (Julgamento pendente)

¹⁹ Interessante observar que no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade o Ministro Roberto Barroso definiu expressamente que garantia constitucional da presunção de inocência seria um princípio e, portanto, poderia ser sopesada em face de outros valores constitucionais. Em seu voto, entretanto não esclarece o motivo de não ser uma regra, nem esclarece de que maneira é realizado o sopesamento proposto. Em suas palavras: “A presunção da inocência é ponderada e ponderável em outros valores, como a efetividade do sistema penal, instrumento que protege a vida das pessoas para que não sejam mortas, a integridade das pessoas para que não sejam agredidas, seu patrimônio para que não sejam roubadas”.

Por outro lado, Ministros como Ricardo Lewandowski e Rosa Weber não fazem menção à distinção entre regras e princípios, mas acabam por identificar com clareza de que a Presunção de Inocência é regra processual penal que não pode ser aplicada em menor medida. A caracterização de tal garantia como regra fica clara nas passagens de seus votos: “Não vejo como fazer uma interpretação contrária a esse dispositivo tão taxativo” (Min. Lewandowski) e “Não posso me afastar da clareza do texto constitucional [...] “Não vejo como se possa chegar a uma interpretação diversa” (Min. Weber).

Na história recente do Supremo Tribunal Federal, em que se verifica certa abertura para a flexibilização de garantias constitucionais, os casos aqui trazidos são indicativos de que posições que esvaziam o alcance de garantias penais ao classificá-las como princípios são possíveis.

Assim sendo há de ter cuidado ao acreditar que definir uma categoria como princípio irá conferir-lhe um status de superioridade e maior importância. Ao contrário o que pode acontecer é justamente essa suposta grandiosidade dos princípios ofuscar uma aplicação esvaziada de sentido e imperatividade, o que promove um uso meramente retórico.

Nessa toada, promover o uso da categoria das regras quando cabível (como no caso da legalidade) impede que ela seja um argumento meramente acessório nas controvérsias analisadas e evita a sua mitigação em um suposto conflito com outros valores constitucionais que muitas vezes nem poderiam ser trazidos para a resolução de controvérsia, como no caso do Mandado de Injunção analisado.

Em suma, a Teoria dos Princípios, ao conferir parâmetros mais claros na aplicação de normas carregadas de valores, usualmente empregadas em casos complexos que envolvem matéria constitucional, permite conferir maior racionalidade às decisões e a limitação da discricionariedade dos julgadores, que não podem apenas fundamentar posições políticas com justificativas juridicamente pouco claras e teoricamente confusas.

Usada nesses termos, a contribuição de Alexy pode ser uma ferramenta interessante para a promoção de um Direito Penal verdadeiramente garantista, no qual há verdadeira limitação *do ius puniendi* estatal por meio de garantias expressas e implícitas no texto constitucional.

A conclusão desse trabalho não poderia, entretanto, limitar-se a propor a Teoria dos Princípios como a solução última para impedir afrontas à direitos fundamentais relacionados ao Direito Penal. Isto porque se trata de um referencial teórico encontrado no Direito Alemão desde os anos cinquenta e trazido ao Brasil por constitucionalistas há

certo tempo. Dessa forma, não é lógico pressupor que o Supremo Tribunal Federal e o restante dos magistrados que manejam diariamente casos envolvendo garantias penais desconheça por completo os postulados teóricos apresentados.

Assim, possibilidades de interpretação e aplicação das garantias penais aqui trazidas, tiveram sua potencialidade garantista demonstrada no plano teórico. Resta a indagação da sua possibilidade de uso de maneira reiterada, de modo a promover as intenções dos teóricos do Pós-positivismo que buscam unir segurança jurídica a promoção de justiça material na aplicação do direito.

Vera Regina de Andrade irá alertar que as propostas garantistas na história da Dogmática Penal representam um descompasso entre suas funções declaradas e seu uso na realidade. Em suma, sua crítica bebe das mesmas fontes que os autores marxistas ao analisarem a Teoria dos Princípios no Direito Constitucional e irá colocar que o Garantismo em sua plenitude é de impossível realização, pois ignora em sua formulação as desigualdades materiais presentes na realidade social, sendo maculada por insuperável idealismo. E ainda prossegue:

É precisamente por sobrepor à imagem real do sistema penal uma imagem ideal do funcionamento do Direito penal, que o discurso dogmático tem tido uma eficácia simbólica legitimadora. Até certo ponto, pois tal idealismo e falsidade têm sido duplamente funcionais, condicionando relativamente tanto a subprodução de garantismo quanto a subprodução de legitimação, tanto os déficits quando os excessos funcionais da dogmática penal, pois condicionam em proporção diametralmente oposta seus limites garantidores e seus potenciais legitimadores. (ANDRADE, 2014, p. 229-230)

Ao final resta a indagação sobre a potencialidade emancipatória que Teorias garantistas, como a Teoria dos Princípios pode representar na aplicação do Direito Penal. Isto é, deve ser ela uma aposta daqueles que buscam a redução dos efeitos nocivos do Sistema Penal?

Duas respostas são possíveis. A primeira delas enxerga potencialidades no garantismo, desde que aliado à realidade social por meio das considerações provenientes da criminologia crítica, que evitariam o seu idealismo desmedido. Por outro lado, outros autores afirmam que esses supostos avanços propostos dentro do garantismo e do pós-positivismo são “uma armadilha mais do que tudo” (CORREA, 2011, p. 207), pois além da inexistência de qualquer segurança de sucesso na concretização de garantias na amplitude necessária, os avanços surgem na forma de pequenas vitórias individuais que ao final legitimam o Sistema Penal da maneira como é construído. Assim, cabe aos “juristas mais progressistas, e que pretendem um mundo melhor, [...] avaliar o risco de fazer tal jogo” (CORREA, 2011, p. 208).

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Fábio. O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir. **Revista da EMERJ**, v. 12, nº 45, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BARROSO, Luís. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 240, Abr./Jun. 2005.

BATISTA, Nilo. Bases constitucionais do princípio da reserva legal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 35, p. 54-60, jan./jun., 1983

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 192.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Direito penal na Constituição. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995

CLÈVE, Clèmerson Merlim et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do estado democrático de direito. 21 ago. 2014. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito#author>>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

CORREA, Marcus. O Conflito de Princípios e as Falácias da Liberdade in **Revista Brasileira de Direito Constitucional** n. 17, jan./jun. 2011

CORREA, Teresa Aguado. *El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal*. Madrid: Editora, 1999.

COSTA, Alexandre Araújo. O Princípio da Razoabilidade na Jurisprudência do STF: O século XX. São Paulo: Arcos, 1999.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Rafael. (A)Crítica Recepção das Teses Alexyanas: o locus da discricionariiedade judicial em terrae brasilis. **Direitos Fundamentais & Justiça** - ano 7, nº 25, p. 87-114, out/dez. 2013

GOMES, Mariângela. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HABERMAS, Jurgen. *Faktizitat und Geltung: Beitrag zur Diskurstherorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Direito penal, estado e constituição: princípios constitucionais politicamente conformadores do direito penal. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

LUIZI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991

PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovitch. Teoria geral do direito e marxismo. São Paulo: Acadêmica, 1988

PALAZZO, Francesco Carlo; SANTOS, Gérson Pereira dos (trad.). Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*: tomo I. Trad. LUZÓN PEÑA, Diego et. al. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Thiago Pedro Pagliuca dos. O princípio da ofensividade como complemento necessário à regra da legalidade penal no Estado Democrático de Direito. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

O CRIME DE GESTÃO TEMERÁRIA – UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE A ÓTICA DA NEGLIGENCIA GROSSEIRA OU CULPA TEMERÁRIA

Eduardo Bruno Avellar Milhomens

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

I – Introdução

Este trabalho visa produzir questionamentos e apontar soluções sobre o crime de gestão temerária crime este, afeto à administração das instituições financeiras.

Ao se estudar o tipo inculpado no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86 e sua interpretação dada pelos nossos Tribunais, não raras as vezes, encontramos uma ausência de densificação da responsabilidade penal, ficando longe de uma necessária e congruente condenação no contexto jurídico-penal.

O enfoque do presente texto será na negligência grosseira ou culpa temerária, deixando as críticas correntes sobre as falhas de definição do tipo, desde a edição da Lei 7.492/86, como perigo abstrato e tipo aberto em segundo plano.

Dentre as chamadas novas doutrinas que tentam responder a velhos problemas, temos as chamadas “Culpa Temerária” e “Negligência Grosseira” que tentam aproximar o Tipo Culposo a uma nova necessidade do Direito Penal Democrático.

As possibilidades da forma culposa são ainda pouco exploradas, passando, muitas vezes, a fazer apenas a simples distinção entra dolo, dolo eventual e culpa tendo em vista a gravidade da conduta e resultado.

O presente trabalho se justifica pela constatação que o processo que orienta a determinação dos fatos puníveis é um critério de certo modo flutuante, estando a ciência

do Direito Penal em busca constante para encontrar elementos densificadores da responsabilidade penal, e assim normalizando os anseios garantista do Direito Penal.

A análise dos acórdãos demonstram claramente que estamos longe de um conteúdo racional para se imputar o crime de gestão temerária, não apenas pelo fato do tipo se aberto, mas sim pela falta de critérios do próprio juiz ao analisar os fatos que lhe são postos a decidir.

II – O Direito Penal da Atualidade: a necessidade de se tutelar penalmente os direitos supra individuais.

O Direito Penal, hoje, sofre com diversos males. A incompetência legislativa e o clamor social tornam qualquer modificação, a legislação material penal, uma tarefa árdua.

Apesar disso, a categorização de bens supraindividuais¹ que clamam de sua tutela pelo Direito Penal foram recepcionadas por diversos ordenamentos dentre eles o brasileiro.

Tal embate trouxe a necessidade para a doutrinária e jurisprudência de fornecer respostas a antigos questionamentos de forma mais célere, dadas as características de nossa sociedade moderna.²

¹ “O direito penal socioeconômico se legitima e se desenvolve a partir da consagração, nas chamadas constituições sociais, de uma atuação estatal positiva de conformação ético-social da comunidade, voltada à promoção de condições favoráveis para o bem-estar social dos homens, isto é, da sua condição de membros da coletividade. As condições da interação social que se revelam necessárias à realização dos interesses e potencialidades humanas, e que são por isso valiosas, correspondem essencialmente aos direitos sociais, culturais e à ordem econômica. Por isso se pode afirmar, como Figueiredo Dias, que o direito penal socioeconômico, secundário ou administrativo – como quer referido autor – caracteriza-se e se distingue do direito penal clássico por se ocupar da proteção e promoção das condições comunitárias, supraindividuais, de realização social do homem; condições estas elevadas à categoria de bens jurídicos, que concretizam os valores de ordem social e econômica constitucionalmente consagradas.” (HORTA, 2016, p. 219)

² “Dissemos então que uns e outros exerciam uma certa pressão sobre o Direito Penal quer no que diz respeito à definição dos comportamentos nocivos, que constituem novas formas de ameaça a valores humanos reputados fundamentais nas sociedades contemporâneas, quer no modo como são internamente selecionados os meios para reagir contra eles. Vimos que as sociedades contemporâneas podem ser representadas simultaneamente como sociedades de risco e como sociedades democráticas, isto é, como

De fato, a falta de uma modificação legislativa traz diversos problemas de ordem principiológica e garantista do Direito Penal já que o mesmo se estrutura no princípio da legalidade.³

Junta-se a isto um problema estrutural que deve ser levado em consideração sobre o Código Penal Brasileiro de 1940 que se encontra dividido em duas grandes partes: geral e especial.

A primeira cuida das disposições genéricas relativas ao crime, as normas e às sanções penais, ao passo que a segunda compete reunir e classificar os diversos tipos penais, combinando-lhes as respectivas penas.

Como não poderia deixar de ser e seguindo uma orientação quase que universal das legislações penais, a Parte Especial precedeu historicamente a Parte Geral, pois a

sociedades no seio das quais se desenvolvem novas formas de agressão às estruturas normativas elementares do mundo da vida das pessoas, geradas por acção dos mecanismos sistêmicos coordenadores do desenvolvimentos econômico e tecnológico, e, em sentido inverso, como sociedades em que são mobilizados, por via do exercício da razão pública, ou, se se preferir, do uso público da razão, os recursos normativos e as estratégias adequadas para protecção daquelas estruturas normativas que exprimem o reconhecimento recíproco de cidadãos livres, iguais e cooperantes. Destarte, às formas de agressão produzidas pelos novos riscos, que deterioram o reconhecimento recíproco e aumentam a vulnerabilidade humana presente e futura, traduzidos e expressos na linguagem dos direitos e dos bens jurídicos e de novos mecanismos de protecção” (SILVA DIAS, 2008, p. 68/69)

³ “A diferenciação entre sentido amplo e sentido estrito do princípio de legalidade penal e a associação a estas duas diferentes acepções, respectivamente, da irretroatividade e da proibição de analogia, permitem resolver, no plano historiográfico, as divergências entre aqueles que situam a afirmação do princípio na época antiga e aqueles que, ao contrário, consideram-no um produto moderno. Sem adentrar numa reconstrução histórica, creio que se pode afirmar que enquanto o princípio de mera legalidade remonta ao direito romano, o princípio da estrita legalidade é obra do pensamento iluminista. Pode-se dizer, também, que a crise pós-iluminista da legalidade penal só se dá com o princípio em sentido estrito, mas não com o princípio em sentido amplo, o qual, ao contrário, se valora como fonte exclusiva e exaustiva de legitimação política. É duvidoso que se possa falar de um princípio de legalidade propriamente dito no direito grego, no qual o costume ocupava um amplíssimo espaço, a lei escrita tinha somente o valor de um argumento probatório e a predeterminação do objeto da acusação, como foi visto no parágrafo IO.4, ficava confiada, mais do que à lei, ao mecanismo do status. Ainda que seja limitado ao procedimento ordinário per quaestiones, o princípio de legalidade, tal como sucede em relação ao de irretroatividade, encontra-se, ao contrário, enunciado nas fontes romanas: "poena", afirma Ulpiano, "non irrogatur, nisi quaequaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est". O procedimento per quaestiones, introduzido no século II a.C., não subsiste, no entanto, além da época de Augusto. Inclusive, em relação a ele, em qualquer caso, não se pode falar de um vínculo de estrita legalidade ou taxatividade, devido a que sempre admitiu-se o recurso à analogia, tanto no campo dos crimina publica como no dos delicta privata?” (FERRAJOLI, 2000 p. 95)

primeira necessidade da lei penal era estabelecer quais as condutas puníveis, a modalidade e extensão da punição.⁴

Desta condição histórica, conforme afirma (BRUNO, 1976), mesmo sendo mais antiga, a Parte Especial não atingiu a evolução dogmática da Parte Geral, a quem os penalistas brasileiros posteriormente conferiram um maior grau de aperfeiçoamento.⁵

Os problemas como localização dos elementos subjetivos do tipo, o nexa causal, as justificativas, o momento consumativo do crime, a culpabilidade e a teoria da culpa (negligencia) foram construções posteriores, paulatinamente formando alguns dos institutos que, hoje, estão presentes na Parte Geral do Código Brasileiro.⁶

Restou para a Parte Especial e as leis penais não codificadas, conforme atesta (COSTA JUNIOR 1999, p. 245), que, por meio do tipo, delimitam a esfera de liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo em que a protege.⁷

A Doutrina Penal Brasileira deixou para a Parte Especial do Código Penal, bem como as leis penais fora da codificação (extravagantes), o objetivo de dar segurança e certeza, impedindo que o cidadão ficasse exposto ao arbítrio do Estado.

⁴ À medida apareciam fatos nocivos à ordem pública, exigindo a repressão penal, as leis eram elaboradas. Entretanto, na incidência de determinadas figuras delituosas, como o homicídio, por exemplo, surgiam novas situações fáticas como a relação de causalidade, o dolo, a culpa, a tentativa, a legítima defesa, dentre outras, que foram direcionadas a um compartimento que deu origem a Parte Geral.

⁵ “Este não pode mais ser o da tradicional e geralmente aceite competência legislativa reservada dos Parlamentos, conducente a alterações na legislação penal politicamente difíceis, por isso mesmo raras e sofrendo quase sempre de um endêmico atraso relativamente a uma transformação social que agora se processa à velocidade de uma comunicação global e instantânea e de um progresso científico e tecnológico acelerado, radical e imprevisível (DIAS, 2001, p. 159).

⁶ É exatamente na Parte Geral que se encontram previstos os princípios e fundamentos do Direito Penal, a teoria da norma, que vem regulamentar a lei penal no tempo e no espaço, ou a questão da territorialidade, a teoria do crime, disciplinado o concurso de agentes, a relação de causalidade, a tentativa, o erro, o crime doloso e o culposo, as causas de exclusão da ilicitude, bem como a teoria da pena em toda a sua extensão. (BRASIL, 1940).

⁷ Aníbal Bruno atribui quatro funções à parte especial: 1a – fixar valores em determinado momento da evolução da cultura são julgados merecedores de proteção penal; 2a – definir de maneira precisa, pelos seus elementos distintos, os fatos que por ofenderem ou ameaçarem qualquer desses valores, são passíveis de punição; estabelecer a qualidade e a quantidade das penas impostas em cada caso; 4a – classificar os fatos puníveis, ordenando-os segundo critério admitido (BRUNO, 1976, p. 24).

Nesse aspecto de relevante valor, se tornou o tipo penal, já que ele descreve a conduta proibida com todas as circunstâncias características, eliminando eventual dúvida sobre a criminalidade do fato.⁸

O problema da legislação penal extravagante é que a mesma apresenta um aspecto fracionário, inorgânico e sem uma organização sistemática deixando-a suscetível aos clamores sociais e aos interesses e lobbys institucionais. O legislador, que se apresenta como intérprete da consciência comum, acaba por definir como crime, os fatos que, por sua visão particular sobre a gravidade, justificam a repressão penal, fazendo com que os delitos contenham uma fração de oportunidade e de arbítrio. Conforme mesmo (BRUNO, 1976, p. 27-30) o que orienta a determinação dos fatos puníveis é um critério de certo modo flutuante.

Tais falhas da construção legislativa abriram espaços para a atividade interpretativa do operador do direito⁹, que se acreditou que estariam cercadas e protegidas pelos limites materiais do tipo e do bem jurídico¹⁰.

⁸ Somente em Estados totalitários, como a União Soviética de 1922 e a Alemanha Nazista, é que a Parte Especial não cumpria essa missão que se lhe atribui atualmente. A Parte Especial reduzia-se a poucos artigos, permitindo a criação do direito por parte do intérprete, mediante valoração de elementos subjetivos.

⁹ Tentando diminuir os problemas e aprofundar a investigação sobre a construção dos elementos do tipo, defendendo uma “Teoria Geral da Parte Especial”, surgiram os doutrinadores brasileiros: Everardo Cunha Luna, Aníbal Bruno, Claudio Heleno Fragoso e Frederico Marques, seguindo os ensinamentos de Erick Wolf (Alemanha) e Grispini e Antolisei (Itália). Sendo tais idéias rechaçadas sob o argumento que uma “Teoria Geral da Parte Especial” nada mais seria que um estudo do tipo penal, aplicado ao crime em espécie, conforme mesmo asseverou o próprio (BRUNO 1976): “A concepção de uma Parte Geral da Parte Especial foi em verdade uma exacerbação da ideia de que impunham uma reconstrução mais orgânica da exposição dos crimes em espécie. Já nos sentimos atraídos por essa ideia da criação de uma Parte Geral que reunisse os princípios necessários à elaboração mais completa e ordenada das características dos tipos e da sua classificação. Entretanto, devêssemos reduzir esse propósito a mais modestas proporções [...]. Então poderíamos ter uma construção que não seria somente uma teoria geral do tipo, mas abrangeria também a posição do bem jurídico da Parte Especial e as implicações que daí decorrem” (BRUNO, 1976, p. 31).

¹⁰ “O primeiro pressuposto de reconhecimento da função limitadora do direito penal e o pensamento sobre sua função de proteção de bens jurídicos. Mas esse ponto não se encontra pacífico. Jakobs e seus discípulos sustentam a opinião de que o direito penal não protege bens jurídicos e sim a vigência da norma. Assim, por exemplo, não é relevante em um homicídio, para o direito penal, não é a lesão material da carne da vítima com a extinção de sua consciência, mas sim a instrução, conclusiva e objetiva, do fato de não ter respeitado a integridade física e a consciência. Mediante essa afirmação, se tem a juízo da norma. O delito portanto é o ato de desafiar a norma.” (ROXIN, 2016, p. 29)

Ocorre que somente o critério do bem jurídico não conseguiu fazer com que o tipo penal concretizasse sua função garantista de proteção a liberdade.¹¹

Para realizar tal função o direito penal moderno se afasta da tutela das virtudes e da moral e passa a trabalhar com o bem jurídico capaz de satisfazer ao pluralismo ético-social de uma sociedade pluricultural protegida pelo Estado de Direito Social.¹²

Por isso imperioso as investigações mais aprofundadas e construtivas dos elementos do tipo, tentando dar a legislação extravagante a estrutura dogmática, no mínimo, atingida pela Parte Geral do Código Penal Brasileiro.

III – O Tipo da Negligente no Código Penal Brasileiro

Verifica-se que o delito culposos, por ditames da parte geral, tem caráter subsidiário, ou seja, a tipificação legal tem que prever a existência da modalidade culposa no tipo que a princípio é doloso.¹³

¹¹ Exemplo temos da dificuldade de distinguir entre os bens jurídicos admitidos, qual o que constitui o objeto de proteção penal, em determinado tipo. Os crimes de perigo põem em risco bens indeterminados. Nos crimes pluriativos, há mais de um bem jurídico ameaçado e a classificação decorre da função seletiva que se atribui ao fim especial de agir.

¹² “De teleológico-funcional, na medida em que se reconheceu definitivamente que o conceito material de crime não podia ser deduzido das ideias vigentes a se em qualquer ordem extra-jurídica e extra-penal mas, mas tinha de ser encontrado no horizonte de compreensão imposto ou permitido pela própria função que ao direito penal se adscrivesse no sistema jurídico-social. De racional, na medida em que o conceito material de crime vem assim a resultar da função atribuída ao direito penal de tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de bens jurídicos-penais); ou, o que é dizer o mesmo, de bens jurídicos cuja lesão se revela digna e necessitada de pena. Bens jurídicos nos quais afinal se concretiza e se limita, em último termo, a noção sociológica fluida da danosidade ou da ofensividade sociais supra aludida. Dito isto, porém, fica por esclarecer uma extensa série supra problemas e questões, dos quais os mais importantes serão desde já expostos e debatidos.” (DIAS, 2007, p. 113/114)

¹³ Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposos, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente. (BRASIL, 1940).

Dessa forma, mantendo-se o estigma de ser um tipo menos importante que o doloso, a negligencia mantém sua estrutura aberta, sem uma definição clara e precisa pela legislação.¹⁴

Diferente do que possa parecer, o princípio da legalidade não é pressuposto somente para as ações dolosas, devendo o mesmo se fazer valer, nas ações culposas.

Os delitos culposos, ou negligentes, são uma criação normativa, criado pela ordem jurídica, pois não existe em sentido natural, que “decorre de um processo de imputação que tem por fundamento a realização de uma conduta que exceda os limites do risco autorizado e se veja assinalada como penalmente relevante em um tipo de delito”. (TAVARES, 2009, p. 03)

IV – A Negligencia Grosseira ou Culpa Temerária.

Nos parece incontestável, dentro da negligencia, encontrarmos formas mais fortes e mais débeis de sua configuração.

Desta forma encontramos na negligencia grosseira a materialização da sua forma substancialmente mais elevada, “determinadora de uma moldura penal agravada, correspondente ‘a antiga “culpa lata” latina, ou à “Leichtfertigkeit” alemã”. (SANTANA, 2005, p.67)

Alguns doutrinadores fazem distinção da culpa em lata, ou grave, leve e levíssima, entendendo que tal referência adveio da tradição do Direito Romano.¹⁵ Tal graduação encontra-se amarrada a previsibilidade do resultado. Sendo assim quanto mais a

¹⁴ Exemplo: Art. 121. Matar alguém; § 3º Se o homicídio é culposo: (BRASIL, 1940).

¹⁵ Apesar do contraponto levantado por TAVARES: “No Direito Romano, longe das discussões em torno de sua validade ou se, efetivamente, nele se compreendeu ou não delito culposo, a terminologia empregada não corresponde ao atual desenvolvimento da matéria e não se adapta às noções estabelecidas no direito positivo. Na verdade, o Direito Romano não conheceu uma sistematização do delito culposo e da negligencia em geral, mantendo, de um lado, o dolus e, de outro, o casus. A negligencia podia ser identificada na culpa levis, que não se contrapunha à culpa lata, o dolo. Pelo contrário, a culpa e o dolo constituíam um conjunto único” (TAVARES, 2009, p. 265)

previsibilidade do resultado danoso fosse previsível pela coletividade mais se aproximava-se da culpa lata e, quanto menor fosse o espectro de alcance da previsibilidade do resultado por todos mais se aproximaria da culpa leve e levíssima.¹⁶ (SANTANA, 2005, p.67)

Hoje não encontramos do ponto de vista dogmático uma delimitação conceitual pacificada. A escassa produção científica a respeito da negligencia grosseira, demonstrando, de forma incoerente, que a doutrina continua a tratar o crime negligente como segundo escalão na teoria do delito.¹⁷

Tratar a negligencia grosseira apenas como uma forma de graduação da culpabilidade quando da aplicação da pena é fechar os olhos para o quem ter a oferecer o delito negligente para o estudo e aperfeiçoamento da ciência do direito penal.¹⁸

A negligencia grosseira tem sido inserida nas codificações pelo mundo de forma paulatina, conforme se verifica em Portugal, Alemanha, Itália e Espanha. Muitas das vezes, conforme atesta SANTANA, o legislador faz uso do conceito somente em alguns

¹⁶ Muitos tratadistas têm-se oposto a essa distinção por considera-la arbitrária. Há quem entenda que não se trata de diferentes classes de culpa, mas de diferentes graus do delito culposo. A culpa grave e a leve não se diferenciam substancialmente senão, unicamente, em razão de sua integridade, a ocasionar consequências no momento de se determinar a pena. A distinção tradicional é retificada por Carrara, que admite a relevância jurídico-penal das duas primeiras e rejeita a terceira, arguindo princípios de justiça, pois a lei humana não pode elevar as duas exigências a ponto de impor aos cidadãos coisas insólitas e extraordinárias. (CARRARA apud SANTANA, 2005, p.68)

¹⁷ “Tampouco tem servido de auxílio a circunstância de o conceito ser, de há muito tempo, conhecido da doutrina civilista. Por um lado, porque também aqui não se logrou, até hoje, obter uma definição conceitual precisa e por outro lado, porque as exigências jurídico-penais dirigidas ao conteúdo de culpa da negligencia não têm paralelo, nem sequer correspondência mínima no âmbito do Direito Civil.” (SANTANA, 2005, p. 70)

¹⁸ “Razão assiste, fundamentalmente a Roxin, quando, diante do desencontro doutrinário – umas vez que há quem considere a negligencia grosseira como uma forma de culpa, outros, como uma graduação do ilícito, ou uma característica da atitude do agente, ou, então, uma circunstância modificativa da moldura penal, em nível da medida legal da pena – oferece ele suporte dogmático para a conclusão de que o conceito implica uma especial intensificação da negligencia, não só ao nível da culpa, mas, também ao nível do tipo de ilícito.” (Apud SANTANA, 2005, p. 70)

e determinados casos, que se pretende não tipificar a negligência simples, mas tão somente a sua forma qualificada.¹⁹

Dessa forma verifica-se que a negligência grosseira se transforma em ferramenta que visa a controlar a incidência do tipo negligente a uma conduta, estabelecendo critérios objetivos densificadores para imputação da reponsabilidade penal. Exatamente neste ponto que entendemos ser de grande valia pensarmos aplicar a negligência grosseira para a incidência do crime de gestão temerária²⁰.

A sua utilização em delitos direcionados a atividades onde o risco é característica intrínseca a própria atividade, demonstram um grau maior de controle da atividade do interprete, perfazendo o controle epistemológico através de critérios objetivos de densificação do risco, já que ao nível de ilícito²¹, conforme SANTANA, “torna-se imprescindível que estejamos diante de uma ação particularmente perigosa e de um resultado de verificação altamente provável.” (SANTANA, 2005, p.70)

Longe de acreditar que ao adotarmos a negligência grosseira em nosso ordenamento, estaremos resolvendo os limites entre o risco proibido e o risco permitido. Afinal as incertezas frente aos limites, as influências exteriores a dogmática penal e a atual incapacidade humana de fazer prognósticos denotam uma difícil e árdua tarefa em limitar de forma incisiva o que seja risco permitido ou proibido.

V – Do Delito de Gestão Temerária

¹⁹ “Ela surge, às vezes, em tipos legais básicos; outras vezes, é empregada para casos especialmente graves. Também, no Direito de infrações administrativas cada vez mais se usa o conceito de negligência grosseira.” (SANTANA, 2005, p. 68)

²⁰ Mas tal inserção deve também ser seguida de prudência, já que em outros ordenamentos, onde a negligência grosseira foi inserida, em que se pese os argumentos de ordem doutrinaria e político-criminal, questionamentos sobre o critério para estabelecer o sutil limite e o conceito da negligência grosseira, “sem que haja o menor dado positivo em que se apoiar, salvo a gravidade da sanção que lhe é correspondente, que pouco resulta para o intento que se busca alcançar.” (SANTANA, 2005, p. 69)

²¹ “Em nível de tipo de culpa, de se estar configurado que o agente, não omitindo a conduta, revelou uma atitude particularmente censurável de leviandade, ou descuido, perante o comando jurídico-penal, como já se manifestado a jurisprudência portuguesa.” (SANTANA, 2005, p.70)

O delito de gestão temerária encontra-se previsto no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/86 onde a norma penal exprime de forma singela o seguinte: se a gestão é temerária.

Tal conduta delituosa não foi novidade no ordenamento penal brasileiro, já que a lei 1.521/51 (Lei da Economia Popular) no inciso IX do artigo 3º, ainda em vigor, dispõe que: “*gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;*” (BRASIL, Lei 1.521/51)

A Lei de Economia Popular trazia no mesmo tipo duas condutas que eram gerir fraudulenta e gerir temerariamente.²²

A redação prevista na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, separou as duas condutas em dois tipos autônomos, que seja a gestão fraudulenta (gerir fraudulenta instituição financeira) cominando a pena de três a doze anos de reclusão e da gestão temerária cuja a pena é inferior.

De novo vemos aqui a problemática de uma elaboração típica sem o esmero necessário da ciência-jurídica. Realmente os anos de 1986 o Brasil passava por incertezas concretas sobre a seguridade das instituições financeiras o que fez com que o legislador

²² PIMENTEL asseverou que o novo texto legal (Lei 7.492/86) ignorou o anteprojeto da Comissão de Reforma da Parte Especial, e respectivas emendas, preferindo uma redação concisa e sem elementares. Corrente as vozes que se indignam contra as desvantagens explícitas da nova lei, já que a mais antiga trazia dentro do tipo duas elementares, quais sejam “levando-as à falência ou insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados” que condicionavam a ocorrência do tipo as mesmas. Nesse sentido Manoel Pedro Pimentel, Cesar Roberto Bitencourt e Juliano Breda. (PIMENTEL, 1987, p. 47)

tentasse, através do modelo próprio autoritário que ainda se encontrava em vigor, aplacar os ânimos com uma tipificação que no imaginário popular, traria a proteção devida.²³

Evidente a falta de uma consolidação dogmática fina sobre o tipo da gestão temerária, já que sua aplicabilidade pode ocorrer através de uma interpretação puramente formal, onde através de conceitos abstratos o juízo pode realizar a tipicidade (subsunção do fato a norma) apenas empenhando a soma do verbo (gerir), com a “temeridade” e a “instituição financeira”.

O bem jurídico a ser tutelado pelo delito de gestão temerária é o patrimônio público e privado investido nas instituições financeiras, bem jurídico este de natureza supraindividual.

De plano o que se busca a coibir são crises sistêmicas, desordem e desconfiança dentro do sistema econômico e financeiros.

A crença que o sistema bancário é suscetível ao efeito dominó, ou seja, a quebra de uma instituição financeira mal gerida, acaba por levar todas as outras com ela, traz o temor social que afeta a imputação de um risco penal.

Aqui fica claro uma diferença de paradigma entre o direito penal clássico e o moderno, tendo o primeiro com o controle de riscos voltado ao bem jurídico individualizado e o segundo o controle de risco sistêmico.

Existe consenso que é de interesse social a subserviência dos gestores de instituições financeiras ao controle Estatal. Ainda vivemos em uma relação simbiótica entre confiança e Instituições.

Porém devemos tomar cuidado ao elevar o controle do risco para a seara penal, sob pena de engessar a atividade fim do próprio sistema financeiro. Podemos imaginar se com regras rígidas por exemplo alguém assumiria o risco de financiar uma empresa que

²³ Cientistas políticos, cientistas sociais e criminólogos norte-americanos têm demonstrado, desde a década de sessenta, que, na Política, não apenas o poder e o interesse são relevantes, mas também a apropriação ou a rejeição de símbolos. (HASSEMER, 2008, P. 202)

apesar de ter um bom produto ou uma ideia revolucionária, não possui nenhum lastro monetário, que em caso de insucesso, cobriria o dinheiro investido pelo banco.

Essa falta de esmero pelo legislador refletiu diretamente em uma interpretação equivocada e pouco científica da tipificação do delito de gestão temerária.

Tais reflexos são vistos correntemente dentro dos nossos Tribunais Federais, aos quais acabam por concretizar todos os problemas que a falta de uma tipificação concisa e correta pelo legislador acarreta, como passaremos a demonstrar.

1 – Acórdão do TRF da 1ª Região - APELAÇÃO CRIMINAL No 2003.33.00.006083-1/BA - Numeração Única: 0006101-77.2003.4.01.3300 – Voto do Desembargador Relator:

“Não vislumbro inconstitucionalidade nos dispositivos em comento. Em que pese a técnica legislativa adotada para os aludidos tipos seja criticável, pois valeu-se de tipo anormal – que demanda valoração pelo juiz das elementares normativas – é perfeitamente possível ao operador do direito, interpretando a norma jurídica, compreender por gestão fraudulenta e temerária aquelas condutas praticadas por administradores que, de forma insensata e com assunção de riscos excessivos ou superiores àqueles a que se submeteria um investidor arrojado, realizam transações perigosas com recursos alheios ou submete o patrimônio da instituição à prejuízo ou dilapidação. No que concerne à gestão temerária (art. 4º, parágrafo único), as ações dos réus não tiveram a prudência exigida de um administrador. Com efeito, mesmo que de tais ações não resultasse qualquer prejuízo, o crime de gestão temerária ficaria configurado e a conduta deveria ser penalizada. Isso porque é suficiente para sua caracterização que fique comprovado o risco de causar dano à instituição financeira e ao sistema financeiro nacional, pois o que se tutela é a

credibilidade do mercado e o investidor. Logo, trata-se de crime formal, que não exige resultado naturalístico. ”

Analisando o Acórdão ora investigado, verificamos que a própria decisão colegiada reconhece a ausência da regra técnica legislativa, porém, que tal situação não conduz a inconstitucionalidade do tipo.

Para sustentar a constitucionalidade da norma, a decisão reconhece a possibilidade do operador do direito, na função de interprete da norma jurídica, através apenas valorações normativas, estabelecer o que a norma de longe não o fez, que seja gestão temerária.

O legislador ao deixar de estabelecer as características da conduta a ser proibida, abre espaço para o interprete, que sem as amarras legais passa a usar das técnicas interpretativas para chegar a almejada tipicidade.

Nesse momento interpretativo abre-se espaço para divagações e soluções que se baseiam no ponto de vista pessoal daquilo que pode ser a conduta da gestão temerária²⁴

Ao reconhecer que existam condutas, que por seu meio de execução ou dificuldade da delimitação clara sobre o bem jurídico a ser tutelado, necessitam de tipos de matriz aberta, não tira do interprete a sua função sócio garantista do direito penal.

Aqui a importância da busca na doutrina e jurisprudência de meios eficazes de condenação da responsabilidade penal criando condicionantes ao operador do direito para

²⁴ Ao estabelecer as características da conduta proibida, inserindo-as no tipo de injusto, o legislador procede a uma avaliação negativa sobre essa conduta mesma e sobre o resultado por ela produzido. Esta dupla avaliação toma no nome de desvalor do ato e desvalor do resultado. O desvalor do ato e o desvalor do resultado, que são levados em conta principalmente na distinção entre os delitos dolosos e culposos, integram-se em unidade recíproca, de sorte que, quase sempre, um se manifesta por meio do outro. Às vezes, a infração à norma se satisfaz exclusivamente com o desvalor do ato – nos crimes de mera atividade – quando a conduta já se tenha postado de modo perigoso ao bem jurídico. Outras vezes, a conduta possui grau de valoração – nos crimes de resultado -, quando não basta para a completa infração à norma tão-só o desvalor do ato, mas sim, principalmente, o desvalor do resultado. Neste último caso, o bem jurídico só passa a ser efetivamente atingido se o desvalor do resultado se materializar, como consequência do desvalor do ato. (TAVARES, 2003, p. 299)

que o mesmo não transcenda sua função de aplicador do direito, passando a ser efetivamente um criador de condutas típicas.

No acórdão analisado não verificamos isso. Os julgadores no caso se prendem a conceitos abstratos, sem, no entanto, conecta-los aos elementos fáticos do caso concreto.

Veja por exemplo que para a falta de lesividade que a conduta concreta se apresenta, a resolução apresentada é se alicerçar ao conceito material do que seja crime formal e da sua desnecessidade de um resultado naturalístico.

O problema que a análise do conceito de crime formal não pode afastar da análise do julgador o bem jurídico, mais especificamente o fato sob análise e suas consequências frente ao bem jurídico penal tutelado pela norma.²⁵

No acórdão ora analisado o que verificamos é uma total ausência de cientificidade da interpretação da norma penal. A lesão do bem jurídico ou mesmo a ameaça de lesão ao mesmo, ficam escondidas dentro de uma análise simplista de conceitos pré-existentes, mas sem adentrar no campo da ação praticada e suas consequências no mundo material.

Isso demonstra a falta de clareza sobre a própria conceituação da norma incriminadora e sua delimitação ao bem jurídico que a mesma visa a tutelar.

2 – Acórdão do TRF da 1ª Região - APELAÇÃO CRIMINAL N. 1999.35.00.013551-1/GO – Voto do Relator:

²⁵ SILVA DIAS, analisando a validade e legitimação jurídico-penal, propôs os seguintes pressupostos essenciais: o “mundo da vida”, a “função” e a “interação comunicativa”. O que podemos afirmar que para o autor a definição de bem jurídico é um objeto de valor de exprime o reconhecimento intersubjetivo e cuja proteção a comunidade considera essencial para a realização individual do cidadão participante, sendo este chamado de *delicta in se*. Assim, ficariam fora da validade jurídico-penal, pela sua inconstitucionalidade material todos os *delicta mere prohibita*, pois os mesmos não pertencem ao mundo da vida e da experiência prática consensualmente assumida pela sociedade, e sim simplesmente lesões a interesses apenas funcionais, sendo dados como exemplo os delitos contra a ordem financeira. (SILVA DIAS, 2003, p. 287 e 655)

A textura aberta do crime, dentro da alta complexidade do mercado financeiro, submetido a inúmeras variáveis econômico-financeiras, nacionais e internacionais, traz dificuldades ao julgador, não apenas quanto aos fundamentos (teóricos) da imputação e, sobretudo, no juízo de subsunção, até mesmo pela sua pouca aproximação técnica com o sistema. Sem embargo da divergência doutrinária ou jurisprudencial, afigura-se mais razoável entender que o crime de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único – Lei nº 7.492/1986) pressupõe o exercício continuado (habitual) da atividade gerencial. Não basta, inclusive em face do bem jurídico protegido — basicamente a higidez do sistema financeiro nacional contra gestões arriscadas, insensatas —, um ou outro ato praticado isoladamente, sem aptidão para fazer perigar a saúde do sistema financeiro. A gestão temerária, na expressão da doutrina autorizada, “... é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente, além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado. É o comportamento afoito, arriscado, atrevido.” Exige para a sua consumação a existência de habitualidade, ou seja, de uma sequência de atos, na direção da instituição financeira, perpetrados com desmedido arrojo. O tipo objetivo do delito é a prática de fraudes na administração de instituições financeiras, visando obter vantagens indevidas, colocando em risco o patrimônio da própria instituição ou de terceiros. Na mesma linha, constitui gestão fraudulenta todo ato de direção, administração e gerência, que traduza manobras dolosas e ilícitas, com emprego de fraudes, ardis ou enganos, buscando a obtenção de vantagem indevida. No caso, o ora apelante, na qualidade de presidente do Banco do Estado de Goiás-BEG, juntamente com Alcion da Silva Sobreiro, então gerente geral da Agência de Itaberaí, da mesma instituição financeira, concederam empréstimo a terceiro de modo fraudulento, ao arripio das normas do banco e sem garantias de recebimento, causando, portanto, prejuízo à instituição financeira.

Neste outro acordão a análise dos pressupostos típicos levou mesmo a confusão entre as condutas da gestão fraudulenta e gestão temerária.

Novamente a ausência de uma melhor técnica legislativa em descrever o tipo, aliada a uma técnica interpretativa não garantista, faz com que a fraude exigida em um, confunda-se com a temeridade da gestão do outro.

Novamente o interprete se baseia em conceitos vazios sobre o tipo e traz para a análise típica conceitos de completude pessoal, como gestão “insensatas”, comportamentos “arrojados”, “afoitos”, “arriscados” e “atrevidos”.

Vejam que tais comportamentos são tomados sob a consciência e enfoque do interprete e não da própria conduta comum da atividade financeira, já que o julgador deixa claro que *“traz dificuldades ao julgador, não apenas quanto aos fundamentos (teóricos) da imputação e, sobretudo, no juízo de subsunção, até mesmo pela sua pouca aproximação técnica com o sistema”*.

A falta de aproximação técnica leva a decisão a considerar comportamentos sob enfoque apenas do interprete que confessa não ter nenhuma aproximação técnica sobre o fato imputado.

Dessa forma a decisão comporta não apenas um grau de subjetividade pessoal do juiz, abrindo espaços para argumentos de força, ou seja, daqueles que se sustentam apenas na toga do magistrado.

3 – Decisão Monocrática – STJ RECURSO ESPECIAL Nº 1.190.917 - SP (2010/0072075-0) RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI

Como consta da própria petição recursal, "em 24 de outubro de 1996, o Porto Seguro adquiriu do Banco Indusval, na qualidade de comprador final, 86.500 Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina da série A002", pelo valor aproximado de R\$ 90 milhões. Importante destacar que, à época, o patrimônio da instituição financeira não superava o montante de R\$ 10 milhões. A primeira tese defensiva diz respeito à regularidade da operação de

compra de títulos da dívida do estado de Santa Catarina pelo Banco Porto Seguro, realizada em 1996. A controvérsia resume-se a definir se a operação de aquisição dos títulos acima mencionados é capaz de caracterizar a gestão temerária da instituição financeira. Ao analisar o fato sobre a ótica penal, o Tribunal a quo ponderou: Relativamente aos títulos catarinenses adquiridos em 24.10.96 pelo valor total de R\$ 90.089.621,89 (noventa milhões, oitenta e nove mil, seiscentos e vinte e um reais e oitenta e nove centavos), em valores da época (fl. 139, do Apenso PT 980082162 1, vol. 1), o limite de concentração de riscos por emitente de 30% do patrimônio líquido do Banco Porto Seguro, previsto no inciso III da Resolução CMN n° 1559/88, foi extrapolado em mais de R\$ 85.000.000,00 (oitenta e cinco milhões de reais): (...) Ademais, a partir de abril de 1997, foi extrapolado o limite global para operações compromissadas, de 10 (dez) vezes o patrimônio líquido ajustado, previsto no artigo 15, do Regulamento anexo à Resolução CMN 1088/86, com as alterações contidas no artigo 30, § único, "b", da Resolução CMIN 1757/90 e artigo 20, 1, "a" e "b", da Circular BACEN 1773/90, conforme tabela: (...) Verifica-se, assim, que foi extrapolado tanto o limite por emitente quanto o limite global para operações compromissadas. E, em relação ao limite de concentração de aplicações em títulos do mesmo emitente, não se aplicam a Resolução n° 1.088/86 e a Circular n° 1.773/90 - como quer fazer crer a defesa -, mas a Resolução n° 1.559/88, que prevê o limite de 30% do patrimônio líquido da instituição financeira. E este, sem dúvidas, foi extrapolado desde a data da compra dos títulos catarinenses pelo Banco Porto Seguro (outubro de 1996). (...) No caso dos autos, desde a data da compra até a suspensão da negociação dos títulos pela CPI, o volume global de operações compromissadas realizadas pelo Banco Porto Seguro, que girava em torno de R\$ 97.000.000,00 (noventa e sete milhões de reais) a R\$ 99.000.000,00 (noventa e nove milhões de reais), além de ter ficado muito próximo do limite estabelecido pelo Banco Central do Brasil, já superava em muito a sua

capacidade econômico- financeira, o que igualmente demonstra a ausência de cautela negocial exigível do administrador de instituição financeira. Em 24.10.96, data da compra dos títulos catarinenses, o patrimônio líquido do Banco Porto Seguro girava em tomo de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) - fi. 27. Com a compra dos títulos pelo valor total de R\$ 90.089.621,89 (noventa milhões, oitenta e nove mil, seiscentos e vinte e um reais e oitenta e nove centavos), a única forma de o Banco Porto Seguro evitar a sua iliquidez era efetuar operações diárias de venda com compromisso de recompra no dia seguinte, financiadas por outra instituição financeira, que, no caso, foi o Banco do Estado de Santa Catarina até 22.11.96 e o Fundo de Liquidez do Estado de Santa Catarina a partir desta data. Assim procedendo, os apelantes vincularam o Banco Porto Seguro a estes financiadores e às taxas de financiamento por estes impostas e, como consequência, colocaram a instituição em risco de prejuízo tal que a levaria à bancarrota. Pois bem. Pelo que se percebe da leitura do aresto, a conduta dos recorrentes foi considerada temerária porque a aquisição dos títulos catarinenses comprometeu mais de 30% do patrimônio líquido da instituição financeira em títulos de um único emitente, superando o teto previsto na Resolução 1.559/88 para concentração dos riscos. Além disso, assentou a Corte de origem que a operação compromissada extrapolou o limite de dez vezes o patrimônio líquido do banco, contrariando a Resolução 1.088/86. De acordo com os recorrentes, a operação de compra de títulos não extrapolou o limite de concentração de riscos por estar expressamente autorizada pela Resolução 1.088/86, a qual prevê a possibilidade de realização de operações compromissadas até o limite de dez vezes o seu patrimônio líquido, não se aplicando o regramento da Resolução 1.559/88. Ocorre que, mesmo afastada a irregularidade das operações compromissadas firmadas pelo Banco Porto Seguro, subsiste a exposição exagerada a risco da instituição pela concentração, em sua carteira, de mais de 30% de títulos de um único emitente, ocorrida desde o momento

em que os papéis foram adquiridos junto ao Banco Indusval. Desse modo, a existência de autorização regulamentar para a alavancagem das operações compromissadas não afastam o vício original da aquisição dos títulos em valores superiores àqueles previstos na Resolução 1.559/88, circunstância que, por si só, é suficiente para caracterizar o delito do artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Diferentes das duas outras decisões anteriormente analisadas, o presente voto expõe de forma salutar uma análise aprofundada do fato, trazendo justificantes da imputação penal elementos densificadores da responsabilidade criminal do agente.

Os meios utilizados para tornar a decisão clara e, do ponto de vista garantista, conforme os cânones do princípio da legalidade penal, são congruentes com a construção do delito de negligencia grosseira.

Na decisão analisada verificamos a imputação da responsabilidade através de uma análise do risco densificado pelos critérios utilizados pela doutrina na negligencia grosseira.²⁶

Dentre os mais evidente está a utilização da *leges artis*, no caso as instruções normativas (resoluções) do Banco Central do Brasil, que visam exatamente controlar a atividade bancária de matriz arriscada.

Ao infringir tais regras de conduta impostas pela própria atividade, ou seja, daqueles que efetivamente tem o entendimento sobre o assunto, trouxe para o agente infrator um grau maior de reprovação na conduta negligente.

²⁶ “Que partimos da premissa de que o conceito da negligencia grosseira implica uma especial intensificação da negligência, não só a nível de culpa, mas, também, em nível do tipo do ilícito.” (SANTANA, 2005, p. 228). Para DIAS “a negligencia grosseira constitui, em direito penal, um grau essencialmente aumentado ou intensificado de negligencia” (DIAS, 2007, p. 903)

A análise agora passa a ser efetivamente dentro de um controle epistêmico da própria atividade, não mais em conceitos subjetivos do interprete.

A norma penal se torna mais concisa e, mesmo com o acometimento do resultado naturalismo, que se não ocorresse, ai sim, dentro da lógica de um delito formal, estaria o mesmo consumado.

VI – Conclusão

O percurso do caminho da imputação penal deve ser tortuoso e cheio de indagações, cujas respostas fáceis devem ser vistas com desconfiança.

A moderna teoria do direito penal não pode deixar de olhar para trás e reconhecer sua gênese nas Escolas Clássica, Positiva/Naturalística, Finalista e Funcionalista, e a contribuição que todas fizeram, especificamente no tema sobre a negligência.

Outrora deixada em segundo plano, o tipo negligente, vem se tornando um importante e coerente instrumento da tipificação penal.

A negligencia grosseira começou a aparecer no início do ano de 2000 em codificações europeias como Portugal, Alemanha, Itália e Espanha, que apesar da falta de uma pacificação dogmática quanto a sua conceituação, se demonstra muito eficaz do ponto de vista jurisprudencial tendo em vista a possibilidade de delimitação do seu conteúdo, através da eleição de fatores consensuais, como a omissão dos cuidados elementares, previamente postos pelas diversas formas da *leges artis* e a previsão da concretização do resultado.

A postura de parte da doutrina em hipervalorizar o conceito geral de ação e colocá-lo como elemento base do fato punível, vem cada vez mais cedendo espaço para a construção do fato punível, deixando a ação com sua restrita função de delimitação.

Isso se deve, além de uma evolução normal da dogmática, como das relações sociais que se tornaram cada vez mais exigentes e dos riscos das atividades sociais, necessárias a efetivação e crescimento daquilo que chamamos de sociedade moderna.

Dentre essas atividades, a escolhida para análise do presente trabalho, foi a atividade financeira, especificamente o crime de gestão fraudulenta.

Tal tipo traz uma situação, hoje constante e necessária, do controle das atividades que requerem uma assunção de riscos e como deve ser realizado esse controle através do direito penal.

A gestão de uma instituição financeira exige ao agente que o mesmo atue de forma arriscada, com o fim de fazer com que a atividade econômica seja instrumento eficaz na consecução de outras atividades sociais.

O controle sobre atividade bancária deve ser precedida de cuidados, já que um controle muito rígido traria uma ineficácia do seu objeto e um relaxamento pode desencadear um descontrole ou mesmo uma quebra do sistema econômico inteiro. Ambos trazem prejuízo ao bem jurídico que visa a ser tutelado pela norma penal.

Tendo em vista esta necessidade sistêmica a negligencia grosseira aparece como ferramenta importante para uma imputação penal racional, fazendo incidir sobre a mesma, critérios densificadores de responsabilidade evitando assim que a necessidade de criminalizar um fato ultrapasse os princípios e critérios garantistas do sistema penal.

Ao analisarmos o tipo de gestão temerária como um tipo negligencia grosseira, o amarramos em critérios pré-estabelecidos de imputação, diminuindo a subjetividade do interprete frente a norma posta pelo legislador.

No caso não bastaria apenas gerir a instituição de forma negligente, mas que a mesma, de forma temerária, seja levada, através de ações arriscadas fora dos limites previamente postos, a um dano ao bem jurídico tutelado.

Referências Bibliográficas:

BERNE E. O que você diz depois de dizer olá? São Paulo: Nobel, 1988

BETTIOL, Giuseppe. Direito Penal. Trad. Paulo José da Costa Jr. E Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1977, v. I, e II.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Geral, Volume 1 – 8ª edição. São Paulo, Ed. Saraiva 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> Acesso em: 10 de agosto 2017.

BRUNO, Anibal, Direito Penal – Parte Geral, Tomo 1º - Introdução – Norma penal Fato punível. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____, Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 1 e 2.

CALLEGARI, André Luis. A imputação objetiva no Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, vol. 30, p.65/86, abr./jun. de 2000.

CAMARGO, Antônio Luiz Chaves. Imputação objetiva e direito penal brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2001

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Conducta Peligrosa e Imprudencia en la Sociedad de Riesgo. In. Estudios de Derecho Penal dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona, editorial Comares, S.L. Granada CANCIO MELIÁ, Manuel. Los Orígenes de la teoria de la adecuación social. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1998.

CORREIA, Eduardo. Direito criminal. Coimbra: Almedina, 1968. v. 1 e 2.

COSTA JR, Paulo José da. Do nexu causal. São Paulo: Saraiva, 1964.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime Culposos e a teoria da imputação objetiva. São Paulo. RT. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal – Parte Geral. Tomo I - 2ª Edição – Questões Fundamentais a Doutrina Geral do Crime. Coimbra. Ed. Coimbra, 2007.

_____. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 33, jan./mar. 2001a.

_____. O Problema da consciência da ilicitude em direito penal. Coimbra: Almedina, 1969.

_____. Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal sobre a Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. Bien Jurídico Y Sistema Del Delito – Un ensayo de fundamentación dogmática. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. Tradutores: Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo. Ed. RT, 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 1, t. II

_____. Lições de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito: em comemoração aos trinta anos de “Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 32, n. 30, 2000.

_____. Um panorama da teoria da imputação objetiva. Lisboa: AAFDL, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Reflexões sobre os valores jurídicos. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 148, p. 46/49, jul./ago. 1953.

HASSEMER, Winfried. História das Idéias Penais na Alemanha do Pós-Guerra. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 6, pag. 36/71, abr./jun. 1994.

_____. Direito Penal Fundamentos, Estrutura, Política. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 2008.

HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo – Da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. Ed. Marcial Pons, São Paulo 2016.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978 v.1, t. 2.

Lei da Boa Razão, 14, Ordenações Filipinas, Livro III, Fundação Calouste Gulbenkian, edição organizada por Cândido Mendes de Almeida-1870/Rio de Janeiro, Lisboa, 1985.

LOPES, Jair Leonardo. Nova parte Geral do Código Penal – Inovações Comentadas. Belo Horizonte, Livraria Del Rey.

MARQUES, Daniela de Freitas. Sistema Jurídico-Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido. Ed. Sérgio Antônio Fabris. Porto Alegre 2008

NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 1975, v. 2.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Erika Mendes de. Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: RT, 2002.

RAMÍREZ, Juan J. Busto. MALARÉE, Hernán Horzabal. Leciones de Derecho Penal – Parte General. Editorial Trotta. Madrid 2006.

ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Trad. Luís Greco. 2ª edição. Ed. Renovar, 2008.

_____. Estudos de Direito Penal, tradução: Luis Greco, 1ª edição, Ed. Renovar, 2006.

_____. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz u Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. El Concepto de Bien Jurídico como Instrumento de Crítica Legislativa Sometido a Examen Acerca de la Ratio del Privilegio del Desistimiento em Derecho Penal. Ed. Cueva Carrión, Ecuador, 2016.

SANTANA, Selma Pereira de. Negligência Grosseira – A Sua Autonomia Material. Lisboa: Quid Júris Sociedade Editora, 2005.

_____. A Culpa Temerária – Contributo para uma construção no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: RT, 2005.

SILVA DIAS, Augusto. Ramos Emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro. Ed. Coimbra, Coimbra, 2008

_____. <<Delicta in se>> e <<delicta mere prohibita>>: uma análise das descontinuidade do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica – Tese de doutoramento, Lisboa, 2003.

TAVARES, Juarez. Tipo de Injusto no Fato Negligente, São Paulo, 1985, Ed. RT

_____. Teoria do Crime Culposo. Lumen Juris, Rio De Janeiro 2009.

_____. Teoria do Injusto Penal. Del Rey, Belo Horizonte 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro- Parte Geral. 5ª edição revista e atualizada. Ed. RT – São Paulo, 2004.

WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman. Parte General. 11ª edición. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL E SUA IMPORTÂNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Felix Magno Von Döllinger

Delegado de Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito Milton Campos. Doutorando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: Qual a relação entre o bem jurídico penal e Estado democrático de direito? A noção de bem jurídico encontra-se no centro da elaboração dos tipos penais, pois tem por objetivo a limitação do jus puniendi do Estado. O presente ensaio tem por objetivo realizar uma análise histórica do conceito de bem jurídico no Direito Penal, sua importância na elaboração dos tipos penais e para a própria dogmática. Trata-se de tema atual, haja vista a proliferação de tipos penais de perigo abstrato e de normas penais em branco na sociedade contemporânea, cada vez mais acuada pela ideia de risco e, muitas vezes, destituída de valores democráticos. O método empregado se baseia na leitura e reflexão da doutrina penal sobre o bem jurídico, considerando-se a importância da limitação do poder de incriminar do Estado, sob o enfoque dos direitos e garantias fundamentais em uma democracia.

Palavras-chave: bem jurídico; evolução; limitação do poder punitivo estatal; democracia.

1- INTRODUÇÃO

Desde que se passaram quase dois séculos, quando Birnbaum¹ escreveu em 1834 sobre a necessidade de uma lesão de direitos para o conceito de delito a discussão sobre a correta identificação do que seja bem jurídico para o Direito Penal ainda assume relevância, uma vez que possui reflexos no modelo de incriminação existente em um Estado.

De fato, a busca por um Direito Penal de índole democrática, passa necessariamente pela compreensão do tipo interesses em sociedade que se pretendem proteger (por meio do Direito Penal), que tipo de lesões ou perigo de lesões são dignas de repressão, de modo a se visualizar o alcance da intervenção penal na esfera das relações sociais.

O surgimento das revoluções liberais e seu ideário de limitar do poder do Estado trouxe em seu bojo princípio de capital relevância, qual seja, o da legalidade, de modo que a pena não poderia ser aplicada a fatos não previamente incriminados, nem em quantidade previamente fixada ao arbítrio do soberano ou de seus representantes.

Interessante exemplo do Direito Penal do período pré-iluminista pode ser lido nos autos da Devassa da Inconfidência Mineira, onde pena seria estabelecida conforme os critérios definidos por D. Maria I, rainha de Portugal²:

O Conselheiro Vasconcelos Coutinho trouxera de Lisboa, entre outros documentos, duas Cartas Régias assinadas pela Rainha D. Maria I, datadas respectivamente de 17 de julho e de 15 de outubro de 1790. A segunda deveria ser conservada em rigoroso sigilo até a leitura da sentença. Instruções

¹ BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens.** Archiv des Criminalrechts (1834)

² MATHIAS, Herculano Gomes. **Autos de Devassa da Inconfidência Mineira: complementação documental.** v. 11. Ouro Preto: 2001, p. 37-38.

especiais, nela contidas, regulavam a apuração da culpa dos réus eclesiásticos, cujos processos que deveriam ser enviados para Portugal, após o julgamento, com as sentenças conservadas em segredo, a fim de aguardar uma decisão real definitiva.

No Chanceler Vasconcelos Coutinho concorriam, segundo as expressões contidas em ofício do Ministro Martinho de Melo e Castro, dirigido ao conde de Resende, "todas as circunstâncias de literatura, probidade, retidão e desinteresse que caracterizavam um homem de bem".

A pena é uma forma de violência estatal e para que possa ser justificada, o Direito Penal deve possuir uma função preventiva, ou seja, é preciso que a norma penal defina um comportamento que lese ou coloque a perigo de lesão um bem jurídico e que não possam ser protegidos de outra forma, que não através do Direito Penal. Não se podem proibir condutas apenas pelo aspecto moral, ou que reflitam certo estado de ânimo que não seja lesiva a terceiros, marca de um Direito Penal de índole liberal, onde se separam Direito e Moral.

Sob uma ótica valorativa, impõe-se a necessidade de demonstração da lesão ao bem jurídico e que este tenha um valor superior àqueles de cuja ofensa não decorra aplicação de punição, para que seja justificada a intervenção do Direito Penal, *facilitando uma fundamentação não teológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a (...) tutela de direitos e interesses considerados necessários ou fundamentais.*³

Brandão⁴, ao promover a leitura da obra de Von Liszt (o qual separou a culpabilidade da antijuridicidade, situando o bem jurídico dentro desta) afirma que cabe

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 374

⁴ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** 2ª edição. Almedina. Coimbra: 2014, p. 132-134.

ao legislador identificar o conteúdo material do ilícito, e não criá-lo, de modo que ocorrerá a antijuridicidade material, quando ocorrer a lesão ao bem jurídico quando. Assim, a antijuridicidade material (comportamento antissocial, nocivo) está presente diante do interesse juridicamente protegido, onde os bens jurídicos são os interesses mais importantes da vida em sociedade, cabendo ao legislador encontrá-los e criar normas para sua proteção.

É nesse contexto que se visa analisar os elementos configuradores do bem jurídico penal no século XXI, onde as relações sociais estão cada vez mais fluidas em face da velocidade dos meios de comunicações, da alteração de referenciais como soberania, família, casamento, da facilidade de acesso à tecnologia de ponto, entre outros. De fato, o bem jurídico assume contornos de interesses supra individuais⁵.

A importância da teoria do bem jurídico ganha relevo face aos fins do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, ao se considerar a limitação do *jus puniendi*, suas áreas de intervenção e não apenas o binômio proteção-punição propriamente.

A seguir será analisada a construção histórica do conceito de bem jurídico por meio das principais escolas penais.

2. CONTORNOS DOGMÁTICOS DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO.

A norma jurídica que define o injusto revela um comportamento a ser seguido pelos indivíduos, limitando-se assim o poder punitivo do Estado na medida em que se sabe antecipadamente quais condutas serão ou não punidas em caso de descumprimento e qual a espécie de sanção aplicável ao caso.

Entretanto, Tavares critica a afirmação de que o bem jurídico constitui pressuposto do tipo (proteção), uma vez que essa proteção possui conteúdo real. Para ele, a formulação

⁵ DÖLLINGER, Felix Magno von. *Sociedades empresárias e lavagem de capitais* – Belo Horizonte : Arraes editores, 2015. p. 15

de um tipo penal não protege efetivamente um determinado bem jurídico, o qual funciona como mera referência formal. Além disso, o tipo seria não um instrumento de garantia, mas uma forma de proteção e reprodução do sistema⁶.

O conceito de bem jurídico varia de acordo com a corrente de pensamento jurídico no que concerne ao conteúdo da norma e as finalidades da norma. Em todo caso, leva-se em consideração uma eleição política do que se pretende proteger⁷.

Foi von Feuerbach⁸, em seu Tratado de Direito Penal (1801) o precursor da ideia de bem jurídico ao buscar o objeto de proteção do direito penal. Em seguida, impregnado por uma concepção liberal, Birnbaum faz referência a *bem* como tutela do direito penal. Segundo Brandão, a ideia de bem vem em contraposição a um direito subjetivo de caráter individual, de modo que o ele (o bem) se localiza no mundo exterior, com caráter concreto, portanto suscetível de violação⁹.

2.1 A influência iluminista (Von Feuerbach)

Von Feuerbach, expressa em seu texto os efeitos da revolução francesa (1789-1799), em especial no que concerne ao contrato social, ou seja, o pacto em que os cidadãos concedem parte de suas liberdades ao estado, para que este possa agir em nome deles e assim estabelecer a convivência social. Por esta concepção, somente serão crimes aquelas ações lesivas à sociedade. Trata-se da chamada tese da ilustração, *segundo a qual o delito*

⁶ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 11-12.

⁷ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 15.

⁸ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von . **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989.

⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2ª edição. Almedina. Coimbra: 2014, p. 120-121.

*seria una lesión de un derecho subjetivo.*¹⁰ O crime deixa de ser um pecado, um atentado contra a divindade ou ao soberano (representante da divindade na Terra) para ser um dano social e a pena uma retribuição a esse dano, e não mais expiação do pecado¹¹.

Em sua obra denominada Tratado de Direito Penal, von Feuerbach publicado originalmente em 1801, na Alemanha, vinculou originalmente este ramo do Direito à proteção dos direitos subjetivos do cidadão. O homem deve ser livre para seguir sua razão em conformidade com as regras impostas em sociedade. O crime passa a ser visto como uma ultrapassagem dos limites da liberdade jurídica garantida pelo contrato social:

*Quien excede los límites de la libertad jurídica comete una lesión jurídica o injuria. El que lesiona la libertad garantizada por El contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un crimen. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal. Las injurias también son posibles fuera del Estado, pero los crímenes únicamente lo son dentro del Estado.*¹²

A teoria de von Feuerbach é lastreada na ideia de coação psicológica dentro do Estado, por meio da qual, este poderá impedir condutas lesivas à ordem jurídica. O Estado deve estar aparelhado por instituições que exerçam coação física para impedir uma lesão

¹⁰ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 17.

¹¹ *En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho, no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el derecho penal: los hombres ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado.* MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 13.

¹² FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989, p. 64

ou impor uma reparação ou reposição. Esta coação física seria insuficiente para impedir a consumação de uma lesão jurídica, se fazendo, pois, necessária a coação psicológica, uma vez que a prática de todos os crimes teria origem no impulso interno (busca do prazer) visando o cometimento do delito¹³.

A pena surge como meio de intimidação de todos aqueles (cidadãos) que têm por objetivo cometer crimes, dando fundamento à previsão legal, que seria ineficaz se não houvesse pena.

Enfatiza von Feuerbach que a pena é uma consequência jurídica fundada na necessidade de se preservar direitos externos. Esse raciocínio é extraído, como já mencionado, do contrato que envolve os indivíduos em sociedade, como também é decorrência da aplicação do princípio da legalidade, como forma de limitação do poder incriminar do Estado:

*De aquí surgen, sin excepción alguna, los siguientes principios derivados: I) Toda imposición de pena presupone una ley penal {nulla poena sine lege}. Por ende, sólo la conminación del mal por la ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). Por ende, es mediante la ley como se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.*¹⁴

¹³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von . **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Traducción al castellano

de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989, p. 60

¹⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989, p. 63

Com a limitação do poder do Estado de punir, condutas como o pecado da blasfêmia, usura, jogos de azar, deixam de ser penalizadas, tornando-se infrações policiais (ações puníveis, apesar de não haver lesão jurídica, mas ameaça à ordem pública).

Amelung¹⁵ critica neste ponto a ausência de delimitação clara entre as infrações penais e de caráter policial, em momento histórico marcado pelo liberalismo econômico, impregnado por uma concepção jusprivatista dos direitos subjetivos, onde não poderia o Estado intervir, a não ser para manter uma ordem burguesa recém instalada.

2.2 A crítica de Birnbaum

Johann Michael Franz Birnbaum (1792-1877) opõe-se à ideia de que o delito seria a lesão de um direito subjetivo, introduzindo o conceito de violação de bem jurídico, em substituição ao critério proposto por von Feuerbach.

Para entender esse novel pensamento, é preciso descrever o momento histórico, marcado pelo Congresso de Viena (1814-1815), que tinha por escopo de redefinir o mapa europeu após derrota de Napoleão Bonaparte. É o chamado período da restauração, onde a antiga realeza (agora limitada por um poder constitucional) visava retornar ao poder, agora ocupado por uma burguesia (detentora do poder político, econômico e social) antes revolucionária, agora conservadora¹⁶.

No campo jurídico, a “restauração”, representada pela Escola Histórica vê o Direito como produto do espírito do povo e não fruto de uma descoberta racional, algo eterno e imutável (como no pensamento cartesiano). *El derecho positivo pasa a ser la*

¹⁵ *Die Rechtsverletzungstheorie zieht daher nur eine Scheidelinie zwischen Kriminal und Polizeistrafgewalt, eine Grenze des staatlichen Strafrechtes überhaupt bezeichnet sie in der Aufklärung nicht. Dies wird erst möglich, wenn die Wohlfahrtsförderung gänzlich aus dem Polizeirecht entfernt worden ist.* AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft.** Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 24

¹⁶ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Juridico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal.** Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992,p. 20

*única realidad y objeto para la ciencia del derecho, pero lo que es más, por su propia naturaleza histórica y singularidad, el derecho lleva en si mismo su propia justificación(...)*¹⁷.

Birnbaum vinculando o bem (jurídico) ao estudo do Direito Penal, entende que aquele se encontra no mundo das realidades, onde se produzem as contradições das normas penais, colocando no centro de sua teoria o âmbito do fático, concreto e não o *abstrato, valorativo e espiritual das noções jurídicas pré-existentes*:

Quando falamos do conceito jurídico natural de crime, por isso entendemos que o que pode ser visto na sociedade civil como uma ofensa na natureza do Direito Penal racionalmente , ele está em um conceito comum (...). Mas é uma lesão de direito que estava aqui , provavelmente, considerada pela maioria dos legisladores, apesar de uma desaprovação deste ponto de vista que foi expresso agora (...). [156] Em particular, a definição mais influente torna-se a de Feuerbach, segundo a qual um crime ao abrigo do direito penal, é uma ameaça aos direitos de outrem em uma ação conflitual [...] [157] [...] Nós [temos] aqui não a tarefa principal a fazer [...], investigar se a única lesão jurídica pode ser punida como um crime de acordo com a natureza das coisas (...) (Tradução nossa, BIRNBAUM, 1834, p 149.)¹⁸,

¹⁷ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal.** Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992,p. 23

¹⁸ *Wenn wir vom natürlichen Rechtsbegriffe des Verbrechens reden, so verstehen wir darunter dasjenige, was nach der Natur des Strafrechts vernunftgemäß in der bürgerlichen Gesellschaft als strafbar angesehen werden kann, insofern es in einen gemeinsamem Begriff zusammengeßt wird. Es ist aber eine Rechtsverletzung hierwohl von den meisten Gesetzgebern angesehen wurde, obgleich hin und wieder schon früher eine Mißbilligung dieser Ansicht ausgesprochen worden ist. [156] Insbesondere einflußreich ist die Feuerbach Definition geworden, nach welcher das Verbrechen eine unter einem Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines Andern widersprechende Handlung genannt wird [...] [157] [...] Wir [haben] e uns hier nicht zur Hauptaufgabe gamacht [...], BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens.** Archiv des Criminalrechts (1834) In: VORMBAUM, Thomas (Hrsg) **Moderne deutsche Strafrechtsdenker.** Springer: Belin Heidelberg, 2011. p 149.*

Nessa linha, as ações delituosas (antijurídicas) não afetam o direito de que os indivíduos sejam titulares, mas o bem que juridicamente é atribuído a alguém.¹⁹

*Con el entendimiento de que integra un bien —y no una relación jurídica positiva— el objeto de la protección penal, la índole esencial del mismo viene a asumir un sentido determinante de la gravedad y del carácter de la respectiva lesión o puesta en peligro a él conectadas.*²⁰

Muito embora Birnbaum não tenha cunhado a expressão bem jurídico (*rechtsgut*), sua contribuição decorre da substituição do critério de violação de direito subjetivo para o de violação de bem jurídico, obtendo-se maior clareza para a incriminação de condutas, como forma de limitação do poder incriminador do Estado e consequente legitimação da ação deste no campo do Direito Penal.

2.3 o positivismo de Binding

Karl Binding escreveu sua obra “Das Normas e suas violações” sob a influência do positivismo, segundo o qual somente a lei expressa quais os bens que merecem proteção jurídica do Estado, reduzindo o bem jurídico a um elemento da norma, *que tanto pode ser finalidade quanto razão do sistema*²¹.

Construindo a nomenclatura bem jurídico (*rechtsgut*), Binding atribui ao legislador a função de escolher quais os interesses devem ser protegidos pelo Estado. Com isso, somente são considerados bens jurídicos aqueles previstos pela norma, não existindo

¹⁹ NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Bien Jurídico em El Derecho Penal**. Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 101-102.

²⁰ NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Bien Jurídico em El Derecho Penal**. Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 102.

²¹ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 23.

aqueles fora da criação do legislador²². A norma penal é um comando oficial do Estado (criado pelo legislador), com forma e conteúdos não retroativos²³.

O positivismo de Binding é livre de considerações filosóficas ou transcendentais *y que conserva de él única y exclusivamente el dogma hegeliano de la racionalidad incuestionable de la ley en tanto que es producto del Estado*²⁴. Por meio do citado autor, tem-se um sistema (penal) completo, de onde as normas são deduzidas. Das normas são extraídas as proibições ou obrigações contidas na lei²⁵.

Tem-se aqui um concepção formal do delito, segundo a qual, o crime é uma infração das normas inseridas na lei e que correspondem ao interesse subjetivo do Estado:

Todo um número de bens jurídicos deixa um resumo na grandeza do conceito para que, então, constitui também um interesse jurídico: assim são vida, saúde, liberdade, honra resumem a proteção jurídica da personalidade; assim informam juntos o objeto da realidade e a exigência da autoridade do bem jurídico; assim sistematizadas uma grande massa de crimes como um crime contra o bem jurídico do Estado.²⁶

²² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2ª edição. Almedina. Coimbra: 2014, p. 130.

²³ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre übertretung**. Erste Band. Leipzig: Verlag Von Felix Meiner, 1922. p. 51

²⁴ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992,p. 38

²⁵ *Para BINDING el delincuente infringe o contraviene las disposiciones previas a la ley penal y que se deducen de ellas y que en forma imperativa pueden mandar o prohibir una conducta. Estas disposiciones son las normas y tratándose de la prohibiciones se manifiestan en expresión como "no debéis hurtar", "no debéis robar", "no debéis matar" , etc. De esta manera, la acción realizada por el delincuente cumple justamente todo aquello que se expresa em la ley penal(...)*MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992,p. 39

²⁶ Eine ganze Anzahl Von Rechtsgütern lässt eine Zusammenfassung in einem höheren Begriffe zu, der dann gleichfalls ein Rechtsgut darstellt: so werden Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre zusammengefasst

Com isso, toda desobediência a uma norma jurídica é uma lesão ao bem jurídico. O cidadão deve se submeter a ordem estatal, sem considerações de caráter metajurídico, mas de forma objetiva, de acordo com o previsto pelo legislador, como aquilo que é o melhor para a vida em sociedade. *El individuo es sólo el destinatario de la norma y el destinatario de una pena esencialmente retributiva*²⁷.

Segundo a obra de Binding, Navarrete, estrutura os tipos penais em três espécies:

1) tipos proibidos por una producción de resultado que no es querido por el Ordenamiento jurídico; 2) tipos proibidos por una desobediencia a precepto que representa la causación de determinadas circunstancias, concretas contrarias al interés de tutela del Derecho, y 3) tipos de desobediencia pura, sancionados con absoluta desconexión de cualesquiera resultados externos verificables de modo efectivo²⁸.

Nessa linha, para Binding, todos os bens jurídicos têm em comum a possibilidade de serem lesionados por distintas formas, podendo assim, ser protegidos por variadas formas pelo legislador.

2.4 O positivismo De Von Liszt

zum Rechtsgut der Persönlichkeit; so bilden der Objkte der dinglichen und der Forderungrechete zusammen das Rechtsgut des Vermögens; so systematisirt mas eine grosse Masse Von Verbrechen als Verbrechen wider das rechtsgut des Staats. BINDING, Karl. **Die Normen und ihre übertretung**. Erste Band. Leipzig: Verlag Von Wilhelm Engelmann, 1872. p. 196

²⁷ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Juridico y Estado Social y Democrático de Dereecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 46

²⁸ NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Bien Juridico em El Derecho Penal**. Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 109.

Franz von Liszt, em seu Tratado de Direito Penal define os bens jurídicos como os interesses vitais do indivíduo ou da comunidade, resultantes das relações entre particulares ou entre estes e a sociedade organizada, onde a ordem jurídica limita a esfera de atuação de cada um²⁹.

Segundo o pensamento de Franz von Liszt, não é o legislador quem cria o bem jurídico, mas o descobre na realidade social, para então criar legislação que o protege, uma vez que *eran intereses vitales, (...), mucho antes de llegar a estar garantizados (...)* por las *lex-es penales, contra las violaciones procedentes de los individuos*³⁰.

Para Binding, a violação da bem jurídico importava, ao mesmo tempo, uma violação da norma (dimensão material), quanto da lei (dimensão formal). Na verdade, a dimensão material fazia parte da lei formalmente criada pelo legislador, era, como dito, aquele quem criava o bem jurídico.

Ao separar a antijuridicidade da culpabilidade, inseriu o bem jurídico dentro da primeira, correspondendo à dimensão material da antijuridicidade. A conduta será formalmente antijurídica quando violar as normas penais estabelecidas pelo legislador, enquanto que a violação material corresponde à própria violação do bem jurídico (o bem da vida descoberto pelo legislador).

Para von Liszt:

I. El crimen, en cuanto constituye una fracción (Unrecht), es, como el delito civil, un acto culpable CONTRARIO AI, DERECHO (1). Esta REPROBACIÓN jurídica, que recae sobre el acto, es doble.

²⁹ VON LISZT, Franz. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 20ª edición alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, SA: Madrid, 1927. p 03.

³⁰ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 20ª edición alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, SA: Madrid, 1927. p 03.

*1. El acto es **formalmente** contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. 2. El acto es **materialmente** ilegal, en cuanto significa una CONDUCTA CONTRARIA A LA SOCIEDAD (antisocial). El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas ; por consiguiente, una lesión o riesgo de un bien jurídico. (Grifo nosso) ³¹*

Com efeito, o bem jurídico encontra-se em uma realidade externa ao direito, possuindo um caráter material, pré-existente à norma penal e que é identificado (não criado) pelo legislador e alçado a uma proteção jurídica.

2.5 A influência do neokatismo (Mezger E Mayer)

O neokantismo é uma reação ao positivismo, de ideologia iluminista, despido de valores, onde o Estado não deveria intervir nas relações privadas, a não ser para manter as relações de mercado (Estado de polícia). O positivismo trouxe para o Direito o método das ciências naturais, cujo objeto é neutro, não havendo lugar para considerações metafísicas. O fenômenos sociais são estudados da mesma forma aqueles encontrados na natureza.

A principal característica do neokantismo é o método referido a valores, com a substituição da noção material de bem, por uma de valor cultural, que se identifica com a própria finalidade da norma.

³¹ LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal**. Traducido de la 20ª edición alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, SA: Madrid, 1927. p 335-336

Todavia, importante é a crítica de Brandão³² quando afirma que o neokantismo não associou a noção de bem jurídico ao conceito de valor originalmente. De fato, a vinculação de valor ao conceito de bem jurídico já havia ocorrido com Binding ao afirmar que o bem jurídico é um valor social. A diferença reside no estudo do Direito Penal como uma ciência cultural (compreensão dos objetos), cuja metodologia não é a mesma das ciências da natureza (explicação dos objetos). O bem jurídico se encontra na esfera do cultural.

Malaree³³ reconhece dentro do pensamento neokantista dois posicionamentos distintos: um que considera o bem jurídico em sua função teleológica e outro que o considera com bem da cultura.

De acordo com a primeira corrente, onde se destaca Edmund Mezger, equipara-se valor e fim do bem jurídico. *El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal.*³⁴

Dessa forma, o bem jurídico representa uma função protetora contra fatos puníveis e um meio para se interpretar quais são os interesses do indivíduo e da sociedade que merecem a proteção do Direito Penal.

Ao comentar a doutrina de Mezger, Polaino Navarrete assim se pronuncia:

Corresponde un significado mérito de la orientación científica de la construcción dogmática mezgeriana la circunstancia de haber destacado de modo particular el carácter dualista empírico-valorativo de todos los conceptos penales, tanto en el aspecto metódico como dogmático. Con

³² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2ª edição. Almedina. Coimbra: 2014, p. 137-139.

³³ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago de Chile: 1992, p. 63

³⁴ MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Libro de estudio, parte general. Editorial bibliográfica argentina S. R. L. Buenos Aires: 1958, p. 155.

singular referencia ai objeto de protección, es preciso reconocer que al mismo pertenece también el concepto de valor: un bien jurídico desprovisto de valor es inimaginable.

(...)

El entendimiento expuesto conduce al campo del valor. Todos los intentos de construir una teoría jurídica pura, libre de valor, han estado de manera irremisible condenados al fracaso³⁵.

Outra corrente digna de relevo é a que considera o bem jurídico como objeto cultural, ou em outras palavras, a necessidade de proteção de determinados valores ditados pela cultura. Sendo o Direito Penal o produto de determinada cultura, natural que este exerça proteção sobre aqueles bens considerados mais relevantes no meio social, o que se dá por meio de seleção e hierarquização³⁶.

Adepto dessa segunda corrente, Max Ernst Mayer, em sua obra *Direito Penal*, entende (como já afirmado por Von Liszt) que não cabe ao Direito penal criar interesses, mas reconhecê-los por meio da histórica cultural de uma sociedade, onde, então, serão encontrados os interesses fundamentais pertencentes à natureza humana. *El reconocimiento por el Estado significa, empero, tanto seleccionar -junto a los intereses reconocidos están los no reconocidos- como dar forma (...) en último efecto, de ello se sigue la tutela*³⁷.

³⁵ NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Bien Jurídico em el Derecho Penal**. Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974, p. 273-275.

³⁶ MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Jurídico y Estado Social y Democrático de Dereecho. El objeto protegido por La norma penal**. Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992,p. 65

³⁷ MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal Parte General**. Editorial IB de F: Montevideo-Buenos Aires: 2007, p. 26.

O bem jurídico é um valor de natureza antecedente às disposições de Direito Penal e reconhecido em sociedade. Com isso, somente possuem o *status* de bem jurídico e, portanto, merecedores de proteção penal, aqueles dotados de prioridade no meio social³⁸.

2.6 A visão transcendental de Welzel

Para Hans Welzel, a noção de bem jurídico é a de proteção dos valores ético-sociais, que se confunde com a própria função do Direito Penal, o qual, por meio de tipos (valorados) seleciona as condutas que lesem ou coloquem em perigo de lesão, de forma grave, insuportável, a ordem ético-social da comunidade. *Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad*³⁹.

Esse Welzel, existem valores fundamentais para a vida em sociedade, deveres transcendentais, que devem ser observados para a boa convivência em sociedade, como o respeito à vida alheia, saúde, propriedade. *Este sentido, por el cual se manifiesta el imperativo, es incorporado a la conciencia de cada uno como un verdadero proyecto sensible, o un modelo de acción*⁴⁰.

Existem valores que são imanentes ao bem-estar social, fundamentais ao ser humano, os quais devem ser protegidos pelo Direito Penal, com a aplicação de penalidades ou ameaça de sua aplicação àqueles cujas condutas não estejam de acordo com o direito. A missão do Direito Penal não é a de proteger bens jurídicos (vida, propriedade, p.ex), mas assegurar a validade real dos valores que estejam de acordo com pensamento jurídico, sobre os quais se alicerçam o Estado e a sociedade. *Lo justo o injusto*

³⁸ AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft**. Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972, p. 91

³⁹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. Roque Depalma Editor. Buenos Aires: 1956. p. 01.

⁴⁰ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 29.

*de una acción se determinan, según ese criterio, conforme al grado de su utilidad o daño social.*⁴¹

Para Welzel, é reprovável a conduta daquele que não age conforme o ordenamento jurídico, ou seja, aquele que de acordo com seu conhecimento ético-social poderia conhecer a antijuridicidade de sua conduta⁴².

A defesa de tais valores tem caráter duradouro, ou seja, trata-se de proteger instituições permanentes na vida em sociedade (patrimônio, família, etc), incorporando na consciência de todos, por meio da ameaça penal, o dever de agir de acordo com os valores sociais elementares.

Neste ponto, importante a afirmação de Tavares:

El ontologismo de WELZEL representa una mezcla de enunciados neokantianos y de filosofía de valores, sin que asuma una posición definida a favor de una o de otra tesis. Aquí resalta la existencia de un imperativo categórico trascendente, que constituiría la fundamentación de la acción —en el sentido de la Escuela de Marburg—, cuyas normas no se orientan por los principios de universalidad y de dignidad de la persona humana, sino por un proyecto social de protección de presupuestos elementales de su existencia, tratados como valores ético sociales;

(...)

La protección de valores ético sociales es nada más que la incriminación de la antisociabilidad, de ahí que no sea incoherente que sus adeptos conceptúen el bien jurídico como un estado social, o

⁴¹ WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General.** Roque Depalma Editor. Buenos Aires: 1956. p. 03.

⁴² WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de La acción finalista.** Editorial I B de F. Segunda reimpressão. Montivideo-Buenos Aires: 2004. p. 171-172.

sea, un determinado orden que se impone como um bien vital del individuo y de la comunidad.⁴³

A crítica ao posicionamento de Welzel reside no fato de sua teoria sustentar a manutenção de relações sociais das classes dominantes, dentro de uma ordem normativa de caráter programático, de um Direito Penal de orientação de condutas (ideológico) e não de função de garantia. Por outro lado cria uma expectativa de bem estar social (bem jurídico como bem vital) a ser repartido por todos⁴⁴.

2.7 O funcionalismo

Para o funcionalismo, o Direito Penal tem por objetivo garantir a vigência do sistema normativo. O crime é uma fraude às expectativas normativas, de modo que a pena é a afirmação uma afirmação da identidade social⁴⁵.

Ao tratar do tema, Tavares identifica no funcionalismo três modelos: estrutural, funcional próprio e funcional impróprio⁴⁶. No primeiro caso, a pena é uma forma de controle social (legitimação do poder político, estabilidade estatal). A cada perturbação do sistema (*input*) há uma reação (*output*) que a sanção penal, permitindo a reprodução e estabilidade do sistema. O modelo funcional próprio entende o objetivo do Direito Penal é garantir a expectativa de uma conduta correta (validez fática das normas).

⁴³ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 31-32.

⁴⁴ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 33.

⁴⁵ JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**. Civitas Ediciones S.L: Madrid Aires, 2004. p. 76.

⁴⁶ TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004. p. 34-37.

Com um pensamento que faz lembrar a teoria da coação psicológica de Von Feuerbach, para Jakobs, *la pena tiene pues una función sin que tenga que producir algo psico-socialmente*. Difere, no entanto, que a expectativa fraudada não é a do particular, mas social⁴⁷. O Direito Penal deve estar em sintonia com os novos tempos, sob pena de ser incoerente, um ordenamento coercitivo abstrato, sem comunicação com a sociedade.

O último modelo identificado por Tavares é o funcional impróprio, segundo o qual o bem jurídico é uma forma de delimitação do poder punitivo estatal, fundado na Constituição.

Representante desta última posição é Claus Roxin⁴⁸.

Para este autor, inicialmente o Direito Penal não protege apenas bens individuais, mas também interesses coletivos como, por exemplo a Administração da Justiça. Por outro lado, não podem ser admitidas sanções penais para atos que não lesionem bens jurídicos, quando se visa proteger concepções morais e ou ideológicas. Nessa linha, só devem ser considerados bens jurídicos aqueles derivados da Constituição de um Estado que garanta a liberdade de seus cidadãos:

bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.⁴⁹

⁴⁷ JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad**. Civitas Ediciones S.L: Madrid, 2004. p. 76.

⁴⁸ ROXIN Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de La teoría del delito**. Editorial Civis SA: Madrid, 1997. p. 54.

⁴⁹ ROXIN Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de La teoría del delito**. Editorial Civis SA: Madrid, 1997. p. 56.

Roxin ainda chama a atenção para o fato de que o conceito de bem jurídico apesar de possuir caráter normativo, esse não estático, na medida que as normas penais devem estar abertas à evolução social e ao progresso científico. Não se trata de um conceito definitivo, pois haveria um engessamento de seu desenvolvimento, mas representa uma forma de limitação do poder punitivo estatal.

3- BEM JURÍDICO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Conforme descrito em linhas anteriores, a Constituição exerce um papel limitador do Direito Penal dentro de um Estado democrático de direito, face à proteção do bem jurídico, pois *una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado*.⁵⁰

Entretanto é preciso definir qual ou quais os limites impostos pela Constituição ao Direito Penal, em outras palavras: todos os bens jurídicos estão previstos na Constituição expressa ou implicitamente ou a Constituição estabelece um marco além do qual o legislador não pode ultrapassar?

A partir do momento em que o Estado assume para si a tarefa de proteger seus cidadãos, existe a necessidade de legitimação do uso do Direito Penal para tal finalidade (prestação de segurança/manutenção da paz social, por meio da proteção de direitos fundamentais que garantam o desenvolvimento da personalidade humana), o que também funciona como mecanismo de limitação daquele ramo do Direito. Dessa forma, o Estado existe para garantir a liberdade do cidadão, como condição de desenvolvimento da personalidade deste, mas sem que o ente estatal incorra em excesso, ou seja, a imposição de sanções penais não pode ocorrer a qualquer custo, sob o pretexto de proteção do indivíduo.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 102.

Para Sternberg-Lieben⁵¹, se o bem jurídico for considerado como condição necessária para a vida social, tendo como marco a Constituição, o Direito Penal que visa à proteção de bens jurídicos, passa a ter status constitucional. Por outro lado, se a Constituição é dotada de uma carga valorativa, indicadora de princípios gerais, o legislador teria a liberdade de criar tipos penais de acordo com a promoção de direitos fundamentais, cujos valores são apontados pelo texto Magno. Para o referido autor, a Constituição não poderia oferecer instruções concretas ao legislador, pois haveriam situações em que as ações supostamente violadoras de direitos fundamentais deveriam ser analisadas caso a caso quando em conflito com outros direitos fundamentais. Veja-se por exemplo a questão da interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos, julgada na ação de descumprimento de preceito fundamental número 54, na qual se encontrava de um lado os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, do direito à saúde, todos previstos na Carta da República de 1988 e de outro o conjunto normativo ensejado pelos artigos 124, 126, *caput*, e 128, incisos I e II, do Código Penal⁵².

Prossegue Sternberg-Lieben afirmando que «*el Estado está al servicio del ciudadano, el ciudadano no está al servicio del Estado*»; *el Estado gira en torno a los seres humanos*, de modo que o Direito se direciona ao objetivo de desenvolver a personalidade humana dentro de uma comunidade. Assim, o Direito Penal é a *ultima ratio*

⁵¹ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 107-108.

⁵² O Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. A íntegra do Acórdão pode ser acessada no sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>, disponível em 11/12/16

para proteção das circunstâncias que se mostram aptas ao desenvolvimento do indivíduo⁵³.

O legislador possuiria certa margem de liberdade para avaliação do momento em que uma conduta colocaria em perigo determinado bem jurídico, criminalizando, assim, tal conduta. Para tanto, o legislador deve se valer de prognósticos plausíveis de uma situação fática futura⁵⁴. Em todas as hipóteses de atuação legislativa, em caso de dúvida sobre o grau de restrição imposta pelo Direito Penal, deve-se levar em conta o princípio *do in dubio pro libertate*.

Nessa linha, a possibilidade de revisão em sede de controle de constitucionalidade da norma penal passaria pelo princípio da proporcionalidade e da proibição do excesso, em cada caso concreto⁵⁵. Todavia, esse controle jurisdicional precisa observar o equilíbrio entre a ideia de um Estado que busca a preservação de direitos fundamentais e a noção de democracia parlamentar, pois do contrário, a atividade legislativa seria substituída pela execução da Constituição⁵⁶.

⁵³ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 108-109.

⁵⁴ STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 122.

⁵⁵ *Las pocas disposiciones configuradoras del contenido material de las normas penales que pueden extraerse de la prohibición de exceso y de la interdicción de la arbitrariedad previstas por el Derecho constitucional necesariamente han de entenderse como directrices regulativas de carácter abierto que sólo se concretan en cada caso particular. Ello hace que de modo general no puedan considerarse más que desiderata de la política legislativa penal, y no disposiciones vinculantes susceptibles de ser revisadas en cada decisión parlamentaria.* STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 121.

⁵⁶ *Las pocas disposiciones configuradoras del contenido material de las normas penales que pueden extraerse de la prohibición de exceso y de la interdicción de la arbitrariedad previstas por el Derecho constitucional necesariamente han de entenderse como directrices regulativas de carácter abierto que sólo se concretan en cada caso particular. Ello hace que de modo general no puedan considerarse más que desiderata de la política legislativa penal, y no disposiciones vinculantes susceptibles de ser revisadas en cada decisión parlamentaria.* STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del*

4- DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS EXPRESSAS E IMPLÍCITAS DE PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS POR MEIO DO DIREITO PENAL

A evolução dos direitos fundamentais não se deu em um só jato, mas de forma lenta e gradual, surgindo assim o seu estudo em gerações ou atualmente em dimensões: primeira a quarta dimensões. Os de primeira dimensão correspondem aos direitos civis e políticos dos indivíduos, onde a máxima do liberalismo pregava a abstenção do Estado face à liberdade privada dos seus cidadãos. Os direitos de segunda dimensão são de natureza social, econômica, cultural, pertencentes a toda coletividade e exigem prestações positivas do Estado. São característicos da primeira metade do século XX, após a Primeira Guerra Mundial. Os direitos de terceira dimensão estão vinculados à ideia de progresso, ao direito de comunicação, autodeterminação dos povos, enquanto que os de quarta dimensão correspondem ao direito ao pluralismo, informação e democracia⁵⁷.

Nessa linha, as disposições expressas ou tácitas de incriminar estão aliadas às Constituições que preveem direitos de segunda e terceira dimensões, ou seja, de natureza social, econômica, cultural, progresso, etc.

Exemplo típico disso é a Constituição da República de 1988, considerada pela doutrina como constituição formal, na medida em que seu bojo uma série de assuntos que não são propriamente ligados à estrutura do Estado, forma e aquisição do poder.

Assim, tem-se as seguintes determinações expressas de incriminação dirigidas ao legislador ordinário, previstas no artigo 5º: *XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes*

del legislador penal.IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007, p. 123.

⁵⁷ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 226-229.

hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Ao longo da Carta Magna de 1988 podem ser encontradas outras previsões de incriminação, uma vez que a própria menção ao tipo de crime, por certo exige atuação pelo legislador, como por exemplo: crime político (artigo 5º, inciso LII), retenção dolosa de salário (artigo 7º, inciso x), crime de responsabilidade (artigo 29-A, §§2º e 3º, artigo 50 *caput* e §2º, artigo 85, artigo 100, §7º), crime político (artigo 2 inciso II, letra “b”), contra a Administração Pública e abuso de autoridade (artigo 103-B, §4º, inciso IV), contra a organização do trabalho, o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira (artigo 109, inciso VI), os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro (artigo 109, inciso), militares (artigo 124). Em todas os casos mencionados há a previsão de um bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal, a existência do Estado democrático de direito, a organização do trabalho, o sistema financeiro, etc...

Partindo-se da ideia de que o legislador deveria proteger penalmente apenas aqueles valores dotados de relevância constitucional, reforça-se a função limitadora do poder punitivo estatal em função do bem jurídico, pois a pena é uma forma de limitação de direitos fundamentais⁵⁸.

Dessa forma é imperiosa a necessidade de se elaborar um conceito de bem jurídico que seja rico em seu conteúdo material e que sirva de limite ao legislador ordinário. Para tanto, a Constituição reconheceria valores fundamentais prevalentes em uma determinada sociedade, em um determinado período histórico⁵⁹

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor. S.A., 1992, p. 273.

⁵⁹ *...el Derecho está sometido a continuo cambio, pero está obligado a ser un derecho justo en cada momento histórico. Por consiguiente, tanto la legislación, como la jurisprudencia deben comprender las necesidades de cada época y desarrollar respuestas jurídicas a esas necesidades...* HASSEMER, Winfried. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 168.

A liberdade do legislador ordinário seria contida, na medida em que se trata de um poder derivado da Constituição, mediante um conceito material de bem jurídico⁶⁰. Além disso, como se verá posteriormente, existem uma série de princípios extraídos do texto constitucional aplicáveis ao bem jurídico penal, para limitar o poder punitivo estatal, como a proporcionalidade, por exemplo, atuando o Poder Legislativo para realizar o controle de constitucionalidade⁶¹.

Alvarez Garcia⁶² aponta como pontos obscuros para a definição do papel limitador do poder punitivo estatal por meio da Constituição os seguintes:

⁶⁰ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 12.

⁶¹ RE 583523 / RS - RIO GRANDE DO SUL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 03/10/2013 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ementa : Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravenucional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, superou a questão da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, o Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, deu provimento ao recurso extraordinário por reconhecer, no acórdão recorrido, a violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da CF, ante a não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais) pela Constituição Federal de 1988, e, em consequência, absolver o recorrente, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participante da “V Conferência Iberoamericana sobre Justicia Electoral”, em Santo Domingo, República Dominicana. Plenário, 03.10.2013.

⁶² ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 13-20.

- possibilidade de se estabelecer hierarquias valorativas no seio da Constituição;
- significado da expressão valor constitucionalmente relevante;
- as obrigações constitucionais de penalizar.

Inicialmente, discute-se se os valores contidos no texto constitucional têm o mesmo peso ou se este seria diferente. Como já afirmado acima, quando da interpretação constitucional do bem jurídico, as proposições de Alexy sobre a fórmula do peso indicam que os valores podem ter pesos diferentes de acordo com o caso concreto. Além disso, um mesmo valor pode ter pesos diferentes em situações diferentes como é o caso da vida, quando da discussão o aborto de fetos anencéfalos⁶³.

No que se refere ao valor constitucionalmente relevante, no caso brasileiro, a emenda constitucional número 45 introduziu a ideia de repercussão geral, de modo que nos recursos extraordinários, o recorrente deve demonstrar a relevância jurídica, política, social ou econômica do tema, de modo que a decisão será aplicada aos casos idênticos pelas instâncias inferiores⁶⁴.

Em relação à obrigação constitucional de penalizar, Alvarez Garcia afirma que o legislador não é obrigado a criminalizar qualquer ataque a valores constitucionais, mas apenas quando estes tenham relevância. Para o referido autor, *una cosa es que el constituyente haya trazado límites, y otra muy distinta que el legislador ordinario carezca de autonomía en la concreción de bienes a proteger y las correspondientes medidas de tutela*⁶⁵.

⁶³ ADPF número 54. A íntegra do Acórdão pode ser acessada no sítio: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF&origem=A&recurso=0&tipoJulgamento=M>, disponível em 11/12/16

⁶⁴ Note-se que não há um critério objetivo estabelecido para se definir se uma causa se enquadra ou não como de repercussão geral. Em pesquisa no sítio do Supremo Tribunal Federal, foram identificados dois temas relativos ao Direito Penal com repercussão geral: progressão de regime e crimes militares. Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/temasRelevantes.asp>, disponível em 08/01/2017

⁶⁵ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 16.

Alvarez Garcia prossegue afirmando que o legislador ordinário teria ampla margem de liberdade⁶⁶ para avaliar no caso concreto o que seria ou não relevante e

⁶⁶ HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL; HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 06/03/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012.
Ementa:HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de

defensável por meio do Direito Penal. Fora dos casos em que a Constituição determina a incriminação, o legislador teria ampla liberdade de usar o sistema de proteção que entender mais cabível ao caso (penal, administrativo, civil), não sendo possível a aplicação da tese de obrigações constitucionais implícitas⁶⁷.

Como mencionado em linhas anteriores, as constituições que consagram direitos de segunda e terceira gerações estão mais propensas a ter em seu bojo comandos que levem a obrigações tácitas de incriminação. Entretanto, o legislador possui liberdade para escolher qual o instrumento legal é o mais adequado para a proteção do bem dotado de relevância constitucional, com certas limitações principiológicas que serão estudadas mais adiante.

No caso brasileiro, a título de exemplo, a definição de certos bens jurídicos pode ser feita através de princípios instituídos pela Constituição da República de 1988, a qual estabelece como um dos pilares da ordem econômica a defesa do consumidor e do meio ambiente, em seu artigo 170, incisos V e VI. Por via de consequência, no plano infraconstitucional, o legislador editou as Leis 8.078 de 11 de setembro de 1990 e 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, ambas com capítulos específicos prevendo a tipificação de condutas lesivas ao consumidor e ao meio ambiente, respectivamente.

determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. Decisão: Ordem denegada, nos termos do voto do Relator. Decisão unânime. Cassada liminar anteriormente concedida. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 06.03.2012.

⁶⁷ ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 17.

5- CONCLUSÃO

A utilização do método histórico para estudo do conceito de bem jurídico permite uma compreensão da evolução deste, externado a forma como o Estado se relaciona com os indivíduos em sociedade, de o período do liberalismo clássico até os tempos atuais das sociedades pós modernas, globalizadas.

Nos primórdios, a doutrina penal foi sobremodo influenciada pelas concepções privatísticas do Direito Civil romano, as quais estavam na base do Direito alemão, conforme pode ser visto na obra de Mommsen⁶⁸. Com efeito, via-se, naquele momento, o Direito Penal como forma de garantir direitos individuais, dentro de uma perspectiva de contrato social.

Em sequência, Birnbaum coloca a ideia de bem (jurídico) no centro da discussão como algo concreto e externo ao indivíduo. Não relações jurídicas/sociais, mas bens de que são titulares os indivíduos.

Com Binding, é o legislador quem cria os bens jurídicos (*rechtsgut*), restringindo-os a um conceito normativo, não havendo separação entre um conceito formal e material de bem jurídico.

Todavia, Von Liszt proclama que o legislador não cria bens jurídicos, mas os descobre (reconhece) no meio social, uma vez que eles já existiam antes da incriminação. Assim, o bem jurídico encontra-se na esfera material e na esfera formal, de modo que a lesão ao bem jurídico é uma ofensa à norma (conteúdo) e não tipo (lei).

As concepções mencionadas, como visto, são de caráter positivista, onde o bem jurídico é desprovido de valor. A isso se opuseram os neokantistas, os quais também eram positivistas e entenderam que o bem jurídico ao ser elevado a essa categoria pelo legislador, este o fazia levando-se em consideração forte carga valorativa, seja em relação aos fins sociais, seja em relação àquilo que culturalmente aceito pelo povo.

⁶⁸ MOMMSEN, Theodor.. **Derecho Penal Romano. Primera parte.** La España Moderna: Madrid, 1905.

Já o finalismo de Welzel aponta para a necessidade de incriminar aquelas condutas, cujo autor tenha a intenção de se comportar contrariamente ao interesses ético-sociais.

O funcionalismo, por seu turno, influenciado por uma política de Estado mínimo, típico do neoliberalismo dos anos setenta, entende em sua versão inicial que o Direito Penal serve para a manutenção do sistema social, esvaziando assim o conteúdo material do bem jurídico, propondo-se um conceito alternativo de validade da norma.

Nos dias atuais, o que se deve buscar é a identificação do conceito de bem jurídico com a ideia de Estado democrático de direito. O bem jurídico não pode ser confundido com valores ou interesses juridicamente protegidos, nem como Estado (proteção das normas), mas como um valor que se incorpora à norma penal, como condição de sua validade, visando proteção do indivíduo e da sociedade, desde que haja lesão ou perigo de lesão a esse bem jurídico. Este deve cumprir uma função de proteção da liberdade humana e limite a intervenção penal do Estado.

Em um Estado democrático de direito, trata-se de uma qualidade de valor que o bem jurídico deve atribuir à norma penal, que está presente quando demonstrada a estrita necessidade de incriminação, ou seja, quando demonstrado a lesão ou perigo de lesão de direitos humanos fundamentais ou ao pleno exercício destes.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999;

AMELUNG, Knut. **Rechtsgüterschutz Und schutz der gesellschaft**. Athenäum Verlag GmbH. Frankfurt: 1972.

BINDING, Karl. **Die Normen und ihre übertretung**. Erste Band. Leipzig: Verlag Von Wilhelm Engelmann, 1872.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. **Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens.** Archiv des Criminalrechts (1834)

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** 2ª edição. Almedina. Coimbra: 2014.

DÖLLINGER, Felix Magno Von . **Sociedades empresárias e lavagem de capitais –** Belo Horizonte : Arraes editores, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal** - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von . **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.** Traducción al castellano de la 14ª edición alemana. Editorial Hammurabi SRL: Buenos Aires, 1989.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?*
IN: La teoria del bien jurídico ¿Fundamento de legitimação del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed). Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

JAKOBS, Günther. **Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad.** Civitas Ediciones S.L: Madrid, 2004..

LISZT, Franz von. **Tratado de Derecho Penal.** Traducido de la 20ª edición alemana. Tomo segundo. Instituto Editorial Reus, SA: Madrid, 1927.

MALAREE, Hernan Hormazabal. **Bien Juridico y Estado Social y Democrático de Dereecho. El objeto protegido por La norma penal.** Editorial Juridica ConoSur. Santiago de Chile: 1992.

MATHIAS, Herculano Gomes. **Autos de Devassa da Inconfidência Mineira: complementação documental.** v. 11. Ouro Preto: 2001.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal Parte General.** Editorial IB de F: Montevideo-Buenos Aires: 2007.

MEZGER, Edmund. **Derecho Penal**. Libro de estudio, parte general. Editorial bibliográfica argentina S. R. L. Buenos Aires: 1958.

MOMMSEN, Theodor.. **Derecho Penal Romano. Primera parte**. La España Moderna: Madrid, 1905.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Bien Jurídico em el Derecho Penal**. Anales de La Universidad Hispalense. Publicaciones de La Universidad de Sevilla. Sevilla: 1974.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

ROXIN Claus. **Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de La teoría del delito**. Editorial Civis SA: Madrid, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch Editor. S.A., 1992;

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. IN: La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?. HEFENDEL, Roland (ed).. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2007.

TAVARES, Juarez E. X. **Bien jurídico y función em Derecho Penal**. Hamurabi: Buenos Aires, 2004.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de La acción finalista**. Editorial I B de F. Segunda reimpresión. Montivideo-Buenos Aires: 2004.

O MODELO AGONÍSTICO DE DEMOCRACIA COMO CORRETIVO QUALITATIVO DA TIPICIDADE PENAL

Fernanda Kelly Silva Alves Fernandes

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
(PUC Minas/Bolsista CAPES); Especialista em Ciências Penais (PUC Minas);
Professora de Direito Penal e Direito Processual Penal; Escrivã de Polícia Civil do
Estado de Minas Gerais.

“O destino de um saber cujos dados da realidade são desvirtuados empiricamente não é nada promissor. Negar dados da realidade e aceitar o Direito Penal a serviço de um poder que só é útil ao prestígio do próprio poder é inaceitável.”

Eugênio Raúl Zaffaroni

Resumo: Sob bases teóricas delineadas por Chantal Mouffe, em “*Wich democracy for a multipolar agonistic world?*”, este artigo intenta demonstrar o abuso dos propósitos democráticos de legitimidade e racionalidade, incorporados pela dogmática jurídico-penal na aferição principiológica da adequação social. Descortina-se o véu da (arruinada) hegemonia social que, impingida por jogos de linguagem e de poder, atribui-se a pretensa representação da totalidade e o domínio particular da moralidade. Pela via de recortes jurisprudenciais, extraídos da Suprema Corte, evidencia-se a neutralização do pluralismo cultural e religioso, incapaz de reconhecer a dimensão do antagonismo e seu caráter corretivo inerradicável da tipicidade material. Em conclusão, pugna-se por uma abertura dogmático-penal agonística, que se recuse a suprimir a multiplicidade de valores que as sociedades pluralistas contemporâneas abarcam, pela imposição de uma ordem autoritária.

Palavras-chave: Democracia; Modelo Agonístico; Tipicidade Penal; Princípio da Adequação Social

1. SIGNIFICAÇÃO (INTRODUTÓRIA) DO DIREITO PENAL

Como um conjunto de normas estabelecidas por lei, o Direito Penal intenta a regência de condutas, socialmente graves ou intoleráveis, sob a cominação abstrata de castigos (sanções), para cumprir o controle social que lhe é exigível.

Da gravidade dessa concepção, conceitualmente formal, exsurge o imprescindível emprego do Direito Penal, na forma de último recurso, *ultima ratio*, em situações de intolerabilidade pelo grupo social, jamais substituído por uma racionalidade de gestão privada do conflito. É nesse sentido, que o papel legitimador do Direito Penal, como instrumento coativo mais forte, cobra redobrados cuidados e necessários limites.

O Direito Penal existe para o homem e não o homem para o Direito Penal; o Direito Penal é algo que serve ao homem para alguma coisa (é significativo) e, se não descobrimos para que serve (sua significação), retiramos do Direito Penal a sua característica de fato humano. (ZAFFARONI, 2008, p. 316-317)

Quer no momento da feitura da lei penal, quer no da construção e da sistematização dogmáticas, não se pode compreender o Direito Penal senão como uma realidade histórico-cultural, a que só poderá interpretar e realizar com autenticidade, quem se integrar em suas peculiaridades.

Não é o Estado absolutamente livre para fazer uso desse poder de castigar através do emprego da lei. Sua tarefa de criminalização primária (elaboração legislativa) e secundária (aplicação legislativa) está limitada por uma dimensão de relevância tangente à aspiração de um Direito Penal receptor das variações de uma sociedade pluralista.

O componente normativo do sistema finalista restou, nesse esteio, delineado a partir de um perfil material ao objeto afligido pela conduta delitativa. Muito além de uma pretensão conceitual, meramente formal, a adequação social representou a faltante

dimensão material de ofensividade, que transcende o mero catálogo penal, completando-o com resultados socialmente desvaliosos.

2. (RE) SIGNIFICAÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL

Após uma crítica ao dogma causal, à ideia da lesão ao bem jurídico e à absolutização do desvalor do resultado, Hans Welzel, em 1939, suscitou que se os tipos penais indicam descritivamente a prática de um injusto penal, deveriam representar “formas de conduta que se apartam gravemente das ordens históricas da vida social” (WELZEL, 1976, p. 66).

Segundo o autor alemão, o bem jurídico só existe na (e em função da) realidade social. Assim, aqueles comportamentos que, a despeito de causais para a afetação de um bem jurídico, realizem a verdadeira vocação deste (a sua função na vida social), não poderão ser consideradas típicas, uma vez que socialmente adequadas. (GRECO, 2002)

Welzel acabo concibiendo la adecuación social como principio de interpretación del tipo. Esta ubicación sistemática se fundamenta em uma concepción de la adecuación social que la entende como “normalidade” social. Partiendo de esta interpretación, cabe sostener que lo que es habitual em la sociedade puede ser um critério de interpretación de los tipos penales o que la adecuación social diretamente carece de interés por su vaguedad. (MELIÁ, 1988, p. 66)

Com a fórmula da adequação social de Welzel, passou-se a pensar o sentido social da ação em face da norma ou incriminação aplicável, restando inaugurada a vinculação da dogmática jurídico-penal com a realidade social. Para Welzel,

ações que se movem dentro do marco das ordens sociais, nunca estão

compreendidas dentro dos tipos de delito, ainda quando pudessem ser entendidas em um tipo interpretado ao pé da letra; são as chamadas ações socialmente adequadas. (WELZEL, 2003, p. 106)

Ao conceito de tipicidade (puramente formal) incluiu-se um juízo de valor na verificação da adequação da conduta ao tipo. Assim, uma ação será típica se além da subsunção formal, for socialmente inadequada (fora da normalidade social).

Por intermédio da adequação social, são excluídas da esfera de incidência do tipo penal as condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação, porque correntes no meio social. Cunhou-se, ante o, não raro, descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado, uma regra interpretativa de cunho restritivo da tipicidade penal.

Consoante Claus Roxin, a adequação social representa “um auxílio de interpretação para restringir formulações literais que também abrangem comportamentos socialmente suportáveis”. (ROXIN, 2000, p. 47)

Vale dizer, nas palavras do próprio Welzel, jamais serão típicas aquelas ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, “permaneçam funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em determinado momento histórico”. (WELZEL *apud* GRECO, 2002, p. 31)

A tipicidade penal não é, pois, apenas formal, contempla também um conteúdo: a sua contrariedade com a ordem social historicamente condicionada. A ação socialmente adequada está desde logo excluída do tipo, porque se realiza no âmbito de normalidade social. Situa-se, portanto, entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos.

Reconhece-se com a ideia de relevância social que as condutas socialmente adequadas, ainda que silogisticamente ajustadas à previsão legal, não podem representar um tipo penal. O princípio da adequação social, assim, exclui, “das palavras formais dos tipos, aqueles acontecimentos da vida que materialmente a eles não pertencem”, e, com isso, “se consegue que o tipo seja realmente uma tipificação do injusto penal.” (WELZEL, 2003, p. 109)

Eis, pois, uma importante alternativa de recorte da ação segundo critérios de relevância, que afasta a imputação das ações cotidianamente aceitas no seu respectivo contexto histórico-social.

O ‘social’ é, em verdade, um elemento constitutivo do ‘humano’, de tal modo que bilateral é toda a vida prática, todo o campo da conduta humana e de suas normas. A asserção corrente de que o homem é um ‘animal político’ ou um ‘ser social’ deve ser tomada em toda sua plenitude, para corrigir-se o equívoco de pensar que estamos situados na sociedade como peças de um tabuleiro, quando na realidade ‘somos a sociedade’, ou a ‘sociedade é em nós’. (REALE, 1999, p. 690-691)

Vocacionado a evitar a esclerotização legislativa, o princípio da adequação social reproduz no campo jurídico os valores vigentes na sociedade, tornando-o mais atual e indissolavelmente atrelado à realidade, sempre cambiante.

Cuidando-se de uma conduta socialmente adequada, falta-lhe o desvalor da ação, que repercute imediatamente no desvalor do resultado. Apesar de ainda vinculado à teoria da ação, Welzel abriu um importante caminho, de inestimável alcance, para plasmar a justiça em cada caso concreto. “Tal é a força normativa dos princípios, que, pode arrear, até mesmo, a disposição de regra positivada”. (BOSCHI, 2002, p. 35)

3. (IN) ADEQUAÇÃO SOCIAL DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE

Ao sair diretamente do plano normativo para um plano ético-material, a remissão à adequação social como princípio geral de interpretação, nos permite revelar a essência do crime. “Dir-se-á que é um conceito intuitivo, vago, pouco preciso. Certo. Terá que ser usado com cautelas. Mas estamos convictos de que revela mais da essência das coisas do que a visão parcelar, formal, tecnicamente precisa, dos vários momentos em que decompõe a estrutura delitual.” (FARIA, 2005, p. 1139)

Renunciar à valoração social da conduta é negar que o tipo é interpretável. Nada mais sólido e justo do que a atualização valorativa do injusto, no cotidiano de aplicação da lei ao caso concreto.

A relatividade e insegurança decorrem, ao revés, do recurso proposital à adequação social como espeque legitimador da história de vida socialmente condicionada pelo discurso hegemônico do poder. Ao arrimo de pretensões culturais e religiosas universalistas, assiste-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a uma herança positivista de aplicação formalista do Direito, tendenciosamente, porém, vocacionada à imposição de um padrão abstrato de hegemonia e uniformidade de modo de vida.

Em publicação no Diário da Justiça Eletrônico, datada de vinte e sete de abril do ano corrente (2017), o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4983, para assentar a incompatibilidade da prática desportiva e cultural denominada “Vaquejada” com a norma constitucional de preservação do meio ambiente e correspondente imposição de limites jurídicos às manifestações culturais.

VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4983, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio, Publicado em 27/04/2017)

Como patrimônio cultural do povo nordestino, a vaquejada é regulamentada

pela Lei nº 15.299, de 08 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará, de constitucionalidade impugnada, como uma prática esportiva, em que uma dupla de vaqueiros, montados em cavalos distintos, busca derrubar o touro, puxando-o pelo rabo dentro de área demarcada.

Art. 2º. Para efeitos desta Lei, considera-se vaquejada todo evento de natureza competitiva, no qual uma dupla de vaqueiro a cavalo persegue animal bovino, objetivando dominá-lo.

§ 1º. Os competidores são julgados na competição pela destreza e perícia, denominados vaqueiros ou peões de vaquejada, no dominar animal.

§ 2º. A competição deve ser realizada em espaço físico apropriado, com dimensões e formato que propiciem segurança aos vaqueiros, animais e ao público em geral.

De caráter histórico ligado à antiga necessidade de os fazendeiros reunirem o gado, transformada, com o tempo, em espetáculo esportivo altamente lucrativo e fonte de empregos sazonal, a vaquejada conta com medidas de proteção à saúde e à integridade física do público, dos vaqueiros e dos animais, cominando sanções ao vaqueiro que, por motivo injustificado, se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional. Aprimoramentos para proteger os animais, foram também promovidos, entre eles, o uso de cauda artificial para derrubar o boi.

Porém, para o relator da ação, ministro Marco Aurélio, acompanhado por seis votos a cinco, a prática teria “crueldade intrínseca”, e o dever de proteção ao meio ambiente previsto na Constituição Federal se sobrepõe aos valores culturais da atividade desportiva.

Precedentes da Suprema Corte, igualmente, resultaram na proibição do

festival popular anual “Farra do Boi”, tradicionalmente celebrado por comunidades litorâneas de origem açoriana no Estado de Santa Catarina. Por maioria de votos, a Segunda Turma decidiu que o festival “Farra do boi” constitui prática violenta que sujeita animais a tratamento cruel, em violação do art. 225, §1, VII, da Constituição.

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. (Recurso Extraordinário nº 153.531, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em 27/04/2000, Publicado em 05/05/2000)

Em 06 de junho de 2017, foi promulgada em sessão solene no Congresso Nacional a Emenda Constitucional n.º 96, originária da chamada "PEC da Vaquejada" (Proposta de Emenda à Constituição n.º 50/2016). Retirou-se o véu da suscitada “crueldade” das práticas desportivas com animais, desde que registradas como bem imaterial do patrimônio cultural brasileiro. O artigo 225 da Constituição da República, que passou então, a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito,
incumbe ao Poder Público: (...)

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

§ 7º. Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, **não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.**
(sem grifo no original)

Não por acaso, nenhum questionamento jurisprudencial já se viu em oposição às corridas de cavalos, em que o animal apanha, sem limites, da partida à chegada. São socialmente praticadas em São Paulo e Rio de Janeiro, metrópoles nacionais de incomensurável poder de influência/dominação econômica, política e especialmente cultural.

Estão, por isso, apaticamente, regulamentadas sob o espreque de atividades empresariais, de bilheterias tributáveis e praticantes (montados) elitistamente, intitulados *jóqueis* (do inglês: *jockey*). Há uma modalidade em que os cavalos correm a galope montados por jóquei, e outra, embora menos comum, onde correm atrelados à uma aranha ou charrete. Os percursos podem ocorrer em linha reta, com traçado de forma ovalada ou triangular, plano ou com obstáculos (*steeplechase*), sob o impulso ganancioso dos apostadores.

Relativamente às manifestações religiosas, a pretensa representação da totalidade e o domínio particular da moralidade, parece se reproduzir, às avessas. Em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul validou a Lei gaúcha 12.131/2004, que permite o sacrifício de animais

destinados à alimentação nos cultos das religiões africanas.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao "Código Estadual de Proteção aos Animais" o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 18/04/2005)

Em Recurso Extraordinário (RE 494601), o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, suscitou perante a Suprema Corte o desrespeito ao princípio isonômico e à natureza laica do Estado brasileiro, ao admitir o abate ritual de animais para fins religiosos, apenas de matriz africana.

De fato, inúmeras outras expressões religiosas valem-se de sacrifícios animais, como a dos judeus e dos mulçumanos, razão pela qual a exceção permissiva em favor apenas dos afrobrasileiros atinge frontalmente o princípio da igualdade, com assento constitucional.

Representantes da Comissão dos Terreiros Tombados da Bahia, defensores de religiões de matriz africana, ativistas em defesa da liberdade e diversidade religiosas no país, seguem pugnando pelo endosso constitucional da sacralização do abate de animais. A questão será discutida pelo Plenário da Suprema Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 494601, com repercussão geral já reconhecida, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio.

Que, ao final, o pluralismo religioso não seja olvidado pelo véu da (famigerada) hegemonia! Desejo que se funda na compreensão de que socialmente adequadas, não são unicamente as condutas que ajustam-se aos padrões ético-social dominantes. Também não o são as necessariamente exemplares, mas hão de ser as que experimentam o pluralismo de vidas, mantido dentro dos limites da liberdade social.

4. DIMENSÃO (SOCIAL) DE RELEVÂNCIA PLURALISTA

O reconhecimento da adequação social exige apenas que as condutas se situem dentro do quadro da liberdade de ação social, isto é, que sejam socialmente permitidas. (WELZEL, 1976). Para Guilherme de Souza Nucci,

O socialmente adequado não diz respeito a uma análise plebiscitária das condutas aparentemente agressivas, motivo pelo qual não cabe um julgamento calcado na maioria, nem mesmo no sentimento do homem médio. Concerne ao magistrado detectar a postura da sociedade, consensual, e por vezes, indiferente, em relação a determinada conduta humana. O cenário da adequação social panteia-se no quadro de pacífica aceitação ou apática reação da sociedade quando em confronto com ações e resultados. (NUCCI, 2010, p. 184)

Não se pode tolher as diversidades culturais e religiosas sociais a golpes de Direito Penal. É, entretanto, sabido que o Direito Penal é certamente a parte mais política do Direito. E por isso, é exigível uma postura e consciência plural a respeito de suas consequências, se queremos sobreviver como grupo dentro de uma ordem social.

Um verdadeiro instrumental de manejo de violência não pode servir aos detentores do poder como aplicação seletiva de contraposição de exclusão preferencial àqueles que contrariam o modo de vida hegemônico.

O Direito Penal é um instrumento jurídico utilizado pelos detentores do poder de representação da sociedade nas instituições e que se aplica seletivamente, de modo preferencial àqueles que os contrariam. De outro lado, é também certo que a distribuição dos aparatos de poder sociais sofre, de modo completo, essa influencia. Ou seja, todo o instrumental de regulamentação social encontra-se submetido às ingerências do poder. Com o Direito Penal não poderia ser diferente. (BUSATO, 2015, p. 04)

É forçoso concordar com Paulo César Busato (2015) quando ele diz que

O Direito Penal não pode ser arvorado em instancia modificadora de nada. Ele deve ser convertido em instrumento mínimo de contenção. O processo de alteração social não se consegue pela via do Direito Penal, este deve ser mero reflexo de uma distribuição do controle social justo. (BUSATO, 2015, p. 08)

Resulta importante, assim, a compreensão e o trato efetivamente igualitário da multiplicidade de valores que as sociedades pluralistas contemporâneas abarcam. Uma aproximação a um Direito Penal mais justo demanda a preservação de um ideal de liberdade no âmbito de convivência.

É justamente a manutenção de um equilíbrio entre igualdade e liberdade que se impõe ao Direito Penal como filtro necessário de suas missões. Assim, não há nenhum rompimento de princípios tradicionais em face do necessário progresso humanitário. Pelo contrário, entende-se que o progresso humanitário se encontra exatamente na efetiva realização do ideal democrático. (BUSATO, 2015, P. 09)

Somente pode ser livre quem é igual. E a preservação da igualdade não

pretende gerar outra coisa que não a liberdade. É a par dessas considerações, que se pretende debater contemporaneamente a teoria democrática agonística.

5. MODELO (AGONÍSTICO) DEMOCRÁTICO

Chantal Mouffe, em “*Wich democracy for a multipolar agonistic world?*”, parte da crítica à neutralização e redução do pluralismo político e ao abuso dos propósitos democráticos de legitimidade e racionalidade, para sugerir a apropriação do conceito do político no âmbito de uma proposta de modelo agonístico de democracia.

É proposta uma redescrição dos princípios fundamentais da democracia, em renúncia à naturalização das fronteiras e dos embates entre os seus atores. Os que eram tidos como inimigos devem assumir o papel de adversários, por compartilharem, não em oposição, mas em disputa meramente interpretativa, um conjunto de valores e princípios imanentes ao pluralismo ético, político e cultural.

Como bem ressalta Mouffe, a democracia deliberativa

admite que nas condições modernas uma pluralidade de valores e interesses precisa ser reconhecida e que o consenso sobre o que Rawls chama de visões “abrangentes” (comprehensive) de natureza religiosa, moral e filosófica deve ser abandonado. Seus defensores, porém, não aceiram que isso leve à impossibilidade de um consenso racional sobre decisões políticas – entendendo-se por isso não um simples *modus vivendi*, mas um tipo moral de acordo, resultado do raciocínio moral livre entre iguais. Dado que os procedimentos de deliberação assegurem imparcialidade, igualdade, abertura e ausência de coerção, eles guiarão a deliberação em direção a interesses generalizados que possam ser subscritos por todos os participantes, consequentemente produzindo resultados legítimos. (MOUFFE, 2005, p. 15)

A abordagem deliberativa do modelo de política democrática é, de fato, incapaz de reconhecer a dimensão do antagonismo e do pluralismo de valores. Ao postular a disponibilidade de uma esfera pública em que o poder teria sido eliminado e onde um consenso racional poderia ser produzido, o modelo menospreza a especificidade do político, vislumbrando-o como um domínio particular da moralidade.

De maneira a remediar essa séria deficiência, “precisamos de um modelo democrático capaz de apreender a natureza do político. Isso requer o desenvolvimento de uma abordagem que inscreve a questão do poder e do antagonismo em seu próprio centro.” (MOUFFE, 2005, p. 19)

Isso implica que qualquer objetividade social é em última instância política, porque constituída de atos de poder e governada por traços de exclusão. A expressão de hegemonia de uma ordem social denota a imposição de um padrão específico de relações de poder e, por conseguinte, de arruinamento mútuo entre este e a objetividade social.

Compreender a natureza constitutiva do poder implica abandonar o ideal de uma sociedade democrática como a realização de perfeitas harmonias ou transparência. O caráter democrático de uma sociedade só pode ser dado na hipótese em que nenhum ator social limitado possa atribuir-se a representação da totalidade ou pretenda ter controle absoluto sobre a sua fundação. (MOUFFE, 2005, p. 19)

A questão principal para a política democrática não é, pois, como eliminar o poder, mas como constituir formas de poder capazes de reconhecer a dimensão do antagonismo e seu caráter inerradicável, que decorre do pluralismo de valores.

Mouffe distancia-se da esperança ilusória de uma unificação política do mundo e advertindo sobre o perigo de “*seeing the world as a universe*”, enfatiza que o postulado de pertença comum baseada na universalização do modelo ocidental, nega o político em sua dimensão antagônica e anula a possibilidade de dissidência legítima. (MOUFFE, 2013, p. 23)

É enfático o processo de ocidentalização, em uma verdadeira tentativa de unificação hegemônica, através de uma “*cultural homogenization without integration*”. Urge, ao revés, reconhecer o mundo como um “*pluriverse*”, não um “*universe*”. (MOUFFE, 2013, p. 25)

Em uma redescritção do auto-entendimento básico do regime liberal-democrático, Chantal Mouffe, enfatizando a importância de reconhecer a sua dimensão conflitual, formula a nova perspectiva democrática a que chamou de pluralismo agonístico.

Um primeira distinção é necessária para esclarecer a nova perspectiva que estou formulando, a distinção entre “política” (politics) e “o político” (the political). Por “o político” refiro-me à dimensão do antagonismo inerente às relações humanas, um antagonismo que pode tomar muitas formas e emergir em diferentes tipos de relações sociais. A “política”, por outro lado, indica o conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem e organizar a coexistência humana em condições que são sempre conflituais porque são sempre afetadas pela dimensão do “político”. Considero que é apenas quando reconhecermos a dimensão do “político” e entendemos que a “política” consiste em domesticar a hostilidade e em tentar conter o potencial antagonismo que existe nas relações humanas que seremos capazes de formular o que considero ser a questão central para a política democrática. (MOUFFE, 2005, p. 20)

O propósito da política democrática de Chantal Mouffe, requer a adoção de uma abordagem pluralista que contemple a possibilidade de múltiplas articulações do ideal democrático de governo pelo povo. Volta-se para o consenso conflitual baseado em interpretações divergentes de princípios ético-políticos compartilhados, de modo a minimizar a possibilidade de assumirem uma forma antagônica.

Essa questão, vênha aos racionalistas, não é a de como tentar chegar a m consenso sem exclusão, dado que isso acarretaria a erradicação do político. A política busca a criação da unidade em um contexto de conflitos e diversidade; está sempre ligada à criação de um “nós” em oposição a um “eles”. A novidade da política democrática não é a superação dessa oposição nós-eles – que é uma impossibilidade -, mas o caminho diferente em que ela é estabelecida. O ponto crucial é estabelecer essa discriminação nós-eles de um modo compatível com a democracia. (MOUFFE, 2005, p.20)

Mouffe utiliza-se do termo “*hostipitality*”, cunhado por Derrida, para afirmar que a política (*politics*) consiste em domesticar a hostilidade e em tentar conter o potencial antagonismo inerente às relações sociais (*the political*), em um contexto de conflitos e diversidades, em busca da criação de uma ordem para a coexistência humana. (MOUFFE, 2013, p. 32)

A ótica do pluralismo agonístico introduz a categoria do “*adversary*”, de modo que “*eles*” não sejam percebidos como inimigos a serem destruídos, mas como adversários, isto é, opositores legítimos. O propósito da política democrática de Mouffe é, pois, transformar antagonismo (luta entre inimigos) em agonismo (luta entre adversários), o que demanda a mobilização das paixões coletivas em prol de desígnios democráticos. (MOUFFE, 2013, p. 33)

Um adversário é um inimigo, mas um inimigo legítimo, com quem temos alguma base em comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberal: liberdade e igualdade. (...) Aceitar a visão do adversário significa passar por uma mudança radical de identidades políticas. (...) Introduzir a categoria do “adversário” requer tornar complexa a noção de antagonismo e a distinção de duas formas diferentes mediante as quais ele pode emergir: o *antagonismo* propriamente dito e o *agonismo*. O antagonismo é a luta entre inimigos, enquanto o

agonismo representa a luta entre adversários. (MOUFFE, 2005, p. 21)

O ideal de uma democracia pluralista não é alcançar um consenso racional da esfera pública, mas uma confrontação agonística, como condição da sua existência. Rompendo com a representação simbólica da sociedade como um corpo orgânico, a especificidade da democracia moderna funda-se no reconhecimento e na legitimação do conflito e na recusa de suprimi-lo pela imposição de uma ordem autoritária.

Muita ênfase no consenso e a recusa de confrontação levam à apatia e ao despreço pela participação política. Ainda pior, o resultado pode ser a explosão de antagonismo que pode desafiar os próprios fundamentos da civilidade. (MOUFFE, 2005, p. 22)

É por essa razão que o ideal de uma democracia pluralista não pode alcançar um consenso racional na esfera pública. Esse consenso não pode existir. Devemos aceitar que cada consenso existe como resultado temporário de uma hegemonia provisória, como estabilização do poder e que ele sempre acarreta alguma forma de exclusão. Ideias de que o poder poderia ser dissolvido por meio de um debate racional e de que a legitimidade poderia ser baseada na racionalidade pura são ilusões que podem colocar em risco as instituições democráticas. (...) por fim à deliberação sempre resulta de uma *decisão* que exclui outras possibilidades e pela qual não se deve deixar de assumir responsabilidade como o apelo a comandos de regras gerais ou princípios. (MOUFFE, 2005, p. 22)

Eis porque a abordagem agonística de Chantal Mouffe, receptiva à multiplicidade de vozes que as sociedades pluralistas contemporâneas abarcam e à complexidade de sua estrutura de poder, denuncia a sempre presente tentação existente nas sociedades democráticas de naturalizar suas fronteiras e essencializar as suas identidades, sob o véu da racionalidade e da moralidade.

De fato, a deliberação pública livre e desimpedida de todos sobre matérias de interesse comum é uma impossibilidade conceitual, dado que formas particulares de vida que são apresentadas como seus “empecilhos” são sua própria condição de possibilidade. Sem elas, a comunicação ou a deliberação jamais adviriam. Não há justificção alguma para atribuir privilégio ao chamado “ponto de vista moral” governado pela racionalidade e pela imparcialidade e em que um consenso racional universal poderia ser alcançado. (MOUFFE, 2005, p. 18)

Da compreensão do poder político institucionalmente estruturado, ao arrimo da pretensa cristalização (hegemônica) de direitos, aduz-se a construção retórico-discursiva da famigerada segurança jurídica, em espaços, em verdade, mutáveis pela atribuição convencional de sentidos por autoridades endossadas por um simulacro legitimado pela alegada técnica. Se nos movimentamos na mesma cadência, tornamo-nos mais sufocados, do que libertos.

A verdade é que, sob o argumento de que suas decisões estão fundadas na técnica jurídica, não sendo, pois, políticas (o que é uma falácia!), o Poder Judiciário blinda-se pela emolduração da realidade forjada pela manipulação das verdades e prepara-nos para enxergar e nos identificar com a amostra perpetuadora de um discurso de relevância.

Sem conduzir ao reconhecimento da dimensão humana dos indivíduos, a aplicação excessivamente formal do Direito, denota uma apropriação da história de forma absolutamente dominante e essencialmente dogmática. Uma latente perda de identidade e opacidade do pluralismo socialmente experimentado, um verdadeiro descompasso entre o Direito que está posto e o que se realiza, em uma sensação térmica dissonante.

6. CORRETIVO (QUALITATIVO) DA TIPICIDADE PENAL

Ante a reflexiva crítica à inconcebível imposição do padrão abstrato de hegemonia e uniformidade de modo de vida, descortinado está o abuso dos propósitos democráticos de legitimidade e racionalidade, incorporado na aferição principiológica da adequação social.

Impingida por jogos de linguagem, a aplicação cega e excessivamente formalista da dogmática jurídico-penal, neutraliza a dimensão do pluralismo cultural e religioso imanente à contemporaneidade democrática.

Ao arrimo da pretensa representação da totalidade e do domínio da moralidade, a Suprema Corte condiciona-se pelo discurso hegemônico, neutralizando o pluralismo cultural e religioso, negando, por conseguinte, a dimensão agonística e seu caráter corretivo inerradicável da tipicidade penal.

Assiste-se a uso jurisprudencial, vago e tendencioso, das lentes da adequação social, restando afastadas do âmbito de incidência penal material, apenas as manifestações socialmente adequadas ao modelo postulado pela pertença comum, sendo negado reconhecimento às demais diversidades culturais e religiosas, distinguíveis apenas em sua originalidade.

A par disso, pugna-se, em síntese conclusiva, por uma abertura dogmático-penal agonística, que se recuse a suprimir, pela imposição autoritária de uma ordem unipolar, a diversidade de valores que as sociedades pluralistas contemporâneas abarcam.

Não se defende, obviamente, a descriminalização pelos costumes, mas a superação de um modelo jurisprudencial flagrantemente inclinado a uma só forma de racionalidade e validade universal pugnada por um discurso de pretensão hegemônica, enquanto uma multiplicidade de vozes são igualmente possíveis.

Clama-se, ao revés, por uma abordagem jurídico-penal agonista que oportunize o consenso conflitual de antagônicas interpretações, no seio da tipicidade, de valores pluralisticamente compartilhados.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BENJAMIN, Walter. **Para una crítica de la violencia**. Edición electrónica de www.philosophia.cl. Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Disponível em. Acesso em: 01 mar 2017.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal: volume 1: parte geral**. 15. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 2. Ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BIRNBUM, Johann Michael Franz. **Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito**. Trad. de Jose Luiz Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. 2. ed. Almedina, 2014.

BRITO, Alexis de Couto. et al. **Direito Penal Brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. Saraiva, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DUSSEL, Enrique. **Cinco tesis sobre el “populismo”**. In: DUSSEL, Enrique, Filosofías del Sur: descolonización y transmodernidad. México D.F.: Edicionesakal México, 2015, 2ª parte, cap. 8, p. 219-246.

DUSSEL, Enrique. **Tesis 1 La corrupción de lo político. El “campo político”. Lo público y lo privado**. In: DUSSEL, Enrique. Viente tesis de política. Serie pensamiento social. 3ª ed. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 13-22. Disponível em: < http://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/56-2.20_tesis_de_politica.pdf>. Acesso em: 01 mar 2017.

DUSSEL, Enrique. **Tesis 2 La corrupción de lo político**. In: DUSSEL, Enrique.

Viente tesis de política. Serie pensamiento social. 3ª ed. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 25-30. Disponível em: <http://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/56-2.20_tesis_de_politica.pdf>. Acesso em: 01 mar 2017.

DUSSEL, Enrique. **Tesis 3 El poder institucional como potestas.** In: DUSSEL, Enrique, Viente tesis de política. Serie pensamiento social. 3ª ed. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 31-36. Disponível em: <http://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/56-2.20_tesis_de_politica.pdf>. Acesso em: 01 mar 2017.

DUSSEL, Enrique. **Tesis 5 Fetichización del poder.** In: DUSSEL, Enrique, Viente tesis de política. Serie pensamiento social. 3ª ed. Caracas: Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 43-52. Disponível em: <http://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/56-2.20_tesis_de_politica.pdf>. Acesso em: 01 mar 2017.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A adequação social da conduta no direito penal ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal.** Porto: Coimbra, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luís. **A teoria da imputação objetiva: uma introdução.** In: ROXIN, Claus. Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRECO, Luís. **Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade em Direito Penal.** Novos rumos do Direito Penal contemporâneo. Coord. Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1: parte geral.** 7. Ed. rev.e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política.** São Paulo: Edições Loyola, 2002.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais,

2003.

LACLAU, E.; MOUFFE, C. **Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics**. London: Verso, 1985.

LUISI, Luis. **Os princípios constitucionais penais**. 2. Ed. rev. e aum. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

LUISI, Luis. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. Liber Ars, 2014.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Los orígenes de la teoría de la adecuación social**. Colombia: Universidade Externado de Colombia, 1998.

MOUFFE, Chantal. **What is agonistic politics?** In: MOUFFE, Chantal, *Agonistic: thinking the world politically*. New York-London: Verso, 2013, chapter 1, p. 1-18.

MOUFFE, Chantal. **Which democracy for a multipolar agonistic world?** In: MOUFFE, Chantal. *Agonistic: thinking the world politically*. New York-London: Verso, 2013, chapter 2, p. 19-41.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 10. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Adequação social e risco permitido: aspectos conceituais e delimitativos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 95, n. 844, p. 435-451, fev. 2006.

RANCIÈRE, Jacques. **La política o el pastor perdido**. In: RANCIÈRE, Jacques, *El Odio a la Democracia*. Colección Nómadas. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Amorrortu, 2007, p. 55-102.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2000. REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, André Wagner Melgaço. **O princípio da adequação social no direito penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 7, n. 27, p. 217-239, out. 2007.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. **O princípio da adequação social no direito penal**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. 119p.

ROXIN, Claus. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. RT, n.º 922. Trad. de Alaor Leite. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2012.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. **Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais**. Revista Jurídica: órgão Nacional de Doutrina, Jurisprudência, Legislação e Crítica Judiciária (Porto Alegre: 1973), Porto Alegre, v. 52, n. 317, p. 69-81, mar. 2004.

ROXIN, Claus. **Sobre a fundamentação político-criminal do Sistema Jurídico-penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 35. Trad. de Luis Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2001.

SANDEL, Michael J. Justice. **What do we owe one another? Dilemmas of loyalty**. In: SANDEL, Michael J. Justice, What's the right thing to do? 1a ed. New York: FSG, 2010, chapter 10, p. 208- 243.

SANDEL, Michael J. **Justice. Justice and the common good**. In: SANDEL, Michael J. Justice, What's the right thing to do? 1a ed. New York: FSG, 2010, chapter 10, p. 244-269.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal. Parte Geral**. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Renato Mello de Jorge. **Fundamentos da Adequação Social em Direito Penal**. Quartier Latin, 2010.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALL, rua Illan. **Democracy, radical politics and a differential human rights**.

In: WALL, rua Illan, Human Rights and Constituent Power: without model or warranty. London-New York: Routledge, chapter 1, p. 1-8.

WALL, rua Illan. **Challenging human rights histories**. In: WALL, rua Illan, Human Rights and Constituent Power: without model or warranty. London-New York: Routledge, chapter 2, p. 9-26.

WALL, rua Illan. **The whitdrawal of the radical in human rights**. In: WALL, rua Illan, Human Rights and Constituent Power: without model or warranty. London-New York: Routledge, chapter 3, p. 27-44.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán. Parte general**. Trad. De Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 1976.

WELZEL, Hans. **Estudios de dilosofia del Derecho y Derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2006.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal. Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luis Régis Prado, da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:**

volume 1: parte geral. 7. Ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2007.

CRIMES CONTRA A VIDA: ANÁLISE DA PROPOSTA DO CONCEITO NORMATIVO DE VIDA HUMANA

Jéssica Raquel Sponchiado

Resumo: A pesquisa propõe-se analisar as bases valorativas da estruturação das normas penais no âmbito dos crimes contra a vida, por meio do método dialético e de uma revisão sistemática, visando uma compreensão mais adequada perante a diferenciação das liberdades na proteção penal da vida humana e, assim, alcançar um melhor esclarecimento a respeito da eficácia dos fins, declarados e ocultos, a que se vinculam estas normas. O objeto da pesquisa é conceito normativo de vida humana. Estuda-se seus próprios elementos e suas contradições para a compreensão de sua verdade frente às liberdades pessoais. Parte-se dos tipos penais dos crimes contra a vida que acabam em um iminente conflito entre a proteção absoluta da vida (notadamente no que se refere à influência da moral religiosa) e o respeito às liberdades pessoais, à autonomia de vontade e à autodeterminação da pessoa sobre sua própria vida ou sobre seu próprio corpo. Em uma revisão sistemática da doutrina tradicional que compreende a vida enquanto um bem jurídico-penal absoluto e indisponível tentar-se-á apresentar uma crítica, com base na doutrina normativista, ao conceito de vida e sua vinculação à ontologia. A partir da adoção deste conceito de vida aliado à ontologia-substancialista da dogmática penal podem ocorrer tipificações como o homicídio eutanásico, homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto. A seleção destes objetos é uma consequência da diferenciação de injusto penal, no campo dos crimes contra a vida, que será depurada a partir da consideração de danosidade social da conduta e dos critérios político-criminais de merecimento e necessidade de pena. Para Hegel, um ato que possui o significado de injusto representa uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada. (HEGEL, G. W. F., 1997, p. 26). Neste sentido, discorrerá se o conceito de vida deveria seguir tal linha no sentido de existência de liberdades para que no âmbito jurídico-penal se acrescente maior racionalidade ao sistema normativo. A moderna dogmática penal, na corrente do normativismo radical de Günther Jakobs (JAKOBS, G., 2003), trabalha com

a perspectiva de que se um comportamento cujo conteúdo comunicativo não tem significado de negação do Direito (HEGEL, G. W. F., 1997), não seria, portanto, considerado antijurídico. Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico define o comportamento capaz de questionar as estruturas de expectativas vigentes (PAWLIK, M; 2012, p. 102), analisar-se-á o direito à vida e a expectativa normativa ao direito à vida. Além do mais, ao pensar a vida a partir da diferenciação de liberdades, quais crimes contra a vida apresentam o significado de questionamento destas expectativas, para, assim, apresentarem uma danosidade social? O objetivo refere-se à demonstração de que o conceito de vida apresenta uma variável relacionada às diferentes valorações dadas às liberdades pessoais. A depender da concepção de valoração à liberdade individual, ter-se-á um tratamento distinto aos crimes contra a vida.

Palavras-chave: Proteção penal da vida humana; diferenciação das liberdades, conceito de vida humana.

INTRODUÇÃO

A pesquisa propõe-se analisar as bases valorativas da estruturação das normas penais no âmbito dos crimes contra a vida, por meio do método dialético e de uma revisão sistemática, visando uma compreensão mais adequada perante a diferenciação das liberdades na proteção penal da vida humana e, assim, alcançar um melhor esclarecimento a respeito da eficácia dos fins, declarados e ocultos, a que se vinculam estas normas.

O objeto da pesquisa é *conceito normativo de vida humana*. Estuda-se seus próprios elementos e suas contradições para a compreensão de sua verdade frente às liberdades pessoais. Parte-se dos tipos penais dos crimes contra a vida que acabam em um iminente conflito entre a proteção absoluta da vida (notadamente no que se refere à influência da moral religiosa) e o respeito às liberdades pessoais, à autonomia de vontade e à autodeterminação da pessoa sobre sua própria vida ou sobre seu próprio corpo.

Em uma revisão sistemática da doutrina tradicional que compreende a vida enquanto um bem jurídico-penal absoluto e indisponível tentar-se-á apresentar uma

crítica, com base na doutrina normativista, ao conceito de vida e sua vinculação à ontologia. A partir da adoção deste conceito de vida aliado à ontologia-substancialista da dogmática penal podem ocorrer tipificações como o homicídio eutanásico, homicídio a pedido, a participação no suicídio e o aborto.

A seleção destes objetos é uma consequência da diferenciação de injusto penal, no campo dos crimes contra a vida, que será depurada a partir da consideração de *danosidade* social da conduta e dos critérios político-criminais de merecimento e necessidade de pena.

Para Hegel, um ato que possui o significado de injusto representa uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada. (HEGEL, G. W. F., 1997, p. 26) Neste sentido, discorrerá se o conceito de vida deveria seguir tal linha no sentido de existência de liberdades para que no âmbito jurídico-penal possa se acrescentar maior racionalidade ao sistema normativo. A moderna dogmática penal, na corrente do normativismo radical de Günther Jakobs (JAKOBS, G., 2003), trabalha com a perspectiva de que se um comportamento cujo conteúdo comunicativo não tem significado de negação do Direito (HEGEL, G. W. F., 1997), não seria, portanto, considerado antijurídico. Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico define o comportamento capaz de questionar as estruturas de expectativas vigentes (PAWLIK, M; 2012, p. 102), analisar-se-á o direito à vida e a expectativa normativa ao direito à vida. Além do mais, ao pensar a vida a partir da diferenciação de liberdades, quais crimes contra a vida apresentam o significado de questionamento destas expectativas para, assim, apresentarem uma *danosidade* social?

O objetivo refere-se à demonstração de que o conceito de vida apresenta uma variável relacionada às diferentes valorações dadas às liberdades pessoais. A depender da concepção de valoração à liberdade individual ter-se-á um tratamento distinto aos crimes contra a vida.

No que se refere ao método dialético, adotado nesta pesquisa, este se insere no mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao objeto a ser estudado e da mudança dialética que ocorre no sistema social. Assim, pretende-se analisar o objeto central desta pesquisa (isto é, conceito normativo de vida humana) a partir dos elementos que o compõe (contradições em torno do conceito de vida humana e

liberdades reais), elaborando-se novos conceitos e raciocínios a partir das características da contradição própria do objeto.

Como bem aponta Michael Mialle, aplicar a lógica dialética nos estudos do Direito é destruir com ideias de que o Direito é um domínio prático e técnico em que a dialética não teria lugar. (MIAILLE, Michel. 2005, p. 186). É de suma importância, então, construir os conceitos jurídico-penais por meio da dialética, não apenas na formulação dos conceitos dogmáticos, mas também em suas aplicações. Portanto, por meio deste caráter metodológico ter-se-á a exposição e a investigação do objeto (conceito normativo de vida) de forma orientada aos fins previstos (analisar, em sentido amplo, a valoração da vida humana/existência humana, na sociedade do capital, e pensar a vida a partir das liberdades observando seus limites materiais). No que tange à fundamentação dogmática da pesquisa, tem-se a adoção do método normativista o qual recoloca a norma enquanto essência do Direito Penal e por meio desta (com a devida abertura valorativa ou funcional) pode-se alcançar meios de limitação do direito penal. Tem-se, portanto, por meio do normativismo de base neohegeliana a tentativa de construção de um conceito concreto de vida ligado às liberdades e valorações da existência humana, o que pode favorecer a uma racionalidade jurídico-penal.

Além do mais, ferramenta essencial na análise dos conceitos de vida e seu conteúdo normativo ligado às liberdades individuais seria a utilização da Filosofia da Linguagem para se compreender o significado e sentido que o conceito de vida humana recebe na sociedade atual. A consciência é um dos momentos da constituição da história da humanidade. Assevera-se que a linguagem é a consciência real do indivíduo e tanto a linguagem quanto a consciência nascem da necessidade de intercâmbio da produção, sendo ambas produtos sociais. Em suma, considera-se que a “linguagem é o elemento do próprio pensar, o elemento da externalização de vida do pensamento, e, por isso, é de natureza sensível.” (MARX, Karl. 2004. p. 109).

Pode-se compreender, então, que o ser humano é totalidade na totalidade ideal e na efetividade, ou seja, na existência subjetiva da sociedade *pensada e sentida para si*, na efetividade, “tanto como intuição e fruição efetiva da existência social, quanto como uma totalidade de externalização humana de vida.” (MARX, Karl. 2004. p. 109). Neste sentido,

o pensar e o ser são distintos, entretanto jamais podem ser considerados de forma isolada, o pensar e o ser estão, ao mesmo tempo, em unidade mútua.¹

Com esta base filosófica, Mikhail Bakhtin demonstrou como se pode construir a Filosofia da Linguagem por meio dos aportes teóricos de uma concepção materialista da histórica. Nesta perspectiva, analisa-se como a realidade (infra-estrutura) determina o signo e como este reflete e refrata a realidade em transformação. (BAKHTIN, Mikhail. 2010, p. 42)

As palavras são tecidas a partir de uma multidão de fios ideológicos e servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios. A palavra será sempre o indicador mais sensível de todas as transformações sociais. A palavra constitui o meio no qual se produzem lentas acumulações quantitativas de mudanças que ainda não tiveram tempo de adquirir uma nova qualidade ideológica. A palavra é capaz de registrar as fases transitórias mais íntimas, mais efêmeras das mudanças sociais (...). As relações de produção e a estrutura sociopolítica determinam todos os contatos verbais possíveis entre os indivíduos, todas as formas e os meios de comunicação verbal, no trabalho, na vida política, na criação ideológica. (BAKHTIN, Mikhail. 2010, p. 43)

Neste sentido, a análise do conceito de vida humana e seu conteúdo ligado às condições reais de liberdade deve ser compreendidos por meio dos aportes de uma Filosofia da Linguagem, de base materialista, que conecta sentido e significado dos conceitos a uma realidade social concreta.

Por fim, pode-se apresentar a estrutura deste trabalho: Parte-se de análises, oriundas da doutrina clássica brasileira nos nomes de Nelson Hungria, Pedro Vergara e Olavo Oliveira, frente ao conceito de vida humana adotado para a tutela penal deste objeto. Após esta análise, construir-se-á uma alternativa à interpretação de vida humana como bem

¹ Esta análise representa outro ponto de diálogo com a concepção hegeliana para a qual a vontade objetiva *seria a unidade do querer e do pensar*. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

jurídico penal indisponível e absoluto por meio da concepção normativista, de base neohegeliana, a qual confere uma abertura dogmática de se pensar a vida a partir das liberdades reais.

1. INFLUÊNCIA TEOLÓGICA NA CONSTRUÇÃO NORMATIVA DA TUTELA PENAL DA VIDA HUMANA

No contexto dogmático brasileiro² rege-se o discurso jurídico de “*absoluta proteção da vida*”³ de forma à compatibilizar-se com a ideia de sacralidade da vida humana⁴. A adoção, por parte da doutrina majoritária brasileira, ao princípio de proteção absoluta da vida humana justifica-se, muitas vezes, com base na previsão do Art. 5º, caput, da Constituição Federal o qual aponta a indisponibilidade do direito à vida. Além do mais, pode-se compreender que a justificação desta adoção também se relaciona às concepções que consideram o início da vida humana desde a concepção⁵; bem como selecionam a morte cerebral, como fim da vida para a proteção penal.⁶ Todavia, o que

² Dogmática jurídica é a ciência do sentido normativo do direito positivo vigente. Crítica na imanência do sistema. Não ultrapassa o direito existente. KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

³ Conceito trabalhado por Arthur Kaufmann em: KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987.

⁴ **Fermin Roland Schram** explica que: O princípio da sacralidade da vida defende um dever de absoluta preservação da vida humana. Esta é indisponível e refere-se a um finalismo da natureza ou de origem divina, sem oposição. A **ética da sacralidade** refere-se ao conjunto coerente de deveres morais que pressuões a presença de um dever moral absoluto e que tem sempre a prioridade sobre os outros deveres: não se admite, nunca, nenhuma exceção ou derrogação em nenhuma circunstância. Em contraposição, tem-se a **ética da qualidade da vida**, para a qual não há um dever moral absoluto. Não haveria uma hierarquia, prefixada, de deveres. Em casos de conflitos, a prioridade se dá de acordo com a qualidade da vida, em respeito à autonomia das pessoas envolvidas ou à minimização dos danos aos indivíduos envolvidos. SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, 2009, p. 377-389.

⁵ Art. 2º. Código Civil Brasileiro: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶ Art. 3º da Lei 9.434/97 (a qual aponta o tratamento jurídico para a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humana para fins de transplante e tratamentos) dispõe sobre a morte encefálica como consideração do fim da vida: Art. 3º: A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de *morte encefálica*, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. “A vida inicia-se com a formação do ovo e termina com a morte.” OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.

este presente capítulo pretende demonstrar é que a influência, de destaque, ao princípio de absoluta proteção à vida humana em detrimento da consideração das liberdades pessoais está na adoção de uma concepção de **direito natural ontológico-substancialista** e de uma **moral religiosa**.

O ponto central está nas valorações conferidas aos conceitos de vida humana aplicáveis frente às diferenciações de interpretação de tais *tipos penais* e suas possíveis utilidades dogmáticas e político-criminais. Pretende-se refletir a respeito da legitimação, dos limites e das interpretações dos tipos penais acima citados. Salienta-se que as diferenciações de valoração ao conceito de vida resultam de considerações no campo dos valores refletidos no conceito de liberdade. Dessa forma, delimita-se o problema, no setor dos crimes contra a vida, em torno dos tipos penais que englobam um conflito entre a absoluta proteção à vida humana frente às liberdades individuais, à autonomia de vontade e à autodeterminação.

Enrique Bacigalupe defende que o bem jurídico vida humana não resulta problemático enquanto tal. O problema refere-se ao objeto da ação, ou seja, aquele que corporiza a materialização da vida humana protegida pelos tipos penais concretos. Neste contexto, discute-se se o objeto da ação, no tipo penal do aborto, por exemplo, é o óvulo fecundado antes da nidação (teoria da fecundação adotada pela doutrina clássica brasileira) ou se o objeto de proteção surge a partir da fixação do óvulo fecundado no útero (teoria da nidação). (BACIGALUPO, Enrique. 1989).

Neste presente trabalho, procura-se alcançar um patamar de problematização muito além desta discussão clássica sobre o objeto da proteção penal. Este apego às concepções biológicas de vida humana pode distorcer o real problema a respeito do tema, no campo dogmático-penal, qual seja: a consideração e valoração dada às liberdades pessoais frente a uma influência da moral religiosa.

No que tange ao setor dos crimes contra a vida, o posicionamento do Código Penal brasileiro se distancia das modernas tendências bioéticas, no que se refere ao conceito de vida ligado à concepção de dignidade humana, e se demonstra aberto à interpretação de preferências religiosas. Segundo Eduardo Saad-Diniz:

Nas questões bioéticas, a centralidade do conceito de vida evidencia a fragilidade da técnica legislativa quando se trata de equacionar descrição de comportamento típico e liberdades arriscadas (quando uma tomada livre de decisão impõe colisão entre liberdades individuais de um indivíduo perante outro ou perante a sociedade). (SAAD-DINIZ, Eduardo. 2014, p. 18)

Pode-se salientar, como ilustração da problemática, que no movimento de atualização do Código Penal Brasileiro a hipótese descriminalizadora da interrupção da gravidez até a 12ª semana, por vontade da gestante, deixou de ser considerada como grave questão de saúde pública (SAAD-DINIZ, Eduardo. 2014, p. 18). De acordo com Eduardo Saad Diniz, a fundamentação recorreu à Constituição Federal no que se refere à ideia de proteção integral à vida, sem hipóteses excepcionais. Utilizou-se uma visão *concepcionalista* de forte conotação religiosa (ao evitar submeter a vida do nascituro à vontade da mãe, sem que houvesse nenhuma consequência jurídica), em desprestígio à liberdade pessoal da mulher e sua capacidade de livre determinação. Verifica-se, portanto, um retrocesso das questões bioéticas no âmbito jurídico-penal. No contexto brasileiro, assume-se a ideia de preservação da vida humana a qualquer custo. (SAAD-DINIZ, Eduardo. 2014, p. 18)

Nelson Hungria, nos *Comentários ao Código Penal*, estabelece que “a pessoa humana, sob o duplo ponto de vista material e moral, é um dos mais relevantes objetos de tutela penal.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 15). O interesse na proteção absoluta da vida humana ultrapassa a pessoa em seu significado individual. “Não a protege o Estado apenas por obséquio ao indivíduo, mas, principalmente, por exigência de indeclinável interesse público ou atinente a elementares condições de vida em sociedade.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 15). Esta concepção de Hungria apresenta-se influenciada pela ideia de que a finalidade do Estado é assegurar a existência humana em sociedade. Tal pensamento pode resultar em uma contradição na valoração da vida humana vista de forma individual; pois, a preocupação é atingir as finalidades do próprio Estado. A fundamentação desta perspectiva encontra-se, notadamente, no Direito Natural Moderno.

A vida humana é posta enquanto um pressuposto da personalidade e, por conseguinte, é o supremo bem individual. A lei penal, ao proteger a vida de forma absoluta, serve ao próprio interesse do Estado, pois este tem como elemento a população. A vitalidade de cada um dos membros do corpo social é um bem inalienável, indisponível e irrenunciável por parte do indivíduo: “a vitalidade representa o conteúdo dos direitos subjetivos que a lei penal considera intangíveis, ainda quando preceda, para o seu ataque, o consentimento subjetivo.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 15).

Hungria posiciona-se, radicalmente, contra as ideias de consentimento do ofendido como causa objetiva de exclusão do crime, no setor dos crimes contra a vida. O consentimento somente poderia ser observado para excluir o crime se o titular do bem tem a possibilidade de disposição deste. “O Direito Penal não protege interesses individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidente com o interesse público e social.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 17). A totalidade das condutas que afetam a vida humana não mereceriam a consideração de consentimento; pois, a vida humana, enquanto bem indisponível, representa um interesse social acima do individual.

O Código Penal de 1940 é radical no tratamento dos crimes contra a vida; pois, recusa-se qualquer consideração referente ao consentimento, além de tipificar a participação no suicídio. O tratamento ao homicídio eutanásico ou por piedade condicionado à súplica da vítima pode ser enquadrado na previsão do §1º do Art. 121, Código Penal. Entretanto, ressalta Hungria que este tratamento de diminuição de pena não é pela consideração do consentimento do ofendido; mas, sim, por motivo de nobreza. (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 17).

No mesmo sentido, Olavo Oliveira contrapõe-se de forma radical as teses de defesa sobre a exclusão de crimes contra a vida por meio do consentimento do ofendido. Para Oliveira argumentos contrários são inanes.

O matar é um acontecimento em conflito com as exigências da vida social: é sempre crime, mesmo permitido pela pessoa, que sucumbe, face à sua autorização ou anuência. São de ordem pública as leis protetoras da existência dos cidadãos, ditadas pelos supremos interesses

da estabilidade da ordem coletiva. A vontade do indivíduo não derroga o cânon geral para converter em inocente o procedimento que elas declaram criminosos. (OLIVEIRA, Olavo. 1959. p. 27).

Percebe-se que Oliveira também defende que o homem não tem o direito de dispor de sua vida, pois a função desta seria eminentemente social. O direito à vida não pertenceria ao indivíduo. Mas sim à ordem coletiva. Na mesma perspectiva de Hungria, Olavo Oliveira segue a considerar que o homicídio eutanásico só foi considerado privilegiado, não em função do consentimento do sujeito passivo, mas em homenagem à nobreza do motivo determinante. Será sempre um delito, mesmo que não seja punido por interesse político-criminal.

Pode-se afirmar que o argumento que reina na doutrina penal clássica brasileira está na consideração dos crimes contra a vida como o atentado, não somente à vida humana individual; mas, notadamente, à fonte da ordem e da segurança geral, ou seja, à existência dos indivíduos que compõem o agregado social. Em última instância, pode-se entender que o homicídio ataca os interesses do próprio Estado, em sua finalidade de assegurar a coexistência social.

Na interpretação de Olavo Oliveira, a essência da incriminação do homicídio é a sua injustiça, “seu choque com o direito, visto importar na ocasião de um ser humano, não permitida pela lei, injustiça é ínsita a todo delito.” (OLIVEIRA, Olavo. 1959). O autor define homicídio não como uma afetação à vida humana em si, mas como um atentado ao direito, um desrespeito às leis da coexistência social, uma injustiça ôntica. Em termos dogmáticos, Oliveira conceitua homicídio como a morte de alguém por outrem, penalmente responsável, e sem fundamento em lei. (OLIVEIRA, Olavo. 1959).

Carmen Lamarca Pérez, com o intuito de comprovar que na atualidade ainda reina esta interpretação acerca da proteção penal aos interesses do Estado acima dos indivíduos concretos, parte da observação de que, por mais que a tentativa de suicídio seja impunível, a participação de terceiros ainda recebe uma resposta criminal. Além do mais, a autora pondera que se impõe, muitas vezes, um dever específico de se evitar a morte daqueles que livre e voluntariamente se decidiram a acabar com a própria vida. A *infração* deste

dever acaba por apresentar como resposta a mesma previsão do homicídio não consentido.?” (LAMARCA PÉREZ, Carmen. 2009). Neste sentido, tem-se uma discussão jurídica problemática a respeito da disponibilidade da vida humana, pelo titular deste direito, ou se o Estado está legitimado a impor, coativamente, a obrigação de se viver a qualquer custo: “*El Estado tiene legitimidad suficiente para establecer un deber que solo protege al propio sujeto y no afecta a la sociedad o a los derechos fundamentales de los demás?*” (LAMARCA PÉREZ, Carmen. 2009, p. 20-31).

Para compreender tal discussão de legitimidade do Estado, o foco encontra-se na proteção, por parte deste, de forma absoluta à vida humana partindo-se da concepção de que esta proteção não se volta à pessoa concreta, mas sim ao interesse social de se assegurar a vida em comunidade. Esta vinculação de finalidade ao Estado pode ser observada desde a teoria de Thomas Hobbes. Neste momento, cumpre salientar que as perspectivas de Nelson Hungria, Olavo Oliveira e Pedro Vergara apontam para esta fundamentação da proteção absoluta da vida humana a partir da finalidade que se considera ao Estado.

O problema reside que tal interpretação cria obstáculos para que a dogmática penal, atual, possa desenvolver critérios de legitimação de se considerar a vida humana a partir da liberdade individual, da autonomia de vontade e, por fim, da autodeterminação. Em outros termos, a vinculação da tutela penal da vida humana às finalidades do Estado de manutenção de coexistência social, sob determinados moldes sociais, pode ser um dos fatores que impedem os pensamentos de não punibilidade, ou até mesmo, de descriminalização de condutas vinculadas à eutanásia, à participação no suicídio e ao aborto consentido pelo gestante. Em última instância, tal argumentação clássica também pode mascarar os aspectos teológico-morais que circulam neste setor de criminalidade.

Diéz Ripollés e Gracia Martín interpretam a vida humana enquanto um bem jurídico, penalmente protegido. Esta afirmação resulta em algumas consequências dogmáticas. No contexto brasileiro, a doutrina majoritária realiza esta mesma vinculação entre vida humana e bem jurídico. Todavia, ao se adotar a teoria do bem jurídico-penal, favorece-se uma abertura interpretativa da vida humana não como um direito subjetivo do titular; mas, sim, como um bem do próprio Direito, de forma a ultrapassar o círculo de

decisões individuais. A teoria do bem jurídico, por conseguinte, faz-se adotar uma concepção de vida humana que ultrapassa o âmbito da pessoa e alcança o direito e dever do próprio Estado frente a tal bem.

Questiona-se, assim, se a teoria do bem jurídico favorece a interpretação adotada por Nelson Hungria e pela literatura clássica, no contexto brasileiro, de se analisar a proteção absoluta da vida humana não com olhar ao indivíduo concreto; mas, sim, como proteção da finalidade de interesses do próprio Estado em assegurar a existência humana em uma dada comunidade, sob *determinados valores*. Percebe-se que, por meio da teoria do bem jurídico penal, distancia-se a proteção da vida humana das próprias liberdades pessoais.

A *Exposição de motivos do Código Penal* aponta, como exemplo clássico de homicídio privilegiado, o eutanásico ou por piedade. “O legislador brasileiro não se deixou convencer pelos argumentos que defendem, no tocante ao homicídio piedoso, a radical impunibilidade ou a faculdade do perdão judicial.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 127). Hungria trabalha com o seguinte conceito genérico de eutanásia: “Aquele homicídio praticado para abreviar, piedosamente, o irremediável sofrimento da vítima, e a pedido ou com o assentimento desta.”⁷

Na definição de Olavo Oliveira, homicídio eutanásico é o cometido pelo motivo de subtrair enfermo a padecimentos cruéis de doença provocada de dores tenebrantes e tida como incurável ou vítima de grandes traumatismos crânio-medulares dos seus pungentes

⁷ Para combater a impunidade da eutanásia, Hungria fundamenta sua convicção: A Tese de Binding e Hoche, que patrocinavam a extensiva permissão da eutanásia, não teve ressonância alguma no direito positivo, representando apenas um culminante paradoxo de exasperado e cru materialismo. Segundo os citados autores alemães, deveria ser oficialmente reconhecido o direito de matar os indivíduos desprovidos de valor vital ou mental. Os enfermos incuráveis, de corpo ou espírito, deveriam ser eliminados em nome da sociedade, para que esta se aliviasse de um peso-morto. Seria o calculado sacrifício dos desgraçados em holocausto ao maior comodismo dos felizes. Seria o regime do egoísmo brutal da jungle transplantado para o seio da sociedade civilizada. Ibid. p. 128.

Jiménez de Asúa explica que: “El principio de la defensa social, aceptada por muchos como fundamento del derecho punitivo, puede llevar, con sólo extraer las últimas conclusiones, a hacer del derecho penal un derecho seleccionador, que realizaría su misión, en el aspecto individual, con la pena de muerte, el encerramiento perpetuo e el suicidio, y en su aspecto social, mediante la segregación; y su aspecto social, mediante la segregación, la prohibición de contraer matrimonio a los seres tarados, y en caso preciso, para evitar descendencia degenerada, mediante el empleo de la esterilización y de la castración de delincuentes y defectuosos. La eutanasia para los enfermos incurables figura también en este cuadro.” ASÚA. Luis Jiménez de. **Libertad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946. P. 501.

sofrimentos, agindo-se sob os impulsos de um exacerbado sentimento de comiseração e humanidade. (OLIVEIRA, Olavo. 1959, p. 151).

Na perspectiva de Hungria, é inegável o acerto de decisão do Código Penal Brasileiro ao enjeitar a completa isenção de pena ao caso do homicídio eutanásico ou por piedade, ainda que sem remédio o sofrimento da vítima, preceda a súplica ou aprovação desta. O consentimento da vítima retiraria o caráter alarmante e anti-social do homicídio; mas a impunidade da eutanásia seria apenas uma liberdade intelectual da época. “O homem, ainda que irremediavelmente acuado pela dor ou minado por um mal físico, não é precisamente a rês estropiada, que o campeiro abate”. (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 129). Ora bem, se se exclui o caráter anti-social da conduta, questiona-se, em termos de legitimação dogmático-penal, qual é, portanto, a danosidade social que fundamenta e materializa as respectivas interpretações? Alerta-se: Sem o preenchimento da danosidade social como restaria a materialização do injusto penal frente à categoria de antijuridicidade material?

As fundamentações de Nelson Hungria e da Exposição de Motivos do Código Penal Brasileiro, no que tange à defesa da consideração das condutas de eutanásia como verdadeiros homicídios, mostram-se, claramente, em uma conotação teológica e ontológico-substancial:

Repugna à razão e à consciência humanas que se possa confundir com a prática deliberada de um homicídio o nobre sentimento de solidariedade e abnegação que manda acudir os enfermos e os desgraçados. Além disso, não se pode olvidar que o sofrimento é um fator de elevação moral. **Não nos arreecemos, nesta época de retorno ao espiritualismo, de formular também o argumento religioso: eliminar o sofrimento com a morte é ato de estreito materialismo, é desconhecer que uma alma sobrevive ao perecimento do corpo e que a dor é o criso em que essa alma se purifica e se redime para a sua progressiva ascensão às claridades eternas.** Os brados, os gemidos da dor humana ecoam, retumbam no seio infinito de Deus. O sofrimento é o preço da perfeição moral, é o tributo de peagem na

peregrinação do homem pelo mundo. (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 129).

Apoia-se na literatura religiosa para afirmar que é raro o homem que sabe suportar, nobremente, a dor. “Mas, se devemos chorar sobre a dor alheia, quando sem cura e sem alívio, a lágrima da nossa compaixão e do nosso desespero, não podemos jamais interceptar uma existência humana na sua função finalística, que se projeta além das coisas terrenas.” (HUNGRIA, Nelson. 1958. p. 130).

Olavo Oliveira, para rebater os argumentos sobre o sofrimento e a dignidade humana, afirma que quem muito sofre acaba se adaptando aos seus males, em cujo meio continua vivendo e apreciando a existência, apesar de tormentosa. (OLIVEIRA, Olavo. 1959, p. 157). A resistência à dor dependeria, assim, da força moral da pessoa, da sua fé e da sua crença sobrenatural. A incurabilidade de qualquer moléstia representaria mero mito, já que a decisão final estaria nas mãos de Deus. “A vida é um dom de Deus: ele a dá. Ele a conserva. Ele a suprime.” (OLIVEIRA, Olavo. 1959)

O mandamento constitucional previsto no Art. 5º, caput, de valoração máxima à vida humana reveste-se sob a ideia de se manter a vida a qualquer preço, o que dificulta (ou torna inadmissível) a autorização de casos de eutanásia ativa, por exemplo. Adota-se, na modernidade, a palavra inviolabilidade ao direito à vida em substituição ao termo sagrado com conotações religiosas.

O que ocorre é somente uma troca de linguagem. A fundamentação permanece a mesma: a moral religiosa e a sacralidade da vida. Até mesmo porque se desaparecesse esta fundamentação religiosa, tornar-se-ia difícil manter o domínio e poder da própria vida nas mãos do Estado. E este necessita deste instrumental para assegurar a vida humana em uma dada sociedade, sob determinados valores. Como visto, a literatura clássica analisada com respaldo em Nelson Hungria e Olavo Oliveira torna-se regra, na atualidade, já que não se verificou nenhuma mudança à nível da estrutura social.

Por fim, pode-se compreender que a teoria do bem jurídico-penal poderia ser um caminho que intensifique os obstáculos à uma abertura valorativa da consideração da vida humana frente às liberdades individuais. No próximo tópico, tentar-se-á apontar uma

visão pautada na perspectiva do *normativismo radical*, de base *neohegeliana*, como uma ferramenta de interpretação do direito à vida e da expectativa ao direito à vida, a partir das liberdades pessoais.

2. INTERPRETAÇÃO NORMATIVA AO CONCEITO DE VIDA HUMANA: PENSAR A VIDA A PARTIR DAS LIBERDADES

Pois bem, afirmou-se que a vinculação do direito à vida, em uma perspectiva de sacralidade, às ideias de finalidade do Estado de manutenção da coexistência social; assim como aos argumentos de conotação teológico-morais acaba por dificultar a utilização, em termos dogmáticos, dos critérios de merecimento e necessidade de pena no âmbito dos crimes contra a vida que abarcam o conflito entre vida humana e liberdades pessoais; bem como a verificação do preenchimento da categoria da antijuridicidade material relativa à danosidade social das condutas. Em que termos pode-se se legitimar a punibilidade de condutas que carregam em si o conflito entre vida humana e liberdade individual, autonomia de vontade e autodeterminação, se tais condutas não representarem uma danosidade social?

A doutrina tradicional brasileira, no âmbito jurídico-penal, está atrelada a uma interpretação ontológica do Código Penal e quando um pouco mais atualizada alcança as análises realizadas pela escola denominada Funcionalismo Teleológico-Racional.⁸ Em ambas interpretações percebe-se uma adoção do conceito de vida ligado à filosofia ontológica, ao direito natural (de resquícios teológicos) e, por fim, à teoria do bem jurídico-penal. A vida é posta enquanto um bem jurídico de elevada proteção, indisponível e de valor supremo, absoluto.

Ademais, nestas concepções, a vida humana não é considerada como um bem individual; mas sim de função social. A finalidade do Estado torna-se assegurar a

⁸ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin. Rio de Janeiro: Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: outubro de 2016.

coexistência humana, em uma dada sociedade, sob determinados valores culturais; a qualquer custo.

Todavia, tais interpretações acabam por resultar em alguns problemas no que se refere a temas como a *eutanásia* (e suas modalidades), a *participação no suicídio* e o *aborto* (tanto em termos dogmáticos, quanto em termos sociais). Tais interpretações podem proporcionar, também, graves problemas ligados ao crime de homicídio no que tange a um afastamento, quase total, da realidade material (social e econômica) brasileira.

Como ilustração da problemática, pode-se comentar sobre os massacres ocorridos nas penitenciárias (norte e nordeste) do Brasil, no início de 2017; tais mortes representam um conflito complexo que envolve valores de poder e domínio em um mercado ilegal; assim como negociações as quais envolvem decisões do poder público. Neste contexto, como se explica a vida enquanto um bem jurídico absoluto e indisponível se tais mortes foram vistas como positivas, em setores da sociedade rodeados pela mídia sensacionalista? E o papel do próprio Estado frente a tais massacres? Tal raciocínio pode ser estendido a outros setores como as mortes causadas por grupos de extermínio e terrorismo. Tem-se que avaliar se a vida humana ainda possui tal valoração absoluta dada pelas doutrinas tradicionais em um contexto material de vidas contra vidas; ou se esta argumentação é apenas um instrumento a ser utilizado para finalidades ocultas do Estado o que impede a descriminalização de condutas, como o aborto, em destaque.

Nesta realidade, faz-se necessária uma atualização de interpretação normativa que alcance as necessidades reais, concretas e materiais da sociedade brasileira. Talvez, um discurso naturalista, ontológico ou, ainda, religioso sobre a existência humana pode ocultar valores complexos de uma sociedade regida pelo *capital* por detrás de abstrações e idealizações. Neste sentido, analisar-se-á modernas tendências da dogmática penal que podem desenvolver um conceito normativo de vida ligado às liberdades e necessidades reais, com base em uma perspectiva *neohegeliana*.

De acordo com Hegel, o verdadeiro conceito é o único que possui realidade justamente porque ele mesmo a assume. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997). Neste sentido, toda a realidade que não for realidade assumida pelo conceito é existência passageira, erro, ilusão, opinião, mera aparência. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich,

1997) A ciência jurídico-penal⁹ deveria debruçar-se na análise de um conceito filosófico de vida que traga racionalidade ao sistema, e tal racionalidade estaria relacionada a um conceito concreto de vida no sentido de se extrair a própria realidade assumida pelo conceito. Para se alcançar a forma concreta do conceito tem-se que conhecer o próprio conceito. Esta compreensão necessita de uma abertura valorativa da dogmática penal à fundamentação filosófica.

Nesta perspectiva, Hegel ensina que “quanto mais incoerência e contradições houver no conteúdo das regras de um direito, menos possíveis serão as definições que devem conter as regras gerais, e estas tornam imediatamente visível a contradição que é a injustiça.” (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997. Assim sendo, o primeiro passo é atingir um conteúdo necessário para si e, a partir daí, passa-se a procurar o que lhe corresponde na representação e na linguagem.

Em termos simples, a dogmática penal necessita de construir um **conceito concreto de vida** (pensado à partir das diferenciações de liberdade) que aponte uma racionalidade ao sistema de justiça criminal no sentido de se **diminuir as incoerências e contradições no interior das regras do Direito Penal** referentes aos crimes que afetam a vida humana. Ao ser alcançado o **conteúdo do conceito concreto de vida humana**, por meio dos

⁹ O Direito Penal, segundo **Miguel Poilaino Navarrete**, é o ordenamento punitivo – o qual constitui o objeto do conhecimento da ciência penal, e está integrado por um conjunto de normas jurídicas que delimitam determinados comportamentos como constitutivos de delito e determinam as responsabilidades ao autor dos mesmos. A dogmática penal é a própria atividade científica encaminhada ao conhecimento sistemático do Direito Penal. Dessa forma, a dogmática penal seria o resultado de uma elaboração conceitual sistemática tendo como objeto o Direito positivo e a crítica como sua tarefa essencial. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El valor de la dogmática en el derecho penal**. Em: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005. 837-852, p. 850.

A dogmática também seria, assim, um método de investigação do jurista. Segundo Francisco Muñoz Conde⁹, “dogmáticas jurídico-penales, es decir, técnicas de interpretación y sistematización del derecho penal vigente en cada país”. Para este autor, “la dogmática jurídico-penal como ciencia sería en todo caso una ciencia práctica que se debe orientar a las consecuencias externas al sistema”. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Presente y futuro de la dogmática jurídico penal**. Revista Penal. Barcelona. 5. ene. 2000. 44-51, p. 45.

As funções da dogmática jurídica apontadas por Navarrete são: La interpretación y crítica de las leyes penales, la ordenación y sistematización de toda la materia judicial em el orden criminal, la estabilización y cumplimiento de los principios jurídico-penales, la elaboración de proposiciones doctrinales ante los problemas dogmáticos, la seguridad jurídica en una aplicación uniforme y armónica del derecho positivo, el perfeccionamiento del derecho punitivo en cuanto ordenamiento. POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El valor de la dogmática en el derecho penal**. Em: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005.

estudos a serem realizados na fundamentação filosófica no que tange à **existência humana**, passar-se-á a analisar a **representação e linguagem deste conteúdo** frente à **configuração atual da sociedade** brasileira. Em termos concretos, poder-se-ia limitar enquanto um dos conteúdos do conceito concreto de vida humana as condições reais de liberdade para assim refletir esta construção na estrutura e linguagem dogmática dos crimes contra a vida, em destaque: o homicídio eutanásico, a participação no suicídio e no aborto.

A fundamentação filosófica é fundamental para a análise do conteúdo do conceito de vida a ser discutido; pois, segundo Hegel, o conceito em si não representa o objeto: o termo não expressa o conceito. O que expressa o conceito é o conteúdo. O conteúdo do conceito de vida interligado com o das liberdades e das necessidades reais que deverá ser o foco da estruturação dogmática no campo dos tipos penais já destacados (Art. 121, §1º, Art. 122 e Art. 124, Código Penal).

O conteúdo do conceito concreto de vida restringir-se-á a questão da própria existência humana na sociedade capitalista atual de forma a vincular a interpretação do conceito de vida humana às ideias de liberdades individuais, para além de uma concepção de bem jurídico-penal. Além do mais, para se definir as liberdades enquanto próprio conteúdo da vida humana tem-se que pensar em qual é a real valoração que este objeto de proteção tem recebido na configuração da sociedade atual.

Karl Marx descreve, em sua obra *Manuscritos econômico-filosóficos*, o conjunto de estranhamentos derivado da estruturação capitalista de produção. O estranhamento da coisa, o estranhamento da atividade produtiva, o estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano que não reconhece o outro enquanto seu igual. Estas redes de estranhamentos refletem na valoração da vida humana e em seu conteúdo ligado às liberdades. Em última instância, pode-se compreender que o estranhamento do ser humano pelo próprio ser humano é o de maior impacto no campos dos crimes contra a vida, em sua totalidade.

Para se analisar os injustos penais que englobam a valoração da vida humana e das liberdades pessoais, não se pode analisar conceitos isolados seja no âmbito biomédico,

seja no âmbito jurídico. Mas uma análise de totalidade à realidade social concreta de tais delitos faz-se necessária.

Como bem notou Karl Marx, a realidade do delito exige a *determinação de uma medida* para a pena. A pena, para ser justa, é limitada e sendo limitada torna-se uma consequência concreta ao delito. Assim, para Marx, a pena deve aparecer como o efeito necessário da ação do autor: O limite da pena é o próprio limite da ação. Deve-se prestar atenção na *variável do conteúdo* que é violado pois esta variável é o *limite do próprio crime*. A determinação de uma medida deste conteúdo violado é essencial para se determinar a medida do delito.

O desafio, deste trabalho, está em encontrar o alcance destas fundamentações filosóficas aos casos de homicídio eutanásico, participação no suicídio e aborto. Como determinar a variável de conteúdo? Percebe-se que, um único conceito médico ou religioso de vida, não consegue dar conta de toda essa complexidade de diferenciações do injusto penal, pois é necessário compreender a própria significação concreta da vida humana em condutas cujas essências são distintas devido à diferenciação de liberdade que se dá nos crimes contra a vida. A depender da valoração dada às liberdades pessoais ter-se-á um resultado diverso sobre a interpretação dos tipos penais salientados neste trabalho.

Cabe ressaltar as próprias palavras de Karl Marx acerca sobre a delimitação do valor:

Logo, a pena deve aparecer ao delinquente como o efeito necessário de sua própria ação, por isso, como seu próprio ato. Portanto, o limite da sua pena deve ser o limite da sua ação. **O distinto conteúdo que é violado é o limite do distinto crime. A medida desse conteúdo é, portanto, a medida do delito.** (MARX, Karl. 1998).

Pois bem, a complexidade da presente proposta engloba a análise do distinto conteúdo (ligado à significação da existência humana e das liberdades concretas) que os crimes contra a vida podem apresentar, notadamente frente à diferenciação entre injustos que preenchem a categoria da antijuridicidade material (ou seja, danosidade social) daqueles que não a preenchem. Desse modo, compreender-se-á o conteúdo violado o qual

estabelecerá o limite para o distinto crime. É, portanto, a medida do conteúdo de cada injusto penal que estrutura a medida do delito. É o estudo dos valores¹⁰ que circulam este conteúdo que pode responder aos questionamentos da comunicabilidade social em torno dos conceitos de vida humana, liberdade, autonomia e autodeterminação.

Salienta-se, ainda, que muito além de uma mera concepção de afetação do bem jurídico vida, em sua concepção tradicional de indisponível, tem-se que considerar a perspectiva funcional inerente à norma para se preencher o real conteúdo do injusto penal. Esta análise funcional é diferenciada no que se refere aos casos de crimes contra a vida, pois tem-se que lidar com o valor da existência humana na sociedade capitalista.

Em suma, nesta presente proposta de pesquisa, há uma preocupação com os valores que circulam o tema sobre vida humana; realizando a diferenciação a nível de liberdades vinculadas a um conceito normativo de vida para se verificar que cada conduta apresenta um conteúdo, uma essência, um objeto, uma comunicabilidade social. Não se pode equipará-las sob uma interpretação única de vida humana, de forma a se negar as diferenciações que ocorrem. Neste sentido, uma interpretação única de vida humana influenciada pelo Direito Natural e por teorias religiosas não conseguiria acompanhar a complexidade da realidade material do homicídio eutanásico, da participação no suicídio e, notadamente, do aborto sem distinções em suas essências e liberdades envolvidas.

A consideração do conteúdo violado (isto é, uma afetação da vida humana de forma arbitrária ou uma escolha do próprio titular diante de sua liberdade e autonomia) deveria ser ponto de preocupação da dogmática atual. A discussão se torna extremamente complexa ao adentrar no campo em que se envolve a “existência humana”. Devido a esta complexidade, as respostas não poderão se fechar apenas nos critérios e na racionalidade dogmática, nem nos postulados político-criminais; mas a abertura ao estudo filosófico, histórico e sociológico torna-se essencial.

Faz-se necessário compreender a valoração que a pessoa recebe no sistema social de forma comparativa a outros valores, em uma sociedade essencialmente econômica; e como esta valoração alcança o plano da norma penal. Para que esta análise valorativa seja

¹⁰ Não apenas em sentido econômico, mas também filosófico.

realizada, tem-se que entender dois planos: As valorações estão interligadas à própria estrutura social. Assim, o estudo desta última é de suma importância. Pensar a vida a partir das liberdades exige um estudo atrelado às condições reais de liberdade em uma dada sociedade, bem como das necessidades materiais existentes. O conceito normativo de vida não pode ser analisado sem estudar a vida à partir das liberdades **concretas**.

Na concepção filosófica de base hegeliana, a violência e a coação apresentam o significado de injustas porque corrompem a si mesmas no seu próprio conceito como expressão de uma vontade que suprime a expressão da existência de uma vontade. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997) Ora, se a vontade só é liberdade na medida em que tem uma existência, o crime atinge esta própria existência corrompendo a própria vontade que o constituiu. Neste sentido, discorrerá na presente proposta de pesquisa, se o conceito de vida deveria seguir tal linha no sentido de existência de liberdades para que no âmbito jurídico-penal se acrescente maior racionalidade ao sistema normativo. Para Hegel, um ato que possui o significado de injusto representa uma violência contra a existência da liberdade exteriorizada. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997)

Por isso, faz-se necessário o estudo dos conceitos (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997) vida humana, existência, vontade e liberdade exteriorizada para compreender o que eles significam à norma penal, notadamente no que se refere a uma realidade social marcada por assimetrias sociais as quais também interferem nestes conceitos.

De acordo com Hegel, em uma conduta considerada enquanto crime é negado não apenas o aspecto particular da absorção da coisa na minha vontade, mas também o que há de universal e infinito no predicado do que me pertencer (como a capacidade jurídica), e isso sem que haja mediação da minha opinião. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997) Tem-se aqui o domínio do Direito Penal. Compreende-se, então, que a norma penal se refere imediatamente ao universal e mediadamente ao particular, abrangendo ambos em uma unidade. Assim, o aspecto universal não pode ser ignorado, pois se assim o for deslegitima-se a intervenção penal.

O crime representa a violação do Direito e de suas determinações. A violação do Direito enquanto Direito possui uma existência positiva exterior e contém a negação. O

crime ao negar o Direito, nega a liberdade que o expressa. Pois bem, para a concepção hegeliana, a manifestação dessa negatividade do crime em relação ao direito é a negação da violação deste que entra na existência real. Assim, para Hegel, a realidade do Direito consiste na necessidade de reconciliar-se consigo mesmo por meio da supressão de sua violação pelo crime, e isso ocorre por meio da pena (negação da negação). (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, 1997)

A contradição dialética está em contrapor a negação do direito, e assim da liberdade, dentro do próprio Direito. A pena, no que se refere aquele que praticou a conduta tida como crime, constitui seu Direito, pois está inserida em sua vontade existente qual seja: no seu ato.¹¹ Na medida em que o agente exercita a sua liberdade em realizar um crime, está implícito neste a liberdade de sofrer a sanção. Esta é a liberdade do Direito de se defender. Ao realizar a violação do Direito, o agente tem o direito à determinação de sua liberdade por meio da pena. Por conseguinte, ao cometer o crime, o agente viola a determinação da liberdade geral, e ao fazer isso está implícita a liberdade de violar a determinação de liberdade, recebendo a sanção também como determinação da liberdade.

Ora bem, será que uma interpretação normativa do conceito de vida a ser adotado na perspectiva jurídico-penal não teria maior racionalidade se discutisse tais elementos filosóficos ao invés de conceitos puramente bioéticos ou religiosos? O conceito normativo de vida ligado à existência do ser social, liberdade e valoração da pessoa humana na configuração social atual permite verificar quais condutas que realmente apresentam uma negação do Direito, da ordem estabelecida e quais condutas não apresentam tal

¹¹Pode-se perceber o diálogo entre o pensamento de Marx (destaca-se: Jovem Marx) com algumas concepções de Hegel acerca do delito e da pena na seguinte explicação: “A pena pública é o nivelamento do crime com a razão do estado e, portanto, um direito do Estado, mas um direito que este não pode ceder às pessoas privadas, do mesmo modo que um indivíduo não pode ceder a outro a sua consciência. Todo direito do estado contra o criminoso é ao mesmo tempo um direito estatal do próprio delincente. Sua relação com o Estado não pode ser convertida em uma relação com particulares. Mesmo quando se admitisse ao estado a faculdade de renunciar a seus direitos, isto é, se suicidar, a renúncia ao próprio dever seria sempre não apenas uma negligência, mas um crime.” MARX, Karl. **Debate Acerca da Lei Sobre o Furto de Lenha**, Anexo IV, In: EIDT, CELSO. O Estado Racional: Lineamentos do Pensamento Político de Karl Marx nos Artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843). Belo Horizonte: UFMG, 1998. Em: http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf. Em um nítido caráter hegeliano, Marx aponta que o direito penal seria, assim, um direito do próprio delincente, ou seja, a pena é seu direito. Marx também coloca a pena, *enquanto restauração do Direito*.

significação. Percebe-se que se se retira das discussões tradicionais puramente à respeito de bem jurídico absoluto e indisponível, e passa-se a pensar a vida a partir das liberdades concretas limitadas pela materialidade social.

Dessa forma, esta base hegeliana é transportada para a moderna dogmática penal, no sentido de que se um comportamento cujo conteúdo comunicativo não tem significado de negação do Direito, não seria considerado antijurídico. Partindo do pressuposto de que o ordenamento jurídico define o comportamento capaz de questionar as estruturas de expectativas vigentes, (PAWLIK. Michael. 2002, p. 102) analisar-se-á o direito à vida e a expectativa normativa ao direito à vida. Além do mais, ao pensar a vida a partir da diferenciação de liberdades, quais crimes contra a vida apresentam o significado de questionamento destas expectativas (por exemplo, no caso da eutanásia e da participação no suicídio qual seria o questionamento destas condutas? Qual questionamento teria o crime de aborto? Sua comunicação é de negação do direito –em última instância, de uma estrutura social - ou reflexo de uma materialidade social desigual em termos econômicos e de gênero? Por fim, qual questionamento está por detrás das condutas de homicídio cometidas no estado de guerra em que se encontram as penitenciárias brasileiras? Pode-se falar que não há distinção na essência de todas essas condutas que atacam a vida humana? Questionamentos como estes que a presente pesquisa procurará responder.

A realidade social não pode ser ignorada ao se analisar as interpretações sobre o conceito de vida para o Direito Penal. A concepção dogmática de base hegeliana (ou seja, a utilização de conceitos concretos¹²) favorece a compreensão do conteúdo do conceito dos delitos que compõem os crimes contra a vida, pensar-se-á a vida a partir das

¹² De acordo com Karl Larenz, o interesse de Hegel não recai nos conceitos gerais e abstratos, mas na realidade viva. O conceito concreto contém em si a totalidade das significações e as revela no processo de desenvolvimento lógico-dialético. LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

O conceito concreto de Hegel contém a universalidade. Nas palavras de Hegel: A universalidade é precisamente isso de a imediateidade da natureza e da particularidade que se lhe acrescenta, quando produzidas pela reflexão, serem nela ultrapassadas. Tal supressão e tal passagem ao plano universal é o que se chama a atividade do pensamento. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.p. 26.

liberdades; em uma proposta alternativa às interpretações com base na ontologia, no direito natural e em concepções religiosas sobre a vida humana.¹³

Pois bem, pretende-se, portanto, partir de estruturas que envolvem a ligação da Filosofia (principalmente a noção vida e liberdades) com a dogmática penal e a interpretação das normas penais; para se alcançar os aspectos concretos do problema social que envolve os conflitos que atingem a vida humana, em uma análise materialista sobre os limites materiais às liberdades e à vida humana digna.

Pode-se concluir que não seriam as distintas concepções de conceitos de vida humana, seja no campo da medicina seja no da bioética, que podem conferir uma abertura às interpretações dogmáticas frente aos crimes contra a vida que abarcam o conflito entre proteção absoluta da vida humana e liberdades pessoais; mas, sim, o que causaria maior impacto de interpretações, no sentido de atualização normativa, seriam as distintas concepções ou, melhor, valorações que se confere às próprias liberdades individuais na configuração concreta de uma dada sociedade. Quanto mais a sociedade se organiza e se estrutura a conceder uma ampla valoração à liberdade pessoal diferente será a perspectiva da tutela penal da vida humana. Um conceito normativo de vida humana aberto para uma valoração máxima das liberdades pessoais poderia corroborar com descriminalizações, ou ao menos, exclusão da categoria de punibilidade pelos critérios de merecimento e necessidade de pena, de condutas que abarcam o homicídio eutanásico, a participação no suicídio e o aborto consentido.

¹³ De acordo com Karl Marx, é este conteúdo que delimita o limite da pena.

Em relação ao latrocínio, ao se afirmar, na doutrina tradicional, que o valor vida humana e o valor patrimônio têm que ser atingidos para que haja a configuração de tal delito, torna-se necessária a compreensão sobre até que ponto a afetação do universal, e não apenas do interesse privado (em uma dimensão privatista e individualista do patrimônio sem um significado de dano social) está presente no interior do crime. Em outras palavras: considerando-se que em relação à vida há um conteúdo universal, em quais casos há um preenchimento do universal em relação ao patrimônio para que assim se configure o crime de latrocínio. Quando se afeta o patrimônio apenas em um âmbito privado, sem a configuração do 'universal' ao lado da afetação da vida humana (ou da liberdade concreta, nos casos de extorsão, por exemplo), pode-se falar de um crime contra o patrimônio? Ou de um crime contra a vida? Qual a dimensão deste crime?

3. CONSIDERAÇÕES PARCIAIS: CONTRADIÇÕES ENTRE O DISCURSO JURÍDICO-PENAL DE PROTEÇÃO ABSOLUTA À VIDA E A REALIDADE CONCRETA

Em uma revisão sistemática da literatura de Direito Natural e da interpretação ontológica do Direito, pode-se perceber que em diversas concepções o homem é posto como figura central da razão. De forma derivada desta premissa, a vida se torna o bem mais precioso, desde sua origem divina e metafísica, até as perspectivas mais racionalistas. Frente à concepção teológica de vida humana esta é posta enquanto um bem indisponível; pois, somente Deus poderia decidir sobre seu momento final. O Estado, notadamente na época do racionalismo, assumiu o papel de protetor da vida humana, sendo que ele seria o único interessado nesta proteção. O titular da vida humana apareceria, somente, em um segundo plano. O Estado, portanto, se apropriou da vida humana com fundamento na proteção da coexistência social, nos moldes de uma dada sociedade econômica. Ademais, o aparato estatal passa a impor, pela coação, a manutenção da vida humana mesmo quando esta se conflita com outros elementos, como a liberdade, autonomia de vontade e autodeterminação.

Entretanto, há contradições deste discurso, que se reflete no campo jurídico-penal e político-criminal, frente à realidade concreta de uma sociedade estruturada no modelo de produção capitalista. Neste momento, cabem algumas considerações a respeito deste paradoxo; de forma restritiva ao âmbito dogmático-penal.

Gustavo Puig evidencia as contradições que o Estado carrega no discurso jurídico de absoluta proteção da vida humana. O Estado careceria de uma autoridade moral nesta proteção devido a tantos paradoxos que apresenta na valoração da vida humana. O autor analisa, no contexto uruguaio, a desproporcionalidade da valoração, no campo penal, entre o bem jurídico vida humana e outros, como o caso da propriedade privada.

Neste momento, cabe ressaltar algumas contradições latentes. Os delitos contra a propriedade privada realizados por meio de uma violência em relação à pessoa possuem as maiores valorações penais. Questiona-se: *“Es que el incremento de la criminalidad contra la propiedad autoriza a elevar sus penas, distorsionando el sentido valorativo de*

las infracciones, fomentando el desprestigio del sistema?” (PUIG, Gustavo. 1996. p. 365).

No contexto brasileiro, Alberto Silva Franco compara a valoração penal dos crimes contra a pessoa/crimes contra a liberdade pessoal em relação aos crimes patrimoniais:

Se uma pessoa furta uma coisa qualquer, sua conduta está equiparada, no mínimo legal (um ano de reclusão) – o mínimo legal é que dimensiona a gravidade do fato criminoso - ao delito de lesão corporal grave de que resulte perigo de vida ou debilidade permanente de membro, sentido ou função (um ano de reclusão); se rouba um objeto de pouco valor, sem o emprego de arma de fogo – ou mesmo com a utilização de arma de brinquedo -, a resposta punitiva (quatro anos de reclusão) é superior a de uma lesão corporal gravíssima de que decorreu, para a vítima, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente (dois anos de reclusão) ou está igualada à lesão corporal seguida de morte (quatro anos de reclusão). (FRANCO, Alberto Silva. 2001. p. 58).

Gustavo Puig afirma que o regime de penas se compararmos o tratamento dado aos crimes contra o patrimônio e os crimes contra a vida é analisado como uma aberração. No contexto brasileiro, é latente a discrepância de valoração, em termos de pena, se compararmos o setor dos crimes contra a liberdade pessoal e os crimes contra o patrimônio. Ressalta-se o caso relativo ao tipo penal de redução análoga à condição de escravo o qual prevê uma pena reduzida se comparada aos crimes contra a propriedade privada com violência à pessoa. Desde já, percebe-se um certo descuido com a proteção de liberdades pessoais. Puig afirma que “*El homicida recupere su libertad mucho antes que el rapiñero, aunque haya rapinado una bicicleta.*”¹⁴ (PUIG, Gustavo. 1996. p. 365).

¹⁴ Art. 149, Código Penal Brasileiro: Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003). Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

O homicídio simples apresenta uma pena mínima de seis anos de reclusão, e não se encontra na Lei dos Crimes Hediondos. Agora, o crime de extorsão mediante sequestro seguida de morte prevê uma penalidade mínima de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão. No que se refere ao latrocínio, tem-se uma pena mínima de 20 (vinte) anos de reclusão. Enfim, pode-se perceber que há uma preocupação penal mais acentuada do patrimônio em comparação com outros setores do Código Penal. A doutrina majoritária brasileira justifica este tratamento, do Código Penal Brasileiro, aos crimes contra o patrimônio que atingem, também, a pessoa humana na teoria do bem jurídico-penal e na quantidade de bens atingidos. Todavia, em momento oportuno, deixaremos evidenciado que esta justificativa encontra-se um tanto quanto distorcida.

De acordo com Alamiro Velludo Salvador Netto, este tratamento mais acentuado aos crimes patrimoniais em comparação a outros bens jurídicos de maior importância “não é algo, por si só, apto a gerar estranhezas.”¹⁵ (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. 2014. p. 153).

Afinal, a propriedade pode ser definida como o símbolo máximo da ordem burguesa, sendo aquela dimensão capaz de permitir a circulação de bens, satisfação de necessidades, realização de desejos, determinando, inclusive, a própria projeção, inserção e respeitabilidade do indivíduo na sua comunidade. (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. 2014. p. 153).

De acordo com o autor, “a estranheza começa a ser desenhada no instante em que se verifica que a tutela jurídico-penal demonstra-se, num primeiro momento, projetada sobre a relação estabelecida entre homens e bens.”¹⁶

O crime de redução análoga à condição de escravo equipara-se, em termos de pena, ao crime de furto qualificado o qual não possui uma previsão de violência ou grave ameaça à pessoa.

¹⁵ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada:** a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. São Paulo: Atlas, 2014. p 153.

¹⁶ O delito patrimonial constitui-se no rompimento teórico da relação jurídica entre o sujeito e o objeto, entendido aqui como a ruptura dos poderes normativos que são atribuídos exclusivamente ao titular, no que tange ao exercício de faculdades sobre determinado bem. Ibid.

[...] a verdade por detrás dos crimes contra o patrimônio está na defesa da propriedade como relação social, como relações materiais de produção, como fator da dependência e da desigualdade objetiva entre indivíduos. (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. 2014. p. 153).

Alamiro Velludo Salvador Netto, de forma oposta a doutrina majoritária brasileira, apresenta uma explicação para o tratamento penal conferido aos crimes patrimoniais com base no entendimento de que a resposta penal configura-se como a defesa penal de um instituto específico em determinado momento histórico, qual seja, o das relações econômico-sociais capitalistas. A constituição dogmática torna-se um relevante fator de seleção com o objetivo de filtrar os futuros infratores, protegendo os proprietários dos não proprietários.

Estas desproporcionalidades no que se refere à valoração da norma sancionatória resulta em uma contradição com o discurso jurídico de vida humana enquanto um bem sagrado, supremo e indisponível. Gustavo Puig, como demonstração das contradições, entre o discurso de proteção absoluta à vida humana, por parte do Estado, e as valorações concretas que se atribui a ela; comenta sobre a realidade que envolve o tráfico de drogas. Salienta que a política de drogas proibicionista fora uma imposição pela comunidade internacional considerada como ‘civilizada’. Esta imposição fez com que se intensificasse o tratamento punitivo frente às atividades de tráfico de entorpecentes, mesmo que não apresentassem um dano social no contexto nacional.

Y no se diga que en definitiva protegiéndose la salud pública se defende las vida, porque si se aplicasen los mismos critérios que usó el legislador para proteger la salud pública, para defender la vida, habría que castigar desde el fabricante de armas, hasta al armero y al comprador, y no sé si al que adquiere las materias primas para fabricar armas. Será que la fobia antidroga nos hace perder la razón? Será éste alguno de los períodos en que los prejuicios políticos o religiosos han

extraviado a la humanidad como decía Alimena? (PUIG, Gustavo. 1996. p. 365).

A “guerra contra as drogas”, no contexto brasileiro, é um claro exemplo da contradição, latente, entre o discurso de proteção absoluta da vida humana, pelo Estado, e sua verificação em termos de realidade concreta. Ademais, até mesmo no campo dogmático, tem-se vigente a Lei 9.614/98 que permite a destruição (ou o denominado “tiro de abate”) de aeronaves consideradas hostis ao Estado. Ora bem, tem-se um nítido exemplo de ataque à vida humana em nome do Direito, da Ordem e do Estado; com respaldo nos fundamentos de proteção à comunidade.¹⁷

Além do mais, outra ilustração dos paradoxos em torno do discurso jurídico-penal de proteção absoluta da vida humana são as respostas dadas às violações de direito humanos durante o contexto ditatorial; não somente por parte do setor militar, mas notadamente, pela própria sociedade empresarial.¹⁸

Gustavo Puig apresenta sua crítica aos atos de anistia relacionados à época da ditadura militar. Anistiaram-se, em um período já democrático, os homicídios, as torturas e os desaparecimentos que ocorreram no período ditatorial. “*Los homicídios que esta ley amnistió se habían cometido desde el poder: el terrorismo de estado, lo que le há ameritado condena a Uruguay en el ámbito de Naciones Unidas.*” (PUIG, Gustavo. 1996. p. 365).

¹⁷ Art. 1º O art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 2º, renumerando-se o atual § 2º como § 3º, na forma seguinte: § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. **DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004.** Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição. Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

¹⁸ Sobre o tema: **Audiências da Comissão da Verdade do Estado de São Paulo “Rubens Paiva”**: Disponível em: <http://verdadeaberta.org/arquivos/inicial/A?q=participa%C3%A7%C3%A3o+de+empresas+na+ditadura>.

Reflete-se que, ainda hoje, tem-se, por parte do Estado, o cometimento de homicídios em nome da “Ordem”, o que abala seu discurso de proteção absoluta e sagrada da vida humana. As mortes realizadas pela força da “Ordem”, como na “Guerra às Drogas”, seriam menos graves do que os homicídios cometidos por particulares? Como resposta a tal questionamento crítico, Puig evidencia que o ponto central está não na proteção absoluta do bem jurídico vida; mas, sim, em saber de qual vida se trata: de quem se trata e de quem se aniquila. A depender, a valoração à vida humana será totalmente distinta.

As ilustrações destas contradições são inúmeras, pode-se evidenciar o sério perigo sobre a falta de segurança alimentar tanto pelo Estado quanto pelas empresas; os massacres que ocorrem no contexto dos presídios brasileiros, tanto por parte do Estado (cita-se o caso do Carandiru) quanto por parte das organizações criminosas (cita-se o caso do massacre de Manaus); a falta dos direitos sociais básicos para uma vida digna, como a saúde, moradia, lazer e educação. Basta olhar para a realidade de regiões como a cracolândia e a higienização social; bem como pela retirada de moradores de rua de propriedade privadas ocupadas, para se compreender bem o que está a se falar em paradoxos do discurso de sacralidade da vida humana. Além do mais, um mundo um tanto quanto esquecido reside nas vidas humanas no âmbito rural, muitas vezes reduzidas à coisificação; para não falar, em termos específicos, das mortes de trabalhadores e indígenas nos conflitos sobre a posse de terras.

Em termos estruturais do Estado, mesmo diante de discursos liberais e democráticos, verifica-se previsões constitucionais de regimes de exceções. Intrigante é a análise de Puig, sobre as permissões de supressões de direitos nestes regimes: pode-se suprimir o bem jurídico vida humana, em casos de guerras declaradas; e uma série de garantias individuais, como a liberdade de expressão, a inviolabilidade de domicílio; bem como a própria liberdade de circulação. Todavia, não há previsão alguma de supressão da propriedade privada. Pode-se considerar que se há um bem jurídico sagrado e inviolável, este não é a vida humana; mas, sim, a propriedade privada.

CONCLUSÕES

Pode-se concluir que a dogmática penal brasileira, no campo dos crimes contra a vida que abarcam o conflito entre vida humana e liberdades pessoais, com destaque ao tipo penal de aborto consentido, necessita de uma abertura às modernas tendências, de base neohegeliana, que alcançam um patamar para além da concepção de bem jurídico-penal. Uma interpretação normativa do conceito de vida humana a partir das liberdades pessoais pode favorecer uma atualização da estrutura dogmática com vista à realidade social e econômica concreta.

O apego à idealização do conceito absoluto de vida humana, pautado por sua sacralidade (indisponibilidade), encontra os paradoxos e as contradições apontados no último tópico; mas seguem legitimando a criminalização e/ou punibilidade de condutas que poderiam ser excluídas do campo criminal pelos critérios político-criminais de merecimento e necessidade de pena; bem como pelo instrumento dogmático de materialização do injusto, qual seja: a avaliação da danosidade social da conduta.

Por fim, salienta-se que a problemática dos tipos penais sublinhados neste trabalho é para além da discussão sobre o conceito de vida humana adotado pelo Direito Penal e concentra-se na diferenciação de valoração dada às próprias liberdades individuais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASÚA. Luis Jiménez de. **Libertad de amar y derecho a morir**. Buenos Aires: Editorial Losada As, 1946.

BACIGALUPO, Enrique. **Los delitos de homicidio**. Colombia: Editorial Temis: 1989.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. Problemas Fundamentais do Método Sociológico na Ciência da Linguagem, 14º Ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. **Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: vida humana independiente y libertad**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ESER, Albin. Entre la santidad y la calidad de vida: sobre las transformaciones en la protección jurídico-penal de la vida. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 37, n.3, p. 747-781, set./dez., 1984.

FRANCO, Alberto Silva. Breves anotações sobre os crimes patrimoniais. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século**. São Paulo: Método, 2001. p. 57-72.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - arts. 121 a 136**. 4. ed. 5.v. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **Que protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** In: Eduardo Montealegre Lynett (coord.). **El funcionalismo em derecho penal. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs**. 1ª ed. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, p. 41-56, 2003.

_____. Teoria da pena e suicídio e homicídio a pedido. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Sociedade, norma e pessoa: Teoria de um direito penal funcional**. Trad. Mauricio Antônio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KAUFMANN, Arthur. ¿Relativización de la protección jurídica de la vida?. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 31, p. 39-54., 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LAMARCA PÉREZ, Carmen. Autonomía de la voluntad y protección coactiva de la vida.

La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario. Madrid, v.6, n.60, p. 20-31, maio, 2009.

MARX, Karl. **Debate Acerca da Lei Sobre o Furto de Lenha**, Anexo IV, In: EIDT, CELSO. **O Estado Racional: Lineamentos do Pensamento Político de Karl Marx nos Artigos da Gazeta Renana (1842 - 1843)**. Belo Horizonte: UFMG, 1998. Em: http://www.verinotio.org/di/di4_racional.pdf.

- MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 3 ed., Lisboa: Editorial Estampa, 2005. p. 186.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Presente y futuro de la dogmática jurídico penal**. Revista Penal. Barcelona. 5. ene. 2000. 44-51.
- OLIVEIRA, Olavo. **O delito de matar**. Ceará: Imprensa Universitária do Ceará: 1959.
- PAWLIK, Michael. **O passo mais importante da dogmática da última geração? Reflexões para a diferenciação entre injusto e culpabilidade em direito penal**. In: Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. Organização e tradução Eduardo Saad-Diniz. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 102.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El valor de la dogmática en el derecho penal**. Em: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra: Aranzadi, 2005. 837-852.
- PUIG, Gustavo. La vida es el bien jurídico mejor protegido? **Revista de Ciencias Penales**: Montevideo. Montevideo, v.2, p. 363-369, 1996.
- SAAD-DINIZ, Eduardo. Observações sobre o movimento codificador no Brasil e a questão das liberdades pessoais da mulher no aborto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 22, n. 263, p. 17-18, out. 2014.
- SCHRAMM, Fermin Roland. O uso problemático do conceito ‘vida’ em bioética e suas interfaces com a práxis biopolítica e os dispositivos de biopoder. **Revista Bioética**, 2009, p. 377-389.

**A EVOLUÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO NA TIPIFICAÇÃO DO RISCO:
A CONTINGÊNCIA COMO FREIO À FINALIDADE DE SEGURIDADE NA
TUTELA PENAL**

Natália Silveira Sarmento

Mestra em História das Ideias Penais pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada.

Resumo: O presente estudo investiga os crimes de perigo a partir da análise do expansionismo do Direito Penal, bem como a sua conseqüente antecipação de tutela. Especificamente, investiga os crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, procedendo-se à crítica à tipificação de condutas que não ofendam bens jurídicos. Ainda, possui como objetivos específicos: a) Investigar o contexto do Pós-Segunda Guerra, mormente a indústria do medo na influência da antecipação da tutela penal como demanda social; b) Investigar o risco e o perigo no direito penal; c) Investigar o perigo abstrato na jurisprudência brasileira. Para tanto, será analisada a postura do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em relação às condutas tipificadas como crimes de perigo abstrato, principalmente acerca do porte de munição e de arma desmuniçada/discapacitada.

Palavras-chave: Bem jurídico; Perigo abstrato; Sociedade de risco.

Sumário: Introdução. 1. O bem jurídico nos crimes de perigo; 1.1. Pós-guerra, globalização e indústria do medo: a antecipação da tutela penal como demanda social; 1.2. O conceito material do delito como limitação ao legislador; 1.3. O pôr-em-perigo do Direito penal mediante o Direito penal do pôr-em-perigo: o fim da proteção de bens jurídicos?; 2. Crimes de perigo: a tutela penal anterior à lesão do bem jurídico; 2.1. O Panpenalismo: um novo objeto do Direito Penal ou uma ressignificação do bem jurídico?; 2.2. A crítica do discurso de resistência à modernização do Direito Penal em oposição à

Escola de Frankfurt; 2.3. O risco e o perigo no Direito Penal; 2.4. A evolução da ideia do perigo na dogmática penal; 2.5. Classificação dos tipos de perigo; 2.6. Tipos de perigo abstrato: a intervenção do Estado na tipificação do medo; 2.7. Argumentos materiais na determinação normativa dos delitos de perigo; 2.8. O perigo abstrato na jurisprudência brasileira; 3. O Direito da Sociedade na sociedade do risco; 3.1. Niklas Luhmann e a teoria sistêmica; 3.2. Teoria dos sistemas sociais: o sistema como comunicação; 3.3. Sistemas sociais como formas autopoieticas da comunicação; 3.4. Contingência e dupla contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção; 3.5. Risco e perigo: de Ulrich Beck a Niklas Luhmann; 3.6. O risco a partir do segundo observador: da mera causalidade à imputação penal; Conclusão: A análise do risco a partir do processo de imputação, não de causalidade; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo investiga os crimes de perigo a partir da análise do expansionismo do direito penal (o que gerou o denominado Panpenalismo), bem como a sua conseqüente antecipação de tutela. Especificamente, investiga os crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, a fim de criticar a tipificação de condutas que não ofendem bens jurídicos.

Diante da importância da função do bem jurídico na atuação do direito penal, torna-se imprescindível a constante observação do seu conceito e evolução contextual funcional, objeto de análise do presente estudo, que se torna ainda mais interessante devido às mudanças paradigmáticas ocorridas pelo fenômeno da neocriminalização, advinda da expansão (sensitiva) da sociedade de risco, cuja antecipação irrestrita da tutela penal não se demonstra capaz de fundamentar uma tipicidade à luz de um Estado Democrático de Direito, sem que ofenda os princípios da legalidade, da lesividade e da intervenção mínima do Direito Penal.

A importância de referida análise justifica-se pelo fato de a antecipação da tutela penal de forma ilimitada acabar por tratar como sinônimos dois institutos distintos em sua essência, quais sejam, o risco e o perigo. Além disso, tal antecipação, na maioria dos

casos, é fundamentada por uma busca à seguridade, o que reflete outro grande problema: utilizar como parâmetro na distinção conceitual do risco um termo frágil em sua essência, o que é bastante refutado por Niklas Luhmann em seus estudos sobre a sociologia do risco.

A problematização levantada pelo presente estudo concretiza-se na seguinte indagação: a mera probabilidade de perigo, baseada em um juízo *ex ante* (PÉREZ, 2013, p. 4) quanto à periculosidade da ação, isto é, o mero perigo de perigo concreto, sem que resulte em ofensa alguma ao bem jurídico, justifica, legitimamente, a violenta intervenção do direito penal?

A razão de ser de referida problematização explica-se pela urgência em criticar o excesso do expansionismo penal, que representa, em não raras situações, um direito penal simbólico, na medida em que busca na legislação penal uma solução fácil e rápida (ao menos aparentemente) aos problemas sociais. Ocorre que o mencionado posicionamento acaba por deslocar para o plano simbólico o que deveria ser solucionado no plano instrumental, isto é, da proteção efetiva. Nesse sentido, diante da insegurança decorrente da sociedade de risco, o direito penal altera, frequentemente, a sua dogmática (HASSEMER, 2001, p. 54), distanciando-se da sua função inicial para, sob um argumento falho, buscar uma pretensa seguridade.

A presente investigação está dividida em três partes. Na primeira parte, será analisado o bem jurídico nos crimes de perigo, a partir da contextualização do pós-segunda guerra mundial, cujas consequências provocaram a grande insegurança na sociedade, surgindo, então, a indústria do medo. A partir desse temor e maior sensibilidade ao risco (BOTTINI, 2011), a sociedade passa a clamar por segurança, o que é respondido pelo Estado através da excessiva antecipação da tutela penal. Em seguida, será vista a necessária relação entre a dogmática e a política criminal, como meio de não permitir o isolamento do discurso jurídico penal.

Posteriormente, será investigado o giro conceitual da ideia do objeto da tutela penal, no sentido de compreender a discussão gerada entre os defensores do bem jurídico e os da norma penal como referido objeto. Proceder-se-á, então, à análise do conceito

material do delito como limitação ao legislador, enfatizando que a penalização de uma conduta importa uma legitimação distinta da mera discricionariedade.

Na segunda parte, será investigado o crime de perigo, especificamente quanto à antecipação da tutela penal para antes da lesão ao bem jurídico. Para tanto, será estudado o fenômeno do Panpenalismo, isto é, a nova forma de atuar do Direito Penal após referida hipersensibilidade (da sociedade) ao risco, o que provocou o expansionismo penal como demanda social.

Ainda, será estudada a evolução do perigo na dogmática penal, para, então, seguir com a classificação dos tipos penais. Posteriormente, será investigado o perigo abstrato, construindo o seu conceito para, em seguida, passar às críticas: o perigo abstrato surge como uma tipificação do Estado na tipificação do medo gerado à sociedade a partir do pós-segunda guerra. Por último, será analisado o perigo abstrato na jurisprudência brasileira (STF e STJ), principalmente sobre o porte de munição e de arma desmuniçada/discapacitada.

Na terceira parte, será investigado o risco e o perigo sob o marco teórico do sociólogo Niklas Luhmann. Inicialmente, será analisada a teoria dos sistemas sociais, que possui como elemento propulsor a comunicação. Posteriormente, será feita a distinção entre dois sociólogos que se ocuparam de estudar a teoria do risco, quais sejam, Ulrich Beck e Niklas Luhmann.

Antes de referir-se propriamente ao pensamento luhmanniano, será analisado, ainda que brevemente, a importância do pensamento de Ulrich Beck (BECK, 2008), quem cunhou a expressão sociedade de risco, e quem primeiro definiu cientificamente o conceito de risco. Posteriormente, será destacado o grande equívoco do estudo do risco em Beck, que é tratar indistintamente os conceitos de risco e perigo ao escolher a distinção risco X seguridade (BECK, 1996, p. 206), o que será enfaticamente combatido por Luhmann.

O desejo à seguridade, pela população, não deve confundir-se com a consequência lógica da intervenção do Direito Penal, isto é, não é correto proceder com as seguintes correlações: não intervenção penal – perigo; intervenção penal – seguridade, pois a seguridade não se apresenta como um parâmetro confiável de observação, exatamente

pela existência do que Luhmann conceituou como “contingência”: nada é necessário, mas também não é impossível.

Após a apresentação de tal perspectiva, a presente investigação buscará provar que nem toda ação arriscada é perigosa; e que nem toda ação perigosa é arriscada, devendo-se evitar tratamentos confusos e arbitrários a tais conceitos. É importante enfatizar que o processo de atribuição se dá apenas a partir do risco, ou seja, para o Direito Penal, importa apenas (pelo menos, assim deveria ser!) a análise sob a perspectiva do risco.

1 O BEM JURÍDICO NOS CRIMES DE PERIGO

1.1 Pós-guerra, globalização e indústria do medo: a antecipação da tutela penal como demanda social

Inicialmente, antes de se ater propriamente ao mérito do assunto sobre o bem jurídico, importante realizar uma localização contextual, haja vista ser a História um dos mais importantes elementos explicativos dos fatos sociais. No século XX, o mundo ocidental passou por inúmeras transformações em diversas áreas, das quais destacam-se três: A) a tensão pós guerra (principalmente, pós Segunda Guerra Mundial, devido à Guerra Fria); B) O grande desenvolvimento tecnológico; C) estudos da Sociologia acerca da conceituação do risco.

Essas novidades estavam todas relacionadas umas às outras, pois, com a Guerra Fria, e o grande desenvolvimento tecnológico do período (com a construção em massa de armas e maquinários de grande porte), instaurou-se um constante medo de eclosão de uma guerra nuclear, o que levou a uma maior sensibilidade à existência do risco e do perigo. O perigo tratado de forma objetiva, isto é, em termos de ilícito-típico, sofre um longo interregno, retornando o seu estudo apenas no pós 2ª guerra mundial. Somente em 1969, no X Congresso Internacional de Direito Penal, os crimes de perigo ganharam espaço na dogmática penal. Na oportunidade, Horst Schröder, durante a discussão no Colóquio Preparatório, queixou-se de que ao longo de cinquenta anos ninguém tenha estudado na Alemanha sobre os crimes de perigo abstrato (COSTA, 1992, p. 584).

Acerca da maior sensibilidade à existência dos riscos, Pierpaolo Cruz Bottini (2011) afirma que a sociedade contemporânea não é caracterizada por um maior risco existente, mas sim pela ampliação da sensação do mesmo; e que, seja pelas incertezas científicas sobre as técnicas e produtos que nos são ofertados diariamente, seja pela intensa cobertura feita pela mídia sobre acidentes e catástrofes, há uma sensação de insegurança maior, há um sentimento de proximidade do risco, o que abre espaço para um discurso de antecipação da tutela penal: a política de proibir comportamentos perigosos, mesmo que não causem resultado algum, como consequência desse clamor por maior segurança.

Além dessa relevância ao medo, com as novas investigações da Sociologia, chegou-se a uma conclusão que provocou uma revolução paradigmática na teorização do risco: descobriu-se ser algo inatingível, imprevisível e que necessariamente existiria, isto é, passou a ser concebido como uma grandeza imensurável, o que não era conhecido anteriormente (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

Nesse contexto de pós-guerra, visando a superar a crise provocada pelas disputas bélicas em diversos países, o Estado passou a intervir mais intensamente, o que provocou uma expansão (conforme será analisado no próximo capítulo) na atuação do direito penal: bens jurídicos que outrora não eram interpretados como relevantes à tutela penal passaram a receber a sua atenção. Ainda, houve a expansão de tipos penais cujo sujeito passivo não seria a pessoa individualizada, mas sim toda a sociedade, isto é, a coletividade, em uma tentativa estatal de restaurar o equilíbrio social maculado com as destruições bélicas.

1.2 O conceito material do delito como limitação ao legislador

O legislador jurídico-penal possui como uma das suas maiores preocupações, genericamente, a análise material para que um comportamento seja relevante ao seu poder sancionador, isto é, a análise do conceito material do delito. E nesse aspecto é importante ressaltar a salutar limitação que lhes é imposta: a penalização de uma conduta importa em uma legitimação distinta da mera discricionariedade. Pois bem, qual seria essa limitação ao poder de punir?

A dogmática penal e a teoria do crime impõem um limite ao *jus puniendi* (BRANDÃO, 2012, p. 181), isto é, ao poder-dever de punir, cuja titularidade pertence apenas ao Estado. Nesse sentido, em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal está limitado a situações em que este seja indispensável (refletindo a ideia dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e intervenção mínima). Para descobrir o que é compreendido como indispensável à referida intervenção é importante conhecer o objeto do Direito Penal.

É imperioso destacar a origem, no direito penal alemão, da referida limitação à atuação jurídico-penal, qual seja, a adoção da teoria do bem jurídico. Após a segunda guerra mundial, chegou-se ao consenso de que o direito penal deveria tutelar apenas bens jurídicos concretos, deixando de lado (isto é, como irrelevantes jurídico-penais) convicções políticas, morais, religiosas e ideológicas.

Apenas a título exemplificativo (ROXIN, 2009, p. 12) de referida mudança paradigmática, destaca-se uma importante alteração no Código Penal alemão: o capítulo “Delitos e contravenções contra a moralidade” passou a ser denominado, no pós-guerra, “Fatos puníveis contra a autodeterminação sexual”, evidenciando, claramente, que a moralidade já não seria mais relevante à seara penal, por não ser um bem jurídico.

Outrossim, Roxin (2004, p. 3) ressalta:

“Na Alemanha, o homossexualismo entre homens adultos era severamente punido até 1969. Mencionava-se não raro a ‘estrutura heterossexual das relações sexuais’ como bem jurídico protegido. Não se pode legitimar um tal dispositivo penal desta maneira. É verdade que, de um lado, a finalidade de lei – somente permitir relações heterossexuais – é acertadamente descrita. Mas deixa-se justamente de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica”.

Da mesma forma, excluiu do universo dos bens jurídicos os tipos penais arbitrários, como, por exemplo, a reverência ao chapéu de Gebler, pois isso nem serve para a liberdade do indivíduo em um Estado liberal nem para a capacidade funcional de um sistema social baseado em tais princípios, não protegendo bens jurídicos quaisquer, sendo, pois, inadmissível; os tipos penais de finalidade puramente ideológica, como, por exemplo, a manutenção da pureza do sangue alemão (base para a proibição nacional-socialista da denominada vergonha racial), que também não representa um conceito material de delito de um Estado liberal; as meras imoralidades (conforme descrito na citação anterior), cuja tipificação apenas restringiria a liberdade do indivíduo, sendo nociva para a capacidade funcional do sistema social na medida em que criaria conflitos desnecessários ao estigmatizar pessoas socialmente integradas (ROXIN, 1997, p. 56).

Ou seja, não importa a opinião pessoal do legislador, não haveria mais tal discricionariedade, mas tão somente a necessidade de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal. Nesse contexto, faz-se mister, para a atuação do Direito Penal conforme a um estado democrático de direito, a afetação do bem jurídico. A norma não poderá proibir (e, pois, não poderá haver pena) as condutas que não afetam o bem jurídico, isto é, nos casos em que o tipo legal tenha se configurado, mas o bem jurídico não tenha sido afetado (baseado no entendimento da proibição da norma conglobada à ordem normativa), não restará configurada a tipicidade penal.

A única razão para a proibição de uma norma reside nos efeitos do ato proibido, enquanto desfavoráveis à vida do direito. Assim é que a norma penal representa uma tentativa de resguardar, contra ataques futuros, os bens jurídicos, tornando-os invioláveis (KAUFMANN, 1976, p. 26). Por isso é que se fala que nos casos em que o bem jurídico não tenha sido afetado não restará concretizado o juízo de tipicidade, exatamente pelo fato de a conduta não ter sido desfavorável ao direito, o que, por si só, já retira a razão de ser de uma norma penal.

Muito é afirmado acerca dos bens jurídicos, inclusive muito se afirma sobre a sua definição. E é exatamente sobre a sua definição, tão vaga, que reside um dos maiores impasses acerca do conceito material do delito. A título exemplificativo, trata-se o bem jurídico como bem vital, interesse jurídico, unidade funcional valiosa e valores

imprescindíveis para a ordenada convivência humana. Ora, tais definições são bastante imprecisas, o que resulta em um universo completamente discricionário ao legislador, quando, em verdade, viu-se que o conceito material do delito deverá funcionar (isso sim!) limitando-o. Outro exemplo de uso vago sobre a definição do bem jurídico será analisado na segunda parte da presente pesquisa, quando da análise do julgamento dos crimes de perigo abstrato pelos tribunais superiores brasileiros.

1.2 O pôr-em-perigo do direito penal mediante o direito penal do pôr-em-perigo: o fim da proteção de bens jurídicos?

A partir da expansão da sociedade de risco houve uma quebra na linearidade funcional do direito penal, na medida em que se passou, também, a buscar não apenas a tutela dos bens jurídicos, mas também o controle dos riscos, em uma clara interferência preventcionista. Ou seja, passou-se a inibir certas ações antes mesmo da ofensa direta ao bem jurídico (função tradicional do direito penal), quando, então, o desvalor do resultado dá lugar ao desvalor da ação.

A esse novo fenômeno político criminal, deu-se o nome de administrativização do direito penal, cuja incidência, segundo Jesús María Silva Sánchez (2011, p. 145), tem provocado muitos problemas na política criminal:

É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de administrativização em que, em nosso juízo, está imerso o direito penal. Isto poderia ser levado ainda mais longe: afirmando não só que o direito penal assume o modo de raciocínio próprio do direito administrativo sancionatório, mas também que se converte, inclusive, em um direito de gestão ordinária de problemas sociais.

Apenas a título brevemente introdutório, visto não se tratar do objeto central da presente pesquisa, importante explicar referida expressão:

“A administrativização do Direito Penal torna a lei penal um regulamento, sancionando a inobservância a regras de convivência da Administração Pública, matérias antes de cunho disciplinar. No seu substrato está a concepção pela qual a lei penal visa antes a ‘organizar’ do que a proteger, sendo, portanto, destituída da finalidade de consagrar valores e tutelá-los” (REALE JÚNIOR, 2002, p. 21).

Ou seja, o direito penal protege bens jurídicos predeterminados pelo Estado como relevantes penais. Por outro lado, as meras infrações da regulação estatal, que não protegem bens jurídicos preexistentes, mas tão somente demonstram o poder de mando público em busca da ordem, devem ser punidas sim, mas com sanções não criminais, posto que irrelevantes ao objeto do direito penal.

Outra crítica acerca da expansão da tutela penal diz respeito à questão da obrigatoriedade (ou não) de o legislador sancionar uma conduta que lese um bem jurídico. A dúvida paira sobre quando proteger um bem jurídico através do direito penal e quando protegê-lo através do direito não penal, tendo prioridade a proteção extrapenal eficaz. Ou seja, a proteção de bens jurídicos não é responsabilidade apenas do direito penal, sendo objeto também de todo o ordenamento jurídico. A importância de referido questionamento reside no fato de que de nada adiantam uma teoria do delito bem desenvolvida e um processo penal garantista se é punido um comportamento que a rigor não deveria ser punível.

Ressalta-se, então, o princípio da subsidiariedade, segundo o qual caberá ao direito penal a solução de um conflito apenas quando falhar todos os meios civis, isto é, ele deverá ser a última entre todas as medidas protetivas existentes. Dessa subsidiariedade do direito penal, conclui-se, então, que: a) a pena figura como a *ultima ratio* da política social; b) sobre a natureza fragmentária do direito penal, cuja tutela recai apenas em uma parte dos bens jurídicos, e ainda assim apenas quando estes forem ofendidos.

Acerca da subsidiariedade do direito penal, Roxin (2004, p. 2) explica:

“A finalidade do direito penal, de garantir a convivência pacífica na sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas. O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extra-jurídicas”.

Outrossim, vale lançar mão de um olhar preocupado e crítico quanto à referida expansão do direito penal, na medida em que, ao invés da busca pela mínima intervenção de ferramenta deveras agressiva (o direito penal), parece haver um movimento contrário de necessidade da criminalização cada vez maior (criação de novos tipos penais, endurecimento das penas e, ainda, interpretação de existência de risco em ações onde, por si só, não mereceriam tal atenção da tutela penal).

Nesse sentido, Hassemer (1997, p. 34) afirma que, diante da insegurança decorrente da sociedade de risco, o direito penal altera, frequentemente, a sua dogmática (direito penal simbólico), distanciando-se da sua função inicial para, sob um argumento falho, buscar uma pretensa seguridade. Em verdade, conforme será analisado na terceira parte, Niklas Luhmann defende a incerteza do futuro, uma vez que é dominado pela contingência, ou seja, aquilo que não é necessário, mas também não é impossível. Assim, seguridade nunca deveria ser parâmetro nem fundamento para a tutela penal, conforme será visto posteriormente. O que resulta, então, que referido afastamento do seu escopo principal faz com que o atuar do direito penal atual abra espaço para a flexibilidade de seus institutos, gerando um ambiente maculado pela insegurança jurídica e descrença na política criminal.

2 CRIMES DE PERIGO: A TUTELA PENAL ANTERIOR À LESÃO DO BEM JURÍDICO

2.1 O panpenalismo: um novo objeto do direito penal ou uma ressignificação do bem jurídico?

Inicialmente, a despeito da consolidação de um Direito Penal mínimo, começou a destacar-se uma tendência de introdução de novos tipos penais e de agravamento dos já existentes, o que ficou conhecido por expansão do direito penal. Além disso, referida tendência também foi marcada pela criação de novos bens jurídicos penais, pela ampliação dos espaços de riscos penalmente relevantes e pela flexibilização dos princípios político – criminais.

Em outras palavras, na contramão de movimentos sociais restritivos da tutela penal, começa a ganhar força o expansionismo penal, que muito é influenciado pela criação de novos tipos penais. Essa inovação recai, sobretudo, no âmbito do Direito penal econômico e do meio ambiente, que reconhecem, cada vez mais, novos bens jurídicos coletivos, cuja proteção deve se dar não só contra lesões externamente perceptíveis, mas (e cada vez mais!) contra qualquer ação com mera tendência à lesão (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 9), ou seja, o que entendem por algo muito provável de se aproximar de uma lesão concreta.

Parcela da doutrina enxerga esse expansionismo como resultado da perversidade governamental, na medida em que busca na legislação penal uma solução fácil aos problemas sociais, deslocando para o plano simbólico o que deveria ser solucionado no plano instrumental, isto é, da proteção efetiva. Assim é que, em muitos tipos penais modernos, a exemplo da gestão temerária - prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/1986 -, o legislador recorreu ao Direito penal com o objetivo de produzir na sociedade o efeito meramente aparente de que, com a criminalização de determinadas condutas, haja a solução eficaz: o fim pedagógico – educativo de a população enxergar aquilo como algo contra a norma geral, além de perceber uma tomada de posição e atitude do Estado ante aquela conduta condenável. Ou seja, são tipos penais criados mais para publicidade (standard) do que para finalidades e soluções efetivas.

Esse expansionismo do Direito Penal, em geral, visa a solucionar ou a atenuar, ao menos simbolicamente, a insegurança da sociedade pós-industrial, conhecida por sociedade do medo. Para a corrente que critica referido expansionismo, o mesmo deixa à deriva as garantias clássicas do Estado de Direito, que passam a ser interpretadas como rígidas demais, devendo haver a sua flexibilização. E foi (e continua sendo!) exatamente essa pretensão que provocou, de forma ilimitadamente irracional, o surgimento de uma demanda excessivamente punitiva.

Pode-se apontar como causas principais do expansionismo os novos interesses surgidos e a restrição progressiva do risco permitido, o que origina novos bens jurídicos penalmente relevantes (ou forma diferente de interpretar antigos bens jurídicos); a efetivação de uma sociedade do risco, o que será analisado posteriormente; a presença constante da sensação de insegurança na conhecida “Sociedade do medo”, o que também será observado quando da análise da evolução do risco e do perigo. Importante destacar que referidas causas apresentam-se, também, como características das sociedades pós-industriais, universo temporal da presente pesquisa.

Outra causa (do expansionismo penal) é a identificação social com a vítima, em detrimento do autor do delito, ocasionando uma opinião pública voltada mais para o justiceiro do que para o legislador. Nesse sentido, alguns autores entendem a pena como instrumento de superação da vítima, na medida em que a sociedade, por não ter sido capaz de evitar o delito, assumiu uma dívida com a vítima, que será paga com o castigo do autor do delito. De uma maneira mais ampla, isto é, de o Estado pagar essa dívida a toda a sociedade, é que ganha força a figura do bode expiatório, como muito bem leciona Antoine Garapon (1997, p. 94):

"Os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir, novamente, no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório, que se imaginava esquecido em tempos remotos".

Nesse sentido, ganha força um Direito Penal Político, assim denominado por representar uma tentativa de demonstração de uma atuação estatal efetiva. Destaca-se, também, um Direito Penal Emergencial, voltado à exigência social geral pela forma mais estereotipada do direito penal, qual seja, a punição. Ora, é inegável a nocividade de referido meio de atuação, uma vez que a necessidade de atender aos anseios sociais de urgência faz com que surjam leis absurdamente imperfeitas, que têm o condão de gerar manifesta impunidade (HIRECHE; OLIVEIRA, 2013, p. 272).

O que resulta de ambas as formas de atuação penal é um Direito Penal Simbólico, haja vista estruturar-se sob alicerces populistas, revestido de maiores e mais severas sanções sem, contudo, estruturar-se com efetividade, isto é, sem atingir as finalidades primeiras de um direito penal: a proteção efetiva a bens jurídicos, e não a produção de um resultado de tranquilidade ante o temor e sensação de insegurança das pessoas, o que representa a mitigação de um Direito Penal Mínimo. Acerca do populismo penal, Roxin (2002, p. 40) é bastante enfático em sua crítica quando afirma que a lei não deverá ser utilizada para reformas sociais, mas tão somente para elaborar e ordenar a coexistência de liberdades, garantindo assim todas as exigências garantistas.

As causas supramencionadas do expansionismo do Direito Penal são impulsionadas por dois fenômenos corolários das sociedades pós-industriais, quais sejam, a globalização econômica e a integração supranacional. Isso se justifica pelo fato de o universo delincente de ambos os fenômenos exigir uma reação jurídica penal, o que facilita, ainda mais, a destruição conceitual da teoria do delito. Nesse sentido, Silva Sánchez (2012) realizou um prognóstico, em 2001, sobre o futuro do Direito Penal: menos garantista e com uma maior flexibilização das regras de imputação e das garantias político criminais. Hoje, o que se percebe é o seu acerto, na medida em que resta evidenciada, de fato, uma expansão do Direito Penal e uma expansão do uso da pena de prisão em praticamente todo o mundo.

2.2 A crítica do discurso de resistência à modernização do direito penal em oposição à Escola de Frankfurt

Em meados do século XX, surge, sob a liderança de Hassemer, a Escola de Frankfurt, que passou a criticar bastante a nova forma de atuação do Direito penal. O seu fundamento era o da ofensa aos princípios do Estado de Direito, na medida em que as novas legislações passaram a pretender reagir a desenvolvimentos sociais defeituosos, para os quais nenhum ser humano individual seria portador de responsabilidade, mediante a imputação de culpabilidade, além de entenderem que a antecipação da punibilidade seria intolerável em uma sociedade liberal. Por esses motivos, a Escola de Frankfurt exige uma limitação ao Direito Penal, de acordo com os ideais do século XIX.

Na contramão da escola alemã, críticos, dentre eles Bernd Schünemann (para quem a crítica de referida Escola representava um discurso de resistência contra a modernização do Direito Penal), Luis Gracia Martin (para quem a referida crítica de Frankfurt representava um discurso contra a modernização, a despeito de ultraliberal) e Kuhlen, passaram a questionar os seus argumentos, no sentido de que a modernização da sociedade, e sua conseqüente modernização na criminalidade, urgia por uma modernização no Direito Penal. Assim, defendem que as transformações sofridas pela sociedade industrial desenvolvida forçava uma mudança de perspectiva em relação a vários pontos, dentre os quais em relação aos seus protagonistas (agente ativos dos delitos) e à distinção entre bens jurídicos coletivos puros e bens jurídicos aparentes.

Convém ressaltar que, de um modo geral, acerca da modernização do Direito Penal, há duas correntes: os que a rechaçam (a exemplo de Silva Sánchez e, mais radical, a Escola de Frankfurt) e os que a defendem (como Schünemann, Luis Gracia Martin e Kuhlen). Assim é que uma grande parte da doutrina defende a legitimidade de novos conteúdos pelo Direito penal, bem como de sua extensão a novos âmbitos, enquanto uma outra parte de doutrinadores rechaça bastante essa modernização expansionista.

Pois bem, todos esses fenômenos sociais, jurídicos e políticos relatados anteriormente provocaram o expansionismo do Direito Penal. Concluindo essa breve localização histórica, forçoso afirmar que uma expansão da tutela penal é inevitável, haja vista consistir o Direito Penal em um componente da sociedade que se moderniza permanentemente de qualquer jeito.

Assim, deve-se rechaçar a todo custo o discurso de resistência à sua modernização, pois insustentável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas atuais (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 33). Contudo, deve-se levar sempre em conta a medida do limite dessa ampliação, a fim de não transformar uma evolução natural em algo excessivo e nocivo às garantias duramente conquistadas pelos povos ao longo dos anos. Nesse sentido, Gimbernat afirma que a modernização do Direito penal não implica o abandono dos conceitos fundamentais da Teoria do delito, exatamente porque os mesmos também estão permanentemente, e inevitavelmente, desenvolvendo-se e aperfeiçoando-se (GIMBERNAT ORDEIG, 2001, p. 356).

2.3 O risco e o perigo no direito penal

Com a globalização e o seu inerente avanço tecnológico, a sociedade viu-se diante de uma nova realidade, até então não muito conhecida: uma sociedade do risco. A maior percepção social dos riscos dissemina uma sensação de insegurança, que influencia a opinião pública: são as chamadas “inseguranças manufaturadas” (MACHADO, 2005, p. 61).

É nesse contexto que o direito tradicional começa a mostrar-se frágil em conter a nova criminalidade do risco, quando, então, rapidamente, começa a surgir uma nova demanda de modelos jurídicos, haja vista que o modelo Ilustrado não consegue mais satisfazer a sociedade do risco. A partir dessa nova demanda geral, o Estado responde com um Direito Penal cada vez mais punitivo, preventivo e generalizado, o que pode ser verificado, por exemplo, na crescente abundância de tipos penais de perigo, com ênfase nos de perigo abstrato, contrapondo-se, claramente, ao Direito Penal Liberal Ilustrado, cujo paradigma é o tipo penal de dano.

Nesse sentido, Hassemer (2001, p. 54) afirma que o:

“[...] instrumento do moderno Direito Penal, o qual serve claramente a uma ampliação de sua capacidade, é a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato. Uma breve análise do Código Penal

já nos adverte que o crime de perigo abstrato é a forma delitiva da modernidade. Os crimes de perigo concreto ou os crimes de dano parecem estar ultrapassados”.

Outrossim, Urs Kindhäuser (1996, p. 11) enfatiza que o Direito Penal contemporâneo busca retirar o delito de lesão do centro de sua tipologia conceitual, deslocando para este lugar o delito de exposição do bem jurídico tutelado a perigo abstrato, ou seja, o delito de perigo abstrato, combatido nos tipos penais de perigo abstrato.

Ocorre que a antecipação da tutela penal é carente de fundamento preciso, o que acaba por colocar em risco os princípios da *ultima ratio* e da lesividade. Ora, em não se tratando de uma sociedade detentora de mecanismos de precisão da transformação do perigo em dano efetivo, a catástrofe de Ulrich Beck (como na ficção[!] Minority Report, onde, no ano de 2054, um sistema permite que crimes sejam previstos com precisão, o que faz com que a taxa de assassinatos caia para zero. Nesse sistema, equipes previam o crime, chegavam ao local e prendiam o “criminoso” antes que ele praticasse o crime; o mesmo seria responsabilizado pelo crime que não cometeu, mas que iria cometer caso a equipe não chegasse a tempo), torna-se incoerente a responsabilização pelo perigo do perigo.

Pierpaolo Bottini (2011, p. 88) entende que o Direito Penal passou a enfatizar a prevenção, antecipando a sua tutela para momento anterior à ofensa efetiva do bem jurídico:

“O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independente de suas consequências concretas”.

Somado a todo o exposto anteriormente, importante destacar, ainda, a relevância do estudo do risco, no século XX, pela Sociologia, o que provocou uma nova forma de enxergá-lo. Referido estudo ganhou força a partir da investigação sobre o risco da destruição do planeta, principalmente o da energia nuclear, o que provocou novas reflexões sociais (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

Essa nova forma de enxergar o risco – a sua sistematização enquanto instituto – passou a ser objeto de interesse de diversas áreas, como, por exemplo (posto ser o que mais interessa à presente investigação), o Direito Penal. Especificamente, esse novo paradigma do risco guarda estreita relação com a tipicidade penal, cuja fundamentação passou por uma expansão nunca antes concebida.

2.4 A evolução da ideia do perigo na dogmática penal

A noção de perigo é, há muito tempo, bastante conhecida, ou seja, antes mesmo de sua sistematização atual já havia formalizações acerca do seu sentido. Aristóteles (2005, p.174), em sua Retórica, trazia a conceituação de perigo, que representava a proximidade do que é temível, sendo vinculado ao medo exatamente por este expressar a situação aflitiva que abate a pessoa quando da percepção de referida aproximação.

No Direito Romano, interpretava-se o perigo conforme um mal iminente (perceptível pela reta razão), contra o qual poderia um cidadão defender-se estando isento de responsabilidade. Nesse sentido, o afastamento do perigo surgia como uma causa de exclusão de ilicitude, isto é, uma reação conforme à atitude esperada de um homem que agisse com prudência (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

Importante destacar que, em ambas as épocas, a normatização do perigo não incidia nos elementos do crime, e sim nas circunstâncias. Ou seja, era uma interpretação extrínseca à forma (ao tipo), sendo analisado casuisticamente: o Digesto traz como exemplo de legítima defesa o caso de alguém matar um escravo de terceiro que iria roubar-lhe; nesse caso, o proprietário do escravo não teria direito à indenização, pois aquele (quem matou o escravo) agiu em face de um perigo que surgia. Até a Idade Média,

toda a absorção do conceito de perigo pelo Direito Penal é realizada de forma casuística, para excluir alguém da própria responsabilidade.

A sistematização do perigo no Direito só ocorreu com a cientificação do próprio Direito Penal, o que se deu apenas quando da formulação do princípio da legalidade por Paul Johann Anselm von Feuerbach, no início do século XIX. No entanto, a responsabilidade imediata de referida sistematização deveu-se a Karl Binding, considerado o primeiro autor que sistematiza o conceito de perigo dentro de uma teoria do crime.

Binding analisa o perigo à luz do conceito de bem jurídico: pelo fato de este ser ofendido por lesão ou por perigo, ele, então, distinguiu os crimes de lesão dos crimes de perigo. Essa sistematização recebeu grande influência do Positivismo (Binding era positivista jurídico): a lei passa a ser o objeto da investigação científica, sendo através dela (a lei) que se extrai a norma. Um ponto bastante importante do estudo de Binding é o bem jurídico como ideia central, o que o fez relacioná-lo com o perigo. Assim, a ideia de bem jurídico aqui é muito importante para entender essa sistematização: A) Crimes de dano, quando há a produção efetiva de um dano; B) Crimes de perigo, quando há uma situação de perigo de dano.

Concluindo o ciclo evolutivo da absorção do perigo pelo Direito Penal, imprescindível mencionar a grande contribuição de Max Ernst Mayer, que, diferentemente do pensamento positivista de Ernst von Beling (quem conceituou a tipicidade como elemento do crime, e segundo uma percepção puramente objetiva, isto é, valorativamente neutra, sendo o tipo penal apenas uma moldura descritiva de um comportamento proibido, estando a ação fora do tipo penal), estudou o tipo penal sob o viés do Neokantismo. Nesse sentido, Mayer entende a ação como o núcleo do tipo penal, isto é, deverá ser analisada na própria tipicidade.

Assim, a grande contribuição de Mayer, no âmbito da tipicidade, foi exatamente deslocar a ação para o tipo. Pois bem, a essa altura (a ação analisada no tipo penal), é que se pôde começar a falar em tipos penais de dano e tipos penais de perigo, ou seja, ao Direito Penal é relevante tanto a ação que lese um bem jurídico (delito de lesão), como a ação que o ponha em perigo (delito de perigo) (MAYER, 2007, p. 161).

Após essa análise da evolução do perigo como conceito relevante ao Direito Penal, importante destacar a evolução de um outro conceito, comumente confundido com aquele: o risco. Importante destacar que uma análise detalhada do risco será realizada na quarta parte da presente investigação, quando será observada a distinção entre duas visões acerca do seu conceito: a teoria de Ulrich Beck e a teoria de Niklas Luhmann.

É cediço que há uma intensa discussão acerca dos crimes de perigo, principalmente sobre os crimes de perigo abstrato, alvo, inclusive, de críticas acerca de sua constitucionalidade. Pois bem, percebe-se que o fundamento preponderante de referidas críticas, embora muitas vezes não haja consciência de tal fundamento, é a grande confusão que se faz entre os conceitos de perigo e de risco, sendo a inserção do perigo no Direito Penal ainda realizada de forma pouco preocupada, metodologicamente falando. E isso é muito compreensível, haja vista haver doutrina bastante conhecida que se utiliza dessa confusão como, por exemplo, a de Ulrich Beck, que já foi adotada por diversos ordenamentos, inclusive o ordenamento penal brasileiro.

2.5 Classificação dos tipos de perigo

Os tipos de perigo são, em verdade, instrumentos da antecipação da tutela penal. Nesse sentido, o fato apenas supõe uma ameaça mais ou menos intensa para o objeto da ação (ROXIN, 1997, p.336). São subdivididos, conforme a aproximação do resultado à lesão efetiva, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Os tipos de perigo concreto são aqueles em que o perigo não é presumido, devendo ser comprovado que houve exposição a uma situação de risco em face da conduta do sujeito. Essa exigência de comprovação decorre do fato de, nesses tipos penais, o perigo integrar o tipo, como elemento normativo. Segundo Mir Puig (2005, p. 233), a lei requer a criação de uma efetiva situação de perigo, que estaria concretizada quando o resultado da ação guardasse grande proximidade a uma lesão concreta.

Uma grande crítica de Roxin aos delitos de perigo concreto reside na configuração e comprovação de referido resultado de perigo concreto, isto é, o liame entre uma situação normal e a mínima colocação em perigo (perigo este expresso previamente no tipo) é

bastante tênue. E isso porque não há como calcular, objetivamente falando, uma probabilidade de configuração ou não de perigo; isso ficaria a cargo, pura e subjetivamente, da experiência do juiz, ou seja, não haveria nenhum critério objetivo em tal constatação.

Pois bem, se há dúvidas e críticas em relação aos tipos de perigo concreto, nos quais o perigo está prévia e expressamente disposto, com muito mais ênfase haverá questionamentos acerca dos tipos de perigo abstrato, nos quais sequer está expresso, especificamente, o perigo. Por ser alvo de grande embate doutrinário, somada à maior relevância crítica do objeto do presente trabalho, os delitos de perigo abstrato serão analisados em subtópicos em apartado.

2.6 Tipos de perigo abstrato: a intervenção do estado na tipificação do medo

A expressão “delito de perigo abstrato” origina-se do alemão “abstrakte Gerfährdungsdelikte” que, segundo Mendoza Buergo (2001, p. 33), guarda uma contradição em si mesma. Ocorre que a tradução literal seria colocação em perigo abstrato, e, logicamente, se há uma colocação em perigo, esta não poderia se dar de forma abstrata e sim concreta. Nesse sentido, Gonzalo Mourullo (1977, p. 280) afirma que os delitos de perigo abstrato podem ser denominados de perigo presumido, pois perigo é sempre concreto. No entanto, pelo uso, essa nomenclatura já está consolidada na doutrina internacional e nacional.

Os delitos de perigo abstrato são aqueles em que o perigo é inerente à ação, isto é, trata-se de perigo presumido, não havendo necessidade de comprovação. Trata-se de uma presunção absoluta, não admitindo prova em contrário, haja vista bastar à acusação provar que o agente praticou a conduta descrita no tipo para que se presuma ter havido a situação de perigo: em referidos tipos, não há a previsão de qualquer resultado naturalístico, descrevendo apenas o comportamento penalmente relevante, já que a causa justificativa de sua punição supõe um perigo inerente à ação (RÉGIS PRADO, 2011, p. 137).

Conforme Faria Costa (2000, p. 621), enquanto nos tipos de perigo concreto o perigo figura como elemento do tipo, nos de perigo abstrato o perigo figura não como

elemento do tipo, mas como motivação do legislador. É dizer, o perigo, enquanto elemento jurídico-penalmente relevante de uma análise dogmática consequente, só aparece nos crimes de perigo concreto.

Como exemplo, pode-se citar o *tráfico de drogas, o porte de armas, a embriaguez ao volante* etc., cujo tipo descreva apenas a conduta, sem apontar um resultado como elemento do injusto. Na *embriaguez ao volante*, por exemplo, o tipo penal não exige um resultado efetivo, isto é, a lesão ou a morte de alguém, tampouco prevê a comprovação da exposição ao perigo pelo veículo dirigido pelo condutor embriagado. Assim, descreve apenas um comportamento e determina a aplicação da pena, independente do resultado.

Carlos Martínez (2013, p. 4) destaca que, para avaliar o risco nos delitos de perigo abstrato, far-se-á um julgamento *ex ante* a respeito da periculosidade da ação, isto é, antes do evento, através de um juízo hipotético do legislador. Por outro lado, nos crimes de perigo concreto, haverá uma análise *ex post* para julgar o resultado de perigo, isto é, após a conduta do agente. De acordo com Juarez Cirino (2005, p. 40), nos delitos de perigo abstrato, a presunção de perigo é, por si só, suficiente para a sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico tutelado.

Parte considerável da doutrina, a exemplo de Ferrajoli, defende a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, entendendo que deveria haver uma reestruturação destes tipos penais como delitos de lesão ou, no máximo, delitos de perigo concreto. Por outro lado, há quem defenda a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, a exemplo de Cerezo Mir (2006, p. 484), para quem estes delitos são punidos porque, geralmente, põem em perigo um bem jurídico relevante ao direito penal. Assim, haveria uma conexão, ainda que de menor intensidade, com o princípio da lesividade.

Há, ainda, uma terceira corrente, intermediária, na doutrina penal moderna, qual seja, a que defende os delitos de perigo abstrato, porém com uma limitação: a atipicidade da conduta diante de absoluta inoccorrência de perigo ao bem jurídico, o que só poderá ser analisado no caso concreto. Nesse sentido, Silva Sánchez rechaça a presunção de perigo e defende a necessidade de verificação da *periculosidade da conduta* para a caracterização do tipo abstrato.

Outrossim, Pierpaolo Botinni (2012) entende que caberá ao intérprete realizar essa constatação, pois do contrário estar-se-ia diante de condenações por comportamentos inócuos, o que ensejaria um direito penal autoritário, que se preocupa apenas em proteger a validade das normas, ao invés de buscar a punição do crime de perigo abstrato pelo risco causado (e comprovado!). Entendendo como uma provável solução à aceitação da existência do perigo abstrato, ele se posiciona conforme à corrente intermediária, que exige a comprovação da periculosidade no caso concreto.

Em relação a esse entendimento, há que se concordar com a sua crítica, isto é, a punição de crimes sem que reste comprovada a materialidade do perigo poderia ensejar um direito penal autoritário. Contudo, cabe criticar a sua solução proposta, ou seja, a de aceitar os delitos de perigo abstrato apenas quando o intérprete constatar a *periculosidade* da conduta. Ora, o que é essa materialidade da periculosidade pretendida por ele que não um perigo concreto? Se uma conduta é comprovadamente tida como guardiã de certa periculosidade, ela já traz em seu bojo o perigo mínimo exigido para tornar-se relevante ao Direito Penal, ou seja, já se insere na conceituação dos delitos de perigo concreto, sendo desnecessária a classificação outra de delitos de perigo abstrato. Assim, demonstra-se suficiente, como o máximo de abstração aceita em um Estado de Direito, a conceituação em tipo de perigo concreto, dispensando-se então o perigo abstrato. Ou seja, em se comprovado a existência mínima de perigo, aloca-se tudo no mesmo universo: o perigo concreto.

Nesse sentido, Roxin critica o posicionamento de Cramer, o qual entende o perigo abstrato como uma probabilidade de um perigo concreto, isto é, pôr em perigo abstrato significa a probabilidade de pôr um bem jurídico em perigo (concreto). Em outras palavras, Cramer enxergava os delitos conforme uma progressão em direção ao dano efetivo: A) Perigo abstrato, como a probabilidade de um perigo concreto; B) Perigo concreto, como a probabilidade de um dano efetivo; C) Dano efetivo. A crítica de Roxin (1997, p. 408) reside exatamente no fato de que essa compreensão acabaria por suscitar em um perigo concreto de intensidade menor e dificilmente determinável. Outrossim, Pierpaolo (2011, p. 116) entende que o perigo deveria designar apenas uma probabilidade de lesão, e não uma probabilidade de perigo.

2.7 Argumentos materiais na determinação normativa dos delitos de perigo

A consagração dos tipos penais é consequência de uma nítida opção legislativa. Aqui é importante ressaltar a diferença entre os concretos bens jurídicos penais e as condutas de perigo de pôr-em-perigo: enquanto nos primeiros já se trata de algo inerentemente determinado (grosso modo, são relevantes penais porque são!), nas condutas de perigo alarga-se a tutela penal, sendo essa expansão da punibilidade exatamente a que se referiu com opção legislativa. Referida opção deverá ser justificada por uma concreta ponderação legitimadora, cuja fundamentação, por sua vez, será obra da inter-relação entre o direito penal e o direito constitucional: a expansão da punibilidade deverá ser ponderada com a consequente restrição dos direitos fundamentais (COSTA, 2000, p. 574). Em outras palavras, trata-se de uma premissa da política criminal, segundo a qual a atuação do direito penal deve trazer consigo uma proporcionalidade entre a violência da conduta e a violência da tipificação e da pena.

Não se quer com essa pesquisa aniquilar por completo a relevância do perigo, tornando-o um irrelevante generalizado, mas tão somente limitá-lo ao proporcionalmente aceitável. Falando em limites, importante destacar a possibilidade de uma dada conduta não referir-se, verdadeiramente, à noção de perigo. Mas como estipular o liame distintivo entre uma situação irrelevante e uma situação perigosa jurídico-penalmente relevante?

No âmbito de tal questionamento, passou-se a demarcar os seguintes limites: A) Limite mínimo, cuja característica principal é a existência da determinação dos resultados, isto é, a aleatoriedade interpretativa é igual a zero; B) Limite máximo, cuja característica principal é a existência de resultados provenientes de puro acaso (universo de todas as probabilidades), isto é, a aleatoriedade interpretativa é igual a cem.

Assim, seria exatamente no interior desse intervalo limitativo que se enquadraria o perigo. A título de exemplo, Faria Costa cita os seguintes casos: A) X dispara à queima roupa sobre Y, matando-o. Nesse caso, não haveria uma situação jurídico-penal de perigo, haja vista a existência de uma situação de determinação ou certeza; B) X dá um pequeno tapa em Y, que sofre um ataque cardíaco e falece. Nessa situação, também não há o que se falar em perigo, pois o resultado decorrente da conduta de X se deu por uma total

indeterminação, isto é, de aleatoriedade tendencialmente igual a cem (COSTA, 2000, p. 595).

Na tentativa de encontrar um critério de racionalidade mínima para a construção de um sentido jurídico-penal vinculante do perigo, Faria Costa defende orientação seguida pela jurisprudência alemã das instâncias superiores, qual seja: “Haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção”, orientação esta embasada pelas regras da experiência ou pelo juízo científico. Deixando de lado, por ora, a evidente e já demonstrada crítica acerca do juízo da probabilidade no perigo (acrescida da questão da contingência, elucidada no próximo capítulo da presente investigação), o posicionamento de Faria Costa mostra-se bastante pertinente, na medida em que traz alguns limites iniciais acerca das situações de pôr-em-perigo.

Assim, por exemplo, não faz sentido tipificar a conduta de porte de munição (ausente a arma), pois, nesse caso concreto, a produção de algum resultado desvalioso não é apenas mais improvável do que provável (o que já ensejaria a não tipificação), mas completamente improvável: Como poder-se-ia ofender algum bem jurídico estando em posse apenas da munição?

2.8 O perigo abstrato na jurisprudência brasileira

Como ponto de partida de referida pesquisa, optou-se pela análise acerca do Estatuto do Desarmamento (**Lei Nº 10.826/2003**, no tocante ao porte de arma incapacitada e ao porte de munição), a fim de elucidar a teorização até o momento argumentada diante de situações na prática, o que, espera-se, torne mais factível a presente defesa.

No tópico 3.6 da presente pesquisa, falou-se da corrente intermediária. Pois bem, uma dúvida poderia surgir: como a sua aplicação interfere na prática? Na decisão, após análise do julgador, de afastar a tipicidade em situações em que não reste comprovada a materialidade da periculosidade. Como exemplo, cita-se o *porte de arma* sem capacidade de funcionamento ou o porte, tão somente, de munição. Atualmente, não há posição

pacificada dos tribunais pátrios (STF e STJ) quanto a essa questão, mas em alguns julgados percebe-se a busca pela referida *materialidade*, isto é, pela comprovada periculosidade da conduta, indicando uma possível mudança de postura.

É o que fica demonstrado, por exemplo, no julgado do STJ¹⁹ que absolveu um réu acusado de porte ilegal de munição, sob o fundamento de que o mero porte municipal sem a arma não tem *potencialidade* para violar o bem jurídico tutelado - a segurança e a integridade dos demais membros da sociedade. É verdade que parte dos ministros afastou a tipicidade por entender que o porte de munição seria *crime de perigo concreto*, no entanto a posição do relator do caso, que caracterizou o crime como de *perigo abstrato* e constatou a falta de materialidade por ausência de *periculosidade* para o bem jurídico, *mostra-se claramente como uma mudança de postura na jurisprudência brasileira*.

Outrossim, em outro julgado do STJ²⁰, sobre o *porte de arma desmuniçada* com munição próxima incompatível com aquele artefato, o relator entendeu que:

"Tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em Direito Penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato".

No âmbito do STF, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.057²¹, deu-se provimento, por maioria de votos, ao RHC. A seguir, por tratar-se de importante fundo teórico relacionado ao tema da presente pesquisa, serão destacados os argumentos dos ministros que votaram pela atipicidade da conduta. Assim, o ministro Sepúlveda Pertence votou pelo deferimento do HC, argumentando que no caso em

¹⁹ HC 194.468, j.17/04/12.

²⁰ HC 118.773 e AgRg no REsp 998.993-RS.

²¹ RHC 81057/SP. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 25/05/2004. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 29-04-2005. Acesso: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102762>, em 10/10/2017.

questão não houve nenhuma menção à disponibilidade de munições no contexto do fato, o que bastaria para que se impedisse a tipicidade da conduta.

Ainda, Pertence esclarece que o seu posicionamento em momento algum põe em dúvida que arma desmuniada ou com qualquer outra incapacidade (por exemplo, enferrujada) podem servir de instrumento de intimidação e caracterizar a ameaça, elementar do roubo. Enfatiza, contudo, que a discussão é sobre a incriminação autônoma do porte de arma que não é arma ou que é uma arma cuja utilização era impossível (especificamente, pela falta de munição disponível).

Acompanhando o voto de Pertence, Cezar Peluso adverte, desde logo, que o bem jurídico penal tutelado pelo tipo de porte ilegal de arma não pode ser identificado com a paz social (o que foi defendido no parecer do Subprocurador), sob pena de se esvaziar a própria categoria dogmática, na medida em que a paz social é atingida sempre que houver um ilícito, independente de ser este de natureza criminal ou não. Outrossim, na seara criminal, a paz social é ofendida em todos os crimes, na medida em que as incriminações pretendem, em última instância, preservá-la ou restabelecê-la.

Superando a identificação de um bem jurídico como relevante ao direito penal (e que mereceria, pois, a sua tutela), importante lembrar que apenas essa identificação não é suficiente. Para restar concretizada uma imprescindível proporcionalidade entre as gravidades da sanção penal e do fato criminoso, é preciso ir além: a conduta deverá ofender ou pôr em perigo o bem jurídico tutelado, ou seja, é necessário que haja um dano, representado por, no mínimo, um perigo.

Peluso conclui o seu voto (dando provimento ao recurso, por considerar atípica a conduta do requerente) distinguindo duas situações: A) arma muniada, quando será possível haver dano ou perigo à incolumidade pública; B) arma de fogo desmuniada, quando não será possível, por si só, ofender (por dano ou por perigo) o bem jurídico em questão. Adverte, ainda, para o frágil argumento dos defensores da tipicidade da conduta em questão: o poder de intimidação, não por si própria, mas em relação à prática de outros delitos. Ora, se tal argumento tivesse sentido, o mero porte de quaisquer objetos cortantes, por exemplo, também deveria ter sido tipificado, dado o seu poder intimidador.

Apesar do provimento, por maioria de votos, ao recurso ordinário em habeas corpus analisado anteriormente, cumpre ressaltar que o posicionamento majoritário do STF e STJ, atualmente, quanto à Lei Nº 10.826/03 (Estatuto do desarmamento), entende ser suficiente a mera ação de possuir ilegalmente munição ou arma incapacitada, independentemente da ocorrência de quaisquer resultados lesivos, pois objetiva-se antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo, assim, a prática de crimes. Apesar de referida postura, há uma quantidade relevante de julgados onde os votos vencidos possuem argumentação semelhante à do julgamento anteriormente analisado, e com fundo teórico semelhante à da presente pesquisa. Assim é que se pode afirmar que há uma clara (apesar de lenta) mudança de paradigma, quanto à interpretação do denominado perigo abstrato, no STF e no STJ.

Assim, para a tipificação penal de uma conduta deverá haver um mínimo de ofensividade, como fator de delimitação de condutas que mereçam reprovação penal. Ainda, importante (e salutar!) ressaltar que lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige-se, pelo menos, uma situação de perigo (SILVEIRA, 2006, p. 163).

3 O DIREITO DA SOCIEDADE NA SOCIEDADE DO RISCO

3.1 Niklas Luhmann (2005, Pp. 23 – 28) e a Teoria Sistêmica

Luhmann assumiu como objetivo acadêmico (e de vida!) a construção de uma grande teoria que abrangesse toda a sociedade e os seus fenômenos sociais. Ao ingressar na Faculdade de Sociologia da Universidade de Bielefeld, indicou o seu projeto de investigação: a elaboração de uma teoria da sociedade, com duração de trinta anos de pesquisa. Assim, escreveu cerca de sessenta livros e 377 artigos, tendo investigado bastante as manifestações sociais. Apenas em 1997 viu ser publicada a obra que constituiu o seu projeto de trabalho durante quase trinta anos, “A sociedade da sociedade”.

Para Luhmann, através da sociedade mundial como sistema macro, distinções funcionais ocorrem em seu interior (entendimento com grande influência da teoria da

autopoiese, do biólogo Humberto Maturana e do médico Francisco Varela), originando diferentes subsistemas. A partir de então, a distinção entre o sistema societal e cada um dos seus subsistemas transforma a sociedade no entorno destes.

3.2 Teoria dos sistemas sociais: o sistema como comunicação

Luhmann analisa a realidade social a partir da distinção entre entorno e sistema, que apenas se constitui e se mantém mediante a criação e a conservação da diferença com aquele. Ou seja, a conservação desse limite é a conservação do próprio sistema.

Luhmann (1991, p. 88) acredita que nenhum indivíduo ou grupo pode ter pleno conhecimento sobre algo, isto é, entende ser impossível algum ser humano alcançar a totalidade social do sentido: “Nenhum sistema constituído pelo sentido pode fugir da plenitude de sentido de todos os processos. O sentido remete a um sentido posterior”. Para ele, além de o sistema não representar uma estrutura fechada, representa algo mais: um convite à reflexão e ao conhecimento de problemas, com um rico cenário de respostas. O sistema da comunicação é bastante complexo, na medida em que esta possui um amplo leque de sentido: o que se comunica a uma pessoa, por exemplo, pode ser entendido com um sentido diferente do pretendido pelo remetente.

Tratando-se do sistema jurídico, a comunicação é estimulada para definir o caráter lícito ou ilícito da conduta. Quando a comunicação jurídica for repetidamente estimulada, o sistema criará uma linguagem especializada que gerará uma expectativa de sentido, ou seja, um terceiro comunicador (observador) indicará a direção normativa.

O sistema é estimulado pelo meio, mas depois não devolve nada para o entorno: há um *input* pelo meio, mas o sistema (por seu próprio funcionamento) poderá ou não dar o *output*, que não vai estimular o meio. Quando o entorno influencia o sistema, a informação será processada dentro do sistema, que não mais vai gerar o *output* determinado; o próprio sistema agora, através de operação exclusiva, vai processar aquela informação.

Para poder falar de sistemas funcionais, será necessário ater-se aos equivalentes funcionais, que representa a distinção a partir da qual será gerado um código binário, que

representará uma qualidade exclusiva de dado sistema, como, por exemplo: a) a Política terá como código binário o poder e o não poder; b) a Economia, ter ou não ter; c) o Direito, lícito e ilícito. Importante destacar e corrigir um erro frequentemente cometido, qual seja, o uso do código binário “direito e não direito”. Ora, o “não direito” já não integra o sistema jurídico, mas sim o entorno.

No sistema jurídico, tudo o que não for lícito ou ilícito fará parte do entorno. Por exemplo, a pena de multa poderá significar o acoplamento estrutural entre a economia e o direito. Contudo, o fato de o acusado ser milionário (entorno do sistema jurídico) será irrelevante ao sistema jurídico, sendo esse fato, pois, considerado não mais que ruído em relação ao mesmo. Por outro lado, entretanto, a economia poderá levar informações ao direito, como é o caso, para utilizar o exemplo dado, da consideração da capacidade econômica do réu, quando da dosimetria da pena, conforme dispõe o artigo 60, *caput* e parágrafo 1º, do Código Penal brasileiro.

3.3 Sistemas sociais como formas autopoieticas da comunicação

Autopoiese é um conceito criado pelos chilenos Humberto Maturana (biólogo) e Francisco Varela (médico), segundo o qual os sistemas vivos são, sobretudo, unidades fechadas (autopoieticas), cuja organização é tal que o seu único produto é si mesmo, não havendo separação entre produto e produtor:

“O ser e o fazer de uma unidade autopoietica são inseparáveis, e isto constitui um modo específico de organização. A característica mais marcante de um sistema autopoietico é que surgem por eles próprios e são distintos do entorno por causa de sua própria dinâmica, de tal maneira que ambos são inseparáveis. O mecanismo que faz dos seres vivos autônomos é a autopoiese que os caracteriza como tais”. (MATURANA; VARELA, 1984, pp. 28-30)

Luhmann influencia-se pela teoria de Maturana e Varela, utilizando-se alguns de seus conceitos para caracterizar os sistemas sociais, obviamente com as adaptações necessárias. Assim, enquanto para Maturana os seres vivos são autopoieticos, para Luhmann, o são também os sistemas sociais, no sentido de que em todas as suas funções se referem a si mesmos e produzem seus próprios elementos constitutivos.

Em outras palavras, se, por um lado, Maturana observou que os seres vivos, tal como as células, originam-se a partir de um encadeamento lógico com as primeiras moléculas, por outro, na teoria social, as estruturas se explicam por estruturas anteriores a estas. O sistema do direito evolui quanto mais ele regular situações conflituosas, quando, então, irá exercer a sua autopoiese. As operações decisórias repetidamente realizadas é que irão delimitar o contorno do sistema.

Quanto aos sistemas sociais, a autopoiese impõe que o sistema não pode ser influenciado pelo entorno de maneira causal direta, exatamente pelo fato de entre ambos haver a organização própria do sistema. Assim, o entorno pode despertar as potencialidades próprias do sistema, mas nunca determiná-lo nem influenciá-lo diretamente.

A distinção funcional origina os subsistemas funcionais exclusivos, isto é, cuja função principal seja exclusiva de cada um deles. Do que decorre que um subsistema não pode substituir nem ajudá-lo (ajuda aqui no sentido de atuar em sua função exclusiva), ainda que sob o argumento de uma crise. Nesse sentido, Darío Rodríguez pondera:

“Mesmo que o sucesso da economia no desenvolvimento de sua função seja influenciado por um interesse político considerável, o subsistema político não pode evitar um fracasso econômico, ainda que provavelmente quisesse fazê-lo. A ciência deve receber contribuições financeiras da economia, mas não deve deixar-se influenciar em sua investigação pela verdade por causa de sua dependência financeira” (LUHMANN, 2005, p. 47).

Seguindo o mesmo raciocínio, pode-se afirmar que, mesmo diante de uma grande crise, a Política não poderá comandar a função do subsistema do Direito. Isso é de extrema importância à presente pesquisa, na medida em que se critica exatamente a atuação do Direito penal meramente como uma resposta do Estado à sociedade, a partir da demanda por maior segurança. O subsistema da Política não deve, de forma alguma, absorver a função exclusiva do Direito, que deverá seguir (de forma direta e enfática) tão somente as suas estruturas internas, isto é, de maneira autorreferente: todas as suas decisões devem guardar referência a outras decisões do subsistema do Direito.

A razão de ser da presente crítica reside no fato de que cada subsistema irá atuar (sempre!) segundo a sua função exclusiva como prioridade: para a Política, tudo é político ou tem uma relevância política. Assim, permitindo-se referida interferência no Direito (isto é, o Direito penal apenas como um mecanismo de resposta do Estado à sociedade), estaríamos diante não mais do subsistema do Direito, mas sim do subsistema da Política (a criação de subsistemas a partir da distinção funcional).

Quanto à interação entre sistema e entorno, Maturana criou o conceito de acoplamento estrutural (MATURANA; VARELA, 1984, p. 50), que, na teoria sistêmica, refere-se à adaptação permanente entre sistemas diferentes, os quais mantêm as suas especificidades. Referida adaptação conceitual é bastante importante à presente pesquisa, na medida em que consiste na limitação teórica da interferência entre sistemas. Nesse sentido, os sistemas autopoieticos são fechados em sua autopoiese (operativamente fechados), e por isso mesmo devem ser abertos em relação à importação de energia do entorno, isto é, uma abertura cognitiva que possibilitará a aprendizagem do sistema. Essa abertura se dará através da seletividade do sistema, por meio da qual irá permitir (ou não) o estímulo do entorno em seu interior.

A argumentação jurídica é sempre circular, isto é, autorreferencial, na medida em que o sistema jurídico sempre recorre às suas próprias estruturas. Isso poderia gerar um grande problema: um sistema completamente fechado, sem possibilidade de se modificar. Contudo, felizmente, devido à abertura para o meio ambiente, essa circularidade será rompida, passando o sistema a aprender, isto é, modificará a partir das suas próprias

estruturas. Assim é que há a superação do paradoxo pelo próprio paradoxo: o entorno estimulando o sistema a se adaptar.

3.4 Contingência e dupla contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção

Contingência é um estado de possibilidade natural presente no sistema, segundo o qual algo é ou ocorre de uma certa forma muito embora pudesse ter sido ou ocorrido de uma outra forma, isto é, “(...) apesar de que pudesse ser possível de outra maneira” (LUHMANN, 2005, p.185). Isso tem a ver com a seletividade, exatamente pelo fato de que cada seleção representa a não seleção de outras alternativas. Segundo Darío Rodríguez, em prefácio intitulado “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann” (LUHMANN, 2005, p.30), contingência é, ao mesmo tempo, liberdade e obrigação de escolha, na medida em que uma não seleção já é, por si mesma, uma eleição.

Uma das grandes críticas de Luhmann à teoria do risco de Ulrich Beck guarda relação com a distinção, realizada por este, entre risco e seguridade. Conforme enfaticamente defendido por Luhmann, no entanto, devido à contingência, não existe referida seguridade, mas tão apenas o desejo por mais segurança por parte da população. Ou seja, Beck, ao tratar como certa e possível referida seguridade, confunde objetivo com o objeto propriamente dito. Exatamente nessa confusão é que residirá a maior das críticas de Luhmann, que construirá o seu conceito de risco (ruptura no paradigma clássico) a partir da distinção entre risco e perigo.

Para Luhmann, estudar o risco é reconstruir um fenômeno de contingência múltipla, isto é, a possibilidade de diferentes perspectivas a diferentes observadores, o que acarreta a possibilidade ou não de ocorrência de possíveis danos no futuro, ponto em que representa bem o que ele destaca sobre a não possibilidade do parâmetro seguridade, pois não é possível afirmar com certeza que há seguridade (ou insegurança!): Nada não poderia ser de outra forma!

Em outras palavras, a crítica de Luhmann ao uso da distinção risco/seguridade parte da crítica ao próprio uso da seguridade como parâmetro. Em verdade, a seguridade indica

apenas o desejo pela segurança, o que não implica a sua verdadeira existência (“querer não é poder”), haja vista ser impossível a inexistência de riscos (negar o risco já seria por si próprio um risco).

A incognoscibilidade do futuro, pois, faz cair por terra a seguridade como parâmetro influenciador de qualquer instituto penal, ou seja, a contingência conduz a uma visão não escatológica do futuro, sem previsibilidade ou seguridade alguma. Nesse sentido, critica-se a tutela penal dos bens jurídicos baseada na busca, preventiva, pela segurança.

Diante do novo leque paradigmático, a teoria luhmanniana ganha espaço: os crimes de perigo devem preocupar-se tão apenas com o risco provocado, e não com a tutela pela seguridade ou pelo perigo. E não poderia ser diferente: a distinção risco/perigo fundamenta a tutela dos bens nos crimes de perigo, ao mesmo tempo em que protege a função precípua do direito penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos.

Para Luhmann, bastante influenciado pelo pensamento kantiano, a realidade é incognoscível, ou seja, não é possível a conhecer de forma absoluta (nem em relação a tudo, nem em relação ao todo), o que é explicado pela existência de pontos cegos, existentes em toda observação. Assim, a partir de divergências do observador de primeira ordem (o que não necessariamente implica erros ou acertos, podendo ser formas diferentes de interpretação), exige-se mais informação, o que ocorrerá a partir de novas distinções, que, ressalte-se, também conterão pontos cegos, pois é inevitável a existência destes (contingência da observação).

3.5 Risco e perigo: de Ulrich Beck a Niklas Luhmann

Ainda não há um consenso acerca da origem da palavra risco. Essa ausência explica-se pelo fato de a mesma, inicialmente, ser utilizada em raras situações e de forma variada, sendo os contextos mais importantes de seu uso as grandes navegações e o comércio. Some-se a isso o fato de a palavra risco não ser encontrada nas fontes romanas que se referem ao direito penal, sendo a sua origem mais provável do vocábulo *reselum*, que em latim vulgar significa “o que corta”, em alusão aos barcos que cortam o mar, indicando

os perigos ocultos no mar durante as grandes navegações (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

Nesse sentido, a linguagem já abarcava palavras para identificar o perigo, o azar, o medo, a aventura, mas não para identificar a problemática que surge em torno do que entendemos hoje por risco. Antigamente, tratavam-se vários conceitos com o mesmo sentido; atualmente, distinções já foram realizadas, mas dois conceitos ainda são bastante confundidos: risco e perigo, como, por exemplo, na teoria do sociólogo alemão Ulrich Beck (“La sociedad del riesgo global”).

A partir do pós-guerra, chegou-se a uma conclusão que provocou uma revolução paradigmática na teorização do risco: descobriu-se ser algo inatingível, imprevisível e que necessariamente existiria, isto é, passou a ser concebido como uma grandeza imensurável, o que não era conhecido anteriormente (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, pp. 44-45).

Diante desse panorama mundial, surge uma nova teorização acerca do conceito de risco e da chamada sociedade de risco, cujo precursor (não como inventor do risco, haja vista ser uma ideia que existia desde sempre, conforme visto anteriormente) foi o sociólogo alemão Ulrich Beck.

Apesar de bastante criticada, devido a algumas incongruências genéricas, a sua teoria do risco merece destaque por romper alguns paradigmas: defende o risco como algo incognoscível, isto é, que não pode ser previamente conhecido através de cálculos probabilísticos. Luhmann não critica essa parte da teoria de Beck, mas sim a que se refere aos conceitos de risco e perigo, bem como a que defende a distinção entre risco e seguridade (BECK, 1996, p. 206), conforme analisado anteriormente. Tradicionalmente, o Direito Penal confunde risco com perigo, os tratando como sinônimos, a exemplo do também sociólogo Ulrich Beck, cuja teoria do risco é, ainda hoje, bastante adotada pela doutrina.

Para Luhmann, o conceito de risco é fundamental para o processo de imputação como um todo. Assim, conceitua o risco como o possível (“possível” exatamente por causa da contingência, isto é, não há nenhuma certeza de que esses danos venham, de fato, a se concretizar) dano que depende da ação do próprio agente, isto é, consequência da decisão do agente. Por outro lado, o perigo é o possível dano que depende da ação de

terceiro, não podendo ser controlado pelo agente, isto é, trata-se de consequência externa, a partir do entorno.

CONCLUSÃO: A ANÁLISE DO RISCO A PARTIR DO PROCESSO DE IMPUTAÇÃO, NÃO DE CAUSALIDADE

Conforme analisado anteriormente, a comunicação é contingente pelo fato de a escolha do signo se dar de uma forma que poderia ter sido outra. Assim é que o observador de segunda ordem, ao analisar a afirmação de que os riscos geram perigo, percebe que essa avaliação é contingente, porque poderia ser de forma diferente. Então, o observador de segunda ordem irá observar o observador observando, o que irá lhe permitir perceber os pontos cegos do primeiro observador, verificando, então, que nem todas as ações arriscadas geram perigo.

Ora, ações consideradas arriscadas não são, necessariamente, perigosas. A noção de perigo, conforme o sentido (distintivo do risco) dado por Luhmann, só poderá ser autorizada a partir do critério da ofensividade concreta (de dano ou de perigo concreto), e não meramente por um critério de perigo de perigo concreto (o perigo abstrato).

O risco deverá ser analisado a partir do processo de atribuição (imputação), e não da relação de causa e efeito (causalidade). Para Luhmann, o conceito de risco deve ser diretamente influenciado pelo conceito de atribuição; não uma questão de atribuição certa ou equivocada, mas sim uma questão de imputação.

Referido processo de atribuição é, exatamente, um dos pontos chaves do presente estudo, sobretudo pela gravidade das consequências que o seu mau uso pode provocar (ou que já foi provocado!). Na criminalidade moderna, há uma tendência muito grande em criar processos de atribuição a partir do perigo (das consequências nos terceiros afetados), e não a partir da decisão do agente. A atribuição deverá ser direcionada à decisão do agente que agiu de forma arriscada, isto é, observar sobre a ótica do risco, e não do perigo. Só a partir do risco é que se deve realizar processos de atribuição. Afirma-se, então, que o Direito penal não pode criminalizar a partir do perigo.

REFERÊNCIAS

- Aristóteles. **Retórica**. Trad. do grego de Manuel Rodrigues Júnior *et alli*. Lisboa: Imprensa Nacional- Casa da Moeda. 2005.
- BECK, Ulrich. **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Barcelona: Anthropos, 1996.
- _____. **“Momento Cosmopolita” da sociedade do risco**. Com Ciência, n. 104, 2008. Disponível em: <<http://comciencia.scielo.br/pdf/cci/n104/a09n104.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2017.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.
- _____. **Crime de perigo abstrato**: depoimento. [04 de janeiro, 2011]. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/crime-de-perigo-abstrato/6433>. Acesso em 10 de junho de 2016.
- _____. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**: depoimento. [29 de maio, 2012]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigoabstrato-nao-sao-mera-onduta>. Acesso em 26 de janeiro de 2017.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Revista de Estudos Criminais, v.15, n.61, abr./jun. **Tipicidade e Perigo**: Para a Compreensão da Recepção Penal da dicotomia do Risco e do Perigo. São Paulo: ITEC/SÍNTESE, 2016.
- CEREZO MIR, José. **Obras completas**: otros estudios. Lima: Ara Editores, 2006.
- COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Editora Coimbra. 1992.
- GARAPON, Antoine. **Juez y democracia**. Barcelona: Flor de Viento, 1997.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología**. UNED: Madri, 2001.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do moderno Direito Penal.** In: Revista de Estudos Criminais - !TEC, Ano 02, nº 08, Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2001.

_____. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado.** Barcelona, 1997, Editorial Bosch.

HIRECHE, G. F. E.; OLIVEIRA, G. D F. Notas críticas acerca da tipicidade nos delitos penais econômicos: o viés concreto de análise sobre delito de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da lei n. 7.492/96. In: _____; SCARPA, A. O. (Org.). **Temas de direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto.** Salvador: JusPodivin, 2013.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica.** Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 26.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** México: Herder, 2005.

_____. **Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general.** México: Alianza/Iberoamericana, 1991.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político criminais.** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **El árbol del conocimiento.** Chile: Universitaria, 1984.

MAYER, Max Ernst. **Derecho Penal.** Buenos Aires: B. de F., 2007.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada: Editorial Comares. 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general.** 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideú: B de F, 2005.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho penal: parte general.** Madrid: Civitas, 1977.

PÉREZ, Carlos Martínez Buján. **Revista Libertades**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais | nº 13 - maio/agosto de 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

RÉGIS PRADO, Luiz. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. **Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito**. (D.- M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, trad. y notas). Madrid, España: Editorial Civitas. 1997.

_____. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. **Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais**. Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2a. Ed revista e ampliada. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. Revisão Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Sobre crime, prevenção e violência: depoimento**. [04 de setembro, 2012]. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/tertulias-criminologicas-a-expansao-dodireito-penal-prof-%C2%BA-jesus-maria-silva-sanchez-bloco-12/>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**A EXPANSÃO DA FIGURA DE GARANTE E O ERRO SOBRE NORMA
MANDAMENTAL NOS CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS**

Paulo Roberto Incott Jr.

Mestrando em Direito, com ênfase em Teoria e História da Jurisdição, Pós-graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (AbdConst), Advogado.

Resumo: Diante da expansão da possibilidade de utilização do direito penal como meio preventivo, com o fito de impedir a concretização dos danos próprios da sociedade de risco de que fala Ulrich Beck, novos desafios se apresentam para a dogmática penal no sentido de limitar a incidência violenta e seletiva de sua aplicação. Um dos efeitos desta expansão tem que ver com a distensão da figura de garantidor do bem jurídico. Outro se abate sobre a criação de deveres de evitação do resultado fora de limites razoáveis, constitucionalmente coerentes e em sincronia com os fundamentos do Estado de Direito. Demonstrar estes efeitos, trabalhando concomitantemente as teorias que se voltam aos delitos omissivos impróprios e o instituto do erro, para na sequência contribuir com balizas dogmáticas claras ao exercício do poder punitivo, especialmente nas áreas do direito penal secundário, é o principal objetivo deste trabalho. Partindo da doutrina autorizada, serão ventiladas duas hipóteses que aparentam ainda não terem sido exploradas de modo específico na literatura, centradas na valoração do erro sobre norma mandamental, quer quanto à atribuição da posição de garante, quer quanto a extensão dos deveres de proteção e vigilância.

Palavras-chave: sociedade de risco; omissão imprópria; garantidor; erro.

INTRODUÇÃO

Os riscos próprios do atual desenvolvimento político-econômico mundial, descritos por Ulrich Beck como característicos de uma sociedade de risco, apresentam desafios para todos os âmbitos das ciências sociais e humanas. Não é diferente com o direito.

A tendência de se recorrer à sanção penal na tentativa, real ou simbólica, de oferecer barreiras preventivas à efetivação dos danos peculiares a este desenvolvimento traz sérias consequências para dogmática penal. A expansão da criminalização da omissão de deveres vem acompanhada de arrombos antidemocráticos, deformando o direito penal em sua estruturação constitucional de garantias.

A doutrina parece muitas vezes se limitar a legitimar esta expansão, racionalizando, por meio de artifícios linguísticos, pressupostos de punição construídos em resposta ao mero intento de suplantar supostas lacunas de punibilidade.

Dentre os muitos campos da teoria do delito afetados por este desenvolvimento, dois serão objeto de análise neste texto: a criação de deveres de evitação do resultado típico pelo Estado e a apreciação do instituto do erro sobre a norma mandamental.

O método utilizado será a revisão bibliográfica da doutrina de escol, nacional e estrangeira, trabalhada de modo integrativo e propositivo

O objetivo principal a ser alcançado é o oferecimento de balizas dogmáticas razoáveis para a imposição de deveres e para aplicação do instituto do erro nos crimes omissivos impróprios. Para tanto, serão colacionados comentários dos doutrinadores referenciados, mas também se procurará, ainda que de modo breve, propor modestamente um avanço para discussão doutrinária.

Por fim, serão delineados os rumos para novas pesquisas, que desde já fazem parte do projeto deste autor, mas que também poderão despertar interesse em outros que desejem tratar da temática apresentada, quem sabe inclusive com a junção de esforços.

1. O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Estudar um processo em movimento é tarefa árdua e, por vezes, frustrante. Tentar trocar os pneus de um veículo em movimento seria um desafio hercúleo, mesmo para o mais criativo engenheiro. Essa percepção permite compreender a complexidade com que lida o cientista social. Debruçar-se sobre fenômenos sociais, tentando apreender padrões e formular enunciados que possam ser verificados e falseados, com o fito de serem debatidos no meio científico e aceitos academicamente como suporte para teorias concretas, exige cuidado diligente, pesquisa e aperfeiçoamento contínuo.

Dentre as muitas teorias sociológicas desenvolvidas no século XX, uma das que obteve maior sucesso em descrever o mundo contemporâneo foi a proposta por Ulrich Beck (2011), na década de 80, na Alemanha. Ao retratar o estágio de desenvolvimento global como o de uma *sociedade de risco*, Beck conseguiu superar a dicotomia entre liberalismo econômico e os pressupostos do Estado de Bem-Estar Social, afastando-se do neomarxismo para construir uma teoria que abarcasse a crítica ao desenvolvimento do capitalismo monopolista sem a necessidade de recorrer a estruturas conceituais rotuladas como político-partidárias ou fundamentalistas. Suas reflexões sobre os efeitos da globalização e do neoliberalismo figuram, ainda hoje, como uma das mais relevantes no campo de análise prognóstica de diversos campos – político, econômico, ambiental, etc.

Um dos pontos centrais de sua obra, no que toca a análise que será proposta a seguir, diz respeito à percepção de Beck em relação aos efeitos que a sociedade de risco traz ao sistema de justiça ou, de modo mais abstrato, ao direito. Segundo Beck,

muitos temas e litígios trazidos aos tribunais perderam sua inequivocidade social. Em muitos dos campos cruciais de litígio, especialistas e contraespecialistas confrontam-se em controvérsias irreconciliáveis. Desse modo, a decisão é devolvida aos juízes (...) o sistemático autoatordoamento das ciências, através da superprodução de resultados detalhados hipotéticos, descontextualizados e

contraditórios afeta o sistema jurídico e abre margens decisórias ao juiz “independente”, e isto quer dizer: pluraliza e politiza o sentenciamento. (Beck, 2011: 292)

A sagaz afirmação do sociólogo alemão cala fundo naquilo que será discutido a seguir. A incapacidade da doutrina em fornecer balizas seguras e claras, muitas vezes em virtude da teimosia em discutir questões terminológicas de duvidável valor prático, aliada ao afastamento de alguns dos aspectos sociais do direito, acaba desembocando num decisionismo antidemocrático.

Quando se trata da seara penal isso é ainda mais sensível, não só em virtude dos objetos com os quais o sistema de justiça criminal trabalha, mas também em virtude da complexidade que orbita as tensões contemporâneas entre os indivíduos e o Estado.

Para que seja possível adentrar ao tema central proposto, devem ser delineadas algumas características da sociedade de risco, com o fim de, na sequência, apontar as consequências trazidas para o direito penal.

Três características fundamentais da formação social da sociedade de risco são: a) crescente impossibilidade de individualização da reponsabilidade por riscos extremos; b) ampliação da sensação real e simbólica de insegurança; c) forte departamentalização de setores produtores de risco.

Obviamente muitas outras peculiaridades poderiam ser mencionadas, mas estas se mostram necessárias e suficientes para o que se pretenderá sustentar num segundo momento.

Quanto ao primeiro ponto: a dificuldade ascendente de identificação e/ou responsabilização dos agentes efetivamente causadores de danos massivos aos bens jurídicos. Sob o manto do *progresso*, conforme bem elucida Beck (2013: 300), riscos são criados de modo difuso e despersonalizado. A ode ao progresso fundamenta uma espécie de autorização *a priori*, que se mantém válida indefinidamente, permitindo que empresas multinacionais, instituições financeiras e outros grandes protagonistas gerem os riscos, que deverão ser suportados por todos.

Dito de outra maneira, partindo de premissas semelhantes, conclui Bauman (2008: 130): “a densa rede de interdependência torna todos nós objetivamente responsáveis pela miséria de todos”. Em verdade, aos “riscos globais” se exigem cada vez mais “soluções locais” (Bauman, 2009), numa inversão fadada a ampliar a imputação por grandes desastres àqueles que ocupam o elo mais fraco de uma longa cadeia causal de riscos incalculáveis.

Quando Hannah Arendt (1999) testemunhou e registrou o julgamento de Eichmann em Jerusalém, estava diante de uma configuração, uma forma de organização, que iria transpor o *front* para chegar ao mundo corporativo e, no final das contas, a quase toda forma de organização social “pós-moderna”²². Nesta configuração, a responsabilização pelo “mal” deve-se muito mais à sua banalização e departamentalização do que ao processo decisório (causal) de um ou de alguns indivíduos.

Aludindo a este fenômeno, Foucault já analisava que o poder não pode mais ser estudado como mera aplicação de uma imposição autoritária, vertical, na relação Estado-súdito. Segundo o filósofo francês:

Sem dúvida é o que há de diabólico nessa ideia assim como em todas as suas concretizações. Não se tem nesse caso uma força que seria dada por inteiro a alguém e que este alguém exerceria isolada e totalmente sobre os outros; é uma máquina que circunscreve todo mundo, tanto aqueles que exercem o poder quanto aqueles sobre os quais o poder se exerce. (Foucault, 2016: 332)

Conclui-se que, na sociedade de risco, tanto as consequências danosas, quanto a imputabilidade e os nexos causais se *hipercomplexibilizam*, tornando quase impossível a individualização da responsabilidade.

Partindo para o segundo aspecto, observa-se que o sentimento de insegurança

²² Não cabe ao escopo deste trabalho analisar a adequação do termo “pós-modernidade”. Adianta-se, porém, que seu uso será feito como sinônimo de “sociedade de risco” com fins didáticos.

aparece na sociedade de risco como força produtora, como fundamento de uma série de comportamentos. Instala-se de tal modo no aparelho psíquico das pessoas que cria quadros paranoicos e reações em cadeia.

Conforme assinalado por Beck (2011: 58), se a “força motriz” da sociedade de classes poderia ser enunciada “tenho fome”, na sociedade de risco a mesma “força motriz” precisa ser traduzida por “tenho medo”. Vive-se um tempo em que a “solidariedade por medo emerge e torna-se uma força política”. Sendo as ameaças cada vez mais difusas, criam uma perplexidade desconfortante, angustiante e inexprimível. Nada nelas é evidente. São, de certo modo, “universais e inespecíficas”.

De um outro prisma, os riscos são também administrados e difundidos de acordo com uma série de interesses em jogo. O risco em si, ou a ameaça, tendem a não sofrer alterações significativas de modo brusco, enquanto que sua percepção sim, muda de modo instantâneo de acordo com o grau de conhecimento (divulgação) e compreensão dos riscos. Beck (2011: 92) chama atenção para o exemplo da ameaça nuclear. As armas nucleares representam, há um bom tempo, uma ameaça incalculável à destruição de todo o planeta. O risco representado por elas não se altera objetivamente se, ao estoque já assustador destas, são acrescentados novos exemplares, uma vez que apenas parte do arsenal já construído seria suficiente para um cataclismo total. Porém, a percepção do risco que as armas nucleares representam aumenta significativamente quando são noticiados os testes envolvendo o desenvolvimento de um novo artefato. Não se altera o grau concreto do risco em si, já que foram ultrapassados quaisquer níveis de sobrevivência em caso de utilização, mas a valoração dos riscos muda. Isto é percebido e, muitas vezes, manipulado segundo determinados interesses.

Finalizando este ponto, é relevante destacar, conforme a reflexão de Bretas (2010: 266), que na sociedade de risco, altamente informatizada, “as noções de perto e longe foram suplantadas, de modo que as notícias sobre perigos distantes acabam sendo representadas da mesma forma como as notícias sobre perigos próximos, o que aumenta a sensação de insegurança em relação a insegurança objetiva”.

Com respeito ao último aspecto aventado, relacionado com a forte segmentação dos setores sociais, Tavares (2012: 264) assevera que esta

departamentalização “faz gerar regras próprias dos respectivos setores, de modo a obscurecer seu panorama global”. Significa dizer que a sociedade de risco não é mais gerida por um poder soberano central, de onde emanam leis claramente circunscritas, mas sim através de atos normativos (muitas vezes provenientes de setores administrativos) que visam impor deveres genéricos de prevenção, na tentativa de estabilizar expectativas e fixar papéis sociais. Neste cenário, os cidadãos são direcionados a uma constante disciplina, com intuito de lhes reduzir a capacidade de produzir os danos próprios da organização social em que se veem inseridos.

Sintomático desta forma de departamentalização social é a tentativa de padronização de comportamentos. Num esforço de “definir o empírico pelo normativo” (Tavares, 2012), criam-se deveres sociais de convivência, limitadores da liberdade e ampliadores da ingerência estatal nos projetos individuais de existência.

Quem sabe ninguém tenha se debruçado com tanto vigor sobre este aspecto quanto Foucault, para quem a sociedade contemporânea pode ser descrita, em parte, como uma “sociedade disciplinar” ou uma “sociedade de normalização”. A disciplina, como técnica de poder típica desta formação social, se organiza, na visão de Foucault, com o objetivo de fazer com que todos “se submetam ao mesmo modelo, para que sejam obrigados todos juntos à subordinação, à docilidade, à atenção nos estudos e nos exercícios, e à exata prática dos deveres e de todas as partes da disciplina. Para que, todos, se pareçam” (Foucault, 2011: 175).

Diante do quadro acima apresentado, no qual se procurou oferecer um retrato parcial, mas suficientemente claro, do conceito e da estruturação da sociedade de risco, quais as consequências para o exercício do poder punitivo?

Serão também destacados três aspectos, objetivando situar o problema sobre o qual os tópicos seguintes (2 e 3) se desenvolverão: a antecipação de barreiras punitivas, a atribuição de funções de garantia aos cidadãos e a permeabilidade dos espaços entre o proibido, o permitido e o mandado.

1.1 A antecipação de barreiras punitivas

Refere-se este primeiro ponto à tendência crescente de atribuição ao direito penal de funções preventivas exacerbadas, fazendo com que suas violentas medidas sejam sacadas como resposta para condutas desconectadas do perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

Para comprovar a existência deste desenvolvimento, dentro do cenário brasileiro inclusive, avaliem-se dois argumentos: em primeiro, a tentativa de legitimação da punibilidade com base na valoração de ações antecedentes à lesão (ou à exposição a perigo concreto) ao bem jurídico, nos crimes imprudentes e omissivos. Quanto aos crimes imprudentes, antecipa-se a imputação do resultado à ação prévia do agente, questionando se suas ações *precedentes* se encontravam dentro dos limites dos deveres de cuidado (Tavares, 2016: 268). Não cabe aqui valorar esta opção de política criminal frente aos preceitos constitucionais e democráticos de garantia. Pretende-se apenas atestar a pretensão punitiva baseada em ações desvinculadas, num primeiro momento, da efetiva lesão ou perigo concreto ao bem jurídico. Resumindo: nos crimes imprudentes, se *presume* ou se *imputa* a culpabilidade com base num juízo causal-normativo da ação do agente *antes* da efetiva lesão.

Ocorre algo muito similar nos crimes omissivos. A tendência de substituir a impossível relação de causalidade, sobre a qual se falará adiante, pela avaliação da culpabilidade na conduta precedente, ou seja, na *causação de perigo anterior* à omissão em si, como pressuposto de punibilidade, funciona de forma análoga ao que o corre nos crimes imprudentes. Quando o Código Penal versa, no art. 13, § 2, “c”, que o comportamento anterior cria o dever de agir, está, na realidade, afirmando que o juízo de punibilidade se estendeu para alcançar aquela ação, sem a qual a omissão não seria punível. Conforme Tavares vai bem afirmar, isso não é feito meramente com fins de prevenção geral, mas visa efetivamente preencher uma suposta “lacuna de imputabilidade”, criando uma “cláusula de reserva de punibilidade”.

Um segundo argumento: a tipificação de ações que, vistas de acordo com o conceito finalista de ação ou mesmo sob a orientação de um funcionalismo moderado, seriam atípicas, em virtude da falta de comprovação empírica de sua lesividade ao bem jurídico, uma vez que afastadas do marco inicial a partir de onde uma conduta pode ser

considerada capaz de oferecer, no mínimo, perigo concreto. Para ficar apenas com um exemplo, veja-se a tipificação dos *atos preparatórios* no art. 5º da Lei 13.260/2016.

1.2 A atribuição de funções de garantia aos cidadãos

Erra quem crê que apenas nos casos de omissão imprópria este fenômeno se apresenta. Embora esta seja sua feição mais particular e pretenda-se aborda-la na sequência, cabe demonstrar que não se limita a este ponto a percepção de que o Estado tende a dividir o peso dos custos e consequências dos riscos “pós-modernos” com os cidadãos, impondo sobre estes um fardo desproporcional aos serviços que executa em seu benefício. Isso se torna evidente após o desmanche do *Welfare State*; ou no caso de países, como o Brasil, em que as promessas da modernidade não passam de privilégios, distribuídos de forma bem delimitada socialmente.

Analise-se, por exemplo, a questão das pesquisas científicas. Noam Chomsky (2017) demonstra a forma como grandes experimentos, notadamente no âmbito da medicina (incluindo aí a indústria farmacêutica) e da tecnologia, são levados a cabo através de entidades estatais, como grandes universidades e centros de pesquisa, onde os custos necessários são bancados com os tributos pagos pelos cidadãos, para depois terem seus resultados aproveitados e transformados em lucros exorbitantes por grandes corporações privadas, desequilibrando o balanço entre *inputs* e *outputs*.

Seja alistada também a questão da indústria bélica e a crescente demanda por prestações de contas relacionadas à origem do patrimônio privado, numa inversão do primado da liberdade, constitucionalmente delineado no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

Em todos estes exemplos fica clara a tendência do Estado em repassar aos cidadãos os deveres de cuidado e de efetivação de garantias, historicamente assentadas como obrigações estatais, ou seja, como direitos subjetivos oponíveis ao Estado. Como bem salienta Beck (2011: 232), é dos “indivíduos que passa a ser exigido o controle”.

Porém, em nenhum ponto isto fica mais claro do que na criação de normas penais

relacionadas aos deveres do garantidor de bens jurídicos (art. 13, § 2º do CP).

Conforme Tavares bem explicita, a técnica utilizada para atribuição de deveres especiais a alguns sujeitos, no sentido de tornar estes responsáveis pela salvaguarda de determinados bens jurídicos, sob a ameaça de pena, afasta o direito penal de um de seus principais fundamentos, a saber, a criminalização de *condutas*, dando lugar a uma penalização de *agentes*.

Como o legislador não dispõe, neste caso, dos elementos empíricos que fundamentam a ação, “amplia o tipo com base na qualidade do sujeito, sem se importar com a possibilidade de demonstrar que seu comportamento é eficaz para produção do dano ou do perigo disposto na lei” (Tavares, 2012: 80). Significa dizer que a norma penal da omissão imprópria não obedece aos fundamentos tradicionais de imputação e nem mesmo consegue estabelecer uma base mínima de causalidade. Ambos são construídos de modo artificial, com o fim único de estipular deveres de proteção (obediência) que permitam ao Estado repassar boa parte de sua responsabilidade por danos potenciais diversos, aproximando-nos perigosamente de um direito penal de autor.

A lógica da *imputação* e *causalidade* nos crimes omissivos impróprios funda-se numa suposição arrojada: “a omissão será causal quando, eliminada mentalmente, excluído estaria o resultado” (Tavares, 2012: 133). Note-se que a norma prescinde de dados empíricos e, ainda mais grave, abre mão por completo da possibilidade de que outros fatores determinantes para o desfecho lesivo tenham ocorrido, bastando para imputação do resultado danoso que o sujeito garantidor tenha se omitido. Degrada-se com isso a presunção da inocência, que agora passa a ser presunção de culpabilidade, decorrente da posição do agente em sua relação de proximidade com o bem jurídico ou com as possíveis vítimas do dano.

Despindo a confecção do papel de garante de sua elegância dogmática, que tenta legitimar as artificialidades acima expostas, Tavares leciona com maestria (grifos acrescentados):

A posição de garantidor, na verdade, *representa a expressão de um papel social* e constitui uma antecipação jurídico-penal da teoria formulada, posteriormente, por Linton, que o compreendia como um conjunto de *expectativas normativas relativas ao portador de uma posição*. A inserção da posição de garantidor... passa a contribuir para gerar uma ampliação dos deveres especiais de proteção, que, sem prefixação legal de suas fontes, fica *ao sabor da criação arbitrária da dogmática*. (Tavares, 2012: 315)

Cabe enfatizar o papel legitimante assumido pela dogmática neste sentido. Não se trata do único exemplo em que a valorizada classe de doutrinadores assume uma função decisiva na continuidade da “irracionalidade”, conforme bem descreve Zaffaroni o sistema penal vigente.

Haverá oportunidade de tecer outros comentários acerca da função de garantidor adiante, mas fica aqui o registro de que sua construção visa precipuamente permitir ao Estado que divida a responsabilidade pelos custos e consequências dos perigos oriundos da sociedade de risco com os cidadãos, sobre quem impõe deveres especiais de cuidado.

1.3 A permeabilidade dos espaços entre o proibido, o permitido e o mandado.

Um último efeito relevante, com base na proposta sociológica de Beck, diz respeito ao fato de que, no cenário de riscos difusos, integrantes da própria estrutura social e econômica, o processo de regulação de condutas passa a tentar, sem sucesso, abarcar todas as fontes de perigo. Como resultado, surge uma diversidade absurda de leis, decretos, regulamentos e instruções normativas, no esforço de dar conta da complexidade das relações de produção, abismos sociais e precariedade da segurança, efetiva ou simbólica, próprios do atual estágio de desenvolvimento político-econômico. Sucede com isso uma permeabilidade imprecisa entre o proibido, o permitido e o

mandado. Significa dizer que as esferas de ação lícita dos sujeitos já não são demarcadas com clareza e precisão. Saber se determinada conduta é proibida, ou saber se determinado dever o atinge, já não é mais uma tarefa simples ou intuitiva.

Tavares aponta para a consequência deste processo na seara penal: o *crescimento do rol de delitos de perigo abstrato e de delitos omissivos*. Sim, pois se o fundamento da norma penal deixa de ser a proteção subsidiária de bens jurídicos, para basear-se numa função, qual seja, de fazer frente aos “sentimentos induzidos ou simbólicos” de insegurança, a tendência é que “o modelo de incriminação não se baseie na causalidade, mas na orientação funcional da conduta frente a estados de insegurança ou a deveres de organização”. Ainda mais, o “bem jurídico deixa de ser o ponto de referência da incriminação e se vê substituído por um conjunto de relações puramente normativas ou sistêmicas” (Tavares, 2012: 275).

Não é preciso muito esforço para perceber a insegurança que este estado de coisas gera²³. Sem um patamar sólido para os processos de incriminação, inverte-se a lógica do art. 5º, II, da CF/88 – *passa a ser permitido apenas aquilo que não for proibido*. A tentativa de fixação de expectativas normativas, sem a mínima consideração pela realidade conflituosa e heterogênea da sociedade pós-moderna, sequestrada pela lógica neoliberal, acaba por tornar os limites de ação confusos, com forte tendência a colocar sobre as costas mais frágeis os fardos mais pesados.

Como último ponto deste aspecto, cabe mencionar que este quadro deforma um dos alicerces do Estado de Direito – o princípio da determinação, “pelo qual toda pessoa tem o direito de poder reconhecer, com absoluta precisão, as normas proibitivas e mandamentais que se dirigem à sua conduta” (Tavares, 2012: 49).

Dado o exposto, é possível compreender os objetivos que animam a produção deste trabalho. O fato é que as consequências do que Beck conseguiu descrever de modo tão perspicaz desembocam no Direito Penal, conforme já se esboçou vagamente. Isso

²³ Vive-se neste caso o paradoxo do medo – quanto mais eu tento me proteger, mais inseguro me sinto, diante da percepção cada vez mais clara de que existem espaços de perigo descobertos, como é perceptível no caso das notícias acerca de alimentos adulterados, dados sobre poluição, possíveis causas até então desconhecidas para doenças fatais, etc.

ocorre primordialmente em dois de seus institutos basilares, estudados na teoria do delito – os crimes omissivos impróprios e o erro.

Pesquisar estes efeitos, com o intuito de desnudá-los e na tentativa de oferecer balizas seguras, com fulcro na melhor doutrina, será o grande desiderato daqui em diante. Devido ao espaço limitado em que se trabalhará este objetivo no momento, será preciso concentrar os esforços nos seguintes questionamentos: que critérios podem ser aventados no sentido de impor limites à imputação de deveres de garantia? Como devem ser compreendidos os erros sobre os deveres do garante dentro da dogmática penal? Como devem ser tratados penalmente os erros incidentes sobre a representação do agente quanto a ocupar a posição de garantidor? Ao esboçar respostas a estas perguntas, recorreremos a doutrina de escol, na pretensão de futuramente dar continuidade aos estudos, voltando-os a casuística e aos desdobramentos das questões acima propostas, conforme se mencionará ao final.

2. DESAFIOS DOGMÁTICOS PARA OMISSÃO IMPRÓPRIA E CRITÉRIOS DE LIMITAÇÃO AO PODER DE IMPUTAR DEVERES

É cediço que os crimes omissivos não ocuparam sempre lugar de destaque na teoria do delito. Na realidade, levou algum tempo até que a legislação criminal e a própria doutrina se preocupassem com a penalização de agentes que, através de sua conduta contrária a deveres específicos de ação, contribuíram para lesão de um bem jurídico.

Não interessando aos objetivos aqui propostos fazer uma excursão histórica extensa acerca do tema, é relevante mencionar que a criminalização da omissão não ocorreu por acaso. Também, não pode ser esta atribuída a evolução natural da dogmática, mas sim a alterações de rumo no “âmbito da política criminal” (Tavares, 2012: 38).

Com o abandono da noção de que o delito lesiona um direito subjetivo, sendo substituída pelo conceito de lesão ao bem jurídico, a responsabilidade penal passa a ser fundamentada em bases diversas, voltadas à *causalidade e a evitação do resultado*. A

pena, antes de cunho compensatório (restauração do direito), volta-se para *fins preventivos* cada vez mais distendidos no espaço-tempo da conduta humana.

Conforme elucida Tavares, embora o século XIX tenha conhecido os delitos omissivos, três forças impulsionam seu incremento no século XX, todas imanentes a questões políticas bem específicas: “a instituição do Estado social, a falência do modelo social e a globalização” (Tavares, 2012: 39).

Quer-se com estes breves apontamentos reforçar a afirmação de que *esta tendência ainda se encontra em expansão* e que deveremos assistir, no futuro breve, levando em conta inclusive o cenário político brasileiro, uma maior criminalização (primária e secundária)²⁴ da quebra de deveres de proteção, associada à tentativa de responsabilização individual em situações cada dia mais complexas.

Partindo do desenvolvimento apontado por Tavares, fica claro que a sanção penal se instrumentaliza, seguindo aqueles três momentos, a partir dos seguintes objetivos: num primeiro momento, despertar nos cidadãos, por meio de uma norma mandamental, o engajamento em prol da proteção de direitos sociais (populismo penal). Na sequência, falindo o projeto de justiça social, assume a pena função extensivamente simbólica. Se enquadram neste movimento os deveres de organização, fixando papéis e sanções pelo mal desempenho destes, sem a preocupação com a demonstração empírica de lesividade. Um terceiro momento, com a globalização, gerando a tendência de padronização internacional dos sistemas de justiça criminal. Além disso, com o aumento da produção e da compreensão dos riscos oriundos do progresso industrial e tecnológico, assiste-se, na esfera penal, à propagação de teorias funcionalistas radicais, normativo-sistêmicas, com forte tendência ao aparecimento de um sistema penal dual.

Estes desdobramentos não se anulam e não devem ser entendidos como se tivessem ocorrido linearmente, senão como categorias que vão se somando e disputando prevalência nos sistemas penais de forma distinta. Ainda sobre o último

²⁴ Para um estudo acerca dos processos de criminalização primária e secundária remete-se o leitor à obra: BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

desenvolvimento apontado, note-se que, diante das fortes pressões de interesses supranacionais, por parte de grandes empresas e dos viabilizadores econômicos globais (instituições financeiras internacionais como BACEN, FMI, etc.), o Estado se vê, dentro de sua margem reduzida de soberania, fadado a formar uma política criminal dicotômica, com uma face voltada aos “inimigos”, fortemente repressiva e neutralizadora e outra voltada aos deveres de organização, onde multiplicam-se delitos omissivos (Tavares, 2012 :41).

Diante desse cenário, a dogmática se vê obrigada a operacionalizar uma teoria do delito que dê conta do uso crescente da tipificação de crimes omissivos, com fins preventivos dilatados. Muitos são os desafios e aqui pretende-se apontar alguns destes.

Regra geral, o problema dogmático central dos delitos omissivos é um problema de legitimidade. Num Estado Democrático de Direito não basta que o sistema penal seja eficaz. Não basta também que obedeça formalmente ao princípio clássico da legalidade, através de leis prévias e cominações penais específicas.

A elucidação das funções latentes da pena²⁵ obriga a política criminal que deseje obter um mínimo de legitimidade democrática a ir além, principalmente no sentido de demonstrar a relação concreta entre a aplicação da pena e a lesão insuportável de bens jurídicos.

Assim, no que toca aos delitos omissivos, os problemas “dizem respeito aos fundamentos pelos quais se pode extrair uma conclusão plausível acerca de sua demonstração empírica” (Tavares, 2012: 43). Blackstone já salientava que um “ato só será passível de punição quando possibilite seu conhecimento empírico pelos tribunais” (*apud* Tavares, *idem*).

Três desafios são então salientes, formulados aqui como questões fundamentais: a) quais as bases normativas sobre as quais se pode atribuir deveres de evitação do resultado; b) quais as bases legítimas para construção de uma equiparação entre ação e omissão (causalidade fática x normativa);

²⁵ Neste sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

c) quais as bases democráticas sobre as quais se pode delimitar a imputação de resultados lesivos nos delitos omissivos.

Ao se trabalhar a seguir com estas questões, o foco será os delitos omissivos *impróprios*, ou seja, àqueles em que se exige de um *agente específico* a ação *para evitar um resultado danoso* ao bem jurídico (crimes comissivos por omissão na linguagem dominante na doutrina).

2.1 A legalidade e os deveres nos crimes omissivos impróprios

Diante da impossibilidade, em que pese as inúmeras tentativas teóricas nesse sentido, de se criar uma unidade entre ação e omissão com bases empíricas, surgiram propostas normativas de equiparação. A grande questão que atormenta aqueles que pensam um direito penal de garantias, quando se trata de delitos omissivos, tem que ver com (in)suficiência de uma “realidade normativa” neste quesito, dadas as sérias consequências que derivam desta construção. O cerne da preocupação se volta para *extensão dos deveres e para legitimidade na criação destes*.

O dever de agir pode ser atribuído por decreto? Por medida provisória? No direito penal secundário, é possível que órgãos reguladores emitam instruções normativas que criem deveres para os quais se comina sanções penais (direta ou indiretamente)?

A possibilidade de criação destes deveres através de atos normativos emanados de órgãos administrativos produz efeitos significativos. A ausência de um controle efetivo sobre a produção destas normas consente com a gênese de textos confusos e genéricos. Sua abundância e a facilidade com que são alteradas e/ou inovadas torna a mera possibilidade de conhecer a todas inviável.

As consequências disso para o instituto do erro na teoria do delito, que serão objeto de análise posterior neste texto, se fazem gritantes. A dominante técnica da valoração paralela na esfera do profano acaba por produzir, neste âmbito, o deletério

efeito de servir como muleta retórica para punição, sem a necessidade de comprovação da capacidade de agir daquele que supostamente se omitiu. Reside neste ponto a necessidade urgente de que a *dogmática trabalhe a omissão e o erro concomitantemente*.

Tavares (2012: 88) propõe uma pergunta que vai ao âmago da questão: “até que ponto pode um Estado democrático admitir um dever de obediência coletiva a suas normas, na forma de uma relação obrigacional privada”? Sim, pois não se pode falar de deveres de simples subserviência num Estado democrático. A criação da norma com consequências penais não pode abrir mão de demonstrar, com alguma base empírica, que os deveres impostos visam a proteção de bens jurídicos consensualmente elevados ao *status* de proteção criminal.

Quais seriam então os limites a serem observados na criação de deveres especiais de evitação do resultado típico? A doutrina vem propondo critérios que se complementam.

O primeiro deles é que somente a *lei em sentido estrito* pode criar estes deveres. Assim, quando art. 13, § 2º, “a”, menciona o termo “lei”, esta deve ser entendida como o dispositivo constitucional ou a lei ordinária/complementar (Bierrenbach, 2014: 67). Não podem ser incluídos o decreto, o regulamento, a resolução, as instruções normativas ou qualquer ato emanado dos órgãos do executivo (Tavares, 2012: 320). Este entendimento está em consonância absoluta como disposto no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

Um segundo critério orientador/limitador tem a ver com a *situação típica*. Na lição de Tavares, esta engloba “todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo do injusto” (Tavares, 2012: 355). Neste sentido vai a crítica de Roxin acerca da falta de delimitação legislativa:

Pois a lei indica como pressupostos de punibilidade da omissão apenas os critérios de “dever de garantir” e da “correspondência”,

sem dizer quando se “tem de garantir que o resultado não ocorra”, e quando a omissão corresponde a um fazer. Que a regulação legal, sob o ponto de vista do princípio da determinação, não é inquestionável, é também afirmado frequentemente na literatura. (Roxin *apud* Santos, 2014: 198)

Já tivemos oportunidade de mencionar o princípio da determinação acima²⁶, para onde remetemos o leitor para melhor apreciação da crítica feita pelo penalista alemão.

Note-se que a questão trazida por Roxin diz respeito ao fato de que os *pressupostos* de punibilidade não se limitam aos fundamentos do dever, mas também *aos resultados que se quer evitar e às circunstâncias (limites) em que a omissão será equiparada à ação para fins de cominação da pena*. Apenas com a delineação clara destes elementos pode ser valorada a omissão como *típica*. É essa também a posição de Santos (2014: 198), para quem a situação típica é, na realidade, a situação de perigo ao bem jurídico, já que engloba os elementos mencionados, mas não a totalidade dos requisitos típicos.

Ainda outro elemento limitador da imposição de deveres, trabalhado pela doutrina, tem que ver com a *eleição de bens jurídicos plausíveis de proteção* por meio da norma mandamental de delitos omissivos impróprios.

Santos aponta a necessidade de limitar os deveres aos bens jurídicos individuais mais importantes, como a *vida e o corpo* do sujeito garantido, considerando a extensão dos deveres ao ambiente dos delitos econômicos, ainda que tecnicamente possível, incompatível com a CF/88 (Santos, 2014:199). É essa também a posição de Tavares (2012: 346). No mesmo sentido a lição de Bierrenbach (2014: 68).

Dado o fato de que o entendimento jurisprudencial vem sendo em sentido diverso, ou seja, de que a posição de garante, desde que estabelecida em lei, pode se

²⁶ Tópico 1.3

voltar para o cuidado de bens jurídicos não apenas relacionados com a vida ou o corpo, mas também com a ordem financeira e outros construtos provenientes do direito penal secundário, surge a necessidade de trabalhar com balizas adicionais.

Tavares traz uma contribuição importante acerca da necessidade de consideração das “*relações vitais*”. Significa dizer que os deveres impostos só serão legítimos se levarem em conta o *substrato social em que o agente vinha inserido* e no qual a omissão ocorreu. Isso tem um peso muito significativo, se levado a sério. Antes mesmo de trazer a visão de Tavares neste respeito, cabe fazer uma breve observação criminológica.

Quando se trata da expansão dos crimes omissivos e de seus efeitos sobre o direito penal secundário, um cuidado deve sempre vir à mente do cientista que se preocupa com o sistema penal de países marginais, como o Brasil. Essa preocupação pode ser traduzida em três assertivas.

A primeira delas é a de que, dado o alto grau de irracionalidade do sistema penal em países marginais, com populações carcerárias gigantescas, condições prisionais horripilantes e a forte atuação de um “direito penal subterrâneo” (Zaffaroni), não se mostra ético pensar uma dogmática penal legitimante; senão como ferramenta de constrição e de “constrangimento epistemológico” (Streck) doutrinário e jurisprudencial.

A segunda se volta para percepção de que o direito penal secundário não afasta e nem reduz a seletividade penal. Disso se extrai a necessidade de não visualizar em sua expansão um elixir capaz de “equilibrar” a histórica segregação social que o direito penal sustenta. Regra geral, o direito penal secundário mantém a seletividade e até mesmo a reforça (as delações premiadas o provam cabalmente).

A terceira, de maior relevância para a análise da proposta de Tavares acerca do “mundo vital” e das “relações vitais”: a construção doutrinária de muito do que se fala em termos de omissão imprópria, assim como de outros elementos dogmáticos, é importada de países com um desenvolvimento social diametralmente diverso do Brasil. Falar de “papéis sociais”, “sistemas sociais”, “expectativa normativa” e “domínio do resultado” faz sentido em cenários político-sociais europeus e alguns outros, mas não

devem estes elementos servir de princípio fundante para o direito penal de um país em que milhares morrem de fome, outros milhares não concluem o ensino fundamental e outros milhares trabalham em regime de escravidão. Estudar a dogmática penal conforme se desenvolve contemporaneamente no âmbito internacional é excelente, desde que não se procure com isso bases ilegítimas para reforçar a racionalização de sistemas nada racionais de punição.

Feita esta breve anotação necessária, é preciso agora compreender o que Tavares quer dizer quando se refere ao “mundo vital” para limitação dos deveres. Ensina o professor que

a característica social da omissão deve ser tomada como elemento limitador da norma jurídica, subtraindo-lhe o poder de criar deveres sociais (...) a criação de deveres não pode ser apenas produto de um argumento racional, sem o respaldo de sua correspondência ao mundo vital. (Tavares, 2012: 264)

A lição parece clara. Não bastará a criação normativa do dever em obediência à legalidade estrita. A norma mandamental precisa levar em conta o “substrato social significativo”, ou seja, que ela “não se estenda além do que seu substrato social recomenda” (Tavares, 2012: 264).

Em termos práticos significa dizer que não poderá a lei criar deveres desconectados da realidade social do agente a quem se pretende imputar responsabilidade pela omissão. Não poderá, por exemplo, esperar que um pequeno empresário brasileiro se adeque a deveres que exigiriam deste, afim de conhecer as normas, compreendê-las e colocar em movimento as ações necessárias e idôneas para evitar o resultado lesivo, uma estrutura organizacional que ultrapassa em muito sua capacidade fática.

2.2 Equiparação entre ação e omissão

A história dos crimes omissivos é a história da busca pela causalidade nos mesmos. Duas grandes correntes podem ser contrapostas nesta história, embora outras divisões sejam encontradas na literatura: a corrente naturalista e a corrente normativista.

Obviamente, o problema da causalidade não é exclusividade dos crimes omissivos, mas pode-se afirmar que nestes a problemática se assevera fortemente. O enunciado causal tem seus fundamentos tradicionais na concepção positivista de ciência, que por sua vez influenciou toda a teoria jurídica moderna.

Uma vez que as teorias da corrente naturalista já tiveram sua superação assentada de modo pacífico, não serão elencadas no presente trabalho.

Partindo para análise das perspectivas normativas de causalidade, cinco teorias ganharam destaque desde que os crimes omissivos impróprios se desconectaram dos crimes omissivos próprios e passaram a receber atenção específica da doutrina.

São elas: teoria do agir de outro modo, teoria da ação antecedente, teoria da causalidade subjetiva, teoria da ingerência e teoria da causalidade jurídica. Não haveria espaço para descrever a todas. Parte-se então, para a conclusão, praticamente consensual hoje, de que não foi possível estabelecer empiricamente ou legitimamente (através das teorias normativas) uma equiparação da ação com a omissão em termos causais.

Isto não significa, porém, que medidas artificiais de equiparação não tenham dado conta, em virtude da opção pela criminalização dos atos omissivos impróprios, desta tarefa. Assim, cumpre, em sincronia com o objetivo deste texto, apontar as propostas que visam delimitar a equiparação com base em elementos que se aproximem do desiderato de um direito penal constitucional. A preocupação é relevante, já que

uma criação puramente jurídica de conduta, principalmente na América Latina (...) poderá justificar a criação de delitos sem a correspondente lesão ou perigo de lesão a direitos subjetivos ou a bens jurídicos (...) a tipificação de condutas caracterizadas como

meras infrações a deveres fazem reeditar as bases de um Estado despótico e autoritário. (Tavares, 2012: 263)

Dentre os elementos limitadores mais aceitos quando o assunto é a causalidade na omissão encontram-se a *limitação objetiva*, que visa evitar o regresso ao infinito (de certa forma já positivada no art. 13, §1º do CP); a *limitação do risco autorizado*, impedindo que se sancione a ação lícita antecedente²⁷⁷; a *limitação espaço-temporal do risco*²⁸⁸; a *limitação pela autorresponsabilidade*; a *limitação do agir antecedente dentro das causas de justificação*.

A situação mais delicada tem que ver com o fato de que o crime de omissão imprópria está subordinado ao caput do art. 13 do CP, que estabelece que a imputação está atrelada à causa numa relação lógica necessária – se imputa o resultado a quem, com sua omissão, provocou o resultado. Não são estipulados critérios para aferição entre a omissão e a efetividade do resultado. Mesmo tendo o § 1º delimitado, através da menção a causas supervenientes, o gargalo de responsabilização, ainda assim a norma prescinde de qualquer dado empírico concreto para estabelecer o nexo causal.

Afim de clarear a questão vejamos dois exemplos. O primeiro deles trazido por Roxin: um edifício está em chamas. Um sujeito, com seus dois filhos menores, se vê confinado em seu apartamento, em andar alto. No solo, seus vizinhos gritam para que ele jogue as crianças, garantindo-lhe que as apanharão. Diante da demora dos bombeiros e sentindo a fumaça tomar conta do ambiente, o pai se vê confrontado com um dilema. Se mantiver as crianças no apartamento e os bombeiros demoraram mais um pouco a fumaça as matará (antes dele inclusive, já que possuem capacidade pulmonar menor).

²⁷ Dentro das seguintes balizas: atuação dentro do risco permitido, impossibilidade de sanção de riscos habituais de vida e exaurimento do risco no resultado (se o resultado ocorreria de qualquer modo a omissão é indiferente).

²⁸ O exemplo do dono de bar que oferece bebidas alcoólicas a pessoa que sabe que, ato contínuo, irá conduzir seu veículo. Roxin entende que o dono se torna garante, devendo impedir o mesmo de dirigir; Zaffaroni-Batista entendem que o dever se limita ao espaço do bar. Para Tavares estas posições se complementam – o dono tem o dever, porém este está limitado ao alcance do seu poder de ação em relação ao cliente. Se, por exemplo, leva este para casa mas, logo após, o mesmo decide voltar ao bar dirigindo, o dono não tem poder de ingerência na ação subsequente (Tavares, 2012: 338).

Se as jogar e elas morrerem, chegando em momento posterior os bombeiros, viverá sob a dúvida acerca da possibilidade de terem sobrevivido se não tivessem sido atiradas.

A despeito da questão do estado de necessidade e outras, afetas aos demais elementos da teoria do delito, é possível perceber no exemplo que não se pode, a partir da omissão, afirmar a causação do resultado (ou sua evitação no caso de um procedimento diverso). Tudo o que se têm são hipóteses.

Outro exemplo, baseado em caso real julgado pelo Supremo Tribunal da Alemanha: produtor de roupas, após confeccionar as mesmas de acordo com as normas reguladoras para sua atividade, coloca estas à venda, sendo notificado em momento posterior de que estão produzindo sérias lesões nos consumidores. O produtor recolhe as roupas e submete-as a um tratamento recomendado por agências de controle de qualidade. Ao colocar as roupas novamente à venda, estas continuam a apresentar danos. Os sócios decidem manter o produto à venda diante da incerteza da razão pela qual os danos estão sendo produzidos. Na Alemanha, os produtores forem condenados por não terem tirado do mercado produto que sabiam representar perigo.

Note-se que não é possível estabelecer, também neste exemplo, o nexos causal, com base no simples exercício hipotético delineado no *caput* do art. 13 do Código Penal brasileiro. Não ficou provado que, agindo de modo diferente, o resultado não teria ocorrido. Ainda pior: neste caso, tendo agido dentro do risco permitido e procurado todos os meios para evitar o resultado, suas ações não foram suficientes para este não ocorresse.

Os dois exemplos demonstram a insuficiência do que dispõe a lei penal acerca da imputação baseada na causalidade hipotética para os crimes de omissão, principalmente nos casos de omissão imprópria.

Coube mais uma vez à doutrina eleger um limite razoável. Dentre as várias teorias que poderiam ser mencionadas, a de maior relevância parece ser a *probabilidade nos limites da certeza*. A hipótese funciona da seguinte maneira, na lição de Santos (2014:199): “se a realização da ação mandada evitaria o resultado com probabilidade próxima da certeza, então o resultado é atribuível ao autor; em caso contrário o princípio *in dubio pro reo* impede a atribuição”.

Para compreender melhor o juízo probabilístico utilizado de acordo com esta teoria, é importante destacar que não se trata de uma probabilidade matemática ou subjetiva, como bem lembra Tavares. Trata-se, a princípio, de uma concepção “epistêmica” de probabilidade, baseada em um argumento dedutivo válido, segundo o qual será provável um resultado à medida “que possa ser esperado a partir da ocorrência de fatos ou condições antecedentes”. Parte-se da noção de “*regularidade*” dos efeitos esperados a partir de causas semelhantes. Adiciona-se ainda a contribuição de Puppe, que trabalha com o critério da *suficiência*: “causal será uma condição quando puder explicar suficientemente o resultado” (*apud* Tavares, 2012: 380).

Além da concepção epistêmica, outras foram propostas. Diante da instabilidade dos resultados que podiam ser obtidos com estes critérios, porém, tem-se firmando atualmente uma concepção explicativa, cunhada de “*explicação procedimental*”.

Esta concepção parte da noção de que, no mundo dos fatos, as condições “raramente são compensáveis na mesma e exata proporção”. Assim, só é possível um juízo de probabilidade com a *ponderação de fatores positivos e negativos* dentro do *contexto fático* em que a conduta deve ser realizada. Ao determinar a probabilidade, há de se levar em conta tanto a *condição inicial* em que a conduta deveria ter ocorrido até o *desfecho final* (resultado), descobrindo no intercurso elementos positivos e negativos e sopesando os mesmos de acordo com as *expectativas baseadas na regularidade*. A relação próxima da certeza não admite a interferência de ações que inibam significativamente ou excluam o curso causal entre a condição inicial e o resultado final (Tavares, 2012: 378-392).

Importante ressaltar que, obtida a probabilidade nos limites da certeza, se seguirão os outros elementos necessários à adequação típica e posterior afirmação de punibilidade, já que a causalidade é apenas elemento de imputabilidade e não sinônimo de culpabilidade.

Ainda antes de encerrar o tópico sobre a equiparação, é importante mencionar um último critério fundamental para sua construção legítima: a *efetividade da contraprova*. Necessário recorrer mais uma vez a brilhante lição de Tavares:

A equiparação da omissão à ação deve deixar de ser um artifício para justificar a punibilidade dos delitos omissivos impróprios e, sim, constituir um elemento a retratar, com fidelidade, de que modo e em que medida poderia a inatividade de alguém se relacionar, performativamente, com outrem. (Tavares, 2012: 164)

Pegando carona na teoria da imputação objetiva, já que a questão da equiparação se encontra dentro deste item maior que engloba causalidade e imputação, vale lembrar que Roxin, ao elaborar a teoria da imputação objetiva, estipula que nos casos de ação deverá sempre se proceder a verificação acerca da possibilidade concreta do resultado ser imputado ao sujeito *como obra sua*.

Sendo os delitos omissivos impróprios enquadrados entre os tipos em que se exige um resultado, há que se perceber a possibilidade fática do acusado omitente de produzir provas que afastem a imputação (Bierrenbach, 214: 42). Ora, utilizando-se o legislador do mero juízo hipotético de exclusão do resultado, mediante exercício imaginativo de exclusão da omissão, pouquíssimo espaço há para efetivação de qualquer alegação materializável em sentido contrário.

Vale lembrar que o juiz realiza o exercício hipotético *a posteriori*, como bem lembra Leite (2013), enquanto o agente precisa realizar um juízo prognóstico, naturalmente muito mais complexo e sujeito a erro. Entra aí a conexão que será feita no terceiro tópico com o tema do erro de tipo/erro de proibição.

Visando dar materialidade à contraprova, Tavares propõe dados empíricos negativos, ou seja, que serviriam para negar a imputação. Isso merece ser levado em conta porque, conforme leciona o professor da UERJ, “a liberdade humana não pode ficar na dependência de juízos estatísticos” (Tavares, 2013: 216).

Os critérios propostos são: *a) desnecessidade da imposição de dever para consecução de certo empreendimento, que poderá ser obtido de outro modo; b) inexistência de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico em face da inatividade; c) incerteza quando a idoneidade do comando para evitar a lesão ou o perigo; d) a efetiva evidência de que a atividade mandada é idônea; e) desproporcionalidade entre o que*

determina e o que se obterá com essa determinação; f) ausência de probabilidade quanto ao evento; g) a probabilidade do sacrifício do omitente em face do descumprimento da norma; h) a inexistência de uma relação entre a fonte produtora do perigo e a devida atuação do sujeito. (Tavares, 2012: 216-217)

Estes critérios formam a outra face do juízo de causalidade calcado na probabilidade próxima da certeza. Em conjunto, oferecem balizas seguras para que se evite o manejo dos delitos omissivos impróprios fora dos primados elementares do Estado de Direito.

2.3 Limites adicionais à imputação nos delitos omissivos impróprios

Ainda que o tópico anterior tenha tratado de questões que fundamentam a imputação, faz-se mister adicionar comentários acerca dos elementos necessários à sua correta configuração e aos limites que se antevê para sua aplicação escoreita.

- 2.3.1 **Capacidade objetiva de agir:** “a vontade de ação não pode ser a mesma para omissão, porque seus objetos de referência são diversos” (Tavares, 2012: 87). Com esta afirmação, Tavares sepulta a possibilidade de se atribuir à omissão uma versão da capacidade de ação, fundamentada na liberdade ontológica do neokantismo ou no “fim próprio de agir” do finalismo. Para que seja apreciada a capacidade de agir alicerçada numa norma de dever de evitação do resultado, Tavares propõe uma série de critérios, aptos a fornecer uma análise cognitiva segura e objetiva. Entre eles: se o sujeito estava apto a agir; se em face de sua condição social estava inserido num processo de comunicação²⁹; se a ação determinada era passível de ser cumprida por qualquer pessoa que estivesse na condição do sujeito; se os termos definidores da conduta omissiva são de uso comum na comunidade

²⁹ Para compreensão deste ponto é necessário um conhecimento mínimo da proposta de Habermas acerca da ação comunicativa, que o espaço aqui não permite construir.

em que o fato ocorreu³⁰; se a conduta omissiva estava relacionada a um determinado objeto que pudesse orientar o sujeito; se o sujeito se encontrava numa posição especial em face da lesão do bem jurídico; se o sujeito assimilava uma relação de proteção³¹, entre outras (Tavares, 2012: 243).

2.3.2 Vedação à criminalização de modos de vida (inadequação da teoria dos sistemas). Característica basilar da teoria sistêmica é que ela se volta para redução de complexidades. Significa fazer, no caso da teoria do delito, que se abrisse mão da tentativa de fundamentar a sanção penal em dados empíricos, fundando-a inteiramente em aspectos normativos, voltados à estabilização do sistema. Os comentários que antecederam a análise deste tópico são suficientes para demonstrar que esta proposta não se adequa minimamente ao primado democrático-constitucional da liberdade. As tentativas de institucionalização normativa de expectativas conduzem, inexoravelmente, à “normalização” (Foucault), imposta com base em padrões dominantes. Esta postura é antidemocrática, uma vez que inviabiliza o pluralismo (elencado como valor supremo do Estado Democrático de Direito no preâmbulo da CF/88)

2.3.3 Vedação à presunção de culpabilidade. Este ponto é complementar ao anterior. O que deve ser observado aqui é que a definição legal da posição de garantidor, que estabelece uma relação de dever entre o sujeito e o bem jurídico, não atua de modo a formar, concomitantemente, a presunção de sua responsabilidade subjetiva. Isso parece óbvio, mas cabe repisar: o fato de enquadrar-se na descrição típica indireta, oriunda do que estabelece o art. 13 § 2º do CP, não fundamenta, *per si*, o juízo de culpabilidade, nem mesmo

³⁰ Este critério será relevante na apreciação do erro sobre norma mandamental, objeto de análise do tópico 3 deste texto

³¹ Outro aspecto digno de ser levado ao debate sobre o erro mencionado brevemente acima, ainda subsistirá a obrigação de avaliar se o garantidor é culpável diante da situação concreta.

permite presumir um suposto dolo eventual. “Nos delitos omissivos impróprios, se o sujeito, na condição de garantidor, não impede o resultado porque pouco se importa com sua ocorrência, isso não é suficiente para caracterizar o dolo” (Tavares, 2012: 396). Uma vez ultrapassada a cognição a respeito da situação típica, com todos os seus pressupostos, dolo ou imprudência inclusos, conforme já tivemos oportunidade de mencionar brevemente acima, ainda subsistirá a obrigação de avaliar se o garantidor é culpável diante da situação concreta.

- 2.3.4 **Vedação à cláusula de reserva de punibilidade.** A norma que atribui o dever de evitar o resultado não pode funcionar como reserva de punibilidade, seguindo o seguinte raciocínio: se não consigo imputar o resultado danoso a nenhum agente por comissão, procurarei uma forma de imputar a alguém o dever de evitar que este resultado tivesse ocorrido. Em situações graves, onde a pressão midiática é intensa, como grandes desastres ambientais ou acidentes em indústrias com produtos perigosos, esse comportamento é muito comum. Mais recentemente, o âmbito dos delitos econômicos e dos crimes contra administração pública também passou a engendrar esta forma de raciocínio. Nestes últimos, mostra-se relevante o estudo da relação entre a deformação jurisprudencial nacional da teoria do domínio do fato (desde a AP 470/STF em diante), transformando-a num elemento de imputação e transvertendo-a em domínio da organização³², e a utilização da posição de garantidor como reserva de punibilidade³³. Este deverá ser o objeto de um trabalho subsequente. Porém, mesmo agora é importante mencioná-lo, para que sirva inclusive de elo de ligação com o próximo tópico, em que se buscará demonstrar as dificuldades da doutrina

³² Por muitos, ver: LEITE, Alaor. Domínio do fato ou domínio da posição? Autoria e participação no direito penal brasileiro. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

³³ Não pode deixar de ser mencionado que a Ministra Rosa Weber, em voto na AP 470/STF, admitiu uma “presunção relativa de autoria de dirigentes de empresas”.

e da jurisprudência em lidar com as relações entre a omissão imprópria e o instituto do erro em matéria penal.

3. O erro sobre norma mandamental nos crimes omissivos impróprios

A intrincada relação entre a omissão imprópria e o instituto do erro parece evidente. Destacam-se como questões de especial envergadura prática e dogmática: é suficiente o método da valoração paralela na esfera do profano para o afastamento do erro de tipo no caso do dever de agir para evitar o resultado? Em que a valoração global do fato oferece bases mais seguras neste sentido? Com base em que critérios o erro sobre a atribuição como garantidor do bem jurídico no direito penal secundário pode ser considerado invencível? Como deve ser tratada a dúvida quanto ao dever de agir, quer sobre a ação esperada quer sobre a posição de garante? Quais os efeitos do *Criminal Compliance* neste sentido?

Naturalmente não será possível enfrentar todas estas questões neste momento. Ainda assim, é relevante levantá-las, com o intuito de estimular a pesquisa conjunta, uma vez que a doutrina e, por extensão, a academia, precisam somar esforços, despendo-se do egocentrismo histórico e isolamento que as permeiam.

Antes de adentrar a primeira questão, é importante salientar que não condiz com o patamar atingido pela dogmática penal e pelo próprio desenvolvimento expansivo do direito penal aludir-se hoje ao brocardo *error iuris nocet, facti verum non nocet* ou ao que determina anacronicamente o caput do art. 21 do CP brasileiro, quando diz que “o desconhecimento da lei é inescusável”.

Dito isso, cabe ocupar as próximas linhas com um dos grandes desafios dogmáticos no que diz respeito ao instituto do erro: qual a intensidade de representação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo que precisa ser exigido para que se possa imputar a alguém a o delito de omissão imprópria? Para responder esta pergunta, será necessário primeiramente assentar o que a doutrina aponta como elementos do tipo de injusto omissivo impróprio.

Santos (2014: 203) é didático ao lecionar que, na omissão imprópria, para que esta seja típica, além da *situação de perigo* (“situação típica” em Tavares), do *poder concreto de agir* (referenciado neste texto como “capacidade de agir”) e da *omissão da ação mandada* em si (com as questões já abordadas da legalidade, da equiparação e das vedações apontadas) é necessário o preenchimento adicional de dois requisitos específicos: o *resultado típico* e a *posição de garantidor*.

Quanto ao resultado típico, tivemos oportunidade de apontar as dificuldades apresentadas pela ausência de causalidade material na omissão e a relevância do critério da probabilidade nos limites da certeza.

Quando ao segundo requisito, vigora na doutrina a adoção de critérios materiais para imposição da posição de garantidor, o que significa que, por um lado, atribui-se o dever de *proteção* de pessoas ou bens jurídicos *determinados*, e de outro a garantia de *vigilância* de *fontes de perigo* determinados para proteger *pessoas indeterminadas* (Santos, 2014: 205).

Sem adentrar a diferença entre proteção e vigilância, cabe ressaltar que o erro sobre qualquer dos elementos acima mencionados deve ser interpretado como *erro de tipo*, uma vez que estes compõem o dolo do delito de omissão imprópria. No caso de erro *evitável*, excluir-se-á somente o dolo; no caso de erro *inevitável* serão excluídos o dolo e a imprudência (Santos, 2014:211).

O ponto delicado diante desta construção tem que ver com o fato de que o erro sobre alguns destes elementos nem sempre se apresenta em termos disjuntivos. Uma vez que o erro é o defeito de conhecimento, compreendendo tanto a ausência de representação quanto uma *representação incompleta do injusto penal*, percebe-se que ele pode ser *graduado*, não ficando submetido a um juízo binário (sim/não; existe/inexiste).

Com isso, resta a questão do tratamento penal das situações em que a representação do agente não se mostra claramente *insuficiente* para configuração do dolo. Melhor dizendo: em que ponto se pode afirmar que a representação foi suficiente para afastar a alegação de erro de tipo? Ainda mais: que elementos permitem afirmar

que o erro era vencível? Note que são questões distintas, ainda que umbilicalmente ligadas. Numa, pergunta-se sobre a *qualidade e intensidade* da informação que será valorada como suficiente para representação típica no caso do sujeito concreto. Na outra, pergunta-se sobre os *esforços* que se poderiam exigir do agente para que obtivesse o grau de conhecimento necessário para atingir a representação suficiente. No tópico seguinte se cuidará da primeira questão.

3.1 INSUFICIÊNCIA DA TÉCNICA DE “VALORAÇÃO PARALELA NA ESFERA DO PROFANO”

Uma das tentativas de superação do problema acima exposto, comumente “sacadas” pela doutrina e pela jurisprudência, é a técnica de valoração paralela na esfera do profano. Esta foi desenvolvida primariamente por Mezger, por volta de 1927. Welzel aderiu a uma construção similar, entendendo, porém, que se deveria utilizar a expressão “juízo paralelo na consciência do autor”. Roxin, hodiernamente, aceita seu uso com algumas ressalvas, em especial no tocante ao fato de que o conhecimento exigido para formação do dolo não é a subsunção jurídica exata dos conceitos empregados na lei, mas a compreensão dos fatos externos junto ao seu significado social. O mero erro de subsunção, para Roxin, poderia apenas ensejar o erro de proibição, enquanto que o erro quanto aos fatos externos, junto ao seu significado social, fica submetido a categoria de erro de tipo (Galvão, 2016: 151-153).

O que se pretende argumentar a seguir é que, na omissão imprópria, a valoração paralela na esfera do profano não parece suficiente para que se atribua o resultado como obra (por omissão) do agente. Isso porque os deveres a que se refere a omissão imprópria são deveres *especiais*, deveres de evitação do resultado dirigidos a pessoas em situações *determinadas*. Efetuar um juízo hipotético de imputação, utilizando-se o “profano” (leigo) para responsabilizar agentes por condutas a que estão obrigados a adotar *por ocuparem uma posição* específica parece um contrassenso.

Ainda que se replique a esta afirmação, alegando que o juízo será feito tomando

em conta pessoa em situação análoga, o critério é demasiadamente inseguro. Isso porque muitas vezes os deveres adquirem particularidades ou minúcias, baseando-se em normas exorbitantes e de difícil compreensão. Qualquer tentativa de colocar outro agente no lugar daquele que se omitiu e, hipoteticamente, perguntar se este teria feito o mesmo, se assemelha àqueles dilemas de ética em que se questiona se é correto empurrar o cidadão gordinho no trilho de trem com o fim de impedir a morte dos que estão se utilizando do transporte, que está descontrolado. A cada vez que são alteradas as qualidades dos personagens (quem está respondendo o dilema; quem é o cidadão gordinho – pai, desafeto, um terrorista; quem está no trem – crianças, idosos, criminosos, etc.) as respostas se alteram significativamente.

Desta feita, sendo a margem de insegurança muito grande, vislumbra-se a tendência no sentido de se afirmar, na maioria dos casos, que o agente poderia ter representado suficientemente os fatos que embasavam o dever de agir. Ressalte-se que esta análise será feita *ex post*, na confortável cadeira de um ambiente climatizado, por pessoas que dificilmente poderiam afirmar com segurança que conhecem pessoalmente as circunstâncias que orbitam as acusações sob sua análise.

3.2 Tentativa de superação da insegurança através da valoração global do fato

Roxin trabalha uma terceira categoria para o instituto do erro. Compreendê-la pode fornecer uma ferramenta útil na tentativa de solucionar a intrigante questão acerca da intensidade de representação necessária nos delitos omissivos impróprios.

Trata-se do *erro de tipo permissivo*, que incide sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, em decorrência de uma errônea representação da situação justificante.

Ocorre que, em rol significativo de descrições típicas, não se pode separar claramente a configuração típica (fática) da ilicitude (antijuridicidade). Nestes, o tipo não atua como mera *ratio cognoscendi* da ilicitude, mas sim como verdadeira *ratio essendi* desta. Para estes casos, a atribuição do erro, quando incidente sobre as

discriminantes putativas, nem sempre poderá ser classificado dogmáticamente como erro de tipo. Surge então a *valoração global do fato*. Roxin leciona que esta incide

cuanto que la reprobabilidad de la acción coactiva del autor no sólo designa el injusto típico, sino simultáneamente también el concreto injusto de las coacciones del caso particuleir. Así pues, el que coacciona a otro de modo reprochable no sólo actúa típicamente, sino *eo ipso* también antijurídicamente en el sentido del § 240; y ya no queda espacio para causas de justificación, pues si alguien coacciona a otro amparado por una autorización legal para la coacción, o por legítima defensa o por un estado de necesidad justificante, ya no obra de modo reprochable y por ello tampoco típicamente. (Roxin, 1994: 299)

Sendo assim, o erro de tipo permissivo se distancia do erro de tipo pelo fato de que, no primeiro, o agente *conhece a situação típica*, mas erra com respeito a existência de pressupostos fáticos que ensejariam uma causa de justificação.

Por questões de política criminal (e mesmo dogmáticas) nem todos os erros de tipo permissivo poderiam ser tratados como erro de tipo, conforme afirma a doutrina dominante. Assim, Roxin sugere a distinção entre elementos de valoração global divisíveis (ensejando diferentes respostas quanto a classificação do erro) e não divisíveis (Galvão, 2016:180). O critério pelo qual se pode dizer que um elemento de valoração global do fato é divisível ou não, reside na possibilidade de o agente *conhecer o significado social de sua conduta sem o conhecimento da valoração jurídica*:

No obstante, la corrección general de la distinción entre error de tipo y de prohibición no depende de que la misma sea practicable en cada uno de los tipos, sino que, el rigor de la teoría de la culpabilidad se puede contrarrestar precisamente exigiendo para el dolo la realización de una valoración jurídica allí donde sin ella no puede

alcanzarse tampoco un conocimiento profano del significado social de la propia conducta. (Roxin, 1994: 465)

Vejam os agora se esta construção pode nos ajudar na questão dos crimes omissivos impróprios. Para lembrar: a dubiedade se volta para a *intensidade de representação* dos elementos típicos. necessária e suficiente para que o delito seja considerado imputável ao agente como obra (por omissão) sua ou, em caso de juízo negativo, se admita o erro de tipo. Sendo positiva a resposta quanto a intensidade, será necessário enfrentar a questão quanto a *evitabilidade* do erro.

Quando foi tratada a conceituação da situação típica, elemento do tipo de injusto omissivo impróprio, colacionou-se a visão de Tavares de que esta engloba “todos aqueles elementos ou pressupostos que se associam à inação e fundamentam o dever de agir e o conteúdo do injusto” (Tavares, 2012: 355). Também foi trazido à atenção o fato de que os pressupostos de punibilidade não dizem respeito apenas aos fundamentos do dever, mas também aos resultados que se quer evitar e em que circunstâncias (limites) a omissão será equiparada com a ação. Por fim, explicitou-se outra vez a visão de Tavares, para quem os deveres impostos só serão legítimos se levarem em conta o substrato social em que o agente vinha inserido e no qual a omissão ocorreu.

Juntando os ingredientes, cria-se uma receita para apreciação do erro sobre a situação típica dos delitos omissivos impróprios, que pode ser resumida, provisoriamente, da seguinte forma: *nos delitos omissivos impróprios, quando o erro incidir sobre os fundamentos do dever, as circunstâncias em que este dever se impõe, a capacidade objetiva do agente em evitar o resultado, o conteúdo da ação mandada, a probabilidade real de que sua ação seja capaz de evitar o resultado ou sobre seu papel como garantidor, estando o erro justificado pelo substrato social em que a omissão ocorreu ou ausente a possibilidade objetiva de valoração do significado social da omissão sem a compreensão jurídica do dever, deverá o caso ser tratado como erro de tipo invencível.*

Para que o erro seja considerado *evitável* a fundamentação judicial precisará

demonstrar de modo claro a real possibilidade de representação dos elementos típicos daquele agente, levando em conta o substrato social (ambiente) e a viabilidade de compreensão do significado social da omissão mesmo sem a compreensão jurídica do dever.

O enunciado acima poderá aprimorado, levando em conta todos os elementos do tipo individualmente e adaptando-o de acordo com o estudo de casos práticos. Por ora, acredita-se que ele seja suficientemente claro em demonstrar que a valoração global do fato pode permitir um aprimoramento dogmático para apreciação do erro nos delitos omissivos impróprios.

3.3 A dúvida como erro de proibição

Diante da limitação espacial a que este escrito está submetido, faz-se a opção por trabalhar a penúltima das questões propostas na introdução do terceiro tópico: como deve ser tratada a *dúvida* quanto ao dever de agir, quer sobre a ação esperada quer sobre a posição de garante?

Alaor Leite escreveu obra de grande fôlego tratando da questão da dúvida e do erro sobre a proibição no direito penal (Leite, 2013). Dado o vigor com o que o tema foi abrangido e considerando que a doutrina nacional tem dado pouca atenção ao assunto, com honrosas exceções, passa-se a colacionar algumas das lições fundamentais trazidas pelo autor.

Leite constrói a percepção de que um dos grandes equívocos cometidos ao tratar da dúvida no direito penal é tê-la como eventual (potencial) consciência da ilicitude. Esta definição é incompatível com diversos elementos dogmático-penais, constitucionais e mesmo relacionados aos fundamentos do Estado de Direito. O equívoco não é acidental e nem parte de pressupostos muito complexos. Basicamente se sustenta com base em duas premissas: a tese de que dúvida e erro são incompatíveis e a suposta necessidade político-criminal de se evitar lacunas de punibilidade (receio de uma avalanche ilusória de absolvições, calcadas no erro de proibição, caso a dúvida seja admitida como tal).

O autor descontrói tranquilamente as duas premissas e demonstra que a dúvida sobre proibição deve ser tratada como caso de erro de proibição, possuindo o critério de *evitabilidade* o papel protagonista para o *dimensionamento* do erro e de suas consequências para *dosimetria da pena*.

Para que a evitabilidade obtenha um substrato material e não fique à mercê de *decionismos ad hoc*, Leite fixa sua construção no alicerce do “dever instrumental de informação”, compartilhado entre o agente e o Estado, da seguinte forma: na mesma medida em que se exigirá do agente a obrigação de demonstrar que fez *esforços idôneos para chegar ao conhecimento*, se exigirá do Estado que tenha garantido *reais possibilidades de acesso* a um conhecimento seguro do injusto.

Completando sua proposta, Leite defende que a dúvida deve ser *plausível juridicamente* e que o agente deve *agir nos limites da dúvida*. A percepção do agente quando aos danos possíveis serve como critério complementar para aferição dos esforços razoavelmente exigíveis para o dever de informação.

Toda essa bela estruturação, trazida pelo orientando de Claus Roxin, pode também contribuir com uma construção dogmática mais coerente e efetiva para o instituto do erro nos crimes omissivos impróprios. Principalmente quando se trabalha o direito penal secundário, com sua multiplicidade de normas (com ênfase para os delitos de acumulação), a dúvida torna-se não apenas plausível, mas intrínseca a algumas atividades. O próprio dever de informação precisa ser, neste ambiente, como bem demonstra Leite através de vários exemplos, considerado com muito cuidado.

Tratando-se de ambientes altamente regulados, a existência de dúvida acerca da extensão, conteúdo e demais elementos dos deveres especiais imputados a agentes específicos precisa receber tratamento dogmático particularizado, *sendo razoável a opção por uma política generosa quando a conexão dúvida-erro*, na esteira do que leciona Leite. Admitido o dever de vigilância atinente a bens jurídicos não adstritos à vida e ao corpo, a própria atribuição como garante perde sua clareza. A sobreposição de posições de garantia e os limites espaço-temporais dos deveres perfazem um campo cada dia mais complexo, em especial com o uso crescente de programas de *compliance*

criminal. Isto também deverá ser levado em conta para o dimensionamento da apreciação da dúvida.

Alguns destes temas pretendem ser enfrentados em momento futuro. O estudo dos deveres em ambientes regulados, a questão do domínio da posição, os critérios para o atuar nos limites da dúvida, assim como os critérios de eficácia para o cumprimento do dever de informar-se (com ênfase no que toca a consultoria profissional) deverão ser pesquisados com vagar daqui em diante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi exposto o estágio atual de expansão do direito penal na sociedade de risco, em especial no que diz respeito à sua instrumentalização com fins preventivos e seus efeitos sobre a criminalização da quebra de deveres de garantia.

A forte tendência de criação de obrigações de proteção e vigilância para os cidadãos, chamados à posição de garantidores dos bens jurídicos, sob a ameaça de pena na modalidade omissiva, procurou ser assentada ao nível do consenso.

Aliada à criminalização de atos preparatórios, prescindindo da demonstração empírica de lesividade ou perigo concreto, esta tendência compõe um quadro de desconfiguração dos fundamentos da teoria do delito e, de modo geral, de todo o direito penal de garantia.

Diante desse cenário, foram apontados os efeitos específicos sobre dois grupos de elementos da teoria do injusto penal: os crimes omissivos impróprios, em especial quanto a criação de deveres de evitação do resultado e o instituto do erro nestes casos.

Foram delineados limites dogmáticos afetos aos dois temas. Os limites alistados se originaram da melhor doutrina, mas dois aspectos parecem ter sido abordados de forma a permitir inovações práticas.

O primeiro deles diz respeito ao uso da valoração global do fato como critério idôneo para demarcação do erro inevitável quanto aos elementos típicos dos delitos omissivos impróprios.

O segundo tem que ver com a apreciação da dúvida sobre proibição como erro de proibição, de acordo com a lição de Alaor Leite, especificamente no que diz respeito a ocupação da posição de garante em ambientes altamente regulados, onde a consciência sobre a posição de garante, seus limites e os deveres oriundos desta atribuição não se adequam às categorias elencadas no art. 13, §, 2º do CP brasileiro, correndo assim o risco de não se admitir o erro de tipo e se manter a rigorosa (e incorreta) afirmação de que a dúvida significa eventual conhecimento da ilicitude.

Espera-se, ao final, que a modesta contribuição trazida desperte o debate sobre um tema que parece, na mesma medida, ser um dos mais contemporâneos da dogmática penal e um dos que menos consegue atrair estudos cuidadosos e profundos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Eichmman em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das letras, 1999. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2014

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Riode Janeiro: Zahar, 2008

_____. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro, Zahar, 2009

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco – Rumo a outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011. BIERRENBACH, Sheila A. **Crimes Omissivos Impróprios**. Niterói, RJ: Ímpetus, 2014.

BITECOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, I**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa**. 6a ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da criminologia crítica**. Curitiba: Juruá, 2010. CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?** São Paulo: Planeta, 2017.

FOCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.

_____. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2011. GALVÃO, Robson. **O erro no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

JAKOBS, Günther. **Crítica à teoria do domínio do fato: uma contribuição à normatização dos conceitos jurídicos**. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003

LEITE, Alaor. **Domínio do fato ou domínio da posição?: autoria e participação no direito penal brasileiro**. Curitiba: Centro de Estudos Professor Dotti, 2016.

_____. **Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal**. São Paulo: Atlas, 2013. LOBATO, Danilo; GRECO, Luís. **Temas de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Fundamentos. La Estructura de La Teoria Del Delito. Parte Geral. Tomo I**. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Novos estudos de direito penal**. Alaor Leite (org.); Luís Greco (trad.). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade Penal e Sociedade de Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 6 ed. Curitiba, PR: ICPC: 2014.

SILVA, Fernanda Miquelussi. **A Sociedade de Risco e os Crimes Omissivos no Brasil**. Ponto Vital Editora, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. **As controvérsias em torno dos crimes omissivos**. Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. **Teoria do Crime Culposos**. 4ª ed. Empório do Direito, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. Eugênio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangelli. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Em busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WELZEL, Hans. **Direito penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas: Romana, 2004.

HARM PRINCIPLE: CONTRIBUTO PARA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Pedro Henrique Pavanatto de Freitas

Mestrando em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (PPGCCrim) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais da PUCRS. Membro do Grupo de Pesquisa Linguagem, Cognição e Processo Penal, sob a coordenação da Prof.^a Clarice Beatriz da Costa Söhnngen. Advogado Criminalista. Bolsista Capes.

E-mail: pavanatto.pedrohenrique@gmail.com

Resumo: O artigo abordará o *Harm Principle*. Deste modo, a partir de sua historicidade, momento em que é introduzido pelo pensamento iluminista anglo-saxão, demonstrando-se um princípio claramente de cunho liberal. Após, dar-se-á ênfase aos aspectos normativos, postos pelo jurista estadunidense Joel Feinberg a sua época e aqui, debatidos e problematizados. Além disso, posto a importância, serão expostas as funções e a natureza de tal tema, bem como questões complexas sobre o que é *harm* e quais os limites de aplicação do princípio. Valer-se-á, ao final, de uma análise crítica-propositiva sobre sua aplicação.

Palavras-chave: *Harm Principle*; poder punitivo; direito penal; limites.

Sumário: 1. Introdução; 2. John Stuart Mill e a origem do *Harm Principle*; 3. Joel Feinberg e a sistematização do *Harm Principle*; 4. A natureza do *Harm Principle*; 5. Funções; 6. *Harm to Others*; 7. Problemas com o conceito de *harm* (dano); 8. Limites ou uma tentativa de impor barreiras para eventuais abusos; 9. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente importa pontuar que o artigo versa sobre um dos maiores problemas do direito penal, tal qual: é possível estabelecer limites ao poder de incriminar do legislador? Tal pergunta é respondida pela teoria crítica do bem jurídico-penal – em suas variadas formas – de maneira afirmativa, ou seja, apesar dos vários conceitos adotados e de diferentes visões, sintetiza-se afirmando que crime é lesão ou grave ameaça a bens jurídicos-penais e qualquer norma incriminadora que não tenha um bem jurídico legítimo, digno e necessário é, em verdade, terror estatal, uma norma ilegítima e assim deve ser declarada por nossos tribunais.

Partindo deste ponto, percebe-se ainda que tal teoria apesar de profundamente estudada principalmente dentro do direito penal alemão, português e brasileiro – nesta ordem – dedica-se quase que exclusivamente a apontar o objeto da tutela penal existindo um lapso no que diz respeito a afetação deste objeto através da conduta praticada pelo agente. Isto é. O Direito Penal justifica a sua intervenção não só devido à natureza dos bens jurídicos em causa, mas também atendendo à intensidade da agressão que é levada a cabo para com esses bens jurídicos fundamentais.

Neste sentido, a hipótese que tem maior relevância para averiguar a intensidade da agressão é o Princípio da Ofensividade no direito penal pátrio, mas não só. Outra hipótese que tem sido estudada por penalistas contemporâneos aponta a teoria anglo-americana do *Harm Principle* como possível de alinhar-se as outras para explicar, legitimar e limitar o poder punitivo estatal.

O objetivo deste artigo é aprofundar as nuances do *Harm Principle*, através de uma metodologia dedutiva-dialética e comparativa. Isso, de modo que é de fácil percepção que ocorre uma inter-relação entre os sistemas jurídicos da *Common Law* e *Civil Law*, na medida em que existe um fenômeno de uniformização do direito em esfera global (LANGER, 2004) e, portanto, mostra-se necessário um aprofundamento para

encontrar compatibilidades e limites de interferência nesta interação. Se buscará apresentar o *Harm Principle*, tentando apresentá-lo ao jurista-leitor ainda não familiarizado, de forma a introduzi-lo a estas questões, sempre sem a pretensão de esgotar as problematizações possíveis de serem relacionadas ao tema.

2. JOHN STUART MILL E A ORIGEM DO *HARM PRINCIPLE*

De pronto, importa situar o *Harm Principle* historicamente, pois demonstrará qual o contexto onde John Stuart Mill apresentou tal princípio e a importância que hoje ainda se faz a fixação da liberdade individual frente à vontade social. O contexto no qual aparece o pensamento de Mill é o do século XIX, onde um iluminismo tardio chega à Inglaterra.

“Os filósofos franceses do século XVIII eram o exemplo que procurávamos imitar, e esperamos ter conseguido bons resultados” esta citação é do livro autobiográfico (*Autobiography*) de John Stuart Mill (2007) – o autor lembra dos jovens filósofos da década de 1820 da Europa Continental – e a partir deste contexto serve para introduzir um mundo de ideias que, ainda que contemporâneas do movimento romântico, discordavam fortemente dele. Baumer (1977) chama este conjunto de pensamentos oriundos do século XIX de Neo-Iluminismo, por causa da sua semelhança, na disposição e na finalidade geral com o movimento Iluminista do século XVIII. Os seus principais proponentes eram os utilitaristas e os radicais ingleses, a que Mill integra, os positivistas franceses, os jovens hegelianos da Alemanha, e determinadas categorias de realistas, cientistas, liberais e socialistas de toda a Europa. Apesar de alguma fertilização cruzada, é óbvio que estes grupos não constituíam uma espécie de pensamento único. No entanto, tinham algo em comum; todos eles trouxeram o espírito do iluminismo, em formas e graus diferentes, para meados do século XIX (BAUMER, 1977, p. 59).

Mill adotou um método – ressalta-se aqui que o século XIX foi o século do cientificismo - mais empírico e histórico, onde distinguia entre leis empíricas e verdadeiramente causais e acreditava que devido à grande complexidade dos assuntos humanos, só as primeiras, ou metodologicamente “generalizações aproximadas” eram

possíveis para descrever cientificamente os fenômenos sociais – Mill descrevia a lógica como um manual sobre a doutrina oposta – que derivava todo o conhecimento obtido da experiência (BAUMER, 1977, p. 66) - , além disso, historicamente pensava a sociedade como uma matéria cuja as propriedades eram mutáveis. Portanto, nesse sentido opunha-se ao que foi o pensamento do século anterior de que a sociedade era a perpétua recorrência das mesmas séries numa ordem invariável. Para ele a ciência social era como o princípio do movimento na mecânica, ou da vida na biologia, “não só variavam as qualidades dos indivíduos, mas também as da maioria não são as mesmas em épocas diferentes” (MILL, 1999, c. vi), enfim, a extraordinária flexibilidade do ser humano em sua natureza.

“Vi que, embora o nosso caráter fosse formado pelas circunstâncias, os nossos desejos podem fazer muito para moldar nossas circunstâncias; que a nossa vontade, influenciando algumas circunstâncias, pode modificar os nossos hábitos futuros ou capacidade de querer” (MILL, 1999, c. vi).

Todo argumento que Mill apresenta no livro “Sobre a liberdade” pressupõe esta espécie de livre escolha para moldar o caráter humano e, deste modo, influenciar os acontecimentos (BAUMER, 1977, p. 80). O ser humano não é uma máquina construída segundo um modelo, mas pode ser comparada a uma árvore que cresce “de acordo com a tendência das forças internas e externas que fazem dela um ser vivo” (MILL, 2016, p. vi).

Esse pensamento de Mill no século XIX foi uma resposta ao novo “deus” que naquele contexto era a sociedade – e claramente o Estado – sendo, portanto, uma afirmação da liberdade individual frente à vontade social. Importante pontuar que Mill não foi ao extremo do individualismo – como foram alguns anarquistas do seu tempo v.g. Max Stirner – todavia, não abriu mão de defendê-lo acreditando que apenas o indivíduo era real, sendo o Estado um corpo fictício (BAUMER, 1977, p. 84).

Mill viu em sua época a necessidade de retificar as injustiças de uma sociedade industrial, mas o fez sem renunciar do individualismo (como, por exemplo, fez a ideologia

comunista), pelo contrário, tomou fortemente sua defesa desenvolvendo sérias dúvidas sobre a democracia igualitária, pensando até que poderia se tornar uma tirania da maioria, uma força repressiva da uniformidade.

Em uma sociedade, todo o progresso dependia do avanço da aplicação da verdade; os indivíduos descobriam novas verdades; conseqüentemente, a sociedade devia não só permitir, mas também encorajar a natureza humana “a expandir-se em diferentes e numerosas direções; qualquer tentativa para refrear este desenvolvimento livre, através da opinião pública ou qualquer outra, era obviamente uma demência completa; era este o argumento de Mill. Mill defendia o individualismo mais na base da utilidade do que do direito natural. Segundo o seu ponto de vista, a liberdade, a liberdade do indivíduo, tinha maior utilidade social do que a justiça ou a igualdade. (BAUMER, 1977, p. 85)

Essa visão é complementada e forjada a partir da base teórica e ideológica na qual envolvia o pensamento da época – importa salientar que Mill era um filósofo político do século XIX sendo muito influenciado pelas ideias dos iluministas ingleses do século anterior, como Locke e Hume, estes empiristas e que se diferenciavam do racionalismo europeu continental. Entretanto, no século XIX as ideias românticas que influenciaram as revoluções na Europa Continental e América, tomaram força na Inglaterra acarretando no pensamento utilitarista. Mill, juntamente com Bentham, foi o expoente de tal visão (WEFFORT, 2006, p. 191/199).

Considero a utilidade como a base última em todas as questões éticas; mas deve ser utilidade no sentido mais amplo, fundada nos interesses permanentes do homem como ser capaz de progresso. Sustento que tais interesses permanentes do homem como ser

capaz de progresso. Sustento que tais interesses autorizam a sujeição da espontaneidade individual ao controle externo apenas no que se refere àquelas ações individuais que concernem ao interesse de outras pessoas (MILL, 2016, p. 24).

Esse utilitarismo de Mill influenciado principalmente pela simplicidade de Bentham -a maior felicidade possível para o maior número de pessoas -, fez Mill ser uma influência importante para o fortalecimento de uma democracia liberal e na afirmação dos direitos individuais contra a vontade geral da sociedade, inclusive pelo seu *Harm Principle*. Mas não só, cultivou o sentimento do poder da razão para desenvolver os indivíduos e as sociedades, portanto, um racionalismo reformista, que assume que a razão pode estabelecer metas adequadas a todos e persuadir os seres humanos, através do debate e das evidências, a segui-las: “ninguém cuja opinião mereça um momento de atenção pode duvidar de que grande parte do mal existente no mundo é, em si próprio, removível... dominável pelo cuidado e pelo esforço humano” (MILL, 1962, c. II).

No aspecto racionalista de Mill vê-se que esse tinha, talvez, uma concepção mais equilibrada de progresso intelectual. Compreendeu, bem como Marx, que os seres humanos eram colocados em circunstâncias econômicas, sociais e políticas e que as suas perspectivas eram formadas por meio delas. Mas os efeitos podiam reagir contra as causas, isto é, os seres humanos podiam, por sua vez, moldar e dar forma às circunstâncias. O que torna isso possível é, principalmente, a habilidade do homem de pensar e especular. A atividade intelectual produzia um novo conhecimento que, por sua vez, tornava possível a evolução material, moral e política. Foi com base nisso que Mill concentrou e defendeu a importância da liberdade, e a colocou com pedra angular do progresso da civilização (BAUMER, 1977, p. 94).

Ainda, sobre o pensamento utilitarismo de Mill, salienta-se que a ênfase desse utilitarismo não é fundada no egoísmo, mas sim no altruísmo, de modo que a felicidade individual contém a simpatia aos outros. Sua opinião era que o egoísmo, fomentado pelas instituições modernas, podia ser gradualmente extirpado da humanidade, incluindo a

multidão inculta e seus padrões: “O obstáculo (egoísmo) não reside na constituição essencial da natureza humana” (MILL, 2007, c. VII).

Portanto, agora situado o autor base para o que virá a ser o *Harm Principle*, vê-se que a visão sobre a liberdade individual desenvolvida, tornou-se uma forma de ver a liberdade na modernidade. Deste modo tem-se como pilar para o princípio de John Stuart Mill:

"O único fim, para o qual a humanidade está assegurada, individualmente ou coletivamente, em interferir com a liberdade de ação de qualquer indivíduo é a autoproteção. O único propósito pelo qual o poder possa ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar danos a outros. Seu próprio bem, físico ou moral, não é um mandado suficiente" (MILL, 2007, p. 22)

Mill introduz o *Harm Principle* como um princípio muito simples, com o direito de governar de maneira bastante completa as relações da sociedade com o indivíduo na forma de coerção e controle. Assim ou a sociedade utiliza os meios de força física (coerção) sob a forma de penalidades legais, ou a opinião pública como meio de desaprovação moral. (MILL, 2007, p. 22).

Além disso, é importante perceber o individualismo desta concepção, ou seja, o ordenamento justo deve ser pensado como uma soma de recursos sociais e precondições culturais que devem permitir ao sujeito individual articular, sem coerções, seu autêntico si mesmo ao longo de sua vida. As seções sobre a teoria da liberdade de Mill, são orientadas não simplesmente por uma ideia negativa de liberdade, mas por um ideal de autorrealização. Mill vê que é tarefa de todo governo criar, por meio das medidas educacionais adequadas e pela garantia estrita de um pluralismo da opinião pública, uma “atmosfera” de liberdade social, na qual os membros da sociedade possam chegar ao máximo do desenvolvimento individualizado de seus “atributos, faculdades e sensibilidades” (HONNET, 2015, p. 75/76). Mill via a margem de ação para a autorrealização subjetiva, que o Estado deve garantir mediante educação universal,

diversidade de opiniões e de ofertas culturais, sendo limitada apenas pelo *Harm Principle*.

É possível perceber a partir disso que seu princípio não é apenas um princípio de criminalização, ou ainda, não é um princípio dirigido apenas ao Estado, mas é dirigido a sociedade e a toda opinião pública. Nesse sentido, delimita a esfera da liberdade do indivíduo (área autoconsciente) da esfera que diretamente interessa à sociedade e na qual a sociedade tem, portanto, o direito de interferir com a vida do indivíduo. Não apenas sob a forma de criminalização, mas também como leis civis e leis administrativas, proibições ou imposições de deveres de qualquer tipo e mesmo como medidas não legais (por exemplo, coerção da opinião pública), ou seja, controle social informal. O que Mill afirma é que dentro da esfera que diz respeito apenas ao indivíduo, a sociedade não pode interferir: "Na parte que se refere apenas a si mesmo, sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é soberano" (MILL, 2007, p. 23).

Nesse sentido vê-se que a lógica de Mill aparece aqui, de tal modo que se qualquer pessoa pratica um ato prejudicial a outrem, nesta hipótese há aí uma ocorrência *prima facie* (evidente) para puni-la, seja por lei ou, quando não há segurança para aplicação das penas de lei, pela desaprovação geral (MILL, 2007, p. 24). Aqui fica claro que a proposta não se restringe a esfera criminal, posto que o *Harm Principle* é direcionado também à sociedade, não apenas ao Estado.

Ademais, existem também, além das ações, as omissões. Nestes casos, uma pessoa também pode ser coagida pelo Estado, estando assim obrigada a agir, *v. g.*, prestar depoimento em um tribunal de justiça, salvar a vida de um semelhante ou intervir para proteger indefesos contra maus tratos, situações pelas quais, sempre que for óbvio fazê-las. Nesse sentido o indivíduo pode ser legitimamente chamado a responder perante a sociedade caso não as faça. Salienta-se que para Mill uma pessoa pode causar dano a outras não só por suas ações, mas também por suas omissões, e em ambos os casos é legítimo que ela deva prestar contas por tal lesão (MILL, 2007, p. 24/25).

Entretanto, para Mill existe uma esfera de ação em que a sociedade, no que se distingue do indivíduo, tem um interesse apenas indireto e circunscreve toda aquela parte da vida e da conduta de uma pessoa que afeta apenas a ela mesma ou, se vem a ferir outras

também, é apenas com o consentimento e a participação livre, voluntária e sem ludíbrio dessas outras pessoas. E aqui importa pontuar uma questão de grande relevância: quando Mill fala em “apenas a ela mesma”, quer dizer diretamente e em primeiro lugar, pois tudo o que afeta uma pessoa pode afetar outras pessoas por seu intermédio.

“compreende, primeiramente, o domínio interno da consciência, exigindo a liberdade de consciência em seu sentido mais abrangente, a liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre todos os assuntos, práticos ou reflexivos, científicos, morais ou teológicos (MILL, 2007, p. 25).

Logo, esse princípio da liberdade de Mill – de onde extrai-se o *Harm Principle* - é a proposição de que o Estado tem legitimidade em intervir coercivamente para regular uma conduta humana, somente quando essa conduta causa danos a outros. A conduta em que a pessoa meramente prejudica a si mesmo, ou por outro lado, uma conduta que é pensada apenas como imoral, é ilegítima para ser objeto de uma proibição estatal (SIMESTER, A P; HIRSCH, 2011, p. 35)¹.

Percebe-se, enfim, que o *Harm Principle* de Mill é por um lado utilitarista, visto que se centra nos efeitos da conduta proibida, mas não apenas nestes, pois ao buscar criminalizar algumas condutas que venham a prevenir danos, se trata também de um pensamento deontológico no sentido de um princípio preventivo de dano (AMBOS, 2013, p. 355). Todavia isso não foi aprofundado pelo autor clássico e é o que se buscará fazer nos próximos pontos.

¹ O princípio de Mill: “*The principle is, that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number is self-protection. That the only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community against his will is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a suficiente warrant.*”

3. JOEL FEINBERG E A SISTEMATIZAÇÃO DO *HARM PRINCIPLE*

O *Harm Principle* foi implicitamente confirmado em 1957 pelo famoso Relatório de Wolfenden² de um Comitê Ministerial Inglês, que se manifestou a respeito da criminalização da homossexualidade e da prostituição, afirmando que deve subsistir alguma esfera de moralidade e imoralidade privada que não é um assunto para o direito, ou seja, não é um assunto legal. Em consequência, a criminalização de tais condutas só pode ser aplicada se causar danos a outros. A partir daí deu-se uma controvérsia na doutrina sobre a finalidade do direito penal, especialmente sobre as condutas ditas imorais, onde exista uma carência de vítimas (AMBOS, 2013, p. 356).

Importa pontuar a priori, que o sistematizador do *Harm Principle* foi Feinberg (1984), isto porque Mill em sua obra, não o fez dentro de um sistema jurídico, mas sim observando aspectos político-sociais. Feinberg, então sistematizou este princípio para que fosse aplicado normativamente no direito.

Nesse sentido, então, traça-se uma distinção entre o que conceituou Mill e o que fez Feinberg. Este o aprofundou nos quatro volumes da obra *Moral Limits Of Criminal Law*, especificamente nos dois primeiros volumes *Harm to others* e *Offense to others*. Essa distinção se inicia a partir do momento em que Feinberg, não vê o dano como o único a ser legitimado para tornar uma conduta crime, como também se uma conduta é considerada ofensiva para outros em um sentido mais estrito. Também discute, mas rechaça, o paternalismo jurídico (*harm to self*) e o moralismo jurídico como justificativas para uma penalização (AMBOS, 2013, p. 356).

“[i]t is always a good reason in support of penal legislation that it would be effective in preventing (eliminating, reducing) harm to persons other than the actor (the one prohibited from acting)

² Vê-se que o relatório gerou interesse público considerável e ensejou um famoso debate entre Patrick Devlin, um proeminente juiz britânico, e Herbert Hart, um dos mais importantes filósofos do direito. Enquanto aquele opôs-se ao relatório em seu livro *The enforcement of Morals*, este o defendeu no livro *Law, Liberty and Morality*. As recomendações afinal levaram a Lei dos Crimes Sexuais em 1967, válida para a Inglaterra e o País de Gales, que revogou as leis que criminalizaram a sodomia.

and there is no other means that is equally effective at no greater cost to their values.” (FEINBERG, 1988, p. xix)

Ou seja, Feinberg acredita que é sempre uma boa razão apoiar uma legislação penal que poderia ser eficaz na prevenção (eliminação, redução) de danos a outras pessoas que não o ator (a pessoa proibida de agir) e não há nenhum outro meio que é igualmente eficaz sem trazer maiores custos para a sociedade (PERSAK, 2007, p. 37).

Explica-se, portanto, como chegou o autor a tal afirmação. Primeiramente, a pergunta de Feinberg é a pergunta sobre a legitimidade das leis penais e sobre quais condutas o Estado pode interferir na autonomia do indivíduo. Nesse sentido, percebe-se que o autor demonstra que a resposta a essa pergunta dá-se no sentido de promover alguns princípios que limitam os poderes de coerção do Estado sobre o indivíduo e conseqüentemente a liberdade individual.

De maneira sintática, os argumentos legitimadores de tal interferência são no sentido de que o Estado pode impor uma sanção criminal quando pretende prevenir dano aos outros (*harm to others principle*); para prevenir ofensa aos outros (*the offense principle*); para prevenir dano a própria pessoa (*the principle of legal paternalism*) e para prevenir uma conduta intrinsecamente imoral, quer esse comportamento seja ou não prejudicial ou ofensivo para qualquer pessoa (*the principle of legal moralism*).

Neste contexto, Feinberg define que a partir de um estado liberal apenas a visão que entende como uma razão legítima para incriminar uma conduta é o *Harm to Others* e o *Offense Principle*, as demais não são razões legítimas. A partir daqui centra-se portanto, o estudo normatizador do *Harm Principle*, pois sem uma elaboração detalhada o princípio é demasiadamente amplo, um "receptáculo vazio" (FEINBERG, 1984, p. 245).

Necessário primeiramente estabelecer dois sentidos para *harm*: um não-normativo, onde *harm* é simplesmente um revés para os interesses da parte prejudicada, e um normativo onde *harm* é um injusto³ - uma violação do direito de alguém. O *Harm*

³ Percebe-se que Feinberg usa a palavra *wrong* aqui traduzida por mim e por outros (Martinelli, Machado) como algo antijurídico, ilegal, algo típico e ilícito

Principle combina elementos chave dos dois significados, ou seja, para causar dano a outra pessoa devemos contrariar, impedir ou anular seus interesses de uma forma que viole seus direitos.

Feinberg empreende então uma longa discussão da natureza dos interesses e das maneiras diferentes em que estes podem ser violados. Ele parte da premissa que é necessário pensar que cada pessoa tem “interesses de bem-estar” e “interesses ulteriores”. Interesses de bem-estar são os pré-requisitos básicos do viver bem, são os meios, muitas vezes indispensáveis, para o avanço de nossos objetivos últimos, quaisquer que sejam esses objetivos (FEINBERG, 1984, p. 42).⁴ Exemplos de interesses de bem-estar incluem um mínimo de renda e segurança financeira, um tolerável ambiente físico e uma certa quantidade de liberdade sem interferência e coersão. Em geral, uma invasão nos interesses de bem-estar são “os mais serios tipos de danos que podem atacar uma pessoa” (FEINBERG, 1984, p. 38).

Nesse sentido aponta Martinelli (2010), que os interesses de bem-estar (*welfare*) são exigíveis frente ao Estado “por excelência”. É importante garantir a todos, sem exceção, tais interesses de bem-estar e, por conta disso os indivíduos podem se opor quando existir uma violação a estes direitos (MARTINELLI, 2010, p. 126). A partir desta afirmação é traçado um grande debate de ideais, pois ao legislador é impossível estabelecer exatamente o que é o bem-estar para cada indivíduo de tal modo que a ele apenas resta presumir.⁵

Para Feinberg a liberdade de escolha configura um dos mais importantes pontos no interesse de bem-estar. O Estado tem do dever de oportunizar ao sujeito o direito de escolha sobre aquilo que é melhor ao seu bem-estar. Ao entrar nesta questão, aponta a discussão que, segundo o autor, é a mais interessante: pode uma pessoa ter um interesse de bem-estar lesado mesmo que com seu inteiro consentimento? Feinberg argumenta que

⁴ Importante ressaltar a imensa siminardade da noção de *primary goods* de RAWLS, vide RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Pág 92/98.

⁵ Nesse sentido o autor traz o seguinte exemplo: “*Há pessoas que se contentam com a pobreza, outras que não querem trabalhar, algumas que estão sofrendo com doenças. Nem sempre aquilo que o legislador imagina ser o melhor terá efeitos sobre o bem-estar desses sujeitos: alguns pobres podem recusar ajuda financeira, alguns vadios não querem que lhes ofereçam emprego e alguns doentes querem encurtar a vida para não prolongar o sofrimento*”.

não, e o faz através do princípio *volenti non fit injuria*, que traduz como “para aquele que consente não há lesão”, tal discussão dar-se-á então na esfera da autonomia e voluntariedade do consentimento, só a partir daí será possível o uso do *Harm Principle* como legitimador da intervenção (MARTINELLI, 2010, p. 127).

De outra senda, interesses ulteriores são interesses pessoais em satisfazer as metas e aspirações finais do indivíduo. Embora em certo sentido são claramente mais importantes do que os interesses de bem-estar, eles são na maior parte das vezes não diretamente protegidos pela legislação (FEINBERG, 1984, p. 62). Como regra, aqueles que invadem os interesses ulteriores pessoais de outra forma senão pela invasão através dos interesses de bem-estar, ou o fazem simplesmente no exercício de sua própria liberdade, sem culpa moral, ou, se incorrerem em culpa, o fazem de maneiras sutis, não se tornando uma questão legal (FEINBERG, 1984, p. 62). Devido a isso, tais interesses raramente serão objeto para penalidades respaldadas no *Harm Principle*.

Entendida razoavelmente a questão dos interesses que constituem o pano de fundo, é necessário partir para questões difíceis de aplicação do *Harm Principle*, para as quais Feinberg busca uma resposta, por exemplo: Pode alguém sofrer pena por tornar alguém pior que aquela pessoa já tenha sido anteriormente? A resposta aqui é negativa. Não é necessariamente um interesses pessoal de alguém ter “seus gostos elevados, sua sensibilidade refinada, seus julgamentos aguçados, sua integridade fortalecida: em suma para se tornar uma pessoa melhor” (FEINBERG, 1984, p. 67).

Ninguém causa dano a alguém ao tornar essa pessoa uma pessoa pior, a menos que essa pessoa tenha um interesse anterior em ter um bom caracter moral. Por exemplo, mesmo que a moral atual⁶ diga que pornografia degrade a sensibilidade de quem é exposto a ela, o Estado não pode tomar isso em conta como uma razão para censurar isto com a guarida do *Harm Principle* (FEINBERG, 1984, c. ii).

Outra questão que se faz necessária é se o Estado pode legitimamente tratar falhas pra prevenir danos da mesma maneira que trata condutas danosas. E a resposta aqui, da

⁶ Este exemplo usado pelo autor demonstra uma visão moral majoritariamente cristã puritana atrelada ao calvinismo anglo-americano. Mais vide *UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. O pensamento de João Calvino*. São Paulo: Univ. Mackenzie, 2000, 147 p.

mesma maneira que a anterior, é negativa. O Estado não pode criminalizar “maus samaritanos”. Claro, pode criminalizar indivíduos que se abstem de prevenir danos, ao menos nos casos em que o dano é sério e o risco é pequeno (v.g. Omissão de socorro), entretanto, a negativa continua verdadeira, devido ao fato que a falta da prevenção de um dano possa, ou não, ser plausível de ser a causa do dano subsequente (FEINBERG, 1984, c. ii).

A sistematização de Feinberg ao fim busca trazer situações problemáticas onde deve ser aplicado o *Harm Principle* a partir do que ele chama de *mediating maxims* (por exemplo, o valor social do comportamento, etc.). O termo *mediating maxims* é um termo genérico que serve como guia para a aplicação do princípio em contextos práticos onde existam condições de incerteza e para que se atinja as máximas de justiça, servindo para marcar os limites morais dos interesses opostos (FEINBERG, 1984, p. 187). Embora não representem um elemento ou componente do *Harm Principle*, pode-se dizer que elas formam uma parte importante da concepção que o autor dá ao princípio. São critérios suplementares, alguns dos quais representam "decisões morais controversas e máximas de justiça" (FEINBERG, 1984, p. 188) sem as quais o *Harm Principle* não pode ser aplicado de forma plausível, pois *harm* é um “conceito com dimensões normativas ocultas” (FEINBERG, 1984, p. 214).

A definição é bastante clara, entretanto o restante de sua discussão (a lista dessas máximas mediadoras) deixa várias incertezas. Feinberg enumera, em vez de máximas claramente definidas, uma série de casos, dos quais se devem derivar as máximas, por exemplo, quando trata de danos agregados. O autor da mesma maneira afirma que existem diferenças moralmente significativas entre a pessoa que exercem a conduta e atinge claramente um dano a alguém e nos casos em que esses danos são remotos, nesse sentido o tratamento dado pela lei deve ser necessariamente diferente (FEINBERG, 1984, p. 216).

Nos casos em que o dano, ou a ausência dele, é uma consequência improvável da conduta, ele apresenta uma lista de critérios (*balancing requirements* ou *rules of thumb*), que o legislador deve levar em conta: (a) quanto maior a *gravidade* de um possível dano, menor a probabilidade de sua ocorrência ser necessária para justificar a proibição da conduta que ameaça produzi-la; (b) quanto maior a *probabilidade* de dano, o dano pode

ser menos grave estando justificada a coerção; (c) quanto maior a *magnitude do risco de dano*, agravado por si mesmo em função da gravidade e da probabilidade, menos razoável é que o legislador aceite esse risco; (d) Quanto mais *valiosa* (útil) a conduta perigosa, tanto para o agente como para os outros, mais razoável é correr o risco de consequências nocivas e, para um comportamento extremamente valioso, é razoável correr riscos até ao ponto de perigo claro e presente; (e) quanto mais módico for o *risco de dano* (o perigo), o mais fraco é o caso de proibir a conduta que o cria (FEINBERG, 1984, p. 216).

No caso de danos menores ou bagatelares, Feinberg aponta que apesar de serem danos, abaixo de um determinado limiar [eles] não devem ser considerados como antijurídicos para os propósitos do *Harm Principle*, pois a interferência legal com bagatelares é provável que cause mais dano do que previna. A regra de *minimis* é também uma das máximas, bem como *volenti non fit iniuria* (FEINBERG, 1984, p. 217).

4. A NATUREZA DO *HARM PRINCIPLE*

De pronto, percebe-se que existem algumas dúvidas sobre a natureza do *Harm Principle*, *v. g.*, ele é um princípio de natureza material ou processual? Ainda, é um princípio apenas ligado ao direito penal ou abarca outras esferas do direito? É um princípio legal ou extralegal? Ou até mesmo um meta-princípio?

A resposta para as duas primeiras perguntas pode ser melhor respondida se compararmos com um princípio aparentado, qual seja, o princípio da *ultima ratio*. O *Harm Principle*, visto sob a ótica de um princípio criminal, primeiramente deve se afirmar que naturalmente um princípio que visa estabelecer uma política criminal é, portanto, pré-legal. Contudo, isso não os impedem de serem princípios estabelecidos nos textos legais.

Temos isso claramente dividido no nosso código penal, enquanto a parte especial lista danos específicos, a parte geral é tradicionalmente reservada para princípios, justificações, excusas, "doutrinas gerais e generalizações" (HUSAK, 2002, p. 27). Naturalmente, a simples inserção na parte geral do código não resolveria, por si só, a criminalização injustificada ou ilegítima, o que se quer dizer é que isso por si só não garantiria que o legislador, de fato, aderisse a um determinado princípio e isso claramente

poder-se-ia subscrever ao *Harm Principle*, ou a qualquer outro princípio. Nesse quadro comparativo percebe-se que mais importante do que estar o *Harm Principle* fixado na parte geral do código penal, juntamente com outros princípios clássicos (como por exemplo a Teoria do Bem Jurídico-Penal), é o fato de que ao olhar para a parte especial – e também para toda legislação extravagante – e ter claramente como pressuposto anterior a lei, ao especificar as ofensas e danos ali contidos, tanto o *Harm Principle* (PERSAK, 2007, p. 74) como os demais princípios do direito penal.

Ainda, ao buscar respostas sobre a natureza do *Harm Principle*, além de sua origem como princípio material, o mesmo pode também desempenhar um papel processual. Nesse sentido, serve como um instrumento para o juízo decidir se uma conduta é criminal ou não no caso concreto. Ou seja, a acusação de um crime só pode ser feita se tal crime efetivamente causou dano a outros (PERSAK, 2007, p. 75).

No entanto, o fato do *Harm Principle* não estar no código, pode fazer com que se trate de um princípio extralegal ou metalegal. Nesse sentido, ao questionar seu caráter "legal", não estamos aqui debatendo a origem política do princípio, no que diz respeito ao fato de o *Harm Principle* dever ser uma categoria jurídica extralegal, ou seja, uma categoria fora do sistema positivado. Tendo isso como parâmetro, necessariamente o *Harm Principle* deve ser visto como extralegal justamente para poder executar uma função limitadora, pois, se fosse um conceito positivado, cada conduta que está sendo proibida por lei, necessariamente deveria conter "danos", *i. e.*, o próprio fato de que uma determinada conduta é proibida significaria que é danosa. Os danos resultariam do fato de ser proibido. Assim, a argumentação ao tentar avaliar se a criminalização é legítima - ou seja, se a conduta criminalizada contém danos - seria inteiramente circular, porque necessariamente haveria danos em todas as normas criminais, em todas as condutas criminalizadas. O *Harm Principle* seria então um princípio descritivo não normativo, e, portanto, em grande parte inútil. Esta é também a razão, por que "dano" não deve ser traduzido, como sugerem alguns, por "a consequência proscrita", pois, este último encontra-se sempre na norma criminal. Portanto, não pode desempenhar um papel de critério para julgar se a criminalização é justificada, ou se a conduta proscrita contém

realmente danos aos outros (PERSAK, 2007, p. 76).⁷

A partir do exposto até esse momento, percebe-se que claramente o *Harm Principle*, não precisa estar positivado no texto legal. Seria suficiente se ele fosse deste modo aceito pela doutrina, e assim afetando nossa maneira de pensar sobre esta questão. Além disso, não precisa ser incorporado no direito positivo, na medida em que se dirige também ao legislador. O princípio descreve "limites que devem ser respeitados na determinação inicial de empregar a sanção penal para proibir a conduta" (HUSAK, 2002, p. 24). Entretanto, se fosse para ser positivado de alguma maneira, o princípio deveria estar na constituição e não em um código penal. Portanto, o *Harm Principle*, tem natureza de princípio meta-legal que capta sua natureza, necessariamente extralegal, da qual o dano representa (PERSAK, 2007, p. 76).

Há também duas consequências dentro do *Harm Principle*, que merecem ser mencionadas. Em primeiro lugar, o princípio contém o princípio *dubio pro libertate*, ou melhor, no domínio do direito penal, o princípio *in dubio contra delictum*. No caso da criminalização, isto significa que, se o legislador estiver em dúvida se criminaliza ou não determinada conduta (por exemplo, o dano não é tão óbvio ou significativo), ele deve decidir contra criminaliza-la. A criminalização de um determinado tipo de conduta deve ser necessária. Comparativamente assim como um juiz não pode condenar alguém sem prova de sua culpa, o legislador não pode criminalizar um determinado tipo de conduta sem evidências de que a criminalização é necessária. E ainda, o ônus da persuasão quanto à prova da nocividade (significativa ou grave) da conduta a ser criminalizada deve caber aos defensores da criminalização. O primeiro e o segundo "princípios derivados" estão, em nossa opinião, logicamente ligados uns aos outros, da mesma forma que a conexão envolvida na relação entre a presunção processual de inocência e o ônus da prova do acusador (PERSAK, 2007, p. 76).

5. FUNÇÕES

⁷ Nesse ponto é muito aparente a discussão no Brasil sobre o conceito metodológico do bem-jurídico, que em nada contribui para a crítica e para a limitação do poder legislativo.

Sobre a função do *Harm Principle* frisa-se que tem um cunho variável e dinâmico, cujo valor está nas funções que ele executa, o que ele faz e como faz.

Primeiro temos a função de limitação e delimitação, o princípio requer que apenas o *harm to other* e o *offense to others* é uma base legítima para tornar uma conduta crime, ou seja, apresenta um fator que limita a vontade criminalizadora do Estado e ao fazer isso protege a liberdade individual e a autonomia. Além disso, o princípio desempenha uma função de delimitação do que é crime e do que não é – como é o caso do crime bagatela (PERSAK, 2007, p. 71)⁸ - e freia o impulso social em retaliar crimes com grande repercussão social. Generalizando, juntamente com o princípio da lei penal como *ultima ratio* trata o processo de criminalização de forma mais adequada dentro da sociedade moderna (PERSAK, 2007, p. 73).

De outro modo, se olharmos o princípio em seu aspecto normativo (*Harm Principle* de Feinberg) ele coloca-se como uma ferramenta indispensável da política criminal, ou seja, uma boa razão para criminalizar uma conduta. Nesse sentido, mostra-se como não só um princípio contra a criminalização de condutas mas também um princípio para criminalização. Entretanto, nesse aspecto importa revelar que essa criminalização tem que estar afiliada aos outros princípios constitucionais e com as outras leis do ordenamento infraconstitucional.

O *Harm Principle* não é, no entanto, apenas um instrumento de política criminal. É, também, normativo na medida em que a política criminal e o legislador, ao implementarem tal política se legitimam (PERSAK, 2007, p. 73).

O *Harm Principle* exerce também uma função na aplicação do direito, em uma fase pós-delito. Nesse sentido ele seria útil para um juiz (ou um promotor), em primeiro lugar, nos casos de crimes bagatelares em que a falta de danos (consequências prejudiciais) ou o dano mínimo e insignificante. Assim, serviria tanto para absolver um indivíduo, ou nem começar a processá-lo. Entretanto, nosso sistema já conta com tal

⁸ Em suas palavras: *This is otherwise a controversial solution. The theory (at least a part of it) suggests that it would be a better solution to use the option "it shall not be punished". The bagatelle crime should lack punishability (Strafbarkeit); it should, however, remain unlawful. The quantity of harmful consequences should not, therefore, change the quality of an act (it would remain a crime), merely the end result, the final outcome.*

regra, mesmo não tendo um princípio para aplicá-la. Todavia, a introdução do *Harm Principle* nesse momento, que focalize expressamente o dano, provavelmente desencadearia uma maior análise do assunto e ajudaria assim a elucidar também quais danos (ou consequências danosas) são "triviais" ou "insignificantes" (PERSAK, 2007, p. 73).

Além disso, ainda como ferramenta de aplicação, o *Harm Principle* é um importante elemento para definir a gravidade de uma ofensa, podendo desempenhar um papel importante na sentença judicial, como parte do princípio da proporcionalidade. Isto é, segundo Simester e Hirsch (2011), um dos "benefícios" do *Harm Principle*: "ao forçarmos a considerar mais precisamente por que nos preocupamos com a atividade criminalizada, ele nos dá ferramentas para classificar a gravidade das ofensas e, portanto, decidir qual o nível de punição, se for o caso, é apropriado" (SIMESTER; HIRSCH, 2011, p. 13).

O princípio aliviaria também parte da carga que os outros princípios clássicos do direito penal, em especial o princípio da legalidade, têm de suportar. Por exemplo, a descriminalização da prostituição (voluntária) ou de uma conduta similar - quando foram criminalizados como delitos contra a moralidade sexual - deve ser discutida avaliando que se trata de uma criminalização baseada no *moralism legal* - legislação legal moralista que não é um fundamento legítimo para a criminalização em uma sociedade desenvolvida e moderna. Não seria, então, necessário argumentar que uma tal infração fosse despojada (isto é, descriminalizada) porque o termo "imoralidade" não é claro, o que, por conseguinte, viola o princípio da legalidade ou "do ponto de vista do princípio da legalidade" um perigo para os direitos humanos (PERSAK, 2007, p. 72).

É verdade que a noção de "imoralidade" não é clara, como é indiscutível que a falta de clareza viola a *lex certa* exigência do princípio da legalidade. No entanto, não é primariamente a falta de clareza ou ambiguidade que causa revolta, mas sim os fundamentos moralistas sobre os quais tal conduta inofensiva é proibida. No entanto, se não temos o princípio que nos instruirá no que diz respeito aos conteúdos de uma criminalização justificada, temos de recorrer a criticá-la do ponto de vista formal - por exemplo, do ponto de vista do princípio da legalidade - e isso é ruim por duas razões.

Primeiro, evita a questão real, a da legitimidade do Estado em interferir com a autonomia do indivíduo (sua liberdade de ação), ou a questão dos fundamentos legítimos para a criminalização. Em segundo lugar, pode não ser sempre eficaz para eliminar as incriminações inadequadas, v.g., o legislador pode defender-se contra as acusações de "falta de clareza", especificando com mais detalhes o que ela quer dizer com termos vagos como "imoralidade", etc. Ele pode listar casos, onde o termo se aplica, ou ele pode listar fatores que, quando cumprido, determinará se algo é "imoral" ou não. O legislador pode esclarecê-lo, mas ainda não seria aceitável (PERSAK, 2007, p. 73).

6. *HARM TO OTHERS*

Até aqui, percebe-se que o *Harm Principle* não suporta a criminalização de qualquer tipo de dano ou danos em geral. Claramente, quando o raio atinge uma casa ou uma árvore, certamente causa um dano, mas isso não é obviamente o dano para os propósitos do *Harm Principle*. O dano deve resultar de uma conduta prejudicial. No entanto, a conduta prejudicial em relação a si mesmo (o dano causado pelo ser humano a si mesma – *harm to self*) também não se qualifica. Este último seria um motivo separado para a criminalização, se aceitássemos o paternalismo legal como um princípio criminalizante legítimo (o que Feinberg não faz).

O dano que é necessário é o *harm to others*. Somente o dano que o indivíduo - sua vida, corpo, liberdade, propriedade, saúde, integridade pessoal etc. - causa a outros qualifica-se.

Uma primeira questão é identificar quem são os "outros". Nesse sentido podemos afirmar que no direito penal a melhor identificação dá-se com a vítima, isto é, uma pessoa foi vitimada sempre que qualquer de seus direitos foi violado por outro. Mas quem são as vítimas? As vítimas são apenas as outras pessoas? Ou podem as entidades abstratas, como a sociedade, o Estado, o coletivo, o ambiente, etc., qualificar-se também?

Claramente, no Código Penal Brasileiro – e em muitos outros – existem muitos exemplos que afirmam que sim, o Estado pode ser vítima de crimes. Entretanto, para evitar a chamada falácia Humeana (ou a Lei de Hume) de derivar "deve" de "é", deve-se,

independentemente da aparentemente incontestabilidade desses crimes em nossos códigos criminais, inspecionar sua legitimidade, ou seja, a legitimidade da sua inclusão nos códigos penais, independentemente da atual prática de direito formal-positivista. Devem, por outras palavras, atos indesejáveis contra o Estado ser realmente tratados como crimes? O Estado pode ser considerado vítima, que necessita de proteção por via penal? (PERSAK, 2007, p. 49)

Mill não foi muito claro e específico sobre esta questão. Se não fosse por algumas passagens de seu livro *Sobre a Liberdade* (2016), poderíamos facilmente concluir que o que ele tinha em mente era "outros indivíduos". Afinal, estaria isso em sintonia com o ideal de seu trabalho, no qual ele justapõe o indivíduo e a sociedade. A sociedade como sendo aquela que criminaliza, intervém, restringe a liberdade individual. Dentro do quarto capítulo, no entanto, ele menciona "um dano definido, ou um risco definido prejuízo para um particular ou para o público", "prejuízo construtivo que uma pessoa faz com que a sociedade" (MILL, 2016, p. 91). Mill nunca usou o termo "Estado"; na obra o indivíduo é sempre confrontado com o público ou, mais frequentemente, com a sociedade (que quer agir contra ele), não o Estado como instituição. No entanto, a "sociedade" é um termo usado frequentemente como um sinônimo para Estado. Em regimes totalitários, o termo muitas vezes (ab)usado como um eufemismo para o Estado: os chamados interesses da sociedade (*Družbeni interesi*) eram realmente os interesses do Estado (*raison d'etat*). "Perigo para a sociedade" era um conceito de direito penal frequentemente usado para governantes contra sua oposição (PERSAK, 2007, p. 50).

Por seu turno, Feinberg, ao perceber que alguns crimes, regularmente incluídos em nossos códigos penais, dizem respeito a conduta que raramente causa danos claros e substanciais a qualquer pessoa ou grupo específico, mas que é dito causar danos ao público, à sociedade, ao Estado, às instituições ou práticas públicas, à economia, o clima ou o meio ambiente; faz uma distinção entre "danos públicos" e "danos privados". Embora ele não rejeite a legitimidade da noção de danos "públicos", insere, no entanto, uma explicação, o que soa mais como uma advertência conceitual. A saber, que: os ilícitos que podem ser rotulados de danos "públicos" em oposição aos danos "privados", desde que se tenha em mente que o público é composto por indivíduos que mantêm relações sociais

e jurídicas complexas uns com os outros. Sublinha também que o termo “interesse público” (que constitui “prejuízo público” quando retrocedido ou violado) é vago e a sua aplicação difícil em casos não óbvios (FEINBERG, 1984, p. 11).

Além disso, o autor também adverte sobre seu potencial de abuso: Os defensores da coerção legal estão sempre tentados a usar a elasticidade do "interesse público" para esticar o *Harm Principle* para que justifique a proibição criminal de conduta desaprovada, que é inicialmente "interesse público", bem como outras noções semelhantes, tais como "o Estado", "a nação" ou mesmo "o tecido da sociedade", são todas abstrações e como abstrações mais ou menos persuasivas são facilmente abusivas e manipuláveis em direito penal (FEINBERG, 1984, p. 12).

Apenas para deixar claro o ideal que aqui se busca defender, por seu turno, Montesquieu, que influenciou fortemente não só os iluministas ingleses como Bentham e Mill, mas também Beccaria – que sempre argumentou pela proporcionalidade entre crimes e punições - claramente focou em seus trabalhos nos atos individuais e nocivos que violaram a liberdade individual, ele queria limitar as punições substanciais a crimes que realmente feriram indivíduos. A esse respeito, criticou muitos dos crimes existentes contra a religião (por exemplo, delitos de sacrilégio, feitiçaria, magia e heresia), pelos quais as penas em muitas sociedades pré-modernas e particularmente na França eram horrendas e desumanas, sendo aplicadas mesmo que a liberdade individual de outrem não fosse violada. A própria definição de ofensas deveria ser, segundo ele, baseada na ideia da liberdade individual (MONTESQUIEU, 1973, c. VI e XII).⁹

Feita a crítica, necessário é dentro de uma sociedade pós-industrial, do risco, pensar no Estado como vítima. Pode-se, ainda, argumentar que um mero indivíduo não pode causar um dano ao Estado de tal forma que ele enfrentaria a extinção ou seria

⁹ Ressalta-se que a visão exposta nestes capítulos é fruto do Iluminismo, que proclama o direito da razão humana de esclarecer todos os domínios, a obra de Montesquieu inaugura uma nova perspectiva na abordagem dos problemas sociais e políticos: a exclusão de conceitos religiosos ou morais, e o afastamento de teorias abstratas e dedutivas, utilizando o método descritivo e comparativo. Montesquieu pretende atribuir à ciência social e política uma cientificidade semelhante à das ciências físicas. Desse modo procura estabelecer leis sociais e históricas. Embora marcada pela defesa da monarquia, a obra de Montesquieu surge embebida de princípios liberais, como na famosa teoria da separação dos três poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) - separação entendida pelo pensador como o recurso indisponível para impedir o despotismo absolutista.

gravemente prejudicado de forma comparável aos danos que podem ser infligidos a indivíduos. Mas mesmo que isso fosse possível, a menos que exista alguma conexão (ou seja, algum dano causado) a outros indivíduos, seus interesses indevidamente regredidos (*setting back of interests*), o Estado (por exemplo, seus símbolos) não deveria a priori ser protegido pelo direito penal. O uso do direito penal não é "moralmente neutro", é um "mal" (Bentham: em si mesmo, e seu emprego para a proteção de uma entidade abstrata - estabelecida, em primeiro lugar, pelo povo, contra a quem agora está sendo protegido) é, pelo menos numa sociedade forjada nos ideais do iluminismo uma imensa dificuldade e um tanto quanto inconsistente, para dizer o mínimo. Tal lei penal não pode ser mais que uma pura expressão de poder, uma ferramenta de controle social. Se nenhum dano real pode ser feito ao Estado todo-poderoso (fora de seu "elemento humano", isto é, o povo), a criminalização deste tipo não pode servir a qualquer propósito legítimo (PERSAK, 2007, p. 50).

Da mesma forma, parece que não há qualquer justificção substancial para tornar a "sociedade" um objeto de proteção do direito penal, para além dos seus membros, pois, será que existem realmente quaisquer valores ou interesses protegidos que pertencem somente à sociedade e não ao indivíduo também? Há realmente algum objetivo comum que não fosse, antes de tudo, sentido como objetivos pelos próprios indivíduos? No caso de, por exemplo, um ambiente saudável, que é, sem dúvida, um objetivo comum, o indivíduo tem um direito ou reivindicação (moral, senão legal) de ter e viver em um ambiente saudável? O ambiente não saudável não só arruinaria seu interesse em ter uma visão agradável, mas também afetaria sua saúde, seus filhos, sua propriedade?

Para Mill um ser humano é capaz de apreender uma comunidade de interesses entre ele próprio e a sociedade humana de que faz parte, de modo que qualquer conduta que ameace a segurança da sociedade em geral, está ameaçando a sua própria. O que é da sociedade, também é seu. "Societal" envolve necessariamente o "individual", e, além disso, o "individual" engloba "societal". O isolamento do indivíduo da sociedade ou comunidade em que vive e, portanto, seus valores, não pode nunca ser completo. "Experimentamos a vida através da convivência com os outros e somos inevitavelmente o produto, em parte, da cultura, das práticas e das relações sociais em que nos

alimentamos” (MILL, 1962, c. II). Os valores comunitários são, neste sentido, indubitavelmente o sentido central de identidade dos seres humanos:

“The liberal no less than the communitarian can insist that the individual whose autonomous right of self-government is so important to him is a social being through and through, and that many of his more important interests he shares with others in communities large and small. His community memberships, his assigned roles, his group allegiances form an important part of his conception of who or what he is. In a familiar sense, therefore, they form a part of his identity, the “true self” that rightfully determines his lot in life” (FEINBERG, 1988, p.120).

Sabe-se, então, a comunidade e o indivíduo se inter-relacionam, sendo um parte do outro e, portanto, os valores da comunidade representam alguns dos valores do próprio indivíduo. Por conseguinte, poderia argumentar que o círculo da área autoconsciente deveria aumentar, à medida que o indivíduo se tornou mais exterior e se preocupa também com outros bens (fora dele), bens que são mais "coletivos". O exemplo da natureza é porque ela é sua, tais bens também são seus, bem menos intrinsecamente dele do que, por exemplo, seu corpo, mas, no entanto, sua, ou seja, uma parte dele.

Nesse sentido, pode-se sustentar que os interesses coletivos ou certas práticas sociais valiosas podem então ser considerados legítimos através do direito penal, mas somente quando estes podem, em última instância, ser contabilizados pelas preocupações dos indivíduos prejudicados.

É certo que essa concepção de redução do coletivo ao indivíduo pode parecer muito individualista para aqueles que apelam para o "espírito comunitário" ou para aqueles que percebem a sociedade (ou comunidade) como uma entidade mais valiosa que

o indivíduo, com seus objetivos e metas que o substituem. Certamente alguns autores falam sobre os laços genuínos existentes entre o indivíduo e sua comunidade (a comunidade é entendida no sentido mais amplo) e não veem proteger os "interesses coletivos", separadamente dos interesses individuais. Mas talvez seus pontos de vista sejam dependentes do conteúdo e, conseqüentemente, mudariam se o Estado (ou comunidade) se tornasse menos orientado para o bem-estar, menos "amigável ao indivíduo" (PERSAK, 2007, p. 51).

Pode-se fazer uma objeção válida, dizendo que as instituições do Estado, "funcionamento do sistema" ou seus regimes e práticas são legitimamente protegidos criminalmente, uma vez que a conduta que atenta contra sua integridade "prejudica os regimes implementados pelo Estado que existem para o benefício de todos nós" (SIMESTER; HIRSCH, 2011, p. 11). A questão é, no entanto, se podemos sem dúvida supor que um determinado regime de Estado realmente existe e funciona para o benefício de todos nós. E se eles deixam de nos beneficiar, e se eles começarem a fazer mais mal do que bem (por exemplo, não fornecendo serviços que os contribuintes pagam, mas gastando dinheiro em aumentar os salários dos altos funcionários, abusando da instituição (bastante dispendiosa) das licitações, comprando caro e desnecessário equipamento militar em vez de construir hospitais muito necessários, etc.)? Certamente, a ligação entre a existência desses regimes e o "benefício para todos nós" seria então quebrada.

Noutras palavras, se se presume que os códigos criminais protegem os valores fundamentais ou interesses legítimos de natureza, mais ou menos permanente, então a obrigação legal e moral do indivíduo de obedecer à lei (neste caso a penal) - em particular, no que se refere a crimes contra o Estado, suas instituições e regimes (ou a sociedade em geral) - deve ser uma obrigação independente do conteúdo, ou seja, a obrigação não deve surgir apenas nas sociedades (ou nesses tempos) que institucionalizam regimes ou práticas que nos "beneficiam". Por outro lado, se a nossa obrigação é, no entanto, dependente do conteúdo, então não existe uma obrigação moral *per se* de obedecer à lei. Podemos, assim como Pogge (que sustenta que temos o dever de desobedecer à lei se a lei é imoral), afirmar que temos o dever de desobedecer (quebrar) o direito penal, quando protege as instituições e práticas do Estado que são realmente prejudiciais para nós.

Nesses casos, especialmente, o direito penal poderia ser um instrumento muito perigoso a ser usado contra aqueles indivíduos que legitimamente "atacassem" tais práticas. Se o Estado é justificado em ser protegido separadamente pelo direito penal, concordamos que ele tem "significado e substância apenas se protege os fracos e impotentes contra a onnipotência, violência e arbitrariedade dos poderosos" (PERSAK, 2007, p. 52) e nesse sentido, especialmente na esfera do direito penal, também pode significar, paradoxalmente, contra o próprio Estado.

Finalmente, aqui temos um grande problema, mas deve-se focar, ou transpassar tal questão nem tanto sobre a existência de "interesses coletivos" (*Kollektive Rechtsgüter*), quer os bens-jurídicos que protegem outras coisas do que o indivíduo, como no modo da sua proteção. Poder-se-ia argumentar que há outros valores que são legítimos para se proteger, interesses que não podem derivar unicamente de interesses individuais. A questão é, no entanto, se esses interesses devem ser protegidos pelo direito penal. Nem todos os bens jurídicos (*Rechtsgüter*), como assinala Roxin, devem ser protegidos pelo direito penal (ROXIN, 2006, p. 50). Do caráter subsidiário do direito penal, enfatizado pelo princípio da *ultima ratio*, pode-se concluir que apenas uma seleção de interesses protegidos por lei deve ser, de fato, protegida pelo direito penal, trata-se de uma seleção, muito provavelmente compreendendo apenas os interesses que não podem ser protegidos de outra forma ou que são de uma importância tão grande que precisam ser (ou merecem ser) protegidos adicionalmente desta forma.

Hassemer, por exemplo, acredita que "o direito penal deve ser restringido para proteger apenas os interesses pessoais. Mas, por outro lado, e para acomodar mudanças na sociedade moderna, deveria haver uma "lei de intervenção" (*Interventionsrecht*) separada. O autor enfatiza que "o Estado existe para o indivíduo" e, na modernização da sociedade e não vê razões para expandir o direito penal para responder a essas novas demandas da sociedade e afastar-se de proteger os indivíduos como vítimas (HASSEMER, 2003, p. 144/157). Entretanto, os aspectos do bem jurídico-penal não serão neste artigo abrangidos.

7. PROBLEMAS COM O CONCEITO DE *HARM* (DANO)

Um outro problema reside no objeto do *Harm Principle*, ou seja, na noção de "dano". O que conta como dano e qual "dano" é o apropriado para se qualificar sob o princípio (não muito amplamente interpretado)? Sabe-se que não há nenhum problema com dano físico direto, mas que sobre o dano indireto, remoto ou psicológico?

Quando proposto por Mill, o autor não dá uma explicação muito coerente dos "interesses", que é um problema que expressa uma maior dificuldade em relação à sua descrição do dano. É difícil, se não impossível, aplicar seu *Harm Principle*, se não sabemos o que significa "dano". Feinberg, por seu turno, busca uma definição definindo-o como um retrocesso aos interesses – o que ainda gera problemas, pois, é de difícil explicação o que conta como interesses e quais interesses devem ser protegidos do dano. Hirsch (2011) tenta esclarecer questões definindo um interesse, ou seja, como um recurso, no qual se tem uma reivindicação válida. Mas isso elimina as dúvidas da determinação de o que é dano?

Provavelmente não, na verdade, ainda dar-se-á, maior importância para a visão de Hirsch (2011, p. 14), pois, é ele que está buscando trazer o *Harm Principle* para a *civil law*, por isso precisaria de mais esclarecimentos do que a noção de interesse, a simples adição a visão de Feinberg do termo “recurso” não parece ser satisfatória, ainda “reivindicação válida”: aqui Hirsch assinala que não se refere apenas a uma reivindicação “legal”, mas também a uma reivindicação “moral” o que poderia gerar os mesmos problemas referentes ao paternalismo e ao moralismo legal (PERSAK, 2007, p. 77).

A definição de Hirsch de "interesse" (isto é, recurso em que se tem uma reivindicação válida legal ou moral), como explicado acima, as questões, entretanto, se colocam, se o autor, apesar de ter aceitado originalmente (preferido) o senso não-normativo de "dano" de Feinberg, não acaba definindo normativamente o conceito de "interesse" e, em função disso, acaba com uma concepção normativa previamente evitada do dano.

De fato, ele mesmo acaba admitindo isso, pois enquanto ele segue uma a estrutura de “dano” de Feinberg, na medida em que apela ao “*setting back of interests*” (retrocesso

de interesses), na segunda parte do seu conceito de *harm*, a reivindicação normativa aparece com os “interesses” e “recursos”. Em suas palavras:

También cuando los recursos a menudo se vinculan a fenómenos naturales, como por ejemplo la propiedad de cosas o la salud corporal, sigue siendo una descripción normativa irrenunciable: Los recursos son primero intereses, cuando otros poseen un derecho de fundamentación normativa de su misma integridad (HIRSCH, 2007, p. 41).

Devido a essa dificuldade, mesmo se evitarmos a normatividade do dano na sua formulação - por exemplo, usando a formulação não-normativa de "retrocesso de interesses" de Feinberg, a normatividade, é claro, penetra em sua substância. O dano é um valor carregado, conceito que varia, no tempo e no lugar. Todavia, este claro aspecto não nos faz concordar com a afirmativa de que como parece altamente plausível, concepções de dano e, em particular, julgamentos sobre a gravidade relativa dos danos, variam com diferentes perspectivas morais, então o *Harm Principle* será virtualmente inútil como um guia para a política criminal.

Ao contrário, pensa-se que dentro da sociedade civil posta e neste tempo particular é possível estabelecer razoavelmente, pelo menos bases, fundamentais, valores e interesses como sociedade, e isto independentemente perspectivas morais individuais. E nesse núcleo básico os interesses compartilhados seriam então considerados motivos para criminalização de condutas (PERSAK, 2007, p.77/78).

Mesmo nessa sociedade, no entanto, o problema com a substância de dano e, portanto, a aplicação do *Harm Principle*, é perceptível, uma vez que se afasta das áreas "centrais", por exemplo, por vezes certos grupos de pressão tentam introduzir algo que não é amplamente percebido como dano como política de criminalização, modificando o que até então a sociedade não via como prejudicial; ou quando o público se torna

sensibilizado a um ato particular cuja nocividade pode ou não ser aparente e quer, por populismo penal, que seja criminalizado. Aqui, um problema adicional vem à tona. O corolário para o problema de não especificar o dano é ou deve ser, como medir isto, é, nomeadamente, o seu potencial de abuso. Não saber o que o dano é pode capacitá-lo a ser qualquer coisa e tudo, permitindo, a ampliação da noção de dano *ad infinitum* e assim enfraquecendo; ou mesmo chegando ao seu colapso (HARCOURT, 1999, p. 109/194).

A infinitude das noções abstratas que definem o *Harm Principle* são infelizmente, abertas também a vários abusos; abusos que podem, em última instância, derrotar a função principal do princípio, isto é, a função de estabelecer rigorosos limites à criminalização. Tais abusos podem vir de diferentes maneiras. Eles podem vir através da interpretação abrangente de quem seria os “outros” (*harm to other* e *offense to othes*) englobando a sociedade, comunidade, maioria etc.). Também da definição de "provável para causar", também é capaz de causar problemas, uma vez que entra na seara do "risco", que está mais longe de um "dano" mais sólido. Mas a maneira mais simples e fácil de abusar do princípio é através da extensão da qualificação do que é dano.

Em relação à expansão da criminalização fundamentada no *Harm Principle*, duas tendências distintas parecem estar a evoluir, ou melhor, duas formas diferentes (mas paralelas) de expor. A primeira tenta manter o *Harm Principle* intacto, isto é, usá-lo em um sentido estrito e original, onde danos são apenas diretos e físicos (ou danos psicológicos extremos, como uma exceção). No desejo de expandir o alcance do direito penal, emprega, portanto, outros princípios disponíveis, como o paternalismo legal ou o moralismo legal (e o princípio da ofensa, talvez) para justificar a intervenção do Estado. O segundo grupo parece ficar mais fiel a Mill, aceitando apenas o *Harm Principle* como único fundamento justificado para a criminalização. No entanto, o que essa segunda opção faz é expandir o "dano" interpretando extensivamente o que é outra forma de paternalismo ou moralismo legal, como um dano assim – tão abrangente - estira o princípio do dano para torná-lo pouco efetivo limitação (HARCOURT, 1999, p. 109/110).

Com esta tendência em mente, Harcourt fala sobre o "*Collapse of The Harm Principle*" observando que "em vez de discutir sobre a moral, os proponentes da expansão do direito penal estão falando de danos individuais e sociais em contextos onde, há trinta

anos, o *Harm Principle* teria impedido a regulamentação ou proibição" (HARCOURT, 1999, p. 109/110). Ele menciona exemplos de fechamentos de lojas de bebidas alcoólicas em Chicago em 1998, como parte da campanha do prefeito de Chicago para revitalizar os bairros: "A campanha se concentra nos danos que as empresas relacionadas com bebidas alcoólicas produzem em um bairro, não na moral ou na imoralidade de beber" (HARCOURT, 1999, p. 110). Ele percebe mudanças semelhantes na justificativa em uma ampla gama de debates sobre o regulamento ou proibição de atividades tradicionalmente associadas à ofensa moral (prostituição, pornografia, drogas, homossexualismo etc.) - argumentação anteriormente com base na moral, passou a argumentar com base em danos (HARCOURT, 1999, p. 109/110).

O *Harm Principle* está efetivamente entrando em colapso sob o peso de seu próprio sucesso. Clamores por danos tornaram-se tão perversos que o princípio se tornou sem sentido: o princípio não serve mais a função de um princípio crítico porque danos inofensivos permeiam o debate. Hoje, a questão não é mais se uma ofensa moral causa danos, mas sim o tipo e a quantidade de danos causados pela conduta criminalizada e como os danos se comparam. Esta é uma mudança radical do discurso teórico liberal, progressivo da década de 1960 (HARCOURT, 1999, p. 113).

O culpado dessa tendência é o que o Harcourt chama, o liberalismo-conservador. Os próprios critérios liberais não mudaram. Mas o mapa do liberalismo mudou. "Nos anos 60 e 70, o liberalismo era predominantemente progressista, hoje é ambos, progressista e conservador. Os conservadores estão adotaram o Harm Principle e estão cada vez mais "criando" novos danos" (HARCOURT, 1999, p. 115/116).

Esse fenômeno, no entanto, é verdade, não deve desacreditar os liberais que ainda acreditam no princípio como sendo uma ferramenta analítica útil, uma ferramenta que vem recentemente sendo abusada na prática e que tentam redefinir, para torná-la menos propensas a ser abusado pelos conservadores (seja "liberal" ou de outra forma).

Von Hirsch e Simester, defensores do Offense Principle em separado, apresentam os "princípios mediadores", cuja tarefa seria, na opinião deles, fortalecer os critérios para limitação da criminalização. No entanto, pode-se argumentar que o mais forte dos princípios mediadores que eles enumeram, ou seja, o da "tolerância social", descartando

assim uma "ofensa" como inapropriada para a criminalização ou, se ela fosse interpretada de forma mais fraca, poderia provar não ser forte o suficiente para separar a ofensa menor, que é imprópria da criminalização, da ofensa "real" que mereceria a criminalização (SIMESTER; HIRSCH, 2011, p. 4).

Um cético talvez possua uma questão aqui sobre a eficácia de tal divisão entre o *Offense Principle* e o *Harm Principle*. Mesmo que seja verdade que um princípio adicional poderia devolver ao Harm Principle à sua forma original e ajudar a reduzir esse estado de "excesso de criminalização" ou "inflação criminal", isso realmente aconteceria? Em outras palavras, que garantia temos de que as políticas penais de hoje, com tolerância muito baixa (ou mesmo zero) em relação a alguma conduta socialmente indesejável, não simplesmente continuarão abusando do *Harm Principle* na forma como tem até agora, mas também, agora, com a ajuda de uma nova ferramenta, aprovada por estudiosos liberais (HARCOURT, 1999, p. 118)?

Embora esta seja uma das principais razões pelas quais alguns pensadores liberais enfatizam a necessidade de um offense principle separado, deve ser também claramente afirmado que o fato de que os abusos acontecem não invalida o próprio princípio. É importante estar ciente das dificuldades potenciais, e por essa razão tentar, por exemplo, refinar o princípio introduzindo algumas redes de segurança adicionais (como os "fatores limitantes"), ou esforçar-se para evoluir a teoria sobre o conceito de dano. Os problemas na prática não desqualificam a solidez de um princípio teórico como tal (PERSAK, 2007, p. 78/79).

Em qualquer caso, se alguém adota a ideia da necessidade de um princípio separado (*Offense Principle*) ou não, a crítica de Harcourt deve estimular os defensores do *Harm Principle* em demonstrar os usos "falsos" da retórica do dano e revelam que grande parte da argumentação de hoje, apesar de usar o *Harm Principle*, deriva, de fato, do moralismo ou do paternalismo jurídico.

Mas, enfim, o conceito mais seguro a ser adotado é direcionado ao dano que se mostra relevante para o *Harm Principle* é aquele que é causado a terceiros, sem o consentimento deles e de forma injusta, ou seja, passível de reprovação. Se assim compreende-se o dano, este é capaz de legitimar o legislador a restringir a liberdade

daquele que realiza tal comportamento criminalizando-o (MACHADO, 2017, p. 309).

8. LIMITES OU UMA TENTATIVA DE IMPOR BARREIRAS PARA EVENTUAIS ABUSOS

Outro aspecto de difícil reparação sobre o *Harm Principle* é estabelecer os limites próprios dele, como já exposto por Feinberg. Com suas “*mediating maxims*” o autor tenta fazê-lo, entretanto, não obtêm um sucesso pleno nessa tentativa, restando muitos aspectos nebulosos, principalmente ao estabelecer um critério que se aplicaria a todos os casos e não apenas em casos especiais como o estabelecido por ele.

Feinberg, além de estabelecer este critério, expressou a necessidade do *Harm Principle* ser complementado por outros princípios e máximas - como o objetivo do princípio é "prevenir apenas os danos que são ilícitos" e "o princípio precisa ser complementado por um elaborado conjunto de *mediating maxims*, rankings de interesses, princípios de justiça e coisas semelhantes, antes que possa ser aplicado a verdadeiros problemas legislativos” (FEINBERG, 1984, p. 36). O legislador deve, por exemplo, além do dano da conduta, considerar também o valor social compensatório da conduta, o potencial que as proibições têm sobre a quebra da privacidade ou da autonomia pessoal, bem como, a viabilidade prática da política criminal empregada (SIMESTER; HIRSCH, 2011, p. 187).

Além disso Persak aponta algumas direções que poderiam delimitar o princípio. Três são os argumentos principais que serviriam para balancear o *Harm Principle*: (a) o estabelecimento claro dos valores principais a serem enfrentados pela lei penal, ou seja, a conduta que não é significativamente censurável não deve ser criminalizada e, inversamente, que quanto maior o valor penal (abstrato), mais fortes são as razões para a criminalização; (b) um argumento utilitário que envolve a avaliação do peso dos argumentos relativos à necessidade, aos custos de controle e à ineficiência; finalmente (c) um argumento humanitário que avaliará o peso dos argumentos sobre a proporcionalidade e os interesses da vítimas (PERSAK, 2007, p. 91).

Isto seria uma possibilidade sistemática, mas não só. Ainda é possível sugerir que

são vários os fatores que devem ser levados em consideração no processo de criminalização e, buscando uma estrutura parte-se que todo o processo de criminalização deve ter três filtros: o Filtro de Princípios, o Filtro de Presunções e o Filtro Pragmático. Uma criminalização legítima e justificável, deve passar por todos eles no procedimento de filtragem. No primeiro nível, o Filtro dos Princípios, o legislador deve determinar se a ação em questão está dentro da autoridade moral do Estado. No segundo filtro, haveria uma inspeção em outros meios possíveis de coibir a conduta, menos coercitivos e intrusivos do que a legislação penal, que poderia fazer a tarefa de forma satisfatória, ou seja, reduzir a ocorrência do comportamento negativo a um nível aceitável. E, finalmente, no terceiro, Filtro Pragmático, que executaria uma análise do custo-benefício que inspecionava as consequências de decretar e de fazer cumprir uma proibição (PERSAK, 2007, p. 92).

Destas duas linhas de sugestões de limitação apresentadas Persak extrai-se uma síntese, afirmando que se levarmos em conta os fatores e princípios que deveriam desempenhar um papel importante na aplicação do *Harm Principle* - podemos construir um modelo de um processo de criminalização em três passos ideais: O *Harm Principle* deveria evidentemente situar-se na área do primeiro filtro, ou melhor, deveria vir através do primeiro, Filtro dos Princípios, e assim qualquer moralismo legal e o paternalismo estariam excluídos (PERSAK, 2007, p. 93).

No Filtro de Presunções, Persak aponta que poder-se-ia colocar os princípios da *ultima ratio* e da legalidade, além do "princípio da humanidade" que colocados na prática representariam um filtro que permitiria que a incriminação proposta passasse somente, se nenhuma outra medida menos intrusiva, menos repressiva e mais humana estivesse disponível. Este filtro presumivelmente acolheria hipóteses onde a punição não deveria ser infligida, ou seja, quando a punição seria desnecessária devido às ofensas serem melhor tratadas por outros meios, v.g., por meio de medidas educativas ou administrativas (PERSAK, 2007, p. 93).

O último, o Filtro Pragmático, trataria então de questões como: os custos (financeiros) da criminalização e da execução, os custos sociais da criminalização e a eficácia. Se, após este último passo, os benefícios da nova legislação penal ainda

compensassem os seus custos, então e só então, a criminalização seria dada legitimamente (PERSAK, 2007, p. 93/94).

Alguns destes fatores de limitadores poderiam também desempenhar o papel de "fatores de equilíbrio", pois não excluem a criminalização, mas apenas a contrapõem. Além disso, quanto aos "custos financeiros" também parecem ser uma tal categoria, ou melhor, podem por vezes desempenhar o papel de um fator absolutamente limitativo, derrotando a criminalização e, por vezes, o papel de um fator de equilíbrio relativamente limitado a criminalização. Se a ofensa fosse assim menos grave e os custos enormes, eles poderiam acabar com a criminalização no terceiro nível (terceiro filtro). Se, por outro lado, a infração for muito grave, censurável, nociva e também aprovada com êxito no segundo filtro, então um pequeno aumento nos custos de implementação provavelmente não deveria parar tudo em conjunto, mas apenas talvez reajustar a carga da prova, ou seja, colocar mais algum fardo para provar a verdadeira gravidade da ofensa e/ou a necessidade de criminalização para os defensores da criminalização proposta.

Esse "equilíbrio" dentro do terceiro filtro - que, considerando o quadro maior, poderia também ser interpretado como um equilíbrio dentro do princípio escolhido (*Harm Principle*) no nível do "Filtro de Princípios", traria consequentemente repercussões, não apenas o resultado final (a criminalização bem-sucedida ou não), mas atribuiria deveres específicos às partes envolvidas. Deste modo, seria em outras palavras, a especificação mais concreta e mais racional, e que por fim garantiria a legitimidade de uma criminalização (PERSAK, 2007, p. 94).

9. CONCLUSÃO

Assim, conclui-se brevemente que o *Harm Principle*, tem como função estabelecer limites e dar legitimação ao poder punitivo estatal, uma vez que é este o papel que representa no sistema jurídico da *common law*.

Ademais, mesmo que o nosso sistema jurídico apresente a teoria do bem jurídico-penal como sua principal medida limitadora do poder de incriminar, ela não é a resposta única para tão profundo problema. Tendo em vista que em um contexto de criminalização

global, necessário é, buscar modelos complementares, até mesmo para o fortalecimento da própria teoria. A dogmática penal deve ser barreira a uma política criminal irracional e o *Harm Principle* tem potencial tanto político como normativo para este fim.

Salienta-se, finalmente, que neste breve artigo, buscou-se apenas uma ponderação de uma possível aplicação do *Harm Principle* no âmbito normativo e político criminal. Nunca uma definição e encerramento, pois quando falamos em ciências sociais aplicadas, e conseqüentemente, em direito, necessita-se mais de dialética e comparação, do que de verdades e soluções absolutas para problemas tão antigos quanto a própria ciência aqui posta em questão.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Bien Jurídico y Harm Principle Bases teóricas para determinar la función global del derecho penal internacional: una segunda contribución para una teoría coherente del derecho penal internacional*. In: **Revista De Derecho Penal Y Criminología**, 3.^a Época, n.º 10 (julio de 2013).

BAUMER, Franklin. **Pensamento Europeu Moderno II**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1977.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. New York: Oxford University Press, 1984.

FEINBERG, Joel. **Offense to others**. New York: Oxford University Press, 1988.

HARCOURT, Bernard E. The Collapse of The Harm Principle. In: **The Journal of Criminal Law & Criminology**: Northwestern University, School of Law. Chicago, n. 1, vol. 90, 1999, 109-194 p.

HASSEMER, Winfried. Características e Crises do Moderno Direito Penal. In: **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre, ano III, n. 18, p. 144-157, fev./mar. 2003.

HIRSCH, Andreas von. El concepto de bien jurídico y el "principio del daño". In: HEFENDEHL, Roland (Org.). **La Teoría del bien jurídico** ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007

HONNET, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015,

HUSAK, Douglas. Limitations on Criminalization and the General Part of Criminal Law. In: SHUTE and SIMESTER, (eds.), Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part. Oxford: Oxford University Press, 2002.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations. In: **Harvard International Law Journal**. Cambridge (EUA), vol. 45. 2004.

MACHADO, Tomás Grings. **Harm Principle e Direito Penal**: em busca da identificação de limites ao crime de lavagem de dinheiro. Porto Alegre: PUCRS, 2017. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

MARTINELLI, João Paulo. **Paternalismo jurídico-penal**. São Paulo: USP, 2010. Tese (Doutorado) – Departamento de Pós-Graduação em Direito, USP.

MILL, John Stuart. **Autobiografia John Stuart Mill**. São Paulo: ILUMINURAS, 2007.

MILL, John Stuart. **A Lógica das Ciências Morais**. São Paulo: ILUMINURAS, 1999.

MILL, John Stuart. **El Utilitarismo**. Buenos Aires: Aguilar, 1962.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2016.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

PERSAK, Nina. **Criminalising Harmful Conduct**: The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts. New York: Springer, 2007.

RAWS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIMESTER, A P; HIRSCH, Andreas von. Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation. Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011.

WEFFORT, Francisco C. Os Classicos da Política. 11ª Ed. São Paulo: Ática, 2006.

NE BIS IN IDEM E CONCURSO APARENTE DE NORMAS PENAIS E ADMINISTRATIVAS

Caracterização da identidade de fatos e fundamentos na aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa

Sirlene Nunes Arêdes

Doutora e Mestre em Direito pela FDUFG.

Procuradora da Câmara Municipal de Belo Horizonte.

Professora da Faculdade Milton Campos (Nova Lima/MG) e Nova Faculdade
(Contagem/MG)

E-mail: sirlenearedes@gmail.com

Resumo: O debate sobre as relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador surgiu no início do século XX e, nos últimos anos, desenvolveu-se no Brasil, cuja doutrina, influenciada pela espanhola, tende a aderir à teoria da unidade do poder punitivo estatal. Essa teoria compreende a repressão estatal em sentido amplo da qual são formas de expressão as sanções penais e administrativas. Por esse motivo, segundo essa teoria, há ofensa à vedação de *bis in idem* ao se aplicar cumulativamente essas sanções a uma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos. Embora a doutrina seja pacífica na apresentação desses requisitos, há profundas divergências quanto ao conteúdo que lhes é atribuído. O objetivo deste trabalho é densificar os conceitos de identidade de fatos e de fundamentos na aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa. Após apresentação e análise dos critérios existentes para caracterização da identidade de fatos, concluiu-se que essa identidade decorre da existência de duas ou mais normas que punem um só ilícito, o que ocorre nas hipóteses em que as normas analisadas encontram-se em relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e

alternatividade. Esses critérios, embora usados para identificar o concurso aparente de normas penais e administrativas, não devem ser utilizados para sua solução, pois esse concurso aparente, no direito brasileiro, resolve-se sempre com a prevalência da norma penal. Em relação ao conceito de unidade de fundamento, após análise das teorias vigentes, propõe-se sua identificação a partir da relação jurídica substrato à imposição da sanção: a aplicação de mais de uma sanção em razão de um só ilícito (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) ofende o *ne bis in idem*. Para esse resultado, considerou-se que o Estado estabelece relações gerais e especiais com as pessoas submetidas à sua ordem jurídica. Nesse contexto, o descumprimento de obrigações impostas pelo Estado nas relações gerais leva ao sancionamento pelas vias penais, judiciais não penais ou administrativas de polícia; enquanto o inadimplemento de obrigações estabelecidas nas relações especiais implica imposição de sanções disciplinares ou de sanções políticas constitucionalmente determinadas. Não há vedação de cumulação de sanções se o inadimplemento da obrigação, embora caracterize um mesmo fato, for punível em relações diversas que o sujeito mantém com o Estado, pois o fundamento (substrato) de cada sanção é diverso: o descumprimento de um dever geral determinado a todas as pessoas submetidas à ordem jurídica e de um dever específico para com o Estado. A obtenção dos resultados apresentados decorreu de *pesquisa bibliográfica*, orientada pela *vertente jurídico-dogmática*, na qual foram utilizadas fontes diretas, primárias e secundárias; e, como marco teórico, valeu-se da teoria da unidade do poder punitivo estatal.

Palavras-chave: *Ne bis in idem*. Requisitos. Interdependência. Direito Penal. Direito Administrativo.

1 *NE BIS IN IDEM* NA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL E ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O debate sobre as relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador surgiu na Europa no início do século XX, ocasião em que James Goldschmidt (2010, p. 294 et seq.) postulou diversas teses em defesa da autonomia material do Direito Administrativo Sancionador. No Brasil, até o momento atual, a teoria da autonomia e independência entre essas instâncias é amplamente defendida pela doutrina, reconhecida pela legislação e jurisprudencialmente aplicada (OSÓRIO, 2005, p. 372 et seq.).

Todavia, nos últimos anos, essa teoria começou a ser questionada por uma nova doutrina que, influenciada especialmente pela espanhola, defende a adoção, no direito brasileiro, da teoria da unidade do poder punitivo estatal (CALDEIRA, 2012, p. 327 et seq.; SABOYA, 2014, p. 108 et seq.; ARÊDES, 2017, p. 435 et seq.; ANDRADE FILHO, 2003, p. 39 et seq.; REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).¹ Essa teoria concebe a repressão estatal em sentido amplo, da qual são manifestações as vias punitivas penal e administrativa, de forma que os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo, tradicionalmente vinculados ao Direito Penal, também devem ser aplicados à repressão administrativa.

Outra decorrência da adoção dessa teoria é o reconhecimento do *ne bis in idem* na relação entre as esferas penal e administrativa, que, nos termos apontados por José Cid Moliné (1996, p. 163, tradução livre), requer a presença de três requisitos: “a) a existência

¹ Em relação à aplicação do *ne bis in idem* no sistema espanhol, cujo reconhecimento na relação entre as instâncias ocorreu por via jurisprudencial, consultar: Alejandro Nieto García (2005, p. 469 et seq.), Manuel Gómez Tomillo e Iñigo Sanz Rubiales (2013, p. 209 et seq.) e Lucía Alarcón Sotomayor (2008). Já em Portugal e na Itália, a matéria encontra-se regulada, respectivamente, pelo Decreto-lei 433, de 27/10/1982, e pela Lei 689, de 24/11/1981. No espaço da União Européia, observa-se a relativização da teoria da autonomia e independência das instâncias devido a decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no sentido de que o duplo sancionamento (penal e administrativo) viola o art. 4º do Protocolo 07 do Convênio Europeu de Direitos Humanos (SOTOMAYOR, 2008, p. 55 et seq.)

de uma pessoa; b) que realiza um comportamento; e c) que as duas (ou mais) normas que regulam esse comportamento tenham o mesmo fundamento”.

Embora a dicção desses requisitos seja singela, o mesmo não se pode dizer quanto à determinação de seu conteúdo. A doutrina aponta diversos critérios para qualificação e identificação desses elementos, mas, até o momento, não se obteve objetividade na aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as normas penais e administrativas.

No contexto de interdependência entre as instâncias, há quem defenda que a aplicação do *ne bis in idem* não difere do âmbito de incidência do concurso aparente de normas, que ocorre nas hipóteses em que o mesmo ilícito é regulado por mais de uma norma jurídica. Lucía Alarcón Sotomayor (2008, p. 54, tradução livre) se manifesta nesse sentido, ao destacar que, “na realidade, o âmbito de aplicação do *ne bis in idem* coincide em essência com o do concurso de normas, enquanto que, no caso de concurso de infrações, não resulta aplicável. Por esta via consegue-se introduzir alguma claridade ao âmbito de aplicação do *ne bis in idem*”.

No Brasil, o silêncio da legislação levou doutrina e jurisprudência a construírem critérios que identificam e solucionam o concurso aparente de normas penais. Essa construção demonstra que, aceita a interdependência entre as esferas, é possível, mesmo na ausência de norma expressa, estabelecer mecanismos para aplicação da lei nos casos de concurso aparente de normas penais e administrativas com a finalidade de resguardar o *ne bis in idem*.

Contudo, os requisitos para a aplicação desse princípio na relação entre as vias punitivas não são idênticos àqueles estabelecidos para a caracterização e solução do concurso aparente de normas penais. Isso porque, além da identidade de sujeito e de fatos, no campo da relação entre as instâncias, é necessário que o mesmo sujeito seja duplamente sancionado em razão dos mesmos fatos e *sob o mesmo fundamento* – requisito esse não exigido para caracterização do concurso aparente de normas penais.

Como os conceitos de identidade de fatos e de fundamentos não se encontram objetivamente definidos pela doutrina, este trabalho visa a identificar critérios que os

densifiquem como pressupostos para aplicação do *ne bis in idem* na relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

2 IDENTIDADE DE FATOS

A identidade de fatos é um dos requisitos para aplicabilidade do *ne bis in idem* por entender-se que “um fato não pode ser sancionado ou processado em duas ocasiões” (TORRADO, 2008, p. 286 et seq., tradução livre). Se o efeito da unidade de fato pode ser facilmente expresso, o mesmo não se pode dizer quanto a sua caracterização.²

² A análise comparativa dos sistemas que adotam a interdependência entre as esferas penal e administrativa demonstra a divergência. No Peru, por exemplo, a identidade de fatos e sujeitos é subordinada à apreciação da identidade de fundamento jurídico. Segundo Dino Carlos Caro Coria (2007, p. 317), “El TC peruano adopta una perspectiva fáctica cuando se refiere a la ‘identidad de hecho’, noción imprecisa si se tiene en cuenta que, en los casos de concurso de infracciones penales, administrativas o penal-administrativas, un mismo hecho puede realizar dos o más infracciones sin que ello lesione el *ne bis in idem*. En tales casos, aunque el hecho sea el mismo, sobre todo en el concurso ideal, no puede apreciarse un *bis in idem* porque cada infracción obedece a un fundamento diferente; no existe identidad de fundamento, por lo que es posible imponer más de una sanción por el ‘mismo hecho’. Esta constatación permite aseverar que lo decisivo en casos particularmente conflictivos, en los que ya concurre la identidad de sujeto y hecho, es conocer si se sanciona o persigue al sujeto bajo el mismo fundamento.”

Keity Saboya (2014, p. 184) e Roberto Tigre Maia (2005, p. 31) relatam que, nos Estados Unidos da América, a identificação da unidade de fato parte da prova necessária à comprovação dos fatos subsumíveis a mais de uma norma punitiva. Haverá *bis in idem* – no caso, *double jeopardy* – se, para a comprovação da ofensa a mais de uma norma, bastar uma única prova, mas os fatos serão considerados distintos “se cada provisão demanda a prova de um fato que a outra não requer”.

Em relação ao sistema espanhol, Maria Lourdes Ramírez Torrado (2008, p. 287 et seq.) explica que o Tribunal Constitucional adota postura dúbia em relação ao tema: ora no sentido de que a identidade de fatos se verifica sob o prisma jurídico, ora sob a perspectiva histórica (naturalística): “El estudio de este requisito desde un punto de vista material, nos plantea un inconveniente relacionado con el concepto de hechos, es decir ¿qué debe ser entendido por este concepto? Para dar solución al interrogante resulta obligado remitirnos a lo desarrollado tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo en la materia. Al revisar los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, constatamos que este órgano ha tenido una postura ambivalente; el órgano se ha movido entre dos posiciones contrarias del requisito, pues lo ha abordado desde un plano normativo y de igual modo desde uno histórico. Así, este requerimiento implica que la acción u omisión de un individuo puede haber lesionado diversas normas que protegen diferentes bienes jurídicos, pero podrá ser sancionado una vez (perspectiva histórica); mientras que la otra postura implica que un comportamiento de un sujeto que desencadenó violaciones a diversas normas del ordenamiento jurídico, en razón de los diversos bienes jurídicos que puso en peligro o efectivamente lesionó, puede ser sancionado por cada una de las infracciones al ordenamiento legal en que encuadra su comportamiento (perspectiva normativa).” A tendência da doutrina espanhola é adotar a perspectiva jurídica dos fatos, pois, diante de uma só conduta que atenta contra bens jurídicos diversos, a

Como o Poder Legislativo seleciona condutas humanas e atribui-lhes valorações jurídicas distintas, uma mesma conduta pode ser causa de distintos ilícitos e, portanto, de duas ou mais sanções (OSÓRIO, 2005, p. 359). Assim, nem sempre é possível identificar a unidade de fato por meio de análise das relações lógico-estruturais entre as normas jurídicas que tipificam os ilícitos. Por vezes, essa identificação dependerá do exame da conduta e de seus efeitos, de aspectos processuais ou ainda da valoração jurídica sobre a(s) conduta(s) que constitui(em) os fatos.

Mesmo na esfera penal, em que essa identificação é essencial para diferenciar o concurso formal de crimes e o concurso aparente de normas, há diversas concepções sobre o tema. Diante dessas dificuldades, Alejandro Nieto García (2005, p. 510, tradução livre) afirma que “a determinação sobre a identidade de fatos é uma questão que só pode ser abordada de forma casuística, sendo muito difícil induzir dela critérios gerais”.

A análise doutrinária do conceito de identidade de fatos dá-se ora sob uma perspectiva jurídica, ora sob perspectiva naturalística. No Brasil, Paulo Roberto Coimbra e Silva (2007, p. 305)³ adota a concepção natural de conduta para caracterizar a unidade de fato. Contudo, a identificação da unidade de conduta, para diferenciar entre o concurso aparente de normas e o concurso de infrações, não se desvincula da norma tipificadora.

O *ne bis in idem* dirige-se ao aplicador da norma nas situações em que *a mesma conduta é causa de ilícitos diversos* ou que *condutas diversas ou parcialmente coincidentes caracterizam o mesmo ilícito*. Nessas hipóteses, é necessário distinguir o conceito de *unidade de conduta* (ou unidade de ação) do conceito de *unidade de fato*,

perspectiva histórica impede dupla punição, ainda que, sob o ponto de vista jurídico, as infrações sejam diversas. (TORRADO, 2008, p. 291 et seq.).

A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos é no sentido de que ligeiras diferenças entre as distintas infrações não permitem dupla punição e que o elemento adicional de uma das normas não implica a possibilidade de duplo sancionamento (JALVO, 2003, p. 181).

³ “Considerando-se que o *ne bis in idem* veda a possibilidade de duplicidade ou pluralidade de efeitos sancionadores (*o bis*) sobre um mesmo fato infracional (*o idem*), é realmente imprescindível que tal fato, apesar de poder atrair a incidência de mais de uma norma sancionadora, constitua realmente uma única conduta. Importante perceber que o pressuposto do *ne bis in idem* não é a identidade entre atos ilícitos distintos, mas que estejam os aplicadores diante de uma única conduta infracional, subsumível a mais de uma norma sancionadora.” (SILVA, 2007, p. 305)

cujos efeitos jurídicos são diversos: a unidade de conduta pode caracterizar o concurso formal de infrações, hipótese em que são admitidas duas ou mais punições, o que é vedado no caso de unidade de fato.

Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 65) leciona que a unidade de conduta é apenas um dos requisitos para a configuração da unidade de fato e se refere ao “processo executivo, ao comportamento lesivo”; enquanto a unidade de fato abarca a “própria ofensa – resultado – causada pelo comportamento”. Essa diferenciação também é sustentada por Francisco Pavon Vasconcelos (1975, p. 30, tradução livre):

Deste ponto de vista e sempre em relação ao tipo penal concreto, o fato compreende a conduta humana, seu resultado material e a necessária relação causal entre dita conduta e seu efeito, de maneira que a ação e a omissão não são senão meras formas de expressão do sujeito, ou seja, de sua conduta.

A *unidade de conduta* pode ser determinada por dois critérios: “o que atende ao caráter unitário da conduta em função de sua *unidade natural* e o que estabelece a *unidade da ação* sob o prisma estritamente *jurídico*” (VASCONCELOS, 1975, p. 72, tradução livre). Sob o aspecto natural, a unidade de conduta é reconhecida:

[...] sempre que o comportamento em exame for constituído por um único ato de vontade, independentemente do número de resultados que dele decorram, ou mesmo quando o comportamento envolva uma pluralidade de atos de vontade, desde que acarretem um único resultado. (HORTA, 2007, p. 37 et seq.).

Contudo, a doutrina refuta que tais critérios possam ser considerados naturais, pois o comportamento humano pode ser fragmentado em diversas ações autônomas e não há

padrões que justifiquem a separação desses fragmentos em unidades autônomas ou sua consideração em conjunto (HORTA, 2007, p. 38). Ademais, na maior parte dos casos, os comportamentos complexos – reunidos sob o mesmo tipo – não podem ser considerados unidade de ação em sentido natural sequer à primeira vista (HORTA, 2007, p. 38).

De forma semelhante, conforme demonstra Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 41) número de resultados causados pela conduta não se mostra capaz de identificar – naturalisticamente – a unidade de ação, pois a norma jurídica pode tipificar diversos resultados como um só crime, impedindo o cômputo das ações pelo número de lesões geradas. O autor ainda demonstra que mesmo no caso da ofensa a bens jurídicos personalíssimos, situações em que, via de regra, se reconhece a pluralidade da conduta pelos resultados gerados, a norma jurídica pode reunir esses resultados no mesmo tipo legal e caracterizá-los como um só injusto penal – o que ocorre, por exemplo, com a tipificação do crime de genocídio pelo artigo 1º da Lei n. 2.889, de 01/10/1956 (HORTA, 2007, p. 42). Se a conduta lesa bens jurídicos não personalíssimos, separáveis das pessoas que os possuem, mesmo a unidade do objeto sobre o qual recai a conduta ilícita não identifica a unidade ou a pluralidade de ação, devido à inexistência de unidade ou pluralidade intrínsecas dos objetos (HORTA, 2007, p. 42).

Diante dessas dificuldades, a unidade de conduta, substrato do concurso formal, deve ser determinada pela norma jurídica, pois “uma ação unitária é sempre o cumprimento dos pressupostos mínimos do tipo legal” (HORTA, 2007, p. 44),⁴ isto é, *a unidade de ação é a conduta (ação ou omissão) que dá substrato a cada tipo legal*. O comportamento pode ser fragmentado em diversas ações juridicamente relevantes, “desde que os tipos legais aplicáveis recaiam sobre distintos atos componentes desse comportamento” (HORTA, 2007, p. 54). Essa unidade de ação acrescida de *diversas valorações típicas* caracteriza o concurso formal de infrações, e a unidade de ação

⁴ “[...] o reconhecimento expresso da pluralidade de atos de vontade necessários à sua realização não altera a sua condição essencial, de pressupostos mínimos necessários à realização de um mesmo tipo, que lhes congrega e confere valor unitário.” (HORTA, 2007, p. 45).

acrescida da *mesma valoração típica* caracteriza a unidade de fato, portanto, o concurso aparente de normas.

A unidade de fato é identificada pela conduta que dá suporte ao tipo (aquela que realiza seus elementos) e pelos resultados necessários à configuração do tipo. O “fato constitui a soma da ação e do evento, sendo que este, como consequência necessária da ação punível, não se identifica com o acontecimento material” (HORTA, 2007, p. 67).

Haverá uma só ofensa ao ordenamento jurídico se o conteúdo ilícito for um só, ou seja, nas hipóteses em que houver unidade ou pluralidade de condutas tipificadas acrescida(s) da unidade de valoração jurídica sobre essas mesmas condutas.

Embora o Poder Legislativo tenha competência para selecionar uma mesma conduta como suporte de diversos ilícitos (OSÓRIO, 2005, p. 360) – derivados de valorações jurídicas autônomas dessa conduta – há *bis in idem* se houver a aplicação de duas ou mais punições pela mesma valoração de uma única conduta.

A tendência da doutrina é identificar a unidade de fato para aplicar a esses casos as regras de solução do concurso aparente de normas. Contudo, consoante destacado por Frederico Gomes de Almeida Horta (2007, p. 83), a identidade de fatos é “a síntese da superavaliação normativa das normas incidentes, determinante da exclusão de uma pela aplicação de outra, segundo o princípio *non bis in idem*”.

Assim, no caso de concurso entre normas penais e administrativas, a existência de unidade de fato é identificada a partir de relações lógico-estruturais existentes entre as normas e/ou de unidade de valorações jurídicas em relação à mesma conduta, consoante as regras estejam em relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade. Portanto, no âmbito de interdependência entre as instâncias, *a unidade de fato é resultado da aplicabilidade desses critérios e não pressuposto para aplicação deles.*⁵

⁵ Alejandro Nieto García (2005, p. 510 et seq.) adota posição nesse sentido ao lecionar que a identidade de fatos é caracterizada pela constatação da existência de relação de identidade entre os tipos punitivos (penais e administrativos ou administrativos): “En definitiva, *dado que la prohibición de bis in idem no está dirigida al legislador sino al operador jurídico*, tendrá éste que analizar con cuidado los tipos concurrentes

3 IDENTIDADE DE FUNDAMENTO

Diferentemente do concurso aparente de normas penais, na relação entre as vias penal e administrativa, não basta a unidade de fato para que se exclua a aplicação da norma administrativa. Nessa seara, também é necessária presença da identidade de fundamento, pois mesmo estando as normas em relação de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade, é possível a aplicação de ambas, caso as sanções tenham fundamentos autônomos.

Contudo, esse elemento é objeto de diversos questionamentos pois, até o momento, a doutrina não logrou êxito em apontar critérios objetivos para sua densificação.

3.1 Critérios existentes

Em relação à aplicabilidade do *ne bis in idem* entre as esferas penal e administrativa, dois critérios são apontados para identificar a unidade de fundamento: a) a norma legal que estabelece a infração; e b) o bem jurídico protegido ou lesado pela conduta (TORRADO, 2008, p. 283).

Parte da doutrina espanhola, ancorada em decisões do Tribunal Constitucional Espanhol e do Tribunal Supremo Espanhol, defende que a identidade de fundamento deve ser averiguada a partir da norma legal, bastando que as previsões de punição de um

para determinar si son idénticos (en cuyo caso apreciará concurso de leyes) o concéntricos, también llamados consuntivos, es decir, todos los elementos del primero están incluidos en el segundo, pero éste añade o especifica algunos más. En otras palabras, el operador jurídico mira en dos direcciones: por un lado, hacia la norma para comprobar los extremos que acaban de decirse y, por otro lado, hacia los hechos para comprobar si uno o varios; aunque aquí con la advertencia de que ha de mirar a los hechos a través de la norma según se ha explicado ya con detalle. Pero, en cambio, no ha de preocuparse de los intereses protegidos, que son cosa del legislador, y al intérprete sólo le importan en tanto en cuanto se hayan reflejado en el tipo.”

mesmo sujeito, pelos mesmos fatos, estejam cominadas em normas diversas para afastar a identidade de fundamento das cominações (TORRADO, 2008, p. 309 et seq.).

Essa posição deve ser refutada por impedir que a vedação *bis in idem* seja reconhecida como direito fundamental, ao admitir que, para afastar sua incidência, basta que o Poder Legislativo tipifique, em normas diversas, os mesmos fatos, praticados pela mesma pessoa. Dessarte, essa teoria conduz à inaplicabilidade do *ne bis in idem* entre normas penais e administrativas, pois a tipificação desses ilícitos raramente ocorre na mesma norma (NIETO GARCÍA, 2005, p. 507). Nesse sentido são as advertências de Paulo Roberto Coimbra e Silva (2007, p. 308):

O terceiro e último pressuposto exigido para legitimar a aplicação do *ne bis in idem* é usualmente chamado de identidade de fundamento. Esse pressuposto não requer, saliente-se, por óbvio, que haja coincidência de motivação dos atos sancionatórios em idêntico dispositivo legal. Se assim fosse: *primus*, seria esvaziado o conteúdo do princípio em tela, pois poderia o legislador facilmente burlar seu comando sempre que o desejasse, bastando para tanto estatuir inúmeras sanções em diferentes dispositivos legais; *secundus*, o *ne bis in idem* não teria alcance além daquele desejado pelo legislador, revertendo, invertendo e evertendo-se a lógica de se submeter a força principiológica ao alvitre do legislador, enquanto aquela deveria impor peias ao arbítrio deste; e, por último, se assim ocorresse, *tercius*, inviável seria a eficácia do *ne bis in idem* nas relações entre sanções penais e as extrapenais (inclusive tributárias), porquanto teriam, necessariamente, previsão em dispositivos distintos de lei. Importante perceber que a dita identidade de fundamento consiste na coincidência dos bens jurídicos protegidos e das funções primordialmente exercidas pela sanção.

Devido a seu *status* de direito fundamental, a aplicação do *ne bis in idem* não depende exclusivamente do Poder Legislativo, mas se faz presente sempre que seus pressupostos objetivos se manifestem. Ademais, o *ne bis in idem* pressupõe que duas ou mais normas regulem os mesmos fatos ou conjunto de fatos, assim, se apenas uma norma os regula, não há que se falar em sua proteção na aplicação das normas.

Outro setor da doutrina identifica uma *mesma infração*, tipificada em normas diversas, se essas, além de estabelecerem punições aos mesmos sujeitos em razão dos mesmos fatos, tiverem como fundamento uma só lesão ou criação de perigo para um único bem jurídico (CAMPOS, 2001, p. 196; TORRADO, 2008, p. 277 et seq.; SOTOMAYOR, 2008, p. 47 et seq.). Essa doutrina admite que mais de uma lesão, ao mesmo bem jurídico, retira a proteção do *ne bis in idem*:

[...] há que ter em conta não só o bem jurídico protegido, mas também o ataque ou lesão a esse bem, porque, se há dois ataques distintos ao mesmo bem jurídico, cada uma das sanções terá um fundamento próprio e caberá, em consequência, a imposição de todas elas sem que o *ne bis in idem* seja vulnerado. Ou seja, a identidade de fundamento comporta, em realidade, duas identidades: a identidade de bem jurídico ou interesse público protegido e identidade de lesão ou ataque a esse bem. (SOTOMAYOR, 2008, p. 51, tradução livre).

A legislação espanhola prevê esse critério como método de resolução de concursos aparente de normas, especialmente, entre infrações administrativas (NIETO GARCÍA, 2005, p. 509). Ele também é adotado pela jurisprudência espanhola (TORRADO, 2008, p. 284 et seq.),⁶ juntamente com o critério do interesse jurídico e do fundamento jurídico

⁶ “Esta posición fue adoptada por el Tribunal Constitucional en la decisión STC 236/2007, de 7 de noviembre, F.J. 14, al manifestar: ‘en este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la

protegidos pela norma e com o critério da defesa social. Essa diversidade, “longe de apresentar uma clareza desejada e indispensável para não menosprezar o respeito ao postulado, mostra-se um tanto obscura em alguns aspectos como sua denominação e objeto de sua aplicação” (TORRADO, 2008, p. 278 et seq., tradução livre).

A caracterização da identidade de fundamento a partir do bem jurídico protegido pela norma ou das ofensas a ele perpetradas não permite que os elementos necessários à aplicação do *ne bis in idem* estejam claros (TORRADO, 2008, p. 280; NIETO GARCÍA, 2005, p. 511).

Mesmo a identificação de condutas ofensivas aos bens jurídicos e a determinação de seu conceito são objeto de amplos debates doutrinários (TORRADO, 2008, p. 280 et seq.). Se, por um lado, há autores que sustentam a inutilidade do conceito de bem jurídico para a legitimidade da intervenção penal (JAKOBS, 2008, p. 65), por outro, mesmo autores que defendem como função do Direito Penal a defesa de bens jurídicos admitem incriminações penais legítimas na ausência de bem jurídico (ROXIN, 2006, p. 27) – o que demonstra a dificuldade de objetividade desse critério.

Há autores que propõem a análise da norma tipificadora para perquirir sobre o bem jurídico, isto é, que se procure “desentranhar a verdadeira intenção do legislador” (TORRADO, 2008, p. 285), hipótese em que se mescla o critério da norma legal com o do bem jurídico protegido.

Contudo, na relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador, deve-se ter em conta que a aplicação da sanção administrativa não demanda a análise de lesão ou perigo aos bens jurídicos, pois, embora o Direito Administrativo Sancionador seja utilizado para a proteção desses bens, a lesividade não é requisito de legitimidade de sua intervenção (CORIA, 2007, p. 318; D’AVILA, 2006, p. 30).

correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de Ley)’.”
(TORRADO, 2008, p. 284 et seq.)

Nesse contexto, Alejandro Nieto García (2005, p. 510, tradução livre) sustenta que o regime do *ne bis in idem* não se altera pela variedade de bens ou interesses protegidos:

É frequente que [...] a jurisprudência justifique a duplicidade de infrações pela presença de bens ou interesses jurídicos de natureza distinta, que cada norma pretende proteger; e o mesmo, e ainda com maior frequência, sucede com as leis. [...] Em minha opinião, a eventual variedade de bens e interesses protegidos não altera o regime jurídico da proibição do *bis in idem*, pois a única legitimação para que o legislador tipifique como infração determinadas condutas é que elas lesionem tais interesses. Uma coisa é a justificação ou motivação da norma e outra muito distinta seu conteúdo que, para estes efeitos, é o que importa. O que significa que há de ser a própria norma que se preocupe em incluir no tipo as modulações inerentes ao interesse que está querendo proteger; se assim o faz, produzirá efeitos; caso contrário será irrelevante. É explicável que a legislação sanitária não deixe passar o risco que, para a saúde pública, representam as águas contaminadas, porém isso não significa que se limite a reproduzir literalmente um tipo anterior, mas que, por causa desse interesse peculiar que lhe preocupa, tipifique o suposto de contaminação de águas potáveis e isto, sim, tem efeitos jurídicos.

De fato, eventual identidade de bens jurídicos lesados ou postos em perigo é objeto de análise da unidade de fato, consoante o critério (especialidade, consunção, subsidiariedade e alternatividade) usado para identificar esse elemento. Por esses motivos, o critério do bem jurídico tutelado ou ofendido não se mostra hábil a caracterizar a identidade de fundamento para fins de aplicação do *ne bis in idem* na relação entre a esfera penal e administrativa.

3.2 Identidade de fundamento como identidade de relação jurídica substrato da sanção

Considerando os problemas apontados na caracterização da identidade de fundamentos, é necessário estabelecer mecanismo de solução dos concursos aparentes de normas penais e administrativas que limite a discricionariedade na aplicação das sanções, sem reduzir o *ne bis in idem* a mero postulado teórico.

A fim de alcançar esse objetivo proponho que *a unidade de fundamento seja identificada pela relação jurídica substrato à imposição da sanção*, de forma que *a aplicação de mais de uma sanção em razão do descumprimento de um só dever jurídico (identidade de fatos) na mesma relação jurídica (identidade de fundamento) caracteriza ofensa ao ne bis in idem*.

A ordem jurídica, ao estabelecer direitos e obrigações, vincula as pessoas por meio de relações jurídicas. Segundo Wille Duarte Costa (1994, p. 9), a relação jurídica exige um vínculo jurídico, derivado da norma jurídica, que incide e regula a relação, cujos termos são imutáveis, não se admitindo a transposição entre os sujeitos que a integram, pois essa transposição estabelece “*nova relação jurídica*, ainda que as pessoas sejam as mesmas partes de um mesmo negócio jurídico” (COSTA, 1994, p. 13 et seq.).

O descumprimento, por qualquer das partes, das obrigações impostas pela ordem jurídica possibilita ao sujeito ativo valer-se das garantias e sanções legalmente estipuladas para compelir o sujeito passivo ao seu cumprimento (COSTA, 1994, p. 42 et seq.). Se a relação jurídica tem o Estado como sujeito ativo, também pode implicar o exercício do poder punitivo. O mecanismo punitivo não existe fora de qualquer relação jurídica, pois, como sustenta Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1996, p. 47), “desde que a ação do Estado, como *sujeito de direito*, não se situe em uma relação jurídica, desborda para fora do direito”.

O Estado estabelece relações gerais e especiais com as pessoas submetidas à sua ordem jurídica. A diferenciação entre essas relações decorre da forma como a ordem

jurídica regula o exercício dos direitos e deveres, consoante lição de Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 24):

A diferença está em que, quando, por qualquer forma, os particulares atuam no campo estatal, estabelecem com a Administração uma relação jurídica específica, em que esta exerce poderes especiais. Quando, ao contrário, atuam no campo privado, submetem-se apenas a vínculo genérico com o Estado, caracterizado pelo poder deste, através da lei, regulamentar atividades privadas. Mas, como vimos, essa disciplina pode prever ou não a interferência das autoridades administrativas no cumprimento da lei, Assim, a vinculação genérica do Estado com os indivíduos pode ou não se materializar em vinculação genérica entre estes e a Administração, na dependência – e, sobretudo, nos limites – da opção legislativa. [...] O particular estabelece com a Administração vínculos específicos, propiciatórios de poderes administrativos especiais, quando: a) integra-se a seu aparelho burocrático; b) recebe delegação de atividade estatal; c) contrata com a Administração; ou d) utiliza serviço público ou é beneficiado pelo direito ao uso especial de bem público.

Assim, há relação especial na hipótese em que pessoa determinada mantém com o Estado vínculo oriundo de ato concreto, do qual derivam direitos e deveres diferenciados daqueles garantidos e exigidos das pessoas em geral. Mesmo nessas relações os poderes da Administração sobre esses sujeitos não são ilimitados, pois elas existem com fundamento em lei, em sentido estrito, que determina seu conteúdo jurídico e os limites de disponibilidade de direitos das partes envolvidas, isto é, não há relações especiais, na ordem jurídica brasileira, na ausência de norma legal que as estabeleçam. Os poderes da Administração sobre a outra parte dependem de previsão legal e apenas podem ser exercidos nesses limites, de forma que o regime jurídico dessas relações não tem as mesmas características que lhe foram outorgadas no passado (MELLO, 2007, p. 161 et seq.).

Elas são caracterizadas pela necessária **discricionariedade** administrativa na regulação de seu conteúdo. Rafael Munhoz de Mello (2007, p. 163) corrobora com esse entendimento ao afirmar que, no “âmbito das relações de especial sujeição, a Administração Pública deve dispor de poderes normativos mais extensos que aqueles que dispõe no campo das relações de sujeição em geral”. Portanto, são necessários três elementos para caracterizarem-se as relações especiais:

a) previsão legal de sua existência e a determinação legal básica de seu conteúdo; b) conteúdo referente à organização e gestão interna dos poderes públicos, em relação ao qual a Constituição garante margem de discricionariedade à Administração; c) ato jurídico que individualiza a relação entre determinada pessoa e a Administração. (ARÊDES, 2014, p. 288).

Já as relações gerais existem entre as pessoas anônimas e destas com o Estado e as normas que as regulam determinam a esfera de liberdade, ao estipular o comportamento devido nas relações interpessoais (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 810).

A norma jurídica, ao regular os direitos e deveres nas relações gerais, pode condicionar o exercício de um direito à manifestação da Administração (SUNDFELD, 2003, p. 38 et seq.), situação em que se atribui à Administração a competência para fiscalizar o cumprimento das condições necessárias ao exercício desse direito. A atividade fiscalizatória não altera a natureza da relação geral, tendo em vista que seu caráter estritamente vinculado garante àquele que cumpre os requisitos previstos na norma o direito subjetivo de exercer atividades ou usar a propriedade, na forma e condição legalmente previstas; garante-se, portanto, ao interessado o “direito ao deferimento do pedido” (SUNDFELD, 2003, p. 43).

Eventual discricionariedade atribuída à Administração, no exercício de fiscalização das relações gerais, em razão do princípio da isonomia, obriga a Administração a estabelecer critérios impessoais para concessão de direitos, especialmente se os benefícios não podem ser concedidos a todos interessados (SUNDFELD, 2003, p. 48).

No âmbito das relações gerais, o descumprimento de obrigações desencadeia sanções penais, judiciais não penais ou administrativas de polícia – obedecidos os requisitos para a aplicação de cada uma delas.⁷ Portanto, essas sanções têm como substrato as relações gerais entre as pessoas e o Estado, que, como sujeito ativo da relação, exige determinados comportamentos conforme previsão em lei.

O descumprimento (pelo particular) de obrigações estabelecidas em relações especiais também pode desencadear o exercício do poder punitivo estatal, que se manifesta por meio da imposição de sanções disciplinares ou de sanções políticas constitucionalmente determinadas. Nesses casos, as sanções decorrem do inadimplemento de obrigações estabelecidas entre pessoas determinadas com o Estado e visam garantir, especialmente, os objetivos que a Administração pretende alcançar por meio da relação.

Assim, haverá fundamento diverso que justifica a dupla punição, se as sanções impostas tiverem por finalidade punir o descumprimento de obrigações estabelecidas em relações diversas.

Se houver a previsão da obrigação em duas ou mais relações – por meio de normas gerais (penal ou administrativa de polícia) e por meio de norma que regula a relação especial –, seu inadimplemento caracterizará um mesmo fato, passível de dupla punição,

⁷ Pressupõe-se que quaisquer sanções penais encontram-se inseridas no âmbito das relações gerais. Todavia, tratando-se de pressuposto, admitem-se exceções nas hipóteses em que o sistema penal é utilizado para punir deveres próprios de pessoas que mantêm relação especial com o Estado – essa situação demanda análise casuística de tipos penais e de infrações administrativas disciplinares a fim de excluir o pressuposto geral. Nesses casos, reconhecida a identidade de fatos e de fundamentos, ou seja, que a punição penal decorre exclusivamente da relação especial que o sancionado possui com o Estado, há que se rejeitar a aplicação de ambas as normas.

pois o fundamento (substrato) de cada sanção é diverso: o descumprimento de um dever geral determinado a todas as pessoas submetidas à ordem jurídica e de um dever específico para com o Estado.⁸

A caracterização da identidade de fundamento a partir das relações existentes entre as pessoas e o Estado não considera a autoridade competente para a imposição da sanção, mas tão somente se a penalidade é consequência do descumprimento de obrigação estabelecida em uma única relação jurídica. Como a ordem jurídica brasileira atribui a diversos órgãos a competência para impor sanções disciplinares, nem sempre a sanção será imposta pelo órgão administrativo a que se vincula a pessoa sancionada. Da mesma forma, atribui-se à Administração e ao Poder Judiciário a competência para sancionar em razão do descumprimento de obrigações impostas nas relações gerais.

Ainda que seja possível a aplicação de uma sanção geral (penal ou administrativa de polícia) e de uma sanção disciplinar à mesma pessoa, pelo mesmo fato, não é possível aplicar mais de uma penalidade pelo descumprimento das mesmas obrigações estabelecidas em uma só relação jurídica. Contudo, se a pessoa mantém diversas relações especiais com o Estado, pode ser punida por atos praticados em todas elas, sem ofensa ao *ne bis in idem*, pois a identidade de fundamento caracteriza-se pela relação estabelecida e não pelo tipo de relação.

CONCLUSÕES

A aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as vias penal e administrativa decorre do reconhecimento da unidade do poder punitivo estatal. Essa teoria, em oposição à da independência e autonomia das instâncias, defende a interdependência entre as

⁸ Essa situação existe nas atividades privadas. Um empregado, que subtrai determinado bem da empresa em que labora, poderá sofrer a sanção penal correspondente ao furto ou apropriação indébita e ter seu contrato rescindido por justa causa. A primeira sanção tem por fundamento as relações gerais entre pessoas indeterminadas, que impõem o dever de respeitar a propriedade alheia; a segunda decorre e recai diretamente na relação que o empregado mantém com a empresa.

esferas de forma a impedir o duplo sancionamento (penal e administrativo) do mesmo sujeito em razão dos mesmos fatos e fundamentos.

A aplicabilidade do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias ocorre nas hipóteses em que há concurso aparente de normas, ou seja, quando duas ou mais normas regulam o mesmo conteúdo de ilícito. Contudo, o concurso aparente entre normas penais e administrativas difere do concurso aparente de normas penais na medida em que para caracterização do primeiro não basta que se reconheçam as relações de especialidade, consunção, subsidiariedade e alternativade entre normas analisadas.

No âmbito de interdependência entre as instâncias, essas relações entre as normas são indícios do concurso, por reconhecer as hipóteses em que há identidade de fatos. Todavia, nessa seara, para que seja afastada a aplicabilidade da norma administrativa, é necessário que as sanções cominadas, além de punirem os mesmos fatos, tenham o mesmo fundamento.

Propôs-se que o fundamento da sanção decorre da relação jurídica que é seu substrato. Dessa forma, como o Estado estabelece relações gerais e especiais com as pessoas submetidas à sua ordem jurídica, é possível que as sanções – ainda que imputadas em razão dos mesmos fatos – possam ser simultaneamente aplicadas, caso tenham por fundamento relações jurídicas diferenciadas do sujeito com o Estado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Eduardo Oliveira. *Infrações e sanções tributárias*. São Paulo: Dialética, 2003.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 129, Dossiê especial: Encarceramento em massa; p. 435-477, mar. 2017.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Frederico Nunes de (Coord.). *Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 281-303.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in ídem, prevalencia de la via penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es>> Acesso em: 06 mar. 2012.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 327-356, jan./mar. 2012.

CORIA, Dino Carlos Caro. El principio de ne bis in idem em la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, tomo I, p. 313-343, anuário 2007.

COSTA, Wille Duarte. *Relação jurídica. Conceito e estrutura*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

D'AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 60, p. 09-35, maio./jun. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho. Derecho penal y proceso. Problemas Fundamentales del Derecho*. v. I. Org. Jacobo López Barja de Quiroga. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Do concurso aparente de normas penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ITÁLIA, *Lei 689, de 24/11/1981*. Disponível em:
<<http://www.comune.jesi.an.it/MV/leggi/1689-81.htm>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal. Teoria do Injusto Penal e Culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

JALVO, Belém Marina. La problemática solución de la concurrencia de sanciones administrativas y penales. Nueva doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem (Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 162, p. 175-188, set./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.cepc.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas>>. Acesso em: 06 mar. 2012.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do ne bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. *Boletim Científico*, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador. As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 05/10/1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOLINÉ, José Cid, Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 140, p. 131-172, mai./ago. 1996. Disponível em: <<http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=138&IDA=24059>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL, *Decreto-Lei 433, de 27/10/1982*. Disponível em:
<http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis>.

Acesso em: 12 abr. 2012.

REALE JÚNIOR, MIGUEL. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 93-100.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. O princípio ne bis in idem e sua vertente substancial na repressão ao ilícito fiscal. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul./ago. 2007.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOMILLO, Manuel Gómez; RUBIALES, Íñigo Sanz. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría e Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 3ª ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. *El principio non bis in idem in idem em el ámbito ambiental administrativo sancionador*. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roig. Getafe, set. 2008. Disponível em:
<http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf>.

Acesso em: 22 dez. 2012.

VASCONCELOS, Francisco Pavon. *Concurso aparente de normas*. Puebla: Cajica, 1975.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Direito público direito privado sob o prisma das relações jurídicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.



Área 1: Direito Penal

Direito Penal Econômico

**CRIMES OMISSIVOS NA ATIVIDADE EMPRESARIAL: UM ESTUDO SOBRE
A CONSIDERAÇÃO DO ADMINISTRADOR COMO GARANTE NA
ATIVIDADE EMPRESARIAL**

Alana Guimarães Mendes

Mestranda em Direito pela Faculdade Milton Campos, Pós-graduanda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM). Advogada. E-mail: alana4541@gmail.com

Luciano Santos Lopes

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos (graduação, pós-graduação e mestrado). Presidente da Comissão de Direito Penal Econômico da OAB-MG. Advogado. E-mail: luciano@llmb.com.br

Resumo: O presente artigo pretende realizar um estudo acerca do papel de garante na atividade empresarial, tendo como marcos teóricos a análise do incremento de risco (Roxin) e a Teoria da Sociedade de Riscos (Beck). Insta realizar inicialmente a verificação que se baseia na identificação inicial acerca dos direitos supraindividuais e sua tutela pelo direito penal. A partir dessas considerações parte-se para uma seara jurídica nos últimos anos, que obteve grande preocupação pelos doutrinadores: o direito penal empresarial. Nesse sentido no que tange a responsabilidade do empresário nas atividades no qual o agente deveria e poderia agir e não realizou suas contribuições. Portanto, estabelece-se a necessidade de estudar os parâmetros acerca do risco penalmente relevante na atividade empresarial.

Palavras chave: Crimes omissivos. Teoria da Sociedade de Risco. Atividade empresarial. Incremento de risco. Posição de garante.

Sumário: 1) Introdução; 2) Os direitos supraindividuais e os novos arranjos sociais da sociedade de risco; 3) A omissão penalmente relevante e a atividade empresarial; 4) O papel do garante no âmbito da empresa; 5) A omissão e o risco empresarial; 6) A problemática da omissão na seara empresarial: as regras do Código Civil e dos programas de *compliance*; 7) A omissão e a teoria da cegueira deliberada; 8) Conclusão; 9) Referências.

1 INTRODUÇÃO

Os novos arranjos sociais mudaram drasticamente a sociedade. O final da Segunda Guerra Mundial trouxe uma preocupação com inúmeras questões sociais, que nitidamente acarretaram a migração da tutela para a supraindividualidade. Essa última questão sofreu grandes influências principalmente pela transição de uma sociedade de segurança para uma sociedade de risco.

A ideia de que determinadas condutas afetariam bens jurídicos coletivos e difusos pareceria impensável até pouco tempo, quando coube ao direito penal buscar a responsabilização desses agentes. Ao encarregar esse ramo jurídico de tal tarefa, surgiram diversas discussões. E, dentre as questões que se encontram nesse plano de discussão, está a da omissão penalmente relevante. O tema, pensa-se, deve ser analisado desde o direito empresarial.

Nesse sentido o presente artigo pretende analisar o papel do garante na atividade empresarial, no que tange aos crimes omissivos. O estudo partirá da análise da tensão entre a omissão penalmente relevante e os riscos ordinários originados da atividade empresarial.

Encerradas as considerações acima, insta indicar o percurso utilizado na elaboração do presente trabalho. Preliminarmente, far-se-á uma apertada síntese acerca dos direitos supraindividuais e sua tutela pelo direito penal, com o objetivo de delinear as características do marco teórico, qual seja, a Teoria da Sociedade de Risco. Posteriormente, busca-se esclarecer o que se entende sobre omissão penalmente relevante e a atividade empresarial, apresentando conceitos do direito penal clássico e partindo para essa nova sistemática. Na terceira parte do trabalho será analisado o tema central da pesquisa, que é o papel do garante na empresa, seguindo-se com o estudo sobre a omissão e sobre o risco empresarial. Por fim, são apresentadas as considerações finais do trabalho, a fim de apresentar uma reflexão sobre o tema com o intuito de fomentar novas discussões.

A relevância do presente trabalho encontra guarida nas novas formas de criminalidade e no problema existente nas legislações acerca do sistema financeiro e dos crimes econômicos.

2 OS DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS E OS NOVOS ARRANJOS SOCIAIS DA SOCIEDADE DE RISCO

Beck (1998, p. 25 e ss.) verifica a existência de um modelo de sociedade que se submete a riscos mais agressivos, e que tem esta tendência à individualização. Para ele, existem dois tipos de modernização das sociedades. Uma se liga ao processo de industrialização e de estruturação de uma sociedade de massas.

Já em um segundo modelo de sociedade contemporânea, há a verificação da denominada modernização reflexiva (BECK, 1998, p. 22 e ss.). Tendente à globalização e à constante superação tecnológica, neste modelo de sociedade há o rompimento com a centralidade do núcleo familiar. O processo de individualização dos sujeitos ganha força nesta concepção social, trazendo como consequência a incerteza nas relações

interpessoais. Trata-se da denominada sociedade de riscos. É considerada uma modernidade tardia, na qual as instituições têm papéis menos determinantes.

Nas sociedades industriais, a ideia de produção de riquezas condiciona a produção dos riscos¹. Já nesta modernidade tardia (reflexiva, ou de riscos), a lógica se inverte (BECK, 1998, p. 22 e ss.). A incerteza surge como componente deste novo modelo social. Existe, pois, uma antecipação dos danos, postos que eles já são concebidos em potência, na verificação dos riscos. Mais ainda, estes perigos (de danos) condicionam as pessoas a se portarem com constante preocupação futura, sempre direcionados à prevenção do porvir.

A influência deste modelo social é sentida no plano individual e, igualmente, no âmbito institucional. E é neste sentido que as políticas criminais das denominadas sociedades de risco se apresentam como panaceias salvadoras, acrescentando o rol dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal. Se no passado a proteção se centralizava nas situações individuais, atualmente existe a necessidade central de cuidar de interesses ou direitos que afetam um número indeterminado de pessoas.²

Há, portanto, a transição de uma sociedade de segurança, industrial e baseada na

¹ O final do século XX destacou definitivamente uma forma de poderio econômico: a globalização. Trata-se de uma dominação plena e irreversível, com a legitimação de uma nova ordem mundial (IANNI, 1999, p. 205 e ss.). Em resumo, a globalização traduz-se como forma de poder e pensamento único.

Há um novo momento de poder planetário. O mercantilismo e o colonialismo dos séculos XV e XVI, seguido da revolução industrial e neocolonialismo dos séc. XVIII e XIX, desembocou na revolução tecnológica e a globalização dos sec. XX e XXI. (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2006, p. 341 e ss.).

Tal fenômeno, social e econômico, trouxe diversos problemas. Há a percepção de uma sociedade de riscos nunca antes percebidos (SILVEIRA, 2006, p. 37). Os problemas individuais são substituídos pelos conflitos supraindividuais. Os riscos, que sempre existiram no convívio humano, agora são proporcionalmente maiores, posto que criações humanas (e não mais apenas oriundos de fenômenos da natureza) (SILVEIRA, 2003, p. 36).

É evidente que a verificação de riscos maiores influi diretamente na tutela penal. Surge, na atualidade global, uma intervenção punitiva prevencionista e que tende a se afastar do marco da ofensividade. O bem jurídico, igualmente, desloca suas atenções à coletividade (direitos difusos e supraindividuais). Neste contexto social, surgem as tutelas penais especiais: economia, meio ambiente, consumidor, etc.

² Vale nesse sentido transcrever o entendimento de Pierpaolo Cruz Bottini (2013, p. 21), acerca da expansão do direito penal: “O direito penal atual, com suas características marcantes de expansão sobre novos contextos, não surge por acaso. Os novos tipos, os institutos dogmáticos desenvolvidos, a metodologia de sua aplicação têm relação íntima num contexto social no qual ele é produzido e reproduzido. O surgimento ou o desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade”.

tutela de direitos individuais, para uma sociedade moderna, baseada no risco³. Realmente, essa sociedade de risco⁴, termo apresentado por Beck, tem importante função nesse trabalho e se apresenta ao considerar a questão do direito penal moderno, já que o risco tem íntima ligação com os novos ramos do direito e novos bens jurídicos tutelados (SILVEIRA, 2016, p. 50).

Conforme assinala Beck (2011, p. 13):

No século XIX, a modernização se consumou contra o pano de fundo de seu contrário: um mundo tradicional e uma natureza que cabia conhecer e controlar. [...] A modernização no horizonte empírico da pré-modernidade é suplantada pelas situações problemáticas da modernização autoreferencial [...] É essa iminente oposição entre modernidade e sociedade industrial (em todas as variantes) que atualmente nos confunde em nosso sistema de coordenadas, a nós que estávamos até a medula acostumados a conceber a modernidade nas categorias da sociedade industrial.

Certo é que algumas características desta sociedade de riscos condicionaram (equivocadamente, por vezes) a expansão do sistema penal: a constante antecipação das

³ O conceito de risco moderno é apresentado por Pedro Braga (2005, p. 156): “Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica. Mas ele diz respeito muito de perto ao mundo jurídico [...]”

⁴ Nesse sentido Bottini (2013, p. 26) apresenta considerações sobre a Sociedade de Risco analisando a obra de Beck: “Atente-se ao fato de que o termo sociedade de risco já implica o reconhecimento de que as novas técnicas não se apresentam, imediatamente, como lesivas ou prejudiciais. Se assim não fosse, estaríamos em uma sociedade de perigo, e não de risco.”

preocupações (do dano para o perigo)⁵; a individualização como processo social⁶; entre outras.

A conclusão possível é a de que o reconhecimento da existência dessa sociedade de riscos, atuais e potenciais, requer do Estado uma nova concepção intervencionista, que acaba por influenciar o Direito Penal tradicional.

Impõe-se a tutela de valores diversos daqueles até então protegidos. E, assim, essa nova condição da sociedade apresenta-se como um campo fértil para análise da nova criminalidade, agora supraindividual.

Logo, o campo de incidência do Direito Penal expande-se, de modo a abarcar questões relacionadas não só ao indivíduo, mas também à segurança e ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade pós-industrial. Como consequência, experimenta-se a contínua expansão da intervenção punitiva, especialmente pela

⁵ Nesse movimento expansionista ditado pela centralização da tutela da supraindividualidade, torna-se necessário analisar a questão da situação dos crimes de perigo abstratos. Podem assim serem considerados: uma “técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico.” (BOTTINI, 2013, p. 87).

Ainda segundo o referido autor: “Desta forma, no homicídio, exemplo clássico de crime de lesão (CP, art. 121, Matar alguém) o resultado de dano é parte integrante, expressamente indicado no tipo penal. O mesmo ocorre nos delitos de perigo concreto, como o delito de poluição (Lei 9.605/1998, art. 54 [...]) Os crimes de perigo abstrato, por outro lado, prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal. É o que ocorre, por exemplo, no delito de porte irregular de arma de fogo [...]” (BOTTINI, 2013, p. 88).

Essa preocupação com o perigo existe desde o Direito Penal liberal, que tinha como centralidade a tutela da individualidade (portanto a questão surge com ares de excepcionalidade), até os chamados bens jurídicos supraindividuais, cujos sujeitos passivos além de indeterminados, encontram-se numa futura geração; assim surge à necessidade de antecipar condutas e gerenciar riscos (tendo a questão alçada condição de normalidade na tutela) (SILVEIRA, 2016, p. 38-39).

⁶ E, curiosamente, esta marca da individualização social surge em um momento no qual as premissas punitivas são supraindividuais. O plano do conflito migra do indivíduo para o difuso/coletivo. Veja-se, nesse sentido, o paradoxo que se forma.

crescente proliferação de normas penais que visam, sobretudo, a garantia de obediência às atividades e funções do Estado. E, claro, a noção de riscos também se reorganiza.

Nesse sentido, Braga (2005, p. 162) apresenta essa ideia do risco no direito penal:

As esperanças do homem comum frequentemente recaem sobre o direito penal em face dos novos desafios, o que aliás é compreensível; quando não sobre o direito administrativo sancionador. Se no passado os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais, hoje têm origem na própria ação ou omissão humana. [...] O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar que o direito penal clássico, se servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. Para os fenômenos naturais danosos, a experiência tem demonstrado que a tutela do direito penal não os alcança (quando na realidade, em alguns casos, poderia alcançar), resumindo-se a proteger os bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio.

Certo é que a criminalidade contemporânea, com suas características especialmente ligadas à supraindividualidade, não consegue ser suficientemente compreendida, e censurada, pela estrutura tradicional do Direito Penal.

E, nesta ordem de argumentos equivocados, ganha força um discurso político-criminal (e dogmático) que é utilizado para fazer valer o fundamento expansionista do Direito Penal, por vezes descolado de qualquer limite constitucional. Neste sentido, veja-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a punição indiscriminada do perigo abstrato, administrativização da intervenção penal, a aceitação das normas penais em branco sem qualquer filtro limitativo, entre outras estruturas teóricas normalmente invocadas para sustentar este modelo expansionista, típico das denominadas sociedades de risco.

Críticas a esse expansionismo existem de várias formas. Mas, especialmente para esse trabalho, uma questão deve ser analisada: a função do garantidor é uma condição para o cometimento dos crimes comissivos por omissão ou omissivos impróprios na atividade empresarial, que serão analisados no tópico a seguir.

3 A OMISSÃO PENALMENTE RELEVANTE E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

Ao abordar a questão relativa à omissão penalmente relevante no âmbito da atividade empresarial, torna-se necessário apresentar conceitos básicos do direito penal clássico, que se referem a qualificação dos crimes.

Enquanto nos crimes comissivos é necessária uma ação, nos crimes omissivos há a divisão entre omissivos próprios e impróprios, e há a pressuposição de uma abstenção, um “não fazer”. Nos crimes omissivos próprios, essa abstenção decorre de um dever legal. Por outro lado, nos crimes omissivos impróprios, o dever de agir decorre de uma situação concreta, exigindo para isso um resultado material. Em razão disso, o dever de impedir o resultado decorre da lei, do contrato ou de uma situação de um vínculo anterior criado pelos envolvidos (BUSATO, 2015, p. 290-291).

De acordo com BUSATO (2015, p. 290-291):

Restará consumado o delito omissivo próprio sempre que descumprido o dever geral de atuação de proteção a determinado bem jurídico. Eventual resultado naturalístico posterior é irrelevante para efeito de incriminação, podendo ou não existir uma majorante derivada do exaurimento.

A doutrina apresenta como exemplo o tipo descrito no artigo 135⁷ do Código Penal Brasileiro, que traz o crime de omissão de socorro. Busato (2015, p. 291) explica a utilização da expressão “comissivo por omissão”, outra nomenclatura utilizada para definir os crimes omissivos impróprios:

A expressão “comissivo por omissão” explicita concretamente a definição desses tipos penais. Trata-se de um crime de ação, ou seja, de um crime cujo núcleo do tipo (verbo que descreve a ação) é um fazer, porém, a realização concreta do resultado previsto pelo tipo se dá através de uma omissão, ou seja, de um não fazer.

A estrutura do tipo omissivo é esclarecido por Mir Puig (2007, p. 266):

[...] enquanto os tipos de ação se realizam quando se efetua a conduta que descrevem, os tipos de ação de omissão fazem referência à não verificação de uma determinada conduta, realizando-se com a ocorrência de um comportamento distinto daquele previsto – não sendo necessária a passividade.

A omissão que aqui interessa analisar deve ser apresentada sob o prisma da sociedade de risco (Machado, 2005, p. 138-139):

O crescente estabelecimento de garantes, ou seja, pessoas voltadas ao cuidado do bem jurídico, sob pena de serem incriminadas soa adequado aos anseios de segurança da sociedade de risco. Além disso, permite

⁷ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: (BRASIL, 1940).

que, diante da dificuldade em se identificar a autoria ativa do fato e as relações causais que o condicionaram, seja possível, ao menos, imputar responsabilidade penal àquele que, devendo e podendo atuar para evitar o dano manteve-se inerte.

Nesse sentido, apresenta Silva (2011, p. 155):

No caso brasileiro, entretanto, é de se observar que o art. 13, §2º, do Código Penal impõe dificuldades ao reconhecimento dessa posição de garantidor, uma vez que o rol fechado de hipóteses de dever de agir, herança da teoria formal, não se mostra capaz de impor responsabilidade pela omissão aos integrantes dos órgãos de gestão empresarial.

Dessa forma, é de se cogitar *lege ferenda* o estabelecimento, na legislação penal extravagante, de um dever de vigilância dos integrantes de órgãos de direção e administração quanto às atividades da empresa em relação a bens jurídicos especialmente suscetíveis de lesão ou risco por conta de tais atividades. Parece-nos que esse dever de vigilância, estipulado em lei especial, seria o bastante para satisfazer a exigência do artigo 13, §2º, (a) do Código Penal sem implicar em quebra do modelo formal adotado pelo legislador em 1984.

Feitas as conceituações devidas, acerca do que a doutrina penal entende por crimes omissivos, é necessário apresentar a questão sobre a omissão e as condutas do empresário. Assim, importa assinalar o entendimento de Silveira (2016, p. 91):

Mais do que tudo, a evolução do conceito de omissão imprópria à mera constatação de uma infração de dever resta fundamental, pois intuitivamente existe inegável confusão em ambos. Entretanto, a

dificuldade repousa justamente aí, uma vez que, embora essa intuição possa ser apoiada por parte da doutrina, ela esbarra na própria ideia relativa à legitimidade, ou seja, na avaliação sobre de que forma uma omissão ou infração de dever [...]

Além disso, há ainda a questão que envolve o papel do sujeito responsável por evitar a conduta, que no âmbito empresarial “[...] muitas vezes acaba correspondendo a um papel de garante, uma vez que eles são, sim, gestores ou organizadores de responsabilidades empresariais” (SILVEIRA, 2016, p. 90).

A partir disso, indica Silva (2011, p. 157):

[...] uma vez constatado que os integrantes do topo da hierarquia na empresa, confrontados com a situação lesiva ou perigosa, nada fizeram para coibi-la mesmo podendo fazê-lo – por meio de uma decisão que obstasse, por exemplo, a comercialização de determinado produto que, em prévia análise interna se mostrou impróprio para o fim a que se destinava – é de se reconhecer sua responsabilidade individual por conta de sua própria omissão, sem prejuízo de possível responsabilização de terceiros que lhe sejam subordinados.

Tampouco se trata de responsabilidade penal objetiva, uma vez que mesmo na omissão imprópria a imputação de um delito fica condicionada, no plano subjetivo, à estrita observância do princípio da culpabilidade. O omitente deve agir com dolo ou culpa, respeitadas as peculiaridades de tais elementos subjetivos no que tange ao crime omissivo impróprio.

A omissão penalmente relevante, dentro do âmbito empresarial, tem o condão de envolver, entre outras coisas, a questão acerca dos chamados garantes da atividade empresarial. Na atualidade, a situação encontra-se em discussão, uma vez que o referido

artigo 13, §2º⁸ do Código Penal não contempla expressamente tais atividades.

4 O PAPEL DO GARANTE NO ÂMBITO DA EMPRESA.

A partir da noção de omissão imprópria, surge a figura do garante, tido como o sujeito que tem o dever de evitar o resultado danoso. Segundo Silveira (2016, p. 88-89):

As noções relativas aos deveres de garante instituídos pela lei (cujo exemplo didático poderia ser dado em função dos deveres de garante esperados dos pais em relação a seus filhos), e do contrato (cujo exemplo poderia ser visto na figura do vigia de turismo que leva um grupo a uma excursão em mata virgem).

Em apertada síntese, a noção de garante surge a partir de Binding, que via essa figura como àquele omitente responsável pelo dano causado. Já Feuerbach apresenta a teoria do dever jurídico, pela qual as pessoas deveriam realizar determinadas obrigações a fim de evitar danos por meio de uma ação. A omissão imprópria surge a partir dos estudos de Jescheck e Weigend. Segundo eles o fundamento para responsabilizar uma omissão encontra-se no papel de garante, aquele que tem dever jurídico de evitar o resultado. (SILVEIRA, 2016, p. 101).

⁸ § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

(BRASIL,1940).

Silveira (2016, p. 101) ainda apresenta as contribuições de Feurbach e Kaufman:

A teoria formal do dever jurídico, como proposta por Feuerbach e decorrente da lei, do contrato ou de um anterior atuar perigoso, ou com o emprego de uma teoria das funções, mais próxima a Armin Kaufman, segundo a qual se distinguem deveres de garante desde um ponto de vista material.

[...] Assim, ter-se-iam funções de proteção para um bem jurídico determinado (deveres de custódia) e funções de proteção para um bem jurídico de perigo (deveres de asseguramento ou de domínio).

Nagler apresenta o garante a partir de deveres de controle e vigilância,. E seguindo esse raciocínio, Silva Sanchez compreende que é “possível tornar a inevitável consequência de que qualquer lei extrapenal fundamente uma comissão por omissão penal, ou que qualquer contrato tenha efeitos que gerem punibilidade.” (SILVA SANCHEZ, *apud* SILVEIRA, 2016, p. 102-104).

Nesse sentido, Silveira (2016, p. 111) indica que:

O empresário nem mesmo pode ser visto como um garante qualquer. A responsabilidade assumida por sua posição e pelo risco que ele acaba por englobar, é quase infinita. Muito do fundamento dessa amplitude do grau de responsabilidades que se fazem esperar do empresário deve-se ao novo modelo empresarial derivado de entendimento de ética corporativa (SILVEIRA, 2016, p. 111).

Some-se a isso o fato de que ao transmutar a discussão da função de garante no âmbito empresarial, surge a problemática acerca de funções realizadas diretamente ou através de delegação (SILVEIRA, 2016, p. 111).

O reconhecimento da figura do garante nesse ramo específico decorre das seguintes perspectivas: numa perspectiva extremamente formal, de acordo com os dispositivos legais em vigor; numa perspectiva extremamente ampliada acerca do conceito de real administrador ou numa perspectiva intermediária, na qual se analisa os agentes abaixo do conselho central, a figura do administrador de fato (SILVEIRA, 2016, p. 140).

5 A OMISSÃO E O RISCO EMPRESARIAL

A partir da figura de garante, surge ainda outro conceito que no presente artigo é muito importante, qual seja, a ideia da chamada teoria ingerência de risco (*Risikoerhöhungstheorie*), defendida por Roxin.

Essa teoria surge a partir do chamado “caso do ciclista”, julgado pelo Superior Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*): o motorista de um caminhão ao ultrapassa um ciclista numa distância de 75 cm, este por sua vez estava bêbado e, devido às consequências da ingestão de álcool, desloca a bicicleta para a esquerda e cai embaixo das rodas do veículo. Na análise do caso, o Tribunal entendeu que, mesmo se a distância regulamentar tivesse sido verificada, idêntico resultado teria provavelmente ocorrido (ROXIN, 2002, p. 338).

A partir dessa leitura de, Roxin, apresenta-se a possibilidade do estudo do incremento do risco na atividade empresarial⁹, com a partir da Teoria da Sociedade de Risco¹⁰ (BECK, 2015). Sustenta-se que a responsabilização do empresário decorre das

⁹ Nesse sentido, apresenta Silveira (2016, p. 106): “Um dos maiores problemas a serem abordados pela omissão, em especial no Direito Penal Econômico e Empresarial atual, diz respeito a chamada ingerência. Por ela, entenda-se, genericamente, a criação de uma nova forma de perigo por meio de uma conduta anterior do agente. O problema, no entanto, como se viu, é mais antigo, e não diz respeito só a uma atualidade da sociedade de risco.

¹⁰ Nesse sentido vale apresentar a consideração de risco traçada por Beck (2011, p. 25): “É certo que os riscos não são uma invenção moderna. Quem – como Colombo – saiu em busca de novas

atividades nas quais ele, o agente, tenha competência de agir e se omite na prestação de suas contribuições. A partir disso, estabelece-se o parâmetro acerca do risco penalmente relevante na atividade empresarial, diferente do risco ordinário inerente ao exercício dessa atividade e como a abstenção pode configurar dano à empresa (SILVEIRA, 2016, p. 102).

O risco é estudado por Beck (2015, p. 67):

[...] intensifica-se a cientificização dos riscos; e segundo – uma coisa leva a outra -, a comercialização dos riscos se intensifica. Erra-se o alvo ao se considerar o assinalamento de ameaças e riscos do desenvolvimento civilizacional como mera crítica; ele é também – mesmo com toda resistividade e as acrobacias da demonização – um fator de fomento econômico de primeira ordem. Isto torna-se patente no desenvolvimento dos setores e ramos econômicos correspondentes, assim como no aumento dos gastos públicos com a proteção do meio ambiente, o combate às enfermidades civilizacionais etc [...].

Como ingerência diz respeito a uma nova criação de fonte de perigo, por um ato prévio do agente – no caso empresário –, há que se imaginar quais as possibilidades e as formas modais de emprego do instituto, pois, conforme se venha a desenhar o molde ideal, será possível conter ou alargar a aplicação penal (SILVEIRA, 2016, p. 108).

No Brasil a legislação pouco esclarece acerca da função de garantidor na atividade empresarial. Para exemplificar, cita-se o artigo 25 da Lei 7.429/86, indicando que “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes”

terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global, como as que surgem para toda a humanidade com a fissão nuclear ou com o acúmulo de lixo nuclear. A palavra “risco” tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível autodestruição da vida na Terra.”

(BRASIL, 1986).

Trilhando esse caminho, o Supremo Tribunal Federal já emitiu decisão¹¹ no sentido de que “em termos societários [...] seria suficiente que os acusados sejam de algum modo responsáveis pela condução da sociedade sob a qual foram supostamente praticados os delitos.” (SILVEIRA, 2016, p. 140).

Roxin entende que a ingerência seria plenamente compatível com o critério de domínio. Ainda assim, estabelece restrições para mesma. Inicialmente, afirma que para se aceitar uma imputação a título de ingerência, a ação prévia deve ser objetivamente imputável a quem a causou. Mas, só se pode falar em ingerência se a ação prévia se mantém dentro de um risco permitido. Isso resta claro, pois a criação do alegado risco deu-se em sede absolutamente aceitável e tolerável, não existindo, portanto, uma inovação nesse aspecto (SILVEIRA, 2016, p. 109).

6 A OMISSÃO NA SEARA EMPRESARIAL E OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

O *compliance* é um conjunto de atos ou procedimentos que tem como objetivo o cumprimento de normas de determinados setores da sociedade. Em razão da inflação legislativa, há setores de *compliance* em diversas áreas do Direito, como nos ramos trabalhista, administrativa e também criminal¹² (SAAVEDRE, 2011, p. 11).

¹¹ Nesse sentido, assinale-se um excerto da Ação Penal nº 470: “[...]. Tendo em vista a divisão de tarefas existente no grupo, cada agente era especialmente incumbido não de todas, mas de determinadas ações e omissões, as quais, no conjunto, eram essenciais para a satisfação dos objetivos ilícitos da associação criminosa.” (BRASIL, 2012)

¹² Quien por el contrario tome sólo en consideración el objetivo de la evitación de la responsabilidad como tal, corre el peligro de pasar por alto que con una semejante estrategia de Compliance dirigida de forma

Considerando tal questão, surge a ideia do *criminal compliance*¹³, no qual se analisa a ocorrência de atividades ilícitas relacionadas crimes contra a ordem econômica e financeira, evitando inclusive sua prática (GLOECKNER, SILVA, 2014, p. 151).

Gloeckner e Silva (2014, p. 151) traça questão acerca do compliance e as nova criminalidade:

singular puede decaer ciertamente la responsabilidad penal de la dirección empresarial, pero dado que la dirección de la empresa generalmente puede descargarse a través de (y sólo a través de) una organización cuidadosa y en especial a través de la delegación, la responsabilidad penal no se diluye sin dejar rastro en la empresa, sino que en cierto modo se transfiere a los trabajadores subordinados. La supuesta evitación de la responsabilidad sería entonces un mero traslado de la responsabilidad que afectaría penalmente a otros sujetos, lo cual desde el punto de vista empresarial puede ser igualmente desastroso. (Palabras clave: Multas, demandas de daños y perjuicios, pérdida de reputación, pérdidas de capacidad competitiva). Un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva. (ROTSCH, 2012, p. 06)

¹³ El hecho de que el Criminal Compliance deba evitar el castigo, esto es, que deba poder anticipar la posible responsabilidad penal en atención a comportamientos futuros representa un inmenso problema práctico para el asesoramiento en Compliance. Justo aquí reside un habitual e insuperable obstáculo. El BGH parte siempre de una cómoda perspectiva ex post y en definitiva atendiendo a la impresión del daño ya efectivamente acaecido, de modo que tiende por regla general a tomar en consideración su evitabilidad y consecuentemente a afirmar la punibilidad, a diferencia de la tarea del abogado en el asesoramiento en Compliance, que se enfrenta constantemente de acuerdo con la naturaleza del Derecho penal económico a todo menos a una apelación clara a normas en situaciones de actuación concretas. La objeción que aquí salta a la vista de que no es ningún rasgo distintivo del Criminal Compliance y que más bien obedece a la naturaleza de las cosas, pues es siempre el tribunal el que después del hecho simplemente conoce mejor lo sucedido, no es del todo acertada. En el Derecho penal del núcleo esperamos con razón que el autor conozca y entienda la prohibición (y que consecuentemente la atienda), a diferencia de lo que sucede en el Derecho penal económico en donde la legitimidad de dicha representación no ha sido evidenciada. En este sentido, la peculiaridad obedece a la acumulación del Criminal Compliance con su objeto de referencia, el Derecho penal económico. (ROTSCH, 2012, p. 08).

No que diz respeito ao direito penal, a complexidade das relações sociais e os processos de globalização permitiram o surgimento de práticas delitivas transnacionais. Este novo cenário sobre o qual se passou a exigir do direito penal econômico uma nova roupagem de suas categorias, como tipo objetivo, dolo, causalidade, concurso de pessoas, etc., também exigiu que fossem objeto de estudo determinados deveres de informação e de atuação sobre certos agentes, quando se tratar de relações de mercado e práticas de transação econômica.

No Brasil, o *criminal compliance* tem início com a promulgação da Lei nº 9613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro), e com a posterior alteração pela Resolução nº 2554/1998 (Conselho Monetário Internacional), prevendo a criação de mecanismos de controle de riscos dentro das empresas¹⁴ (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 152).

Nesse sentido, os programas de *compliance* que orientam a atividade empresarial evitando o cometimento de crimes pelo empresário, a partir disso, surgindo uma figura importante e paralela aos programas criminais, qual seja, a figura do *compliance officer*, figura central para analisar a questão da omissão empresarial.

A figura do *compliance officer*, que em razão de um contrato firmado com determinada empresa ou determinada situação corporativa está na posição do garantidor, visando evitar o cometimento de crimes ou atos lesivos, através de uma ingerência do risco, através do respeito aos deveres de cuidado, do princípio da confiança com os demais gestores e funcionários da empresa e demais pessoas direta ou indiretamente envolvidas com essa atividade¹⁵ (RECHULSKI, 2015).

¹⁴ Artigo 10, inciso III da Lei nº 9613/1998, com redação alterada pela Lei nº 12683/2012: “III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;” (BRASIL, 1998).

¹⁵ Nesse sentido importa destacar o entendimento de David Rechulski (2015, s/p): “Desse modo,

A discussão sobre essa figura no ordenamento jurídico brasileiro e suas consequências no âmbito empresarial, ficaram em evidência a partir da Ação Penal nº 470 (conhecido popularmente como Mensalão), nessa ação foi entendido que um funcionário do Banco Rural, inicialmente nomeado como direito de controle interno e em seguida foi colocado na posição de diretor estatutário de controle interno foi considerado como *compliance officer* da referida instituição, sendo condenado por gestão fraudulenta e lavagem de dinheiro (BRASIL, 2012, p. 97)¹⁶.

Assim vale apresentar a questão que liga o criminal *compliance* e o *compliance officer*, no entender de Saavedre (2011, p. 11):

[...], os compliance officers têm sido criados também com o objetivo de investigar “potenciais criminosos” no âmbito de atuação da empresa. No âmbito do debate internacional, muito se tem discutido acerca dos deveres de comunicação de fatos potencialmente criminosos às autoridades competentes pelos compliance officers e de sua

o *Compliance Officer* tem o dever de tudo fazer ao seu alcance para impedir a prática daquelas condutas associadas à corrupção, à subvenção da prática de atos ilícitos, às fraudes nos procedimentos licitatórios, e outras correlatas, especialmente por meio da implementação de um programa de *compliance* efetivo. Ao se omitir, seja ao não implementar um programa de *compliance* efetivo, seja ao não fiscalizar-lhe o cumprimento, ainda que podendo fazê-lo, e assim concorrer para a ocorrência do resultado lesivo a que lhe comanda a lei evitar, poderá ele ser envolvido no cenário das apurações para avaliar-se a relevância de sua omissão diante do crime perpetrado.”

¹⁶ Entre os votos acerca de questão, transcreve-se o do Min. Celso de Mello, que tece considerações sobre o papel da figura do compliance, “[...] devem ser encaradas como uma atividade central e necessária ao gerenciamento de risco das instituições financeiras e das empresas em geral, o que impõe aos administradores que atuem com ética, que ajam com integridade profissional e que procedam com idoneidade no desempenho de suas funções, e tal não ocorreu como o destacaram os eminentes ministros relator e revisor” BRASIL. Ministro Celso de Mello vota pela condenação de três dirigentes do Banco Rural e absolve Ayanna Tenório. (STF, 2012)

responsabilização penal.

Seguindo esse raciocínio indica Rotsch (2012, p. 09):

Podendo falar em termos gerais do conteúdo do Direito Penal Econômico e do Criminal Compliance, deveriam consequentemente tomar para si o conceito de Criminal Compliance em um verdadeiro e limitado sentido só aquelas questões que resultam precisamente da especial necessidade de antecipação da responsabilidade penal por riscos e a pretendida melhoria preventiva dos mesmos¹⁷.

Outra questão que perpassa a discussão acerca da omissão e o direito empresarial está na chamada teoria da cegueira deliberada, instituto originado do direito anglo-saxão, que recentemente tem sido invocada no direito brasileiro.

7 A OMISSÃO E A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA¹⁸

¹⁷ Tradução do excerto: “Pudiendo hablar en términos generales de los contenidos del Derecho penal económico del Criminal Compliance, se deberían consecuentemente tomar así bajo el concepto de Criminal Compliance en un verdadero y limitado sentido sólo aquellas cuestiones que resultan precisamente de la especial necesidad de anticipación de la responsabilidad penal por los riesgos y la pretendida aminoración preventiva de los mismos.

¹⁸ O presente artigo apresenta uma rápida evolução da Teoria da Cegueira Deliberada e sua implicação nos crimes omissivos. Mas vale lembrar que um aprofundamento maior acerca desse instituto requer um estudo apartado.

A teoria da cegueira deliberada¹⁹ surgiu na Inglaterra²⁰, e tem sido aplicada constantemente pelos tribunais norte-americanos²¹. No período em que o presidente Richard Nixon, a política antidrogas alcançou seu apogeu, dentre os fatores que contribuíram para isso, encontra-se a aplicação da teoria da imputação subjetiva, através da qual se aplicava o dolo para situações específicas (SYDOW, 2016, p. 79).

Nesse mesmo período as leis de combate às drogas, havia um tipo penal que enunciava algo como “transportar ou portar substância que se sabe ser de controle do governo”, no entanto, as pessoas que faziam esse transporte, argumentavam em sua defesa que desconheciam que tais substâncias tinham origem ilícita. A expressão “sabia ser” contida na legislação foi sendo atacada pelas defesas criminais, haja vista a necessidade de que o agente soubesse a procedência do que transportava, estando assim em uma situação de atipicidade (SYDOW, 2016, p. 80).

¹⁹ A Teoria da Cegueira Deliberada (*Willful Blindness Doctrine*) também recebe o nome de Teoria das Instruções do avestruz (*Ostrich Instructions*).

²⁰ A origem do instituto é explicada por Spencer Sydow (2016, p. 77): “Por conta do Embezzlement of Public Stores Act (Lei sobre desfalques em depósitos públicos) de 1697, o delito exigia conhecimento do agente sobre o fato dos bens serem de titularidade pública. O Juiz Willes, então, sentenciou que: o júri não encontrou [sobre indícios] nem que o homem sabia que os parafusos estavam marcados [como propriedade do governo] nem que ele propositadamente absteve-se de obter tal conhecimento.”.

²¹ Spencer Toth Sydow apresenta a primeira aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Estados Unidos, no caso *Spurr v. United States*: “Em 1899, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Nort, no famoso caso *Spurr v. United States*, passou a assumir a teoria como válida em seu ordenamento jurídico. O caso tratava de um gerente de banco que teria certificado deliberadamente cheques de um cliente pessoa jurídica, sem verificar adequadamente a existência de fundos em sua conta corrente. A corte, no julgado, apontou que a expressão ‘deliberada’ (*willful*) exigiria tanto intenção quanto conhecimento (semelhante ao binômio vontade e consciência), mas que o proposito malicioso (figura equiparada ao elemento subjetivo do tipo da doutrina brasileira) do agente poderia ser presumido em situações em que este se coloca propositadamente em posição de ignorância.” (SYDOW, 2016, p. 79).

Nesse sentido, houve a aplicação da teoria da cegueira deliberada, com o intuito de conter essa situação. Diz-se que essa tem foco na imputação objetiva, uma vez que atendidos determinados requisitos²² é possível que o agente seja responsável se agiu de forma deliberada, isto é, o sujeito prevê que suas ações no futuro serão alvo de investigação criminal e cria uma série de estratégias com o fito de desconhecer o elemento do tipo.

No Brasil, a primeira menção consta na judicialização do assalto ao Banco Central de Fortaleza²³. Depois foi usada na citada AP nº 470/STF. Mais recentemente, houve seu uso em ação criminal oriunda da Operação Lava Jato, na qual o juiz responsável pelo caso condenou dois réus a 08 (oito) ano e 04 (quatro) meses, por irregularidades na

²² Os requisitos são resumidos assim: (1) O agente deve estar numa situação em que não tem conhecimento suficiente da informação que compõe o delito; (2) tal informação, apesar de insuficiente, deve estar disponível ao agente para acessar imediatamente e com facilidade; (3) o agente deve se comportar com indiferença por não buscar conhecer a informação suspeita relacionada à situação em que está inserido; (4) é preciso haver um dever de cuidado legal ou contratual do agente acerca de tais informações; (5) é necessário se identificar uma motivação egoística e ilícita que manteve o sujeito em situação de desconhecimento, por exemplo, o intuito de obter lucro; (6) deve haver ausência de garantia constitucional afastadora de deveres de cuidado, por exemplo, sigilo de correspondência; (7) deve haver ausência de circunstância de isenção de responsabilidade advinda da natureza da relação instalada, por exemplo, o chefe determina que subordinado entregue um pacote em um local, sem abri-lo; (8) deve haver ausência de circunstância de ação neutra, ou seja, a parte agindo dentro das expectativas sociais, não se pode atribuir peso criminal a condutas normais. (NEISSER; SYDOW, 2015, s/p)

²³ Sydow (2016, p. 219) transcreve a decisão de 2ª instância referente a Apelação Criminal nº 5520-CE 2005.81.00.014586-0 “2.4 – Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por ele recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei nº 9.613/1998. O inciso II, do §2º do art. 1º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II, §2º.”

campanha eleitoral de 2010. Aplicou-se a Teoria da Cegueira Deliberada, no que concerne aos crimes de lavagem de dinheiro por eles praticados, equiparando a figura do direito norte-americano ao dolo eventual da tradição romano germânica (LUCHETE, 2017, s/p).

Quanto à AP nº 470/STF, ali foi aplicada tal teoria quando da análise dos crimes de lavagem²⁴ de dinheiro. Nesse sentido, vale indicar o excerto destacado por Sydow (2016, p. 221), oriundo de voto da Min. Rosa Weber: “O dolo eventual na lavagem, significa, apenas, que o agente da lavagem, embora sem a certeza da origem criminosa dos bens, valores ou direitos envolvidos quando pratica os atos de ocultação e dissimulação, tem ciência da elevada probabilidade dessa procedência criminosa.”.

Nesse ponto, ainda alerta Sydow:

Sendo assim, acreditamos que uma solução para a cegueira deliberada em sentido estrito pode ser seu tratamento no tipo objetivo, estudando-se a relevância da participação anterior na conduta principal, conforme já apresentamos. A ignorância deliberada também poderia ser questionada à luz do instrumento dogmático mais semelhante que possuímos: o dolo eventual (SYDOW, 2016, p. 204).

A questão da cegueira deliberada aplicada no Brasil ainda precisa evoluir, no que tange a omissão não é possível aplicar de plano tal conceito, uma vez que como indica o

²⁴ De acordo com o Supremo Tribunal Federal considera-se consumado o crime de lavagem de dinheiro: “4. Caracteriza o crime de lavagem de dinheiro o recebimento de dinheiro em espécie, que o réu sabia ser de origem criminosa, mediante mecanismos de ocultação e dissimulação da natureza, origem, localização, destinação e propriedade dos valores, e com auxílio dos agentes envolvidos no pagamento do dinheiro, bem como de instituição financeira que serviu de intermediária à lavagem de capitais. O emprego da esposa como intermediária não descaracteriza o dolo da prática do crime, tendo em vista que o recebimento dos valores não foi formalizado no estabelecimento bancário e não deixou rastros no sistema financeiro nacional.” (BRASIL, 2012).

Min. Dias Toffoli “(...) como haver cegueira deliberada sobre tipo que a pessoa desconhece? É possível?”²⁵ E, nesse caso, não é possível exigir do garante determinadas ações com o fito de evitar o resultado, como no caso do presente artigo, para evitar o cometimento de crimes relacionados a atividade empresarial.

8 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo investigar o papel de garante na atividade empresarial. Ressalta-se que na modernidade os conceitos estudados no direito penal clássico carecem de nova interpretação haja vista as novas formas de criminalidade existentes.

Os crimes omissivos recebem crescente preocupação da literatura jurídica especializada, uma vez que sua própria constituição já traz em si certa contradição. Além disso, a importância do tema aumenta, ao trazer para essa discussão os crimes comissivos por omissão. Como consequência, precisa-se discutir melhor o papel do garante, uma vez que não é possível prever todos os sujeitos que devem evitar resultados danosos.

Na seara empresarial, ainda há muitas discussões a serem realizadas, já que a complexidade organizacional das empresas, com delegação e distribuição de tarefas, aumenta constantemente. Além disso, os programas de *compliance*, que têm como objetivo a análise e gerenciamento de risco, impõem igualmente novas análises. Os tribunais ainda não pacificaram o entendimento acerca da responsabilização dos componentes do *compliance*, no caso de omissão danosa.

Por fim ainda vale indicar a aplicação da teoria da cegueira deliberada, instituto aplicado nos sistemas *common law* há muito tempo, mas que agora ganha corpo no judiciário pátrio, principalmente no caso de lavagem de dinheiro. No caso da omissão, tal instituto precisa enfrentar o problema sobre a discussão do dolo eventual ou da culpa.

²⁵ Ação Penal 470/STF.

Urge ressaltar que tal discussão ainda passará por inúmeros estágios evolutivos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que alguns desses institutos foram aqui implantados recentemente e necessitam de maior discussão na doutrina e nos tribunais.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de Capitais: crimes, investigação, procedimento penal e medidas preventivas**. 5ª ed. ver. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2017.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo; hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosas Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- _____. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRAGA, Pedro. A sociedade de risco e o Direito Penal. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 168, out.-dez. 2005, p. 155-162. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1016/R168-11.pdf?sequence=4>>. Acesso em 16 jul. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.
- BRASIL. Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jun. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm> Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP 470/STF. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 17 dez. 2012. **DJe**, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000203677&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. AP 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, 17 dez. 2012. **DJe**, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**: parte geral. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RECHUSLSKI, David. Compliance officer agora é o gestor da integridade da empresa. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David Leal da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: a relativização do nemo tenetur se detegere. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Brasília, v. 01, n. 01, jan-jun. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

- IANNI, Octávio. **Teorias da globalização**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MIR PUIG, Santiago. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RECHULSKI, David. Compliance officer agora é o gestor da integridade da empresa. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- ROTSCH, Thomas. Criminal Compliance. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, jan. 2012, p. 01-12. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/876a.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2017.
- ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- SAAVEDRE, Giovani A. Reflexões iniciais sobre criminal compliance. In: **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 18, n. 218, p. 11-12, jan., 2011.
- SILVA, Leonardo Henriques da. A posição do garantidor dos responsáveis pela direção da empresa. **Revista de Direito**. São Paulo, v. 14, n. 19, 2011, p. 143-158. Disponível em: <<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/rdire/article/view/1818/1726>>. Acesso em: 13 jul. 2017.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual; interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito penal empresarial:** A omissão do empresário como crime. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal:** fundamentos e teoria do delito. Trad. Claudia Viana Gacia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

SYDOW, Spencer Toth. **A teoria da cegueira deliberada.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general.** 2 Ed. Buenos Aires: Ediar, 2006.

A ILEGITIMIDADE DO DELITO DE POLUIÇÃO: A OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

Bacharel em direito pela PUC/Minas, especialista em filosofia pela UFMG, mestre em direito ambiental e desenvolvimento sustentável pela ESDHC e doutorando em direito público pela PUC/Minas. Advogado e professor

RESUMO

O momento atual é uma fase de transição. Vive-se numa sociedade em que os paradigmas da modernidade ainda estão presentes, contudo descortinam-se suas conseqüências. Nos termos de Ulrich Beck é a sociedade de risco. Riscos que se diferem dos do passado. Riscos que não respeitam fronteiras, o tempo, a previsibilidade atingindo em maior ou menor medida a todos. Dentre estes vários riscos da modernidade tardia destaca-se a degradação do meio ambiente. Os problemas ambientais provocam o receio e a insegurança sobre o futuro e exigem medidas protetivas, principalmente do Estado. Desta forma, com o escopo de tutela do meio ambiente, diversas normas são editadas, inclusive penais. No presente texto procura-se realizar uma reflexão sobre o delito de poluição previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/98. Objetiva-se averiguar se o tipo penal de poluição guarda consonância como Princípio da Legalidade, mais precisamente com o subprincípio da Taxatividade. O texto realiza uma breve análise de alguns de seus elementos com o intuito de ao final constatar sua ilegitimidade frente a sua falta de precisão o que abre um grande espaço de incidência para a aplicação do entimema.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Direito Penal Ambiental. Princípio da Taxatividade. Ilegitimidade do Crime de Poluição.

ABSTRACT

The present moment is a phase of transition. He lives in a society in which the paradigms of modernity are still present, but their consequences are revealed. In terms of Ulrich Beck is the venture society. Risks that differ from those of the past. Risks that do not respect borders, time, predictability, reach, to a greater or lesser degree, everything. Among these various risks of late modernity is the degradation of the environment. Environmental problems increase fears and insecurity about the future and require protection measures, especially from the state. Thus, with the scope of environmental protection, several standards are published, including criminals. In this text, a reflection on the crime of pollution established in art. 54 of Law 9.605 / 98. The purpose is to determine if the type of criminal pollution is consonant as a Principle of Legality, more precisely with the Sub-principle of Taxation. The text briefly analyzes some of its elements with the intention of finally verifying its illegitimacy in the face of its lack of precision, which opens a large space of incidence for the application of entHEME.

Keywords: Society of Risk. Environmental Criminal Law. Principle of Taxativity. Illegitimacy of Crime of Pollution.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. SOCIEDADE DE RISCO. 2. MEIO AMBIENTE E SUA TUTELA PENAL. 3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 4. CRIME DE POLUIÇÃO E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Define-se o tempo atual de modernidade tardia, oriunda do próprio desenvolvimento da modernidade e de suas conseqüências. É um período nebuloso, de difícil análise, pois se vive paradigmas novos sem abandonar totalmente as referências do passado. Ademais, aos problemas vivenciados na modernidade agregam-se novos riscos, o que levará a Ulrich Beck a denominar a sociedade atual de “Sociedade de Risco”.

Os riscos do tempo atual se diferem dos passados. Em toda história da humanidade os riscos estiveram presentes, todavia os riscos deste novo período ganham peculiaridades que os distinguem dos anteriores. São riscos globais, imprevisíveis, e, não raras vezes de alcance e resultados não delimitados.

Dentre estes riscos destaca-se a questão ambiental. Nas últimas décadas a relação do ser humano com o meio ambiente tem-se mostrado problemática. A malversação dos recursos naturais, os acidentes ecológicos, etc. geraram uma situação de aflição sobre o futuro da humanidade. Esta insegurança exigiu uma tutela legal do meio ambiente, inclusive, constitucional.

A Constituição Federal de 1988 determinou expressamente que a tutela do meio ambiente deverá ser realizada nas esferas civil, administrativa e penal. No âmbito penal foi editada a Lei nº 9.605/98 que trata das infrações administrativas e penais. A Lei dos Crimes Ambientais tipificou, de tal maneira, diversas condutas, sendo destacadas, neste trabalho, algumas considerações sobre o artigo 54 (crime de poluição). Objetiva-se analisar se o delito de poluição respeita o princípio da legalidade (subprincípio da taxatividade) possuindo, assim, legitimidade. É feita uma investigação sobre a descrição do tipo e os termos utilizados.

1. SOCIEDADE DE RISCO

“Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade” é o livro de autoria de Ulrich Beck publicado em 1986 cujo conteúdo é emblemático para detalhar a realidade presente. Já se passaram mais de 30 anos, contudo suas observações são valiosas para constatar as características da sociedade contemporânea. Como o próprio autor salienta, já no seu prefácio, o tema a ser discutido é o vocábulo “pós”. Objetiva-se analisar a “pós-modernidade”, o “pós-industrialismo”, ou seja, o que existe de diferente e novo que se junta a um passado próximo.

Este livro é uma tentativa de seguir o rastro da partícula “pós” (ou, em seu lugar, “avançado”, “tardio”, “ultra”). Ele é movido pelo esforço de

compreender os conteúdos que o desenvolvimento histórico da modernidade nas últimas duas, três décadas – especialmente na Alemanha Ocidental –, atribuiu a essa partícula. Isso somente poderá ser feito num duro confronto com as velhas teorias e hábitos de pensamento que, com o acréscimo da partícula “pós”, tiveram sua validade prolongada. (BECK, 2011, p. 11).

Ulrich Beck observa que a sociedade encontra-se em um período de transição. Uma mescla entre um passado ainda existente e um futuro que se descortina. Percebe-se um rompimento da modernidade o que provoca uma incerteza teórica e a, conseqüente, incerteza prática. Como salienta o autor: “a modernização¹ dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge outra configuração social” (BECK, 2011, p. 13).

A primeira análise realizada por Beck sobre a pós-modernidade é sobre a lógica da distribuição de riqueza e da distribuição de riscos. Salienta que na modernidade tardia vivencia-se uma sobreposição na produção social de riqueza. O desenvolvimento da ciência e da tecnologia, que trariam a superação da miséria e a superação das carências materiais, traz como correlato a produção de riscos. De tal forma, na pós-modernidade o problema não se limita mais a questão da distribuição da riqueza, mas incrementam-se as questões decorrentes do próprio processo de desenvolvimento econômico-tecnológico, ou seja, os riscos. “Viver no universo da alta modernidade é viver num ambiente de oportunidades e riscos, concomitantes, concomitantes inevitáveis de um sistema orientado para a dominação da natureza e para a feita reflexiva da história.” (GIDDENS, 2002, p. 104).

¹ Ulrich Beck (2011) entende a modernização como um avanço tecnológico de racionalização e a modificação do trabalho e da organização, envolvendo: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas.

O processo de modernização torna-se “reflexivo”, convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões de “manejo” político e científico – administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento – dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no desenvolvimento técnico-econômico. (BECK, 2011, p. 24).

Percebe-se, assim, que neste período de transição da modernidade existem dois dilemas na sociedade global que se inter-relacionam. Ulrich Beck relata que conjuntamente ao problema de como o desenvolvimento técnico-econômico pode possibilitar superar as privações materiais e promover uma libertação das necessidades (problemas típicos do Terceiro Mundo) agrega-se o problema das ameaças advindas deste próprio desenvolvimento técnico-econômico. “Quer dizer: sobrepõem-se aqui ambos os tipos de temas e conflitos. Ainda não vivemos numa sociedade de risco, mas tampouco somente em meio a conflitos distributivos das sociedades de escassez” (BECK, 2011, p. 25).

Saliente-se que Ulrich Beck, com a utilização da expressão sociedade de risco, não desconhece ou afirma que em tempos pretéritos não existiam riscos e com o processo de desenvolvimento da modernidade estes passaram a existir. O risco é um fenômeno inerente ao agir humano, todavia verificam-se peculiaridades nos riscos da modernidade tardia que os diferem dos existentes no passado². Riscos que antes envolviam e,

² No mesmo sentido Anthony Giddens em seu livro “Modernidade e identidade”: “A modernidade reduz o risco geral de certas áreas e modos de vida, mas ao mesmo tempo introduz novos parâmetros de risco, pouco conhecidos ou inteiramente desconhecidos em épocas anteriores. Esses parâmetros incluem riscos de alta conseqüência, derivados do caráter globalizado do sistema sociais da modernidade. O mundo moderno tardio – o mundo do que chamo de alta modernidade – é apocalíptico não porque se dirija

consequentemente, atingiam apenas o indivíduo passaram a uma escala global. Desta forma, nota-se que os empreendimentos praticados antes da modernidade apresentavam possibilidade de danos, contudo estas conseqüências, geralmente, atingiam somente o autor ou uma pequena localidade. A termos de comparação suficiente é observar as repercussões de um acidente que podia ocorrer em um moinho de vento com outro em uma usina nuclear.

Também as florestas são desmatadas há muitos séculos – inicialmente através de sua conversão em pastos e em seguida através da exploração inconsequente da madeira. Mas o desmatamento contemporâneo acontece globalmente – e na verdade como consequência implícita da industrialização – com conseqüências sociais e políticas inteiramente diversas. São afetados, por exemplo, também e especialmente países com ampla cobertura florestal (como a Noruega e a Suécia), que sequer dispõem de muitas indústrias poluentes, mas que têm que pagar pelas emissões de poluentes de outros países altamente industrializados com a extinção de florestas, plantas e animais. (BECK, 2011, p. 26).

Verifica-se, que os riscos da modernidade tardia diferem dos antigos em outros quesitos. Os “novos” riscos denotam uma incerteza, uma irreversibilidade, uma invisibilidade e não se limitam às fronteiras territoriais e temporais. Os danos ocorridos em tempos passados eram geralmente provocados por uma ausência de conhecimento científico-tecnológico. Os riscos da atualidade são oriundos/potencializados propriamente do desenvolvimento do processo científico-tecnológico³. Nunca outrora uma arma poderia dizimar um país inteiro, a modificação do DNA de um animal comprometer toda a cadeia alimentar, um vírus de internet prejudicar dados de milhões.

inevitavelmente à calamidade, mas porque introduz riscos que gerações anteriores não tiveram que enfrentar.” (GIDDENS, 2002, p.12).

³ Pierpaolo Bottini verifica que “a ausência de referente territorial ou temporal será responsável pela invisibilidade dos nexos de causalidade e, conseqüentemente criará empecilhos para a constatação dos riscos envolvidos. Os avanços científicos no desenvolvimento de técnicas de produção não são acompanhadas por avanços que levem ao conhecimento dos efeitos da utilização destas técnicas” (BOTTINI, 2007, p. 38).

A ironia consiste que a evolução científico-tecnológica traz como corolário a ampliação dos perigos⁴ e a insegurança.

Os riscos da modernidade tardia apresentam, também, uma singularidade interessante apresentada por Beck. Não raramente os novos riscos são imperceptíveis aos próprios atingidos e quando percebidos necessitam de uma mediação realizada por um especialista⁵. Quais os efeitos da exposição à radiação? Quais as repercussões do consumo de um alimento geneticamente modificado? A emissão de dióxido de carbono provoca o derretimento das calotas polares ou o aquecimento global é algo independente fruto de um ciclo do planeta? Quem de nós pode, por si mesmo, compreender estas implicações? É o que Ulrich Beck denomina de dependência cognitiva.

Enquanto renda, educação etc. forem para o indivíduo bens consumíveis, tangíveis, a existência e a distribuição de ameaças e riscos serão mediadas de modo invariavelmente argumentativo. Aquilo que prejudica a saúde e destrói a natureza é frequentemente indiscernível à sensibilidade e aos olhos de cada um e, mesmo quando pareça evidente a olhos nus, exigirá, segundo a configuração social, o juízo comprovado de um especialista para sua asserção “objetiva”. Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos

⁴ Perigo e risco no presente texto tratados como sinônimos não desconhecendo autores que fazem distinção entre os vocábulos. Pierpaolo Bottini: “A definição objetiva do perigo como uma situação de fato permite caracterizar o risco como a qualidade de uma situação que antecede o perigo. O risco refere-se à tomada de consciência do perigo futuro e às opções que o ser humano faz ou tem diante dele. É uma forma de representação do porvir e uma modalidade de produzir vínculos com este mesmo futuro” (BOTTINI, 2007, p. 32). Anthony Giddens: “Perigo e risco estão intimamente relacionados, mas não são a mesma coisa. A diferença não reside em se um indivíduo pesa ou não conscientemente as alternativas ao contemplar ou assumir uma linha de ação específica. O que o risco pressupõe é precisamente o perigo (não necessariamente a consciência do perigo). Uma pessoa que arrisca algo corteja o perigo, onde o perigo é compreendido como uma ameaça aos resultados desejados. (GIDDENS, 1991, p. 42).

⁵ “É que, nas condições da modernidade, tanto para leigos quanto para os peritos em campos específicos, pensar em termos de risco e estimativas de risco é um exercício quase que permanente, e seu caráter é em parte imponderável. Vale lembrar que somos todos leigos em relação à vasta maioria dos sistemas especializados que interferem em nossas atividades diárias. (...) Mesmo em campos nos quais os peritos chegam ao consenso, por causa da natureza cambiante do saber moderno, os efeitos de “retorno” sobre o pensamento e prática leigos são ambíguos e complicados. O clima de risco da modernidade é inquietante para todos; ninguém escapa.” (GIDDENS, 2002, p. 117).

alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteiramente à capacidade perceptiva humana imediata. (BECK, 2011, p. 32).

Constata-se, ademais, que a definição dos riscos da pós-modernidade não pode depender exclusivamente de uma racionalidade das ciências naturais. As verificações dos riscos futuros são uma simbiose ainda pouco compreendida e esclarecida entre as ciências humanas e naturais. As análises das situações de risco assentam-se em probabilidades e valorações sociais, ainda que haja certeza técnica. “Ao ocuparem-se com riscos civilizacionais, as ciências sempre acabaram por abandonar sua lógica experimental, contraindo um casamento polígamo com a economia, a política e a ética” (BECK, 2011, p. 35).

Na pós-modernidade nota-se, além disso, que os riscos atingem frequentemente a toda a comunidade, todavia não em condições de igualdade, não na mesma proporção. Os riscos aparentam mais corroborar a sociedade de classes do que suprimi-la. Os detentores de mais renda e poder padecem de menores efeitos. Em certa medida, a sociedade de riscos, guardando uma similitude com a sociedade industrial, distribui os riscos desigualmente. Enquanto os países ricos e as classes privilegiadas desfrutam de uma maior quantidade de bens e serviços e sofrem menos os impactos dos perigos, os países de “Terceiro Mundo” e os desfavorecidos passam por privações materiais e estão compelidos a sofrer mais as conseqüências dos riscos. Nota-se, entretanto, como salienta Beck, um novo fenômeno interessante na modernidade tardia: o efeito bumerangue.

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um efeito bumerangue: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Anteriormente “latentes efeitos colaterais” rebatem também sobre os centros de sua produção. Os atores da modernização acabam, inevitável e bastante concretamente, entrando na ciranda dos perigos que eles próprios desencadeiam e com

os quais lucram. Isto pode ocorrer de diversas formas. (BECK, 2011, p.44)

Por fim, percebe-se que na sociedade atual, em maior ou menor grau, todos são susceptíveis aos riscos. Diferentemente do que ocorria na sociedade de classes não se verifica uma polarização. Não mais se limita entre o ter ou não ter, uma vez que os riscos da pós-modernidade não respeitam fronteiras físicas e sociais. Os afetados diretamente e visivelmente pelos riscos não excluem necessariamente do raio de incidência os demais. Desta situação singular surge uma solidariedade diante do medo. Não se trata mais (ou somente) de uma solidariedade no tocante aos bens materiais, na superação da miséria e numa busca de diminuição das desigualdades sociais. A solidariedade encontra-se na insegurança, nas conseqüências da modernidade. “O sonho da sociedade de classes é: todos querem e devem compartilhar do bolo. A meta da sociedade de risco é: todos devem ser poupados do veneno”. (BECK, 2011, p. 60).

Por outro lado, a presença do risco como fator nuclear da ordem econômica e social, e suas características de alto potencial lesivo, de dificuldade de medição, e de reflexividade (efeito bumerangue) acarretam à sociedade uma sensação de insegurança coletiva, intensificada pela ação de meios de comunicação em massa e pela desintegração de pautas de confiança e de expectativa no agir. As estruturas que fundamentam o modelo social atual, e que garantem sua sobrevivência e reprodução, são responsáveis pelo desenvolvimento do risco. (BOTTINI, 2007, p. 47).

Anthony Giddens (1991) constata que se vive na modernidade tardia em um mundo carregado e perigoso. A utopia da modernidade “prometeu” a libertação dos seres humanos da extrema pobreza, o domínio da natureza, o conhecimento sem limites. Percebe-se que nem estas promessas foram cumpridas e, ademais, o próprio desenvolvimento da modernidade agregou aos problemas do passado a insegurança e o medo no futuro. “Isto tem servido para fazer mais do que simplesmente enfraquecer ou

nos forçar a provar a suposição de que a emergência da modernidade levaria à formação de uma ordem social mais feliz e mais segura”. (GIDDENS, 1991, p. 19).

Desta forma, é aspiração presente a garantia de continuidade da humanidade frente às ameaças globais. A sociedade hodierna clama por segurança e exige proteção frente aos novos perigos. Este “novo” anseio social exigirá uma tomada de atitude da sociedade e, principalmente, do Estado o que acarretará necessariamente na intervenção do Direito. Desta forma, compreende Pierpaolo Cruz Bottini que “a solidificação das demandas pela contenção de riscos repercute no discurso político e na criação de estratégias de gestão de riscos. O processo de construção legislativa e a atividade fiscalizatória da administração pública reagem aos pleitos de endurecimento do controle de comportamentos perigosos”. (BOTTINI, 2007, p.46).

2. MEIO AMBIENTE⁶ E SUA TUTELA PENAL

O processo de desenvolvimento da modernidade trouxe repercussões em diversas áreas. Modificações sociais e técnico-científicas foram introduzidas abruptamente no século passado e o desenvolvimento vertiginoso avança velozmente no século presente. Os avanços nos últimos cem anos não encontram antecedentes na história da humanidade. Observa-se que as instituições contemporâneas muito diferem de outras de um passado não muito distante e o momento atual (até por estarmos o vivenciando) não permite definições e conclusões extremamente precisas.

O que se pode concluir (com ressalvas) é que a relação do homem com o meio ambiente alterou-se sobremaneira. O processo que se iniciou, principalmente, pós-Revolução Industrial trouxe uma interface na relação homem/ambiente que não existia

⁶ A conceituação legal de meio ambiente está prevista na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art.3º, I, da Lei nº 6.938/81): “Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” A resolução 306/02 do CONAMA complementa a definição legal, adotando uma conceituação mais abrangente de meio ambiente: “Resolução 306/02: conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

no pretérito e apresentou/apresenta resultados inquietantes. Os problemas ambientais são exemplos emblemáticos do desenvolver da modernidade (industrialismo, crescimento populacional, urbanização, etc.) e irão caracterizar a sociedade de riscos, ou, as conseqüências da modernidade.

De acordo com levantamentos da Organização das Nações Unidas a população mundial era estimada em 2,6 bilhões de pessoas em 1950. Já em 1987 praticamente dobrou. Em 2009 calcula-se em sete bilhões de indivíduos⁷. Atualmente, as projeções acusam que a população do planeta ultrapassa 7,5 bilhões. Este grande contingente populacional mundial provocou/provoca uma grande pressão sobre o meio ambiente destacando-se a inevitabilidade de extração de recursos naturais para a satisfação das necessidades. Como salienta Édis Milaré “quase todos os grandes problemas ambientais estão relacionados, direta ou indiretamente, com a apropriação e uso de bens, produtos e serviços da vida e das atividades da nossa sociedade moderna” (MILARÉ, 2007, pg. 83). E, como se não fosse suficiente, depara-se, também, com a problemática das emissões, ou seja, o descarte dos mesmos⁸.

Existem hoje cerca de seis bilhões de pessoas no planeta, exercendo considerável pressão sobre os recursos ambientais. Com efeito, o consumo de combustíveis fósseis aumentou quatro vezes no mesmo período, assim como a produção de bens manufaturados. Por outro lado, em razão do processo de desertificação, aproximadamente sete milhões de hectares de terrenos agriculturáveis são perdidos a cada ano, o que significa uma diminuição considerável na capacidade de se produzir alimentos. Da mesma forma, a atividade pesqueira vem dando sinais de exaustão, com 70% das diferentes espécies fornecedoras de pescado em

⁷ Fonte: <https://nacoesunidas.org/acao/populacao-mundial/> acesso em : 02 de jul. 2017.

⁸ “A água, antes abundante, hoje escassa e contaminada, tornou-se objeto de graves conflitos internacionais. A biodiversidade, seriamente ameaçada, é preocupação mundial. Os desmatamentos para a expansão da fronteira agrícola, para a produção de carvão e para a exploração de madeira agravam o processo de desertificação dos solos. As queimadas, o comércio ilegal de animais, a contaminação de oceanos e rios, além do garimpo ilegal e da emissão de poluentes pelas indústrias são também responsáveis por impactos ao meio ambiente” (THOMÉ, 2015, p. 31).

declínio ou sendo pescadas no limite da capacidade de produção. (...) Estes dados se completam pela constatação de que 1,7 bilhão de pessoas, quase um terço da população mundial, não têm acesso a qualquer infra-estrutura de saneamento básico, o que equivalente dizer que uma parcela significativa dos esgotos do planeta é lançada diretamente no meio ambiente, em cursos d'água ou diretamente no solo. Um número semelhante de pessoas- 1,3 bilhão de pessoas- respira um ar cuja qualidade não está de acordo com os padrões sanitários internacionais e cerca de 700 mil pessoas morrem por ano como resultado da exposição à poluição atmosférica. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 5 e 6).

Além da simples e pura necessidade de mais recursos naturais para atender as necessidades de consumo básicas dos indivíduos, observa-se na sociedade hodierna o fenômeno do consumismo. Consumo e consumismo não são termos que se identificam, não são sinônimos. O consumo objetiva atender com bens e serviços as carências das pessoas. Todos os homens imperativamente consomem produtos e serviços ligados à alimentação, à moradia, ao estudo, à locomoção, ao trabalho, ao lazer, etc. Verificam-se nos tempos atuais, no entanto, distorções no consumo, oriundas da própria lógica do sistema capitalista, onde os indivíduos são levados/induzidos a um consumo desmoderado e supérfluo. “O consumista é uma espécie de pessoa mistificada, iludida e auto-iludida. Somados, os milhões e milhões de consumistas existentes na população mundial representam um ameaça global para o meio ambiente, tanto mais que essa mesma população cresce em taxas ainda assustadoras (...)” (MILARÉ, 2007, p. 78). O consumismo, de tal maneira, é uma das principais molas propulsoras das crises ambientais, uma vez que exige um padrão de consumo que visivelmente não pode ser atendido diante das limitações dos recursos naturais

Constata-se, também, que diversos problemas ambientais são derivados de acidentes provocados pelo homem. Não são raros os exemplos destes desastres ambientais que determinaram danos nem sempre mensuráveis. Merecem destaque, dentre

outros, os casos do envenenamento por mercúrio em Minamata; a liberação de gás químico em Seveso; os vazamentos dos petroleiros Torrey Canyon e Amoco Cadiz; o acidente da plataforma petrolífera no Golfo do México e, o de maior consequência mundial, o derretimento do reator nuclear em Chernobyl⁹. No Brasil ganhou grande repercussão mundial o rompimento da barragem de rejeitos da Samarco em Mariana/MG.

De tal forma, diante de uma malversação tão grande, a natureza não tardou a dar sinais de sua fragilidade. A carência de recursos naturais, o buraco na camada de ozônio, o efeito estufa, etc. despertaram a sociedade para um novo desafio: a necessidade de preservação e conservação do meio ambiente. O Estado foi “chamado” a intervir e, por intermédio do Direito, regular a relações com o meio ambiente.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou, então, *status* de direito humano de terceira geração sendo discutido em várias conferências internacionais¹⁰ e assegurado em diversos diplomas. No âmbito interno é um direito fundamental material previsto no artigo 225 da Constituição da República de 1998.

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Todo o Capítulo VI, do Título VIII, da Constituição Brasileira de 1988, vem tratar do meio ambiente. Merece destaque, dentre estes vários dispositivos constitucionais, o

⁹ “Na usina nuclear de Chernobyl, durante a realização de testes, o sistema de refrigeração foi desligado com o reator ainda em funcionamento. O equipamento esquentou e explodiu. O incêndio do reator durou uma semana, lançando na atmosfera um volume de radiação cerca de trinta vezes maior do que a bomba atômica de Hiroshima. A radiação espalhou-se, atingindo vários países europeus e até mesmo o Japão. Há previsão de que cerca de cem mil pessoas sofrerão danos genéticos ou câncer devido a esse acidente nos cem anos subseqüentes à tragédia. Por toda a Europa houve contaminação na lavoura e efeitos adversos à pecuária, tornando verduras, legumes e leite impróprios para o consumo. Todo o continente europeu ficou em estado de alerta radiológico durante meses. O efeito do acidente sobre a saúde de milhares de pessoas ainda não foram totalmente concluídos”. (THOMÉ, 2015, p. 40-41).

¹⁰ Citem-se a termo de exemplos: Conferência de Estocolmo de 1972; ECO/92; Cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável de Joanesburgo de 2002; Rio +20; etc...

seu artigo 225, §3º, que dispõe sobre a responsabilidade tríplice¹¹ para as atividades e condutas agressivas ao meio ambiente:

Art. 225 (...)

§3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

Nos termos da Constituição Federal de 1988, a tutela do meio ambiente consubstancia-se nas esferas civil, administrativa e penal. Percebe-se que o legislador constitucional não se satisfaz com a simples recomposição da lesão ambiental (responsabilidade civil), o transgressor das normas ambientais encontra-se sujeito, também, às sanções administrativas e penais¹². “Nestes termos, a danosidade ambiental tem repercussão jurídica tripla, já que o poluidor, por um mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, na esfera penal, na administrativa e na civil” (MILARÉ, 2007, p. 914).

Constata-se, de tal maneira, que por imperativo constitucional as condutas e atividades danosas ao meio ambiente devem ser sujeitas a tutela penal. O legislador constituinte, como mencionado, ao perceber a importância do bem jurídico meio ambiente, determinou expressamente a tutela no âmbito penal.

Ora, preservar e restabelecer o equilíbrio ecológico em nossos dias é questão de vida ou morte. Os riscos globais, a extinção de espécies

¹¹ Observa-se que a responsabilidade nas três esferas contra as lesões ao meio ambiente não foi inaugurada, no direito pátrio, pela Constituição da República de 1988. Já na lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), nos artigos 9º, IX, e 15, por exemplo, encontram-se tais determinações.

¹² Para se estabelecer os bens jurídicos que devem ser protegidos penalmente, imprescindível é atentar para os valores previstos como fundamentais pela Constituição da República, entre eles o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: “A determinação dos valores essenciais que vão servir de parâmetro para a determinação dos bens jurídicos penais vai depender das condições sociais, econômicas e culturais, enfim, do ambiente valorativo de cada sociedade, em cada época histórica. [...] estas condições estão retratadas na Constituição Federal, a qual define quais valores são dignos de tutela penal.” (CRUZ, 2008, p. 47).

animais e vegetais, assim como a satisfação de novas necessidades em termos de qualidade de vida, deixam claro que o fenômeno biológico e suas manifestações sobre o Planeta estão perigosamente alterados. E as conseqüências desse processo são imprevisíveis (...). Por isso, arranhada estaria a dignidade do Direito Penal caso não acudisse a esse verdadeiro clamor social pela criminalização das condutas antiecológicas. (MILARÉ, 2007, p. 914).

José Henrique Pierangeli relata sobre a importância da responsabilidade penal do meio ambiente. Destaca, no entanto, que é imprescindível dar prevalência ao Direito Administrativo para a proteção ambiental frente ao princípio da intervenção mínima.

Muito embora deva ficar com o Direito Administrativo a maior parcela de responsabilidade do meio ambiente pelas razões já expostas, verdade é que o bem jurídico de tamanha envergadura não pode, muitas vezes prescindir da proteção do Direito Penal. Deve este, é obvio, ser utilizado minimamente, observado o princípio da intervenção mínima, mas não se poderá jamais prescindir do uso da lei penal, quando se sentir não bastar a sanção administrativa para a evitação de resultados danosos para a natureza. (PIERANGELI, 1999, p. 215).

Diante deste imperativo de criminalização, a determinação constitucional prevista no art. 225, §3º, foi normatizada com a edição da Lei nº 9.605/98 (“Lei dos Crimes Ambientais”). A Lei Penal Ambiental apresenta oitenta e dois artigos, distribuídos em oito capítulos, onde estão previstos os ilícitos penais contra o meio ambiente e, também, as sanções penais e administrativas correlatas. Com a edição da lei nº 9.605/98 procurou-se superar as legislações dispersas, unificando e harmonizando o tratamento penal concedido à tutela ambiental. “Hoje, com a edição da nº 9.605/1998, boa parte dos textos que lhe são anteriores recebeu tratamento mais orgânico e sistêmico, como reiteradamente reclamado. (MILARÉ, 2007, pg. 915).

A Lei nº 9.605, de 12.2.1998, lei nasceu de projeto enviado pelo Poder Executivo Federal. A Exposição de Motivos 42 é de 22 de abril de 1991,

do Secretário do Meio Ambiente. Inicialmente, o projeto tinha o objetivo de sistematizar as penalidades administrativas e unificar os valores das multas. Após amplo debate no Congresso Nacional, optou-se pela tentativa de consolidar a legislação relativa ao meio ambiente no que diz respeito à matéria penal. A lei trata, especialmente, de crimes contra o meio ambiente e de infrações administrativas ambientais. Dispõe, também, sobre processo penal e cooperação internacional para a preservação do meio ambiente. (MACHADO, 2013, p. 828).

Ao se realizar a leitura da Lei dos Crimes Ambientais¹³ observa-se que esta apresenta particularidades dentro da dogmática penal. Emprega, não raras vezes, a técnica legislativa definida como norma penal em branco, tipifica vários crimes de perigo (concreto e abstrato) e, sua maior peculiaridade, a previsão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Estas especificidades da Lei n° 9.605/98, por não considerarem, em algumas determinações, os princípios¹⁴ do Direito Penal Democrático, acarretaram, e, ainda, acarretam, polêmicas sobre a sua legitimidade.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Antes de analisar o delito de poluição e o descumprimento do princípio (subprincípio) da taxatividade necessário é traçar algumas considerações sobre o princípio da legalidade, pois este é o gênero donde aquele é derivado.

¹³ Como observa Paulo Affonso Leme Machado (2013): “A Lei n°9.605/98 tem como inovações marcantes a não utilização do encarceramento como norma geral para as pessoas físicas criminosas, a responsabilização penal das pessoas jurídicas e a valorização da intervenção da Administração Pública, através de autorizações, licenças e permissões”. (MACHADO, 2010, p. 829).

¹⁴ Constata-se que algumas determinações da Lei dos Crimes Ambientais não respeitam princípios fundamentais que regem o legítimo e democrático Direito Penal. Verificam-se, por exemplo, lesões aos princípios da legalidade, proporcionalidade, lesividade, *ultima ratio*, responsabilidade pessoal. Alguns destes temas já discutidos em outros trabalhos realizados por este autor, vide: “A tutela legal do ambiente: a análise do artigo 51 da lei dos crimes ambientais frente ao princípio da ofensividade” e “A lei de crimes ambientais analisada sob a ótica do direito penal democrático”.

Ricardo de Brito Freitas (2009) relata que o princípio da legalidade penal¹⁵ é produto das revoluções liberais e da filosofia iluminista que as influenciou. Ao se fazer uma verificação mais cuidadosa, todavia, observa-se que suas raízes se localizam na antiguidade. Desde o instante em que foi imperiosa a formulação das leis (penais ou não) em textos escritos, em Estados percebidos como criações artificiais e não divinas, o princípio da legalidade¹⁶ (mera legalidade) ganha relevância.

Em determinado momento da evolução política grega e romana na antiguidade, a lei do Estado passa a ser considerada parte de seu processo organizativo e tem como finalidade assegurar a unidade da ordem jurídica mediante a supressão de centros concorrentes de produção do direito, visando à eliminação das desigualdades jurídicas caracterizadoras do privilégio. Em tais momentos, os antigos se aproximaram dos modernos. Todavia, padeceria de anacronismo a suposição de que o princípio da legalidade penal em sentido geral poderia ter sido formulado nos Estados da antiguidade, haja vista a inexistência de condições objetivas de ordem nesse sentido. (FREITAS, 2009, p. 368).

No período do Feudalismo/Idade Média¹⁷ (desfalecimento da autoridade central) o direito consuetudinário prevalece perdurando até a consolidação dos Estados nacionais.

¹⁵ Ricardo de Brito Freitas estabelece uma distinção entre mera legalidade e estrita legalidade: “O primeiro princípio expressa a noção de reserva legal. Por mais imoral, por mais socialmente nociva que seja uma conduta, somente a lei penal pode defini-la como crime. (...) Por outro lado, segundo o princípio da estrita legalidade, a lei penal deve se referir a comportamentos empíricos e objetivos puníveis, e não a sujeitos puníveis. (FREITAS, 2009, p. 366).

¹⁶ “Se o referido princípio penal é pensado a partir da noção de mera legalidade, não resta dúvida de que sua progressiva formação deu-se de maneira mais lenta e a partir de um período histórico mais remoto que a noção de estrita legalidade, cuja aparição deu-se tão somente no século XVIII. Em todo caso, não se pode esquecer que o conceito de estrita legalidade é tributário da noção de mera legalidade. Por outro lado, é certo que, sendo o princípio da legalidade mais propriamente político que jurídico, a sua criação relaciona-se à percepção de seu papel de contenção do arbítrio estatal em favor dos direitos individuais concebidos inicialmente como naturais e inalienáveis. Considerando-se este dado, é indubitável que o princípio da legalidade penal é produto da cultura européia do século XVIII”. (FREITAS, 2009, p. 367).

¹⁷ “Durante a Idade Média, com respeito às origens do Princípio da Legalidade, também é digna de menção a obra de *Tiberius Decianus*, datada do século XVI. Deve-se a *Decianus* a divisão do Direito Penal em duas partes: a parte geral e a parte especial. Em sua obra *Tractatus Criminalis*, o autor elabora uma obra abertamente teórica, especialmente porque contém uma parte geral, que se desenvolve a partir do conceito

Deste momento em diante, a mera legalidade ressurgiu no Estado moderno monárquico, todavia ainda, o arbítrio e a indeterminação dos crimes e das penas ainda se encontravam presentes.

O nascente e posteriormente maduro absolutismo francês tem no *Grand Coutumier* de Carlos VI (1453), nas *Ordonnances Criminelles* de Francisco I (1539) e na *Ordonnance Criminel* de Luís XIV (1670) seus diplomas penais de maior expressão. Neste último, a parte processual tinha maior destaque que a dedica ao direito penal, à semelhança da *Constitutio Criminalis Carolina* alemã. Ademais, os crimes (por exemplo, o duelo, o peculato, o falso testemunho, a ocultação da gravidez) são dispostos de forma desordenada e fragmentária. Por conseguinte, o poder de criação do direito penal pelos parlamentos (órgãos judiciais e não legislativos) é, de fato, considerável. Portanto, no direito penal francês pré-revolucionário, não obstante a direção progressista das reformas empreendidas antes da revolução, as penas são arbitrárias. Ao magistrado é concedido o poder de aplicá-las com ampla margem de liberdade (...). (FREITAS, 2009, p. 373).

Apesar da existência da mera legalidade no passado, somente com as revoluções liberais ocorridas no século XVIII surge o princípio da legalidade penal (estricta). A idéia da legalidade identifica-se com a isonomia entre os homens. Desta forma, sendo todos os homens iguais, diante de um delito, serão responsabilizados da mesma maneira e sofrerão as mesmas sanções¹⁸. Segundo o Marquês de Beccaria apenas a lei dirigida em prol do

de crime, buscando uma análise sobre os princípios, causas, fontes, natureza, elementos acidentais, e uma parte especial, a qual foi formulada segundo uma sistematização racional dos crimes, sobre a base do objeto violado (*rectius*, bem jurídico) pela ação criminosa. (...) Deciano foi um dos primeiros a estabelecer os princípios gerais que norteiam o crime, com isso estabeleceu a base do Princípio da Legalidade. Todavia, não se pode afirmar que a idéia tida pelo autor em comentário sobre a lei era a idéia de lei escrita que se tem hodiernamente. Na Idade Média, a lei não era necessariamente escrita, pois poderia ser também considerada a lei a “lei costumeira”. (BRANDÃO, 2010, p. 31-32).

¹⁸ “Se todos os homens são iguais, respondem igualmente pelas ações e omissões proibidas na lei penal. Além disso, devem suportar as mesmas conseqüências da infração penal por eles cometida. Em outros termos, se praticam os mesmos crimes devem sofrer as mesmas penas, sem distinção de classes sociais. (FREITAS, 2009, p. 375).

bem-estar de todos, e não de uma minoria, seria legítima estabelecer crimes e as consequentes penas:

Abramos a história, veremos que as leis, que deveriam ser convenções feitas livremente entre homens livres, não foram, na maioria das vezes, mais que instrumentos das paixões da minoria, ou o produto do acaso e do momento, e nunca a obra de um prudente observador da natureza humana, que tenha sabido dirigir todas as ações da sociedade com este único fim: todo o bem-estar possível para a maioria. (BECCARIA, 2016, p. 19).

Observa-se, assim, que o princípio da legalidade penal torna-se um verdadeiro limite ao *jus puniendi* do Estado. Como apregoa Cláudio Brandão (2010), atribui-se a Anselm von Feuerbach seu delineamento jurídico em 1801. Nos termos de Anselm von Feurbach no brocardo: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*.¹⁹

Para Feuerbach, toda pena dentro do Estado é a consequência de uma lesão jurídica, fundamentada na preservação do Direito, e de uma lei que comine um mal sensível. Daí decorre os seguintes princípios – toda imposição de pena pressupõe uma lei penal (*nulla poena sine lege*); segundo – a imposição de uma pena é condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimen*); terceiro, o mal da pena, como consequência necessária, será vinculado à existência de uma lesão jurídica determinada (*nullum crimen sine poena legali*). Posteriormente a Feuerbach, as três fórmulas latinas decorrentes do Princípio da Legalidade foram condensadas na expressão *nullum crimen nulla poena sine lege*. (BRANDÃO, 2010, p. 37).

O Princípio da Legalidade assume hodiernamente importante papel no tocante a limitação do direito de punir do Estado frente à possibilidade de lesões ou perigo de lesões

¹⁹Da mesma maneira, também, informa Ricardo de Brito Freitas: “No início do século XIX, Feuerbach (1989:63), pensando certamente na sua doutrina não menos célebre sobre os fins da pena, cria a famosa fórmula sintética *nulla crimen nulla poena sine lege* para expressar o princípio da legalidade.” (FREITAS, 2009, p. 376).

ao bem jurídico. Assim, dentro de um Estado Democrático de Direito, os preceitos do Princípio da Legalidade irão exercer indispensáveis determinações no âmbito do direito penal. Não há possibilidade de existência de um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a observação de seus ditames. O direito penal (*jus puniendi*) e sua consequente “violência” somente podem ser utilizados dentro de certos limites determinados pelos direitos humanos/fundamentais (Princípio da Legalidade).

La principal utilidad que reviste el estudio del fundamento del *ius puniendi* del Estado es que de él derivan ciertos límites a su ejercicio. Unos se deducen del funcionamiento funcional, que condiciona la justificación de la pena y las medidas de seguridad a su necesidad para la protección de la sociedad; otros, del fundamento político, que en el planteamiento acabado de anunciar impone el respeto a las exigencias del Estado democrático de derecho. (PUIG, 2003, p. 108).

Do princípio da legalidade penal depreendem-se algumas limitações para o exercício do *jus puniendi* do Estado. Extrai-se deste princípio²⁰ a obrigatoriedade da reserva legal, a imposição de lei certa e escrita, a vedação da analogia *in malam partem* e a anterioridade legal. “Con la fórmula propuesta nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta se agotan los aspectos esenciales de las garantías criminal penal, que constituyen el núcleo del principio de legalidad”. (PUIG, 2003, p. 132).

A reserva legal determina que, para a criação de infrações penais, apenas a lei em sentido estrito pode criminalizar condutas e cominar penas. A Carta Magna de 1988 determina expressamente como direito fundamental no seu art. 5º, XXXIX: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Observa-se que somente por meio de uma lei formal pode atuar direito penal. Ademais, indispensável é observar os trâmites do processo legislativo para que uma ação ou omissão possa ser

²⁰Existem autores que tratam o princípio da legalidade como gênero e suas vedações ao poder de punir como espécies (subprincípios).

tipificada como crime e receba, de tal maneira, uma sanção penal em virtude do seu cometimento.

La única ley penal es La ley formal emitida por los órganos políticos habilitados por La CN. Em esto consiste el principio de legalidad: su enunciado latino fue obra de Feuerbach a comienzos del siglo XIX, pues no lo conocía el derecho romano: *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege penale*. Puede decirse que el conjunto de disposiciones de máxima jerarquía normativa que establecen la exigencia de legalidad penal, configuran el tipo de ley penal lícita. (ZAFFARONI, 2005, p. 98).

A determinação de lei certa imposta pelo princípio da legalidade é dirigida ao legislador. Impõe-se ao legislador penal a obrigação de evitar, ao máximo, o emprego de termos de caráter dúbios/contraditórios ou expressões vagas ou imprecisas. O tipo penal incriminador deve especificar de forma explícita e precisa a ação ou omissão vedada, pois é uma garantia do cidadão frente ao Estado. A lei penal deve ser taxativa (princípio da taxatividade), porque de nada adiantaria a exigência de uma lei para criminalizar se não se puder determinar qual a conduta proibida. “O princípio da legalidade impõe uma exigência ao legislador quando à linguagem utilizada na formulação da norma penal: a norma deve usar signos linguísticos claros, que possibilitem uma individualização do modelo abstrato da conduta incriminada”. (BRANDÃO, 2010, p. 62). Estar-se-ia, novamente, sob o livre-arbítrio estatal sem a existência de uma lei penal certa.

A exigência de lei escrita, também, é um desdobramento do princípio da legalidade. “Em nuestro sistema dell llamado *derecho escrito* (por oposición al de derecho común, formado por la costumbre y La jurisprudência), los usos, las costumbres, la doctrina y la jurisprudencia no generan ley penal” (ZAFFARONI, 2005, p. 101). Assim, veda-se a utilização dos usos e costumes para a criminalização de uma conduta e a aplicação de penas. Quando o art. 5º, XXXIX, da CF/88 estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” compreende-se a proibição do emprego do Direito Consuetudinário dentro do processo de elaboração do direito penal

brasileiro²¹. Uma ressalva, no entanto é necessária. A vedação é estabelecida para o emprego dos costumes como forma de criminalização sendo que, a melhor doutrina, aceita sua utilização quando for *in bonam partem*. Desta maneira, quando a conduta é socialmente aceita não deve o direito penal atuar. O princípio da legalidade atua em favor da liberdade do cidadão e utilizar-se dele para vedar a descriminalização é inverter sua verdadeira função.

A vedação da analogia é, também, outra consequência depreendida do Princípio da Legalidade. “Con ello se prohíbe la creación de tipos y determinación de penas *extralegales*, sea por analogía o por el derecho consuetudinario” (WEZEL, 1956, p. 26). A analogia, prevista no art. 4º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), é um processo de integração ao ordenamento jurídico que permite aplicar uma norma existente para uma situação concreta que guarda algumas semelhanças e não é regulamentada pelo direito. A vedação do uso deste expediente *in malam partem*, ou seja, para criminalizar condutas ou agravar sua reprimenda é, também, um corolário do princípio da legalidade penal. No direito penal somente a analogia que é em favor da liberdade pode ser aceita²².

Por fim, de nada adiantaria para a segurança jurídica dos cidadãos, se estas prescrições do princípio da legalidade não estivessem acompanhadas da exigência da anterioridade da lei ao fato cometido²³. Constitui garantia individual expressa nos incisos XXXIX e XL do art. 5º da Constituição da República de 1988: “XXXIX - não há crime

²¹“La segunda exigencia (*lege scripta*) quiere destacar la exclusión de la costumbre como fuente de delitos y penas”. (PUIG, 2003, p. 128).

²²“Por último, el tercer requisito del aforismo propuesto (*lege stricta*) impone un cierto grado de recisión a la ley penal y excluye la analogía -por lo menos en cuanto perjudique al reo-. La prohibición de la analogía se dirige al juez, por lo que constituye un límite relativo al momento judicial de aplicación de la ley”. (PUIG, 2003, p. 128).

²³“Puede considerarse que el principio de irretroactividad de la ley penal es una parte del principio de legalidad, que se explica por separado solo por claridad expositiva. La ley penal rige para el futuro, debe ser previa a la comisión del hecho, que es el momento de la acción y no el del resultado, porque una vez realizada la conducta, el resultado puede no depender de la voluntad del agente”. (ZAFFARONI, 2005, p. 103)

sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal e XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (grifo meu).

A una acción sólo puede impecérsele pena, cuando esa pena está legalmente determinada, antes de haber sido ejecutada la acción. Esta disposición decía tres cosas: sólo una ley puede declarar una acción como delito (nullum crimen sine lege), y solamente una ley puede determinar para ella una pena (nulla poena sine lege), y ambas cosas, solamente antes de que haya sido ejecutada la acción.(WEZEL, 1956, p. 25).

Com a anterioridade da lei penal garante-se que os fatos praticados antes da vigência da lei nunca serão criminalizados ou, se já criminalizados, não terão sua consequência agravada por lei posterior. Pode-se ter tranquilidade no desenvolver das atividades cotidianas sem receio de sofrer uma sanção penal porvindoura. A única retroatividade permitida é aquela que vem ampliar a liberdade do cidadão, ou seja, para beneficiar o réu. “El principio de irretroactividad de la ley penal (desfavorable) no es más que un aspecto del principio de legalidad, que se burlaría si aquél no se respetase (PUIG, 2003, p. 128). Depreendem-se estas mesmas conclusões dos artigos 1º e 2º do atual Código Penal brasileiro²⁴.

4. CRIME DE POLUIÇÃO E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE

A Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Como já salientado, a Lei dos Crimes Ambientais reuniu os delitos contra o ambiente objetivando

²⁴ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

trazer em um único diploma legal a tutela penal ambiental. Dentre os vários crimes tipificados destaca-se o tipo penal do artigo 54, o denominado “crime de poluição”:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Antes de uma análise deste tipo penal em cotejamento com as determinações do princípio da legalidade, mais precisamente com o subprincípio da taxatividade, é indispensável compreender o que se deve compreender pelo termo poluição.

O dicionário Aurélio define poluição da seguinte maneira: “Ato ou efeito de poluir; contaminação ou deterioração do ambiente com substâncias químicas, lixo, fumo,

ruído, etc.; aquilo que contamina o meio ambiente”.²⁵ Por sua vez, o dicionário Michaelis, em termos quase idênticos, assim conceitua: “ato ou efeito de poluir; degradação de qualquer ambiente provocada por poluente”.²⁶ “A poluição diminui a qualidade ambiental, pois a introdução de elementos exógenos no meio, causando desequilíbrio prejudicial à saúde, segurança, bem-estar da população, à fauna e à flora, às condições estéticas e sanitárias do ambiente é que se denomina como tal”. . (NETO; FILHO; DINO, 2011, p. 299).

Estes conceitos servem para um uso não técnico-jurídico do termo “poluição”, uma vez que se verifica um conceito legal para o instituto no art. 3º, III, da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente):

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

Percebe-se que a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente²⁷ apresenta uma conceituação profusa do termo. Nele não está somente inserida a degradação do meio ambiente natural, mas também, as lesões ao meio ambiente urbano, cultural e, para

²⁵ Fonte: <https://dicionariodoaurelio.com/poluicao> acesso: 18 de jul. de 2017.

²⁶ Fonte: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=BVxXy> acesso: 18 de jul. 2017.

²⁷ Não pode deixar ser observado que a legislação estadual ou municipal pode ampliar o conceito de poluição, desde que nunca diminuam o âmbito de alcance da legislação federal, pois a competência é concorrente (art. 24 da Constituição Federal).

alguns, o do trabalho. O conceito de poluição vincula-se ao próprio conceito de meio ambiente²⁸ que, nos termos da Lei 6.938/81, apresenta concepção ampla.

No conceito são protegidos o homem e sua comunidade, o patrimônio público e privado, o lazer e o desenvolvimento econômico através das diferentes atividades (alínea “b”), a flora e a fauna (biota), a paisagem e os monumentos naturais, inclusive os arredores naturais desses monumentos – que encontram também proteção constitucional (arts. 216 e 225 da CF/1988). Destaque-se que os locais de valor histórico ou artístico podem ser enquadrados nos valores estéticos em geral, cuja degradação afeta também a qualidade ambiental. (MACHADO, 2013, p. 600).

Deste conceito legal amplo do termo “poluição” depara-se com o primeiro questionamento sobre a legitimidade do delito previsto no art. 54 da Lei n° 9.608/98. A conduta definida no referido *caput* do tipo é “causar poluição de qualquer natureza”. Pode-se discutir em diversas áreas do conhecimento o que pode ser entendido por poluição, contudo, o operador do direito tem um conceito legal que o vincula e não se exclui desta regra o aplicador da norma penal²⁹. Como relatado anteriormente, o no art. 3º, III, da Lei n° 6.938/81 define poluição compreendendo todas as circunstâncias determinadas nas suas alíneas. Assim, percebe-se a amplitude do conceito de poluição

²⁸ No âmbito jurídico, meio ambiente apresenta duas concepções principais. Dentro de uma perspectiva estrita, o meio ambiente seria sinônimo de recursos ambientais. É constituído pela atmosfera, pelas águas interiores, superficiais e subterrâneas, pelos estuários, pelo mar territorial, pelo solo, pelo subsolo, pelos elementos da biosfera, pela fauna e pela flora. Resume-se ao ambiente natural. Já pela perspectiva ampla, não se limita aos aspectos naturais ou físicos. Compreende-se na ideia de meio ambiente tanto o meio ambiente natural quanto o meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho.

²⁹ “A partir da Lei Federal 9.605/98 são considerados crimes, com pena de reclusão, as atividades descritas no art. 3º, III, *a* até *e*, da Lei Federal 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), ou seja, “causem poluição de qualquer natureza”. “E, ainda, resultem ou possam resultar em danos à saúde humana” ou mesmo em detrimento de outros portadores de DNA (fauna e flora), tenham rigoroso tratamento com aplicação de sanções penais ambientais. Na Secção III, teve-se o legislador a elaborar cuidadosa proteção de valores fundamentais para a realização humana em nosso país, chegando inclusive à proteção do lazer (art. 54, IV), transportando a tutela ambiental (o piso vital mínimo) para a proteção do direito criminal ambiental”. (FIORILLO, 214, p. 877-879)

estabelecido pela supracitada lei³⁰. Todas as atividades que direta ou indiretamente provoquem a degradação da qualidade ambiental e resultem nos casos enumerados constituem poluição. Poluição é um gênero que envolve as mais diversas condutas. O escopo da Lei 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) é enquadrar o maior número de condutas dentro do conceito e, com isso, permitir a exigência de reparação ao meio ambiente. Se louvável nos aspectos civis, tal indeterminação não pode ser aceita no âmbito penal. “Por conta do elemento objetivo do tipo *poluição*, extremamente aberto, admitem-se, *a priori*, as várias modalidades que ela encerra: atmosférica, a hídrica, a do solo, a sonora, a eletromagnética, etc.” (MILARÉ, 2007, p. 950)

O princípio (subprincípio) da taxatividade estabelece que o princípio da legalidade somente desempenha sua função de garantia e segurança quando a conduta tipificada é determinada. Objetiva-se vedar com isso a edição de tipos penais imprecisos e vagos que não permitem compreender o âmbito da conduta proibida. Sem a possibilidade de compreensão do pleno significado dos elementos do tipo, ou de seu alcance, ou seja, sem a taxatividade, viola-se uma das maiores garantias penais. Tipos abertos³¹ (crime de poluição) constituem na verdade uma falácia do legislador em respeitar as garantias e os direitos individuais. Sem a certeza e a clareza necessárias podem-se criminalizar quaisquer ações ou omissões devido à amplitude de abrangência do termo.

Não basta que a lei defina o crime e comine a respectiva pena, porque o Estado sempre poderá iludir semelhante garantia de legalidade de seus atos por meio de edição de leis penais de conteúdo excessivamente impreciso ou vago, como ocorreu na Alemanha nazista, em que determinada lei previa a punição de “quem atende contra a ordem jurídica ou atue contra o interesse das Forças Aliadas”, bem assim diversas das disposições da Lei de Crimes Ambientais (n. 9.608/98),

³⁰ “O dispositivo tipifica o crime de poluição ambiental de forma generalizada, e, sendo, assim, toda e qualquer forma de poluição está incluída nesse tipo penal que é abrangente”. (COPOLA, 2012, p.133).

³¹ “Como se vê, salta aos olhos a falta de técnica na construção do tipo, que encerra dispositivo de duvidosa constitucionalidade, eis que demasiadamente aberto, destoante das exigências do princípio da legalidade e agressivo aos princípios da ampla defesa e do contraditório”. (MILARÉ, 2007, p. 950).

por exemplo. Por isso, o princípio implica máxima determinação e taxatividade dos tipos penais, impondo-se ao Poder Legislativo na elaboração das leis que formule tipos penais com a máxima precisão de seus elementos e ao Judiciário que os interprete adequadamente. (QUEIROZ, 2012, p. 74-75).

Francisco de Assis Toledo, também, leciona sobre a exigência de determinação na descrição dos tipos penais e critica a falta de acessibilidade de conhecimento dos mesmos:

A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens de dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica. (TOLEDO, 1994, p. 29).

Nilo Batista destaca que falta de clareza denotativa na significação dos elementos do tipo penal equivale a não formular nada. Tipos indeterminados, com conceitos obscuros e de alcance impreciso, ou seja, sem taxatividade ferem a função de garantia individual do princípio da legalidade. O autor relata que uma técnica muito empregada para a violação do princípio da legalidade é a ocultação do núcleo do tipo. Este vício é derivado do equívoco de construir o núcleo do tipo sobre a consequência (Sebastián Soler). As normas penais devem proibir ou ordenar ações e não resultados. É o que se verifica no delito do art. 54 da Lei nº 9.605/98: “causar poluição”. O núcleo do tipo penal é focado no resultado e não em quais ações são vedadas ou impostas. A conduta não desejada não se encontra determinada podendo ser qualquer uma (dentre as elencadas capazes serem poluidoras) que provoque o resultado. (BATISTA, 2007, p.79-81).

Constata-se, também, da leitura do *caput* art. 54 da Lei nº 9.605/98, outro elemento do tipo que provoca discussões sobre a aplicação da norma. Não é qualquer poluição que afete a saúde humana que é criminosa, mas somente a que não respeite determinados níveis (“causar poluição de qualquer natureza *em níveis tais*³²”). A poluição criminosa, neste caso, vincula-se a uma quantidade para a conformação do tipo dependendo, assim, de uma valoração do julgador.

Já o termo *em níveis tais* exprime um certo *quantum* – suficiente-, elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana. Evidencia-se aqui uma autêntica cláusula geral, que além de relegar a conformação do tipo de injusto à indeterminação casuística, acaba por conceder também excessiva discricionariedade ao julgador. Logo, o seu emprego resulta em irreparável ofensa ao princípio constitucional da legalidade dos delitos e das penas, que deve dirigir toda intervenção penal e não pode ser vilipendiado sob fluida justificativa de se perquirir finalidades preventivas em matéria ambiental. (PRADO, 2013, p. 274).

As mesmas observações sobre imprecisão, também, são pertinentes a parte final do *caput*: “a destruição significativa³³ da flora”. Indaga-se o que é a destruição significativa da flora³⁴? O que pode ser considerada significativa destruição? Deve-se levar em consideração o número de plantas mortas ou a área atingida? São indagações

³² O dispositivo ora em comento, é omissivo, porque reza que é crime causar poluição de qualquer natureza em níveis tais, e, assim, não especifica quais são os níveis em que a poluição ambiental é considerada crime, e por isso, esse dispositivo constitui mais uma indesejável norma penal em branco, ou seja, é um tipo penal excessivamente aberto, e, por isso, admite interpretação extensiva, o que é muito questionável em direito penal. Dessa forma, para que o dispositivo seja aplicado corretamente, resta necessário suprir a lacuna com a edição de uma outra norma penal complementar, também denominada integradora, e que determinará quais são os níveis em que a poluição ambiental será considerada crime. (COPOLA, 2012, p. 135).

³³ Nos termos assinalados por Nilo Batista a utilização de elementos do tipo sem precisão semântica é uma modalidade de violação do princípio da legalidade. (BATISTA, 2007, p. 81).

³⁴ “Denote-se, ainda, que a expressão destruição significativa da flora admite a indesejável interpretação extensiva, porque não delimita em que grau que a destruição pode ser considerada significativa”. (COPOLA, 2012, p. 135).

que não permitem, também, compreender o âmbito da proibição, trazendo dúvidas e incertezas.

Édis Milaré sobre as expressões “níveis tais” e “destruição significativa” da flora, assim se posiciona³⁵:

Poluição “em níveis tais” e “destruição significativa da flora encerram situações obscuras, ficando o seu entendimento e esclarecimento ao arbítrio do julgador, o que não se afaz com um Direito Penal moderno, que quer ver transgressor sujeito à determinação da lei. A condenação justa é a que garante ao acusado a ampla defesa, o que só será possível se a ele for imputado um fato certo descrito como crime. (MILARÉ, 2007, p. 950).

Feitas estas observações imperioso observar como a lesão ao princípio da legalidade/taxatividade presentes no *caput* do art. 54 da Lei nº 9.605/98 provocam a insegurança jurídica e ferem a dignidade da pessoa humana. O método jurídico entimemático possibilita chegar a esta conclusão.

Quando se fala em silogismo podem-se observar três espécies: o silogismo demonstrativo, o silogismo dialético e o silogismo retórico ou entimema. Se a lei contivesse a totalidade do direito, o método de sua aplicação seria o do silogismo científico. O juiz verificaria a premissa maior (lei abstrata), a premissa menor (ação realizada pelo autor) e aplicaria a consequência correspondente. No entanto, como salienta Cláudio Brandão (2014, p. 203) “não se pode propor a redução de toda complexidade a ser valorada pelo direito penal no limite da descrição legal”.

O entimema é o método em que uma das premissas está elíptica. As premissas existem, mas uma delas não está apresentada. No âmbito jurídico a premissa implícita

³⁵ Em sentido contrário: “Não entendo censurável o emprego das locuções “de qualquer natureza”, “em níveis tais”, pois todas essas expressões estão fortemente ligadas à possibilidade de causar perigo ou dano aos bens protegidos. É um tipo penal aberto, que, entretanto, não gera arbítrio do julgador, nem insegurança para o acusado”. (MACHADO, 2013, p.849).

será fruto da argumentação. O julgador conhece a premissa menor (o caso apresentado) e intui a conclusão. Através da argumentação e da retórica irá justificar a escolha feita pela premissa maior (fundamento legal). Novamente acompanhando Cláudio Brandão (2014):

Ressalte-se ainda que a estrutura do entimema não diferirá da do silogismo em face da existência das premissas maior e menor, mas por conta da ordem estrutural dos elementos existentes (que, como dito, são os mesmos do silogismo), que é alterado pela elipse de uma das premissas.. É em face da presença dos mesmos elementos, que o entimema também será chamando de silogismo retórico. No entimema de primeira ordem a premissa menor é conhecida pelo *sujeito cognoscendi* em primeiro lugar, após isso ele intui a conclusão e busca a premissa maior para justificá-la em sua argumentação, por isso se diz que dita premissa maior é elípica, sendo produto oriundo da escolha do julgador. A premissa maior, portanto, é elemento selecionado pelo sujeito cognoscendi para justificar a sua argumentação, em face da conclusão que ele intuiu ao conhecer a premissa menor. (BRANDÃO, 2014, p. 209).

Muito embora possa o julgador escolher a premissa maior, fato é que sua escolha encontra limites. Esse limite é a tipicidade, ou seja, a decisão que gere um prejuízo ao infrator deve consonância com o tipo penal. O tipo penal é o limite negativo que se sujeita o juiz na escolha da premissa maior no caso de prejuízo ao réu. Sendo um limite e, conseqüentemente, uma garantia do cidadão, necessário é a perfeita descrição da conduta criminosa. Conceitos vagos, imprecisos e indeterminados possibilitam uma abertura do limite negativo e, por sua vez, uma flexibilização/ofensa a essa garantia (princípio da legalidade/taxatividade). É o que se verifica com a determinação do delito de poluição da forma com está estabelecido. Sua imprecisão terminológica, sua amplitude, seus elementos normativos acarretam uma indeterminação do tipo e, conseqüentemente, em uma abertura de escolha da premissa maior para o julgador ilegítima.

CONCLUSÃO

O direito penal e os procedimentos processuais que objetivam efetivá-lo devem estar em consonância com o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, com a Constituição da República. A conduta criminosa deve ser punida, entretanto, imperioso respeitar uma série de garantias do cidadão.

A Constituição Federal de 1988, baseada em um direito penal democrático, estabelece uma série de limitações ao jus puniendi. A violência do direito penal deve respeitar princípios basilares, uma vez que toda pena viola direitos fundamentais do autor. De tal modo, só é deferido à utilização do poder punitivo desde que sejam respeitados tais requisitos, frutos de conquistas históricas (apesar das marchas e contramarchas).

A lei dos crimes ambientais (lei 9.605/98) tem o escopo de atender uma “nova” necessidade de tutela penal: o meio ambiente. Acata a um imperativo de criminalização estabelecido pelo artigo 225, § 3º, da Carta Magna de 1988: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Dentro os diversos delitos estabelecidos pela lei dos crimes ambientais, o delito de poluição chama a atenção pela sua imprecisão. Não obedece ao ideal da taxatividade norteador de um direito penal democrático.

Esta falta de rigor, na construção do tipo, traz sérias conseqüências. A tipicidade é um limite negativo que não permite ao juiz decidir pela premissa maior sem que ela esteja estabelecida em lei. Tipos gerais, amplos e indeterminados são uma pseudo garantia e não trazem uma limitação ao entimema, uma vez que a premissa maior tem seu campo de incidência dilatado.

Desta forma, partindo-se da concepção de um direito penal dentro de um Estado democrático de direito, que se legitimou noutro momento num direito penal liberal e ainda preserva a garantia da legalidade/taxatividade, impõe-se a necessidade de uma mais precisa definição do tipo penal de poluição, como forma de controle do jus puniendi e,

consequentemente, proteção do cidadão, uma vez que, como está redigido, não permite a perfeita limitação ao entimema, abrindo margens para arbitrariedades.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad: Paulo Oliveira. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2014.

COPOLA, Gina. **A lei dos crimes ambientais comentada artigo por artigo**. 2. ed. rev. e atua. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. **A culpabilidade nos crimes ambientais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P., Princípio da Legalidade Penal e Estado Democrático de Direito: do Direito Penal Mínimo à Maximização da Violência Punitiva. IN: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício.

(coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991

GIDDENS, ANTHONY. **Modernidade e identidade.** Tradução, Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente.** 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NETO, Nicolao Dino; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais.** 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídicos-penais.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente.** 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal.** 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral.** 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental.** 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal**: parte general/ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. 1. ed. Buenos Aires: Ediar, 2005.

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: O QUE SE PRETENDE PUNIR?

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

Eduardo Bruno Avellar Milhomens

Resumo: Neste artigo busca-se compreender o que o legislador brasileiro pretendeu punir ao tipificar a organização criminosa na lei nº 12.850/2013. A expressão organização criminosa tornou-se familiar na sociedade brasileira, sendo comum os brasileiros a ela se referirem com um misto de fascinação e medo. Já no século passado o legislador cuidou de dispor em lei sobre a organização criminosa, sem, entretanto, tipificá-la. Recentemente, no ano de 2013, acabou por tipificar a conduta, seguindo uma tendência internacional, e, especialmente, criou novas formas de investigação para este delito. Revisitando, porém, as origens do que se denominou organização criminosa, tenta-se responder à pergunta sobre o que realmente o legislador pretende punir.

Palavras-chave: organização criminosa – criminalidade de empresa - investigação criminal – resposta penal.

1. INTRODUÇÃO

Compreende-se como função do direito penal a definição de crimes e a cominação de penas cabíveis para aqueles que transgredirem as normas postas, objetivando-se, assim, proteger a sociedade. Welzel (2004, p. 11/12) nos diz que o direito penal é uma ciência sistemática e que, através dele se estabelecerão os fundamentos de uma administração da justiça igualitária e justa. Para tanto ele destaca a necessidade de se compreender as conexões internas deste direito, pois serão elas que o afastarão de uma

aplicação fortuita ou arbitrária¹. Esclarece, ainda, que o Direito Penal tem por missão proteger os bens vitais para a vida em comunidade, impondo consequências jurídicas a quem a eles causar lesão².

Considerando que o Estado tem o poder de dizer o que se deve ou não fazer, isto poderia se dar de forma genérica, ou seja, poder-se-ia criar uma lei que descrevesse, de forma geral, tudo o que se compreenderia como violador aos interesses da vida em comum. No entanto, a formulação genérica de uma proibição não seria capaz de precisar para o destinatário da lei qual o limite sobre o que ele deve fazer ou se omitir de realizar³. Como se percebe, este caráter geral impede, ou seja, é um obstáculo, a que o destinatário conceba o que de fato é proibido⁴.

Do mesmo modo, nenhum juiz é capaz de diferenciar o que deveria punir e o que não deveria, se a descrição da conduta não for clara, direta, objetiva⁵. Em razão disto, ao construir o ordenamento penal, incumbe ao legislador delimitar objetivamente a conduta que é proibida, ou seja, indicar, sem deixar dúvidas, qual é a matéria da proibição⁶.

¹ “Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación del acaso y la arbitrariedad” (WELZEL, H., 2004, p. 11).

² “El Derecho Penal quiere proteger antes que nada determinados bienes vitales de la comunidad (valores materiales), como, por ejemplo, la integridade del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), de ahí que impone consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor de resultado).” (WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 2004, p. 12)

³ “Si el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena las conductas insoportables para la vida comunitaria, podría hacerlo mediante una disposición sumamente general: el que se comporte de un modo gravemente contrario a las exigencias de la vida comunitaria será castigado, según la medida de su culpabilidad, con una pena lícita. Podría ser formulada también de un modo más moderno: “el que infrinja culpablemente los principios fundamtales del orden social democrático, o socialista, o comunista, será castigado (. . .)”. Una disposición penal como ésta, sumamente general, comprende, sin duda, toda conducta punible imaginable, pero precisamente por su carácter genera! no permite conocer qué conductas concretas están prohibidas.” (WELZEL, H., 2004. p. 70)

⁴ “Porém, justamente pelo seu caráter geral, não se poderia conhecer nesta disposição a matéria da proibição, já que ela não se presta como um modelo de conduta proibida.” (BRANDÃO, C., 2014, p. 50)

⁵ “Ni el ciudadano puede saber qué es lo que debe hacer u omitir, ni el juez qué es lo que debe castigar. Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que describir objetivamente la conducta que prohíbe: matar, hurtar, cometer adulterio, etcétera. Tiene que especificar la “matéria” de sus prohibiciones.” (WELZEL, H., 2004. p. 70)

⁶ “Por ello, el ordenamiento jurídico tiene que concretar sus disposiciones penales, es decir, tiene que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe: matar, hurtar, cometer adulterio, etc. Tiene que especificar la “matéria” de sus prohibiciones.” (WELZEL, H., 2004, p. 74).

Na atualidade, no entanto, verificou-se a ineficiência do direito penal clássico para assegurar a almejada proteção, sendo que o medo passou a influir na dinâmica das relações sociais, ensejando uma busca incessante para se evitar qualquer risco a que o indivíduo possa estar exposto. Vários são os autores que atribuem à sociedade contemporânea características como imprevisibilidade e insegurança, rotulando-a de sociedade de risco (GIDDENS, 1991, p. 51/52) e, em seguida, preconizam a expansão da intervenção de um direito penal em que as garantias individuais são mitigadas face ao argumento do surgimento de novos bens jurídicos, como também, em razão da criminalização de condutas anteriormente reguladas por outras áreas do direito.

O discurso político criminal contemporâneo assegura a necessidade de se prevenir e reprimir uma dita “nova” criminalidade – as denominadas criminalidades empresarial e organizada – para que se evite a exposição contínua dos cidadãos a situações de risco. Resgatando e incrementando o viés punitivista do controle social, verificou-se que vários países passaram a produzir leis penais mais severas e leis processuais penais com viés inquisitório, no afã de se alcançar a paz social.

Assim, nos dias de hoje, é comum ouvirmos as pessoas utilizarem a expressão crime organizado para se referir à prática de qualquer delito por uma pluralidade de pessoas; ou seja, já se disseminou a ideia de que, sempre que um crime for praticado por mais de duas pessoas, estar-se-á diante de uma organização criminosa. É curioso observar como que se tornou corriqueiro encontrarmos pessoas empregando a expressão crime organizado para se referir a uma diversidade de situações que abrangem desde a prática do homicídio; perpassando o estelionato e outras fraudes; a extorsão; a lavagem de dinheiro; o tráfico de drogas; desaguando no terrorismo.

Zaffaroni (1996, p. 46/48) já mostrava sua preocupação com a ausência de uma concepção científica, especialmente da dogmática penal, sobre o que significa crime organizado⁷. Ao escrever *Crime organizado: uma categorização frustrada* ele alertou

⁷ “São muitos os autores que admitem com sinceridade a falta de definição do chamado crime organizado, atribuindo-na, inclusive, ao domínio de uma concepção ‘popular’. Esses mesmos autores advertem que os

para o risco que uma indefinição da ciência penal causava; afinal, esta lacuna permitiria, como de fato permitiu, que no imaginário popular se criasse uma série de definições e imagens estereotipadas do que seria a criminalidade organizada.

Até bem pouco tempo no Brasil, por exemplo, a concepção de crime organizado que a população tinha era de alguma prática criminosa associado ao tráfico de drogas e, especialmente, à violência nos aglomerados do Rio de Janeiro. Mais recentemente, este conceito foi estendido para envolver também os casos de corrupção política e, atualmente, dada à vulgarização da expressão, o que se verifica é que, basta que um crime tenha sido cometido por mais de três pessoas para que os brasileiros rotulem como fruto de uma organização criminosa.

A fomentar o acima exposto, temos os noticiários onde todos os dias se ouve falar no combate ao crime organizado, quer seja se referindo a condutas típicas praticadas no Brasil, quer em relação às ocorrências similares em outros países⁸ (SILVEIRA, 2013, p. 161). Inúmeras vezes, os telejornais brasileiros, ao noticiarem a prática do tráfico de drogas, associam-no ao crime organizado frisando a existência de uma hierarquia ao fato de que a maior parte das substâncias tóxicas não são aqui produzidas, demandando, portanto, uma complexa infraestrutura para que ela aqui chegue; além da corrupção das autoridades responsáveis pela fiscalização e repressão, e o alto lucro gerado com a atividade ilícita.

Não bastasse a mídia informativa, a indústria do cinema e da televisão explora, da forma que bem entende, o conceito que quer dar ao crime organizado⁹ (SILVEIRA, 2013,

criminólogos não chegam a um acordo e que a fronteira entre o *organized crime* e o *white collar crime* não está clara pela falta de definição do primeiro.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 47)

⁸ “As alusões ao crime organizado e às organizações criminosas normalmente se dão em ambiente muito mais jornalístico do que científico. De fato, existe inerente dificuldade jurídica para afirmar o conceito de organização criminosa. Talvez isso se possa explicar pelo fato de a expressão ‘crime organizado’ se referir a um número indefinido de fenômenos criminosos de diversas especialidades, abarcando campos da criminologia, da política criminal, dos operadores das agências penais e do Direito Penal propriamente dito.” (SILVEIRA, R. M. J., 2013, p. 161)

⁹ “A visão leiga também tece suas próprias conjecturas, visualizando e romaneando a criminalidade organizada através de duas grandes vias de conhecimento: os meios de comunicação de massa e o gênero negro da literatura e do cinema. Todos, enfim, parecem ter sua particular visão individual do que venha a

p. 161). As bilheterias muito bem-sucedidas dos filmes que mostram uma organização de pessoas para a prática de atividades ilícitas – vide *O Poderoso Chefão*, *Scarface*, *Pulp Fiction*, *Os Intocáveis*, *Cassino*, *Tropa de Elite*, *Assalto ao Banco Central*, para citar alguns - revelam o fascínio que o crime organizado parece exercer sobre a sociedade¹⁰.

Em razão do exposto, é fácil notar que a expressão crime organizado vem sendo aplicada indistintamente para se denominar a prática, por várias pessoas normalmente interligadas entre si, dos mais variados delitos – corrupção, jogos de azar, exploração ilegal de recursos naturais, tráfico de animais silvestres, tráfico de drogas, exploração de pessoas, contrabando, lavagem de dinheiro, roubo de carga, estelionato, tráfico de armas, etc. -; isto é, não tem a sociedade uma concepção clara e unívoca do que seria de fato o crime organizado, o que, por si só, já rompe com qualquer segurança jurídica que se possa pretender.

Esse fascínio que o crime organizado exerce sobre a sociedade não envolve somente leigos, é necessário registrar que vários profissionais do direito se sentem seduzidos por tal fenômeno a ponto de se regozijarem com ações repressivas absolutamente anômalas como a da expedição de 2.993 (dois mil novecentos e noventa e três) mandados de prisão¹¹ (MORO, 2004, p. 57) da operação *Mani Pulite*; ou a criação de um link para acesso os números da operação *Lavajato*¹² como *marketing* para o apoio popular.

ser a criminalidade organizada, o que explica a verdadeira falta de parâmetros mais objetivos para esse ajuste de foco.” (SILVEIRA, R. M. J., 2013. p. 161)

¹⁰ “Ao generalizar-se nos Estados Unidos a ideia de grande conspiração mafiosa a nível nacional, com organização secreta altamente sofisticada, a mesma passou a exercer no público a fascinação própria de toda conspiração. O atrativo das versões conspiratórias se explica, em parte, porque sempre se produz uma descarga de ansiedade ao saber a quem atribuir a causa do mal, ao mesmo tempo em que se admira a quem pode reter um segredo sem debilidades, porque esta pessoa parece adquirir um enorme poder de domínio.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 48)

¹¹ “A denominada “operação mani pulite” (mãos limpas) constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário. Iniciou-se em meados de fevereiro de 1992, com a prisão de Mario Chiesa, que ocupava o cargo de diretor de instituição filantrópica de Milão (Pio Alberto Trivulzio). Dois anos após, 2.993 mandados de prisão haviam sido expedidos; 6.059 pessoas estavam sob investigação, incluindo 872 empresários, 1.978 administradores locais e 438 parlamentares, dos quais quatro haviam sido primeiros-ministros.” (MORO, S. F., 2004, p. 57)

¹² <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>> Acesso em 15 de agosto de 2017.

A produção acadêmico-científica, em várias áreas – sociologia, direito, política, filosofia, história -, inclinou-se a basear, além, é óbvio, na pluralidade de agentes, em outros dois pressupostos para caracterização do crime organizado: a estrutura empresarial e a exploração econômica da atividade ilícita. Conforme acentuou Zaffaroni (1996, p. 46), o crime organizado não deve se confundir com a mera pluralidade de agentes; antes, deve ser estudado como um fenômeno próprio da sociedade atual¹³.

No entanto, até o momento, o que se percebe é que muito pouco se produziu no sentido de se construir um contorno jurídico penal bem delineado do que se deve entender por criminalidade organizada, e a consequência tem sido, por vezes, uma violação direta do princípio da legalidade em seu sentido mais amplo¹⁴ (DIAS, 2008, p. 13); bem como a ampliação do emprego de meios de investigação de questionável validade e de repressão mais truculentos - negando vigência a diversos mandamentos constitucionais e infraconstitucionais como acontecia antes dela¹⁵ (ESTELITTA, 2009, p. 95).

2. AS DUAS PRINCIPAIS VERTENTES PARA SE DEFINIR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

¹³ “Se nos ativermos a essas duas características - a estrutura empresarial e o mercado ilícito - é claro que quem fala de crime organizado não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista, onde não havia empresa nem mercado na forma em que os conhecemos hoje.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 46)

¹⁴ “Uma situação insuportável e insustentável, esta, porque violadora do princípio da *legalidade* penal no seu mais amplo sentido (e não exclusivamente no sentido estrito traduzido na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*): um princípio – o da legalidade de toda a matéria penal – nascido e desimplicado à sombra da doutrina iluminista, que passou a fazer parte do *acquis civilizacional* da humanidade e a que ninguém hoje está disposto a renunciar.” (DIAS, J. F., 2008. p. 12/13.)

¹⁵ “A situação atualmente experimentada em nosso País quanto à aplicação dos diplomas legais que alavancam consequências penais e processuais penais a partir do ‘reconhecimento’ de uma *organização criminosa* nega vigência a diversos mandamentos constitucionais: (a) nega vigência à *reserva legal em matéria penal* e ao postulado do *devido processo legal*, porque transfere ao Poder Judiciário, mais precisamente a um órgão judicante, colegiado ou singular, o poder de definir o conteúdo do tipo penal (de injusto ou de aumento de pena) e o âmbito de aplicação de medidas restritivas gravíssimas à liberdade e intimidade individuais (prisão preventiva compulsória, quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático, interceptação ambiental, vedação de individualização da execução penal, utilização de agente infiltrado, etc.); (b) nega vigência à *anterioridade da lei penal*, pois quem decide o efetivo conteúdo do tipo é o órgão judicante no momento da decisão e, portanto, *ex post facto*; (c) nega vigência à *determinação ou taxatividade do tipo legal*, pois permite arbitrariedade no julgar e, ao fazê-lo, (d) nega vigência ao *princípio da isonomia*, por permitir que as mais diversas soluções possa ser dadas a pessoas que estejam na mesma situação, sem possibilidade de controle pelos tribunais superiores.” (ESTELITTA, H., 2009, p. 95)

Nos dizeres de SANTOS (2003, p. 215), é possível identificar duas vertentes principais na definição de crime organizado: uma, capitaneada pelos americanos, em que se compreende o crime organizado como uma conspiração de etnias estrangeiras contra os Estados Unidos¹⁶; e outra, construída pelos europeus, especialmente os italianos, em que o crime organizado é associado à concepção de máfia¹⁷. Assevera ele que o estudo dessas vertentes, a que ele denomina discursos, permite a desmistificação do que está por trás da pretensão de se definir o crime organizado e, conseqüentemente, minorar os abusos perpetrados contra o Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2003, p. 220).

Uma ou outra vertente, nos últimos tempos, ganha reforço a exploração contínua junto aos cidadãos da concepção de que se vive na chamada sociedade penal de risco, sendo o fortalecimento do direito penal o remédio indicado, apesar do discurso de proteção do indivíduo. De fato, como se verificará a seguir, as medidas repressivas para o crime organizado revelam, no Brasil ou fora dele, uma ruptura com as bases democráticas de direito em que as garantias individuais são observadas¹⁸.

¹⁶ “O discurso americano do *organized crime*, originário das instituições de controle social, nasce com o objetivo de estigmatizar grupos sociais étnicos (especialmente italianos), sob o argumento de que o comportamento criminoso não seria uma característica da comunidade americana, mas de um *submundo* constituído por estrangeiros, aqueles maus cidadãos que ameaçavam destruir a comunidade dos bons cidadãos. Esse conceito xenófobo revelou sua utilidade: teorias criminológicas fundadas na noção de *subcultura* e de *desorganização social* definiram o crime organizado como *conspiração* contra o povo e o governo americanos, promovida por organizações secretas nacionais, centralizadas e hierarquizadas de grupos étnicos estrangeiros.” (SANTOS, J. C., 2003, p. 215)

¹⁷ “O objeto original do discurso italiano não é o chamado crime organizado, mas a atividade da *Máfia*, uma realidade sociológica, política e cultural secular da Itália meridional: falar da *Máfia* como a *Cosa Nostra* siciliana, ou de outras *organizações de tipo mafioso*, como a *Camorra* de Nápoles, a *Ndrangheta* da Calábria, é falar de associações ou estruturas empresariais que realizam atividades lícitas e ilícitas – aliás, como muitas empresas –, com controle sobre certos territórios, em posição de vantagem econômica na competição com outras empresas e de poder político no intercâmbio com instituições do Estado, que praticariam contrabando, tráfico de drogas, extorsão, assassinatos, etc. – portanto, organizações passíveis de definição como bandos ou quadrilhas, mas inconfundíveis com o conceito indeterminado de *crimine organizzato*, embora a criminologia italiana também utilize esse conceito.” (SANTOS, J. C., 2003, p. 217)

¹⁸ “A investigação criminal no âmbito do crime organizado não pode socorrer-se de instrumentos processuais penais delatores dos direitos fundamentais do ser humano – mesmo no espaço europeu se impõe o equilíbrio entre a liberdade, a justiça e a segurança – em especial a vida, a integridade física e moral, liberdade, a reserva da intimidade da vida privada e familiar. Se, hoje, queremos afastar o designado direito penal constitutivo [de índole autoritária] – que gera desigualdades e discriminações por se basear em antropologias e antropometrias somáticas e em tipologias morais, políticas e religiosas – não faz sentido, que no quadro da investigação criminal, se possa defender todos e quaisquer meios e técnicas de investigação sem que primeiro se avaliem os meios e técnicas que existem e as razões das suas inaptidões

2.1 – A organização criminosa segundo os americanos

Segundo Zaffaroni (1996, p. 49), primeiramente os criminólogos norte americanos é que foram incumbidos de tentar conceituar o crime organizado. Aliás, a própria expressão crime organizado seria uma concepção da criminologia americana¹⁹ (SANTOS, 2003, p. 216). Pressionados pelo poder político e/ou econômico, os criminólogos tiveram grande dificuldade, não só pela inversão do método científico – não partiram da observação para a definição, mas da definição para a constatação -, bem como em função das fontes - nem sempre críveis -, o que contribuiu para que eles esboçassem um conceito que atrelava o crime organizado ao mercado ilegal, como restou estampado na denominada *Lei Seca* de 1920 (ZAFFARONI, 1996, p. 48/49).

Tal definição, vale destacar, se não foi capaz de esclarecer o fenômeno, serviu por afastar atividades como terrorismo, roubo, vandalismo do conceito (ZAFFARONI, 1996, 48/49). No entanto, como assevera Zaffaroni (1996, p. 47) exatamente esta limitação faz surgir o debate sobre se o elemento diferenciador do concurso de agentes e o crime organizado deveria ser o tipo de organização ou o tipo de atividade criminosa praticada, ou ainda, se a reunião dos dois²⁰.

Certo é que a criminologia não conseguiu cumprir seu mister, pois o desencontro das informações fornecidas, onde realidade e ficção se misturavam, impossibilitou a

e inadequações face ao crime organizado: pois o argumento da ineficácia não é o melhor argumento, porque sempre o meio mais eficaz é o melhor meio para se alcançar a verdade material e a realização da justiça, porque pode-nos conduzir à verdade, mas não à verdade que é judicialmente válida, nem é admissível jurídica, sociológica e antropológicamente.” (VALENTE, M., 2009, p. 162/163)

¹⁹ “Historicamente, a expressão organized crime foi cunhada pela criminologia americana para designar um feixe de fenômenos delituosos mais ou menos indefinidos, atribuídos a empresas do *mercado ilícito* da economia capitalista criado pela “lei seca” do *Volstead Act*, de 1920 – portanto, uma categoria ligada ao aparecimento de crimes definidos como *mala quia prohibita*, por oposição aos crimes definidos como *mala in se*.” (SANTOS, J. C., 2003, p. 215)

²⁰ “Este limite pré-científico do suposto conceito não deixa de ser saudável, porque ao menos deixa fora de seu âmbito atividades que, de outro modo, dariam lugar a uma confusão maior, como a inclusão do terrorismo, bandos de ladrões, vândalos urbanos etc. Não obstante, este limite pré-científico abriu o debate acerca do eixo das tentativas de categorização, e desde então se discute se devem tentá-la partindo do tipo de organização ou do tipo de atividade criminal, sustentando outros que o correto é correlacionar ambos os tipos” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 47).

formulação de uma conceituação coerente²¹ (ZAFFARONI, 1996, p. 49). A vertente americana de crime organizado, de fato, não cuidou de criar uma definição, mas de reunir elementos que a política, a polícia e o próprio conhecimento popular atribuíram à questão; destacando-se, sobretudo, as ideias conspiratórias com estruturas semelhantes à do comunismo, (ZAFFARONI, 1996, p. 49) contra o povo e o governo americano, promovida por organizações secretas, hierarquizadas e formadas por grupos étnicos estrangeiros (SANTOS, 2003, p. 215/216).

Essa visão fabulosa²² que se apresentou do crime organizado foi encampada pela política rapidamente e logo alcançou a grande mídia que a reforçou na mente dos cidadãos americanos, gerando, por consequência, um discurso legitimador da *lei e ordem* (ZAFFARONI, 1996, p. 50). De outro lado, liberada a comercialização da bebida, os lucros da exploração ilegal de tal atividade declinaram e um novo produto passou a girar no mercado ilícito, as substâncias entorpecentes (SANTOS, 2003, p. 216).

SANTOS (2003, p. 214) chega a afirmar que *o conceito americano de crime organizado é, do ponto de vista da realidade, um mito* (as ditas famílias mafiosas não movimentavam milhões, ao contrário, viviam em situação de pobreza; os grupos não eram articulados e não havia estrutura conspiratória contra o governo)²³; *do ponto de vista da*

²¹ “Como está claro, a criminologia teve muito pouco a ver com esta tentativa de conceitualização - como não fosse esta a recepção de uma tarefa encomendada pelo poder. Lamentavelmente não logrou cumpri-la, em que pese não lhe faltar boa vontade, porque “o crime organizado e os mercados ilegais têm sido largamente utilizados como fontes de mitos, enquanto a realidade é muito menos atraente.” (ZAFFARONI, E. R., 1996. p. 49).

²² “Tanto o comunismo como o crime eram conspirações externas que atentavam contra a democracia e o *american way of life*. Esta funcionalidade tem a vantagem política de pôr o mal fora dos Estados Unidos, ocupando-se do mesmo como um fenômeno invasor externo à sociedade norte-americana. Tal assertiva, contudo, é quase tão grosseira em termos científicos como útil em termos políticos, pois foram vários os autores que desde o começo apontaram que se devia encarar o crime organizado como um produto norte-americano e não como uma conspiração estrangeira” (ZAFFARONI, E. R., 1996. p. 50)

²³ “As atividades que, de modo geral, os criminólogos consideram manifestações do crime organizado são a extorsão e outros atentados à liberdade de trabalho pelos sindicatos, todas as formas de jogo proibido, a usura, o tráfico de drogas, a corrupção política, o tráfico de escravas brancas e de estrangeiros e, mais recentemente, os delitos eletrônicos. Temos visto que, com diversas metodologias de campo (observador participante, entrevistas, averiguações etc.), tornou-se manifesto que nos Estados Unidos estas atividades normalmente são organizadas em forma subcultural e local, e não têm a organização rígida ou burocrática que pretende a versão difundida pelos políticos, pela polícia e pelos autores de ficção.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 51/52).

ciência, uma categoria sem conteúdo (o conceito pretendeu envolver tantos e distintos conteúdos que acabou esvaziado; no entanto, reconhecer ser possível a eliminação ou a redução da repressão é inconcebível); *e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário* (afinal, já existia a previsão do crime autônomo de quadrilha ou bando) (SANTOS, 2003, p. 216/217).

Importante destacar, conforme ZAFFARONI (1996, p. 51), que não se nega a existência de máfias nos Estados Unidos, mas questiona-se o paradigma mafioso na abordagem do crime organizado ante a ausência de dados empíricos a confirmarem as características que se pretendeu atribuir a ele. A conclusão a que se chega em relação à vertente americana do crime organizado, é no sentido de que, se ela é vazia de conteúdo jurídico penal de um lado, de outro norte, cumpriu a desejada função política de legitimar a repressão interna de minorias étnicas e justificar as restrições externas à soberania de nações independentes para impor suas diretrizes locais de política criminal – como na questão das política antidrogas (SANTOS, 2003, p. 217/218).

Apesar, entretanto, dos Estados Unidos não terem conseguido definir científica ou legalmente o que seria o crime organizado, cuidou de fazer com que a população não só americana, mas de vários outros países, legitimassem o recrudescimento das legislações penais, processuais penais e de execução penal.

MENDRONI relata que são leis duras e servem para qualquer ação para a qual as condutas estejam tipificadas, independentemente de serem praticadas por integrantes ou não da organização criminosa; e que embora não haja uma definição legal, há um consenso de que o crime organizado se caracteriza como *atividade ilegal para ganhos financeiros através de ilícitos. Inclui a realização de negócios através de ameaça, extorsão, tráfico ilícito de entorpecentes, sexo, contrabando, usura e pornografia etc.* (2015, p. 389/390).

Em suma, embora eles não saibam dizer o que é organização criminosa, os americanos estão convictos de que ela existe e, portanto, cuidaram de criar medidas ditas

preventivas, bem como de aumentar as repressivas, para afastar a ocorrência do problema²⁴ (ZAFFARONI, 1996, p. 58).

Podemos citar algumas como: a ampliação do uso de meios eletrônicos para a investigação; a possibilidade do Ministério Público, em caráter emergencial, designar agente especial de investigação por meio eletrônico sem autorização judicial; a dispensa de ordem judicial para gravação das comunicações, direta ou ambiental, realizada por um dos interlocutores; a dispensa de ordem judicial para a obtenção de extratos de chamadas efetuadas pelo telefone ou aparelho similar; emprego do agente infiltrado; a quebra de sigilo bancário e fiscal; a ação de confisco; a punição de quem, de qualquer forma, praticar qualquer ato de obstrução à justiça realizado por agente público no exercício de suas funções; a proteção às testemunhas; etc. (MENDRONI, 2015, p. 393/412).

ZAFFARONI (1996, p. 57/58) chama atenção, ainda, para uma maior intervenção americana na economia de mercado, uma intervenção pautada, porém, não na seletividade econômica, mas sim na seletividade penal que, como já sabemos, sempre recai naqueles que são mais vulneráveis – *in casu*, os pequenos empresários.

A intromissão da seletividade punitiva na regulação do mercado a pretexto de organizar os lugares indisciplinados acabou por implicar num protecionismo arbitrário que, por vezes, instiga novas práticas ilícitas²⁵ – a título de exemplo, basta ver a grande exploração mundial da mão de obra chinesa. Como se pode perceber, exatamente a proibição acaba por gerar o que eles compreendem por organização criminosa. A lógica

²⁴ “O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 58)

²⁵ “A seletividade punitiva não é de todo arbitrária, pois em geral se orienta pelos padrões de vulnerabilidade dos candidatos à criminalização, que neste caso são as empresas mais débeis, presas mais fáceis da extorsão. Com isso, o sistema penal, mais corrupto na periferia, se intromete no mercado como monopolizador da atividade mafiosa extorsiva do empresariado mais vulnerável por sua debilidade, que, ao passar do tempo, ante a dificuldade de competir frente às grandes corporações e ao custo agregado da proteção extorsiva, termina por ser excluído do mercado. Desta maneira, o sistema penal se converte num fator de concentração econômica, que não necessariamente importa a exclusão das atividades ilegais do mercado, senão somente sua concentração junto às atividades legais.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 57/58).

é, ao se proibir um produto cuja demanda existe no mercado, o preço dele eleva e a atividade se torna interessante. Nada mais perverso em termos de ciência empresarial.

2.2 – A organização criminosa segundo os europeus (italianos)

A vertente de crime organizado dita europeia, mas, de fato, tipicamente italiana, é aquela que o associa às atividades da máfia. As máfias italianas foram constatadas cientificamente como uma realidade sociológica, cultural e política que, inicialmente, surgiram como repressão aos camponeses em luta com os latifundiários e, posteriormente, evoluíram para empreendimentos urbanos com características financeiras e empresarias, além do controle do poder político no intercâmbio com o Estado (SANTOS, 2003, p. 218).

Segundo SANTOS (2003, p. 218), na Itália, a relação da máfia com o poder político se sustenta na proteção recíproca; isto é, a máfia, com seu poder intimidador, garante os votos e, conseqüentemente, o consenso social; enquanto que o político garante a impunidade, o superfaturamento em contratos, a garantia de licenças, etc. O entrelaçamento entre a máfia e a política é constatado na chamada *troca de favores*, não só nas campanhas eleitorais, mas também na compra de cargos, na fraude em contratos públicos, na aprovação de leis encomendadas, em favores pessoais garantidos em detrimento da coisa pública e outras coisas mais.

A vertente italiana, com a constatação científica da existência da máfia, tenta encaixá-la no equivocado discurso norte americano de crime organizado; o que parece ocorrer em quase todos os demais países²⁶. Assim, a Itália optou por tipificar as associações *tipo mafiosas* com: a) pena de três a seis anos de reclusão a mera participação, e b) pena de quatro a nove anos de reclusão para os dirigentes, além, é claro, da pena pelos outros crimes eventualmente praticados (MENDRONI, 2015, p. 354).

²⁶ “Deste modo, o discurso abrangente da categoria frustrada do *organized crime* se estende pelo mundo, é recolhido pelos políticos de todas as latitudes, se traduz em leis penais, é difundido pelos meios de massa, dá lugar a novos estereótipos etc.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 57).

MENDRONI (2015, p. 13), inclusive, comenta que o tratamento técnico-jurídico das organizações criminosas na Itália possui um grave problema, porque impõe previsões normativas diferenciadas para abranger fatos não homogêneos, em que pese possuírem características semelhantes²⁷. O ponto comum às organizações *tipo mafiosas*²⁸ seria necessariamente se referir à empresa com fins lucrativos, com uso de força (física ou moral) intimidativa, com forte vínculo associativo e poder de subjugação, e, especialmente, infiltração de agente no poder público (MENDRONI, 2015, p. 14 E 355).

Deve, entretanto, ser notado, que a definição italiana indica que a máfia – organizações empresariais que no entendimento de SANTOS (2003, p. 218) se encaixam no conceito de quadrilhas ou bandos – seria um produto do próprio sistema social na medida em que os mercados são instáveis e, vez por outro, surge o espaço para a indisciplina, ou seja, até que a questão seja regulamentada, existe a brecha para a prática de atos ilícitos;²⁹ e não fruto de uma anomalia do modelo capitalista³⁰ (ZAFFARONI, 1996, p. 54/56).

²⁷ “No caso do sistema penal italiano, depois da expressa previsão no Código Penal do crime de ‘associação para delinquir’, no artigo 416, *caput* (do qual supõe-se tenha o Brasil copiado ou seguido), criou-se uma definição no artigo 416-bis do Código Penal, que contempla o crime de ‘associação de tipo mafioso’, mas que certamente não exaure todas as formas de organizações criminosas, mesmo as constatadas como existentes na Itália, restringindo-se, entretanto, ao que diz respeito às figuras de organizações criminosas (mafiosas) mais importantes. Observe-se, a esse ponto, que, embora alguns tenham assumido a definição de ‘máfia’ como gênero de ‘organização criminosa’, elas são apenas uma espécie.” (MENDRONI, M. B., 2015, p. 13).

²⁸ Artigo 416 bis do Código Penal italiano: *a associação é do tipo mafioso quando aqueles que dela fazem parte se valem da força de intimidação do vínculo associativo e da condição de sujeitamento e submissão que dela deriva para cometer delitos, para obter, de modo direto ou indireto, a gestão ou o controle da atividade econômica, de concessões de autorizações, empreitadas e serviços públicos ou para realizar lucros ou vantagens injustas por si ou por outros ou então com o fim de impedir ou obstacularizar o livre exercício do voto ou de buscar votos para si ou para outros em pleitos eleitorais.* (MENDRONI, M. B., 2015, p. 355).

²⁹ “Sem dúvida existem máfias e bandos, há atividades lícitas e ilícitas, mas não há um conceito que possa abranger todo o conjunto de atividades ilícitas que podem aproveitar a indisciplina do mercado e que, no geral, aparecem mescladas ou confundidas de forma indissolúvel com atividades lícitas.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 54)

³⁰ Ao se globalizar desta maneira, o mercado mundial não se limitou apenas a exportar seus âmbitos de indisciplina, mas possibilitou novos e nunca imaginados espaços de indisciplina, prontamente aproveitados pela atividade empresarial, legal ou ilegal. É claro que se tem gerado verdadeiras economias complementares parcialmente ilícitas, como o caso da cocaína, mas, em geral, pode-se afirmar que, dado o volume da atividade ilegal mesclada com a legal, nos encontramos ante uma nova forma de acumulação de capital, antes desconhecida: o dinheiro sujo proveniente de negócios ilícitos e evasões fiscais, o tráfico de

Tal qual nos Estados Unidos, a ideia de luta contra o crime organizado na Itália é bastante enraizada e as medidas tomadas, mais uma vez, seguem no sentido do aumento da repressão. Entre as estratégias utilizadas podemos citar: obrigação de permanência em residência, em lugares previamente fixados, à pessoa investigada ou processada por associação mafiosa; aplicação de medida de disponibilidade financeira sobre o patrimônio do imputado; requerimento de suspensão temporária de administração dos bens pelo acusado; aumento de pena se novo crime tipo mafioso vier a ser praticado no período de vigilância ou após esta; necessidade de licença ou autorização da polícia para realização do comércio; armazenamento dos dados a respeito dos processos em meio magnético; tipificação do *testa de ferro* ou *laranja* com pena de dois a seis anos; interceptação telefônica direta pelo Ministério Público, em casos de urgência; investigação direta pelo Ministério Público; realização de audiência por teleconferência; tipificação da conduta de prestar informação falsa ao Promotor de Justiça; controle de venda de armas de fogo; instituição de magistrados e procuradores especialmente destinados ao trabalho antimáfia; revista por agentes da polícia judiciária em edifícios inteiros ou em parte deles sempre que houver fundada suspeita de que ali se encontrem armas, munições ou explosivos, ou de que ali se encontre um fugitivo acusado; criação de comissões parlamentares de inquérito; agente infiltrado; valoração de indícios como provas em determinadas circunstâncias; organização do Ministério Público para que seus agentes investiguem em inquéritos conexos; criação de uma polícia especialmente estruturada no combate à máfia; criação do Código Antimáfia (MENDRONI, 2015, p. 354/388).

Interessante observar, segundo nos informa MENDRONI (2015, p. 337 e 413), que se é certo que Alemanha e Espanha conseguiram resistir ao movimento cada vez mais forte de tipificação do crime organizado, de outro lado, também foram precisas em criar meios e métodos repressivos mais severos.

bens e serviços proibidos, a especulação financeira etc. Parece que a economia cresce sem bens, ao menos em seu aspecto tradicional.” (ZAFFARONI, E. R., 1996, p. 56)

Na legislação alemã não há definição de organização criminosa, mas sim, *linhas diretivas* do Ministério Público e da Polícia para reconhecer uma, logo, a decisão a respeito de como tratar a questão será uma decorrente da interpretação caso a caso.

Semelhantemente ao ocorrido nos Estados Unidos, embora não tenha definido e tipificado o crime organizado, a Alemanha reconhece a existência dela e, em 1992, criou uma legislação com Medidas Especiais de combate ao Crime Organizado. Entre tais medidas, destacam-se: condução da investigação criminal pelo Ministério Público; oportunidade regrada como princípio informador da atuação do Ministério Público (o que inviabiliza as chamadas delação e/ou colaboração premiada); sequestro e confisco de bens; intensificação do combate à lavagem de dinheiro; intervenção de agentes infiltrado; e inserção em programa de proteção à testemunha (MENDRONI, 2015, p. 337/353).

Por sua vez, a Espanha também não tipificou o crime organizado apesar de reconhecer a sua existência. Há uma preocupação, inclusive, em justificar a ocorrência dele em território espanhol, atribuindo-se o fato como consequência de ser uma região turística em que se refugiam membros das máfias italianas. Segundo DAVIN (2007, p. 55) o legislador espanhol optou pelo casuísmo, esquecendo-se de que, com a utilização desta técnica, crimes como peculato, corrupção, ameaça e coação – que seriam reiteradamente praticados por organizações criminosas – ficariam de fora.

Após alguns ataques mais intensos de movimentos com conotação terrorista, o legislador espanhol cuidou de criar um tipo penal para punir quem pertencer, de qualquer forma, a uma organização terrorista. E, sofrendo influências da legislação alemã, cuidaram os espanhóis de estabelecer a possibilidade do agente infiltrado ante a prática de crimes graves; a entrega vigiada (instituto semelhante ao que flagrante prorrogado brasileiro); o programa de proteção à testemunha; o combate à lavagem de dinheiro; e a interceptação das comunicações (MENDRONI, 2015, p. 411/429).

3. ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE A TIPIFICAÇÃO DO CRIME ORGANIZADO COMO CRIME AUTÔNOMO:

Do exposto até agora, percebe-se que, mesmo não sendo possível até o momento uma definição completa do que caracterizaria o denominado fenômeno do crime organizado, ganhou ele personalidade própria; o culminou por induzir vários países a efetivarem medidas no sentido de combatê-lo. Alguns, como é o caso do Brasil recentemente, deram a ele a categoria, inclusive, de crime autônomo. Não se nega aqui a existência de uma forma diferenciada de se praticar condutas criminosas³¹; o que se questiona é a dificuldade de se tipificar a organização criminosa como delito autônomo³².

Entre os estudiosos das ciências penais, de um lado se posicionam os que distinguem o crime organizado do concurso de pessoas e do crime de associação criminosa ao argumento de ele possui características próprias como: dissimulação de atividade lícita; estrutura complexa e profissionalizada; ausência de vítima individualizada; divisão de tarefas; emprego de métodos sofisticados; simbiose com o poder público; e alto poder de intimidação (SANCTIS, F., 2015, p. 28). A inter-relação com o poder público é de tal forma destacada pelos que defendem a existência autônoma

³¹ “Não se nega a existência da criminalidade organizada. Ela existe e deve ser combatida. Sua abrangência, no entanto, é que parece desmesurada.” (SILVEIRA, R. de M. J., 2013, p. 163). “Tese de Zaffaroni. Há alguns anos atrás ele era mais contundente no sentido da inexistência do crime organizado, ao menos do ponto de vista conceitual. Em palestra proferida no dia 11.01.13, na Universidade de Mar del Plata, o Professor argentino explicou que o crime organizado é um crime de mercado, que oferece produtos ou serviços ilícitos (drogas, exploração sexual dos seres humanos, etc.).” (GOMES, L. F. e BIANCHINI, A., 2013, p. 176)

³² “A criminalidade organizada constitui antes de tudo (e este, como disse já, o seu ponto de partida) um fenômeno social, econômico, político, cultural, fruto da sociedade contemporânea, de tal modo significativo na vida dos povos e das pessoas que não pôde deixar de apelar para a sua consideração pelo direito. Em consequência, é um fenômeno – neste aspecto, análogo a tantos outros: a criminalidade terrorista, a criminalidade política, a criminalidade econômico-financeira... – que clama pela sua relevância jurídico-penal a múltiplos e decisivos propósitos. Isto porém é uma coisa, outra completamente diferente a tentativa de elevar a criminalidade organizada à categoria de crime, de a *criminalizar qua tale*, de a *tipificar*, de a constituir em um *tipo-de-ilícito* ou em um *tipo-de-crime* autônomos, de procurar a determinação de um *bem jurídico* específico que por dela se vise tutelar e proteger.” (DIAS, J. F., 2008, p. 14.)

da organização criminosa com tipo penal, que Hassemer (1997, p. 8) assevera ser peculiar a ela a paralisação, através da corrupção, do braço que deveria combatê-la³³.

Para essa linha de pensamento, a criminalidade organizada é tão diferenciada dos demais delitos que a tipificação dela não deve ser formalmente rígida, porquanto envolveria grupos criminosos distintos, com diferentes níveis de organização e expansão (SANCTIS, F., 2015, p. 28). E mais, de modo veemente preconizam formas de investigação e tratamento diferenciadas – tais, como: inversão do ônus da prova; colaboração premiada; perdimento dos bens apreendidos; ação controlada; agente infiltrado; interceptação telefônica, de dados e ambiental -, ao argumento de que o crime organizado corrói os alicerces do próprio Estado de Direito (SANCTIS, F., 2015, p. 30).

DIAS (2008, p. 14/15) assevera que, existindo na legislação a previsão legal, como crime contra a paz pública, do crime de associação criminosa, despicienda³⁴ se torna a tipificação do crime organizado; ou seja, para referido autor, a punição do crime organizado se vincula à punição pela prática do crime de associação criminosa, embora com este não se confunda ou nele não se limite, mas represente um *plus*. Assim, enquanto que a associação criminosa – prevista na maior parte das legislações como o fato de se associar em grupo, organização ou associação para a prática de quaisquer crimes -, possui bem jurídico a tutelar, qual seja, a paz pública, o mesmo não ocorre com o crime autônomo de organização criminosa (DIAS, 2008, p. 16/18).

Defende, ainda, DIAS (2008, p. 27), que a questão do crime organizado ou se refere à associação criminosa, conforme acima exposto; ou à associação de crimes de

³³ “*El propium de la criminalidade organizada consiste en la paralización del brazo que já de combartila, com la corrrptibilidad del aparato estatal es cuando realmente entraria en funcionamiento una nueva forma de criminalidad.*” (HASSEMER, W., 1997, p. 8.)

³⁴ “O primeiro plano e, em meu modo de ver, fundamental, como *conditio sine qua non* da viabilidade e prestabilidade do conceito jurídico-penal nacional, do *crime de organização* ou de *associação criminosa* enquanto, este sim, verdadeiro tipo-de-ílcito autônomo, dotado de um específico bem jurídico. Deste modo aparecerá clara a desnecessidade e a inconveniência da construção de um crime singular de *criminalidade organizada*: como puro conceito-meio ou conceito instrumental, ele deve ligar-se antes de tudo ao crime de associação criminosa, embora com ele se não confunda ou a ele se limite, antes tenha de representar um *plus*, uma exigência adicional determinante de consequências jurídicas – substantivas, processuais, jurídico-internacionais – de particular intensidade e gravidade.” (DIAS, J. F., 2008, p. 15.)

particular gravidade, o que demandaria uma maior apreciação do legislador, para afastar os ditos de menor potencial ofensivo³⁵. A organização criminosa, é compreendida muito mais como uma forma, um instrumento para a prática de determinados tipos penais já existentes no ordenamento jurídico, do que propriamente uma conduta lesiva por si só³⁶ (DIAS, 2008, p. 14).

SILVEIRA (2014, p. 165) apresenta uma questão importante, a necessidade de se separar a denominada criminalidade econômica da criminalidade organizada, ou seja, para ele, embora se possa ter organização criminosa com o fim de praticar o crime econômico, nem sempre isto ocorrerá; ou seja, o crime econômico não se confunde com a criminalidade organizada unicamente por ser praticado dentro de uma estrutura empresarial hierarquizada. Em síntese, SILVEIRA (2014, p. 163) não nega a existência da criminalidade organizada, mas propõe significativa redução no seu campo de abrangência para encerrá-las quase que somente no conceito de máfia ou grupo terrorista³⁷.

É um fato curioso notar que, até mesmo os autores que, no início, demonstraram-se contrários a reconhecer a existência do crime organizado, tais como ZAFFARONI (1996) e SANTOS (2003), acabaram por concordar com a existência de uma nova criminalidade, talvez um pouco mais elaborada, a que se possa denominar crime organizado.

³⁵ “Sendo indispensável que o legislador penal – sejam quais forem os clamores dos *lobbies* provenientes dos órgãos de perseguição penal, da mídia ou de uma opinião pública intoxicada por uns e outros com o *medo do crime* – não ceda à tentação de alargar o catálogo com a invocação das suas obrigações relativamente à preservação ou ao incremento de segurança pública geral.” (DIAS, J. F., 2008, p. 27.)

³⁶ “A criminalidade organizada enquanto entidade jurídico-penalmente relevante constitui antes, em meu parecer, um simples conceito jurídico ou *instrumental* ou *conceito-meio*, que se liga, em determinadas condições e pressupostos, à prática ou ao propósito de praticar determinados tipos de crimes já existentes no ordenamento jurídico-penal.” (DIAS, J. F., 2008, p. 14.)

³⁷ “Não se nega a existência da criminalidade organizada. Ela existe e deve ser combatida. Sua abrangência, no entanto, é que parece desmensurada. Note-se que todas essas ponderações acabam por, de um lado, fortalecer o entendimento da organização de cunho unicamente mafioso ou terrorista. De outro, verifica-se que não haveria razão nem local para a percepção de crime organizado no âmbito necessariamente econômico ou, ao menos, em termos amplos de um Direito Penal de Empresa.” (SILVEIRA, R., 2015, p. 163)

A questão incontroversa, porém, é de que não há uma unicidade de conceituação do que seria o crime organizado, vez que questões peculiares de cada país podem implicar em variações profundas na definição. Vale lembrar que, um grande erro percebido no trato da matéria por ZAFFARONI (1996), foi exatamente o de se menosprezar o contexto histórico, econômico, social e cultural, na tentativa de conceituação do viria a ser o crime organizado.

4. O QUE SE PRETENDE PUNIR A TÍTULO DE CRIME ORGANIZADO NO BRASIL:

Como dito na introdução, no Brasil, as pessoas asseguram a existência de uma criminalidade organizada a ser combatida, o que legitimaria o Estado a criar leis para cuidar do assunto. Assim, embora não se tenha notícia de estudos aprofundados sobre as características que o fenômeno guardaria no Brasil, ainda assim a população se mostra favorável, pelo menos em termos de discurso, a que seja o crime organizado punido.

Esse apoio popular é, inclusive, a âncora em que se assentam os argumentos daqueles que o confundem com democracia; que pensam ser a repressão e o enrijecimento das leis o meio correto de se evitar a prática de condutas criminosas³⁸. Nesse contexto, após alguns ensaios frustrados, o crime organizado foi elevado à categoria de crime autônomo na Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013³⁹.

³⁸ “Talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia. É esta quem define os limites e as possibilidades da ação judicial. Enquanto ela contar com o apoio da opinião pública, tem condições de avançar e apresentar bons resultados. Se isso não ocorrer, dificilmente encontrará êxito. Por certo, a opinião pública favorável também demanda que a ação judicial alcance bons resultados. Somente investigações e ações exitosas podem angariá-la. Daí também o risco de divulgação prematura de informações acerca de investigações criminais. Caso as suspeitas não se confirmem, a credibilidade do órgão judicial pode ser abalada.” (MORO, S. F., 2004, p. 61)

³⁹ “Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.
§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta

SANTOS (2003, p. 215), chama a atenção para o fato de que a introdução do discurso do crime organizado nos países ditos em desenvolvimento, repetindo o erro da investigação científica de outrora nos Estados Unidos – ao invés de partir da percepção do problema para a sua conceituação, retrocedeu da definição do problema para a sua percepção – contribuiu para que se vislumbrasse, especialmente no tráfico de drogas, a ocorrência do crime organizado.

No entanto, é ele mesmo quem assevera que, o fato do Brasil possuir a maior economia da América Latina, com uma sociedade marcada por extrema desigualdade social e um Estado burocrático e minado pela corrupção, naturalmente o tornam um terreno fértil para o crime organizado (SANTOS, 2003, p. 220).

O alinhamento do Brasil aos ditames da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, bem como às teses apresentadas pela Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, propiciou a criação da Lei nº 12.850/2013. Esta lei, apesar de pretender tipificar a organização criminosa, em razão da redação apresentada, se contrapõe não somente a outros diplomas legislativos brasileiros, como à própria Constituição. E mais, revela-se disposta, “a todo e qualquer custo”, repreender e punir condutas, principalmente as relacionadas ao âmbito empresarial, o que nos instiga a um olhar mais detido sobre a questão no Brasil.

Importante ressaltar que, em 1995, com a Lei nº 9.034⁴⁰, o legislador brasileiro já pretendia punir a denominada organização criminosa, porém, não cuidou de definir o que se devia entender por crime organizado. Alguns chegaram a cogitar a possibilidade de se utilizar o Tratado de Palermo que trata da criminalidade organizada de caráter transnacional, mas referida tese foi refutada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o

ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

⁴⁰ “A Lei 9.034/95 originou-se do PL 3516/89, de autoria do então Deputado Michel Temer (PMDB/SP), e trata-se do primeiro diploma legal a tratar explicitamente do ‘crime organizado’ (termo utilizado no apelido da Lei) e da ‘organização criminosa’, termo utilizado na ementa da Lei: ‘Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas’ (BRASIL, 1995)” Referida Lei foi justificada pela ineficácia da persecução policial no desmantelamento de organizações criminosas [...]” (MASIERO, C., 2016, p. 48)

habeas corpus nº 97.006⁴¹. Estellita (2009, p. 47/48), destacou que a incorporação da Convenção de Palermo ao direito brasileiro – conforme sustentavam alguns – causou uma insustentável incerteza nas aplicações dos institutos penais que utilizavam as expressões organização criminosa, associação criminosa e quadrilha ou bando⁴².

A primeira tipificação autônoma de organização criminosa no Brasil se deu com a Lei nº 12.694/2012, em seu artigo 2º, que, apesar de descrever a conduta, não cuidou de atribuir a ela uma pena⁴³. Esta lei fundamentava-se na necessidade de se ampliar a segurança dos juízes e dos familiares deles, tendo sua origem em documento apresentado pela Associação dos Juízes Federais do Brasil ao Congresso Nacional (MASIERO, 2016, p. 63). No ano seguinte, porém, com a Lei nº 12.850/2013, efetivamente foi tipificada a organização criminosa.

Assim, hoje, no Brasil, *considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente,*

⁴¹ “Afirmava-se que referido tratado passou a vigorar no Brasil por meio do Decreto 5015/2004, logo, assim estaria atendido o princípio da legalidade. Por vários motivos a tese não foi aceita: (a) porque só se pode criar crime e pena por meio de uma lei formal (aprovada pelo Parlamento, consoante o procedimento legislativo constitucional); (b) o decreto viola a garantia da “lexpopuli”, ou seja, lei aprovada pelo parlamento (decreto não é lei); (c) quando o Congresso aprova um Tratado ele o ratifica, porém, ratificar não é aprovar uma lei; (d) mesmo que o tratado tivesse validade para o efeito de criar no Brasil o crime organizado, mesmo assim, ele não contempla nenhum tipo de pena (argumento do Ministro Marco Aurélio) e, sem pena, não existe crime; (e) o tratado foi feito para o crime organizado transnacional, logo, só poderia ser aplicado para crimes internos por meio de analogia, contra o réu, que é proibida.” (GOMES, L. F. e BIANCHINI, A., 2013, p. 177)

⁴² “Foi a partir deste momento que alguns juristas passaram a entender que, tendo a Convenção de Palermo sido incorporada ao direito interno, os conceitos ali estabelecidos para fins da compreensão e implementação do próprio instrumento internacional serviriam para colmatar a lacuna legislativa deixada, principalmente, pelos legisladores de 1995, 1998 e 2001 quanto à definição do que seja, para efeitos penais e processuais penais, uma *organização criminosa*. Outros, todavia, foram ainda mais longe e ali onde o legislador diz ‘quadrilha ou bando’ passaram a ‘ler’ ‘artigo 2º da Convenção de Palermo’.” (MASIERO, A., 2016, p. 47/48)

⁴³ Art. 2º, Lei nº 12.694/2012: “*Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.*”

*vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional*⁴⁴.

A Lei nº 12.850/13 tem origem no PL 6578/09, que foi apresentado em 23 de maio de 2006, aprovado em 5 de agosto de 2013 e sancionado pela Presidente Dilma Rousseff; é uma lei complexa, com a reunião de várias políticas criminais em seus artigos (MASIERO, 2016, P. 67).

Em essência, a diferença da Lei nº 12.850/2013 para a Lei nº 12.694/2012 é que a organização criminosa, para se distinguir da associação criminosa prevista no art. 288 do Código Penal Brasileiro, deverá contar com no mínimo 4 (quatro) pessoas, ao invés de 3 (três); além de ter aumentado a pena das infrações penais sujeitas à caracterização de organização criminosa, antes igual ou superior a quatro anos e agora somente para penas máximas superiores a quatro anos (MASIERO, 2016, p. 68).

Se por um lado bem zelou o legislador em não reconhecer como crime organizado a associação para a prática de crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 (quatro) anos, por outro, tem a pretensão de tutelar a mesma paz pública já abrangida pelos crimes de associação criminosa⁴⁵ (art. 288 do Código Penal) e constituição de milícia privada⁴⁶ (art. 288-A do Código Penal).

E ainda, seguindo a tendência externa, também ampliou o discurso repressivo com a previsão de institutos como: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou

⁴⁴ Art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013.

⁴⁵ Associação Criminosa – “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

⁴⁵ Associação Criminosa – “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

⁴⁶ Constituição de milícia privada - Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração por policiais; cooperação entre instituições e órgãos do Estado, etc.

Entretanto, o esforço legislativo em definir o que se deve entender por organização criminosa na Lei nº 12.850/13 e, ao mesmo tempo, seguindo a tendência mundial de expansão do direito penal, com significativa redução de garantias individuais, não implicou em diminuição da criminalidade; o que nos conduz à retomada da ideia de ser o sistema penal o último instrumento a ser utilizado pelo Estado para se garantir a proteção de bens jurídicos⁴⁷.

Numa pretensa resposta à pergunta que originou o presente trabalho, ousa-se dizer que, apesar da tipificação do crime organizado na Lei nº 12.850/2013, ainda não restou claro o que efetivamente se pretende punir, apenas a certeza de que o legislador pretende punir. Nem sequer foi possível ainda delimitar o bem que se pretende resguardar, porquanto a paz pública já está tutelada em nosso ordenamento por outros tipos penais menos complexos. Assim, embora a Lei nº 12.850/2013 tenha procurado definir organização criminosa, a redação apresentada não é prontamente reveladora do que se pretende punir, ainda permitindo, por exemplo, a confusão com a criminalidade de âmbito empresarial.

Ao que parece, tentou-se mesclar o critério do tipo de organização com o tipo de crime praticado pela organização, no entanto, sobre este último aspecto, a lei foi ainda menos clara, porquanto cuidou de fazer o corte sem indicar os crimes que a organização

⁴⁷ “A nota característica da legislação penal do momento é a contradição crescente sob a aparência de pragmatismo: a repressão conforme a ideologia da segurança urbana (demagogia legislativa) cria leis que anulam garantias, corrompem agências e acabam em destruição institucional, com insegurança para o investimento; a impotência dos operadores políticos que, devido à minimização dos estados, não podem resolver problemas com mudanças reais, fomenta respostas às demandas de solução mediante leis penais com efeito negativo sobre a corrupção e o mercado de trabalho. A rigor, parece que a velha proposta de Radbruch (não um direito penal melhor, mas sim algo melhor que o direito penal) se inverte radicalmente na legislação recente, que sequer recorre a melhores leis penais, e sim acresce mais e mais soluções penais a novos âmbitos conflitivos.” (ZAFFARONI, E. R, e PIERANGELI, J. H., 2006, p. 407/408).

criminosa praticaria, mas apenas o quanto máximo de pena previsto abstratamente para o tipo penal.

Basta observar o que a práxis tem revelado: as denúncias de imputação de crimes econômicos contra mais de quatro pessoas no contexto de uma empresa, via de regra, pedem também a condenação por organização criminosa nos termos da Lei nº 12.850/13. E mais, os magistrados têm acolhido tais pleitos ministeriais.

Defendem alguns que a doutrina e a jurisprudência é que auxiliarão na interpretação do tipo penal para que haja um aprimoramento da lei. No entanto, resgatando os ensinamentos de Welzel no início do texto, é necessário que a tipificação esclareça ao cidadão a conduta que lhe é permitida e a que lhe é proibida. Também não deve ser esquecido Beccaria (1993, p. 67) quando ressalta que, tal qual a interpretação das leis é um mal, a obscuridade da lei, que força a interpretação, é um mal maior por impedir que o povo tenha conhecimento da limitação de sua liberdade⁴⁸. A necessária compreensão da lei pelo cidadão é que permite a ele compreender a consequência de suas ações.

Ocorre que, num Estado Democrático de Direito, a concretização do princípio da legalidade, ou seja, de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*, pressupõe a efetivação da taxatividade da lei, isto é, a descrição constante do tipo penal deve ser determinada quanto ao seu conteúdo e abrangência. Este é um pilar essencial para que o cidadão esteja resguardado de leis imprecisas e, conseqüentemente, de ações arbitrárias do Estado sobre sua liberdade.

5. CONCLUSÃO:

⁴⁸ “Si es un mal la interpretación de las leyes, es outro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necessariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y soiemne uno casi privado y doméstico.” (BECCARIA, C., 1993, p. 67)

Para se pensar em um mínimo de eficácia e/ou eficiência do direito penal, é necessário que o destinatário da lei, ou seja, o cidadão pertencente à sociedade por ela regida, tenha condições de compreender o que é ou não proibido⁴⁹. Assim, o legislador, ao redigir a lei penal, tem por obrigação cuidar para que ela não contenha expressões vagas, imprecisas, ambíguas, equivocadas e, mesmo, desnecessárias⁵⁰.

Um tipo construído objetivamente é capaz de afastar a generalização na medida em que há uma delimitação do âmbito da conduta descrita ao que pode ser constatado pelos órgãos do sentido no mundo exterior e, conseqüentemente, pode ser demonstrado nos autos do processo através das provas (BRANDÃO, 2014, p. 53/54).

A lei deve, portanto, deve descrever, de modo minucioso e exaustivo, de forma objetiva, a matéria da proibição, empregando termos que permitam o cidadão alcançar, pela via dos sentidos, os limites do seu agir determinados pelo Estado para o bem da coletividade. Afinal, uma lei penal que não possui *um conteúdo compreensível ao seu destinatário, acaba por se tornar um instrumento de arbítrio*, uma vez que não deixa claro o limite de atuação do indivíduo e, portanto, impede que ele dirija seu agir em conformidade com o ordenamento⁵¹.

A insegurança e a imprevisibilidade são os fundamentos, portanto, em que se sustenta na atualidade um sistema penal que se pretende controlador; em que se busca realizar uma estabilidade através de leis punitivas. Ocorre que basta uma olhada, ainda que rápida, ao redor, para se perceber que a sociedade, de um modo geral, vive em pânico com a violência, danos decorrentes não somente de ações humanas e, sobretudo, com a instabilidade da vida.

⁴⁹ “A matéria da proibição presente no tipo deve conter uma descrição, que deve ser a mais objetiva possível, com vistas a possibilitar a concretização de um modelo de conduta proibida no tipo penal.” (BRANDÃO, C., 2014, p. 53)

⁵⁰ “Uma lei penal sem precisão não seria hábil para cumprir a função do Princípio da Legalidade, que é a limitação do jus puniendi estatal; isto posto, não estaria o homem livre da utilização arbitrária do Direito Penal pelos detentores do poder político”. (BRANDÃO, C., 2010, p. 61/62.)

⁵¹ “Hay muchos en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres y confía al juez la labor de completar la otra, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de completar el tipo.” (WELZEL, H., 2004, p. 73)

É nesse contexto que se apregoa a necessária tipificação do chamado crime organizado. A tipificação do crime organizado como crime autônomo guarda total consonância com o ideal de que através do uso da força pode-se controlar tudo; cumpre ela, portanto, com a função de legitimação do poder e, ao mesmo tempo, encobre a própria incapacidade política de se realizar reformas estruturais, pelo menos no Brasil.

Observa-se no Brasil a consolidação a cada dia do enrijecimento das políticas de segurança pública em oposição à consagração do Estado Democrático de Direito. A incapacidade do Estado brasileiro de administrar a questão criminal conduz o leigo a acreditar que a implantação de medidas repressivas cada vez mais severas irá coibir a prática criminal. Instigante, no entanto, é verificar que referidas medidas de repressão na qual o Estado brasileiro parece empenhado representam, na verdade, uma ruptura com as próprias bases democráticas de direito em que as garantias individuais se consagraram.

Nesse contexto, é facilmente constatável que o Brasil, como vários outros países, pressionado externamente de modo especial pelos Estados Unidos, aderisse à onda de combate ao dito crime organizado. Ao invés, porém, de tentar construir uma legislação que guardasse consonância com sua realidade social, cuidou de repetir modelos preconcebidos e focados nos meios de investigação e repressão.

A flexibilização das garantias fundamentais (intimidade, privacidade, inocência e outras) para se proporcionar segurança é uma decorrência direta do discurso da sociedade de risco (ALEIXO, 2016, p. 64). Em nome de se afastar o risco, novas técnicas investigativas foram admitidas, ainda que revelassem uma certa contraposição às conquistas constitucionais de um Estado Democrático de Direito; tais como a colaboração premiada, as escutas telefônicas, a ação dos agentes infiltrados, a quebra do sigilo fiscal, etc.

No caso do chamado organização criminosa, embora não se saiba ainda dizer o que ela protege, ou seja, sequer conseguiu-se compreender qual o bem jurídico que se

quer resguardar, formou-se uma cega convicção de sua existência e, automaticamente, cuidou-se de aumentar as medidas repressivas para afastar o risco de sua ocorrência⁵².

Em síntese, a proposta desta pesquisa era descobrir o que se pretendia punir em relação à organização criminosa. Neste breve apanhado, o que se percebe é que, de um modo geral, não há uma preocupação tão relevante com o que se deve punir, mas sim em como se deve punir e o que se deve fazer para punir; ou seja, a lógica de que os fins justificam os meios parece ter sido adotada definitivamente por aqueles que se propuseram a combater a tal organização criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEIXO, Klélia Canabrava. **Ambivalências e contradições nas ciências criminais.** In *Perspectivas garantistas para ciências criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BECCARIA, César Bonesana Marqués. *Tratado de los delitos y de las penas*. Por Guillermo Cabanellas de Torres. Buenos Aires: Heliasta. 1993

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BRANDÃO, Cláudio. **Da tipicidade penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** 2ª ed.; Almedina: Coimbra; 2014.

_____. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DAVIN, João. **A Criminalidade Organizada Transnacional. A cooperação Judiciária e Policial na UE.** 2ª ed., rev. e aum., Coimbra: Almedina, 2007.

⁵² “O conceito fracassado em criminologia foi levado à legislação para permitir medidas penais e processuais penais extraordinárias e incompatíveis com as garantias liberais.” (ZAFFARONI, E. R. “*Crime organizado*”: uma categorização frustrada. 1996. p. 58)

DIAS, Jorge Figueiredo. **A criminalidade organizada: do fenômeno ao conceito jurídico-penal.** Revista Brasileira de Ciências de Ciências Criminais nº 71. São Paulo: Revista dos Tribunais. mar./abr. 2008. p. 11-30.

ESTELLITA, Heloísa. **Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio e BIANCHINI, Alice. **Criminalidade econômica organizada.** Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 175-189.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014.

HASSEMER, Winfried. **Limites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada.** Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, nº 14, 1997.

MASIERO, Cláudia Moura. **A política criminal brasileira voltada à criminalidade organizada: análise das leis penais aprovadas no Brasil entre 1940 e 2014.** In Crime Organizado: Tipicidade – Política Criminal – Investigação e Processo – Brasil, Espanha e Colômbia -. 2ª ed.; rev. e ampl.; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado. Aspectos gerais e mecanismos legais.** 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a operação mani pulite.** R. CEJ. Brasília, n. 26., p. 56-62, jul./set. 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime organizado.** Revista Brasileira de Ciência Criminais. Ano 11. São Paulo: Revista dos Tribunais. jan./mar. 2003. p. 214-224.

SANCTIS, Fausto Martins de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro: Destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva. 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Organização e associação criminosa nos crimes econômicos: realidade típica ou contradição em termos?** Direito Penal Econômico: estudos em homenagem ao 75 aos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 157-173.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **A investigação do crime organizado. Buscas domiciliárias nocturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações.** *In* Criminalidade Organizada e Criminalidade de Massa: Interferências e ingerências mútuas. Coimbra: Almedina. 2009.

WELZEL, Hans. **El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.** Traducción y notas por Jose Cerezo Mir. 2ª reimp. Montevideo: BdeF. 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **“Crime Organizado”: uma categorização frustrada.** Discursos Sediciosos. Crime, direito e sociedade. Ano 1, nº 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia. 1996, p. 45-67.

_____. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Vol. 1, parte geral. 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 200

APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA: DO TRIBUTO INDIRETO PRÓPRIO AO DOLO PRESUMIDO

Francis Rafael Beck
Augusto Tarradt Vilela

Resumo: O delito de apropriação indébita tributária, tipificado no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, tem sido instrumento de difícil aplicabilidade, gerando dúvidas quanto à sua tipificação nos casos de substituição tributária e inadimplemento de tributo indireto e próprio, gerando instabilidade jurídica quanto à matéria. Também, vem ocorrendo o amadurecimento de tese quanto à comprovação e à constatação do dolo com a mera declaração em documentos fiscais. Estes pontos são esclarecidos no presente trabalho, no intuito de auxiliar no estabelecimento da segurança jurídica.

Palavras-chave: Apropriação Indébita. Tributário. Tributo indireto. Dolo.

1. INTRODUÇÃO

Na esfera do direito penal econômico, há diversas questões não esclarecidas acerca da apropriação indébita tributária, tipificada no artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/90. Temas como a configuração do delito quando o tributo indireto é declarado em guia adequada, mas não é recolhido; divergências quanto à caracterização do dolo apenas pela declaração e inadimplência, como vêm decidindo alguns tribunais; entre outros aspectos ainda não esclarecidos.

Estas circunstâncias fazem exsurgir as problemáticas sobre a (i) possibilidade ou não do delito de apropriação indébita tributária perfectibilizar-se quando do não recolhimento de tributo indireto próprio devidamente declarado, bem como se é (ii) tolerável a constituição da tipificação subjetiva com a declaração e inadimplência do tributo indireto ou por substituição tributária do referido delito.

No que concerne ao primeiro problema, tem-se que o contribuinte do tributo poderá realizar duas ações quanto ao seu recolhimento: não recolher o tributo retido do tomador/consumidor como determina a substituição tributária, cuja obrigatoriedade despenda da lei; ou repassar ao comprador/tomador – no caso do tributo indireto – o valor do tributo que deveria pagar, mas não recolher aos cofres do Tesouro. Destes dois casos, tem-se que a jurisprudência e a Doutrina não pacificaram, ainda, se haveria possibilidade de tipificação ao delito de apropriação indébita no segundo caso, inexistindo maiores discussões quanto ao primeiro.

Já referente ao dolo (segunda problemática), persiste a discussão quanto à exigência da tipificação subjetiva ser de dolo específico ou genérico, circunstância que altera significativamente o ônus probatório da acusação. Todavia, a discussão mais nevrálgica transcende às corriqueiras questões quanto ao delito, porquanto Tribunais vêm reconhecendo que a declaração do tributo em guia própria e seu não pagamento estabelecem a intenção do autor, ou seja, uma espécie de dolo presumido, não havendo primordialidade do ônus acusatório de assim o comprovar. Isto é, além de existência de um dolo genérico para o cometimento do ilícito penal, há uma estranha construção de dolo presumido.

De forma geral, o objeto deste artigo é verificar a forma com a qual determinadas Cortes vêm decidindo sobre o tema e levantar o debate acerca da viabilidade dos posicionamentos anteriormente referidos. Especificamente, será realizada análise doutrinária, em especial quanto ao Direito Penal Econômico e Direito Tributário, bem como à apuração de jurisprudência acerca da situação, realizando-se levantamento de julgados dos Tribunais de Justiça gaúcho, catarinense e paulista, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

A pergunta a ser lançada para aprofundamento da presente pesquisa é “como proceder a tipificação do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, quanto à comprovação do dolo e nos casos de substituição tributária e não pagamento de tributo indireto próprio?”. Em caráter hipotético, tem-se que essa tipificação deve ocorrer tão somente frente a casos de substituição tributária, levantando-se a possibilidades de exceções, que

devem ser observadas de forma acurada, bem como que o dolo depende exclusivamente de comprovação expressa, nunca presumida.

O desenvolvimento e respostas às indagações realizadas nesta investigação possuem o fito de afastar a possibilidade de condenações injustas, em que há má tipificação de condutas, gerando a penalização indevida de cidadão e a atécnica aplicação do Direito, em especial o Penal, que deve ser observado com cautela, já que tem o condão de afastar as maiores garantias e direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito. As conclusões fornecerão, no mínimo, condições de segurança jurídica, independentemente de sua tendência, contribuindo para o fim de questões há muito discutidas.

2. A TIPIFICAÇÃO DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

O artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, tipifica o delito, intitulado pela Doutrina, de apropriação indébita tributária, isto é, crime específico quanto à indevida apropriação de valores referentes a tributos ou a contribuições sociais, descontados ou cobrados, na condição de sujeito passivo, e não recolhidos ao Tesouro, constituindo-se em crime diverso dos artigos 168 (apropriação indébita) e 168-A (apropriação indébita previdenciária). Embora o tipo penal preveja a apropriação de tributo e contribuição social, para fins deste artigo, será analisada a questão da apropriação indébita tributária, ou seja, do tributo, não se discutindo acerca da apropriação indébita de contribuição social.

Ocorre que, ainda que a própria terminologia doutrinária acolhida pela jurisprudência exponha a necessidade de apropriar-se (“tornar seu uma coisa alheia” (<https://www.priberam.pt/dlpo/apropriacao>)), há certas dificuldades na compreensão de qual conduta poderia ser adequada ao tipo, se incidiria tão somente quanto aos tributos indiretos ou por responsabilização (substituição tributária), pois distintas circunstâncias pragmáticas podem ocorrer.

O contribuinte poderá realizar duas ações quanto ao recolhimento do tributo nestes casos: reter o tributo em razão da substituição tributária (ST), cuja obrigatoriedade desponte de lei, e não recolhê-lo aos cofres públicos; e repassar ao comprador/tomador – por ser tributo indireto –, na composição do preço, o valor do tributo que deveria pagar, mas não adimplir o valor devido com o Tesouro, sendo caso de tributo do próprio contribuinte.

No primeiro caso, ter-se-ia a possibilidade da tipificação ao delito previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, uma vez que o agente recebe, por determinação legal (ST), o dever de reter o valor devido pelo comprador/tomador e recolhê-lo aos cofres públicos. Isto é, existe uma norma que determina que o substituto tributário tome o dinheiro do contribuinte e recolha, apropriando-se, o substituto, de valor que não é de sua propriedade, mas sim do Estado-contribuinte (terceiro).

Já no segundo caso, o contribuinte repassa o ônus do valor, nos casos de tributos indiretos (ICMS e ISS), ao comprador/tomador, mas permanece sendo o responsável pelo tributo. Nessa situação, o tributo acaba por constituir o custo que forma o preço do produto/serviço.

Todo este embaraço, cuja confusão é desenvolvida por uma bifurcação interpretativa, nasce de má formação de conceitos básicos do próprio direito tributário, da má técnica legislativa e, principalmente, da incompreensividade quanto a questões fáticas e de direito penal.

O artigo 2.º, inciso II, da lei n. 8.137/90, possui a seguinte redação:

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

[...]

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos.

Conceitos destacados na norma devem, necessariamente, serem dissecados para se deprender o equívoco que vem sendo praticado por parte da Doutrina e, inclusive, do Poder Judiciário.

Iniciando-se pelo *recolhimento*, tem-se que esta ação não se pode confundir com o pagamento. Enquanto o pagamento é o ato de cumprir com a obrigação de pagar o tributo, de forma direta, isto é, leva-se o valor do tributo sem interveniências de terceiro aos cofres do Fisco, o recolhimento ocorre quando terceiro possui a obrigação de reter ou receber o valor correspondente ao tributo do sujeito passivo direto e, então, recolhê-lo ao Tesouro, é o ato de disponibilizar o valor de outrem ao Tesouro do Estado (SILVA, p. 90, 1988). Esta concepção é necessária, porque o tipo penal previsto no artigo acima mencionado refere-se expressamente a “*deixar de recolher*”, não podendo haver confusão com o “*deixar de pagar*”, sendo termos técnicos inalterados, inclusive destacados no Manual de Contabilidade Pública utilizado pela União (http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/456785/CPU_MCASP+6%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o_Republ2/fa1ee713-2fd3-4f51-8182-a542ce123773).

Próximo ponto controverso são os termos “*descontado*” e “*cobrado*” que devem ser pontualmente analisados, devendo-se valer da semântica da língua para isso. *Descontado*, de fato, está adequado ao tipo penal, veja-se que se trata de apropriação indébita tributária e nada mais correto do que considerar, para se amoldar ao tipo penal, que o sujeito apossa-se, aproprie-se, por meio do *desconto*, do valor correspondente ao tributo *devido pelo terceiro*, assim, o verbo *descontar* possui o significado de deduzir, abater (<https://www.priberam.pt/dlpo/descontar>). Malgrado, *cobrar*, possui significado impossível de ser, tecnicamente, utilizado no tipo penal, isso porque a semântica da palavra leva à compreensão de exigir, solicitar, pedir (<http://www.aulete.com.br/cobrar>), e paira o absurdo jurídico admitir que o ato de cobrar, o qual não implica, necessariamente, o ato de obter vantagem em detrimento de outrem, seja considerado como verbo nuclear do tipo de apropriação indébita tributária, porquanto não haveria qualquer bem jurídico-penal ofendido.

É certo que o mais adequado seria, ao invés do verbo cobrar, a utilização do verbo *arrecadar*, uma vez que a norma de contabilidade pública reconhece que “corresponde à

entrega dos recursos devidos ao Tesouro pelos contribuintes ou devedores, por meio dos agentes arrecadadores ou instituições financeiras autorizadas pelo ente” (http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/456785/CPU_MCASP+6%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o_Republ2/fa1ee713-2fd3-4f51-8182-a542ce123773), justamente para evitar qualquer interpretação expansiva e permanecer a qualidade técnica do texto.

Inobstante às considerações anteriores, é visível que a principal discussão sobre o tema paira sobre a concepção de *sujeito passivo* externado no texto normativo. É com esta conceituação que se evidenciará se há possibilidade de incurso do contribuinte que repassa o valor do tributo indireto ao tomador/comprador nos termos do artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, ou se houve má técnica legislativa sobre o tema.

Consoante o artigo 121 do Código Tributário Nacional, sujeito passivo pode ser distinguido em *contribuinte e responsável*, o primeiro possui relação pessoal e direta com a situação que constitui o fato gerador, enquanto o segundo possui sua responsabilidade de recolher tributo de terceiro, por força de lei, e necessariamente também detém relação com o fato gerador (art. 128 do CTN). Há, ainda, conceituação doutrinária que realiza a dicotomia entre sujeito passivo direto e sujeito passivo indireto, enquanto aquele seria o contribuinte que possui relação direta com o fato gerador, o indireto seria o responsável (AMARO, p. 329, 2011). Esta diferenciação é necessária, pois a real distorção interpretativa sobre a tipificação do delito de apropriação indébita tributária decorre da conceituação do sujeito passivo elencada na legislação.

Por isso, é imprescindível que se constate que *contribuinte* (sujeito passivo direto) possui legitimidade passiva de forma geral, isto é, para afastá-la, deverá existir lei para tanto. Já o *responsável* tributário (sujeito passivo indireto) sempre será definido pela lei e terá relação com o fato gerador do tributo (MACHADO, p. 422-423, 2004).

Adentrando ainda mais na raiz da problemática, tem-se que o tipo penal exige que o praticante do verbo nuclear do tipo aposses-se indevidamente de valor correspondente a valor devido por terceiro, no qual possui deveres como sujeito passivo indireto, qual seja, o de reter o valor do tributo e leva-lo, por meio do recolhimento, aos cofres do Tesouro.

Isso porque o gênero da apropriação indébita exige que a coisa a ser apropriada pertença de fato a alguém e que esteja sob a posse do autor do ilícito de forma legítima, invertendo a sua posse de forma legal, mas mantendo sob sua custódia a coisa (no caso do delito em espécie, o valor do tributo ou contribuição social) de maneira ilegal. Especificamente quanto à apropriação indébita tributária, o autor do delito apossa-se de forma adequada do valor do tributo devido pelo terceiro, mas não repassar ao Tesouro, que seria o real proprietário.

Parece claro, então, que, para configuração do delito de apropriação indébita tributária, deve o agente reter, na condição de substituição tributária, em que se torna sujeito passivo da obrigação, o valor do tributo do contribuinte (veja-se que nessa hipótese aquele que retém não é contribuinte, mas sim responsável tributário por delegação legal), de forma legítima, uma vez que a lei o obriga, mas não recolhe ao Tesouro, apropriando-se indevidamente de valor que reteve em virtude de obrigação legal.

No caso do tributo próprio há interpretação que obscurece a tipificação do delito, pois nos casos em que o tributo seja indireto, o contribuinte poderá manejar no preço do produto ou do serviço, o valor do tributo, repassando o ônus orçamentário ao comprador/tomador, entendendo alguns que este mecanismo estaria adequado à tipificação do delito.

Apenas para fins de elucidação para continuidade do estudo, entende-se por tributo direto aquele intransferível, o qual o obrigado a realizar o pagamento e recolhimento é o próprio contribuinte. Em contra partida, indireto é o tributo que sofre a repercussão econômica, isto é, o contribuinte (chamado de *contribuinte de direito*) do tributo indireto detém a condição de repassar ao tomador/comprador (*contribuinte de fato*) ônus financeiro do tributo (AMARO, p. 450, 2011), isso ocorre com o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS –, em que o contribuinte pode repassar o custo no valor de venda do produto, e com o Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN –, cujo contribuinte prestador do serviço poderá agregar o custo do imposto ao valor do serviço prestado.

Constatadas estas circunstâncias, tem-se que ao contribuinte, fora da hipótese da substituição tributária e devedor de tributo indireto, é outorgado a repassar o custo do valor do tributo ao tomador/comprador, mas sua responsabilidade tributária persiste, permanecendo como contribuinte responsável do tributo. Mas urge discordar, ainda, de certos entendimentos sobre esta responsabilidade, pois se vem entendendo, como doravante observar-se-á, que este repasse do ônus do tributo e não pagamento do tributo próprio ao Tesouro seria causa de tipificação do delito de apropriação indébita tributária.

Ao contribuinte é permitido trabalhar o preço do objeto do negócio, porquanto faz parte da construção teórico-econômica a formação do preço do serviço ou produto, estando garantido pelo instituto da microeconomia, que “[...] é a parte da Economia que se volta ao estudo e sistematização dos distintos padrões de produção e determinação dos preços dos bens e serviços transacionados nos mais diversos mercados” (PAIVA, p. 89-91, 2008). Isso demonstra que o devedor do tributo indireto, quando estiver tratando de tributo próprio, possui a possibilidade de repassar o custo desse ao tomador do serviço/comprador da mercadoria, pois o próprio mercado estabelece essa condição na própria formação do preço.

E contrariamente não poderia ser. A Contabilidade (sistema a par do Direito), quando estabelece a formação do preço, realiza o apontamento da contabilidade direta e indireta, e, no âmbito desta estrutura, expõe a necessidade de lançamento nos custos indiretos do próprio tributo (independente de ser direto ou indireto) que, então, fará parte da composição do preço. Este preço, que se edifica com a análise dos custos, conterà o valor do tributo que se não repercutir economicamente no contribuinte tornará inviável o negócio.

E isso leva a outro ponto: se o tributo compõe o preço do produto e/ou serviço, este valor não é especificado, aliás, seria inviável tal procedimento, porque o contribuinte tão somente consegue apurar sua venda na saída total de produtos e não de forma individual, isto é, o valor do tributo indireto não é especificado, ou seja, o tributo nunca será declarado especificamente a cada produto/serviço, não havendo condições de identificar o valor repassado diretamente ao contribuinte, nem mesmo em documentos fiscais, algo de extrema importância.

Esta fática análise torna-se imperiosa, na medida em que autores como Aristides (ALVARENGA, p. 64, 2002), Celso e Francisco (BASTOS; ALVES, p. 94, 2002), entre outros que defendem a criminalização da apropriação indébita tributária nos casos de tributo próprio e indireto afirmam que se houver destaque/declaração do tributo em documento fiscal, configura-se o desejo de fraude e apropriação do tributo. Contudo, esta circunstância tão somente ocorrerá quando se tratar de substituição tributária, não quando se versar sobre tributo próprio, porquanto nem mesmo o contribuinte de direito possui condições de identificar ao que corresponde o valor do tributo dentro de um produto em específico, uma vez que essa análise só poderá ser evidenciada de forma global, já que os varejos, por exemplo, apenas diagnosticam seu lucro pelo valor de entrada e saída do estoque e não do produto individual.

E este é outro ponto essencial. No direito penal, em nosso entender, é imprescindível a vinculação do objeto derivado de ilícito ao próprio delito, seria imperioso que o autor do crime pudesse identificar, dentro de cada produto ou serviço, de forma específica, o valor do repasse do tributo para que houvesse a tipificação do delito de apropriação, o que é impossível, uma vez que essa análise só é realizada dentro do montante geral do lucro. Então, poderão correr situações em que há ocorrência de prejuízo em alguns dos serviços e produtos (se analisados individualmente), que podem ser cobertos pelo lucro de outros, ou seja, impossível, mercadologicamente, economicamente e faticamente, identificar se o ônus financeiro do tributo indireto que teria sido repassado a terceiro foi por ele pago.

Averiguando-se estas circunstâncias, denota-se que a tipificação da conduta ao art. 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, tão somente pode ser aplicada quando o autor do delito perfectibilizar a conduta estando presentes os seguintes quesitos:

- i) Obrigação legal de *recolher* tributo ou contribuição social de *terceiro*;
- ii) *Descontar* ou *arrecadar* (observando a crítica ao verbo “cobrar”) o tributo ou contribuição social;
- iii) Existir determinação legal de *substituição tributária*, sendo inviável a estipulação da forma lato sensu de sujeito passivo.

Marafon e Soares são pontuais ao afirmar sobre a impossibilidade de tipificação do delito quando se tratar de tributo próprio:

“Primeiramente porque o tributo é relativo à dívida de operações próprias do contribuinte, ou seja, ele não está obrigado a reter e, posteriormente, recolher o imposto. Por outro lado, se o tributo foi oportunamente declarado nas guias adequadas, resta indagar se efetivamente não houve pagamento do imposto, caso contrário, estaremos diante de mero atraso no recolhimento”. (MARAFON; SOARES, p. 188, 2002).

Mais. A doutrina vem destacando que além de ser ilegal a referida tipificação penal por inadimplência do tributo, seria, inclusive, imoral reconhecer tal conduta, uma vez que o Estado, principal devedor na contemporaneidade econômico-brasileira, deixa muitas vezes de pagar seus fornecedores, enquanto empresas em dificuldades financeiras devem manter seus empregados, pagar juros bancários, salários, fornecedores e, para que não venham a falir, deverão optar pela sobrevivência ou por pagarem impostos, sendo que na primeira situação, o responsável pela empresa responderia criminalmente (MARTINS, p. 49, 2002).

Realizada esta primeira análise, percebe-se que o tipo penal previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, apesar de ser aberto para interpretação de ser possível a tipificação da apropriação indébita tributária nos casos de tributo próprio e indireto, torna-se inviável tal entendimento, porque desconfiguraria a própria interpretação de apropriação indevida, além de moralmente ser incabível a criminalização da inadimplência.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: A TIPIFICAÇÃO DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA DE TRIBUTOS PRÓPRIOS E A INTERPRETAÇÃO DO TJRS, TJSP, STJ E STF

Realizada a análise sobre a tipificação do crime de apropriação indébita tributária, passa-se à verificação do entendimento jurisprudencial dos TJRS, TJSP, STJ e STF, no intuito de apurar se o posicionamento de cada Corte vem construindo-se de forma adequada ao Direito.

1.1. Tribunal de Justiça Do Rio Grande do Sul

A Corte gaúcha não adentrou incansavelmente na discussão da apropriação indébita tributária, sendo poucos os momentos em que recursos foram direcionados a seus órgãos julgadores, o que obstaculiza em parte a análise comportamental desse tribunal acerca do tema.

Alguns julgados, porém, demonstram que a temática digladia entre as teses julgadoras, causam certa insegurança na aplicabilidade da norma penal. Como se pode observar dos exemplos abaixo elencados:

APELAÇÃO-CRIME. ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. Fraude à fiscalização tributária. Inserção de elementos inexatos em notas fiscais. Redução do imposto a pagar. Não havendo prova de que o réu tenha agido com dolo, necessário à configuração do delito previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90, impositiva a solução absolutória. Apelo ministerial improvido. ART. 2º, INCISO II, DA LEI Nº 8.137/90. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. O não recolhimento de ICMS, no prazo legal, regularmente declarado, não configura o crime de apropriação indébita do tributo previsto no art. 2º, inciso II, da Lei nº 8.137/90. Apelo da defesa provido. Unânime. (Apelação Crime Nº 70070284625,

Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator:
Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 06/04/2017).

No referido caso, o Tribunal entendeu por absolver do delito de apropriação indébita tributária, com base no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, réu que exercia atividade farmacêutica, por depreender que a mera inadimplência não constituiria crime – o que não se discorda –. Entretanto, as farmácias, na maioria dos Estados, possuem a responsabilidade por substituição tributária de alguns medicamentos, como dispõe, por exemplo, o artigo 33, inciso I, da Lei n. 8.820/89 do Estado do Rio Grande do Sul. Esta circunstância é essencial, porque se o tributo devidamente declarado e não pago incidiu sobre produto no qual existe o dever da ST ao réu, poder-se-ia proceder à condenação. E, se não houvesse a comprovação disso pela acusação, a absolvição por insuficiência probatória seria a melhor técnica.

Outro caso interessante, mas que não condiz diretamente com o delito de apropriação indébita tributária, é o do julgamento da Apelação Criminal n. 70067987602, que em determinado momento o julgador, utilizando-se da motivação de outro par, colaciona o seguinte parágrafo na carta decisória:

“Trata-se, nesse caso, de imposto indireto, servindo o comerciante como mero repassador do valor custeado, ao final, pelo usuário do estabelecimento. A falta de pagamento, portanto, corresponde a uma apropriação indevida, conduta grave e que identifica a gravidade que suporta sua repercussão penal persecutória”.

Embora o delito lá apurado tivesse sido o previsto no artigo 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, os julgadores acabaram por embasar sua decisão afirmando que há possibilidade de apropriação indébita de tributo indireto quando há repercussão econômica do tomador/consumidor. O que demonstra uma tendência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul a julgar casos de inadimplência de tributo indireto como de apropriação indébita tributária.

3.2. Tribunal de Justiça de São Paulo

O TJSP possui diversos entendimentos sobre o assunto, o que demonstra patente instabilidade jurídica sobre o tema da apropriação indébita tributária, necessitando-se de pacificação quanto ao assunto.

Apelação. Crime contra a ordem tributária. Art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90 c.c. art. 71 do CP. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Sentença mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação 0006340-20.2011.8.26.0407; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/06/2017; Data de Registro: 29/06/2017).

No precedente acima colacionado, identificou-se uma falha significativa quanto à interpretação do ilícito penal da apropriação indébita. Em nenhum momento questionou-se a figura da substituição tributária, tendo-se mantido a condenação do apelante por não recolher, no prazo legal, ICMS “debitado nas saídas dos produtos”.

Contudo, conforme se observou acima, o ICMS é tributo indireto que se agrega ao preço do produto comercializado, isto é, a dívida é do próprio contribuinte e por ele suportada, inexistindo, no caso analisado, a figura da substituição tributária, que é encontrada em algumas atividades cuja legislação prevê tal fenômeno, como é o caso da indústria farmacêutica. Novamente, entendeu-se que o imposto próprio pode ser apropriado indevidamente pelo próprio devedor.

Consegue-se acompanhar o entendimento acima apontado, ao se observar o seguinte acórdão ementado:

Habeas Corpus – Crime empresarial – Denúncia que não descreve pormenorizadamente a participação de cada um dos envolvidos nos fatos – Pacientes que ocupam cargo de gerência – Presença de indícios de

autoria e materialidade – Constrangimento ilegal não caracterizado Nos crimes empresariais, nos quais a autoria e a participação muitas vezes são pulverizadas, admitem-se denúncias menos pormenorizadas, desde que haja indícios suficientes de autoria e materialidade. Na medida em que os acusados são representantes legais da empresa, e nela desempenham funções gerenciais, não há que se cogitar, ao menos nos estritos limites do habeas corpus, de inépcia da denúncia em razão de eventual caráter objetivo da imputação contra eles lançada. É certo que, ao com a aproximação do término da ação penal, será necessário que o órgão acusatório esteja apto a demonstrar a efetiva vinculação de cada um dos envolvidos aos fatos típicos descritos na exordial, não sendo admissível lastrar-se eventual condenação criminal apenas no fato do imputado ocupar cargo de direção ou gerência. O momento processual para tanto será, todavia, outro, sendo certamente precipitado, na presente fase da ação penal, proceder a seu trancamento, sem ser dada à acusação a possibilidade de confirmar ao longo da instrução a procedência dos indícios atualmente existentes contra os pacientes. (TJSP; Habeas Corpus 2071956-52.2017.8.26.0000; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaguariúna - 2ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 08/06/2017; Data de Registro: 13/06/2017).

No referido caso, ao paciente, sócio de uma empresa do seguimento metalúrgico, fora imputado crime tipificado ao artigo 2.º, inciso II, combinado com os artigos 11 e 12, inciso I, todos da Lei n. 8.137/90, tendo-se questionado a inépcia da denúncia, por falta de individualização da conduta do paciente, entretanto, para respaldar a manutenção da ação penal, o julgador afirmou que o próprio Código Tributário Nacional incumbe ao paciente o dever de “*adimplemento de aludida obrigação*”. Todavia, esta fundamentação, por si só, já afastaria a possibilidade de tipificação ao crime de apropriação indébita tributária nos casos de tributo indireto, uma vez que o crime configura-se quando o dever de adimplemento é de terceiro que repassa o valor ao autor do ilícito que, ao recebê-lo,

não repassa ao Tesouro, quando tinha o dever de *recolher*, ou seja, se o contribuinte tem o dever de *adimplir* não poderá sofrer consequências da apropriação indébita tributária, pois apenas aquele que possui a obrigação de *reter/recolher* deverá ser sancionado no caso de não repasse aos cofres públicos.

A concepção pelo Judiciário paulista da viabilidade de imputação do crime de apropriação indébita tributária de tributo indireto é corroborada, além dos julgados acima expostos, por tantos outros, como se compulsa dos procedimentos Habeas Corpus n. 2004211-55.2017.8.26.0000; Apelação n. 0075538-48.2010.8.26.0224; Apelação n. 0016226-24.2006.8.26.0664, Apelação n. 0002495-70.2012.8.26.0495, em que nem sequer se discutiu acerca da substituição tributária para tipificação do delito, demonstrando que o TJ/SP vem entendendo que o delito previsto no artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 não só é aplicável aos casos de apropriação de tributo em condição de substituição tributária, mas, também, em casos de não recolhimento do tributo próprio.

3.3. Superior Tribunal De Justiça

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se em poucos momentos sobre o assunto, tendo em vista que muitos dos recursos que chegam ao referido tribunal acabam por restarem com os delitos prescritos, o que impede o enfrentamento de mérito.

Entretanto, pode-se diagnosticar que o STJ vem decidindo, embora não de forma unânime, no sentido do já fundamentado em capítulo anterior, de que a dívida de tributo próprio, ainda que em condições de tributo indireto, não pode perfectibilizar o delito de apropriação indébita tributária, porquanto incorre a situação de substituição tributária.

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA. DÍVIDA FISCAL PRÓPRIA. INOCORRÊNCIA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONDUTA ATÍPICA. 1. Afastada a alegação de inconstitucionalidade do disposto o art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, nos termos dos

precedentes desta Corte. 2. Não agindo como substitutos tributários, mas simplesmente deixando de recolher tributo próprio, não incidem os pacientes nem no art. 2º, II, da Lei 8.137/90, nem em tipo penal outro de sonegação tributária, pois mera dívida fiscal inadimplida. 3. Trancamento da ação penal por atipicidade da conduta 4. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (RHC 36.162/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 17/11/2014).

O acórdão acima apontado e acurado fundamenta-se no depreendimento de que os recorrentes do RHC julgado não eram substitutos tributários do valor de ICMS devido e reconhecido, mas sim devedores próprios e diretos do *quantum* não recolhido ao Tesouro. Por essas condições, as circunstâncias afastaram a tipicidade da conduta, tornando atípico o não recolhimento de tributo próprio para esfera penal.

Malgrado, embora escoreito o entendimento que prevaleceu no RHC n. 36.162/SC para trancamento da ação penal, tendo em vista a atipicidade da conduta, houve posição contrária no âmbito da própria decisão. De acordo com o voto vencido, em razão da possibilidade do ICMS repercutir economicamente no consumidor, permitiria concluir pela, em prima face, tipicidade da conduta. Gize-se que este entendimento vem sendo consubstanciado por outros órgãos julgadores do Superior Tribunal de Justiça, como se vislumbra do seguinte julgado colacionado, que é acompanhado pelo RHC 44.466/SC:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS DECLARADO PELO PRÓPRIO CONTRIBUINTE. FATO QUE SE AMOLDA, EM TESE, AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O trancamento de ação penal em sede de habeas corpus é medida excepcional, só admitida quando restar

provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito. 2. Da leitura do artigo 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, depreende-se que pratica o ilícito nele descrito aquele que não paga, no prazo legal, tributo aos cofres públicos que tenha sido descontado ou cobrado de terceiro, exatamente como ocorreu na hipótese em exame, em que o ICMS foi incluído em serviços ou mercadorias colocadas em circulação, mas não recolhido ao Fisco. 3. Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal. Precedente. 4. Recurso desprovido. (RHC 44.465/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015)

Inobstante ao fundamentado pelos Ministros julgadores, parece que essa divergência é superada ao se analisar a necessária existência de substituição tributária e o direito (senão dever) do contribuinte constituir o preço do seu produto com todos os seus custos (inclusive o tributo), como embasa o entendimento emanado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI 8.137/1990. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS PRÓPRIO. MERO INADIMPLEMENTO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. 1. O delito do artigo 2º, inciso II da Lei nº 8.137/90 exige que o sujeito passivo desconte ou cobre valores de terceiro e deixe de

recolher o tributo aos cofres públicos. 2. O comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, não realiza o pagamento do tributo não deixa de repassar ao Fisco valor cobrado ou descontado de terceiro, mas simplesmente torna-se inadimplente de obrigação tributária própria. 3. Recurso desprovido. (REsp 1543485/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016).

Pelos julgados expostos neste tópico, é perceptível identificar o dilema que o próprio Superior Tribunal de Justiça vem enfrentando, não conseguindo estabelecer qual a real forma de tipificação do delito previsto no artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, implicando a real necessidade do aprofundamento do estudo sobre o tema.

3.4. Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte alcançou a possibilidade de manifestar-se sobre o tema quando do julgamento do ARE 999.425, contudo, deixou de entrar no mérito do assunto, como se observa na ementa do referido julgado:

PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso extraordinário desprovido. (ARE 999425 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em

02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017).

O acórdão proferido pelo Egrégio Pretório decorreu de recurso extraordinário interposto contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que julgou pela condenação do recorrente, tendo, então, a Defesa alegado, em sede do Tribunal Constitucional a violação à Constituição Federal, uma vez que a prisão decorrente do artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90 equiparar-se-ia à prisão civil.

No caso julgado, tratava-se de condenação de cidadão que teria repassado, em razão da característica de tributo indireto, o ICMS no preço de seus produtos aos consumidores e não recolhido o imposto devidamente aos cofres do Estado de Santa Catarina, tendo o Supremo Tribunal Federal assentado seu entendimento tão somente quanto à constitucionalidade do delito frente ao questionamento da prisão civil.

Neste importante momento, o Supremo Tribunal Federal, notadamente, deixou de adentrar, ainda que não houvesse tese acusatória ou defensiva quanto ao tema, na importante dicotomia entre tributo próprio inadimplido e tributo “impróprio”, cujo dever de recolher deriva-se da substituição tributária, não recolhido, perdendo pontual oportunidade de pacificar o entendimento sobre a tipificação da apropriação indébita tributária, que vem condenando diversas pessoas inadequadamente.

4. TIPIFICAÇÃO SUBJETIVA DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA: A PRETENZA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Outra peculiaridade que vem se formando no que tange ao delito de apropriação indébita tributária é a tipificação subjetiva do delito, isto é, a comprovação do dolo do agente que pratica a conduta, uma vez que, em especial, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Corte da qual fora oriundo o RExt n. 999.425, consolidou preocupante posicionamento.

Para a referida Corte, a tipificação subjetiva do delito de apropriação indébita tributária constitui-se com a mera declaração do imposto devido e não pago nas Guias de Informação e Apuração do ICMS (GIAS), o que implica subversão total sobre o tema de Direito Penal, já que se desenvolveu um mecanismo inversor do ônus probatório revestido de falsa legalidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina possui vasta jurisprudência no seguinte sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990 C/C O ART. 71 DO CÓDIGO PENAL), POR DOZE VEZES. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. TRIBUTO INDIRETO, INCLUÍDO NO PREÇO DA MERCADORIA COMERCIALIZADA OU NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. IMPOSTO PAGO PELO CONSUMIDOR, SENDO O COMERCIANTE MERO REPASSADOR DOS VALORES AO FISCO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA QUE SE SUBSUME AO TIPO PENAL DO ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/1990. CONDUTA TÍPICA. DÍVIDA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM DE NATUREZA CIVIL. INADIMPLEMENTO QUE PREJUDICA TODA A COLETIVIDADE ELEVADO À CATEGORIA DE CRIME. AUTORIA COMPROVADA PELO CONTRATO DA EMPRESA DANDO CONTA DE QUE OS ACUSADOS SÃO OS SÓCIOS ADMINISTRADORES DO RESTAURANTE. (ART. 11 DA LEI N. 8.137/90). RELATO DO AUDITOR FISCAL, EM JUÍZO, ESCLARECENDO TER ANALISADO OS DOCUMENTOS ENVIADOS PELA INTERNET AO FISCO COM AS DECLARAÇÕES DE OPERAÇÕES SEM O RESPECTIVO PAGAMENTO. ELEMENTO SUBJETIVO, CONSISTENTE NA INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO, DESNECESSÁRIO. RECUSA AO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DEFINIDA EM LEI. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO.

PRECEDENTES. CONDENAÇÃO DE AMBOS OS ACUSADOS INARREDÁVEL. DE OFÍCIO, EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA ACUSADA EDITE. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA, EM RAZÃO DA PENA IRROGADA. LAPSO TEMPORAL ENTRE A CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO E O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SUPERIOR A UM ANO E MEIO, CONSIDERANDO SUA IDADE SUPERIOR A 70 ANOS NA ÉPOCA DA SENTENÇA. OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 109, VI, COM REDAÇÃO POSTERIOR À LEI N. 12.234/2010, C/C ART. 115, AMBOS DO CP. PUNIBILIDADE EXTINTA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA EM RELAÇÃO AO ACUSADO MAURI. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA POR ESTE COLEGIADO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA ÀS INSTÂNCIAS SUPERIORES. DETERMINAÇÃO EM OBSERVÂNCIA A RECENTE ORIENTAÇÃO DO STF (HC N. 126292/SP), O QUE FOI RATIFICADO NO JULGAMENTO DO DIA 05/10/2016 PELO PLENÁRIO DA MESMA CORTE, EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL, JULGANDO O MÉRITO DO ARE 964246, REPRESENTATIVO DO TEMA 925. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0016568-28.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 11-07-2017).

No decorrer da decisão, o acórdão define que o dolo exigido para perpetuação do delito é o genérico, consistente na intenção, conforme julgado que o embasa, de “não efetuar o recolhimento de tributo aos cofres públicos”, o que vem causando a compreensão de que a declaração e o não adimplemento do valor declarado por si só comprovam o dolo para tipificação do delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137.

O entendimento acima colacionado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem, paulatinamente, sendo consolidado naquela Corte, como se pode observar dos julgados encontrados em seu acervo eletrônico que mantêm o entendimento do dolo genérico e seu

respaldo na declaração por parte do réu em guias próprias, especialmente quanto ao ICMS: Apelação Criminal n. 0907918-48.2015.8.24.0038, Apelação n. 0007270-64.2013.8.24.0038, Apelação n. 0018943-79.2011.8.24.0020, além de tantos outros.

É certo que sempre se discutiu a real constatação do dolo para tipificação deste delito, se imprescindível dolo específico ou dolo genérico. Enquanto o dolo específico restaria da intenção pormenorizada do indivíduo desejar apropriar-se do valor do tributo que deveria repassar ao Tesouro e, ainda, intencionar locupletar-se em prejuízo do Fisco; o dolo genérico estaria na mera pretensão de apropriar-se do valor que sabe não ser seu.

Esta bifurcação conceitual estabelece-se pela farta discussão do delito previsto no artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, ser de caráter formal ou material, tudo isso em razão de rúptil redação consolidada pelo legislador infraconstitucional, que estabeleceu no *caput* do referido artigo que os delitos arrolados nele são de “mesma natureza” que os do artigo 1º da mesma lei.

A Doutrina, por sua vez, reconhece que os tipos penais previstos no artigo 1º são de natureza material como se pode observar pelos apontamentos de Paulsen (PAULSEN, 358-359, 2017) e de Malan (MALAN, 468-469, 2007). Estes crimes, necessariamente, terão de produzir dano, inexistindo forte resistência a este ponto. Entretanto, situação diversa é encontrada nos crimes tipificados no artigo 2º da Lei n. 8.137/90. Em razão da referência legal de que os delitos previstos no referido artigo são de mesma natureza do artigo 1º da mesma lei, resultando no reconhecimento de que estes seriam materiais. Ponto este em que os mesmos autores acima citados divergem.

Enquanto Paulsen (PAULSEN, 358-359, 2017) afirma que os delitos contidos no rol do artigo 2º são de natureza formal, Malan (MALAN, 473-474, 2007) assevera veementemente que as condutas lá descritas são de cariz material, principalmente por esta anunciação do próprio legislador de que os delitos ali contidos são de “mesma natureza” dos do artigo 1º.

O reflexo da natureza do delito para identificação do dolo (se genérico ou específico) é essencial, porquanto o delito material, de maneira imprescindível, requer que, para violação de seu tipo penal, haja resultado concreto (CALLEGARI, p. 34. 2009),

isto é, que lese de fato o bem jurídico ali tutelado, no caso do delito de apropriação indébita tributária, a boa administração e patrimônio do Estado. Doutra maneira, o delito de natureza formal, não permite o alcance do resultado, mas a simplista violação da lei, sem que haja preocupação com o objeto que deveria tutelar (KREBS, p. 02, 2006).

Essa análise segmentada exsurge para identificar o dolo que, para o delito material, deve ser efetivamente específico (não se adentrando na discussão de que sempre deve assim sê-lo, independente da natureza do delito), enquanto para o crime formal, conforme parte da Doutrina, o dolo geral/genérico é aplicável.

Ao que se compulsa do tipo penal do artigo 2º, em especial o inciso II, os delitos ali contidos são de cunho material, porquanto pressupõem um resultado, demonstrando que o autor do delito praticou a conduta, indubitavelmente, de forma artilosa, fraudulenta, e para isso é inarredável a comprovação do aceite pleno de conhecimento e vontade (elementos intelectual e volitivo – CALLEGARI, p. 103-104, 2009), não sendo possível considerar a configuração de dolo genérico, como mera intenção de permanecer com o valor recebido, porquanto, se assim for, o entendimento de que declarado o valor devido de ICMS, por exemplo, e não pago (destacando que o ICMS de regra é pago, não recolhido) estaria “correta”. Ora, é evidente que o indivíduo que declara o valor devido, no mínimo, age sem intenção de fraude ao Fisco, atuando de forma transparente, inexistindo aqui a lesão à boa administração do Estado, que tem plenas condições de identificar a não entrada do valor em seu Tesouro e viabilizar sua devida cobrança cível e administrativamente.

Ademais, ainda que se entenda que o delito de apropriação indébita tributária é de caráter formal, o dolo genérico não pode ser evidenciado pela mera declaração do valor devido e seu inadimplemento, isso porque, se assim for, estará estabelecendo uma inversão de ônus probatório inexistente na legislação e epistemologia do Direito Penal, inclusive utilizando-se de prova produzida pelo próprio réu, por obrigação legal de declarar ao Fisco seus tributos.

É evidente que o delito de apropriação indébita tributária vem sendo distorcido de maneira a compelir o contribuinte do Estado ao pagamento, sob pena de prisão, com fundamentação de falso manto de legalidade.

5. CONCLUSÃO

O delito de apropriação indébita tributária, tipificado no artigo 2.º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, vem sendo questão altamente discutida em diversos pontos, tanto na sua tipificação objetiva com o preenchimento dos elementos de tipo, quanto em sua tipificação subjetiva, na configuração e constatação do dolo. Essa instabilidade jurídica, além de causar sério prejuízo aos jurisdicionados, vem corroborando condenações concretas e indevidas, resultando na criminalização da inadimplência.

O crime que, pelo estudo ora apresentado, deveria ser aplicado tão somente nos casos de substituição tributária, vem, também, sendo concretizado quando há repercussão econômica no tomador/consumidor do contribuinte de direito, o que permitiria que toda a atividade submetida ao tributo indireto (maior parte das atividades) venha a ser criminalizada pelo mero não pagamento, no prazo, do tributo do qual o próprio contribuinte é devedor.

Dessa percepção, só se pode concluir que o Poder Judiciário e boa parte da Doutrina desconhecem a realidade prática da estrutura mercadológica e, além de contrariarem a própria construção do Direito Penal, inviabilizam a atividade econômica, a liberdade negocial, colocando os interesses pecuniários do Estado em forma desigual aos da sociedade, criminalizando conduta (inadimplência) cujo maior praticante é o próprio Estado.

Não bastasse isso, a consolidação que vem se alastrando sobre a concepção do dolo no crime de apropriação indébita tributária é preocupante. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem reconhecendo o dolo genérico por meio da declaração realizada nas GIAS, referente ao ICMS, instituindo uma inversão do ônus probatório do dolo, isto é, já que o réu declarou que deve o imposto, cabe a ele demonstrar que inexistia dolo. Mesmo agindo com transparência, o réu é submetido a uma inversão diabólica, pois declarou o imposto devido, a fim de informar o Fisco e por força de obrigação legal e, em razão disso, é presumido seu dolo penal. O dolo é instituto que, no âmbito do processo penal, em nenhuma hipótese, deve ser reconhecido de forma presumida, porque é

elemento perfectibilizador do delito e deve ser comprovado pela acusação, e aqui se pode acrescentar, inclusive, o tributo apropriado por via da substituição tributária.

Por estes motivos, e ao fim, entende-se que o delito de apropriação indébita tributária só poderá ocorrer nos casos de substituição tributária, em que ao réu se repassa o dever de arrecadar e repassar aos cofres públicos o valor devido por terceiro, não havendo, por questões epistemológicas do próprio Direito existir apropriação indébita de valor que pertence a si mesmo, pois quando o contribuinte de fato efetua o pagamento de tributo, de forma não especificada, embutido no preço, está pagando o valor que deve ao contribuinte do tributo indireto e não ao Estado.

Portanto, o entendimento que vem sendo tomado pelas Cortes e Doutrina de que é cabível a criminalização do não pagamento do tributo indireto quando suportado seu ônus pelo contribuinte de fato e de que o dolo genérico é aplicável e comprovado pela mera declaração em documentos fiscais, são violadores de Direitos e inadequados à estrutura jurídico-penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TJRS. Apelação Crime Nº 70070284625, Quarta Câmara Criminal, Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, Julgado em 06/04/2017

Dicionário Priberam. Disponível em: < <https://www.priberam.pt/dlpo/apropriação>>. Acesso em 02 de jul. 2017

Dicionário Caldas Aulete em < <http://www.aulete.com.br/cobrar>>. Acesso em 04/07/2017.

Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público. 6.^a ed. Brasília, 2015. p. 58.

Disponível em:
<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/456785/CPU_MCASP+6%C2%AA%20edi%C3%A7%C3%A3o_Republ2/fa1ee713-2fd3-4f51-8182-a542ce123773>.
Acesso em: 07/07/2017.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 17.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao código tributário nacional: artigos 96 a 138. Vol. II. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

PAIVA, Carlos Águedo Nagel. Noções de Economia. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2008.

MARAFON, Plínio José; SOARES, Maria Helena Tavares de Pinho Tinoco. . In: Crimes contra a ordem tributária. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves; atualização Damásio de Jesus. 4. Ed. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2002 (Pesquisas tributárias, Nova série; n. 1).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. In: Crimes contra a ordem tributária. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves; atualização Damásio de Jesus. 4. Ed. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2002 (Pesquisas tributárias, Nova série; n. 1).

ALVARENGA, Aristides Junqueira. In: Crimes contra a ordem tributária. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves; atualização Damásio de Jesus. 4. Ed. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2002 (Pesquisas tributárias, Nova série; n. 1).

BASTOS, Celso Ribeiro; ALVES, Francisco de Assis. In: Crimes contra a ordem tributária. Coord. Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural José Carlos Moreira Alves; atualização Damásio de Jesus. 4. Ed. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Centro de Extensão Universitária, 2002 (Pesquisas tributárias, Nova série; n. 1).

TJRS. Apelação Crime Nº 70067987602, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em 01/12/2016.

TJSP. Apelação 0006340-20.2011.8.26.0407; Relator (a): Reinaldo Cintra; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 28/06/2017.

TJSP. Habeas Corpus 2071956-52.2017.8.26.0000; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 08/06/2017.

TJSP; Habeas Corpus 2004211-55.2017.8.26.0000; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 23/03/2017.

TJSP. Apelação Criminal 0075538-48.2010.8.26.0224; Relator (a): Miguel Marques Silva; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 10/03/2016.

TJSP. Apelação Criminal 0016226-24.2006.8.26.0664; Relator (a): Edison Brandão; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 30/06/2015.

TJSP. Apelação Criminal 0002495-70.2012.8.26.0495; Relator (a): Luís Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 10/06/2015.

SILVA, Lino Martins. Contabilidade Governamental. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1988.

STJ. RHC 36.162/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 17/11/2014.

STJ. RHC 44.465/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 25/06/2015.

STJ. REsp 1543485/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 15/04/2016

STF. ARE 999425 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 02/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 15-03-2017 PUBLIC 16-03-2017.

TJSC. Apelação Criminal n. 0016568-28.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 11-07-2017

TJSC. Apelação Criminal n. 2014.053571-9, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 07/10/2014.

TJSC. Apelação Criminal n. 0907918-48.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Sérgio Antônio Rizelo, j. 27-06-2017

TJSC. Apelação n. 0007270-64.2013.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 06-09-2016

TJSC. Apelação n. 0018943-79.2011.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 12-07-2016

PAULSEN, Leandro. Crimes federais. São Paulo: Saraiva, 2017.

MALAN, Diogo. Considerações sobre os crimes contra ordem tributária. In: Revista do Tribunais. Editora RT: São Paulo, 2007.

CALLEGARI, André Luis. Teoria geral do delito e da imputação objetiva. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KREBS, Pedro. Teoria jurídica do delito: noções introdutórias: tipicidade objetiva e subjetiva. 2ª ed. Barueri: Manole, 2006.

A LAVAGEM DE DINHEIRO NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Gabriela Cristina Silveira

Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Pós-graduanda em Penal e Processual Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Assistente de Procuradoria de Justiça – Coordenadoria de Recursos Criminais do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. E-mail: gabi_202@hotmail.com

Resumo: Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.683/12, os crimes de Lavagem de Dinheiro, previstos na Lei n. 9.613/98, passaram a aceitar qualquer atividade delituosa como crime antecedente. Antes da modificação legislativa, o rol de delitos precedentes era restrito, sendo limitado àqueles considerados de maior gravidade, dentre eles o tráfico de drogas e o terrorismo. A partir disso, iniciou-se intensa discussão doutrinária sobre quais os limites de abrangência para sua tipificação, tendo em vista que a lavagem de dinheiro estaria caracterizada no momento em que o agente oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal – que compreende tanto crime quanto contravenção penal. No presente artigo, objetiva-se discutir a possibilidade de tipificar a lavagem de dinheiro nos casos em que os bens, direitos ou valores forem provenientes da prática de crime contra a ordem tributária. Nesse ponto, destaca-se que o delito de branqueamento de capitais ocorre de maneira independente do delito antecedente, isto é, não se verifica na fase consumativa ou de exaurimento do tipo penal anterior, nem da mera utilização do proveito financeiro obtido com a prática criminosa, mas caracteriza-se como uma conduta autônoma derivada da antecedente. Parcela da doutrina entende que seria inviável a tipificação, pois a sonegação fiscal não produz recursos, evita, apenas, a diminuição do pagamento de tributos incidentes em recursos provenientes da atividade da empresa. Esbarra-se, portanto, no objeto material do delito, uma vez que não haveria lavagem do que não é produto de atividade criminosa.

A conduta típica também possui posicionamento contrário no sentido de que poderia constituir bis in idem, visto que geralmente quem comete fraude no pagamento de tributos converte, oculta ou encobre a origem dos bens ou valores provenientes dessa prática, empregando-os em sua própria atividade empresarial. Nessa linha, a utilização dos recursos provenientes da sonegação fiscal viria a ser o exaurimento de um delito já consumado, ainda que haja um tipo penal específico para essa conduta. Ainda, é defendido que sem o esgotamento da via administrativa não há crime tributário, o que inviabilizaria a lavagem de dinheiro antes do término do procedimento fiscal. Esse, porém, não é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Por fim, outra parte da doutrina afirma ser possível tipificar o delito de lavagem de dinheiro caso fique comprovada a vontade do agente de dar aparência lícita aos recursos provenientes da sonegação fiscal. Os Tribunais pátrios coadunam deste entendimento. A proeminência do crime de lavagem de dinheiro, tanto em cenário nacional quanto internacional, demonstra a relevância de estudos dessa natureza e, em especial, quando relacionado a crimes fiscais, de modo que sua aplicação não se torne abrangente e nem caia em eventual ineficácia. Estabelecidas as premissas gerais acima expostas, será analisada, através do método dedutivo e com o cotejo de casos concretos, sem esgotar os desdobramentos relacionados com o tema, a possibilidade de caracterizar delitos fiscais como antecedentes à prática de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico, Lavagem de Dinheiro, Delito Antecedente, Crime Contra a Ordem Tributária.

1. INTRODUÇÃO

Com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.683/12, os crimes de Lavagem de Dinheiro, previstos na Lei n. 9.613/98, passaram a aceitar qualquer atividade delituosa como crime antecedente. Antes da modificação legislativa, o rol de delitos precedentes era restrito, sendo limitado àqueles considerados de maior gravidade.

A partir disto, iniciou-se intensa discussão doutrinária sobre quais os limites de abrangência para sua tipificação, tendo em vista que a Lavagem de Dinheiro estaria caracterizada no momento em que o agente oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal – que compreende tanto crime quanto contravenção penal.

No presente artigo, objetiva-se discutir a possibilidade de tipificar o delito de branqueamento de capitais nos casos em que os bens, direitos ou valores forem provenientes da prática de crime contra a ordem tributária.

A proeminência do crime de lavagem de dinheiro, tanto em cenário nacional quanto internacional, demonstra a relevância de estudos dessa natureza e, em especial, quando relacionado a crimes fiscais, para que sua aplicação não se torne abrangente e nem caia em eventual ineficácia.

Antes, porém, é necessário estudar tanto os crimes de Lavagem de Dinheiro, especificamente a evolução legislativa de sua tipificação, seu conceito e características, o bem jurídico tutelado e as fases que compõem um processo de lavagem, quanto os crimes contra a ordem tributária, especificamente a Súmula Vinculante n. 24, bem como a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do débito e seus efeitos.

Estabelecidas as premissas gerais acima expostas, será analisada, através do método dedutivo e com o cotejo de casos concretos, sem esgotar os desdobramentos relacionados com o tema, a possibilidade de caracterizar delitos fiscais como antecedentes à prática de Lavagem de Dinheiro.

2. DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

2.1 Evolução legislativa

No Brasil, o crime de Lavagem de Dinheiro foi tipificado no ano de 1998, através da Lei n. 9.613, considerado, de certa forma, atrasado em relação ao cenário internacional. Porém, quando a lei foi promulgada, o rol de delitos antecedentes à Lavagem de Dinheiro

era taxativo, sendo restringido a bens ou valores oriundos do tráfico ilícito de entorpecentes ou praticados por associação criminosa.

Em um segundo momento, foram incluídos como crimes antecedentes o terrorismo, o contrabando de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes contra a Administração Pública, contra o sistema financeiro nacional, praticados por organização criminosa ou por particular contra a administração pública estrangeira.

A legislação que abrange rol extremamente limitado de crime antecedente é dita de primeira geração, numa classificação que tem como critério os modelos adotados cronologicamente para tipificação da Lavagem de Dinheiro no Direito Comparado. A de segunda geração prevê rol significativo de crimes considerados graves ou de grande relevância. Por fim, na lei de terceira geração, a previsão de injustos penais antecedentes é eliminada, o que significa que qualquer atividade delituosa pode preceder a Lavagem de Dinheiro¹.

Em 2012, a redação do tipo penal principal, prevista no art. 1º da Lei, foi modificada e passou a prever que constitui delito de branqueamento de capitais “*Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*”.

Segundo SAADI², essa alteração legislativa foi influenciada pelas recomendações do Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), que é um órgão intergovernamental que estabelece padrões, desenvolve e promove políticas de combate à Lavagem de Dinheiro e ao terrorismo. O relatório da última avaliação do Brasil feito pela instituição, elaborado em julho de 2011, destacou uma série de críticas, dentre elas

¹ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro: leis e legislação**. 1. ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p. 27.

² ALVARENGA, Clarisse de Almeida e. **Ações internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro em instituições financeiras**. Jus Navigandi, Teresina, a8, n. 153, 6 dez. 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4571/acoes-internacionais-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-em-instituicoes-financeiras>. Acesso em 2 de agosto de 2017.

as poucas condenações existentes por branqueamento de capitais e a pequena variedade de delitos antecedentes³.

Assim, a legislação pátria passou de segunda para terceira geração, visto que houve alteração na Lei n. 9.613/98, tendo sido excluído o rol de delitos antecedentes, de modo que a Lavagem de Dinheiro passou a comportar “rol aberto” de tipos legais. Estará caracterizada, portanto, quando o valor ou bem for proveniente de infração penal – que compreende tanto crime quanto contravenção penal.

2.2 Conceito e características

Sem grandes controvérsias na doutrina sobre o tema, haja vista a redação clara dada ao tipo penal, a Lavagem de Dinheiro estará caracterizada no momento em que o agente oculta ou dissimula a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Nesse ponto, destaca-se que o delito ocorre de maneira independente do antecedente, isto é, não se verifica na fase consumativa ou de exaurimento do tipo penal anterior, nem da mera utilização do proveito financeiro obtido com a prática criminosa, mas caracteriza-se como uma conduta autônoma derivada da antecedente. Trata-se da chamada acessoriedade limitada.

Inclusive, a Lavagem de Dinheiro permanece típica e punível mesmo quando desconhecido, isento de pena ou, ainda, tenha sido extinta a punibilidade do autor do crime anterior, desde que presentes indícios suficientes da existência deste delito, segundo previsão expressa no art. 2º, §1º, da Lei n. 9.613/98.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o delito de branqueamento de capitais constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao antecedente, de modo

³ SAADI, Ricardo Andrade. *O Combate à Lavagem de Dinheiro*. Boletim IBCCRIM, n. 237, ago. 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro. Acesso em: 2 de agosto de 2017.

que não constitui *post factum* impunível, nem depende da comprovação da participação do agente no crime prévio para estar caracterizado⁴.

O sujeito ativo da Lavagem de Dinheiro é ponto controverso. É evidente que se trata de crime comum, porém, discute-se a possibilidade de o autor do crime antecedente ser o mesmo que pratica o branqueamento de capitais.

Parcela da doutrina entende ser viável a imputação ao autor do crime antecedente, por se tratarem de tipos penais distintos, com bens jurídicos de diferentes espécies. Outra parte entende que a Lavagem de Dinheiro seria mero exaurimento do crime anterior, por constituir ocultação do resultado material do crime⁵. Assim, defende que sua imputação seria *bis in idem*.

2.3 Bem jurídico tutelado

Segundo a doutrina conservadora do Direito Penal, entende-se que a disciplina possui como função primordial a proteção de bens juridicamente tutelados, sejam eles individuais ou coletivos. O conceito de bem jurídico, ainda que não seja um consenso na doutrina, pode ser definido como algo que possui grande valor para sociedade em um determinado momento histórico. A partir disto, o legislador o ergue à condição de um bem/direito tutelado pelo Estado.

MEROLLI⁶ discorre que “*são os bens jurídicos, portanto, valores sociais tendentes à imutabilidade que, de acordo com as condições culturais vigentes, revelam-se como fundamentais à subsistência individual e social do homem*”.

⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.342.710**, Rel^a Min^a. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 22/04/2014. DJe 02/05/2014.

⁵ ACACIO, Miranda S. Filho. **Lavagem de Dinheiro - Breves Apontamentos**. Jus Brasil. São Paulo, 2012. Disponível em: <https://acaciomiranda.jusbrasil.com.br/artigos/121940971/lavagem-de-dinheiro-breves-apontamentos>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

⁶ MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal: dos princípios penais de garantia**. 2.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.P. 97.

Com isto, cumpre perquirir o bem jurídico tutelado pelo crime de Lavagem de Dinheiro. Segundo destacado por SCHNEIDER⁷, não há consenso na doutrina a respeito, havendo divisão entre quatro principais correntes doutrinárias a respeito.

A primeira entende que o crime de branqueamento de capitais protege o mesmo bem jurídico do delito antecedente. Essa corrente recebe críticas no sentido de que a ação da lavagem não estaria voltada para a nova violação do bem jurídico, e sim para assegurar que a origem ilícita dos recursos econômicos obtidos a partir do delito antecedente seja dissimulada e então possam ser empregados, inclusive, em outra finalidade⁸.

BOTTINI e BADARÓ⁹ reforçam as críticas à adoção deste posicionamento, pois estaria inviabilizada a autolavagem (quando o autor do delito antecedente é o mesmo do de branqueamento de capitais):

Se o bem jurídico protegido pela norma da Lavagem de Dinheiro é o mesmo lesionado do delito antecedente, a punição do segundo crime estará fundada na afetação de bem jurídico já lesionado, a caracterizar um *bis in idem*. (...)

Ademais, entender que o bem jurídico tutelado pela Lavagem de Dinheiro é o mesmo do crime antecedente inviabiliza a punição da autolavagem (*selflaundering*), que ocorre nos casos em que o autor da reciclagem é também o agente do crime anterior. Nessas situações, será forçoso o reconhecimento da Lavagem de Dinheiro como mero exaurimento do delito original, ou da absorção desse por aquele, em progressão criminosa.

A segunda defende a administração da justiça como bem jurídico assegurado, porque impediria e dificultaria a punição pelo delito antecedente. A terceira preleciona que o delito protege a ordem econômica, pois o branqueamento de capitais provoca

⁷ SCHNEIDER, Juliana Cordeiro. **A lei da Lavagem de Dinheiro e a extinção do rol dos delitos antecedentes: abordagem dogmática e crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e2327accf8e3b40>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

⁸ WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Verissimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 153.

⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

prejuízos à livre iniciativa, à propriedade, à concorrência e ao próprio consumidor. A quarta, por fim, sustenta que a Lavagem de Capitais protege uma pluralidade de bens, dentre os principais a administração da justiça e a ordem socioeconômica, sendo a prevalecente na doutrina¹⁰.

Esta é a que parece ser a mais adequada, pois, mesmo sem deixar de considerar a autonomia delitiva da Lavagem de Dinheiro, é inegável que sua prática dificulta, na maioria dos casos, a descoberta do crime antecedente e, inclusive, pode garantir sua impunidade.

Por fim, como leciona PRADO¹¹, também provoca impactos na ordem econômico-financeira, no sistema econômico e suas instituições ou a ordem socioeconômica em seu conjunto (bem jurídico categorial), em especial a ilicitude do ciclo ou tráfego econômico-financeiro, que propicia a circulação e a concorrência de forma livre e legal de bens, valores ou capitais (bem jurídico em sentido técnico).

2.4 Fases da Lavagem de Dinheiro

O processo de Lavagem de Dinheiro é geralmente composto de diversas fases destinadas ao resultado final, que é mascarar a origem ilícita de valores ou direitos provenientes de infração penal e reinserí-los no mercado financeiro.

Existem várias correntes que defendem fases distintas do processo de concretização do delito, mas o sistema de maior aceitação pela doutrina é aquele adotado pelo GAFI, composto por 3 (três) fases: a colocação (*placement*), dissimulação (*layering*) e a integração (*integration*)¹².

A fase inicial da lavagem consiste na desvinculação do crime de sua origem material, com a introdução do dinheiro oriundo de infração penal no sistema financeiro.

¹⁰ PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. – 6. ed. rev. e. atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 175.

¹¹ Idem.

¹² BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **Lavagem de Dinheiro** – Origem histórica, conceito e fases. *Âmbito Jurídico*. 2010, São Paulo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425. Acesso em 02 de agosto de 2017.

A segunda etapa do processo é a mais complexa, onde há a dissimulação e a mascaração propriamente dita do capital, que deverá se desprender nesse momento de sua origem espúria. Por fim, a última fase é a da integração, onde o dinheiro, já com a aparência lícita e sem qualquer relação com o crime anterior, é introduzido no mercado financeiro, através de negócios ou propriedades, com a simulação de investimentos lícitos¹³.

As complexidades dogmáticas e criminológicas do delito de branqueamento de capitais, a definição de limites de abrangência, associadas à sua recente alteração legislativa, demonstram a relevância do estudo deste tipo penal para o Direito Brasileiro, em especial quando relacionado a crimes contra a ordem tributária, assunto que atualmente tem gerado controvérsias na doutrina e jurisprudência.

Para tanto, dentro da delimitação temática da presente pesquisa, será realizada uma exposição das principais características do delito de sonegação fiscal, sem esgotar os inúmeros desdobramentos relacionados com o tema.

3. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

Os crimes contra a ordem tributária são costumeiramente identificados nos tipos penais descritos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 e artigos 168-A, 334 (*caput*, segunda parte) e 337-A, todos do Código Penal¹⁴.

O legislador, ao optar por criminalizar a sonegação fiscal, previu punição com pena restritiva de liberdade aos que suprimirem ou reduzirem tributos, praticarem fraude à fiscalização, incluírem dados inexatos ou omitirem elementos na contabilidade, falsificarem documentos fiscais, entre outras condutas que pressupõem fraude, apropriação indevida ou má-fé na conduta do agente. Não se trata, portanto, da mera ausência de pagamento de tributos.

¹³ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. pp. 25/26.

¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário**. Consultor Jurídico. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-25/direito-defesa-lei-lavagem-dimensao-crime-tributario>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

Ao comentar o art. 1º da Lei 8.137/90, para o qual será dada maior ênfase no presente artigo, PRADO deixa consignado que “*não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que sejam consequência de um comportamento anterior fraudulento*”¹⁵.

Os delitos de sonegação fiscal ferem, diretamente, a ordem econômica do Estado, pois lesam a atividade arrecadatória da Fazenda Pública de forma ampla. A prática delituosa implica, necessariamente, na diminuição da receita oriunda dos tributos. Cumpre esclarecer, também, que essa lesão poderá ser em âmbito municipal, estadual ou federal, o que será determinante para a definição da competência da Autoridade Judiciária que o julgará.

PRADO¹⁶ leciona que a norma tem como escopo proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para a obtenção de recursos necessários à realização de suas atividades. Assim, a concepção de Fazenda Pública como bem jurídico protegido decorre também da “*diminuição das possibilidades de o Estado levar a cabo uma política financeira e fiscal justa*” com a prática de delitos da espécie.

ANTONIETTO discorre sobre o bem juridicamente tutelado nos crimes de sonegação fiscal¹⁷:

O bem jurídico representado como interesse social fundamental protegido pela norma penal, elemento mínimo necessário a garantir legitimidade ao exercício do poder punitivo, nos crimes fiscais não é apenas a tutela da arrecadação. A legitimação dos delitos fiscais está vinculada a proteção da função tributária entendida em sua amplitude constitucional (...). À luz do princípio da intervenção mínima do direito penal a criminalização de condutas deve ser utilizada como

¹⁵ PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. p. 270.

¹⁶ SUÁREZ GONZALEZ, C. Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social. In BAJO FERNANDEZ, M. (Dir). *Compendio de Derecho Penal*, P.E., II, p. 597. Citado por PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. p. 267.

¹⁷ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **O delito fiscal como antecedente da lavagem de capitais e a súmula vinculante 24**. Direito penal, processo penal e constituição, organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo César Corrêa Borges, Claudio Macedo de Souza. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d0ae1e3078807c85>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

último instrumento do Estado, pelo que não se pode exercer o poder punitivo com fins arrecadatórios, a tutela penal se justifica ao se fixar como bem jurídico a função arrecadatória em toda sua amplitude.

ESTELLITA¹⁸, por sua vez, rejeita identificar o bem jurídico-penal dos crimes de sonegação fiscal como a ordem tributária ou a ordem econômica, pois são expressões demasiadamente vagas e fluidas. Afirma que, para os fins de proteção penal, devem-se tomar os tributos pelas funções que lhe atribuem a Constituição, o que evidencia o interesse da coletividade.

Localiza, assim, na "arrecadação tributária" (uma função ou um dever do Estado) um bem jurídico-penal de suficiente concretude e que está conectado instrumentalmente com a consecução dos objetivos fundamentais do Estado (art. 3º da CF).

3.1 Súmula Vinculante n. 24

Os crimes contra a ordem tributária, em especial aqueles previstos no art. 1º da Lei n. 8.137/90, estão vinculados à existência de um crédito tributário não adimplido perante a Fazenda Pública, seja por fraude que dissimule a existência de um fato tributável ou que vise reduzir o valor do crédito gerado pela incidência tributária. Desta forma, indispensável é a formalização do procedimento administrativo tributário que confirme sua efetiva supressão ou diminuição¹⁹.

Iniciou-se, então, intensa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do momento em que iniciava pretensão punitiva estatal nos crimes de sonegação fiscal, isto é, quando que o delito estará consumado.

Por esta razão, na data de 02 de dezembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal aprovou, por maioria de votos, a edição da Súmula Vinculante n. 24, segundo a qual “*Não*

¹⁸ ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001. p. 173/200.

¹⁹ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **O delito fiscal como antecedente da lavagem de capitais e a súmula vinculante 24**. p. 7.

se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei n. 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”.

Durante o julgamento, a Suprema Corte deixou consignada a falta de justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/90, enquanto não haja decisão definitiva no processo administrativo de lançamento. Isto porque se trata de crime material, que só se consuma quando as condutas nele descritas produzem como resultado a efetiva supressão ou redução do tributo²⁰.

Nesse ponto, HABIB²¹ discorre:

Dessa forma, segundo o entendimento do STF, se a supressão ou redução do tributo é elementar do tipo legal do crime, que somente poderá ser apurada mediante o regular processo administrativo fiscal, enquanto não houver decisão definitiva no processo administrativo fiscal concluindo pela efetiva supressão ou redução do tributo, não há prova de que o crime ocorreu (justa causa), não sendo portanto, satisfeita a condição objetiva de punibilidade.

Em decorrência disto, é pacificado que, enquanto não houver o lançamento definitivo, não pode também haver a instauração de inquérito policial para a investigação do delito²².

3.2 Extinção da punibilidade

Com a promulgação da Lei n. 10.684/03, se a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuasse o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições

²⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 560**. Plenário, Sonegação Fiscal e Esgotamento de Instância Administrativa – 2. Brasília, 21 a 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo560.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

²¹ HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. TOMO I. 4. ed., Salvador : Juspodivm. 2012. p. 148.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 580**. Primeira Turma, Crimes contra a ordem tributária e persecução penal – 2. Brasília, 22 a 26 de março de 2010 . Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo580.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

sociais, inclusive acessórios, será declarada a extinção da punibilidade (art. 9, §2º). Na redação dada ao dispositivo legal, não foi feita menção ao recebimento da denúncia, de modo que se entende que o pagamento integral do débito pode ser feito em qualquer momento processual.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, considera como causa de extinção da punibilidade o pagamento do débito tributário mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória²³. A Suprema Corte, instada a decidir sobre o tema, no julgamento da Ação Penal n. 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, adotou o mesmo posicionamento.

Ao proferir seu voto, TOFFOLI consignou a seguinte observação:

Daí a opção política do legislador, desde longa data, por privilegiar a arrecadação estatal, utilizando-se da coação penal como um meio para obter a satisfação integral do débito tributário – evidentemente que junto àqueles que, embora possuindo recursos financeiros para tanto, se furtem ao recolhimento dos impostos e contribuições devidos.

Em vez da efetiva execução de penas privativas de liberdade contra o sonegador, com todos os custos sociais daí decorrentes, privilegiou-se a política arrecadatória, com a possibilidade de extinção da punibilidade do agente, desde que satisfeita integralmente a obrigação (entendida como incluindo os acréscimos pecuniários decorrentes da mora, os quais, precisamente, o legislador fixou de modo mais rigoroso e severo).

Ao aceitar o pagamento integral do débito tributário como causa extintiva da punibilidade a qualquer momento, priorizou o legislador por uma política predominante arrecadatória relacionada aos delitos de sonegação fiscal.

Expostos os principais temas sobre os crimes contra a ordem tributária, cumpre, agora, verificar a possibilidade de caracterizá-los como antecedentes à prática de Lavagem de Dinheiro.

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 269.546/SP**. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.

4. DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA SONEGAÇÃO FISCAL

Antes da alteração legislativa introduzida pela Lei n. 12.683/12, havia previsão de rol taxativo de delitos antecedentes à Lavagem de Dinheiro, dentre os quais não compreendia os de sonegação fiscal. Especificamente neste ponto, a Exposição de Motivos da Lei n. 9.613/98, n. 692/MJ – n. 34, justificou a não inclusão deste tipo de crime por não representar agregação ao patrimônio do agente de novos bens, direitos ou valores.

O argumento utilizado seria o de que os crimes contra a ordem tributária constituem-se na conduta de deixar de fazer obrigação fiscal, de modo que a sua prática não implicaria no aumento do patrimônio com a inclusão de novos valores. O que ocorreria, na verdade, seria a manutenção do capital existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal, sendo *“evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito”*.

Com a mudança na redação do tipo penal, os crimes de Lavagem de Dinheiro passaram a aceitar qualquer atividade delituosa como antecedente, de modo que se iniciou intensa discussão doutrinária sobre quais os limites de abrangência para sua caracterização, inclusive em relação à possibilidade de tipificar o branqueamento de capitais nos casos em que os bens, direitos ou valores forem provenientes da prática de crime contra a ordem tributária, o que até então não era viável.

Como já estudado no presente artigo, o crime de branqueamento de capitais é acessório e derivado, mas autônomo em relação ao antecedente, o que constitui na chamada “acessoriedade limitada”. Não se trata de fase consumativa ou mero exaurimento da conduta típica antecedente, pois a lavagem e o crime anterior são tipos penais autônomos²⁴.

²⁴ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **O delito fiscal como antecedente da lavagem de capitais e a súmula vinculante 24**. p. 12.

Em uma análise inicial sobre o assunto, não se verificam óbices para a Lavagem de Dinheiro nos crimes de sonegação fiscal. Porém, é necessário perquirir sobre algumas peculiaridades do delito para que se possa concluir pela (im)possibilidade de sua tipificação.

De início, tem-se que a justificativa utilizada pelo legislador para a não inclusão dos crimes de sonegação fiscal, ao que indica, demonstra uma decisão de cunho eminentemente político. SOUZA enumera três importantes críticas a esse posicionamento²⁵, as quais se mostram polêmicas e controversas.

A primeira seria a desnecessidade de que os bens, direitos ou valores decorrentes da atividade ilícita representem um acréscimo patrimonial para caracterizar a Lavagem de Dinheiro, por ser suficiente que, apenas, sejam decorrentes do delito antecedente.

A segunda consiste no tratamento dado aos crimes contra a ordem tributária, no sentido de que se tratam de mero inadimplemento fiscal, o que, como já trabalhado no presente artigo, nem sequer caracteriza o delito, que pressupõe necessariamente a existência de uma fraude ou apropriação indevida por parte do contribuinte.

Por fim, não há como defender que “*a transação consiste na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito*”. Se os recursos são provenientes de crime de sonegação fiscal, deveriam pertencer ao Fisco (ente público) e não ao contribuinte, sendo lógico que não se tratam de “recursos próprios”.

Parcela da doutrina entende que a sonegação fiscal não produz recursos, evita, apenas, a diminuição do pagamento de tributos incidentes em recursos provenientes da atividade da empresa. Esbarra-se, portanto, no objeto material do delito, uma vez que não haveria lavagem do que não é produto de atividade criminosa.

Neste ponto, ROSA²⁶ destaca que “*na sonegação fiscal não haveria origem ilícita do bem ou dinheiro ‘sujo’, pois em tese o valor sonegado apenas permaneceria com o*

²⁵ SOUZA, Sara Moreira de. **Sonegação fiscal como crime antecedente de Lavagem de Dinheiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2255, 3 set. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13441>. Acesso em 10 de agosto de 2017. p.3.

²⁶ ROSA, Rodrigo Silveira da. **Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente de lavagem**. Consultor Jurídico, Brasília-DF: Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/sonegacao-fiscal-nao-consiste-infracao-antecedente-lavagem>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

seu dono, não havendo diferenciação do suposto sonegado com o restante do patrimônio”.

Este posicionamento não parece ser o mais adequado. A sonegação fiscal constitui, efetivamente, em um acréscimo ao patrimônio do agente, pois, ainda que não represente um aumento imediato, caso houvesse o repasse ao Fisco, provocaria uma considerável diminuição do capital. Os crimes contra a ordem tributária são praticados pelos contribuintes justamente para que não haja a incidência/pagamento de tributos sobre determinadas transações, o que provoca maior lucratividade e renda ao agente que os praticou.

Caso não apresentasse aumento patrimonial ao contribuinte, não haveria o menor sentido a sonegação de tributos.

Sobre a questão, BOTTINI e ESTELLITA²⁷ lecionam:

Com isso, todos os bens *originados* ou *economizados* em virtude da prática de crimes tributários podem ser considerados objeto de Lavagem de Dinheiro, se ocultados ou mascarados. Mas o objeto material sobre o qual recai a Lavagem de Dinheiro será apenas aquela parcela sonegada, nunca a totalidade do valor (base de cálculo) que gera a obrigação fiscal.

Nessa linha, o objeto material da Lavagem de Dinheiro poderia representar exclusivamente o valor sonegado pelo agente, que representa o acréscimo indevido ao seu patrimônio e que pertence ao Fisco.

Assim, todos os bens, direitos ou valores preservados pela sonegação fiscal podem ser considerados objeto material do delito de branqueamento de capitais. Mesmo com esta possibilidade, é grande a dificuldade para os órgãos de investigação demonstrarem a

²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário.**

relação dos recursos obtidos com a sonegação fiscal com a suposta Lavagem de Dinheiro²⁸.

4.1 Caracterização da lavagem de dinheiro

Surge, nesse ponto, a controvérsia sobre a partir de qual momento poderia haver a caracterização da Lavagem de Dinheiro nos crimes contra a ordem tributária, se precisaria ou não ocorrer o lançamento definitivo do débito, com o exaurimento da via administrativa, a teor do que prevê a Súmula Vinculante n. 24.

Há duas principais correntes sobre a problemática.

A primeira entende que a apuração do crime só será possível após o exaurimento da via administrativa, uma vez que a sonegação fiscal apenas restará consumada com o término do procedimento fiscal²⁹. Incabível, antes disto, a instauração de inquérito policial, a promoção de medidas cautelares ou de ação penal para apuração do delito de branqueamento de capitais enquanto não for definitivo o lançamento, salvo se houver indicativo de *outra infração* antecedente³⁰.

SAIBRO discorre sobre o assunto³¹:

(...) como o objeto material do crime de Lavagem de Dinheiro é o produto econômico do crime antecedente e, tendo em vista que o crime tributário material considera-se apenas consumado – segundo o entendimento sedimentado do STF – com a constituição definitiva do crédito tributário (exaurimento da via administrativa), mostra-se inviável, previamente à instauração de inquérito policial, “a promoção de medidas cautelares, ou de ação penal para apuração

²⁸ HOLANDA, Edson. **Lei de lavagem traz novas consequências para o crime de sonegação**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP, 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-10/edson-holanda-lei-lavagem-altera-crime-sonegacao-fiscal>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

²⁹ ROSA, Rodrigo Silveira da. **Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente de lavagem**.

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário**.

³¹ SAIBRO, Henrique. **Sonegação fiscal e Lavagem de Dinheiro**. Canal Ciências Criminais. [S.l.], 2015. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro/#_ftn13. Acesso em 04 de agosto de 2017.

de Lavagem de Dinheiro enquanto não for definitivo o lançamento, salvo se houver indicativo de outra infração antecedente”.

Porém, outra parte da doutrina é no sentido de que a investigação da Lavagem de Dinheiro em crimes de sonegação fiscal pode ocorrer mesmo sem o esgotamento da via administrativa, o que decorreria da acessoriedade limitada que é própria do delito. Segundo SAIBRO, essa é a corrente dominante nos Tribunais Brasileiros. Para BALTAZAR JÚNIOR, isto se justifica “*especialmente no fato de que, frequentemente, a Lavagem de Dinheiro se dá de forma transnacional e não seria razoável depender de outra jurisdição para o julgamento da infração penal antecedente, com as dificuldades decorrentes*”³².

Paralelamente, há uma forte tendência dos Tribunais pátrios a aceitarem a hipótese desde que haja, também, investigação sobre outros delitos além do branqueamento de capitais e da sonegação fiscal.

O Superior Tribunal de Justiça não tem posicionamento firme sobre o assunto. Recentemente, no julgamento do Habeas Corpus n. 73.599/SC, de Relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, foi determinado o trancamento de uma ação penal, que imputava a prática do crime de sonegação fiscal (art. 1º da Lei n. 8.137/90) e Lavagem de Dinheiro, sem que houvesse a constituição definitiva do crédito tributária, em relação a ambos os crimes, por atipicidade da conduta.

Extrai-se trecho do julgamento:

Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento do crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei n. 9.613/1998, é exigido que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998, com redação dada pela Lei n. 12.683, de 2012). Na espécie, o contrário ocorre, não se discute a falta de prova do crime mas fica certa a constatação da inexistência do crime, pois

³² Citado por SAIBRO, Henrique. **Sonegação fiscal e Lavagem de Dinheiro**.

indispensável à configuração do crime de sonegação tributária seria a prévia constituição definitiva do crédito tributário.

Assim, sem o exaurimento da esfera administrativa, com a constituição definitiva dos créditos tributários e, tratando-se de denúncias que imputam a mesma conduta como crime antecedente, a qual exige resultado material, configurado está o constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência da materialidade delitiva quanto à sonegação de tributos³³.

Concluiu que “*sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por Lavagem de Dinheiro*”³⁴.

A primeira corrente parece a mais adequada. Ainda que se considere a autonomia entre a Lavagem de Dinheiro e o delito antecedente, bem como a necessidade da existência de apenas indícios de sua ocorrência, a sonegação fiscal só restará caracterizada quando preenchidos os elementos típicos do delito, o que só ocorre após o lançamento definitivo do crédito tributário – com o exaurimento da via administrativa.

A redação dada ao crime de branqueamento de capitais é clara no sentido de exigir que os bens, direitos ou valores sejam provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. Se o crime antecedente ainda não for consumado, não há Lavagem de Dinheiro. Não se trata de insuficiência probatória, mas de ausência da elementar do tipo penal de sonegação fiscal, de modo que não há como se falar em persecução penal neste caso, pois ainda não há a materialidade de crime para justificar as investigações.

Portanto, a Súmula Vinculante n. 24 deve, também, ser aplicada na Lavagem de Dinheiro dos crimes de sonegação fiscal, “*pois se a imutabilidade administrativa do lançamento é elemento típico da sonegação, o crime de lavagem só poderá ser provado quando preenchido este elemento típico do delito antecedente*”³⁵.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 73.599/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016

³⁴ O Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, o qual foi admitido em 06/04/2017 e se encontra pendente de julgamento.

³⁵ ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **O delito fiscal como antecedente da lavagem de capitais e a súmula vinculante 24**. p. 19.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, caso for reconhecida a aplicação do princípio da insignificância no crime de sonegação fiscal, a punição por Lavagem de Dinheiro também restará descaracterizada. O postulado em questão é aplicado quando for reconhecido que o bem juridicamente tutelado não foi afetado de maneira que justifique a intervenção penal (decorrente do princípio da lesividade e da intervenção mínima). Reconhece-se, então, a atipicidade da conduta do agente.

Seguindo a lógica acima proposta, mesmo se for reconhecido que o valor “sonegado” for “lavado”, não haveria como falar em branqueamento de capitais, pela ausência da caracterização do delito antecedente.

4.2 Extinção da punibilidade do crime de sonegação fiscal e seus efeitos

Especificamente sobre a extinção da punibilidade, PRADO³⁶ leciona que a punibilidade não integra o conceito analítico do crime. Com a realização do injusto penal (típico, ilícito e culpável), nasce a pretensão punitiva estatal. Conclui que a punibilidade é mera condicionante ou pressuposto da consequência jurídica do delito, a qual pode ser extinta quando sobrevêm determinadas causas que eliminam a possibilidade jurídica de imposição da sanção penal correspondente.

A extinção da punibilidade, portanto, retira o poder punitivo estatal por um determinado motivo, mas não interfere no fato típico nem o descaracteriza, o que denota uma situação totalmente diversa daquela trabalhada no item anterior.

A acessoriedade da Lavagem de Dinheiro, somada à situação acima exposta, permite chegar-se à conclusão que a extinção da punibilidade por crime de sonegação fiscal em nada altera a pretensão punitiva estatal referente ao crime de branqueamento de capitais.

Especificamente nesse ponto, BOTTINI e ESTELLITA explicam³⁷:

³⁶ PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. p. 282.

³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário**.

A questão relevante aqui é a *extensão da extinção da punibilidade* dos crimes tributários quando seu *produto* for ocultado com a finalidade de reinserção posterior na economia com aparência lícita. Ainda que o debate seja apenas inicial, é possível indicar que, nestes casos, a *extinção da punibilidade* afeta apenas o delito tributário, deixando intacto o crime de *Lavagem de Dinheiro*, uma vez que este tem autonomia e, segundo o artigo 2o, parágrafo 1o, da Lei 9.613/98, a extinção da punibilidade do crime antecedente não afeta a do crime de lavagem.

A mudança legislativa referente ao tipo penal do branqueamento de capitais – com a abertura do rol de delitos antecedentes – provocou mudança no tratamento dado aos crimes de sonegação fiscal. Até então, o legislador mantinha uma política que mais parecia meramente arrecadatória, visto que o pagamento integral do tributo “isentava” a responsabilidade criminal do agente.

Agora, o adimplemento do débito não afeta o eventual crime ulterior de lavagem, o que agrava a situação do réu nos casos em que ele é, também, o autor do crime tributário³⁸, o que mostra uma certa incoerência na política criminal adotada. A limitação dos efeitos do *pagamento*, deixando intocada a materialidade da *lavagem de dinheiro*, implica dizer que não é mais somente a “razão fiscal” que está a reger a reação punitiva à prática de crimes tributários³⁹.

SAIBRO⁴⁰ conclui que “*mesmo efetuando a quitação do quantum sonegado, isentando-se de pena, o réu poderá figurar em um novo enredo criminal; dessa vez cuidando-se de ocultação ou dissimulação de produto econômico da sonegação*”.

Conclui-se, portanto, que a extinção da punibilidade nos delitos tributários em nada afetaria a caracterização da Lavagem de Dinheiro, pois a conduta antecedente ainda seria considerada infração penal.

³⁸ SAIBRO, Henrique. **Sonegação fiscal e Lavagem de Dinheiro.**

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário.**

⁴⁰ Idem.

4.3 Momento consumativo

A diferenciação entre o exaurimento do delito antecedente e a consumação do branqueamento de capitais é o ponto mais nebuloso da controvérsia. Trata-se de uma linha tênue de diferenciação, que poderia restringir ou ampliar em demasia a abrangência da Lavagem de Dinheiro e ocasionar eventual ineficácia.

A distinção é sobremaneira mais facilitada quando o agente que pratica o branqueamento de capitais não é o mesmo do delito anterior, pois a visualização dos atos de ocultação ou dissimulação da origem dos bens, direitos ou valores, fica mais clara. Desse modo, nestes casos, não haveria óbice algum para a tipificação da Lavagem de Dinheiro nos crimes de sonegação fiscal.

Porém, no caso em estudo, o crime de branqueamento é, na maioria das vezes, praticada pelo mesmo agente que cometeu o delito – antecedente – contra a ordem tributária. A hipótese seria, portanto, de autolavagem.

Há quem diga que a punição por Lavagem de Dinheiro nos crimes de sonegação fiscal constitui *bis in idem*, visto que geralmente quem comete fraude no pagamento de tributos converte, oculta ou encobre a origem dos bens ou valores provenientes dessa prática, empregando-os em sua própria atividade empresarial. Nessa linha, a utilização dos recursos provenientes da sonegação fiscal viria a ser o exaurimento de um delito já consumado, ainda que haja um tipo penal específico para essa conduta.

ROSA⁴¹ diz que o exaurimento não configura um novo crime, pois “*o agente atingiu a sua finalidade na conduta criminosa, sendo uma espécie final e esgotamento do iter criminis*”.

O crime de branqueamento de capitais não pune a mera utilização de bem, direito ou valor proveniente de infração penal. Deve estar-se diante de um esquema dissimulatório, sem o qual não poderia ser inserido na economia. Caso assim não fosse, toda e qualquer infração penal que gerasse ou provocasse acréscimo no patrimônio poderia caracterizar Lavagem de Dinheiro, caso o agente fizesse uso desse valor.

⁴¹ ROSA, Rodrigo Silveira da. **Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente de lavagem.**

Seria, por exemplo, crime esconder o dinheiro embaixo da cama, após um roubo. Todavia, o legislador não pune a mera ocultação do objeto do roubo, mas apenas aquela que integra um processo de lavagem⁴².

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Embargos Infringentes da Ação Penal n. 470⁴³, conhecida popularmente como “Mensalão”, assentou que “*a autolavagem pressupõe a prática de atos de ocultação autônomos do produto do crime antecedente (já consumado)*”.

Sem ingressar nos desdobramentos e problemáticas sobre o tema⁴⁴, para que se mostre possível a tipificação da Lavagem de Dinheiro nos crimes de sonegação fiscal, é imprescindível a existência de atos concretos que evidenciem se tratarem de condutas autônomas e distintas. A mera utilização do valor proveniente do crime fiscal na própria atividade empresarial não caracterizaria o branqueamento de capitais.

Seria necessária a existência de verdadeiras ações, dentro de um processo, que demonstrem a intenção do agente em dissimular ou ocultar a origem espúria do valor, como por exemplo a simulação de transações e de operações. Também a constituição de empresas “de fachada” para movimentar e dar aparência lícita aos valores. Não necessariamente operações complexas, mas que integrem um esquema típico de lavagem com suas fases correlatas.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente estudo, constata-se que é possível caracterizar delitos fiscais como antecedentes à Lavagem de Dinheiro, desde que observadas as premissas a seguir expostas.

⁴² Idem.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal n° 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 17/12/2012. Brasília/DF

⁴⁴ Com este entendimento, a Suprema Corte trouxe a possibilidade da autolavagem, o que Heloisa Estellita critica pois promove uma série de incongruências e desproporções na Lei de Branqueamento de Capitais, como por exemplo a punição pelo crime de lavagem de dinheiro daquele que pratica contravenção penal.

Indispensável o lançamento definitivo do crédito tributário, a teor do que prevê a Súmula Vinculante n. 24, pois antes disto, não há se falar em sonegação fiscal, de modo que se o crime antecedente ainda não for consumado, não há Lavagem de Dinheiro. Incabível, neste momento, a instauração de inquérito policial, a promoção de medidas cautelares ou de ação penal para apuração do delito de branqueamento de capitais enquanto não for definitivo o lançamento, salvo se houver indicativo de *outra infração* antecedente.

Em contrapartida, a extinção da punibilidade referente ao crime de sonegação fiscal em nada altera a pretensão punitiva estatal referente ao crime de branqueamento de capitais, o que decorre de sua acessoriedade limitada.

Por fim, nos casos em que o agente que pratica a Lavagem de Dinheiro não é o mesmo sujeito ativo do delito anterior, não haveria óbice algum para a tipificação do delito de branqueamento de capitais nos crimes de sonegação fiscal, pois não haveria como se confundir, na hipótese, o exaurimento do crime tributário com o momento consumativo da lavagem, nem se falar em *bis in idem*.

Porém, nos casos de autolavagem, para que se mostre possível a tipificação do delito, é imprescindível a existência de atos concretos, dentro de um processo, que evidenciem se tratarem de condutas autônomas e distintas, bem como demonstrem a intenção do agente em dissimular a origem espúria do valor. A mera utilização da quantia proveniente do crime fiscal na própria atividade empresarial, portanto, não caracterizaria o branqueamento de capitais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACACIO, Miranda S. Filho. **Lavagem de Dinheiro - Breves Apontamentos**. Jus Brasil. São Paulo, 2012. Disponível em:

<https://acaciomiranda.jusbrasil.com.br/artigos/121940971/lavagem-de-dinheiro-breves-apontamentos>. Acesso em 02 de agosto de 2017.

ALVARENGA, Clarisse de Almeida e. **Ações internacionais de combate à Lavagem de Dinheiro em instituições financeiras**. Jus Navigandi, Teresina, a8, n. 153, 6 dez.

2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4571/acoes-internacionais-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-em-instituicoes-financeiras>. Acesso em 2 de agosto de 2017.

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. **O delito fiscal como antecedente da lavagem de capitais e a súmula vinculante 24**. Direito penal, processo penal e constituição, organização CONPEDI/UFSC; coordenadores: Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo César Corrêa Borges, Claudio Macedo de Souza. – Florianópolis : CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d0ae1e3078807c85>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais**: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloisa. **Lei de Lavagem dá Nova Dimensão ao Crime Tributário**. Consultor Jurídico. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-25/direito-defesa-lei-lavagem-dimensao-crime-tributario>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. **Lavagem de Dinheiro – Origem histórica, conceito e fases**. Âmbito Jurídico. 2010, São Paulo. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8425. Acesso em 02 de agosto de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **HC 269.546/SP**. Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.342.710**, Rel^a Min^a. Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 22/04/2014. DJe 02/05/2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 560**. Plenário, Sonegação Fiscal e Esgotamento de Instância Administrativa – 2. Brasília, 21 a 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo560.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo n. 580**. Primeira Turma, Crimes contra a ordem tributária e persecução penal – 2. Brasília, 22 a 26 de março de 2010 .

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo580.htm>. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 73.599/SC**, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma. Julgado em 13/09/2016, DJe 20/09/2016. Acesso em 3 de agosto de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 470**. Relator: Ministro Joaquim Barbosa.

17/12/2012. Brasília/DF. Acesso em 10 de agosto de 2017.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2001.

HABIB, Gabriel. **Leis penais especiais**. TOMO I. 4. ed., rev., atual. e ampl. Salvador : Juspodivm. 2012.

HOLANDA, Edson. **Lei de lavagem traz novas consequências para o crime de sonegação**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP, 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-set-10/edson-holanda-lei-lavagem-altera-crime-sonegacao-fiscal>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal: dos princípios penais de garantia**. 2.ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2014.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de Lavagem de Dinheiro: leis e legislação**. 1. ed., São Paulo:

Saraiva. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**. – 6. ed. rev. e. atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROSA, Rodrigo Silveira da. **Sonegação fiscal não consiste em infração antecedente de lavagem**. Consultor Jurídico, Brasília-DF: Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-30/sonegacao-fiscal-nao-consiste-infracao-antecedente-lavagem>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

SAADI, Ricardo Andrade. *O Combate à Lavagem de Dinheiro*. Boletim IBCCRIM, n. 237, ago. 2012. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4672-O-combate-a-lavagem-de-dinheiro. Acesso em: 2 de agosto de 2017.

SAIBRO, Henrique. **Sonegação fiscal e Lavagem de Dinheiro**. Canal Ciências Criminais. [S.l.], 2015. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/sonegacao-fiscal-e-lavagem-de-dinheiro/#_ftn13. Acesso em 04 de agosto de 2017.

SCHNEIDER, Juliana Cordeiro. **A lei da Lavagem de Dinheiro e a extinção do rol dos delitos antecedentes: abordagem dogmática e crítica**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1e2327accf8e3b40>. Acesso em 04 de agosto de 2017.

SOUZA, Sara Moreira de. **Sonegação fiscal como crime antecedente de Lavagem de Dinheiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2255, 3 set. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13441>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

SUÁREZ GONZALEZ, C. Delitos contra la hacienda pública y contra la seguridad social. In BAJO FERNANDEZ, M. (Dir). Compendio de Derecho Penal, P.E., II, p. 597. Citado por PRADO, Luiz Régis. **Direito penal econômico**.

WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: Dogmática básica. In: DE CARLI, Carla Verissimo (Org.). **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO: NOÇÃO ATUAL DE CULPABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS PELA UTILIZAÇÃO, EM SUA ATIVIDADE ECONÔMICA, DE BENS, DIREITOS OU VALORES PROVENIENTES DE CRIMES, NO SISTEMA PENAL ARGENTINO E BRASILEIRO

George Geraldo Gomes de Magalhães

Pós-doutorando em Ciências Sociais pelo *Centro de Estudios Avanzados* – CEA da *Universidad Nacional de Córdoba* – UNC, Doutorando em Ciências Jurídicas pela *Pontificia Universidad Católica Argentina* – UCA, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade DAMAS, Especialista em Comércio Exterior pela UFRPE, Capacitado no Programa Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD), Professor de Pós-Graduação e Advogado.

E-mail: georgemagalhaes73@yahoo.com.br

Resumo: O presente trabalho pretende demonstrar a existência de uma culpabilidade própria da pessoa jurídica (GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2012; HEINE, 1996; NIETO MARTÍN, 2008; SEELMANN, 2004; TIEDEMANN, 1996), por meio da Teoria por Defeito de Organização (NIETO MARTÍN, 2008), após a conceituação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no delito penal econômico (FEIJO SANCHEZ, 2012), em especial a lavagem de dinheiro, praticados no seio da empresa, com a comprovada participação ativa do ente ideal na estrutura criminosa, que ocorre com frequência na Argentina e no Brasil, enquanto se criam ferramentas de controle e prevenção (ex.Compliance), mas ainda insuficientes, pois os sistemas penais argentino e brasileiro não reconhecem, na atualidade, apesar no cenário político e jurídico vividos em ambos os países, o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no delito de lavagem de dinheiro, o que fortalece e aumenta a impunidade das empresas, como um dos mais importantes fatores da crescente criminalidade econômica. Dessa forma, o

objetivo do trabalho é demonstrar e comprovar que a pessoa jurídica, nos países com grande índice de criminalidade econômica (Argentina e Brasil), são agentes ativos no crime de lavagem de dinheiro na forma de utilização em sua atividade econômica, de bens, direitos ou valores provenientes de crime, com a intervenção ou em benefício próprio, conforme a Lei 25.246 e Lei 26.683 (art. 304 do Código Penal Argentino) e a Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, assim como na doutrina estrangeira (Alemanha, Espanha, Estados Unidos da América etc.), tendo como ponto de quebra do paradigma, no Brasil, os casos “Mensalão” e “Lava Jato”. A metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho se desenvolve por meio do estudo comparativo evolutivo das legislações, doutrinas e jurisprudências, em casos de repercussão, que demonstram a evolução da delinquência econômica, no tema de lavagem de dinheiro, em países da Europa e nos EUA, em comparação ao descompasso da política criminal na Argentina e Brasil. As conclusões são que, na atualidade, em uma sociedade de risco, a pessoa jurídica é penalmente responsável e, conseqüentemente, hábil a imputabilidade penal, por meio do reconhecimento da culpabilidade por defeito de organização intencional, por sua conduta ativa na utilização, na sua atividade econômica, de bens, direitos ou valores provenientes de crime, mediante sua intervenção ou em seu benefício.

Palavras-chave: Responsabilidade penal da pessoa jurídica, lavagem de dinheiro, culpabilidade da pessoa jurídica, culpabilidade da pessoa jurídica na lavagem de dinheiro, culpabilidade por defeito de organização intencional.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar a existência de uma culpabilidade própria da pessoa Jurídica por meio da Teoria por Defeito de Organização (Nieto Martín, 2008), após a conceituação da responsabilidade penal da pessoa jurídica no delito penal econômico (Feijoo Sanchez, 2012), em especial a lavagem de dinheiro, praticados no seio da empresa, com a comprovada participação ativa do ente ideal na estrutura criminosa, que ocorre com frequência na Argentina e no Brasil, enquanto se

criam ferramentas de controle e prevenção (ex. Compliance), mas ainda insuficientes, pois os sistemas penais argentino e brasileiro não reconhecem, na atualidade, apesar do cenário político e jurídico vividos em ambos os países, o instituto da responsabilidade penal da pessoa jurídica no delito de lavagem de dinheiro, o que fortalece e aumenta a impunidade das empresas, como um dos mais importantes fatores da crescente criminalidade econômica.

2. A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Não obstante o amplo desenvolvimento da dogmática penal em torno do delito e da responsabilidade individual, ainda não houve acordo que nos possam levar a afirmar que já existe consenso nas discussões acerca de uma Teoria do Delito para as pessoas jurídicas, pelo contrário essas se tornam mais intensas. O objeto de estudo da dogmática penal se expande e torna mais complexo, isso é o que se dá com a problemática da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que tem recebido nos últimos anos particular atenção por parte da dogmática penal.

Para abordar esse tema, se colocam algumas questões prévias? Quais são as razões político criminais que determinam ao legislador dar origem a uma nova regulação sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas? Quais são as razões político criminais, pelas quais se requer sancionar as empresas? Pode discutir de forma estrita de responsabilidade penal de pessoas jurídicas ou apenas de pessoas físicas, das quais podem gerar consequências jurídicas para aquelas? Quais seriam os pressupostos necessários para a imposição de uma sanção penal para as pessoas jurídicas? Que tipo de sanções penais podem ser impostas diretamente as pessoas jurídicas.

Roberto Durrieu (2006) ressalta que deve reconhecer-se, como tem destacado especialistas na matéria, que as relações existentes entre as pessoas jurídicas e os grandes problemas criminológicos e político, não tem sido abordados de forma suficientes pela legislação, nem pela teoria, especialmente quando se fala de responsabilidade penal das pessoas jurídicas no delito de lavagem de dinheiro, delito

sempre presente em países como Argentina e Brasil.

Uma parte da doutrina trata de salvar os inconvenientes dogmáticos que coloca a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, defendendo a possibilidade de construir uma teoria do delito para as empresas. De acordo com a mesma, a ação viria representada, recorde-se, pela capacidade de organização da pessoa jurídica; a tipicidade objetiva pelo “defeito de organização”; a tipicidade subjetiva pelo conhecimento organizativo do risco empresarial, e, por fim, a culpabilidade por uma determinada cultura empresarial de infidelidade ao direito ou, mais concretamente, de descumprimento da legalidade.

Em um Estado Social em que o direito penal cumpra uma função de proteção da sociedade mediante a prevenção de cometimento de delitos, o Estado não pode se limitar a valorar negativamente os fatos já cometidos lesivos ou perigosos para bens jurídicos, mas sim tratar de evitá-los, o que não ocorre com eficiência na Argentina e no Brasil.

Enquanto a ação, entendida a pessoa jurídica como realidade complexa formada por uma pluralidade de pessoas físicas, é possível afirmar que o comportamento de uma sociedade é, na realidade, uma ficção, já que por trás do mesmo se encontra necessariamente, o comportamento humano das pessoas físicas que a integram. As pessoas jurídicas não existem sem as pessoas físicas que as integram.

2.1 A responsabilidade penal da pessoa jurídica na Argentina

A problemática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é extramente atual e está no centro de uma intensa discussão em escala mundial, seja em razão da criminalidade econômica, por força do crime organizado ou por delitos contra o meio ambiente ou tributários, como também a necessidade de harmonizar a legislação penal na Comunidade Europeia, assim como no Mercosul.

Enquanto ao fundo da discussão, as colocações teóricas referentes a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, não houve muitas alterações em algumas legislações de outros países, porém, na Argentina e no Brasil, por exemplo, observa-se

que os debates continua no entorno de problemas doutrinários, tais como: a) a capacidade de culpabilidade; b) o problema dos tipos de sanções; c) a capacidade de ação, e; d) questões de política criminal.

Ademais, parte da doutrina argentina assevera que as empresas não podem cometer delitos, e sustentam que a legislação pátria no recepciona a responsabilidade penal, e justificam esta afirmação com normas de hierarquia constitucional e outros (art. 18, art.19, art.75.22 da Constituição Federal e art. 11, 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; Art. 15 do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, e, por final, art. 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos)

A doutrina argentina expõe na maioria de seus trabalhos, três casos jurisprudenciais emblemáticos que trataram da responsabilidade penal das empresas, que foram:

Fly Machine S.R.L¹:

“[...] 11) Que más allá de lo expresado en torno al concepto de acción, existen otras limitaciones que no hacen viable la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, una de ellas esta configurada por la imposibilidad de realizar a su respecto el principio de culpabilidad dado que no resulta factible la alternativa de exigir al ente ideal un comportamiento diferente al injusto precisamente por su incapacidad de acción y de autodeterminación, negando así la base misma del juicio de reproche. En este sentido asiste razón al fallo apelado cuando afirma que la capacidad penal de una sociedad implica "la derogación de los principios que rigen la acción, la imputabilidad, la culpabilidad y la pena".

12) Que tampoco cabe soslayar la circunstancia de que nuestra legislación carece de una regulación procesal específica que determine el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal, y que permita también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial materializada al respecto no halla fundamento en texto positivo alguno,

¹ F. 572. XL. Fly Machine S.R.L. s/ recurso extraordinario. Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal.

afectando de esta forma las garantías de legalidad, de defensa en juicio y del debido proceso.

13) Que ello no implica negar la posibilidad de que las personas de existencia ideal sean sometidas a sanciones jurídicas que comporten el ejercicio de poder coactivo reparador o administrativo, pues esta posición sólo se limita a frenar el impulso por dotar a aquellos entes de capacidad delictiva.

14) Que dicha doctrina armoniza plenamente con la fijada por esta Corte en Fallos: 321:2926 y 323:637, oportunidades en la cuales se sostuvo que del ordenamiento aduanero (art. 1026) surge que las sanciones del art. 876, ap. 1, son accesorias de la pena privativa de la libertad, pues en materia de contrabando la sanción judicial a aplicar es independiente de la decisión del órgano administrativo”.

Inversora Kilmy S.A.²:

“[...]Es conveniente recordar aquí cuanto se sostuviera *in re* "Peugeot Citroën S.A. s. rec. de casación" (causa n° 2984, reg. 715/01, del 16/11/01, del voto del doctor Riggi), ocasión en la que se afirmó que "... la doctrina considera mayoritariamente que no cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues (...) no son capaces de acción ni de culpabilidad, y que la teoría del delito, al basarse en el comportamiento de un ser humano, rechaza este tipo de responsabilidad. Así, sostiene el Tribunal Supremo Español que "... la persona jurídica siempre, por definición, por la realidad de las cosas, ha de actuar a través de personas físicas. En el derecho penal lo que interesa es quién actúa realmente, qué persona despliega el comportamiento..." (STS, 24/3/1997). Pero en definitiva, y aún cuando doctrinariamente pudiéramos compartir este criterio, resulta indudable que éste Tribunal debe atenerse y ajustar su pronunciamiento al derecho positivo vigente -en el caso concreto, lo expresamente previsto al respecto por la ley especial que rige la materia" [extremo extensamente detallado en el aludido pronunciamiento y cuya atenta lectura sobre el particular nos permitimos respetuosamente sugerir], "por lo demás receptada por la

² Inversora Kilmy S.A. CNCasación Penal, sala III, 04/12/02, Inversora Kilmy S.A. s. recurso de casación.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 298:693 y 316:1588 (...)-, y ello así por cuanto, conforme al reiterado criterio rector sostenido inveteradamente por el Alto Tribunal (...), '... por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la interpretación y aplicación del derecho el principio de la separación de poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (Fallos: 234:82, 310; 241:121; 250:17;263:460)...".

En aquella oportunidad, y vinculado más estrechamente con la cuestión relativa al modo en que los entes ideales ejercen su derecho de defensa, se señaló también que "prevista la responsabilidad penal de los entes ideales, la utilización de los preceptos por los que se regula el instituto de la declaración indagatoria en el Código Procesal Penal de la Nación aparece como la única vía para garantizar a la persona jurídica el ejercicio de tan inalienable derecho".

Peugeot Citröen Argentina S.A³:

“El Dr. Riggi dijo:

[...] Aclararon que no desconocen que las normas del Código Aduanero se refieran a la responsabilidad de la persona de existencia ideal, manifestando que "... nuestra objeción (...) se refiere a que este contenido supuestamente expreso resulta incongruente con nuestro sistema legal y constitucional y, por ende, resulta insuficiente para efectivamente someter a proceso penal a las personas jurídicas. Ello nos obliga a realizar una interpretación que resulte armónica y no violente principios básicos de nuestro sistema jurídico-penal". A modo de ejemplo de la postura que sustentan, señalaron los defensores que difícilmente pueda imaginarse de qué modo un ente de existencia ideal podría satisfacer el requisito subjetivo del tipo penal imputado. Sostuvieron que, en su criterio, la configuración de un delito por parte de una persona jurídica requeriría una transformación del sistema de imputación de los delitos, un cambio de

³ Peugeot Citröen Argentina S.A. CN Casacion Penal, Sala 3, 16/11/2001

paradigma que debería establecer métodos de verificación de la comisión de los delitos por parte de entes colectivos de acuerdo con elementos diferentes de los propios y exclusivos de las personas físicas. De ello concluyeron que "... Las sanciones previstas en el Código Aduanero no pueden resultar sanciones penales, pues ello violenta el conjunto y las bases de nuestro sistema penal. Este catálogo de sanciones, por ende, sólo pueden corresponder a sanciones administrativas, si se quiere unidas a la comisión de un delito, pero no pueden tener el carácter de sanciones penales autónomas y habilitar, sin más, el proceso penal en contra de una persona de existencia ideal", citando en apoyo de lo sostenido jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entendieron aplicable al caso.

Asimismo, aseguran que la imposición de una pena a una persona jurídica violaría el principio de personalidad de las penas, señalando al respecto que "... la aplicación de una sanción penal a una persona de existencia ideal resulta inadmisibles, pues el castigo recaería sobre todos los miembros del ente colectivo con independencia de su participación, no participación, e incluso oposición a la comisión del delito, esto es, se pone en marcha una reacción penal contra personas inocentes", explicando que esa línea argumental se refiere a las consecuencias directas de la pena, y no a las consecuencias indirectas. [...]

Añadió que los entes ideales tienen "... una innegable posibilidad de delinquir que no puede ser soslayada, y que es frecuente ver la participación de estas personas en la participación en delitos de contrabando, monopolio, estafa, etc., y la sociedad no puede permanecer inactiva y declarar la impunidad de las corporaciones responsables bajo el lema *societas delinquere non potest*", y que "... Al responsabilizar criminalmente a las personas de existencia ideal, no se vulnera el principio de derecho penal que exige que el condenado sea la misma persona que ha delinquido, ya que los actos realizados en representación de la persona moral, por intermedio de sus representantes, jurídicamente son actos de la entidad, y por lo tanto, si son delictuosos, quien ha delinquido es la persona de existencia ideal, y por lo tanto, debe ser sancionada, sin perjuicio de la responsabilidad individual que pueda corresponder a sus miembros que han

intervenido en la perpetración de los hechos punibles, conforme a las reglas que rigen la participación criminal".

Por último, sostuvo, en relación con la imposibilidad de aplicar penas a las personas jurídicas, que "... es obvio que no se les puede imponer sanciones privativas de la libertad, pero es factible aplicarles multas, pérdidas de beneficios, cancelación de inscripción, inhabilitación, etc. que ciertamente serán eficaces". [...] (...) Los delitos que pueden imputarse a las personas jurídicas han de ser siempre cometidos por sus miembros o por sus jefes, es decir, por personas naturales, importando poco que el interés de la corporación haya servido de motivo o fin del delito (...) Castigar a la persona jurídica, como culpable de un delito, sería violar el gran principio del derecho criminal que exige la identidad del delincuente y del condenado. Los que creen que los delitos pueden ser imputables a las personas jurídicas, les atribuyen una capacidad de poder que realmente no tienen. La capacidad no excede del objeto de su institución, que es el de hacerle participar del derecho a los bienes. Para esto, la capacidad de los contratos es indispensable". Ésta es también la opinión de Arturo Barcia López, para quien la ilicitud del acto importa necesariamente una extralimitación del mandato, conferido exclusivamente para fine lícitos, por lo que tales actos sólo pueden comprometer la responsabilidad personal del mandatario (conf. "Responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos", 1940, p. 6).

[...]

4.1) Más pacífica que la doctrina, la legislación nacional gradualmente ha venido reconociendo en determinados casos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aun cuando regían las disposiciones del art. 43 CCiv. en su redacción original. Y ciertamente abundantes son las normas - muchas de ellas aún en vigencia- establecidas en tal sentido, entre las cuales cabe destacar las siguientes: Ley 12.906; Ley 14.878; Ley 15.885; Ley 18.425; Ley 18.829; Leyes 19.359; Ley 19.511; Ley 19.882;

Ley 20.425; Ley 20.680; Ley 20.974; Ley 22.262; Ley 23.771; Ley 24.051; Ley 24.192; Ley 24.557, y;

Ley 24.769.

[...]

También la jurisprudencia del fuero en lo Penal Económico se ha expedido en este sentido. Así, se sostuvo que no existe duda alguna acerca de la responsabilidad de las personas morales y de la posibilidad de su procesamiento, pues basta con examinar las disposiciones de los arts. 190 , 191 y 196 Ley de Aduanas (t.o. 1962) para poder concluir en que -si los entes ideales son susceptibles de sanción, no aflictiva, por evidente lógica- no puede vacilarse con respecto a la posibilidad de su sometimiento a juicio o encausamiento (C. Nac. Pen. Econ., fallo 487, sala 3ª, del 15/12/1967, en autos "Fuhrman S.A.F. y C. Ltda. s/contrabando").

[...]

7.1) Por último, conceptuamos que no puede desatenderse -como criterio de razonabilidad que legitima la decisión legislativa de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas- el notable protagonismo que han adquirido las corporaciones y las empresas multinacionales en el devenir socioeconómico del mundo contemporáneo, siendo inevitable reconocer en la actividad de estos entes ideales elementos que ciertamente ostentan una relevancia que difícilmente pueda adjudicarse a las acciones individuales de las personas físicas. Resulta innegable, pues, que en ese curso de acción las personas jurídicas pueden -y de hecho así ocurre en múltiples ocasiones- producir graves lesiones a bienes jurídicos penalmente tutelados, observación que resulta particularmente relevante cuando se trata de delitos ambientales y económicos. Ello así, pues en la medida en que la comisión de estos delitos suele encontrarse vinculada a la actividad de los factores de producción, es en el desenvolvimiento de las personas jurídicas -constituidas por regla general con una finalidad lucrativa- donde se suele verificar la mayor potencialidad lesiva que la ley penal pretende evitar. Adúnese a lo expuesto que la capacidad económica de estos entes ideales resulta sensiblemente superior -en la mayoría de los casos- a la de los individuos que componen el cuerpo social, observación que sin lugar a dudas conducirá a concluir -por lo general- que la gravedad de las infracciones será también mayor”.

Na atual Argentina, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se encontra prevista unicamente em determinados regimes jurídicos especiais, alguns administrativos, contravencionais ou mistos, por exemplo: a) Lei 19.359 (Regime penal cambiário); b) Lei 25.156 (lei de defesa da concorrência); c) Lei 20.680 (Lei de abastecimento); d) Lei 24.769 (Regime penal tributário); e) Lei 24.241 (Sistema integrado de aposentadoria e pensões); f) Lei 22.415 (Código aduaneiro); g) Lei 26.683 (Lavagem de dinheiro); h) Lei 26.733 (Código penal).

Ainda, o debate pelo estabelecimento de responsabilidades e sanções as empresas envolvidas em delitos e, em particular, por fatos de corrupção tem tido na última década diversos debates.

Assim, o novo código penal argentino, na parte que dispõe acerca dos “delitos contra a ordem econômica e financeira”, especialmente no art. 304 que assevera que: “Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente”. Observa-se que o tipo penal enumera seis sanções, onde para graduar as sanções, os juízes levarão em conta o descumprimento de regras e procedimentos internos, a omissão de vigilância sobre a atividade dos autores e partícipes, a extensão do dano causado, o montante de dinheiro envolvido no cometimento do delito, o tamanho, a natureza e a capacidade econômica da pessoa jurídica.

2.1.1 A opinião da doutrina tradicional Argentina

Em linhas gerais, a doutrina tradicional argentina tem negado a possibilidade de imputar responsabilidade penal às empresas, em esse sentido, os argumentos têm variado segundo se centraram na capacidade de ação ou de culpabilidade, como na violação de princípios básicos de direito penal, tais como o de pessoalidade das penas, tais como:

Dentre eles, enumeramos as opiniões de *Sebastián Soler*, *Ricardo C. Nuñez*, *Eugenio Raul Zaffaroni* y *Enrique R. Aftalión*:

a) Sebastian SOLER (1992): trata lo relativo a responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del estudio dogmático de la teoría de la acción, concretamente, al desarrollar su pensamiento en cuanto al principio de subjetividad. En este orden de ideas, señala que la implementación de este postulado básico del derecho penal conduce a dos consecuencias de la mayor trascendencia, o sea, la subjetivación de la culpa excluye las formas de responsabilidad objetiva. Así, para sostener tal afirmación, además de los principios básicos del derecho penal, recurre a las pautas del derecho civil (art. 4337 del Código Civil de Vélez Sarfield). SOLER señala que el ente ideal es una persona distinta de sus socios y su personalidad jurídica consiste en un mero centro imputativo, carente de substrato psíquico, donde por su defensa las penas de naturaleza penal solo serian posibles a los representantes de la empresa y no al ente ideal: <<societas non delinquere potest>>.

b) Ricardo C. NUÑEZ (1959): tras la afirmación de que solo el hombre puede ser delincuente, realiza una reseña de los argumentos que se han esgrimido a favor y en contra de la capacidad criminal de las personas jurídicas, o sea, toda la cuestión relativa a la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede resolver razonablemente y sin detrimento para las necesidades que han conducido a proclamarla y enseña que la persona moral no puede ser sujeto activo de un delito, pues esa calidad solo puede tener la persona física. Entiende que la razón de la pena y del derecho penal, no reside simplemente en el hecho de que ciertas situaciones producen consecuencias perjudiciales para los individuos en sociedad, donde la misma solo se aplica a quienes son susceptibles de retribución y prevención, pues únicamente la persona física tiene los atributos de inteligencia y voluntad que presuponen las finalidades de la pena.

c) Eugenio Raul ZAFFARONI (1983): enseña que las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito surge en la legislación argentina

como una manifestación individual humana, donde a pesar de la existencia de leyes penales

<<stricto sensu>> que sancionan a personas jurídicas, entiende que esas leyes conceden facultades administrativas al juez penal, pero no son sanciones penales, sino consecuencias administrativas de las conductas de las empresas.

d) Enrique R. AFTALIÓN (1959): sostiene que la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas es insostenible, frente al hecho irrefutable de que existen leyes que les imponen sanciones penales, sanciones que se hacen efectivas sin dificultad, concluyendo que, las teorías deben acomodarse a los hechos y no al revés. Por lo tanto, entiende que no existe ninguna imposibilidad, ni lógica ni ontológica, para responsabilizar a las personas jurídicas, señalando que se trata de un falso problema.

Por outro lado, existe um grande número de doutrinadores que expõe posição favorável a existência de uma responsabilidade penal das pessoas jurídicas, tais como:

a) Julio CUETO RÚA⁴: El problema radica en pensar adecuadamente el hecho de la experiencia verificado y dar los fundamentos de la posibilidad jurídica de sancionar penalmente a las personas colectivas. Para este autor cuando el ordenamiento jurídico imputa a la persona jurídica un acto ilícito penal, conectándole una sanción penal, asimismo imputada a la persona jurídica, se da una responsabilidad penal del ente ideal, o sea, habrá responsabilidad penal de la persona jurídica cuando una determinada conducta, conectada, al ente ideal en su condición de centro de imputación de normas, que será cumplida y sufrida por las personas físicas designadas de un modo mediato por el ordenamiento jurídico le es impuesta coactivamente.

b) Norberto A. SPOLANSKY (1978): El autor que asevera que una persona jurídica actúa representa la ejecución de una acción por parte de un determinado

⁴ Cueto Rúa, Julio. El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Jurídica LA LEY, t. 50.

individuo, o varios de ellos, a la postre atribuida a la totalidad de ciertos individuos, en tanto así lo prescribe un orden de normas que los vinculan jurídicamente entre sí y que establece quién es el órgano de ella. En principio se presume que la infracción cometida por un sujeto o un grupo de ellos que, en tanto órgano de la sociedad, no realizó lo que debía es un hecho aceptado o tolerado por los demás directores y la sociedad, excepto que de modo serio se pruebe lo contrario, y dicha responsabilidad se abre paso en razón de acto propio y culpable al no haberse opuesto y no haber evitado la ejecución del evento.

c) Mario I. CHICHIZOLA⁵: Este autor considera justificada y conveniente la incorporación a la legislación positiva del principio de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, lo cual constituye, según su entendimiento, una necesidad ineludible de la época actual, en mérito al extraordinario poderío por ellas alcanzado y a las maniobras dolosas efectuadas con alarmante frecuencia.

d) David BAIGÚN (1998): Este autor estructura su propuesta a partir de un sistema de doble imputación, cuyo punto central reside en la creación de un diseño <<ad hoc>> que parta de una concepción cualitativamente diferente de la acción realizada por la persona jurídica, la cual es denominada dentro de este esquema como acción institucional, o sea, es un resultado de un fenómeno de interrelación en el que actúan no sólo el aparato psíquico de cada uno de los componentes sino, esencialmente, otras unidades reales, como por ejemplo: i) el aparato normativo; ii) la naturaleza organizadora, y; iii) el interés económico.

A continuação, reforçando a opinião favorável ao reconhecimento da citada responsabilidade penal: Carlos SANTIAGO NINO (1980), Enrique Carlos BARREIRA y Héctor G. Vidal ALBARRACÍN⁶, Raúl V. VARELA (1971), Jaime E. MALAMUD GOTI (1981), Maximiliano RUSCONI (1997) y Esteban RIGHI (2000).

⁵ Chichizola, Mario I. La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal. Revista jurídica LA LEY, t. 109.

⁶ Carlos Barreira, Enrique y Vidal Albarracín, Héctor G. Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando. Revista Jurídica LA LEY, t. 1998-B.

2.1.2 Ajurisprudência dos tribunais argentinos

A controvérsia teórica instalada na doutrina penal, concernente a dimensão da possibilidade do processamento de uma pessoa jurídica em uma causa criminal, tem sido definida nos fatos não só pela Lei como pela jurisprudência, a qual tem reconhecido de modo categórico a atitude das empresas para serem responsabilizadas criminalmente em determinados casos⁷.

Tanto a Corte Suprema de Justiça da Nação – CSJN, como a Câmara Nacional de Penal Econômico – CNPE têm admitido expressamente a possibilidade de efetuar uma imputação de responsabilidade penal à pessoa jurídica⁸, assim se tem dito que a empresa tem uma realidade e vontade própria distintas da de seus componentes, vontade que as vezes se exterioriza por meio de órgãos de representação ou administração que a Lei e, em concordância com ela, los estatutos da sociedade têm criado, e que, ao ser passível de uma atribuição de responsabilidade criminosa, pode ser processada, para posteriormente, e em mérito a razões de congruência processual, seja condenada ou absolvida⁹.

A viabilidade de atribuir condutas delitivas a uma pessoa jurídica tem sido admitida em várias situações, bem seja mediante a aceitação tangencial de seu eventual caráter de responsável de uma infração, como da possibilidade de condená-la em sede penal¹⁰.

Portanto, desde uma reiterada e pacífica jurisprudência se tem reconhecido o caráter penal das sanções estatuídas por numerosas disposições específicas para o caso de infrações cometidas por empresas. Em efeito constante com antigos precedentes

⁷ Cámara Nacional en lo Penal Económico (CNPE) – Sala III, Buenos Aires, en autos “D.I.A.N. S.A.I.C s/infr. Ley 11.275”, 06-06-1972.

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “S. A. Pallavicini y Cia v. Impuestos Internos s./ recurso contencioso administrativo”, “Fallos”, 216:397, 14-4-1950.

⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Minetti y Cia. Ltda”, “Fallos”, 201:378, “L.L.”, 40-454, 20-04-1945 y en autos “Calera Avellaneda S. A.”, “Fallos”, 201:229, “L.L.”, 40-449, 27-04-1945.

¹⁰ Cámara Nacional en lo Penal Económico (CNPE) – Sala I, Buenos Aires, en autos “J.M. González e Hijos S.R.L.”, “L.L.”, 115-127, 14-3-1963; en autos “Eduardo Loussinian y otra”, “L.L.”, 1988-B-117, 06-10-1987; en autos “Banco Exterior S.A.” reg.779/98, 05-07-2000 y en causa “PROFIN S.R.L.”, reg 779/98, 05-07-2000.

jurisprudenciais da Corte Suprema de Justiça da Nação, a qual tem sustentado, em reiteradas oportunidades, que as sanções típicas perpetradas por uma empresa tendem a prevenir e reprimir a violação das pertinentes disposições legais, razão pela qual se tem concluído que têm força penal¹¹.

2.1.3 A responsabilidade das pessoas jurídicas no novo Código Penal

Uma das mudanças mais notórias introduzidas pelo Anteprojeto do novo Código penal Argentino, foi a regulação de um sistema de responsabilidade das pessoas jurídicas, na parte geral do diploma, possibilidade que a norma atual não contempla, apesar de certas leis especiais habilitarem responsabilidade penal para as pessoas jurídicas.

Assim, ao haver incorporado esse tema, a Comissão redatora parece ter considerado que a possibilidade de sancionar penalmente a empresa constitui uma questão de decisão legislativa, que não se encontra vedada pela Constituição Nacional.

Ademais, através da leitura da exposição de motivos se percebe que isto não foi dessa forma. Em efeito, os autores decidiram deixar de lado las discussões doutrinárias que existem a respeito, e que suscitaram entre eles mesmos, e adotaram uma posição que podia denominar-se contemporânea frente a situação e realidade da sociedade atual, onde afirmaram que:

“1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto.

2) No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones,

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Baudou Herrmanos y Kaeser S.R.L. c. Fisco Nacional (D.N. Aduanas) s/ demanda contenciosa”, “Fallos”, 295:735, 07-09-1976; Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “S.A. CORDOBA GOMA v. Secretaría de Estado de Comercio y Turismo de Córdoba”, “Fallos” 295:814, 14-09-1976; Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Guillermo Minas S.A.C.I.F. c. Aduana”, “Fallos”, 278:76, 18-10-1964; Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Cia Swift de la Plata v. Nación Argentina”, “Fallos”, 184:162, 07-07-1939 y Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), en autos “Dirección General de Ferrocarriles v. Ferrocarril Central Argentino”, “Fallos” 201:155, 14-03-1945.

reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas. Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal.

Se ha observado, por parte de algunos miembros, que el debate en la legislación comparada, en buena medida traduce una pugna por el reparto de competencia entre los penalistas y los administrativistas. No ha faltado una opinión que señaló que desde la perspectiva político criminal, y dada la natural selectividad del poder punitivo, se corre el riesgo de perjudicar a las pequeñas y medianas empresas, proveedoras de la mayor demanda de mano de obra en el país.

3) Si bien es notorio que el derecho administrativo sancionador no está limitado por todas las garantías del derecho penal y, por ende, tendría una mayor eficacia sancionadora, predomina la idea pública y política inversa, que considera mucho más fuerte la sanción penal y, en base a eso, postula una radical reestructuración de todos los principios generales del derecho penal.

Evitando esta consecuencia última y, ante la imposibilidad de revertir la opinión dominante, se concluyó que no existe espacio político ni mediático para omitir la regulación de estas sanciones en el Código Penal, dejando abierta la discusión en el plano doctrinario y, en el político-criminal, al mejor criterio de decisión de los Poderes que legislan.

El primer inciso del texto proyectado especifica que se trata de personas jurídicas privadas y limita las sanciones a los casos expresamente previstos en la ley. Se aclara que la responsabilidad emerge de delitos cometidos por sus órganos o representantes actuando en beneficio o interés de ellas.

Los dos supuestos en que la persona jurídica no puede sufrir estas sanciones serían: que el órgano o representante actúe en su propio interés y que no le depare con ello ningún beneficio. Se establece la irrelevancia de la carencia de atribuciones del órgano o representante, siempre que la persona jurídica haya ratificado o aceptado en silencio lo actuado, para lo cual debería requerirse el

conocimiento de esto por parte de los órganos competentes, obviamente si no fuera de público y notorio. En el inciso 3º se sanciona la culpa in eligendo e in vigilando, aún en el caso en que no se derivase beneficio alguno para la persona jurídica.

En el inciso 4º se aplica el mismo criterio que respecto del decomiso, cuando por cualquier razón la persona interviniente no hubiese sido condenada, pero el hecho se hubiese probado en el proceso.

Conforme al inciso 5º, queda reservada a las leyes procesales la forma de intervención de la persona jurídica en el proceso penal, pero de cualquier manera, éstas deberán siempre garantizarle el derecho de defensa. Pese a que esta previsión es innecesaria, en función de elementales normas constitucionales, se ha considerado prudente insistir para evitar toda duda al respecto.

El inciso 6º dispone que la responsabilidad de la persona jurídica no se extingue por su transformación, fusión, absorción o escisión, pues de lo contrario se tornaría ilusoria. Se propone, por ende, regular lo concerniente a estos casos, dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe y limitando la responsabilidad de la nueva persona jurídica a la proporción que correspondiere a la originariamente responsable.

Conforme al inciso 7º propuesto, no es admisible la disolución fraudulenta de la persona jurídica para eludir su responsabilidad. Con este objeto se propone establecer una presunción en caso de continuación de la actividad económica con identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

La duración razonable del proceso respecto de una persona jurídica no puede ser la misma que para un individuo, pues semejante arrastre punitivo es susceptible de condicionar su extinción, toda vez que importa una imposibilidad de evaluar sus activos a efectos de mercado. Por tal razón, el inciso 8º proyectado lo fija en un máximo de seis años”.

Portanto, a Comissão decidiu coletar dados da realidade de marcavam por um

lado, que já existiam normas que autorizavam a imposição de sanções para as pessoas jurídicas e, por outro, que na sociedade impera a ideia de que a comunicação penal é mais forte que o âmbito administrativo sancionador, pelo que propõem mudanças estruturais de ditas normas para lograr uma maior eficiência sancionatória. Tudo isso levou seus membros a concluir que se tratava de um tema que não podia ser obvio, ainda que decidiram que a discussão doutrinaria de fundo ficara em mãos dos poderes políticos. Dito de outro modo, deixou-se aberta a possibilidade dos interpretes e operadores do sistema de considerar que se trata de coação direta administrativa do estado, e não de sanções de caráter penal.

As sanções as pessoas jurídicas no novo código penal foi regulado no anteprojeto, a partir do art. 59 e até o art. 62, sob a denominação de “Sanciones a las persona jurídicas” da parte geral do Código Penal. Note-se que se fazem menção as sanções para as empresas, mas não a natureza daquelas. No art. 59 se estabeleceram as condições necessárias para que possa surgir esse tipo de responsabilidade.

Em primeiro lugar, deverá se tratar de pessoas jurídicas privadas. Em segundo lugar, se estipulou um sistema “*numerus clausus*”. Em efeito, a norma em estudo estipulou que os entes coletivos somente serão responsáveis “*em los casos que la ley expresamente prevea*”. Portanto, não parece ilógico supor que os fatos que são possíveis sancionar uma empresa foram escassos.

Terceiro lugar, estabeleceu-se que unicamente serão responsáveis as pessoas jurídicas quando seus órgãos u representantes tenham atuado em benefício delas e, ainda mais, inclusive nos casos em que o fato delitivo no implique tal benefício ou interesse, as pessoas jurídicas poderão responder se o crime foi facilitado pelo “*incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión*”. Dessa forma, deduz-se que se optou por um dos grandes sistemas de atribuição de responsabilidade penal as pessoas jurídicas que identifica a doutrina como modelo de “atribuição”, segundo o qual se imputam a empresa os fatos cometidos pelos seus membros. Incluso se tivesse existido benefício para a empresa, e o delito tenha sido cometido como consequência de uma “culpa in eligendo” ou “culpa in vigilando” do ente, será um fato de responsabilidade atribuída.

Nos artigos 6 e 7, verifica-se casos para evitar que as pessoas jurídicas logrem impunidade a partir de mecanismos próprios do mundo societário tais como a transformação, fusão, absorção ou extinção.

2.2 a responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

Em que pese o direito penal brasileiro não aceitar, na doutrina e na jurisprudência tradicionais, a possibilidade de uma pessoa jurídica ser sujeito de crime, a Constituição Federal de 1988, por outra via mais contemporânea e atual, ante a crescente criminalidade econômica e ambiental, não poderia deixar de valorar a realidade vivenciada, como exposto nos artigos 173 e 225, ambos da CF/88.

Acerca do referencial constitucional brasileiro, busca-se fundamentar a imputação de responsabilidade penal as pessoas jurídicas no direito penal brasileiro, através da eficácia da legislação infraconstitucional específica, onde para José Afonso da Silva (1994) e Pinto Ferreira (1995), a base necessária para a criminalização dos entes coletivos foi demonstrada pela Constituição Federal.

Apesar das considerações expostas, as disposições da Constituição Federal (Art. 173 e Art. 225) estariam a indicar que o direito brasileiro não aceita mais, incondicionalmente, o princípio “societas delinquere non potest”. Depois desse status constitucional, a doutrina brasileira apontou que houve um grande desejo de disciplinar questões de direito penal, entre elas a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, com inspiração no texto constitucional.

As leis que imputam responsabilidade penal as empresas são posteriores a publicação da Carta Política de 1988, tais como a Lei 9.605/98, Lei 12.529/11 e Lei 12.846/13, o que interpretamos como um sinal indicador que o legislador buscou valorar no âmbito do direito penal, inspirado pelo clamor social, assim como no cenário criminal atual existente no país, de uma forma mais contumaz, reconhecer a responsabilidade penal da empresa, nos delitos ambientais, contra a ordem econômica, financeira e na esfera da economia popular.

3. MODELOS DE CULPABILIDADE AS PESSOAS JURÍDICAS

A problemática da responsabilidade penal das pessoas jurídicas é extremamente atual e está no centro de discussão em escala mundial, seja em razão da criminalidade econômica ou por força do crime organizado, visando harmonizar as legislações nos chamados “espaços econômicos integrados”, como é o caso da Comunidade Europeia e o Mercosul.

3.1. O modelo construtivista

O conceito “construtivista” de culpabilidade adquire esta denominação do fato de estar embasado no construtivismo operativo, corrente epistemológica da teoria dos sistemas autopoieticos. Esta teoria não conta com muitos partidários no âmbito do direito penal tradicional, por ter encontrado certa aceitação no cenário do direito penal empresarial (Carlos Gómez-Jara Díez, 2010).

Centrando a atenção no sistema organizativo empresarial, este, igual ao sistema organizativo humano, começa a desenvolver com o tempo uma complexidade interna que deriva de uma capacidade de auto-organização, autodeterminação e autocondução de tal forma, que resulta lógico e necessário atribuir a empresa certa competência sobre seu âmbito de organização. Desde um uma perspectiva tradicional do delito se pode afirmar que a “capacidade de ação” se percebe assim substituída pela “capacidade de organização”, de tal maneira que resulta complicado afirmar que uma empresa atua por si mesma, ditas dificuldades desaparecem consideravelmente quando se sustenta que, chegando a determinado nível de complexidade interna, a empresa começa a se organizar em si mesma, a se auto-organizar.

A partir da dita afirmação, se pode construir um conceito de culpabilidade empresarial que, si bem que não seja igual ao conceito de culpabilidade individual, mas resulta funcionalmente equivalente, ou seja, o primeiro equivalente funcional se fundamenta no fato de que, na sociedade moderna, a vigência de determinadas normas depende em grande medida da criação e manutenção de uma cultura empresarial de

fidelidade ao Direito. O segundo equivalente funcional, se deve a criação de um sinalagma fundamental do Direito Penal empresarial: liberdade de auto-organização empresarial *versus* responsabilidade pelas consequências da atividade empresarial. O terceiro equivalente funcional diz respeito ao status de cidadania do ente coletivo, justamente em poder participar da produção de decisões.

3.2. O modelo de defeito de organização

Klaus Tiedemann (2009) assevera que as pessoas jurídicas são destinatárias das normas jurídicas, posição esta compartilhada por Silvina Bacigalupo (1998), que afirma que houve a abertura da possibilidade de imputar a ação de uma pessoa física como ação, própria da pessoa jurídica, ou seja, a existência de uma norma de imputação permite aceitar a existência de uma ação da pessoa jurídica, ainda que esta tenha que ser realizada, em efeito, pelo órgão (ex. conselho de administração) ou outra pessoa (ex. diretor) em nome da própria empresa, mesmo que seja uma imputação por ação alheia.

A culpabilidade para este modelo de responsabilidade se justifica basicamente na concentração e prevenção de riscos que podem as empresas produzirem aos bens jurídicos. Tal consideração se toma com base nos fins que possam ter a pena na hora de ser aplicada a empresa, ou seja, o fundamento da culpabilidade penal da pessoa jurídica está dado pela finalidade que se considera cumprir a pena tanto como norma primária (fase de cominação legal), como norma secundária (quando é imposta pelo juiz penal).

Nesse sentido, as empresas produzem riscos que lesionam bens jurídicos, que podem ser justificáveis a uma sanção penal para elas, pois têm um grau de liberdade de se auto regular, onde pode haver uma infração em decorrência do dever de vigilância.

Em que consiste especificamente o defeito de organização? Pois bem. A empresa é uma estrutura complexa, o que dificulta o controle da mesma, por esta razão se considera que a própria organização empresarial deve controlar seus órgãos e empregados na hora de levar a cabo as operações empresariais. Igual que uma pessoa jurídica ao estabelecer seu próprio estatuto, deve estabelecer pautas de comportamento, onde os mecanismos através dos quais a empresa se organiza costumasse chamar de

programas de “compliance”, “effective Compliance and Ethics Program” ou “cumplimiento”, onde há um detalhamento eficaz e adequado das normas de conduta dos agentes.

O defeito da organização da empresa é a omissão quanto a adoção de medidas de precaução para evitar o cometimento de delitos no exercício da atividade da empresa, seria o fato fundamentador da culpabilidade da própria pessoa jurídica. As medidas de precaução que se infringem são, respectivamente, medidas de deveres de vigilância, controle e organização, que obrigam o mesmo grupo, como tal, sendo a lesão de tais deveres, lesão aos deveres de organização.

Após a reforma do Código Penal espanhol, o defeito de organização se converteu em parte fundamental e básica da responsabilidade penal das empresas, como brevemente verificado na LO 5/2010, bem como pela LO 1/2015.

4. O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO NA ARGENTINA E NO BRASIL

Cada Estado deve impor uma normativa legal que proteja seus mercados requerendo a ajuda daqueles países mais avançados na matéria, para logo colaborar com a sanção ao delito quando este seja detectado e sua investigação transpasse as fronteiras. A influência da lavagem de dinheiro é ampla e nenhum setor do mercado do país onde se radiquem os capitais a serem lavados fica imune aos prejuízos que o referido crime gera. Por isso, seu combate necessariamente está dado pela atitude que as sociedades, em forma coletiva e individual tenham agido. O primeiro aspecto representa o grau de consciência adquirida pelo conjunto da sociedade, a honestidade dos funcionários ou dirigentes e, as normas éticas das empresas.

O processo de lavagem está constituído pelas atividades ou procedimentos que utiliza a delinquência organizada, para cumprir com o objetivo de ingressar os capitais obtidos da econômica formal para que possam ser utilizados, baseado nos componentes de integração, simulação, penetração e legitimação.

A luta contra a lavagem de dinheiro e a absorção dos benefícios do crime, constituem os elementos básicos da atual estratégia de controle da criminalidade

organizada a nível internacional.

Em razão do respeito e cumprimento aos tratados internacionais e convenções assinadas pelos integrantes da América Latina, os países elaboraram leis concernentes ao delito, por exemplo: Argentina (Lei 25.246), Bolívia (Lei 1768), Brasil (Lei 9.613), Colômbia (Lei 599), Costa Rica (Lei 8.204), Chile (Lei 20.393), El Salvador (Decreto 498/98), Equador (Lei 2005-12), Guatemala (Decreto 67-2001), Honduras (Decreto 45-2002), México (Lei Federal para a Prevenção e Identificação de Operações com Recursos de Procedência Ilícita, de 17/10/2012), Nicarágua (Lei 285), Panamá (Lei 23/2015), Paraguai (Lei 1015/97), Peru (Lei 27.765), República Dominicana (Lei 7202/2001), Uruguai (Lei 17.835) e Venezuela (Resolução 119-10).

O legislador penal descreve no artigo 1 da Lei 9.613/98, com sua redação alterada pela Lei 12.683/12, os comportamentos que constituem o crime de lavagem de dinheiro. O fez por meio da descrição de um tipo principal, previsto no “caput” do artigo 1 e de tipos equiparados nos parágrafos 1 e 2, apontando todos eles no mesmo marco penal, ou seja, tendo as mesmas penas. Assim, por essa previsão legal o legislador desejou abraçar todas as etapas do processo de lavagem de dinheiro, cumprindo as recomendações internacionais para o efetivo combate a esse fenômeno criminal.

Apesar da criminalização autônoma do delito de lavagem de dinheiro, no Brasil, pela lei penal disposta, ela se encontra vinculada a prática de uma infração penal antecedente para que as condutas de ocultação e dissimulação adquiram importância penal. A doutrina se refere a existência de uma relação de acessoriedade limitada entre a infração penal antecedente e o crime de lavagem de dinheiro.

A lei 9.613/98 sofreu alterações pela Lei 12.683/12, onde a mais significativa foi a extinção do rol enumerativo dos crimes antecedentes, que serviam de pressuposto para a criminalização do delito de lavagem de dinheiro¹².

¹² “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE "LAVAGEM" DE CAPITAIS OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES. LEI Nº 9.613/1998, ART. 1º INC. VII. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONCEITUAÇÃO. ATIPICIDADE À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. TRANCAMENTO. INÉPCIA DA DENÚNCIA QUANTO AO INCISO V. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Na Argentina, após a reunião do Grupo de Ação Financeira – GAFI, no México, em 2011, o Poder Legislativo sanciona a Lei 26.683, que modificou substancialmente os aspectos da atual Lei 25.246, onde se crer que esse foi o primeiro avanço para os debates na República Argentina para se adequar o funcionamento de seu sistema jurídico as 40 recomendações do GAFI.

A reforma chegou quando a lei anterior cumpriu 11 (onze) anos de vigência, circunstancia que permite emitir um preciso juízo de valor sobre sua absoluta ineficácia, com nenhuma sentença condenatória e poucas aplicações quanto as sanções administrativas pelo cumprimento da obrigação de informar operações suspeitas.

As principais alterações legislativas foram: a) a derrogação do artigo 278 do Código Penal; b) o novo título XIII, denominado, “de lós delitos contra el orden económico y financiero”; a identificação do objeto material do delito de lavagem de dinheiro que se especifica como “bienes provenientes de un ilícito penal”; d) foi suprimida a clausula de exclusão de participe no delito prévio; e) o monto da pena de multa aumentou.

Nas questões relacionadas com a prevenção e controle administrativo, também sofreu alterações: a) o artigo 6 da Lei 25.246; b) o sistema de designação de autoridades da UIF; c) modificou-se o inciso 1 do artigo 13; d) alterações na redação dos incisos do art. 14; e) alterações nos artigos 16, 17, 21, 24, 27, 31 e 32; f) alterações no capítulo IV da Lei 25.246.

A Lei 26.683 incorporou o atual art. 303 do Código Penal Argentino, o qual aduz que:

1. O delito de lavagem de dinheiro possui natureza acessória, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal). Seria um "crime remetido", já que sua existência depende de fato criminoso pretérito, como antecedente penal necessário.

2. Com o advento da Lei nº 12.683/2012 não existe mais um rol de crimes antecedentes e necessários para a configuração do delito de lavagem de capital. Passou o artigo 1º da Lei n. 9.613/98 a definir a lavagem de dinheiro como "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal". A nova legislação sobre o tema alargou por completo o âmbito de reconhecimento (ou esfera de tipificação) da lavagem, que poderá ocorrer (em tese) diante de qualquer "infração penal". [...] (RHC 41.588/SP, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 29/10/2014) “.

“Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

4.1 atual estado da legislação em matéria de anti-corrupção na Argentina e Brasil

Atualmente o Brasil é signatário de três diferentes tratados internacionais que tratam do tema da corrupção. O primeiro deles é a CONVENÇÃO DE LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS EXTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS (Decreto 33678/00). Dois anos depois, no ano de 2002, a CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA A CORRUPÇÃO (Decreto 4410/02). Ainda, por meio do Decreto 5698/06, entrou em vigor a CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA A CORRUPÇÃO, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

A nova Lei Anticorrupção que entrou em vigor em janeiro de 2014, demonstrou que os legisladores não elegeram um trato penal para o assunto, pois optaram pelas sanções administrativas. Tendo em conta o estado embrionário da Lei Anticorrupção, que entrou em vigor a poucos anos, não existem casos concretos (transitados em julgado) onde se tenham aplicado suas disposições, apesar do grande apelo social para o combate a corrupção. Antes da entrada em vigor da citada lei, não havia uma lei específica no Brasil que abordasse o tema, mas sim, por exemplo, leis especiais que tratavam sobre a probidade administrativa na administração pública.

Outros exemplos podem ser citados, como a Lei de Licitações, Lei de

Improbidade Administrativa e a Lei Complementar 135/10.

O Congresso da Nação Argentina, inspirado pela lei brasileira anticorrupção, bem como pelas repercussões dos casos “Lava Jato” e “Mensalão”, criaram um projeto de lei denominado “Ley del Arrepentido”¹³, que também trata do instituto da colaboração ou delação premiada.

Nesse sentido, a legislação brasileira está mais a frente da legislação argentina, que somente após a descoberta dos institutos dispostos na lei brasileira, buscou criar uma lei similar para sua comunidade, até porque há agentes públicos e privados, bem como empresas argentinas envolvidas no caso “Lava Jato”, onde para alcançar tais agentes a legislação argentina busca aperfeiçoar seus instrumentos de combate e repressão à corrupção.

5. A CULPABILIDADE DAS PESSOAS JURÍDICAS NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO, PELA UTILIZAÇÃO, EM SUA ATIVIDADE ECONÔMICA, DE BENS, DIREITOS OU VALORES PROVENIENTES DO CRIME (VELHAS FÓRMULAS PARA O COMBATE DO DELITO, ANTE AS NOVAS FORMAS DE CRIMINALIDADE NA EMPRESA)

Após o desenvolvimento das teorias e discussões acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e o delito de lavagem de dinheiro na Argentina e no Brasil (Lei 25.246, Lei 26.683, lei 9613 e Lei 12683) assim como a nova lei de combate a corrupção brasileira (Lei 12846), tem-se em conta que da letra da lei e o desejo da sociedade em ver os sujeitos do crime de lavagem de dinheiro punidos, não correspondem a realidade diante das poucas ações tomadas por parte dos órgãos estatais que deveriam converter tais fatos em processamentos judiciais e respectivas condenações.

Observa-se que o aparato estatal se encontra atrasado e ineficiente, ou seja, não

¹³ “personas que están involucradas en un delito a aportar información a la Justicia sobre otros partícipes para obtener beneficios procesales”.

caminha no mesmo ritmo do desenvolvimento da criminalidade econômica, que está sempre um passo adiante do aparelho preventivo e repressivo do Estado, o que torna a descoberta do fato delituoso, bem como dos agentes envolvidos, o rastro do dinheiro lavado até o seu destino final e, claro, um processamento e condenação.

Demonstra-se tal fato pelas estatísticas dos nossos países, como por exemplo, pela Unidade de Informação Financeira – UIF (Argentina), sobre os procedimentos de investigação e punição no âmbito administrativo do órgão, bem como as ações judiciais a partir das demandas geradas dentro da própria UIF.

Até o ano de 2010 havia apenas 350 sujeitos obrigados registrados na UIF, onde até a presente data, não constava reporte dos “Registros Seccionales de la Propiedad Automotor y de Créditos Prendarios”, bem como as transportadoras registraram apenas reportes entre os anos de 2000 e 2009, assim como o setor de seguro, com 35 reportes; setores de jogos de azar, 14 reportes. Assim, 90% dos reportes advinham do sistema financeiro, o que demonstra pouca efetividade de uma cultura preventiva sobre o delito de lavagem de dinheiro na Argentina, pois a UIF não realizava supervisões, nem aplicava sanções por descumprimento das normativas acerca da lavagem de dinheiro. Os poucos reportes de operações suspeitas (ROS) que chegavam ao conhecimento da UIF eram recebidos de forma natural (trâmite normal), onde não haviam critérios de análises ou circuitos preestabelecidos para uma abordagem dos mesmos¹⁴.

Para agilizar a instrução de atuações administrativas, se criou uma área para a sustentação do regime administrativo sancionador do capítulo IV da Lei 25246, bem como se formou um corpo de supervisores para inspecionar todo o universo de sujeitos obrigados, aplicação do artigo 14, inciso 7 e, trabalhou-se sobre a reforma da dita norma, cujo fruto foi a nova Lei 26683.

A nova normativa tipificou o delito de lavagem de dinheiro como delito autônomo e somou novos sujeitos obrigados a reportar operações suspeitas (imobiliárias, fideicomissos, entidades esportivas, cooperativas etc.), bem como se incorporou medias especiais de investigação e eliminaram os sigilos fiscais intra-

¹⁴ Informes de gestión – UIF 2013

organismos no marco investigatório. Ainda, outorgou-se autonomia e natureza jurídica de Autarquia a UIF.

Dessa forma, *“hacia fin de 2013, el número de Sujetos Obligados registrados ante la UIF supera los 33.400. Es decir, en los últimos cuatro años la labor de fiscalización y control vio sus frutos en una multiplicación por 100 de la cantidad de Sujetos Obligados existentes al 2010 que estaban bajo la órbita del sistema preventivo. Como corolario, mientras que entre los años 2000 y 2009 se recibieron 6.042 Reportes de Operación Sospechosa (ROS), entre los años 2010 y 2014, se recibieron 88.250 ROS. Este resultado del extraordinario crecimiento de los reportes puede ser relativizado si se analiza en forma aislada del contexto. Esto es, para un país con una historia de muchos años de experiencia en materia preventiva y con mucho tiempo de cumplimiento de los estándares internacionales, un crecimiento de los ROS podría no representar un éxito”*¹⁵.

Quanto as colaborações judiciais, a aludida área funciona dentro d Direção de Análise da UIF e constitui uma das mais importantes áreas da Unidade na desarticulação de organizações criminais e manobras de lavagem de dinheiro. As experiências neste âmbito tem sido frutíferas na descoberta de: a) inconsistências financeiras; b) os vínculos financeiros ou societários; c) as operações de compra e venda ou a participação de empresas de fachada, onde um dos mais emblemáticos casos foi o “Caso Meyendorff”.

Desde seu funcionamento, receberam-se mais de 468 requerimentos da Justiça, dos quais 315 continuam ativos, ou seja, desde 2013 a UIF atua como auxiliar da Justiça em 315 processos judiciais.

Durante o ano de 2013, a UIF se apresentou como **querelante** em 10 (dez) novas causa judiciais, onde apesar disso, a nenhuma pessoa jurídica foi imputada a responsabilidade penal, apesar de sua participação no processo de lavagem de dinheiro¹⁶:

¹⁵ Informes de gestión – UIF 2013

¹⁶ Informes de gestión – UIF 2013

Causa N° 32.191/13 en trámite ante el Juzgado Federal N° 2 de Tucumán, Secretaría Penal N° 4: La Unidad se presentó como querellante el 18 de marzo de 2013. La causa se originó en una investigación que realizó la UIF donde se reveló la operatoria de una organización criminal tucumana dedicada entre otras cosas a la trata de personas con fines de explotación sexual.

Causa N° 8308/13 en trámite ante el Juzgado Federal N° 4 de Rosario: La Unidad se presentó como querellante el 25 de marzo de 2013, siendo aceptada en abril de ese mismo año. La causa se inició con las actuaciones preliminares efectuadas por la Fiscalía Federal N° 2, en función de las probanzas colectadas en el marco de la causa “Miguenz, Mauro y otros s/ ley 23.737”, Expediente N° 87/09.

A donde se produjeron escuchas telefónicas y se extrajeron mensajes de texto, de los que surgiría la presunta comisión de hechos ilícitos por parte de integrantes de la Policía de la Provincia de Santa Fe, en connivencia con la actividad de un narcotraficante.

Causa N° 7111/2010 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 10: La Unidad se presentó como querellante el día 18 de noviembre de 2013. La causa se originó en el año 2010 a partir de una denuncia efectuada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación a fin de que se investigue la presunta apropiación compulsiva de las acciones de una fábrica de papel durante la última dictadura cívico militar, con la intervención del aparato represivo estatal.

Causa N° 4334/2013 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13: La Unidad se presentó como querellante el 26 de junio de 2013 y fue aceptada ese mismo día. Además se encuentra prestando colaboración en la determinación del perfil patrimonial de los sospechados en los términos del artículo 13 de la Ley N° 25.246.

Causa N° 255/SE en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 3, Secretaría Especial: La UIF se presentó como querellante el 10 de diciembre de 2013. La causa tiene por objeto investigar la apropiación de los bienes pertenecientes a los tres hermanos durante su reclusión

en el centro clandestino de detención denominado “El Infierno” a cargo de la Brigada de Investigaciones de Lanús, entre julio de 1977 y enero de 1978.

Causa N° 18.283/C en trámite ante el Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Secretaría C:

La Unidad se presentó como parte querellante el día 12 de diciembre de 2013. La causa se inició a partir de una denuncia cursada por el Director Provincial del Registro de las Personas Desaparecidas del Ministerio de Justicia y Seguridad de la Provincia de Buenos Aires a la Unidad Fiscal especializada en Asistencia en Secuestros Extorsivos y Trata de Personas (UFASE) dando cuenta de la recepción de un llamado telefónico anónimo que informaba sobre la existencia de un prostíbulo en la ciudad de Mendoza que explotaba a mujeres, algunas de ellas menores de edad.

Causa N° 58.665/B en trámite ante el Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Secretaría “B”: La Unidad se presentó como parte querellante el día 12 de diciembre de 2013. En la causa se investiga un grupo de personas dedicadas al tráfico y comercialización de estupefacientes desde Argentina hacia Chile.

Causa N° FMZ 12060121/2013 en trámite ante el Juzgado Federal N° 1 de Mendoza, Secretaría B: La Unidad se presentó como parte querellante el día 12 de diciembre de 2013. De acuerdo a las investigaciones realizadas en el marco de la causa, se pudo comprobar la existencia de una banda de personas dedicada AL comercio y transporte de sustancias estupefacientes y de materias primas destinadas a su producción, respecto

de las cuales el 26 de septiembre de 2013 se dictó el procesamiento con prisión preventiva.

Causa N° 3017/13 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 7, Secretaría N° 13: La Unidad se presentó como querellante el 6 de mayo de 2013 y fue aceptada en junio del mismo año. En La causa se investiga una “cueva financiera” que realizaba operaciones sin la debida autorización del BCRA y obviamente por fuera del sistema ALA/FT. Luego de un conflicto de competencia, todas las denuncias se unifican en el Juzgado

Nacional en lo Criminal y Correccional N° 7, Secretaría N° 13 a cargo del juez Sebastián Cassanello. La causa se encuentra en pleno trámite, se han tomado indagatorias a dos de los imputados y la UIF realiza una tarea de colaboración de conformidad con el artículo 13 inc c de la Ley N° 25.246.

Causa N° 1376/04 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 12 Secretaría 23: La Unidad solicitó ser tenida como parte querellante el 19 de diciembre de 2013. En la causa se investiga La apropiación de bienes de personas que fueron secuestradas y torturadas en el centro clandestino de detenciones que funcionaba en la Escuela de Mecánica de la Armada - ESMA durante la última dictadura cívico militar. La UIF ha podido determinar, en función de la colaboración prestada en la causa, que parte de los bienes inmuebles apropiados continúan en manos del entorno familiar de los imputados. En virtud de ello, considera que esa administración de los bienes constituye una maniobra de lavado de dinero ya que la misma se efectúa con el fin de otorgarle apariencia de licitud a bienes que en realidad han sido fruto de la comisión de un delito de Lesa Humanidad.

Causa N° 32.191/13 en trámite ante el Juzgado Federal N°2 de Tucumán, Secretaría Penal N°4: En fecha 20 de diciembre de 2013 el juez Fernando Luis Poviña resolvió dictar el procesamiento de nueve imputados que habían sido indagados entre el 31 de Octubre y el 17 de Diciembre de este año. Los restantes cuatro fueron procesados por el delito de lavado de activos. La UIF solicitó **embargos por sesenta y cinco millones de pesos (\$65.000.000)**. El juzgado dicto medidas cautelares sobre **60 vehículos y 12 propiedades inmuebles**. Asimismo se secuestraron **más de 50 armas** y aproximadamente **dos millones de pesos (\$2.000.000)** en los allanamientos, los cuales fueron embargados.

Causa N° 12982/11 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1, Secretaría N° 2: El 5 de julio de 2013 se dispuso el procesamiento de dos personas como coautores del delito previsto en el art. 278 inc 1 del Código Penal imponiéndoles un **embargo de noventa millones de pesos (\$90.000.000) a cada uno**. También se dispuso el procesamiento del

contador como participe secundario con un **embargo de sesenta millones de pesos (\$60.000.00)**.

No ano de 2014, a UIF se apresentou como **querelante**, em 11 novas causas judiciais¹⁷, por exemplo:

Causa N° 10.389/2013, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 1, Secretaría N° 1: Se investiga el delito de lavado de activos perpetrado por aquellas personas físicas y jurídicas que de una u otra forma, intervinieron dándole apariencia de licitud a los fondos obtenidos por la actividad de narcotráfico, investigada en la causa N° 11.487, que en el mes de diciembre del año 2013 culminó con una condena por tráfico de estupefacientes. La UIF fue tenida por parte querellante el 20 de marzo de 2014, solicitando diversas medidas cautelares.

Causa N° 37/14, en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3, Secretaría N° 5: Se investiga a dos personas de nacionalidad española que ingresaron al país, el 31 de enero de 2014, con

754.000 euros y 254.000 dólares, ocultos en su equipaje. La Unidad fue tenida por parte querellante el 1 de abril de 2014. Ambos sujetos fueron procesados por el delito previsto en el artículo 303 inciso 3, situación procesal que fue confirmada por Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

Causa FCT 24/2012, en trámite ante el Juzgado Federal de Corrientes, Secretaría Penal N° 2: En diciembre de 2014, se dictó auto de procesamiento por el delito de lavado de activos de origen delictivo respecto de diez personas, todas con prisión preventiva, y medidas cautelares por 67.000.000 pesos sobre el patrimonio de los procesados y el de las personas jurídicas relacionadas a las maniobras que se investigan.

¹⁷ Informes de gestión – UIF 2014

Causa FMZ 11.356/2013, en trámite ante el Juzgado Federal de Mendoza N° 3, Secretaría Penal E: La causa se inició con motivo de un sumario preventivo el 24 de septiembre de 2013, por parte de la Dirección General de Lucha contra el Narcotráfico del Ministerio de Seguridad de la Nación, dando cuenta del hecho que se había recibido en ese organismo (mediante el servicio denominado FONODROGAS) un llamado telefónico anónimo denunciando la comercialización de estupefacientes por parte de la principal imputada. Luego, durante la prevención se determinó la posible existencia de una red criminal dedicada al narcotráfico y lavado de activos, compuesta por 21 personas físicas. La causa se encuentra en plena etapa de instrucción, tramitando también numerosos incidentes de levantamiento de medidas cautelares y eximición de prisión a los que La UIF se ha opuesto.

Por outro lado, o artigo 25 da Lei 26683 proibiu que a UIF figurasse como **parte autora em processos penais**, em causas a partir de sua vigência.

Dessa forma, percebe-se que o Estado não exerce com eficiência sua tarefa de prevenção e repressão ao delito de lavagem de dinheiro, onde em quase todas as causas, a pessoa jurídica se apresenta como parte importante na estrutura criminosa, seja como beneficiária final ou partícipe.

No Brasil, assim como na Argentina, os órgãos administrativos, bem como o Poder Judiciário não são eficientes na temática da prevenção e repressão ao delito de lavagem de dinheiro, onde a estatística demonstra um número maior de condenações imputadas a pessoas físicas, já que a responsabilidade da empresa, afora da responsabilidade administrativa, no âmbito do Comitê de Gestão Financeira – COA, figurou também no art. 6 da Lei 12846 (Lei Anticorrupção), possibilitando o processamento de pessoas jurídicas no âmbito do Poder Judiciário, conforme art. 18, porém **sem reconhecimento de uma responsabilidade penal**, apenas administrativa e civil.

Como na Argentina, o Brasil detém dados estatísticos que demonstram uma deficiência persecutória e condenatória de empresas como beneficiários ou partícipes

no delito de lavagem de dinheiro, como se percebe pelos números do COAF e do Poder Judiciário, esposados no sítio do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (www.cnj.jus.br).

No âmbito do COAF¹⁸:

Causa N. 11893.000015/2004-19: Factoring. Descumprimento da Resolução COAF 002/1999. Inadequação na identificação de clientes e desatualização dos respectivos cadastros. Inexistência de registros de transações. Incompatibilidade entre as movimentações de recursos, a atividade econômica e a capacidade financeira das empresas clientes. **Decisão:** Aplicação de multa pecuniária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa e ao sócio administrador individualmente. **Data:** 29/08/2006.

Causa N. 11893.000014/2004-74: Factoring. Descumprimento da Resolução COAF 002/1999. Inadequação na identificação de clientes e desatualização dos respectivos cadastros. Inexistência de registros de transações. Incompatibilidade entre as movimentações de recursos, a atividade econômica e a capacidade financeira das empresas clientes. **Decisão:** Aplicação de multa pecuniária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa e ao sócio administrador individualmente. **Data:** 29/08/2006.

Causa N. 11893.000016/2004-63: ENGEFIN Assessoria e Fomento Mercantil Ltda. Factoring. Descumprimento da Resolução COAF 002/1999. Inadequação na identificação de clientes e desatualização dos respectivos cadastros. Inexistência de registros de transações. Incompatibilidade entre as movimentações de recursos, a atividade econômica e a capacidade financeira das empresas clientes. **Decisão:** Aplicação de multa pecuniária de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa e ao sócio administrador individualmente. **Data:** 19/09/2006.

Causa N. 11893.000039/2007-11: Factoring. Infringência do art. 8º da Resolução COAF nº 13/2005. Inexistência de comunicações ao COAF de transações superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). **Decisão:** Aplicação

¹⁸ www.coaf.fazenda.gov.br

de multa pecuniária de R\$ 80.429,69 (oitenta mil, quatrocentos e vinte e nove reais e sessenta e nove centavos) à empresa e ao sócio administrador individualmente, o que corresponde a 10% do valor das transações de saque não comunicadas. **Data:** 11/12/2007.

Causa N. 11893.000024/2007-52: Factoring. Descumprimento do art. 8º da Resolução COAF 12/2005, item 3 do seu anexo. Inexistência de comunicações ao COAF de transações superiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) realizadas entre as contrapartes. **Decisão:** Aplicação de multa pecuniária de R\$ 3.577,00 (três mil, quinhentos e setenta e sete reais) à empresa e ao sócio administrador individualmente, o que corresponde a 10% do valor das transações não comunicadas. **Data:** 11/12/2007.

Causa N. 11893.000100/2007-20: Factoring. Descumprimento do art. 8º, letra “b”, das Resoluções COAF n.º 12/2005 e n.º 13/2005, item 6 de ambos os anexos e item 2 do anexo da Resolução COAF n.º 13/2005, bem como no parágrafo único do art. 8º da Resolução COAF 13/2005. Inexistência de comunicações ao COAF de transações superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) realizadas com clientes não-habituais de outras praças. Inexistência de comunicações de transações superiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) cujo pagamento tenha sido feito em conta de terceiros. **Decisão:** Inexistência de declarações negativas. Aplicação de multa pecuniária de R\$ 25.840,00 (vinte e cinco mil, oitocentos e quarenta reais) à empresa e ao sócio administrador individualmente, o que corresponde a 5% do valor das transações não comunicadas. **Data:** 11/03/2008.

No mesmo sentido, consta condenações com pena de multa e/ou advertência, aos gestores das empresas (administradores, gerentes, diretores etc.), bem como as próprias entidades coletivas (empresas), nos casos: 11893.000022/2007-63; 11893.000023/2007-16; 11893.000054/2007-69; 11893.000054/2007-69; 11893.000072/2006-60; 11893.000072/2006-60; 11893.000162/2008-12; 11893.000019/2009-10; 11893.000009/2011-91; 11893.000001/2011-24 e

11893.000018/2011-81.

Portanto, após a análise sobre as condenações às pessoas jurídicas (administrativa e civis), as quais são sabidamente envolvidas no delito de lavagem de dinheiro, resulta claro que para haver um combate eficiente, com a real diminuição dos delitos praticados no seio da PJ, fato este perceptível na Argentina e no Brasil, deve-se valorar a conduta da empresa (benefício e/ou participação), com a disposição de uma responsabilidade penal e suas consequências no âmbito penal, com a consequente imputação, o que no cenário atual, demonstra-se que há um retrocesso doutrinário e legislativo dos países em discussão, em comparação a outros países que buscaram responsabilizar a empresa, como por exemplo, Espanha, Reino Unido, Estados Unidos etc.

5.1. A empresa: o cenário da lavagem de dinheiro sob a proteção da blindagem oferecida pela irresponsabilidade penal

Parece desarrazoado que países como Argentina e Brasil, que possuem altos índices de criminalidade econômica, em especial, o delito de lavagem de dinheiro, exteriorizam pouco esforço, muito aquém do necessário em suas doutrinas e legislações, no sentido de imputar a pessoa jurídica uma responsabilidade penal baseada em uma culpabilidade própria, desenvolvida a partir da Teoria de Defeito de Organização.

Países desenvolvidos têm produzido uma política criminal contra a lavagem de dinheiro, a partir de uma mudança em seu sistema penal como um todo, tendo em vista a modernização dos mecanismos utilizados pelos criminosos econômicos, que recorrem da estrutura e da própria pessoa jurídica para fins de prática da lavagem de dinheiro.

No nosso caso, as empresas são protegidas, ou melhor, penalmente blindadas pela irresponsabilidade penal, situação que continua a inspirar a criminalidade no uso da PJ nesse tipo de delito.

Essa é a principal problemática desse trabalho, pois como esposado, ante a não responsabilidade penal da empresa, as pessoas físicas (funcionários, diretores,

administradores em geral etc.) podem, por meio da estrutura da empresa, fazer uso em sua atividade econômica dos bens, direitos ou valores provenientes da lavagem de dinheiro, onde os órgãos estatais e o Poder Judiciário não logram êxito em alcançar a PJ, devido a total ausência de previsão penal que impute uma responsabilidade penal à empresa.

Ante a essa situação, questiona-se: Será que o reconhecimento e o processamento somente pela responsabilidade administrativa e civil são suficientes para frear e/ou diminuir o delito de lavagem de dinheiro no âmbito da PJ? Ou seja, Estas responsabilidades são suficientes para uma prevenção e repressão do delito no seio da empresa, como desejo de toda uma sociedade?

Pois bem, prova-se que é negativa a resposta para as questões.

É notória a utilização da empresa para o delito de lavagem de dinheiro, como podemos atualmente perceber nos casos brasileiros denominados “Mensalão” e “Lava Jato”, cujas repercussões envolveram vários países da América do Sul, como pronunciado pela *Auditoria General de la Nación – AGN*:

Analizan investigar obras adjudicadas en Argentina a las empresas del Lava Jato
- Perfil

La Auditoría General de la Nación (AGN) está “considerando” una solicitud para que se examinen las licitaciones de obras públicas adjudicadas por el Estado argentino a empresas que protagonizan el escándalo de corrupción brasileño Lava Jato. Según supo PER-FIL, en el organismo estudian si sería viable una auditoría de esa naturaleza. Si la AGN resolviera auditar dichos contratos, la Argentina seguiría los pasos de Perú, Ecuador y Panamá, que ya iniciaron acciones para indagar si las compañías montaron en dichos países esquemas fraudulentos similares a los investigados en Brasil. El pedido de revisión fue presentado a la AGN por el diputado y ex fiscal Manuel Garrido, en una nota formal que envió la semana pasada al presidente del organismo, Leandro Despouy. Allí le solicitó “realizar un examen especial sobre las contrataciones que realizó el Estado Nacional en las cuales resultaron adjudicatarias empresas

investigadas en la República Federativa del Brasil en el marco del proceso conocido como Lava Jato”. La solicitud menciona algunas de las empresas señaladas por la Justicia brasileña, como las constructoras Odebrecht, OAS y Andrade Gutiérrez. El ex fiscal pidió revisar las obras adjudicadas a esas firmas en los últimos cinco años. Como miembro de la Comisión Parlamentaria Mixta Revisora de Cuentas, Garrido solicitó a la AGN que incorpore el tema a su Plan Operativo Anual. El organismo está realizando consultas y sondeos al respecto, mientras se espera el consenso de los siete auditores generales para incluir el pedido en la agenda. Las primeras sospechas de que el escándalo no se limitaba a Brasil surgieron en diciembre, cuando la policía brasileña halló en la casa del cambista “arrepentido” Alberto Yousseff, preso por lavado de dinero, un registro de 747 obras llevadas a cabo por 170 empresas –la mayoría constructoras– en Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador y otros países. El juez federal brasileño Sergio Moro calificó ese hallazgo como “perturbador” y sugirió que “la red criminal podría ir mucho más allá” de Petrobras. Según los investigadores, el esquema montado en Brasil consistía en el pago de sobornos a dirigentes políticos por intermedio del cobro de sobrepagos y a cambio de la cartelización de las obras de la petrolera estatal, en manos de un conjunto de grandes constructoras. Alcance regional. La Justicia de Perú decidió enviar dos fiscales a Brasil para recolectar pruebas de posibles delitos cometidos en la adjudicación de obras públicas. En Ecuador, el presidente Rafael Correa ordenó una auditoría de todos los contratos concedidos a Odebrecht. La Contraloría de Panamá ordenó examinar la construcción del metro capitalino a cargo de la misma empresa. Por su parte, Transparencia Internacional anunció esta semana que abrirá una investigación en varios países sobre las prácticas de las empresas cuestionadas. En la Argentina también hay obras que llamaron la atención de los investigadores brasileños. Entre los documentos de Yousseff se destacaba la mención de un proyecto para construir gasoductos en Córdoba, que iba a contar con una financiación de 257 millones de dólares del Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social (BNDS). OAS y Andrade Gutiérrez compitieron por la licitación, pero la obra nunca se llevó a cabo. Además, la prensa brasileña reveló

en febrero que los investigadores del Lava Jato habrían hallado “rasgos comunes” entre el esquema de corrupción en Petrobras y el caso argentino Skanska¹⁹

Na Argentina, agora, a problemática pode ser encontrada no *caput* do art. 304 do Código Penal Argentino:

“Artículo 304 – Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, **o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal**, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: [...]”.

Na realidade o artigo 304 traz em seu texto, justamente a aceitação de que o fato criminoso, previsto no art. 303, do mesmo diploma legal, pode ser realizado **com a intervenção ou em proveito da pessoa jurídica**.

Dessa forma, não se pode mais admitir que as empresas não sejam capazes de delinquir, quando elas intervêm ou se beneficiam dos fatos criminosos, no caso em tela, do fruto do delito de lavagem de dinheiro.

No âmbito argentino, pode-se responder tal problema, com o disposto no art. 59 e 60 do Novo Código Penal (Comissão para a elaboração do Projeto de Lei de Reforma, Atualização e Integração do Código penal da Nação, pelo Decreto PEN 678/2012) que trata das condições e sanções para as pessoas jurídicas:

ARTÍCULO 59 - Condiciones

1. Las personas jurídicas privadas son responsables, en los casos que la ley expresamente prevea, por los delitos cometidos por sus órganos o representantes que actúen en beneficio o interés de ellas. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad solo si el órgano o representante actuare en su exclusivo

¹⁹ <http://www.agn.gov.ar/informes-resumidos/analizan-investigar-obras-adjudicadas-en-argentina-las-empresas-del-lava-jato-perfil>

beneficio y no generare provecho alguno para ella.

2. Aun cuando el interviniente careciere de atribuciones para obrar en representación de la persona jurídica, ésta será igualmente responsable si hubiere ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita.

3. Aun cuando el hecho no implicare beneficio o interés de la persona jurídica, ésta será responsable si la comisión del delito hubiere sido posibilitada por el incumplimiento de sus deberes de dirección y supervisión. El juez podrá imponer sanciones a las personas jurídicas, aun cuando el interviniente no resultare condenado, siempre que el hecho se hubiere comprobado.

4. Para sancionar a una persona jurídica será necesario que ésta haya tenido oportunidad de ejercitar su derecho de defensa.

5. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica trasladará su responsabilidad a las entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o resultaren de la escisión, sin perjuicio de los terceros de buena fe. En tal caso el juez moderará la sanción a la entidad en función de la proporción que la originariamente responsable guarde con ella.

6. No extingue la responsabilidad la disolución aparente de la persona jurídica, la que se presume cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados.

7. La acción contra la persona jurídica se extingue en el plazo de seis años.

ARTÍCULO 60 - Sanciones a las personas jurídicas

1. Las sanciones a las personas jurídicas serán las siguientes:

a) Multa. b) Cancelación de la personería jurídica. c) Suspensión total o parcial de actividades. d) Clausura total o parcial del establecimiento. e) Publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a su costa. f) Prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido. g) Suspensión del uso de patentes y marcas. h) Pérdida o suspensión de beneficios estatales. i) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales. j) Suspensión en los registros estatales.

2. Son aplicables a las personas jurídicas las disposiciones de los Títulos VII y VIII del Libro Primero de este Código.

Desse modo, as razões da comissão²⁰:

La Comisión no puede ocultar las discusiones que se suscitaron en su seno respecto de las sanciones a las personas jurídicas y a la pretendida o real responsabilidad penal de éstas. No es del caso resumir los diferentes argumentos, que no hacen más que reiterar los que son conocidos en la doctrina. De cualquier manera se coincidió en que:

- 1) Se prevén sanciones a las personas jurídicas en diferentes leyes especiales y, por ende, resulta conveniente unificar legalmente el criterio a su respecto.
- 2) No es menester pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estas sanciones, reabriendo un largo debate sin solución definitiva, que se remonta al derecho civil de daños, con larga y conocida evolución en la doctrina y jurisprudencia alemanas y norteamericanas.

Por ende, se ha preferido dejar en suspenso cualquier posición al respecto, permitiendo que la doctrina siga discutiendo si tienen o no carácter penal, limitándose a proponer un ámbito sancionador y regularlo en la competencia del juez penal.

No Brasil, a lei especial²¹ que trata sobre o crime de lavagem de dinheiro, não discute o tema sobre a responsabilidade penal das empresas (Lei 9613, alterada pela Lei 12683), do mesmo modo o Código Penal Brasileiro, o que coloca o país em uma contra mão, no que diz respeito aos reclamos internacionais, bem como da sociedade atual, principalmente depois de evidenciados os casos “Mensalão” e “Lava Jato”.

A legislação brasileira que mais se aproximou da problemática, porém ficando

²⁰ Anteproyecto de Código Penal de la Nación”, www.infojus.gob.ar.

²¹ Art. 1º, § 2º, da lei 9613/98: “Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa. [...]

§ 2o Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

apenas no plano administrativo e civil²², foi a Lei 12846 (Lei Anticorrupção), porém sem propor uma responsabilização penal para as pessoas jurídicas.

Ademais, percebe-se que, os fatos dispostos no artigo 5º, que trata dos “Fatos lesivos contra a administração pública”, da Lei 12846, assim como o art. 1º, § 2º, da Lei 9613, são fatos que na concepção/interpretação do novo art. 59 do Código penal argentino, demonstra que podem sim, esses fatos, serem praticados com a intervenção ou em benefício da empresa, o que deveria no Brasil, também haver uma vontade política de valorização e reconhecimento da responsabilidade penal da empresa, no Código Penal e em leis especiais.

Portanto, a Lei 12846 não reflete uma concepção moderada e atual que se faz em diversos países da Europa e Estados Unidos, acerca da responsabilização penal da empresa, reclamo este de grande parte da sociedade brasileira.

5.2 uma culpabilidade própria das empresas no delito de lavagem de dinheiro na legislação argentina e brasileira: a utilização, em sua atividade econômica, de bens, direitos ou valores provenientes da lavagem de dinheiro

Para poder falar de uma adaptação do conceito de culpabilidade, deve-se pressupor que não se trata de um conceito estático ou absoluto, pois sua compreensão tem um desenvolvimento histórico. Ao largo da história da dogmática penal, existiram diversas concepções de culpabilidade que aspiram compreender ou justificar melhor a imputação de um fato delitivo a um sujeito. A possibilidade de incluir dentro dos

²² “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”.

sujeitos com capacidade de culpabilidade jurídico penal, as denominadas pessoas jurídicas, o que tem dependido de uma concepção de culpabilidade própria, onde o conceito de uma culpabilidade individualista (tradicional), leva a negação de uma culpabilidade das empresas (Garcia Cavero, 2010).

Na Argentina, as mudanças trazidas pela Lei 26683 incorporaram novos sinais ao texto do Código Penal, onde consta agora o Título XIII, denomina-se “Delitos contra el orden económico y financiero”, aduzindo em seus artigos 303 e 304 o tipo penal que se busca demonstrar, como o sendo praticado no seio da pessoa jurídica (lavagem de dinheiro), conforme o disposto na na teoria do “Defeito de Organização”.

O próprio art. 304 do Código Penal Argentino assevera: *“Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:”*. A intervenção disposta no requestado art. 304 é justamente a mão invisível da pessoa jurídica atuando, para que por meio dos atos de seus gestores. O termo “en beneficio de una persona de existencia ideal”, trata-se do proveito econômico, e outros (diminuição de prejuízos e custos, etc.), que a empresa logra em decorrência da conduta de seus gestores.

No Brasil a legislação de combate ao delito de lavagem de dinheiro, após as alterações trazidas pela Lei 12683, trouxe alguns avanços, porém omissivos quanto a temática da responsabilização penal, mas, pode-se verificar a possibilidade de uma culpabilidade da PJ pelo delito disposto no inciso Art. 1º, § 2º, inciso I, ou seja: **quando utiliza, na sua atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal.**

Observa-se que o inciso aponta uma fórmula similar a elencada no art. 304 do Código Penal Argentino, quando fala de “benefício de una persona de existência ideal”, sendo que a legislação brasileira imputa a conduta a quem “utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal”.

5.3 A teoria do defeito de organização *versus* a teoria do defeito de organização intencional

A forma mais clássica de entender a culpabilidade da empresa é concebê-la como um defeito de organização. Este defeito pode constituir em uma sorte de responsabilidade imprudente da empresa. O que se reprova na conduta da empresa é ela ter gerado uma lesão a bem jurídicos (contaminação ambiental, lavagem de dinheiro etc.), ou seja, por não ter organizado corretamente seus processos de produção.

Também o defeito de organização se associa a ausência de um responsável individual, é uma responsabilidade subsidiária da empresa que deriva da não identificação ou inexistência de um responsável individual.

Ademais, pode-se apreciar a falta de organização em não ter organizado todas as medidas organizativas racionais e indispensáveis para impedir a infração cometida. O que constitui construir o defeito de organização em relação tanto a comportamentos dolosos como imprudentes dos empregados da entidade.

As distintas formas de culpabilidade da empresa podem ser reduzidas em uma fórmula de defeito de organização.

O primeiro elemento é a ideia de culpabilidade da empresa como defeito de organização na direção empresarial. Na realidade, trata-se no fato dos administradores adotarem medidas razoáveis de controle e de gestão com o fim de impedir ou dificultar a prática de delitos, por parte dos seus empregados, e em caso de estes, cometerem delitos, a empresa possa localizá-los e puni- los.

A segunda questão fundamental para entender a culpabilidade da empresa é sua distinta estrutura temporal. Somente existe culpabilidade da empresa si o comportamento delitivo individual ponhe em evidência um defeito de organização permanente. Comportamentos individuais isolados, sem conexão com defeitos de organização estáveis ou estruturais não dão lugar a responsabilidade da empresa.

A culpabilidade da empresa como defeito de organização significa: *a) que não existe responsabilidade da pessoa jurídica se não restar provada que o delito é uma manifestação oriunda de infração contínua a deveres de organização; b) a distinção*

entre tentativa e delito consumado é menos importante no direito penal da empresa, em ambos casos se manifesta uma organização empresarial defeituosa; c) a reincidência deve ter uma grande importância como circunstância agravante, pois é um indicador preciso da permanência do defeito de organização na corporação, e;

c) o comportamento pós delitivo tem uma grande importância na determinação da sanção.

Na culpabilidade por defeito de organização intencional, a pessoa jurídica, desde sua concepção (criação), trata-se de uma pessoa jurídica idealizada justamente para a atividade criminosa, pois seus verdadeiros criadores não constam no estatuto social, utilizado-se de terceiros denominados de “laranja”, onde a aludida PJ traz em seu próprio DNA um vício de finalidade.

No Brasil, podemos citar no caso “Lava Jato”, onde construtoras e empresas de fachada foram as protagonistas dos delitos de lavagem de dinheiro, criados justamente com o defeito de organização intencional, ou seja, foram criadas com o objetivo, finalidade, estrutura societária e “affectio societatis” voltados para a criminalidade.

Dessa forma, não são empresas legais, com objetivo, finalidade e estrutura com funcionamento normal e lícito, onde no decorrer de seu normal funcionamento tiveram algumas pessoas em sua administração que praticaram o delito de lavagem de dinheiro com sua participação ou em seu benefício, mas sim que, foram as próprias empresas, por nascerem “viciadas” que realizaram a lavagem de dinheiro, por meio da trama formalizada entre as pessoas físicas e a própria PJ.

No mesmo sentido, no caso “Mensalão”, onde agências de publicidade, caixas de câmbio e instituições financeiras, foram criadas para desenvolver em suas entranhas os trâmites finais do delito de lavagem de dinheiro.

6. CONCLUSÕES

6.1 A importância de impor sanção penal às pessoas jurídicas argentinas e brasileiras

Os motivos para a imposição de sanções penais às empresas, e não simplesmente as de natureza civil e administrativa, devem-se para fins de eliminação das vantagens econômicas obtidas de forma ilícita, bem como a adequação da sanção penal a capacidade de produção da pessoa jurídica e a proporcionalidade da sanção a transcendência do fato.

Assim, Cardoso Pereira (2013), assevera que:

As redes ilícitas aproveitam as estruturas empresariais não somente para desenvolverem negócios ilícitos dentro das empresas de sua propriedade, senão também, e o que é mais importante, para satisfazerem a imperiosa necessidade de revestir seus benefícios com aparência de legalidade. Sem qualquer dúvidas, a lavagem de capitais torna-se consubstancial e essencial para o êxito das atividades perpetradas pelas organizações criminosas, ao tempo em que provoca efeitos devastadores na econômica legal e naqueles postulados da ordem socioeconômica, vez que acaba contaminando os circuitos financeiros, ao estimular a economia submergida com a subtração de massas financeiras diante da cobrança fiscal²⁴.

As medidas preventivas não são utilizadas pelas empresas na Argentina e no Brasil, tanto por parte de seus órgãos administrativos (internos), bem como pela política criminal existente, voltada para o assunto, onde demonstra que apenas sanções administrativas e civis não são suficientes para um fator de prevenção e repressão, pois alguns países da Europa já alteraram suas legislações no sentido do aludido reconhecimento da responsabilidade penal da PJ, incluindo na América do Sul, o Chile, por meio da Lei 20.392.

6.2 A pessoa jurídica como receptora de normas penais e a capacidade de ação da empresa

A empresa tem um dever originário no marco de sua atividade empresarial de

não lesionar nenhum bem jurídico. Esta obrigação não pode ser cumprida extensamente pela regra geral por meio de indivíduos particulares. Dessa forma, devem procurar consolidar máximas éticas na cultura da empresa, onde o dever interno da PJ se dirija a que o funcionário adote medidas possíveis para assegurar um sistema de controle de vigilância efetiva, como disposto nos programas de “compliance”.

A capacidade de atuação da empresa é consequência de sua posição como sujeito autônomo da realidade social e que pode ser destinatária das normas penais, onde tanto o comportamento da pessoa física como o da empresa representa o comportamento de um sistema que pode ser entendido como um sistema com sentido próprio, que possibilita e requer uma valoração pelo Direito Penal nos países em discussão.

Nesse sentido, Roberto Bitencourt (2013):

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime de lavagem de capitais na modalidade do parágrafo 2º, I, tratando-se, também aqui, de crime comum, que não exige qualidade ou condição especial do agente. Cabe ainda a possibilidade de caracterização de auto lavagem, isto é, a imputação do crime de lavagem de dinheiro na modalidade descrita neste parágrafo 2º, I, a mesma pessoa que praticou a infração penal precedente. Com efeito, a integração dos ganhos ilícitos na atividade econômico-financeira configura um injusto específico que em nada se assemelha ao mero consumo pessoal do proveito econômico obtido com a prática de crimes²⁵.

Comprova-se a atuação da empresa no delito de lavagem de dinheiro, conforme informações dos órgãos oficiais argentinos e brasileiros, como por exemplo, dados do “Informe de Gestión de la UIF (2013)”²³, por ocasião do relato do caso: “Apropiaciones de bienes y lavado de dinero”, onde a UIF detectou o delito de auto lavagem (art. 303 do Código Penal Argentino), praticado pelos sócios por meio da administração das condutas da empresa, com o fim de dar aparência de licitude dos recursos de origem

²³ “Informes de gestión – UIF 2013”, www.uif.gov.ar/uif/index.php/es/informe-de-gestion, 04,11,2015.

ilícita.

No mesmo sentido, a III Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro (2015)²⁴, elaborado pelo COAF no Brasil, demonstrando os casos mais comuns, na estrutura delitiva da lavagem de dinheiro, onde dos quinze casos expostos, oito deles tiveram envolvimento da pessoa jurídica, nas seguintes atividades: empresas de turismo, “factoring”, empresa de comércio artístico e empresas do mercado atacadistas.

6.3 A evidente culpabilidade da empresa

Urs Kindhäuser (2013) ensina que uma sociedade mutante também transforma o Direito Penal, onde esse tipo de evolução não tem nada de espetacular, pois as mudanças são lentas e levam a um final sem contornos precisos, por si mesmas. Portanto, o Estado deve garantir a segurança na medida em que ela seja possível e racional, onde o Direito Penal, como expressão de um Estado de uma sociedade de risco, estará orientado a consecução de segurança.

Ademais, conforme disposto no decorrer do presente trabalho, demonstramos a existência de uma culpabilidade própria da empresa, decorrente da teoria de defeito de organização, consistente numa culpabilidade por defeito de organização intencional.

6.4 A posição ativa da empresa na utilização, em sua atividade econômica, de bens, direitos ou valores provenientes da lavagem de dinheiro

Como mencionado ao largo do trabalho, na Argentina podemos verificar uma sinalização tendenciosa a responsabilização penal da PJ, a qual podemos trazer tal conceito ao caso em discussão, como disposto no art. 304 do Código Penal Argentino: *“Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de*

²⁴ “III Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro – 2015”, COAF, www.coaf.fazenda.gov.br”, 04,11,2015.

existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:”

Sendo a aludida “intervención” como a “mão invisível” da PJ atuando, para que, mediante os desejos de seus diretores/administradores/gerentes, ela participe do delito de lavagem de dinheiro. Do mesmo modo, “en beneficio de una persona de existencia ideal”, quando a PJ perceba os logros oriundos do citado delito, incorporando-os em sua atividade ou patrimônio.

Já no Brasil, houve mudanças trazidas pela Lei 12.683, porém sem aporte positivo a problemática da responsabilização penal às empresas, conforme discutido anteriormente.

6.5 O defeito de organização intencional

A culpabilidade por defeito de organização significa que não existe responsabilidade da PJ se não resta provada que o delito se deu pela manifestação continuada na infração de deveres de organização, onde a empresa, somente na marcha de seu regular funcionamento começa a participar ou beneficiar-se do delito.

In casu, na culpabilidade por defeito de organização intencional, a PJ desde a fase de sua concepção ideológica, já tem em seu DNA a mácula intencional para a participação criminosa, a partir de um Estatuto Social com quadro societário falso (laranjas), desenvolve todo um escalonamento de facetas orientadas para a delinquência, ou seja, objetivo, finalidade, estrutura e “affectio societatis” destinados à lavagem de dinheiro, conforme demonstrado no presente trabalho.

REFERÊNCIAS

AFTALIÓN, Enrique R. **Tratado de derecho penal especial**. Buenos Aires. La Ley, 1969.

BAIGÚN, David, Responsabilidad penal de las instituciones financieras por la mala concesión de créditos. **Jurisprudencia Argentina**. Buenos Aires, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto y Oliveira Monteiro, Luciana, Lavagem de dinheiro segundo a legislação atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, Vol. 102, 2013.

CARLOS BARREIA, Enrique y Vidal Albarracín, Héctor G. Responsabilidad de las personas jurídicas en materia de contrabando. **Revista Jurídica LA LEY**, t. 1998-B.

CHICHIZOLA, Mario I. La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal. en **Revista jurídica LA LEY**, t. 109.

CUETO RÚA, Julio. El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Revista Jurídica LA LEY**, t. 50.

FEIJOO Sánchez, Bernardo José. **Cuestiones actuales de derecho penal económico**. Montevideo:

Editorial B de F, 2009.

_____.Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código español. **Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. España: Tirant lo Blanch, 2012.

_____.La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal. **Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. España: Tirant lo Blanch, 2012.

_____.La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial. **InDret**, Barcelona, 2015.

GARCÍA Caveró, Percy. **Derecho penal económico. Parte general**. Tomo I. Lima. Editorial Gri-jley, 2007.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. El injusto típico de la persona jurídica. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Navarra: Thomsom Reuters, 2012.

_____. Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. **Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. España: Tirant lo Blanch, 2012.

_____. **Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española**. Buenos Aires: editorial B de F, 2010.

_____. Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Una respuesta a las críticas planteadas al modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. España: Tirant lo Blanch, 2014.

_____. La culpabilidad de la persona jurídica. **Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. España: Tirant lo Blanch, 2012.

HEINE, Günter. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: international Entwicklung – nationale Konsequenzen. **ÖJZ**, n. 6, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. Derecho penal de la seguridad. Los peligros del derecho penal en la sociedad del riesgo. **Cuadernos de Derecho Penal**. Bogotá, n. 10, 2013.

MALAMUD GOTI, Jaime E., **Persona jurídica y penalidad**, Buenos Aires, Depalma, 1981.

NIETO MARTÍN, Adán. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Iustel, 2008.

_____. **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo regitivo**. Madrid: Iustel, 2008.

_____. **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. Compliance y teoría del derecho penal.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

NINO, Carlos Santiago, **Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito,**

Buenos Aires, Astrea, 1980.

NUÑEZ, Ricardo C. **Derecho penal argentino. Parte general.** Buenos Aires. Bibliográfica Argentina. Tomo I, 1959.

PEREIRA, Flávio Cardoso, **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais,** São Paulo, Atlas, 2013.

RIGUI, Esteban, **Los delitos económicos,** Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000

RUSCONI, Maximiliano A., **Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno,** Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

SEELMANN, Kurt. **Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias. La respon- sabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes.** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

SOLER, Sebastián. **Derecho penal argentino.** Buenos Aires. Tea, 1992.

SPOLANSKY, Norberto, Culpabilidad, la responsabilidad solidaria de las sociedades anónimas y la de sus directivos en el régimen penal cambiario. El caso Banco Santander. **Revista Juridica LA LEY,** t. 1978-D.

TIEDEMANN, Klaus. **Derecho penal económico. Introducción y parte general.** Perú: Grijley, 2009.

_____. **La responsabilidad de las personas jurídicas. Anuario de Derecho Penal de la Universidad de Fribourg.** Fribourg, 1996.

V. VARELA, Raúl, **Cuestiones de derecho aduanero**, Buenos Aires, Pannedille, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires. Ediar. Tomo III, 1983.

ARGENTINA. Lei 25.246, de 13 de abril de 2000. Lavado de activo de origen delictivo. Diário Oficial da República Federativa da Argentina, Buenos Aires, número 29395, 10 mai. 2000. p. 1.

ARGENTINA. Lei 26.683, de 1º de junho de 2011. Substituir la denominación del capitulo XIII, Titulo XI, del Código Penal. Diário Oficial da República Federativa da Argentina, Buenos Aires, 17 jun. 2011.

ARGENTINA. Unidad de Información Financiera. <https://www.argentina.gob.ar/uif>

BRASIL. Lei 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de lavagem, ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta lei; cria o Conselho de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, v. 3, p. 1322, 4 de mar. 1998, Seção 1.

BRASIL. Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei 9.613, de 3 de março de 1998, pra tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, v. 1, p. 71, 23 de ago. 2012, Seção 1.

BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. <http://fazenda.gov.br/carta-de-servicos/lista-de-servicos/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-2013-coaf>

**UMA ANÁLISE SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO
DAS ASSOCIAÇÕES DE PROTEÇÃO VEICULAR AO CRIME DE
OPERAÇÃO IRREGULAR DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA (ARTIGO 16,
LEI N. 7.492/86)**

Ilana Martins Luz

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP);
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Pós-graduada em
Direito Penal Econômico pela Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, Espanha);
Pós-graduada em Direito Penal Econômico pelo IBCCRIM; Professora Adjunta de
Direito Penal da Universidade Salvador (UNIFACS); Advogada Criminalista. E-mail:
ilana@martinscavalcanti.adv.br.

Brenno Cavalcanti Araújo Brandão

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Pós Graduado em
Ciências Criminais pelo Juspodivm; Advogado Criminalista. E-mail:
brenno@martinscavalcanti.adv.br

Resumo: O presente artigo versa sobre a possibilidade de subsunção penal da atividade de gerir associações de proteção veicular à conduta típica prevista no artigo 16 da Lei n. 7.492/86. O objetivo é analisar se tal modelo associativo de proteção, criado como alternativa à contratação de Seguradoras e constituído por elementos semelhantes, pode ser equiparado à atividade de seguro, a qual, por sua vez, é considerada atividade própria de Instituição Financeira por equiparação, nos termos do art. 1º, Parágrafo Único, I, da mencionada lei. Para responder à questão problema, buscou-se, preliminarmente, justificar a opção de escolha do recorte temático, que consiste no aumento de ações penais deflagradas em desfavor dos gestores de tais associações, por iniciativa de

notícias crime realizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), notadamente no atual período de crise econômica, em que se observa o recrudescimento da intervenção estatal na Ordem Econômica. Em seguida, discorreu-se sobre a natureza e as características destas associações. Na sequência, à luz de pesquisa bibliográfica e documental, foram feitas breves considerações sobre o Mercado e o Sistema Financeiro, bem como sobre as razões de política-criminal relacionadas à proteção deste Sistema. Realizou-se, também, a revisão bibliográfica sobre os aspectos dogmáticos do crime de operação irregular de Instituição Financeira, bem como sobre a *ratio essendi* para equiparação das Seguradoras às Instituições Financeiras, à luz das premissas assentadas anteriormente sobre o Mercado e do Sistema Financeiro. Em momento posterior, realizou-se um comparativo entre os elementos ontológicos presentes nas seguradoras e os elementos presentes na associação. Por fim, após firmadas todas as premissas para o estudo do tema, apresentou-se a resposta ao problema posto, no sentido de perquirir se a *ratio essendi* que levou o legislador a equiparar Seguradoras às Instituições Financeiras pode ser vislumbrada no caso das Associações de Proteção Veicular para, assim, analisar se é acertada – ou não – a tentativa de subsunção típica ao crime em comento.

Palavras-chave: crimes contra o sistema financeiro; direito penal econômico; associações de proteção veicular; seguradoras “de fachada”.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo destina-se a perquirir a possibilidade, ou não, de subsunção típica da conduta de gerir associações de proteção veicular ao tipo penal encartado no artigo 16 da Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/86).

A justificativa para o estudo em tela cinge-se ao aumento de ações penais deflagradas pelo Ministério Público Federal em face dos gestores de associações desta natureza, originadas, em muitos casos, por denúncias realizadas por agentes da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), nas quais se sustenta que tais modelos protetivos apresentam-se como Associações “de fachada”, quando, em verdade,

operariam verdadeiras Seguradoras sem as devidas autorizações e adequações aos preceitos legais que regulam o Sistema Financeiro Nacional e, por tal razão, configuram operação de instituição financeira de forma irregular, o que atrairia a incidência da proibição legal insculpida no art. 16 da Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. O crescimento de tais intervenções serve para, ao menos, indagar se a eleição da via penal (mais gravosa) é acertada e razoável ou se estar-se-ia diante de situação de desvio de finalidade, ocasionado por força de o Direito Penal constituir em eficaz medida de coerção – pela ameaça à liberdade ambulatorial, bem como por todos os efeitos deletérios advindos do simples fato de responder a um procedimento desta natureza.

É cediço que períodos de crise – mormente de natureza econômica – potencializam a criatividade humana e o crescimento de atividades criadas como alternativa aos altos custos decorrentes da vida moderna. Neste contexto, estão inseridas as associações de proteção veicular, as quais, em decorrência da semelhança do escopo, representam alternativa à contratação de seguradoras a que muitos cidadãos recorrem, em busca da redução de gastos. Mais especificamente, como se discorrerá ao longo deste estudo, tais associações estruturam-se de modo que todos os associados, em pé de igualdade, vinculam-se à organização e comprometem-se a repartir os custos com eventuais ocorrências de danos aos automóveis dos seus pares. Ao fim de determinado período (a depender do regramento sugerido pela própria associação, podendo ser mensal, trimestral, ou mesmo semestral), tem-se a apuração do gasto com todos os veículos que necessitaram de serviços e, ao final, faz-se a divisão deste valor pelo número de associados, de modo a poder tornar mais econômica a relação.

É de se atentar que a mesma situação de crise que potencializa o surgimento e incremento deste modelo de proteção veicular compartilhado também é responsável por recrudescer a intervenção estatal na seara econômica. Quando se verifica o binômio em questão, originado pela crise econômica, o Estado incrementa a sua intervenção penal na Ordem Econômica, com a criação de novas leis e regulamentos sobre a matéria, ou, ainda, com o alargamento da aplicação das leis já existentes. Uma economia em retração termina por fazer o ente estatal acreditar que deve buscar, com

mais afincos, o adimplemento de obrigações que provoquem o aumento de sua receita e/ou o maior controle sobre a liberdade econômica dos particulares, visando a impedir ou reduzir novos cenários de crise.

Como bem destaca Helena Lobo da Costa (COSTA, 2013, P 27), a intervenção penal na economia foi, frequentemente, marcada por cenários de crise, os quais culminaram, notadamente, com a assistemática da atuação do Direito Penal na Ordem Econômica, bem como com o desprendimento dogmático destes crimes. Tendo em vista este caráter marcadamente urgente e consequencialista, a doutrina se ocupa, muito tardiamente, destes problemas, em muitos casos quando alguns danos e excessos já haviam sido feitos.

Deste modo, o presente estudo visa a analisar, em tempo hábil, se, diante de tudo que já fora exposto, subsistem justificativas dogmáticas e de política criminal, dentro da atual moldura legislativa vigente no país, que permitam e autorizem a intervenção penal em desfavor dos gestores das associações.

Para alcançar este objetivo, far-se-á imprescindível, preliminarmente, apontar as razões jurídicas, em regra, expostas pelos órgãos acusatórios, para oferecer denúncia em desfavor das Associações de Proteção Veicular.

Logo após, apresentar-se-ão as noções sobre o Sistema Financeiro Nacional, suas características, princípios e forma de funcionamento. Este ponto, embora brevemente apresentado, permitirá que este estudo não incorra no comum erro de muitos estudos jurídicos, consistente no “encastelamento” estritamente legal e carência de referencial ontológico sobre a realidade que se objetiva regular por meio da lei.

Na sequência, far-se-á uma revisão bibliográfica sobre as razões de política criminal que nortearam a opção legislativa pela equiparação de Seguradoras às Instituições Financeiras. Com o fim de fixar as premissas necessárias para a resolução do problema posto, dedicar-se-á, logo após, a apresentar os elementos constitutivos das seguradoras, em comparação aos elementos das associações de proteção veicular.

Destarte, apresentar-se-á a resposta ao problema posto, no sentido de perquirir se a *ratio essendi* que levou o legislador a equiparar Seguradoras às Instituições Financeiras encontra-se presente nas Associações de Proteção Veicular para, assim, analisar se é

acertada – ou não – a tentativa de subsunção típica ao crime em comento.

2. FUNDAMENTOS DA TESE ACUSATÓRIA E CARACTERÍSTICAS DAS ASSOCIAÇÕES

Neste subtópico, com o fim de conferir encadeamento lógico às ideias aqui defendidas para a resolução do problema posto, apresentar-se-ão as razões pelas quais a acusação considera que as Associações de Proteção Veicular devem ser consideradas seguradoras ilegais, e, por via de consequência, assemelhadas às Instituições Financeiras para fins penais. Neste sentido, o cerne das alegações ministeriais será resumido nas linhas que se seguem, referindo-se, basicamente, às características aprioristicamente verificadas nas associações, com especial destaque aos fatores que ensejam a equiparação às seguradoras.

As associações de proteção veicular, via de regra, formam-se pautadas em estatuto, o qual prevê o regimento e a sua divisão organizacional. Como os associados encontram-se em pé de igualdade, é comum observar-se existência de Mesa Diretora e, mormente, um Presidente, que deverá representar a associação e dar as diretrizes gerenciais do organismo.

Noutra senda, a associação tem por finalidade principal a repartição dos custos e eventuais prejuízos que os associados tenham advindos da propriedade de um automóvel. É dizer: ao fim de determinado período – a ser definido conforme o estatuto -, a associação computará o valor devido por cada associado, fará a sua soma e, deste resultado, partirá para a divisão igualitária pelo número de associados. Disto se extraem a aleatoriedade e o mutualismo – marcas que, igualmente, encontram-se nos contratos de seguros.

Isso porque, caso não haja a ocorrência de qualquer evento, os associados não arcarão com qualquer custo (aleatoriedade) e, em o havendo, será repartido pelos seus pares (mutualismo).

Neste espectro, faz parte do escopo da associação de proteção veicular – por vezes – a assistência ao associado, com a disponibilização de veículo reserva,

assistência 24 horas, serviço de guincho e indenização a terceiros em decorrência de fato ocasionado pelo associado.

Os fatores elencados acima, somados à administração de recursos de terceiros (consoante expressamente previsto no art. 1º, Parágrafo Único, I, da Lei n. 7.492/86), servem a justificar a vinculação traçada pela tese acusatória, no sentido de, a bem da verdade, não se estar diante de associação, mas, sim, operadora de seguros disfarçada, o que reclamaria as sanções previstas no art. 16, da Lei n. 7.492/86, em decorrência de as seguradoras consistirem em Instituições Financeiras por equiparação, com base no preceito já aludido.

Este, porém, é o objetivo a que se presta o presente ensaio, no sentido de se questionar se tais elementos seriam suficientes a embasar tal subsunção típica. Para se começar a responder tal questionamento, imperiosa a apresentação do que consiste o Sistema Financeiro, bem como o porquê de as operadoras de seguros privados fazerem parte dele.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E AS SEGURADORAS

O mercado tem como pressupostos de existência a presença de múltiplos agentes econômicos, juntamente com a produção de excedentes, a fim de que se permita a troca entre aqueles (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 431). Com a expansão da produção de excedentes e a necessidade cada vez maior de trocas, demandou-se a padronização do instrumento a ser utilizado em tais operações – dando espaço ao surgimento da moeda, que se fortaleceu de modo tal a ponto de evoluir e reclamar a intervenção estatal para a sua regulamentação. Paralelo a isso, a moeda foi erigida como um dos critérios de poder da unidade nacional, tanto no âmbito interno, quanto (sobretudo) externo – verdadeira referência da força e solidez do mercado. É neste contexto que surge o Sistema Financeiro – como extensão natural do Sistema Monetário – *cabendo-lhe viabilizar o uso eficiente da moeda enquanto instrumento que permite o*

desenvolvimento da atividade econômica baseada na especialização e na troca (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 433).

Deste modo, imperioso notar-se que o Sistema Financeiro tem por função precípua a intermediação de recursos entre agentes econômicos. Para além desta função primordial, o Sistema Financeiro é também responsável pela: facilitação de negócios – sua cobertura, diversificação e controle do risco; alocação de recursos; mobilização de capital e; facilitação do intercâmbio de bens e serviços (LEVINE, 1997, p. 691). Observa-se, assim, que *o Sistema Financeiro é capaz de modificar o acúmulo de capital ou pela alteração das taxas de poupança, ou pela realocação das poupanças entre diferentes tecnologias de produção* (LEVINE, 1997, p. 691).

Na mesma linha intelectual, Marco Pagano elenca, como funções elementares do Sistema Financeiro, as seguintes: canalização de valores poupados para empresas (os recursos captados e aplicados pelo intermediário financeiro rendem mais e melhor do que aqueles poupados pelo particular fora do Sistema Financeiro) e; melhoria da alocação de capital (os intermediários financeiros têm duas importantes missões para realizar tal função do Sistema Financeiro – coletam informações para avaliar projetos para investimentos alternativos e induzem sujeitos a optar por fazer investimentos que envolvem maiores riscos, porém com maior produtividade tecnológica, na medida em que reduzem tal risco com o maior número de investidores) (PAGANO, 1993, pps. 613/622).

A função precípua de intermediação financeira realizada por meio do Sistema Financeiro pode ocorrer de duas formas: diretamente – na qual os agentes superavitários escolhem, de acordo com as regras de mercado, os melhores agentes deficitários para investir seus excedentes – ou indiretamente - na qual os superavitários confiam os seus valores a terceiros, que serão responsáveis por alocar estes recursos, da melhor forma possível. Apenas a intermediação financeira indireta será explorada neste estudo, pois, a forma direta transcende aos objetivos aqui traçados.

No contexto da intermediação indireta, inserem-se as Instituições Financeiras. Estas são responsáveis por proporcionar a compensação entre agentes econômicos

(pagamentos por cheques e cartões de crédito/débito servem de exemplo), bem como a intermediação financeira, prezando pelo equilíbrio entre agentes superavitários (os poupadores, que possuem recursos financeiros) e deficitários (que necessitam de recursos financeiros) – transferindo recursos daqueles para estes. A intermediação financeira feita por terceiros, inclusive, é fundamental para a salutar manutenção do espectro econômico, pois, por intermédio das Instituições Financeiras, permite-se que o capital seja transportado ao longo do tempo: o jovem produtor de hoje é o idoso aposentado de amanhã (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 435).

A intermediação financeira é marca indelével das Instituições Financeiras, uma vez que é a partir dela que as referidas instituições estão autorizadas a alocar o capital que dispõe dos sujeitos. Por tal razão, a Instituição Financeira, quando bem gerida, é capaz de conseguir melhores taxas de retorno, ao passo em que potencializam os investimentos dos indivíduos. Com a captação de um grande número de pequenos valores investidos, é oportunizada à Instituição Financeira fazer investimentos vultosos e ter maior poder de barganha e força de mercado – o que não seria possível se se fosse considerar o investidor individual, sem tal intermédio, com o seu valor unitário (e baixo). É neste cenário que ocorre a transmutação de ativos. Os depósitos e aplicações pulverizados transformam-se, pelas mãos das Instituições Financeiras, em empréstimos e investimentos de altos valores aos interessados (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 438).

Noutra banda, as Instituições Financeiras devem obedecer à Lei dos Grandes Números, a fim de que consigam desempenhar uma das funções do Sistema Financeiro tocante à *transferência dos riscos envolvidos na atividade econômica aos agentes econômicos melhor posicionados para lidar com eles* (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 441).

Nesta perspectiva, imprescindível a apresentação da conclusão a que chegam Armando Pinheiro e Jairo Saddi:

Portanto, por conta do seu papel na mobilização de poupança para financiar o investimento e a produção, na seleção e monitoramento de projetos de investimento e na diversificação e realocação de riscos, o setor financeiro é capaz de viabilizar investimentos e atividade na forma, na escala e no ritmo mais eficientes, contribuindo para alavancar o desenvolvimento econômico. Para Joseph Stiglitz, essas funções tornam o sistema financeiro o “cérebro” da economia (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 441).

Do quanto aqui fora exposto, conclui-se que as Instituições Financeiras caracterizam-se como instituições próprias por três fatores fundamentais: a intermediação financeira indireta entre superavitários e deficitários; a permissividade na alocação de recursos de terceiros para potencializar a taxa de lucros, transmutando os ativos; e, por fim, a necessária obediência à Lei dos Grandes números, para que possa medir a adequada transferência dos riscos.

As administradoras de seguros, como se apresentará a seguir, também apresentam estas características, razão pela qual podem, a estas, ser equiparadas, consoante se demonstrará a seguir. Preliminarmente, é de se assinalar que, nas seguradoras, ocorre a intermediação de ativos, uma vez que há a transferência de recursos de agentes superavitários (aqueles que não sofreram sinistro, porém arcam com as mensalidades do contrato de seguro) aos agentes deficitários (aqueles que sofrem o sinistro). Em segundo lugar, as seguradoras obedecem à lei dos grandes números, pois a utilizam para transformar eventos incertos em quase certos – como é o caso de sinistros. Desta forma, as seguradoras, através do socorro da regra matemática, conseguem, antes mesmo de qualquer sinistro ocasionado, calcular a probabilidade (muito próxima à concreta) de sua ocorrência e, dividindo pelo número de segurados esperados (também previsto com base na probabilidade da Lei dos Grandes Números), ter o valor a ser cobrado na apólice e prever o quanto poderia dispor para investir, bem como a sua margem de lucro (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 441), o que configura a terceira característica peculiar das seguradoras.

Há uma outra razão que permite a equiparação. As seguradoras, assim como as instituições financeiras, assumem os riscos de toda a operação. Além de avaliar os agentes econômicos deficitários e superavitários, fixando as normas sobre a contratação de apólices, identificação do veículo segurado, limites máximos de indenizações, entre outros aspectos, são as seguradoras que devem arcar com o pagamento do prêmio, mesmo que os demais segurados (superavitários) não tenham cumprido com as suas obrigações. A seguradora, ao calcular o valor do prêmio, com base na lei dos grandes riscos, realiza previsão de custos a serem assumidos, os quais devem incluir as despesas de funcionamento, formação de fundo de reservas e os respectivos lucros.

Desta forma, as seguradoras, sobretudo por gozarem da mesma faculdade das operações dadas às Instituições Financeiras e, portanto, devem ser a elas equiparadas, nos termos que não passaram despercebidos pelo legislador de 1986, na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, sobre a qual se discorrerá abaixo.

Comprovando o quanto se diz, no ano de 2015, o Conselho Nacional de Seguros Privados editou a Resolução n. 321, que conta com a elucidativa disposição prévia:

Dispõe sobre provisões técnicas, ativos redutores da necessidade de cobertura das provisões técnicas, capital de risco baseado nos riscos de subscrição, de crédito, operacional e de mercado, patrimônio líquido ajustado, capital mínimo requerido, plano de regularização de solvência, limites de retenção, critérios para a realização de investimentos, normas contábeis, auditoria contábil e auditoria atuarial independentes e Comitê de Auditoria referentes a seguradoras, entidades abertas de previdência complementar, sociedades de capitalização e resseguradores.

A edição da Resolução em comento corresponde ao exercício do Conselho Nacional de Seguros Privados, entabulado no Decreto n. 73/66, o qual, em seu art. 32, dispõe:

Art 32. É criado o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, ao qual compete privativamente:

- I - Fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados;
 - II - Regular a constituição, organização, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a este Decreto-Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas;
 - III - Estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;
 - IV - Fixar as características gerais dos contratos de seguros;
 - V - Fixar normas gerais de contabilidade e estatística a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras;
- (...)

Mais do que isso, elucidativo o recurso ao mencionado Decreto, pois, em seu art. 29, deixa indene de dúvidas a peculiaridade que aproxima as seguradoras das Instituições Financeiras, senão, veja-se:

Art 29. Os investimentos compulsórios das Sociedades Seguradoras obedecerão a critérios que garantam remuneração adequada, segurança e liquidez.

Parágrafo único. Nos casos de seguros contratados com a cláusula de correção monetária é obrigatório o investimento das respectivas reservas nas condições estabelecidas neste artigo.

Ou seja, desde 1966, o regramento a ser obedecido pelas seguradoras indica a sua faculdade de promover investimentos – inclusive, de caráter compulsório. Desta forma, as seguradoras têm o atributo peculiar de poder atuar, de forma significativa, no mercado – seja de capitais, mas, mormente, o Mercado/Sistema Financeiro.

Este investimento obrigatório, inclusive, tem de ser observado pelas seguradoras,

uma vez que ele limita a distribuição de lucros (o que, tampouco, existe na realidade da Associação) ou fundos pelas seguradoras, caso tal retirada possa representar-lhe prejuízo¹.

Outro instrumento legal que ampara a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (consoante expressamente exposto nas disposições prévias) diz respeito ao regramento da Lei Complementar 126/2007, a qual, igualmente, faz referência à idiosincrasia das Seguradoras, em seu art. 26:

Art. 26. As câmaras e os prestadores de serviços de compensação e de liquidação autorizados a funcionar pela legislação em vigor bem como as instituições autorizadas à prestação de serviços de custódia pela Comissão de Valores Mobiliários fornecerão ao órgão fiscalizador de seguros, desde que por ele declaradas necessárias ao exercício de suas atribuições, as informações que possuam sobre as operações:

I - dos fundos de investimento especialmente constituídos para a recepção de recursos das sociedades seguradoras, de capitalização e entidades abertas de previdência complementar; e

II - dos fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, estruturados na modalidade de contribuição variável, por eles comercializados e administrados. (Grifos aditados).

Do preceito legal acima colacionado, pode-se depreender, às claras luzes, a existência de fundos de investimento especialmente voltados a receber os recursos

¹ Art 87. As Sociedades Seguradoras não poderão distribuir lucros ou quaisquer fundos correspondentes às reservas patrimoniais, desde que essa distribuição possa prejudicar o investimento obrigatório do capital e reserva, de conformidade com os critérios estabelecidos neste Decreto-lei.

movidos pelas sociedades seguradoras – uma demonstração legal explícita de que tais instituições gozam de uma das atividades e funções próprios do Sistema Financeiro Nacional, qual seja: a *transmutação de ativos*, com a *alocação* em investimentos no mercado financeiro, consoante já expresso no tópico anterior.

Destarte, em atenção a todos estes aparatos legislativos, a Resolução n. 321/2015 do Conselho Nacional de Seguros Privados apresenta extensa e minudente disposição a fim de disciplinar os investimentos a serem feitos pelas sociedades seguradoras (Título, II, Capítulo II do mencionado instrumento legal). Imperioso, apenas, importar os dizeres da Seção I, que diz:

Das Seguradoras, EAPC, Sociedades de Capitalização ou Resseguradores Locais

Art. 85. Os investimentos das seguradoras, EAPC, sociedades de capitalização ou resseguradores locais deverão ser geridos observando-se:

- I – os princípios de segurança, rentabilidade, solvência e liquidez; e
- II – as suas especificidades, tais como as características de suas obrigações, com vistas à manutenção do necessário equilíbrio econômico-financeiro e atuarial entre ativos e passivos.

Ou seja, as seguradoras guardam íntima relação com Instituições Financeiras, pois a sua atuação é, de fato, a elas assemelhado, tendo a permissão legal de atuar no Sistema Financeiro Nacional, promovendo investimentos e fazendo com que o seu fluxo de caixa seja acrescido do valor dos rendimentos. Trocando em miúdos, à seguradora é autorizado que elas *captem* recursos de terceiros para otimizar os seus ganhos, investindo no Mercado Financeiro – dinheiro gerando dinheiro no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

Endossando a tese aqui levantada, Warren Edward Buffet, mundialmente conhecido por ser proprietário de uma das maiores fortunas do planeta, foi alvo de matéria jornalística em que se explica a sua especial inclinação por fazer investimentos

concentrando-se em seguradoras e o que seria o atrativo do negócio. Nesta senda, possível concluir que o que torna as seguradoras as “minas de ouro” do bilionário consiste na possibilidade de se aplicar o recurso disponível (*float*) em investimentos e, com isso, entrar numa progressão geométrica de rendimento de tal capital. Ou seja, os valores captados pela seguradora referentes às apólices dos segurados servem, para o empresário, para poder operar no mercado financeiro e gerar lucros e tornar o negócio consideravelmente rentável.

Em linhas conclusivas da ideia aqui apresentada, imperioso reforçar que esta pontual particularidade conferida às seguradoras justifica a sua submissão aos mecanismos de controle legal das atividades no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, uma vez que tais relações são marcadas pela posição desigual e desequilibrada entre os envolvidos. Enquanto o segurado/terceiro não dispõe de elementos de conhecimento pleno do que é feito com o recurso que ele aporta à seguradora, esta, por sua vez, após captar tais recursos tem ciência da destinação que será dada a eles ao realocá-los em investimentos. Para além disso, conforme já aludido, a relação entre as instituições financeiras é marcada pela dissonância temporal do cumprimento das obrigações contraídas por cada uma. Enquanto o particular faz o pagamento da apólice no tempo presente (no caso específico das seguradoras), a seguradora/Instituição Financeira tem o compromisso da sua contraprestação num tempo futuro e incerto. Este desnível da relação aponta para a necessidade de se recorrer a mecanismos de controle que assegurem a confiança no Sistema Financeiro, a fim de que os particulares sintam-se confortáveis em confiar os seus valores às intermediárias financeiras (PINHEIRO; SADDI, 2005, pps. 449/451).

4. DA PROTEÇÃO JURÍDICO-PENAL AO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL: A EQUIPARAÇÃO LEGAL ENTRE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E AS SEGURADORAS.

O tópico anterior aponta que o que distingue as Instituições Financeiras dos demais aglomerados diz respeito à sua capacidade de intervir no Sistema Financeiro,

atuando através da aplicação de recursos de terceiros, ao aplica-los em investimentos das mais variadas naturezas: seja no mercado de capitais, ou mesmo promovendo empréstimos a particulares que necessitem. Restou demonstrado, igualmente, que as Seguradoras apresentam as mesmas características elementares das instituições financeiras, razão ontológica que permite a equiparação entre ambas.

Restou, ainda, devidamente sedimentado que as Instituições Financeiras, bem como as seguradoras, ocupam a posição de intermediária em relações que, na maioria das vezes, dão-se entre sujeitos que não se conhecem e que são marcadas pelo “descompasso temporal: tomam-se recursos hoje para serem pagos de volta no futuro”. Disto se extrai que estas instituições devem funcionar de maneira esbarrada e sem vícios, o que vai permitir a necessária e premente confiança (*fidúcia*) de todo o sistema. Com efeito, caso haja a desconfiança no potencial destas instituições, enquanto intermediárias financeiras, seria possível verificar a destruição da relação entre desconhecidos superavitários e deficitários. Resta claro, portanto, que a idoneidade das instituições, notadamente no mundo moderno de trocas constantes, é um valor muito caro ao contexto social.

Fincada esta premissa, é de se assinalar que, desde a quebra da bolsa de Nova York em 1929, é possível verificar que o Estado assumiu, para si, a função de regulador da economia, com a substituição da ideia de que a Ordem Econômica seria autorregulável apenas pelas forças de mercado (ROSSETI, 1984, p 88), para a adoção da concepção de que esta Ordem deveria ser buscada por meio de políticas e programações econômicas específicas (ROSSETI, 1987, p. 25). Trata-se, de maneira muito sucinta, da adoção das premissas Keynesianas que defendiam a necessidade de um trabalho prévio do Estado, de direcionamento da economia (ROSSETI, 1984, P 100).

O Sistema Financeiro, notadamente devido a sua importância, também fora incluído nesta ideia de regulação. Em outros termos, verificou-se imprescindível a regulação do mercado e destas instituições e intervenção estatal através de um ajustado sistema jurídico para atender a tais demandas (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 449), com o fim de se alcançar a segurança necessária para a manutenção destas relações.

Mas não apenas estas são as razões fundantes da disciplina legal do Sistema Financeiro Nacional. Para além delas, pode-se sistematizar a necessidade de regulação por objetivos macro e microeconômicos, sendo os primeiros relacionados com a capacidade das Instituições Financeiras de transmitirem a política monetária nacional, enquanto os segundos vinculam-se ao anseio de se alcançar eficiência e equidade do sistema, dosando o risco assumido pelas Instituições Financeiras, para garantir, a um só tempo, operações arriscadas que permitam a solvência, e, por outro lado, a devolução dos recursos aplicados pelos poupadores, como aludem Armando Pinheiro e Jairo Saddi (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 450).

A posição privilegiada das Instituições Financeiras como intermediárias do universo de operações econômicas é o que reclama a regulação, portanto, uma vez que, através delas, asseguram-se as prestações e contraprestações dos agentes econômicos e, por força desta relação, todo o sistema encontra-se vinculado. Daí, advém a necessidade de erigir o Sistema Financeiro Nacional como bem jurídico digno de tutela penal. Isto porque, caso as Instituições Financeiras realizem comportamentos absolutamente arriscados, fora do padrão de equilíbrio necessário à transmutação de ativos, e caso tal atuação comprometa a solidez das operações envolvidas, tal fato afetará a fidúcia de toda a cadeia do Sistema Financeiro, configurando aquele juízo qualificado de intolerabilidade social do qual falava Costa Andrade ao tratar de carência e dignidade de tutela (COSTA ANDRADE, 1992, p. 185).

Este mesmo risco é observado nas Seguradoras, as quais, como exaustivamente já demonstrado, apresentam as mesmas características das Instituições Financeiras, notadamente, a transmutação financeira. As semelhanças ontológicas são, sem dúvida, o fator que justifica a equiparação legal em comento, pois, dessas atividades, indubitavelmente, as administradoras de seguros podem expor o bem jurídico – Sistema Financeiro Nacional – ao risco proibido.

Observem-se, neste sentido, os pertinentes dizeres de Luiz Régis Prado, ao comentar o disposto no art. 1º, da Lei n. 7.492/86:

Entende-se por instituição financeira a pessoa jurídica de direito público ou privado que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a *captação* (atrair e reunir capitais, com o escopo de futura aplicação), *intermediação* (transferir os recursos captados de uma instituição para outra) ou *aplicação* (investir tais recursos) de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a *custódia* (guarda), *emissão* (pôr em circulação), *distribuição* (repartir, entregar), *negociação* (comercializar), *intermediação* (intervir, interceder) ou *administração* (gestão) de valores mobiliários. (Negrito e sublinhado por nós) (PRADO, 2014, p. 173).

Apresentadas as razões ontológicas e de política criminal que permitem a equiparação, resta, portanto, saber se estes elementos constitutivos e próprios das seguradoras seriam identificados no âmbito das associações de proteção veicular, de modo a entender-se razoável e acertada a incidência do delito capitulado no art. 16, da Lei dos Crimes Financeiros, nestes casos.

5. DA (A)TIPICIDADE DA CONDOTA DE GERIR ASSOCIAÇÕES DE PROTEÇÃO VEÍCULAR.

Após a abordagem específica atinente às seguradoras e, em especial, à *ratio essendi* da equiparação destas com Instituições Financeiras – atraindo as sanções penais versadas na Lei n. 7.492/86 àquelas – mostra-se de bom alvitre confrontarem-se os elementos característicos das associações de proteção veicular e das seguradoras, a fim de, então, alcançar o objetivo pretendido com este estudo, qual seja: desvelar se seria possível o enquadramento da conduta de gestão de associação desta natureza como operação de Instituição Financeira.

Já se deixaram registrados os pontos convergentes, que aproximam as operações, quais sejam: a natureza bilateral, mutualista e aleatória dos contratos; além do escopo

de serviços oferecidos pelas organizações aos “contratantes”.

Por outro lado, enquanto as seguradoras são sociedades empresárias por excelência, cujo objetivo maior é alcançar-se o lucro, este mostra-se impensável em sede de associação. Isso porque, através da aplicação da Lei dos Grandes Números, é possível aos administradores da operadora de seguros prever a margem de lucro esperada ao negócio, visto que o pagamento compulsório da mensalidade servem de garantia de receita. Paralelo a isso, está-se diante de contrato de adesão, com a impossibilidade de rescisão unilateral sem o eventual pagamento de multa por descumprimento.

Tais circunstâncias não ocorrem no âmbito das associações de proteção veicular. A começar pelo lucro, este não se encontra presente neste tipo de organização. E não que a sua existência necessariamente indicasse tratar de Instituição Financeira por equiparação. Já se deixou devidamente sedimentado que o que justifica a atração do tratamento não diz respeito a existir lucro ou não, mas, sim, a capacidade de operar em mercado e interferir no Sistema Financeiro Nacional. Ainda assim, a ideia de auferir lucro é incompatível com a associação de proteção veicular, em virtude de o pagamento dos valores por parte dos associados apenas se dar por demanda. Ou seja, os “contratantes” terão de efetuar o pagamento na medida em que houver custo por parte de qualquer associado, tornando a empreitada imprevisível financeiramente – o que é afastado pelo recurso à Lei dos Grandes Números e cobrança de mensalidade por parte das seguradoras. A grosso modo, distinguem-se ambas com base numa máxima: enquanto na seguradora, paga-se para usar; na associação, usa-se para pagar.

Na mesma linha, a adesão e abandono da associação dão-se a qualquer tempo, sem que haja a necessidade de pagamento de multa – consequência, igualmente, da ausência de lucro do organismo.

Outro importante traço distintivo remonta à organização estrutural de cada uma das organizações, uma vez que, diferentemente das operadoras de seguros, as associações têm seus gestores escolhidos e as diretrizes adotadas por meio de votação e participação dos associados em assembleias. Este ponto, inclusive, torna difícil a

busca de responsável e questiona a imputação seletiva e discricionária, feita no âmbito da ação penal.

Deve-se analisar, ainda, que as associações de proteção veicular, por não calcularem valor de contribuição com base na lei dos grandes números, não são as responsáveis por arcar com os custos e riscos da atividade. Como já explanado, todos os cursos ficam a cargo dos associados e, uma vez verificado o inadimplemento, os valores necessitam ser recalculados entre todos que compõem a associação, não havendo lastro nesta para pagamento em caso de lacunas.

Por último, há um ponto de relevante distinção entre ambas, que diz respeito à prestação de informações aos associados. Enquanto que as seguradoras, por força da característica peculiar às Instituições Financeiras, não são obrigadas a prestar todas as informações aos seus contratantes, referentes às aplicações e investimentos feitos com os recursos dos terceiros – sigilo este assegurado ao salutar desenvolvimento do mercado – isto é inconcebível no âmbito de associações de proteção veicular (administradas da forma adequada). Em decorrência de todos os associados encontrarem-se em pé de igualdade e equidistantes, não há razão a justificar a restrição do acesso a informações, colocando todos os agentes econômicos no mesmo patamar. Com tal transparência, torna-se assaz reduzido e questionável pensar-se em incidência de risco juridicamente proibido, sobretudo ao Sistema Financeiro Nacional.

A partir da análise aqui sugerida, com especial atenção ao exercício financeiro dado na associação de proteção veicular em confronto com o típico de administradoras de seguros, é notória a distinção entre as entidades em comento. Por mais que haja inegáveis pontos de similitude, não se mostram suficientes a justificar a confusão entre ambas. O simples fato de haver captação de recursos de terceiros por parte das associações não conduz à conclusão de tê-las como Instituições Financeiras por equiparação, ao passo em que suas atividades em nada interferem no salutar desenvolvimento do Sistema Financeiro Nacional.

Se apenas a captação de recursos de terceiros fosse elemento suficiente, as empresas administradoras de condomínio deveriam ser enquadradas como Instituições Financeiras, pois *captam* recursos dos condôminos, *v.g.*. Até mesmo comissões de

formatura ou de eventos estudantis, ao captarem recursos dos alunos para a organização da formatura e/ou demais eventos de confraternização acadêmica poderiam ser enquadrados nesta modalidade, numa interpretação que conduziria ao mais absoluto caos social, bem como à ampliação indevida do *jus puniendi* estatal. Ter-se-ia verdadeira elasticidade do dispositivo penal, grave e abusiva, o que, como é cediço, deve ser frontalmente combatido, por força do princípio da legalidade, no viés da taxatividade e intervenção mínima que rege o Direito Penal Democrático da nossa República (NUCCI, 2012, pps. 209/213).

As administradoras de seguros, assim como as instituições financeiras, como exaustivamente demonstrado, não apenas captam recursos de terceiros, como tem autorização e permissão, nos termos das leis e de regulamentos, de dispor dos recursos dos terceiros, revertendo-os em investimentos nos mais diversos nichos de mercado, enquanto que as associações sequer gozam de valores excedentes a permitir tal atuação.

Indubitavelmente, testemunha-se a tentativa de dilatação do sistema jurídico-penal e, por conseguinte, o seu raio de ação. No caso em comento, viola-se, frontalmente, uma garantia fundamental – qual seja, a liberdade associativa – em prol da ilusória e falaciosa proteção ao bem jurídico do Sistema Financeiro Nacional, sem, no entanto, apresentar-se a razão fundante desta interpretação. A tese que vigora nas acusações desta natureza arvora-se, unicamente, no fato de as associações captarem recursos de terceiros e terem escopo semelhante aos das operadoras de seguros, o que não é suficiente para a finalidade pretendida.

Sem qualquer dúvida, observa-se que as teses acusatórias objeto de análise decorrem neste estudo apenas são disseminadas por força daquilo que Andrei Zenkner, com razão, denominou de carência de referencial ontológico (SCHMIDT, 2014, p 42). Nas palavras do autor:

“(...) segue hígida uma certa teimosia epistemológica em tentar obter a redução da complexidade dos problemas do direito penal contemporâneo a partir da lógica interna do próprio direito penal. Como se fosse possível

ignorar que um código penal, assim como a Constituição de um determinado país são fenômenos historicamente datados que se fundamentam e se legitimam a partir das relações sociais de onde brotaram. Ora, fundamentar-se o direito penal a partir de parâmetros de política criminal é renunciar-se à razão forte que deve orientar a construção de um sistema; é dar as costas à dimensão cultural que todo problema representa” (ZENKNER, 2014, p 11).

Com efeito, a doutrina penal, por se encastelar nas fronteiras normativas, ignora noções básicas de economia e de políticas e programações econômicas. Isto conduz a uma interpretação do Direito completamente dissociada da realidade que se pretende regular, o que, por sua vez, redundam em equiparações que fogem à moldura do tipo penal e, por sua vez, extrapolam a segurança jurídica que se pretende trazer com o Princípio da Legalidade.

A solução deve-se remontar à escorreta compreensão das razões ontológicas e jurídicas que permitem a equiparação das seguradoras às Instituições Financeiras, para que, a partir deste prisma, consigam-se, com maior facilidade, realçar os relevantes traços distintivos entre associações de proteção veicular e aquelas, culminando com a impossibilidade de enquadramento de tal conduta ao crime de operação irregular de Instituição Financeira.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo quanto fora exposto, é possível concluir que:

- 1) Tem crescido o número de denúncias em desfavor dos gestores de associações de proteção veicular, sob o argumento de que estas possuem características semelhantes às Seguradoras, sendo, portanto, associações de fachada, que se enquadrariam como elemento normativo do tipo penal previsto no artigo 16 da Lei n. 7.492/86;

- 2) Este aumento no número das ações penais cujo objeto é a matéria em comento justifica-se por força da crise econômica, que, a um só tempo, estimula os particulares a buscarem soluções alternativas para a redução de seus custos e, por outro lado, estimula o Estado a aumentar a sua atuação, com o fim de controlar a economia e o comportamento dos cidadãos;
- 3) Segundo a tese acusatória, as associações de proteção veicular, por possuírem as características do mutualismo e da aleatoriedade, são assemelhadas aos seguros e, por força do artigo 1º da Lei n. 7.492/86, poderiam ser equiparadas às Instituições Financeiras e, uma vez que operam sem a autorização da SUSEP, seus gestores incorreriam no artigo 16 da aludida lei;
- 4) Ficou aqui demonstrado que o Sistema Financeiro Nacional tem como funções basilares a canalização de recursos financeiros, a melhoria de alocação do capital, bem como facilitar a intermediação de recursos financeiros entre terceiros. A intermediação realizada no Sistema Financeiro pode ocorrer diretamente, quando os agentes superavitários escolhem os agentes deficitários que receberão os recursos excedentes, ou indiretamente, quando a relação entre ambos os agentes econômicos é realizada por meio de uma instituição financeira;
- 5) As Instituições financeiras, na realização de tarefas de intermediação entre superavitários e deficitários, podem transmutar ativos, ou seja, podem transformar os depósitos captados em empréstimos e investimentos de altos valores. Esta transmutação deve observar à Lei dos grandes números, que permite, por meio de regras matemáticas, calcular a melhor forma de transferência dos riscos para os agentes econômicos que estejam bem posicionados no mercado;
- 6) As seguradoras apresentam características assemelhadas às Instituições Financeiras, uma vez que são responsáveis pela captação e intermediação de recursos entre os agentes superavitários (que não sofreram sinistro) e deficitários (que sofreram sinistro), tendo autorização para, por meio da lei dos grandes números, calcular antecipadamente, por regras probabilísticas, a

possibilidade de sinistro e, com isto, estabelecer os valores das mensalidades a serem pagas pelos segurados, bem como os valores dos seus lucros. Os lucros das seguradoras podem ser aplicados em outros investimentos, caracterizando outro traço assemelhado às Instituições Financeiras, qual seja, a transmutação de ativos;

- 7) As Instituições Financeiras, por representarem uma parcela importante do funcionamento do Sistema Financeiro, devem funcionar adequadamente, para garantir a lisura de todo o sistema de intermediação. Por esta razão, o Estado entende como importante a regulação das Instituições Financeiras, para garantir os objetivos micro e macroeconômicos que devem ser alcançados com o funcionamento escorreito destas;
- 8) As seguradoras, por possuírem as características assemelhadas às Instituições Financeiras, nos termos já expostos, também são protegidas pelo Estado e, por força disto, foram equiparadas a estas pelo legislador na Lei n. 7.492/86;
- 9) Caso as Instituições Financeiras funcionem de maneira inadequada, quebrar-se-á a confiança nesta e, por via de consequência, em todo o sistema, ocasionando o chamado risco sistêmico. Daí, a razão da dignidade de tutela do Sistema Financeiro, risco intolerável do ponto de vista social;
- 10) Enquanto as seguradoras guardam semelhanças com as Instituições Financeiras, imperioso, então, traçar a distinção entre elas e as associações de proteção veicular e, para isso, cumpre observar as características próprias destas últimas. A primeira característica a ser levada em conta diz respeito à inexistência de hierarquia definida na associação de proteção veicular. Enquanto que as seguradoras, como sociedades empresárias privadas e que visam ao lucro, organizam-se de modo a ter o seu quadro social preservado e entabular relação de consumo com os segurados, as associações de proteção veicular obedecem à garantia fundamental de liberdade associativa, em que todos os membros encontram-se no mesmo nível hierárquico, e o ingresso ou saída do conglomerado dependem, única e exclusivamente, da manifestação da vontade individual dos seus associados;

- 11) As associações de proteção veicular são, portanto, constituídas de modo a obedecer o estatuto, em que se preverá a forma de organização interna, com uma Mesa Diretora, o que não implica dizer haver hierarquia entre os associados;
- 12) Outro traço distintivo da associação de proteção veicular, diz respeito ao seu exercício financeiro. Enquanto que as operadoras de seguros privados têm a possibilidade de exercer suas atividades voltando-se ao lucro, este não é condizente com a natureza da associação de proteção veicular. Isso porque, as seguradoras, por força da Lei dos Grandes Números, conseguem transformar a aleatoriedade e incerteza – típicas do contrato de seguro – em uma margem muito próxima do cenário real que será encontrado pela corporação, de modo que se torna mais factível a previsão feita e, com isso, possível calcular-se os valores adequados a proporcionar o lucro da companhia, independente da ocorrência de sinistros.
- 13) Por outro lado, a associação de proteção veicular não tem a possibilidade de alcançar lucro, em virtude de, diferentemente do que ocorre nas seguradoras, a sua receita apenas é calculada com base no exercício real, tendo, inclusive, valor variável durante todo o seu exercício, visto que apenas receberá os recursos dos associados, na medida em que se mostre necessário o pagamento destes. A inexistência de mensalidade fixa, portanto, dificulta – senão, impede – a possibilidade de alcance de lucro por parte do conglomerado associativo;
- 14) Ainda assim, o traço característico mais relevante e que distingue ambas organizações diz respeito à operação no Sistema Financeiro Nacional. Segundo os regramentos específicos das seguradoras privadas, é autorizado que estas se aproveitem dos recursos dos terceiros, a fim de promover investimentos de diversas naturezas, mobilizando, de forma ativa e significativa, o Sistema Financeiro Nacional. Ao revés, como a associação de proteção veicular encontra-se com receita diretamente vinculada aos débitos que os associados constituem, não há como se imaginar a reserva de recursos de modo a permitir o investimento, ou mesmo a atuação do conglomerado no Sistema Financeiro

Nacional;

- 15) Estas características denotam a manifesta distinção entre associação de proteção veicular e operadoras de seguros privados, de modo que as atividades destas, de fato, têm capacidade lesiva ao Sistema Financeiro Nacional, enquanto que as primeiras não. A *ratio essendi* para a equiparação entre as seguradoras e as Instituições Financeiras de modo geral denuncia a manifesta impossibilidade de confusão com as associações de proteção veicular, visto que os pontos comuns não são capazes de justificar a intervenção penal em tais atividades, que são incapazes de por o bem jurídico em comento em risco;
- 16) Desta forma, conclui-se que o caso concreto não encontra preenchimento da tipicidade objetiva requerida para o delito inculcado no art. 16 da Lei n. 7.492/86, ao passo em que não se pode dizer tratarem-se as associações de proteção veicular de operadoras de seguros privados e, por conseguinte, Instituições Financeiras por equiparação.

REFERÊNCIAS

COSTA ANDRADE, Manuel. A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime. Em: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, Fascículo I, Jan-Mar 1992.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

EFE. Miliónário americano Warren Buffett oferece comprar US\$ 800 bilhões em títulos de seguradoras. *O Globo*, Rio de Janeiro, 12 fev. 2008. Economia.

Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/economia/milionario-americano-warren-buffett->

oferece-comprar-us- 800-bilhoes-em-titulos-de-seguradoras-3633128>. Acesso em: 15 ago. 2017.

LEVINE, Ross. *Financial devolpment and economic groth: views and agenda*, *Journal of Economic Literature*, 35, 1997

MENDONÇA, Antonio P. Por que Buffett gosta de seguros. *O Estadão de S.Paulo*, São Paulo, 22 fev. 2010. Geral. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,por-que-buffett-gosta-de-seguros,514260>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais* – 2ª Ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

PAGANO, Marco. *Financial markets and growth: an overview*, *European Economic Review*, 37, 1993.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito economia e mercados* – Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte especial* – vol. 8 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUINT, Michael. Buffett Moves To Acquire All of Geico. *The New York Times*, New York, 26 ago.1995. Business Day. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/1995/08/26/business/buffett-moves-to-acquire-all-of-geico.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1984. ROSSETTI, José Paschoal. *Política e programação econômicas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1987

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O direito penal econômico sob uma perspectiva onto-antropológica*. 2014. 350 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.



Área 1: Direito Penal

Crime e Pena

HISTÓRICO LEGISLATIVO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Ana Carolina de Paula Silva

Mestranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco – Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia (USP).

E-mail: anacdps@gmail.com.

Resumo: Analisada a relação dos diferentes povos e culturas com plantas e substâncias com propriedades estimulantes e psicoativas, através dos estudos desenvolvidos pela etnobotânica (Etnobotânica - ramo científico multidisciplinar que estuda a relação das sociedades humanas com a flora que as cerca e o uso que fazem das plantas. Fonte: Centro de Estudos Etnofarmacológicos – Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.cee.unifesp.br/etnofarmacologia.htm>>. Acesso em: 18.06.2017.), observa-se que estas sempre foram utilizadas, da Grécia à Roma, da Europa, à África, passando pelo continente americano. Por outro lado, a formulação de políticas de drogas com caráter criminalizador é recente na História da Humanidade, datando do século XX, tendo por finalidade inicial o controle de certos grupos sociais, vistos como inferiores, de acordo com uma visão racista, inicialmente nos Estados Unidos, mas também no Brasil, muito embora seu objetivo tenha sido veiculado, posteriormente, como sendo a promoção da saúde e do bem-estar. Naquele país, os primórdios da criminalização das drogas (e do comércio de álcool) estão relacionados à estigmatização de grupos sociais vistos como indesejados, porque estariam relacionados ao uso de certas substâncias - entre os irlandeses, o álcool; entre os chineses, o ópio; entre os negros e os sul-americanos, a cocaína; entre os mexicanos, a maconha (Escohotado, Antonio. *Historia General de las Drogas*. 7ª ed. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1998. p. 369.). A política criminal de drogas no Brasil, e nos demais países da América Latina, não decorreu de mera imposição de organismos internacionais, pois havia aqui também o interesse de controlar grupos sociais marginalizados (Fiore, Maurício. *O Lugar do Estado na Questão das Drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas*. In: *Novos Estudos* 92, Mar./2012, p. 09.). Esse é o contexto, por exemplo, do desenvolvimento de políticas de controle e criminalização da maconha em âmbito internacional e nacional. Foi por influência direta do Brasil, que, na Conferência do

Ópio de 1925, os representantes dos demais Estados foram convencidos de que a substância era mais perniciosa que o ópio. No país, desde a década de 1930, o uso e a comercialização da maconha foram bastante reprimidos, pois, relacionada aos “negros capoeiras” (Souza, Jorge Emanuel Luz de. “São mesmo analfabetos e sem cultura”: repressão à maconha, criminalização da pobreza e racismo em Salvador, nas décadas de 1940 e 1950. In: MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. p. 133.), tratados como vadios, embora excluídos do mercado de trabalho. Nesse sentido, através do método de pesquisa bibliográfico, por meio da análise de livros e artigos científicos, o objetivo central do presente artigo científico será analisar o histórico legislativo em matéria de drogas no Brasil, tendo como pano de fundo a seletividade penal no momento de definir crimes e penas, a estigmatização de grupos étnicos e sociais e os discursos explícitos e implícitos relacionados à criminalização das drogas no Brasil.

Palavras-chave: Política Criminal de Drogas, Criminologia, Legislação

1. INTRODUÇÃO

Analisar o histórico legislativo de uma política de caráter transnacional como é a política criminal de drogas, a qual possui cerca de cem anos, muito embora o uso de drogas nas mais distintas sociedades humanas date de centenas de anos, pode ser útil para compreender o contexto social e cultural que levou à alteração do tratamento jurídico de uma questão que por muito tempo não foi vista por sociedades e Estados como digna de maiores preocupações.

Por trás do movimento de criminalização de certas condutas é possível identificar discursos, objetivos não declarados, relacionados a uma tentativa por parte do Estado de exercer controle sobre cidadãos ou pessoas vistas como um perigo social a ser controlado. Nessa ocasião, o Estado utiliza o meio mais gravoso – o Direito Penal – para selecionar não somente a conduta a ser socialmente punida, mas aqueles a serem socialmente punidos através da criminalização de certas condutas.

A análise do histórico legislativo da política criminal de drogas no Brasil evidencia que, em diferentes momentos históricos, a criminalização do uso e do tráfico de drogas tem se prestado ao

exercício de controle de grupos sociais vistos como indesejáveis, seja por uma questão étnica, política ou socioeconômica.

2. O USO E O TRÁFICO DE DROGAS NO BRASIL – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Através da História da Humanidade, analisadas as mais distintas culturas, pode-se observar uma busca da humanidade por substâncias com a capacidade de alterar a consciência (Masur; Carlini, 2004, p. 37). Essa busca teria se iniciado com a descoberta do álcool e de plantas com essa propriedade, inicialmente, e, posteriormente, de forma mais recente, levou ao processamento de substâncias sintetizadas em laboratório e com essa capacidade característica (Masur; Carlini, 2004, p. 65).

Achados históricos indicam que no Antigo Egito não somente eram conhecidas, mas também eram utilizadas as seguintes substâncias: ópio, cânhamo, solanácea, além de bebidas alcoólicas (Escohotado, 1998, p. 53). Na Grécia Antiga, a etnobotânica identifica o uso de ópio, vinhos e cervejas, cânhamo, belenho e a mandrágora (Escohotado, 1998, p. 98) (sendo as duas últimas substâncias alcalóides) (Almeida et al., 2002, p. 1).

Em Roma, culturalmente influenciada pela Grécia, estabeleceu-se na *Lex Cornelia* um critério genérico, semelhante ao grego, para definir as drogas, que eram socialmente aceitas. Previa aquela lei que droga era um termo inespecífico, que fazia menção tanto à substância que servisse para curar, quanto àquela que servisse de “filtros para o amor”, ou a que servisse para matar, sendo criminalizado somente este último uso. São destacadas como substâncias cujo uso estava bastante difundido naquela região - o vinho, a datura, que também é uma solanácea, o cânhamo e o ópio (Escohotado, 1998, pp. 123-124).

O uso social normalizado de substâncias hoje consideradas ilícitas também era observado em regiões da África e do Oriente Médio, onde populações nativas possuíam o hábito de mascar as folhas de uma planta chamada khat. Nas folhas dessa planta é encontrada a substância catinona, quimicamente semelhante às anfetaminas sintéticas (Masur; Carlini, 2004, p. 42).

Com relação à América Pré-Colombiana, sobressaem dois fatores de diferenciação com relação aos povos e culturas anteriormente citados, de acordo com Escohotado (1998, p. 77). O primeiro desses fatores é a rica flora encontrada nessa região terrestre, na qual abundam plantas com

propriedades estimulantes e psicoativas. Em segundo lugar, seria a vinculação entre a religiosidade dos distintos povos ali encontrados e o uso dessas plantas.

O uso de substâncias alucinógenas e inebriantes era algo comum e parte integrante da cultura dos povos dessa região antes da chegada dos colonizadores:

O hábito de mascar folhas de coca, por exemplo, remonta a tempos que antecedem a própria fundação da civilização Inca, tendo nessa sociedade se arraigado de tal maneira que, devido à grande proximidade entre a magia, a religião e a farmácia, atingiu uma posição de importância e necessidade social que não pôde ser afastada apesar de todos os esforços empregados pelos colonizadores espanhóis. (Valente et al., 2014, pp. 196-197)

Entre os ameríndios do Brasil estava bastante difundido o uso ritualístico do cauim, uma bebida feita com uma planta natural da região e que era usada em festas periódicas, com frequência suficiente para que fosse vista por missionários franceses e portugueses dedicados à conversão desses povos ao cristianismo como um entrave à catequização, porque mantinha a “inconstância da alma selvagem” e impedia a “progressão da cristandade” (Carneiro, 2011, p. 142).

Ainda no período em que o Continente Americano sofria os reflexos da Contra- Reforma, verifica-se a chegada ao Brasil de uma planta exótica e que se popularizou como fumo de angola. Há controvérsia entre os cientistas sociais acerca dos responsáveis pela entrada do cânhamo no Brasil, se este teria sido introduzido no país em 1549 pelos negros escravizados (Carlini, 2006, pp. 314-315), ou se sua introdução em território nacional se deveu aos europeus, que já estabeleciam transações com a planta mesmo antes do período colonial. Segundo o sociólogo Dantas Brandão (2016, p. 104), as cordas utilizadas nas embarcações portuguesas que atracaram no Brasil no começo do século XVI eram feitas com derivados do cânhamo. Ademais, destaca que há um relato de Garcia Orta, médico e botânico português, datado do começo do século XVI, em que afirma que em Goa, colônia portuguesa na Índia à época, o uso recreativo da planta já era conhecido.

Assim, diversos povos, de tradições culturais diversas, em diferentes períodos históricos, buscaram no uso de substâncias que hoje são proibidas por uma política criminal de alcance

transnacional a ajuda no enfrentamento de doenças e infecções, o alívio da dor, o apaziguamento da ansiedade e o despertar do prazer. Além disso, essas substâncias foram e são buscadas porque podem melhorar o desempenho para certas atividades, levar a reflexões e à alteração da percepção do mundo ou, ainda, melhorar a sociabilidade (Fiore, 2012, p. 13).

Portanto, tomados os diferentes contextos históricos e culturais em comparação com o período histórico atual, tem-se que as drogas nem sempre foram vistas como um problema, mas que esta é uma questão recente, um fenômeno característico do século XX, assim como o uso abusivo enquanto epidemia de caráter mundial (Carvalho, 2008, p. 123).

O controle das drogas que se tem atualmente corresponde a uma política proibicionista, muito embora já existisse um controle social no uso de substâncias psicoativas e psicotrópicas, de acordo com Maurício Fiore (2012, p. 13), e ainda que a intervenção estatal na criminalização de condutas no que diz respeito às drogas não tenha, desde então, impedido o uso massivo dessas substâncias pela população. Além disso, a criminalização representa uma intervenção do Estado na esfera da autonomia e da liberdade de cada indivíduo (Fiore, 2012, p. 13), sendo necessária a análise da questão também a partir da perspectiva dos direitos individuais.

2.1. A Gênese do Proibicionismo – a Lei Seca nos Estados Unidos

O proibicionismo em matéria de drogas, já sejam elas lícitas, como o álcool, cuja comercialização foi proibida no início do século XX nos Estados Unidos, ou ilícitas, as quais nem sempre foram proibidas, é resultado de uma confluência de fatores ou perspectivas relacionadas ao contexto político, cultural, moral e religioso daquele país.

Dentre esses fatores, dois poderiam ser destacados (Escohotado, 1998, pp. 369-370), porque aparentemente preponderantes (Ribeiro, 2014, pp. 165-166), embora existam outros (Rodrigues, 2012, p. 11). O primeiro deles diz respeito à religiosidade tradicional protestante no mundo anglo-saxão, sobretudo nos Estados Unidos, que condenava qualquer forma de ebriedade, por considerá-la uma ameaça à moral e à sociedade.

O segundo fator que pode ser apontado como sendo relevante nesse processo corresponde à urbanização e à industrialização e os problemas que decorrem desse fenômeno de transformação das

idades em decorrência das concentrações urbanas. Tais concentrações da classe operária passam a ser vistas como um problema não somente moral, como também étnico.

Como consequência, as medidas de controle social nos Estados Unidos passam a visar certos grupos socialmente marginalizados, entre os quais seria característico o uso de certas drogas – entre os irlandeses, o álcool; entre os chineses, o ópio; entre os negros e os sul-americanos, a cocaína; entre os mexicanos, a maconha (Escohotado, 1998, p. 369).

Esses dois fatores interferiram diretamente para que houvesse a proibição do álcool e de outras drogas nos Estados Unidos (Escohotado, 1998, p. 369). Entretanto, essa medida não somente não foi capaz de acabar com o uso de bebidas alcoólicas naquele país, como trouxe consequências sociais, econômicas e de saúde pública.

É destacada como consequência negativa do proibicionismo do álcool através da Lei Seca a “hipertrofia da burocracia estatal”, forjada no período para constituir um óbice às atividades, ao mesmo tempo em que se lucrava com o comércio ilegal, pois era uma atividade altamente lucrativa. Além disso, são apontadas como consequências negativas a criação de uma “cultura de desobediência às prescrições legais” entre os habitantes do país e o fortalecimento de grupos que acabaram por se especializar no tráfico de álcool (Taffarello, 2009, p. 24), que continuou a ser vendido, mas sem controle estatal, e, por consequência, com elevada toxicidade.

2.2. Adesão do Brasil à Política Criminal de Drogas Traçada Internacionalmente

Ao se analisar os antecedentes históricos que levaram à criminalização das drogas em âmbito mundial e no Brasil, em particular, nota-se que o poder político e econômico dos Estados Unidos se espalhou também pelo campo da criminalização das drogas. Em decorrência disso, as experiências dos Estados Unidos com a questão acabaram se tornando exemplo e força motriz para que distintos países, onde as relações com determinadas substâncias tenham se dado de forma completamente distinta à desse país, acabassem por legislar sobre a matéria de modo semelhante (Del Olmo, 1990, p. 27).

Nesse sentido, o proibicionismo não se deu de forma isolada no âmbito político e jurídico de cada um dos Estados, mas teve como principal propulsor os Estados Unidos, que, com suas iniciativas diplomáticas, incentivaram países dos demais continentes a aderirem à política proibicionista de drogas (Rodrigues, 2012, p. 15).

Por outro lado, não se pode negligenciar o contexto social e cultural vivido pelos países, que possuíam interesses específicos que visavam a atingir através de políticas públicas de controle e posterior criminalização das drogas.

Inicialmente, as conferências para tratar do tema foram promovidas pela Liga das Nações, primeiramente a Conferência de Haia, que ocorreu em 1912 e foi seguida de conferências complementares, realizadas nos anos de 1925, 1931 e 1936 (Batista, 1998, p. 80).

Posteriormente, são criadas a Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização Mundial da Saúde – OMS, ambas organizações que tiveram como principal promotor os Estados Unidos, sendo a primeira responsável por internacionalizar o discurso jurídico, e a segunda, o discurso médico, segundo a terminologia utilizada por Rosa del Olmo (1990, p. 27).

Assim, ocorreram diversos encontros diplomáticos para tratar da questão das drogas mesmo antes da Primeira Guerra Mundial, ainda que tenham se tornado frequentes após a Segunda Grande Guerra, com a criação da ONU, em 1945 (Rodrigues, 2012, p. 15). Como resultado dessas conferências foram editadas convenções, as quais foram subscritas pelo Brasil e promulgadas internamente (Batista, 1998, p. 80).

2.2.1. Primeira Metade do Século XX – o caráter sanitário da política

O controle e promoção da saúde e do bem-estar da população pelo Estado nos países desenvolvidos iniciou-se a partir da segunda metade do século XVIII, mas passou a significar, no início do século XX, a implementação da política de controle de drogas (Rodrigues, 2012, p. 13).

A formulação dessas políticas não se deu de forma isolada, mas, pelo contrário, pode-se observar que foram, durante todo o século XX, uma internalização de medidas iniciadas em plano internacional. Assim, as constantes reformas na política criminal de drogas do Brasil se basearam nas modificações formuladas em âmbito internacional e tiveram como consequência alterações legislativas no plano interno.

Os primeiros encontros de caráter internacional ocorreram em Xangai, nos anos de 1906 e 1911, anos antes da eclosão da Primeira Guerra Mundial, momento histórico em que os Estados Unidos já despontavam como uma potência econômica e militar no mundo.

Àquela época, a grande preocupação era o ópio, já que desde o final do século XIX o país vinha recebendo imigrantes provenientes da China e que trouxeram consigo o hábito de fumar ópio, representando uma “ameaça” moral e econômica aos demais cidadãos. Assim, os Estados Unidos passaram de parceiros econômicos do Império Britânico no comércio internacional do ópio para promotores de campanhas para aboli-lo.

Foi com a pressão dos Estados Unidos e o objetivo de acabar gradualmente com o comércio de ópio que foram realizados os Encontros de Xangai, que não surtiram os efeitos esperados, sobretudo com relação à redução do comércio internacional, o que motivou a realização da Conferência de Haia de 1912 (Ribeiro, 2014, pp. 165-166).

A Convenção Internacional de Haia, subscrita em 1912, tinha como objetivos controlar a produção e venda de ópio cru, tendo restado proibida a comercialização interna e externa do ópio manufaturado. Por outro lado, ao assinar a Convenção, os países signatários se comprometiam no plano internacional a editar leis que restringissem a utilização e venda da morfina e da cocaína a usos médicos e farmacêuticos.

Nota-se que, conforme destacado por Antonio Escohotado (1998, p. 391), em finais do século XIX e início do século XX, o ópio e a morfina eram utilizados como medicamentos bastante comuns, dada a proporção em que eram receitados, indicando assim uma aceitabilidade social das substâncias. A citada convenção foi o resultado da normatização no plano internacional do discurso médico acerca das drogas, segundo o qual todo uso de drogas é necessariamente problemático (Rodrigues, 2012, p. 10).

À época, vivia-se no Brasil um momento de profundas alterações na estrutura política e social do país, que recentemente havia abolido formalmente a escravidão e havia se tornado uma república. Nesse contexto, o controle das drogas também possuía relação direta com o projeto modernizador que se tinha para o Brasil após a proclamação da República, o que passava pelas ideias do movimento sanitarista, que davam centralidade ao papel das políticas de saúde no processo de construção e alargamento da presença do Estado Nacional, “para melhorar a constituição física e moral de um contingente populacional que era visto como um entrave à modernização” (Adiala, 2016, p. 89).

Ainda no ano de 1912, o Brasil se tornou subscritor do protocolo suplementar de assinaturas dos países não representados na Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia, internalizado

através do Decreto nº 2.861, de 08 de julho de 1914, que sancionou a Resolução do Congresso Nacional, que havia aprovado a adesão.

Com o Decreto nº 11.481, de 10 de fevereiro de 1915, determinou-se a observância da Convenção e do Protocolo no exato teor em que aprovados, fazendo-se menção expressa ao objetivo de impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e de seus derivados, bem como da cocaína, constantes das resoluções aprovadas pela Conferência Internacional do Ópio.

De acordo com Nilo Batista (1998, p. 79), o ano de 1912 constitui um marco na política criminal de drogas traçada no Brasil, pois é neste ano que começa a ser delineada no Brasil a política criminal de drogas que prevaleceu por 50 anos, entre 1914 e 1964, e na qual prevaleceu o viés sanitário. Previu-se, a partir de então, a internação compulsória aos dependentes químicos e a punição a quem expusesse à venda, vendesse, ministrasse ou prestasse auxílio para o uso das substâncias, evidenciando-se o papel paternalista assumido pelo Estado ao tratar da matéria.

Até a década de 1920, as leis internacionais de controle de drogas não tinham caráter eminentemente repressivo, mas visavam a controlar sua exportação e mantê-las sobre supervisão médica (Escohotado, 1998, p. 516).

À época, estava vigente o Código Penal de 1890, que previa pena de multa a quem expusesse à venda ou ministrasse substâncias venenosas, sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários. Tal previsão legal foi alterada pelo Decreto Legislativo nº 4.294, de 06 de julho de 1921.

Segundo destaca Adiala (2016, p. 91), naquele momento histórico as ideias sanitaristas, que visavam à modernização do país, dando um papel singular às ciências médicas, representavam a inserção da medicina brasileira no movimento internacional da eugenia. Essa era considerada uma “ciência” que tinha por objetivo melhorar as qualidades raciais das futuras gerações do país, promovendo o seu branqueamento, visto como símbolo de evolução civilizatória de que o Brasil estaria distante, por conter uma população formada majoritariamente por pretos, pardos e mestiços.

Desde a criação da Sociedade Eugênica de São Paulo, em 1918, e da Liga Brasileira de Higiene Mental, em 1923, o movimento eugenista brasileiro se dedicou à promoção da higiene mental e viu nas drogas tóxicas uma das causas da decadência hereditária do povo brasileiro (Adiala, 2016, p. 89).

Foi este o contexto de promulgação do decreto de 1921, que tinha por cerne o controle dos vícios considerados “elegantes” à época, dada a preocupação governamental em melhorar o contingente branco da população, com base nas políticas eugênicas que permeavam a orientação política do país à época. Foi assim que as substâncias usadas nos vícios elegantes – ópio, morfina e cocaína – passaram a ser controladas – enquanto a maconha – chamada de “ópio do pobre” – “foi deixada de lado”, segundo afirma o antropólogo MacRae (2016, p. 25).

O decreto legislativo de 1921, que alterou o Código Penal de 1890, previa em seu artigo 1º que aquele que expusesse à venda ou vendesse, ou ministrasse substâncias venenosas, sem autorização ou sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários ficaria sujeito à pena de multa. Além disso, se a substância causadora do estado de ebriedade tivesse “qualidade entorpecente”, como o ópio, a cocaína, e seus derivados, a pena seria de prisão, de um a quatro anos.

No ano de 1925 ocorreu a Conferência de Genebra, da qual resultou a Convenção de Genebra de 1925, que reconheceu em seu preâmbulo que a convenção anterior havia alcançado importantes resultados, mas que o comércio ilegal e o abuso das substâncias aos quais a convenção se reportava ainda permaneciam em larga escala.

Essa convenção trouxe como pontos elementares o estabelecimento de que o pactuado se referia à inspeção com relação a algumas drogas, sem estabelecer compromissos sobre cotas de cultivo, e o comprometimento pelos países de que a venda e o emprego das substâncias incluídas nas cláusulas da convenção se limitariam a usos médicos e científicos (Escohotado, 1998, p. 524). Os países subscritores se comprometeram a revisar periodicamente leis e regulamentos sobre a matéria (Batista, 1998, p. 80), e, ainda, como na convenção anterior, firmaram o compromisso de não exportar as substâncias para países em que estivesse vigente proibição com relação a elas.

Ainda que a Conferência de 1925 tivesse como cerne a formulação de uma política internacional acerca do combate ao tráfico de ópio e da coca, foi por influência do representante brasileiro no evento que os representantes dos demais países ali representados foram convencidos de que a maconha era “mais perniciosa” que o ópio (Carlini, 2006, p. 316). Em decorrência disso, o capítulo IV da Convenção foi dedicado à substância, muito embora os países tivessem um histórico de uso bastante distinto com relação à droga.

Segundo Adiala (2016, p. 85), durante muito tempo o uso da maconha fazia parte da cultura tradicional no Brasil, pois usada para fins terapêuticos, têxteis, religioso e recreativo, mas somente a

partir de sua inclusão na categoria diagnóstica como toxicomania que as autoridades médicas, legais e policiais passaram a tratá-la como um problema social e uma ameaça à saúde da nação. Assim, para entender a repulsa do representante brasileiro naquela conferência pela maconha é necessário entender não somente o contexto histórico do uso da substância, mas também o teor dos estudos científicos feitos sobre a planta durante as primeiras décadas do século XX.

O médico Rodrigues Doria teria sido o pioneiro na discussão científica acerca a maconha, além de ter sido o primeiro cientista a defender a tese de que o uso da maconha é um mal externo (Adiala, 2016, p. 99), estranho à cultura brasileira e que aqui foi introduzido pelos escravizados de origem africana, que teriam difundido o vício pela planta como um ato de revanchismo contra a escravização (Doria, 2016, p. 82).

Em um artigo pioneiro nas ciências sobre o assunto, apresentado no II Congresso Científico Pan-Americano, realizado em 1915, em Washington, o médico expressa a visão que se tinha à época dos fumadores de maconha – pessoas pertencentes às classes ignorantes (Doria, 2016, p. 81), majoritariamente negras.

Os exemplos dados por Doria no artigo demonstram que, para o pensamento médico da época, embora o “quadro sintomático” da intoxicação por maconha possa ser diverso, conforme afirma no estudo, são as pessoas negras, pretas e pardas, aquelas identificadas pelo médico e político sergipano Rodrigues Doria como apresentando alucinações, comportamento descontrolado e violento, reforçando o estereótipo negativo sobre esse contingente populacional numeroso, mas indesejado, pertencente à nação brasileira pós-abolição.

Nesse sentido, à época, a desqualificação da maconha compunha juntamente com a desqualificação do candomblé, da capoeira e do samba uma forma de desqualificar e estigmatizar os contingentes populacionais de que procedem essas manifestações culturais e religiosas (MacRae, 2016, p. 33).

Dantas Brandão (2016, p. 125), coloca-se como crítico ferrenho da ideia de que a inserção da prática de usar maconha seria devida aos escravizados africanos e, assim como MacRae (2016, p. 24), afirma que o controle dessa droga tinha, em realidade, a finalidade de controlar e limitar a presença no espaço público do grupo social ao qual ela estaria relacionada:

Sendo corrente o uso recreativo da maconha em determinadas regiões da África durante o período colonial do Brasil, os cientistas do início do século XX atribuíram sua introdução aos negros. Essa hipótese serviu aos ideais de uma época em que o racismo predominava entre os “homens de *sciencia*”. O consumo de maconha por parte da população pobre de zonas urbanas e rurais foi então apontado como uma das razões para o envolvimento de membros desses extratos sociais em atividades ilegais; isso fundamentou interdições legais às transações com a planta. As ações que se depreendiam do paradigma evolucionista, conhecido como “racismo científico”, presidiam o debate dos ditos “homens de *sciencia*” e serviam à lógica de “branqueamento” hegemônica nas últimas décadas do século XIX e primeiras do século XX. O controle do comportamento das ditas “classes baixas” limitava sua presença no espaço público e visava a reduzir sua influência. (MacRae, 2016, p. 2014)

Durante a década de 1930, o uso e comercialização da maconha foram bastante reprimidos no Brasil, já que relacionada aos “negros capoeiras” (Carvalho, 2008, p. 125). Apesar da influência política e econômica dos Estados Unidos naquela época, em que o órgão internacional de debate e propositura de políticas de drogas era a Liga das Nações, não foi por determinação deste país que o Brasil decidiu por proibir a maconha.

A Convenção decorrente da Conferência de Genebra de 1931 tratava da regulamentação de estoques dos Estados, dos rótulos que deveriam ser usados para a comercialização de substâncias, algo que já era tratado nas convenções anteriores, bem como do comprometimento dos países em trocarem informações entre si em caso de descoberta de tráfico de drogas (Batista, 1998, p. 80).

A maconha não constava da lista de substâncias proscritas pela Convenção de 1931, mas, ainda assim, tornou-se uma substância proibida no Brasil no ano seguinte, através do Decreto nº 20.930, ao ser identificada com os grupos que representavam a “escória da sociedade”, entre os quais estariam, segundo a concepção política racista da época, os “canoeiros”, os “analfabetos”, os “homens do

campo”, os “pescadores”, e, de modo geral, os negros (Souza, 2016, p. 133). Sobre os grupos que eram identificados como usuários de maconha tem-se que:

A acusação de “maconheiro” era aplicada a um amplo conjunto de personagens sociais identificadas entre as “populações nortistas pobres” [...]: predominantes na Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Pará e Maranhão, seriam, em sua maioria, “negros e pardos”, poderiam ser “canoeiros, pescadores” e todos os tipos de embarcações, acusados de serem os maiores responsáveis pela propagação do vício; poderiam ser os sertanejos, bem como os adeptos dos catimbós, xangôs e candomblés; estariam também entre o heterogêneo grupo dos trabalhadores urbanos. O discurso condenatório da maconha será uníssono, até a primeira metade da década de 1960, em considerar que “seus viciados pertencem à última e mais baixa escala social, são mesmo analfabetos e sem cultura”. (Souza, 2016, p. 137)

Esse era o contexto, no início da década de 1930, da edição de um novo decreto em matéria de drogas, o Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, que previa expressamente um rol com as substâncias consideradas entorpecentes, entre as quais figuravam o ópio, a cocaína e a maconha. Tipificou-se a venda, a indução ao uso e o tráfico das substâncias, prevendo-se pena que variava de um a cinco anos de prisão e multa.

No ano de 1934, um novo decreto, de nº 24.505 e publicado em 29 de junho daquele ano, alterava o decreto anterior. Tal decreto possuía caráter eminentemente sanitário, ampliava a lista das substâncias consideradas entorpecentes e visava a controlar a atividade profissional de farmacêuticos, médicos e dentistas, profissionais autorizados a prescrever as substâncias, o que não os eximia do controle sanitário governamental.

O decreto também previa, em seu artigo 26, que os indivíduos surpreendidos com quantidades de substâncias superiores à necessária para uso terapêutico, sem que houvesse justificativa, estariam sujeitos à pena de prisão de três a nove meses, além do pagamento de multa.

Poucos anos depois, é realizada uma nova Conferência em Genebra, da qual resulta a Convenção de 1936. Essa Convenção representou um marco na política internacional em matéria de drogas, pois com ela foi cruzada a barreira entre os campos da Saúde Pública e da Segurança Pública através da criminalização de substâncias (Rodrigues, 2012, p. 13).

A Convenção de Genebra de 1936, chamada Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito de Substâncias Nocivas, foi ratificada pelo Brasil em 02 de julho de 1938 e promulgada em âmbito interno através do Decreto nº 2.994, de 17 de agosto de 1938.

De acordo com a previsão do artigo 2º, os signatários da Convenção se comprometiam com a criminalização das mais variadas condutas relacionadas às drogas – transformação, fabricação, transporte, detenção, oferta, exposição à venda, compra e venda ou cessão. Além disso, firmavam o compromisso de punir a tentativa de tais condutas ou atos preparatórios, sendo, portanto, um símbolo do recrudescimento penal em matéria de drogas (Escohotado, 1998, p. 529).

O Decreto-Lei nº 891, de 25 de novembro de 1938, visava ao controle comercial e alfandegário das substâncias entorpecentes listadas em seu artigo 1º, entre as quais figurava a maconha, a morfina, o ópio, a coca e a cocaína, entre outras. Proibiu-se o plantio, a cultura e a colheita por particulares da dormideira, da coca e do cânhamo, permitindo-se, por outro lado, a plantação com finalidade terapêutica, desde que houvesse licença da autoridade sanitária.

O Código Penal de 1940 representou o marco legislativo em matéria de drogas da respectiva década. Sob o título “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes”, no artigo 281 do capítulo dos crimes contra a incolumidade pública, puniam-se as mais distintas condutas relacionadas às drogas, sendo este mais um entre tantos casos de crime de ação múltipla quando se trata de prever o delito de tráfico de drogas na legislação brasileira.

Nilo Batista (1998, pp. 81-82) destaca que esse artigo não se prestava à punição do usuário, que, à época, era visto sob uma perspectiva estritamente médico-sanitária, que considerava o usuário uma pessoa doente, alguém que precisa de tratamento, e não de punição.

Para o criminólogo, essa previsão legal conferiu à matéria uma disciplina equilibrada, quando comparada àquela dos Decretos nº 24.505/1934 e 891/38, que diante da promulgação da lei do Novo Código Penal acabaram por não surtir efeitos práticos. Descriminalizou-se o consumo de drogas, reduziu-se a quantidade de verbos nucleares do tipo penal e fundiu-se no mesmo tipo penal o tráfico e a posse ilícita de drogas (Batista, 1998, p. 84).

Apesar da alteração legislativa, verificou-se na década de 1940, em âmbito social, a criminalização do uso tradicional do cânhamo pelas comunidades indígenas. De acordo com relatório apresentado ao Instituto de Medicina Social e de Criminologia do Estado de São Paulo, em 1989, na década de 1940 houve um massacre de indígenas pertencentes aos povos krahô-mankraré e tenetehara pela polícia devido ao cultivo e uso da planta por parte desses povos, apesar da política oficial de tolerância da Funai com relação ao consumo da substância (Domingues, 2016, pp. 346-364).

A sociedade envolvente considerava a maconha baixa e marginal, enquanto para esses povos ela tinha como fonte o próprio Deus, Páá-pã, evidenciando um choque cultural entre civilizações que fundamentam os seus princípios jurídicos em valores diversos e que trilharam caminhos opostos na formulação de um pensamento médico e religioso acerca da planta. Acerca desse tema já nos posicionamos oportunamente, defendendo a tese de que embora a conduta seja objetivamente típica, deve ser solucionada do ponto de vista jurídico-penal através do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, por se tratar de conduta culturalmente condicionada (Silva, 2014).

Em 21 de setembro de 1942 é publicado o Decreto-Lei nº 4.720, por provável pressão de empresas e empresários na produção e comercialização de plantas e extração de seus princípios com finalidade terapêutica, que com o decreto ganharam a possibilidade de obter essa concessão da União, desde que não houvesse interesse da própria União na produção e comercialização das substâncias.

Terminada a Segunda Grande Guerra e iniciado o período da Guerra Fria, as drogas deixam de ser vistas nos Estados Unidos como uma ameaça de grupos étnicos e sociais indesejados à nação americana, para se tornarem um problema estatal, um ataque comunista com o objetivo de desmoralizar os Estados Unidos da América.

A principal droga consumida naquele país durante a década de 1950 foram os opiáceos, com destaque para a heroína e a morfina, demonstrando, portanto, o fracasso das Convenções das décadas anteriores, incapazes que foram de erradicar o comércio e o uso de drogas. Naquele período histórico, a transformação do ópio em morfina e em heroína no território europeu era comandada pelas *famílias* da máfia italiana (Del Olmo, 1990, pp. 30-31).

2.2.2. Segunda Metade do Século XX – o caráter bélico da política

Durante a década de 1960, o discurso acerca do uso e comercialização das drogas é alterado, deixando de ser meramente sanitário ou médico-jurídico, conforme se deu na primeira metade do século XX, para se mesclar com o discurso ético-jurídico ou bélico, nos Estados Unidos. Isso foi fundamental na diferenciação entre o consumidor, visto como doente, e o traficante, visto como delinquente (Del Olmo, 1990, p. 34), uma distinção questionável, que parece se esquecer das zonas cinzentas que possam existir entre essas categorias.

Até a década de 1960, predominava na sociedade norte-americana a concepção de que a maconha era uma droga diretamente ligada à violência, já que relacionada à produção mexicana e ao uso por imigrantes mexicanos ilegais nos Estados Unidos. Entretanto, com a emergência da contracultura, na qual se envolveram diretamente os jovens da classe média de então, o uso comunitário e público da droga faz com que passe a ser vista como a droga do excluído.

Para os militantes da contracultura, que questionavam a ordem política e econômica dos Estados Unidos, o uso de alucinógenos, naturais, como a maconha, ou sintéticos, como o LSD – Dietilamida do Ácido Lisérgico, era uma forma de desafiar os poderes e ideologias dominantes da época, o *American way of life*, de modo que a droga passa a ser uma questão de segurança, de combate a um inimigo interno (Del Olmo, 1990, p. 36).

Por tal razão, o inimigo interno dos Estados Unidos no pós-guerra se transforma nas drogas e em seus usuários, o que motiva cada vez mais investimentos em segurança interna e o aumento das taxas de encarceramento motivadas pelo uso, abusivo ou não, de drogas (Escohotado, 1998, pp. 824-825).

Ocorre que a realidade vivida nos Estados Unidos naquele momento histórico, marcado pela luta pelos direitos civis e políticos e pelo movimento de contracultura, era bastante distinta da realidade vivida nos demais países da América Latina. A década de 1960 foi um período marcado pelos golpes de Estado na América Latina, com interferência e apoio direto dos Estados Unidos sobre os distintos países latino-americanos, e pelas guerrilhas.

Já na década de 1960 na América Latina havia uma estigmatização dos envolvidos com as drogas de acordo com as classes sociais a que pertencessem. Assim, os delinquentes eram vistos como os moradores de guetos que, por revenderem drogas nas ruas, seriam os incitadores do uso de drogas,

enquanto aqueles que as compravam eram vistos segundo um estereótipo de dependência, de acordo com o modelo médico-sanitário (Del Olmo, 1990, p. 34).

Esse era o contexto, no continente americano, da elaboração da Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, no âmbito das Nações Unidas. Essa Convenção consagrou o entendimento predominante na sociedade internacional de que o combate ao consumo e ao tráfico de entorpecentes estava fundado na proteção ao bem jurídico saúde pública, embora tenha servido de marco à política criminal de drogas traçada desde então, predominantemente repressiva e violenta (Valente et al., 2014, p. 201).

A Convenção de 1961 tinha como objetivo central eliminar progressivamente o ópio em um lapso de 15 anos e a coca e a maconha, em um lapso de 25 anos. Tal Convenção, utilizando o critério do potencial de abuso ou das aplicações médicas (Fiore, 2012, p. 10), inaugura o uso do sistema de listas para dividir drogas e plantas:

[...] a Convenção Internacional de 1961 definiu um modelo que permanece vigente e divide as drogas e suas plantas originárias em listas. O critério, por sua vez, seria o potencial de abuso e suas aplicações médicas. A primeira lista é composta daquelas com alto potencial de abuso e nenhum uso medicinal e, como esperado, ali estão incluídas, entre outras, as três drogas-alvo do proibicionismo: heroína, cocaína e maconha. As outras listas reúnem drogas com potencial de abuso, mas conhecido uso medicinal (morfina e anfetaminas, por exemplo) e precursores (substâncias e outros materiais empregados na produção de drogas proibidas). Diferente de muitas outras convenções, essas foram seguidas com incrível rigidez pela maior parte dos signatários. (Carvalho, 2008, p. 128)

No Brasil, o Golpe Civil-Militar de 1964 criou as condições necessárias para que houvesse a substituição do modelo sanitário pelo modelo bélico. O golpe se deu durante a Guerra Fria, período sabidamente de elevada polarização política e ideológica e durante o qual o Brasil se manteve alinhado aos interesses norte-americanos e à ideologia que emanava da Doutrina de Segurança

Nacional, caracterizada pelo autoritarismo e pela identificação de um inimigo interno (Batista, 1998, p. 85).

À época, difundiu-se a hipótese de que havia uma intenção premeditada de associar a maconha produzida no Brasil com o tráfico internacional de drogas, o que visava a produzir a impressão de que era necessária uma união de esforços, com o fortalecimento de agências de “lei e ordem”, especialmente as Forças Armadas (Brandão, 2016, p. 113).

Durante aquele período no Brasil, estudantes e a juventude da classe média passaram a ser vistos como classes perigosas, para além dos militantes de esquerda, porque eram vistos pelo governo militar como focos de militância da luta armada (MacRae, 2016, p. 27).

A identificação do inimigo interno somada ao autoritarismo da intervenção estatal em matéria de drogas não somente é um padrão que foi vivenciado pelos operadores policiais no que diz respeito aos delitos políticos da época da Ditadura, mas transbordou para o sistema em geral. Segundo Nilo Batista (1998, p. 85), teria sobrevivido à Guerra Fria, porque as Forças Policiais seguiram atuando sob a mesma lógica (MacRae, 2016, p. 47).

Poucos anos após o golpe, no ano que ficou marcado pelo recrudescimento à repressão política e ideológica, equiparou-se o usuário ao traficante através do Decreto-Lei nº 385, de 26 de dezembro de 1968, modificando o artigo 281, do Código Penal de 1940. Punia-se com pena de reclusão de um a cinco anos, além de multa que variava de dez a cinquenta vezes o valor do salário mínimo vigente à época, qualquer conduta vinculada às drogas, da exportação ao transporte de matéria-prima ou planta destinada à sua produção. Evidenciou-se, assim, a violação ao princípio da proporcionalidade das penas face ao bem jurídico que se pretendia proteger através da previsão legal.

No Brasil, até a década de 1960 o consumo da maconha era destinado a pessoas consideradas marginais: prostitutas, detentos, moradores de favelas, até que os jovens partidários da contracultura, artistas e intelectuais, começaram a se interessar por ela. A cocaína sempre foi utilizada, mas em quantidades muito menores, porque era uma droga essencialmente cara, cujo uso se restringia aos setores mais abastados da sociedade.

Ocorre que, na década de 1970, consolida-se a rota do tráfico internacional na região latina e o Brasil se torna corredor de exportação da droga. A droga saía do Paraguai e da Bolívia com destino à Europa, passando pelos aeroportos do Paraná, do Rio de Janeiro e de São Paulo. Em decorrência

disso, a cocaína passou a ser ofertada no Brasil a um preço mais baixo, gerando o crescimento de um novo mercado consumidor no eixo Rio-São Paulo (Helves, 2014, p. 81).

A importância política e econômica dos Estados Unidos no início daquela década foi algo relevante não somente no Brasil, mas no restante da região, identificada como produtora de drogas em âmbito internacional, embora o consumo da droga tenha continuado naquele país e as políticas adotadas para o enfrentamento do uso tenham se mostrado ineficazes:

Nesse contexto, vale notar que a América Latina emerge ao governo americano desde pelo menos os anos de 1970, enquanto um possível “polo” de desenvolvimento de grupos paramilitares ou guerrilheiros, que através da suposta articulação entre crimes econômicos, tráfico de drogas, contrabando de armas e mercadorias ilícitas, se articulariam em uma criminalidade (des)organizada ou transnacional. Tais discursos e práticas americanas visaram, sob o argumento de diferentes “focos terroristas” exercer, em diferentes momentos históricos, a influência hegemônica dos EUA para com a região. (Campos, 2015, p. 30)

A década de 1970 foi marcada, nos Estados Unidos, pelo controle e posterior criminalização da heroína, consumida por jovens da classe média urbana e pelos ex-combatentes do Vietnã (Del Olmo, 1990, p. 39). Por tal motivo, Nixon, em 1972, declarou guerra às drogas, cindindo o mundo em dois blocos fictícios, o dos países produtores, tido como vilões em cenário internacional, e o dos países consumidores, os mocinhos do cenário internacional (Rodrigues, 2012, p. 16).

Para Del Olmo (1990, p. 51), a atenção do governo norte-americano naquele momento histórico não se voltou para a real causa por trás do elevado consumo – a grande produção com apoio de países do Sudeste Asiático -, o que somente serviu para acentuar o estereótipo da dependência através do discurso médico. Essa também foi a década de aumento constante do consumo da cocaína, a ponto de a substância ter passado de droga da moda das classes altas, publicizada através dos meios de comunicação nos Estados Unidos, para fonte de preocupação governamental nas Américas.

Critica-se também a falsa cisão de ares maniqueístas entre os países produtores e consumidores, entre vilões e mocinhos, porque ignora que países que são grandes consumidores podem ser igualmente grandes produtores de drogas, como os Estados Unidos e o Canadá, que são grandes produtores de maconha. Por outro lado, essa cisão também ignora que possa existir um grande consumo de drogas em países conhecidos por serem grandes produtores. Nessa guerra, o Brasil já não é somente um país de trânsito, mas um dos principais consumidores mundiais de cocaína (Rodrigues, 2012, p. 16).

É esse o contexto de elaboração da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, promulgada em território nacional através do Decreto nº 79.388, de 1977. Consta de seu preâmbulo que as partes signatárias se mostravam preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade, com os problemas sociais e de saúde pública resultantes do abuso de substâncias psicotrópicas, mas que para enfrentar a questão seriam necessárias medidas rigorosas. Além disso, reconheceu que o uso das substâncias para fins médicos e científicos seria indispensável.

Nesse sentido, as partes signatárias ao firmarem a Convenção concordaram em adotar as medidas consideradas apropriadas de modo a permitir a fabricação, a exportação, a importação, a distribuição, o comércio, o armazenamento, o uso e a posse de parte das substâncias – aquelas elencadas nas listas II a IV, para fins médicos e científicos.

No mesmo ano, foi sancionada a Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, que dispunha sobre as medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência física ou psíquica, além de tratar de outras questões, como disciplinar o procedimento judicial, por exemplo. Entretanto, foi revogada pela Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976.

O pânico social e a vigilância moral daí decorrente envolveram a disciplina jurídica da questão das drogas e deram o tom em matéria legislativa na Lei nº 6.368/1976, já que em seu primeiro artigo a lei previa ser um dever jurídico de qualquer pessoa, fosse física ou jurídica, colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ou ao uso de substâncias entorpecentes. Além disso, o traficante era punido com pena de reclusão de três a quinze anos, enquanto o usuário, com pena de detenção de seis meses a dois anos. Portanto, a repressão foi a tônica da lei.

Através dessa lei, o Brasil acolheu a orientação internacional de diferenciar usuários de traficantes por meio de previsão legal específica, mas que teria pouco adiantado, segundo MacRae

(2016, p. 28), pois a interpretação da norma tinha por diretriz a doutrina de segurança nacional, que dava respaldo à repressão da juventude contestadora. “Até a contestação pública desse documento era impossibilitada pela ameaça de enquadramento por ‘apologia ao crime’”.

O início da década de 1980 foi marcado pela cooperação entre países da América Latina e os Estados Unidos em matéria de controle e repressão ao tráfico de drogas (Del Olmo, 1990, p. 63), mas não sem que houvesse controvérsias sobre o assunto em âmbito político neste país.

A militarização do combate à produção e consumo de drogas em países latino-americanos com o apoio das Forças Armadas e do DEA – *Drug Enforcement Administration* (órgão de repressão ao tráfico de drogas daquele país) – foi alvo de controvérsias internas por parte do Partido Democrata e de defensores dos direitos humanos, que viram no cooperativismo de países latino-americanos uma forma de intervenção. Muitos grupos nacionalistas e de esquerda se mostraram inicialmente contrários à medida, mas pressões internas consistentes na divulgação de uma lista anual (“certificação”) pelos Estados Unidos de países que cooperavam com a guerra às drogas, somada a incentivos econômicos a esses países e treinamentos oferecidos pelas Forças Armadas daquele país fizeram com que, desde então, independentemente da orientação político-ideológica do partido que estivesse no poder nos diferentes países, houvesse uma adesão à política proibicionista, tanto como estratégia de política interna dos governos, quanto como forma de adesão à política externa dos Estados Unidos nesta matéria (Rodrigues, 2012, pp. 20-21).

Isso significa que, acima de tudo, foi a convergência de interesses locais com os interesses dos Estados Unidos, como principal país na promoção do proibicionismo em âmbito mundial, o que levou a proibição de drogas a se tornar uma realidade global (Fiore, 2012, p. 09). A exemplo disso, nos países andinos, o vínculo apontado entre narcotráfico e guerrilhas de esquerda permitiu que a adesão à “guerra às drogas” fornecesse meios materiais, apoio diplomático e justificativas morais para travar suas guerras internas (Rodrigues, 2012, p. 23).

Essas ações governamentais adotadas pelos Estados Unidos e pelos demais países da região da América Latina foram acompanhadas do aumento de recursos visando à repressão ao tráfico, mas também do aumento do tráfico e do consumo de drogas. De acordo com Del Olmo (1990, p. 58), o custo de produção e o preço para compra da cocaína superaram em muito o valor da maconha, que a

escritora considera que, já em 1982, estaria praticamente descriminalizada, pois era cultivada em cada vez mais lugares, com maior qualidade e de forma bastante rentável aos Estados Unidos.

Naquele momento histórico, apesar de o elevado consumo nos Estados Unidos, há uma tendência de identificar o problema nos países produtores, vistos como inimigos externos, justificando as medidas descritas acima, ao invés de vê-lo em âmbito interno, decorrente da demanda. Além disso, a grande preocupação do país com as drogas deixa de recair sobre a saúde e passa a ser com o lucro do comércio ilegal, que ao não ser tributado, resulta na perda de valores pelo Erário (Del Olmo, 1990, p. 54).

2.2.3. Da Redemocratização aos Dias Atuais

A década de 1980 no Brasil foi marcada pela transição ao regime democrático. No jogo político em torno da redemocratização, que envolveu a busca pela preservação da estrutura militar de segurança pública, alterou-se a gerência da política de drogas do Ministério de Relações Exteriores para o Ministério da Justiça. Por outro lado, a questão não se retirou completamente do Ministério de Relações Exteriores.

Em 1986, o Brasil foi o país que sediou a Conferência Especializada Interamericana sobre o Tráfico de Entorpecentes realizada no Rio de Janeiro, encontro que resultou na elaboração da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD), que posteriormente se tornou um exemplo de mecanismo multilateral nessa área, exportando conceitos para a ONU (Torcato, 2014, p. 157).

À época da Constituinte, a Associação Brasileira de Psiquiatria defendeu em um artigo da revista publicada pela organização que o tema das drogas deveria ser tratado do ponto de vista da saúde pública, que a repressão penal deveria se basear em “financiadores e mandantes”, com uma melhor definição do que vem a ser o tráfico. Além disso, afirmou que a maconha deveria ser descriminalizada, porque a prisão por porte da substância se mostrava mais gravosa aos jovens do que os danos à saúde física e mental de seu uso continuado (Carlini, 2006, p. 317).

A Constituinte foi um palco de disputa político-ideológica entre os grupos político-ideológicos denominados de “direita penal” e “esquerda punitiva” (Karam, 1996, pp. 79-92) e teve como resultado o texto que restou consolidado no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Se por um lado a censura (Brandão, 2014, p. 5) foi banida, permitindo-se que se falasse a respeito das drogas, diferentemente do que ocorria durante a Ditadura Civil-Militar, por outro lado o tráfico se tornou crime para o qual não cabe fiança, anistia ou graça (Batista, 1998, p. 88).

Em 1988, a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, fruto de reunião entre os Estados na cidade de Viena, reafirmou o proibicionismo, considerando, em seu preâmbulo, a elevada preocupação das partes com a magnitude e a crescente tendência de produção, de demanda e de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como com a ameaça à saúde. Segundo previsto no artigo 3º do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, que a promulga, os países assumem a obrigação de sancionar penalmente o tráfico de entorpecentes e crimes a ele correlatos, como a lavagem de dinheiro, por exemplo.

No Brasil, através da Lei nº 8.072/90, que visou a dar eficácia ao artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu-se regime de cumprimento de pena mais severo ao crime hediondo. Crimes ditos “comuns” poderiam ser cumpridos em regime inicialmente aberto, mas se o crime fosse hediondo, o regime de cumprimento de pena seria inicialmente fechado, nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, dessa lei.

Ao fazer uma análise retrospectiva dos quinze anos de aplicação dessa lei, Luciana Boiteux conclui que esta foi uma das medidas que serviram para impulsionar a crise no sistema penitenciário nacional, a qual foi constatada no ano de 1976, como resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Penitenciário.

Isso ocorreu porque a lei duplicou os prazos procedimentais da Lei nº 6.368/1976, ao alterar os artigos 12, 13 e 14, que continham previsão dos tipos de tráfico de entorpecentes e associação para este fim. Segundo a criminóloga, “essa lei conseguiu não só aumentar o número de presos provisórios,

como também estender o tempo de encarceramento cautelar, ao ampliar todos os prazos para a conclusão do processo penal no caso de crimes hediondos” (Boiteux, 2006, pp. 16-17).

Pouco mais de uma década após a entrada em vigência da lei de crimes hediondos, foi promulgada a Lei nº 10.409/2002, que disciplinava sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico de drogas, que teve muitos de seus artigos vetados pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso.

A atual Lei de Drogas – nº 11.343/2006 – revogou as Leis nº 6.368/1976 e a Lei nº 10.409/2002. A nova lei foi recepcionada com entusiasmo por quem via nela uma mudança significativa com relação ao tratamento dado pela lei anterior ao usuário de drogas que fosse surpreendido na posse de drogas para o consumo próprio.

Tanto Luciana Boiteux (2006, p. 08) como Cristiano Maronna (2006, p. 04) usaram, à época, o termo “cortina de fumaça” para se referir à despenalização do uso, que serviria, na opinião de ambos, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante da nova lei, pois a posse de drogas tinha naquele momento pequena representatividade estatística. Uma década de vigência da atual lei de drogas e aqueles que não a recepcionaram com entusiasmo viram concretizar-se com esta os seus maiores temores através, sobretudo, do encarceramento em massa, bastante relacionado à falta de critérios legislativos que permitam diferenciar a posse de drogas para o tráfico e para o uso de drogas.

Segundo nos ensina Maurício Fiore (2012, pp. 16-17), a porosidade legal acaba por impulsionar a necessidade de os policiais cumprirem metas na atividade que desempenham, entre as quais figura a quantidade diária de apreensão de drogas. Além disso, de acordo com o autor, o enquadramento policial de uma pessoa como traficante tende a ser ratificado em sede judicial, de modo que a tendência é que o indivíduo identificado como traficante responda ao processo preso e acabe inevitavelmente sendo condenado.

De fato, como também aponta Pedro Abramovay (2015, p. 200), passados mais de meio século após a assinatura da Convenção Única sobre Entorpecentes, os objetivos de política pública traçados nesse instrumento legal não só não foram atingidos, como agravaram o problema que as drogas representam. Houve um aumento expressivo e global do comércio ilegal de drogas e essa atividade está em constante expansão. Além disso, a violência relacionada ao ideário da “War on Drugs”, mais

nefasta que os danos causados pelo uso e comércio de drogas, tem efeitos negativos sobre o bem-estar da população.

O impacto negativo dessa política é sentido no mundo todo, ainda que o consumo esteja altamente concentrado em países desenvolvidos, como os Estados Unidos e os países europeus, e as mortes produzidas pela guerra às drogas ocorram sobretudo na América Latina e na África Ocidental (Abramovay, 2015, p. 201). De qualquer modo, segue afetando os estratos sociais mais baixos e marginalizados, como quando de seu nascedouro:

A implementação das leis de drogas causa impactos desproporcionais sobre as minorias. Nos EUA, os afroamericanos compõem 13 por cento da população, embora correspondam a 33,6 por cento das prisões por drogas e a 37 por cento das pessoas mandadas às prisões estaduais por acusações relacionadas a drogas. Desigualdades raciais similares foram observadas em outros países como Reino Unido, Canadá e Austrália. (Global Commission on Drug Policy, 2014, p. 12)

No Brasil, os efeitos nefastos dessa política de drogas também se fazem sentir principalmente sobre as pessoas mais pobres, conforme apontado em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudo da Violência da USP, em 2011, que concluiu que, apesar da falta de dados consistentes sobre o tema, 80,28% dos presos por tráfico de drogas têm apenas até o primeiro grau completo.

A lei atual permite que, na prática, situações idênticas sejam interpretadas de maneira distinta, a depender, sobretudo, de critérios como a cor da pele, modo de se vestir e local da apreensão – características externas que evidenciam as condições sociais e pessoais, o que remonta à Teoria do *Labelling Approach* e à seletividade do sistema penal, ambas extensamente tratadas pela Criminologia Crítica:

Já está sobejamente demonstrado que na concreta atuação do poder punitivo um sujeito pobre flagrado com dez gramas de cocaína é considerado traficante, ao passo que um sujeito de

classe média ou alta flagrado com a mesma quantidade é considerado usuário. (Alves; Garcia, 2013, p. 109)

No que concerne às drogas, a classe pobre brasileira continua sendo aquela identificada como a gestora de criminosos, de traficantes, expondo assim a parcialidade dos critérios legais e daqueles que os aplicam:

As camadas sociais menos afortunadas acabam por sofrer ainda mais com os efeitos da política bélica adotada pelo Brasil. O processo de estigmatização, alimentado pelos estereótipos cultural, moral e geopolítico, contribui para o aumento da vulnerabilidade dos cidadãos mais pobres. (Valente et al., 2014, pp. 218-219)

Pela ótica da guerra às drogas, também definida por ter espaço territorial e inimigos como qualquer guerra, manter a ordem social tem significado manter o controle sobre parte da população, identificada pela sociedade e pela mídia como a responsável pelo tráfico de drogas, moradora das periferias urbanas. É por esse motivo que falar de guerra às drogas é falar de uma seletividade penal histórica, que manteve em sua mira grupos indesejáveis, fosse por características étnicas, políticas ou socioeconômicas.

3. CONCLUSÃO

Analisada a relação dos diferentes povos e culturas com plantas e substâncias com propriedades estimulantes e psicoativas, através dos estudos desenvolvidos pela etnobotânica, observa-se que estas sempre foram utilizadas, da Grécia à Roma, da Europa, à África, passando pelo continente americano. Por outro lado, a formulação de políticas de drogas com caráter criminalizador é recente na História da Humanidade, datando do século XX.

Se o discurso oficial utilizado pelos países e organismos internacionais para justificar o controle e criminalização das drogas pautou-se, historicamente, pela promoção da saúde e do bem-estar das populações com vistas a erradicar o uso e comercialização, não foi o se revelou posteriormente. A

análise do histórico legislativo da criminalização das drogas no Brasil, considerado o contexto internacional, mostra-nos que a gênese dessa política era o controle que classes sociais hegemônicas procuram exercer com relação àquelas consideradas perigosas.

Atualmente, em um contexto de guerra às drogas, ainda se vê a sociedade brasileira como que dividida entre vilões e mocinhos, entre aqueles que comercializam drogas e aqueles que a utilizam. Dentro desse panorama, a atual lei de drogas, em sua porosidade fomentadora do encarceramento em massa, leva à identificação dos traficantes como sendo aquelas pessoas pertencentes às classes pobres, periféricas, geralmente pretos e pardos. Dá-se continuidade, assim, à mesma lógica de exercício de controle de classes sociais hegemônicas sobre as marginalizadas, vistas como envolvidas com a criminalidade.

A análise do histórico legislativo da política de drogas no Brasil, além de permitir identificar os discursos e motivações por trás da criminalização, a seletividade penal, evidencia o fato de que desde sua origem os problemas que a criminalização pretendia solucionar jamais foram resolvidos. Não se promoveu saúde, nem o bem-estar da população, todo o contrário, problemas sociais foram criados ou fomentados pela política.

O discurso de guerra às drogas tem se prestado a justificar ações arbitrárias e violentas em comunidades pobres, identificadas pela mídia como zonas de domínio “do tráfico”, ao mesmo tempo em que é usado como subterfúgio pelo Estado para que trate essas populações como cidadãos de segunda linha, inimigos. É-lhes mostrada a face da segurança pública enquanto o mesmo Estado lhes suprime o oferecimento de serviços públicos e a garantia de direitos como o saneamento, a educação, a saúde, a habitação e a cultura, entre outros previstos na Constituição Federal.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro. A Política de Drogas e a Marcha da Insensatez. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo16.php?artigo=16,artigo_09.htm>.

ADIALA, Júlio Cesar. Uma Nova Toxicomania, o vício de fumar maconha. *In*: MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 85-102.

ALMEIDA, Márcia R. et al. Solanáceas e Rituais de Bruxaria. *In: 25ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira de Química – SBQ. Mai./2002.*

ALVES, Marcelo Mayora et alii. Os Crimes de Drogas no Anteprojeto de Reforma Penal e os Custos da Proibição. *Revista da ESMESC: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. n° 26, v. 20, 2013, p. 107-129.*

BATISTA, Nilo. Política Criminal com Derramamento de Sangue. *In: Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 3, n° 5/6, 1998, pp. 77-94.*

BOITEUX, Luciana. Quinze Anos da Lei dos Crimes Hediondos: reflexões sobre a pena de prisão no Brasil. *In: Revista Ultima Ratio, n° 0, v. 1, 2006, pp. 107-133.*

_____. A Nova Lei Antidrogas e Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes. *In: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 14, n° 167, Out./2006, pp. 8-9.*

BRANDÃO, Marcílio Dantas. Ciclos de Atenção à Maconha no Brasil. *In: Revista da Biologia (USP), v. 13, n° 1, Dez./2014, pp. 1-10.*

_____. Os Ciclos de Atenção à Maconha e a Emergência de um “Problema Público” no Brasil. *In: MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 103-132.*

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de Doutorado, Departamento de Sociologia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2015.

CARLINI, Elisaldo Araújo et alii. Drogas: subsídios para uma discussão. São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. A História da Maconha no Brasil. *In: Jornal Brasileiro de Psiquiatria, Rio de Janeiro, v. 04, n° 55, 2006, pp. 314-317.*

CARNEIRO, Henrique. O Corpo Sedento. Bebidas na História do Brasil. *In: Del Priore, Mary; Amantino, Marcia (orgs). História do Corpo no Brasil. São Paulo: Editora Unesp, 2011. pp. 131-156.*

CARVALHO, Virgínia Martins. Drogas: descriminalização? *In: Sá, Alvino Augusto de et Shecaira, Sérgio Salomão (orgs). Criminologia e os Problemas da Atualidade. São Paulo: Atlas, 2008. pp. 123-139.*

DEL OLMO, Rosa. A Face Oculta da Droga. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DOMINGUES, Sergio Augusto. Maconha e Xamanismo numa Tribo Timbira. *In:* MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 346-364.

DORIA, José Rodrigues. Os Fumadores de Maconha: efeitos e males do vício. *In:* MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 65-84.

ESCOHOTADO, Antonio. Historia General de las Drogas. 7ª ed. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1998.

IORE, Maurício. O Lugar do Estado na Questão das Drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. *In:* Novos Estudos 92, Mar./2012, pp. 9-21.

GLOBAL COMMISSION ON DRUGS POLICY. Sob controle: caminhos para políticas de drogas que funcionam. Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.gcdpsummary2014.com/s/global_commission_PT.pdf>.

HELPE, Sinta Soares. Vidas em Jogo – um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. A Esquerda Punitiva. *In:* Discursos Sediosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 1, nº 1, 1º semestre, 1996, pp. 79-92.

MACRAE, Edward. Cannabis, Racismo, Resistência Cultural e Espiritualidade. *In:* MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 23-58.

MARONNA, Cristiano Ávila. Nova Lei de Drogas: retrocesso travestido de avanço. *In:* Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 14, nº 167, Out./2006, p. 4.

RIBEIRO, Maurides de Melo. Política Criminal e Redução de Danos. *In:* Shecaira, Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. pp. 157-180.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico e Militarização nas Américas: vício de guerra. *In:* Contexto Internacional (PUC). Vol. 34, nº 1, Jan./Jun. 2012, pp. 9-41.

SILVA, Ana Carolina de Paula. Inimputabilidade, Inexigibilidade de Conduta Diversa e Povos Indígenas. Tese de Lâurea, Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2014.

SOUZA, Jorge Emanuel Luz de. “São mesmo analfabetos e sem cultura”: repressão à maconha, criminalização da pobreza e racismo em Salvador, nas décadas de 1940 e 1950. *In:* MacRae, Edward; Alves, Wagner Coutinho. Fumo de Angola – canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. pp. 133-155.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de Política Criminal. Dissertação de Mestrado, Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, Faculdade de Direito da USP, 2009.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: uma revisão. *In:* Inter-Legere - Revista do PPGCS/UFRN, Natal-RN, nº. 15, Jul./Dez., 2014, pp. 138-162.

VALENTE, Sílvio Eduardo et al. Breves Considerações sobre a Política Criminal de Drogas. *In:* Shecaira, Salomão. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. pp. 181-233.

A CULPABILIDADE COMO MECANISMO DE CONTENÇÃO DO EXERCÍCIO DO PODER PUNITIVO: CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES A PARTIR DA TEORIA DA ROTULAÇÃO E DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE

Bárbara Carolina de Almeida Mendes Lima

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009), especialização em ciências penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2015), mestranda em ciências penais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais na linha de pesquisa O Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas (ingresso em 2017). Bolsista pela CAPES em dedicação exclusiva. Atualmente é professora licenciada do curso de direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1982), mestrado em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (1992), Doutorado Sanduíche - Universidad de Sevilla (1995) e doutorado em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (1997), Pós-doutorado pela Universidade de Barcelona (2009). Atualmente é professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, professor associado da Universidade Federal de Minas Gerais e procurador de justiça do Ministério Público de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Penal e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, crime, genocídio e criminologia.

Resumo: Entre as categorias dogmáticas, a culpabilidade chama a atenção por encerrar um juízo de reprovação pessoal do autor do injusto penal. A reprovação, identificada notadamente a partir da análise da inexigibilidade de conduta diversa e da potencial consciência da ilicitude, tradicionalmente tem como pressuposto uma homogeneidade cultural e valorativa que não se verifica na realidade de sociedades complexas como a

brasileira. Ignorar a influência dos pluralismos sociais e culturais no momento da reprovação pessoal do autor do injusto permite que a dogmática jurídico-penal, blindada pelo discurso de neutralidade científica, seja utilizada como instrumento de reprodução de violência e seletividade. A contribuição da teoria da rotulação para o estudo da culpabilidade reside em identificar o desvio não como uma qualidade intrínseca da conduta, valorada segundo a universalidade axiológica, senão como resultado de uma reação social a determinados comportamentos tidos como desviados. A reprovação de que cuida a culpabilidade não seria, pois, decorrente apenas da violação à norma, mas sim o produto de uma seleção, de um rótulo imposto por um grupo social a alguém tido como infrator, como desviado. Por sua vez, a culpabilidade por vulnerabilidade, trabalhada por Eugênio Raúl Zaffaroni, sem abandonar a estrutura da culpabilidade conhecida a partir do finalismo, estabelece um novo critério de limitação à reprovação do sujeito que leve em conta os dados reais de seletividade do sistema de justiça criminal, conferindo maior racionalidade à intervenção punitiva. A culpabilidade por vulnerabilidade pugna pela menor reprovação penal quando a realização do ilícito pelo agente decorrer de significativa influência social, familiar, psíquica ou econômica. A partir dos marcos teóricos apontados, o trabalho se desenvolverá com a adoção de procedimento de pesquisa bibliográfico, através do método dedutivo, de abordagem qualitativa e interdisciplinar. A hipótese trabalhada é a de que o uso das perspectivas críticas da teoria da rotulação e da culpabilidade por vulnerabilidade é compatível com o sistema jurídico-penal brasileiro, bem como com os princípios que o informam, entre os quais a intervenção mínima, pessoalidade e proporcionalidade da pena.

Palavras-chave: Culpabilidade. Rotulação. Seletividade. Vulnerabilidade.

INTRODUÇÃO

No estudo da dogmática jurídico-penal tem-se atribuído ao vocábulo culpabilidade ao menos três acepções. O primeiro a se delinear decorre do brocardo latino *nullum crimen sine culpa*, enunciado no século XIX no contexto do pensamento liberal

iluminista, com o condão de afastar a reponsabilidade penal objetiva, bem como a responsabilidade por fato de terceiro. Trata-se do princípio da culpabilidade, que limita o exercício do *jus puniendi* estatal, desdobrando-se nos subprincípios da personalidade das penas¹ e da responsabilidade subjetiva².

No segundo aspecto possível, a culpabilidade é compreendida como elemento ou categoria dogmática do delito, campo no qual se discute a reprovabilidade pessoal daquele que cometeu o injusto penal, bem como o fundamento da pena. Nesse contexto, a culpabilidade passa a se desenvolver enquanto categoria dogmática do conceito analítico de delito, tendo como marco os estudos do denominado sistema Liszt-Beling (TAVARES, 1980).

Por fim, no terceiro significado, a culpabilidade é abordada como medida da sanção penal, repercutindo no nosso ordenamento jurídico na previsão contida no artigo 59 do Código Penal³, na primeira etapa do critério trifásico de dosimetria da pena.

Em comum, os três significados corroboram, em alguma medida, para a identificação de limites ao poder punitivo estatal e têm importância inarredável para a dogmática penal no âmbito do Estado de Direito de cunho Democrático.

Para os fins deste trabalho, dar-se-á destaque para as duas primeiras perspectivas acima apontadas: a culpabilidade enquanto princípio e enquanto categoria dogmática. Ao se discutir o princípio da culpabilidade buscar-se-á delimitar a crítica ao livre arbítrio como justificativa de neutralidade e homogeneização da reprovação pessoal.

Da mesma forma, em relação à categoria dogmática, a crítica dirige-se notadamente para a inexigibilidade de conduta diversa e a potencial consciência da

¹ Na Constituição da República, este princípio encontra-se estampado no art. 5º, XLV, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

² Segundo este subprincípio, apenas é possível imputar o injusto penal a quem tenha concorrido com dolo ou culpa para a ocorrência da lesão, ou perigo de lesão, proibida sob ameaça de pena.

³ O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

ilicitude, que tradicionalmente têm como pressuposto determinada homogeneidade cultural e valorativa que não se verifica na realidade de sociedades complexas como a brasileira. Ignorar a influência dos pluralismos sociais e culturais no momento da reprovação pessoal do autor do injusto permite que a dogmática jurídico-penal, blindada pelo discurso de neutralidade científica, seja utilizada como instrumento de reprodução de violência e seletividade.

Uma alternativa possível, e que é ora defendida, é a de se superar a concepção acrítica de culpabilidade, adstrita ao aspecto formal legalista, para então compreendê-la como importante instrumento nos processos de criminalização e seletividade do Direito Penal, valendo-se para tanto do conceito de vulnerabilidade trabalhado por Eugênio Raúl Zaffaroni, somado às contribuições criminológicas críticas da teoria do *labelling approach*, também conhecida como teoria do etiquetamento, da rotulação ou paradigma da reação social.

A partir dos marcos teóricos apontados, o trabalho se desenvolveu com a adoção de procedimento de pesquisa bibliográfico, através do método dedutivo, de abordagem qualitativa e interdisciplinar. A hipótese trabalhada é a de que o uso das perspectivas críticas da teoria da rotulação e da culpabilidade por vulnerabilidade é compatível com o sistema jurídico-penal brasileiro, bem como com os princípios que o informam, entre os quais a intervenção mínima, pessoalidade e proporcionalidade da pena.

1. A CULPABILIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO

Enunciado pelo aforismo latino *nullum crimen sine culpa*, o princípio da culpabilidade, ou da responsabilidade subjetiva, é hoje amplamente reconhecido, ao menos no mundo ocidental e democrático, como um dos mais relevantes princípios jurídico penais, eis que fundamentador da responsabilidade penal subjetiva, ineludível aspecto do direito penal de fato.

Destacando a importância desse princípio, Zaffaroni anuncia que o princípio da culpabilidade “é o mais importante dos que derivam diretamente do estado de direito,

porque sua violação implica o desconhecimento da essência do conceito de pessoa” (ZAFFARONI, *et. al.*, 2010, p. 245).

Delimitando o escopo do princípio da culpabilidade, Zaffaroni ainda afirma:

O princípio da culpabilidade abarca, portanto, os dois níveis: o da exclusão de qualquer imputação de um resultado acidental imprevisível (caso fortuito) e o da exclusão da punibilidade por não ter podido o sujeito conhecer a ilicitude ou adequar sua conduta ao direito (ZAFFARONI, 2010, p. 246).

Nota-se, portanto, que o princípio da culpabilidade tem relevância à medida que impede a intervenção punitiva estatal fundada no modo de ser do sujeito, seus atributos físicos ou sociais – direito penal do autor. Afinal, o poder punitivo deve se ocupar com o fato, com a conduta atribuída ao sujeito como ato seu – direito penal do fato.

Não obstante a relevância do princípio da culpabilidade, com o avanço das pesquisas dogmático-penais (e o destaque da culpabilidade como categoria dogmática do delito no início do século XX), essas duas perspectivas passaram a se entrelaçar⁴. Assim, coube à categoria dogmática estabelecer critérios negativos de aferição da responsabilidade subjetiva⁵⁶, e o princípio, ao seu turno, competiu o:

(...) chamado ‘elemento subjetivo’ ou ‘psicológico’ do delito, [por exigir dita condição] nenhum fato ou comportamento humano é

⁴ Sensível a essa inter-relação entre o princípio da culpabilidade e a culpabilidade enquanto categoria dogmática, afirma Zaffaroni: “A projeção dos princípios da culpabilidade e da lesividade na estrutura dogmática marca os limites dentro dos quais a teoria do delito e a determinação da pena podem desenvolver-se, porque a conjugação de ambos determina o objeto que se imputa na teoria do injusto, ao passo que somente o princípio da culpabilidade estabelece a fronteira máxima da reação punitiva e a exclui quando não alcança a mínima”. (ZAFFARONI, *et. al.*, 2010, p. 246).

⁵ É oportuno ainda destacar que discussão em torno da culpabilidade e da reprovabilidade do agente não foi hegemônica, eis que, a exemplo da Escola Positivista Italiana, a questão em pauta era a temibilidade ou periculosidade do agente, com fundamento numa concepção determinista do agir humano.

⁶ No item seguinte, far-se-á um recorte quanto às concepções dogmáticas que, a nosso ver, são as mais influentes quanto ao conceito de culpabilidade no âmbito da teoria do delito.

valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consequência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer (FERRAJOLI, 2010, p. 447).

Assim, o princípio da culpabilidade cumpre o propósito de conferir racionalidade à aplicação do Direito Penal, em respeito à visão humanista de mundo herdada pelo Iluminismo, segundo a qual o homem não pode ser mero objeto, mas sujeito de direitos, inclusive em face do Estado.

2. A CULPABILIDADE ENQUANTO CATEGORIA DOGMÁTICA: DO FINALISMO AO FUNCIONALISMO REDUTOR

Embora seja possível identificar mesmo antes da Idade Média documentos em que se aponta a importância conferida à vontade do sujeito na fundamentação e na graduação das sanções penais⁷, é no século XVI, com os trabalhos dos pós-glosadores e dos práticos italianos, que se passa a compreender a culpabilidade como juízo de reprovação, do qual o dolo e a culpa em sentido estrito seriam espécies.

Sem dúvida, contudo, o marco histórico de maior relevo para o tema data do final do século XIX, quando Franz von Liszt definiu o delito como um ato antijurídico culpável ao qual é cominada uma pena. Tal ideia é complementada por Reinhard Frank, em 1907, ao anunciar que culpabilidade é reprovabilidade.

O sistema do fato punível, portanto, há muito destacou a culpabilidade como elemento cuja análise encerra um juízo de valor sobre o sujeito ao qual se atribui o cometimento do injusto. A partir das elaborações de Reinhard Frank, James Goldschmidt,

⁷ LUISI: 1988, p. 32. O autor faz menção à configuração da responsabilidade subjetiva nas “Ordenações Branbigensis, e na Carolina, nos primeiros decênios do século XVI”. O autor faz, contudo, a ressalva de que desde a Grécia e Roma antigas, em casos pontuais a vontade do agente é tomada como parâmetro para a graduação da gravidade do delito e sua respectiva sanção. O autor ainda salienta que em Roma, na época do imperador Marco Aurélio, é possível também identificar-se a preocupação quanto à “responsabilidade penal dos insanos e as dos menores”.

Berthold Freudenthal, Alexander Graf Zu Dohna⁸ e Hans Welzel, inaugura-se, uma nova fase da culpabilidade, não mais compreendida como relação psicológica entre a conduta do autor e um resultado lesivo⁹, mas sim como um juízo de reprovabilidade da conduta. É dizer, a responsabilidade somente pode ser atribuída na medida em que se verifica que o autor do fato, típico e ilícito, poderia ter agido em consonância com a norma, mas deixa de fazê-lo¹⁰.

Ao lado das divergências doutrinárias quanto ao conteúdo da ideia de reprovabilidade, outra divergência recorrente é aquela concernente ao dilema metafísico entre determinismo e livre arbítrio como balizas para se avaliar a reprovabilidade da conduta.

Segundo as hipóteses deterministas e suas múltiplas variantes (fatalistas, teleológicas, mecanicistas, histórico-idealistas, economicistas etc.), todo fenômeno – e, portanto, não só as ações, mas também a intenção (ou seja, a soma de conhecimento e vontade) de realiza-las – é efeito necessário e, por isso, inevitável de causas absolutamente condicionantes, de tipo físico, psíquico, ambiental, econômico ou social, condicionadas, por sua vez, por outras causas de tipo análogo e igualmente condicionantes e condicionadas numa espécie de espiral para o infinito. Contrariamente, segundo as hipóteses do livre arbítrio, a vontade humana é normalmente livre e incondicionada, no sentido de que todos os seres racionais têm a

⁸ Graf zu Dohna contribuiu para a compreensão de que o juízo de culpabilidade encerra também um juízo de valoração, nesse sentido: “La culpabilidad es, por tanto, la determinación de voluntad contraria al deber. Esta noción encierra la esencia de la llamada doctrina normativa de la culpabilidad. Sería desconocer totalmente esa esencia ver su característica decisiva en la exigencia de la consciencia de la antijuricidad. Con ello está logrado unicamente outro objeto psíquico, pero, de ninguna manera, alterada la estructura psicológica de la culpabilidad. Sólo cuando se reduce el concepto a una valoración, se abarca normativamente la culpabilidad. Pero, teniendo en cuenta la diversidad de los objetos valorados, es preciso cambiar el catabón según el cual se realiza el juicio de valor. Así, ciertamente, el reproche de la culpabilidad no está ya fundado porque la acción acontituye una contravención al orden jurídico”. DOHNA, 2006, p. 183-184.

⁹ Posição da teoria psicológica da culpabilidade.

¹⁰ Ao se fazer tal afirmação não se ignora que aludidos autores diferenciam-se quanto ao conteúdo e alcance da reprovabilidade na análise da culpabilidade.

faculdade de autodeterminar-se e são pais e donos de suas ações (FERRAJOLI, 2010, p. 452).

A repercussão à filiação estanque a uma das correntes é apontada por Ferrajoli como o risco de caracterização de um “direito penal objetivo puro” ou de um “direito penal subjetivo puro”:

No primeiro caso, a intencionalidade da ação e a imputabilidade do agente não alcançam relevância alguma: o elemento psicológico do delito fica reduzido a mero resíduo de uma concepção moralista do direito penal, não somente por impenetrável, segundo advertiam Brian e Beccaria, senão por não culpável ou heterodeterminado; pelo contrário, fica revalorizado, além da ação mesma, o elemento dano ou perigo, conforme concepções rigidamente objetivistas do direito penal, que favorecem modelos normativos de responsabilidade objetiva. No segundo caso, inversamente, é fácil ceder à tentação oposta, a de desvalorizar o elemento objetivo: tanto o resultado lesivo, que pode ser totalmente involuntário, como a ação, considerada relevante só enquanto expressão das intenções e da personalidade do seu autor. Simultaneamente, o aspecto psicológico – o que Kant chamava de ‘maldade interna’ do autor – tende a ser valorado como elemento central do delito, de acordo com concepções subjetivistas e modelos normativos do direito penal de autor ou da vontade.

Essa alternativa entre “direito penal objetivo puro” e “direito penal subjetivo puro” mostra os dois polos entre os quais oscilam todas as instituições penais e, justamente, tem sido considerada por Pietro Nuvolone como a chave para ler a história completa da ciência do direito penal. As suas origens podem ser encontradas nos dois arquétipos opostos de moral, e, mais em geral, da concepção do homem, que Paul Ricoeur identifica como a tradição grega e com a judaico-cristã: por um lado, a ideia ético-jurídica da culpa como transgressão e da pena como retribuição, dominadas uma e outra pelo esquema

racional e objetivo da causalidade e da necessidade; por outro, as ideias ético-religiosas da culpa, como condição existencial e original da pessoa, e da interiorização do pecado na consciência, expressão uma e outra da relação subjetiva, de conflito e reconciliação do homem com Deus.

A hipótese aqui adiantada é, contudo, que os dois extremismos – o objetivista e o subjetivista –, ainda quando opostos no plano teórico e normativo, têm levado, ao menos na época moderna, a conclusões práticas substancialmente convergentes. E isso como consequência, a meu ver, do fato de que em ambos os casos tem-se desvalorizado, ainda que por razões diferentes, o elemento material da ação; e tem predominado, inclusive, modelos de diagnose antropológica ou de inquirição pessoal que apontam para a periculosidade ou para a perversidade do réu, pouco importando se são atribuídas, à maneira determinista, a causas externas ou objetivas de tipo natural ou social, ou, à maneira moralista, à livre eleição do estilo de vida de um sujeito intrinsecamente e subjetivamente perverso. A consequência é que no primeiro caso temos um resultado sem culpa e, no segundo, uma culpa sem resultado, destituída da mediação, e, em qualquer dos casos, da ação culpável. Devemos, pois, analisar esta paradoxal convergência não apenas para superar o dilema que se manifesta nas opiniões contraditórias de Beccaria e Kant, mas, também, para esclarecer a natureza da culpabilidade à margem das metafísicas opostas do determinismo e do livre-arbítrio (FERRAJOLI, 2010, p. 453-454).

Ferrajoli, portanto, chama atenção para o fato de que as discussões em torno da divergência entre determinismo ou do livre-arbítrio, que há séculos dividem a doutrina, em verdade, tem ofuscado a investigação acerca da natureza da culpabilidade.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho debruçar-se sobre a natureza jurídica da culpabilidade, o véu levantado por Ferrajoli inspira a reflexão acerca dos parâmetros empregados para cunhar o modelo de conduta social e jurídico-penalmente

tida como adequada, e, por outro lado, a conduta social e jurídico-penalmente tida como reprovada.

Foi a partir da formulação do conceito de culpabilidade normativa, desenvolvida sob variadas nuances por expoentes da teoria neokantista¹¹, que ganha espaço a discussão quanto à (in)exigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade. Contudo, é no período posterior ao neokantismo que esse elemento da culpabilidade chama mais atenção aos propósitos deste trabalho.

2.1. A culpabilidade no finalismo: a teoria normativa pura

É sabido que o sistema finalista não se restringiu aos estudos de Hans Welzel. Contudo, inegavelmente, foi ele quem decisivamente contribuiu para a solidificação da teoria e para a concepção mais difundida das categorias que estruturam o conceito analítico de crime¹², razão pela qual se optou por toma-lo como referência para o desenvolvimento da exposição que se segue.

A teoria finalista estrutura-se a partir de duas ideias fundamentais: o mundo se organiza com vistas a um fim; e a explicação de todo acontecimento do mundo consiste em aduzir o fim ao qual ele se dirige.

Essa concepção ontológica do mundo reflete-se na elaboração de estruturas lógico-objetivas que são o pressuposto para a compreensão de todos os elementos componentes de seu conceito formal de delito.

A primeira das estruturas lógico-objetivas apontadas por Welzel é a ação finalista, sendo que somente é de interesse para a ciência jurídica a ação humana sob sua perspectiva espiritual, traduzida pela ideia de finalidade dirigida a um objetivo específico, entre aqueles propostos pelo meio social. Assim, o aspecto puramente causal da ação cede

¹¹ Nesse sentido, alguns estudiosos como Mayer e zu Dohna atribuíam um conteúdo ético à culpabilidade, consistente na contrariedade à obrigação. Já Goldschmidt fundamentava a discussão acerca da culpabilidade na motivação, ou não, das normas de dever.

¹² Segundo Juarez Tavares, outros autores finalistas de relevo são: Maurach, Busch, Stratenwerth e Blei. TAVARES, 1980, p. 57.

espaço a um conceito de ação valorada pela vontade de se alcançar um fim, norteadada pela razão, pela consciência do agente.

A segunda estrutura lógico-objetiva diz respeito à autodeterminação do homem, ou seja, à sua liberdade de ação:

(...) a capacidade que tem todo homem de estruturar um pensamento racional e ordenado, que lhe permita desenvolver o tipo de conduta que lhe é adequado através de atos inteligentes e munidos de vontade às questões de ordem física. Por ser 'dono' de suas ações é que se reconhece a sua liberdade. Sobre o aspecto caracterológico, estrutura-se o homem como centro regulador responsável, capaz de dirigir os impulsos presentes no inconsciente (instintos e paixões) de acordo com fins e valores desejados e que constituirão a decisão de vontade (MACHADO, 2010, p. 158).

A partir dessa concepção de vontade livre, racional, conscientemente dirigida a um fim é que se compreende a necessidade de analisar a ação típica não apenas sob um aspecto objetivo- causal, mas levando-se também em conta o conteúdo da vontade, ou seja, seu aspecto subjetivo. Em vista desses argumentos é que se reformula o conteúdo da tipicidade e da culpabilidade, restringido a esta última a análise normativa, sem conteúdo subjetivo. De outro lado, passa a tipicidade a contar com um aspecto subjetivo, sendo seu elemento central o dolo, concebido como vontade de realização de um fato típico.

A dita análise normativa que passa a ser objeto da culpabilidade tem por escopo apreciar os atributos daquela vontade livre e consciente, a fim de estabelecer a responsabilidade do autor pelo ilícito praticado. Ressalte-se que a reprovação dirige-se à formação da vontade, no sentido de que seria exigível do autor da infração a possibilidade de ter conformado sua vontade à norma.

No marco do finalismo welzeniano, a reprovação decorrente da violação à norma estaria respaldada por um conteúdo ético mínimo dentro do corpo social, do que

decorreria pressupor a existência de uma universalidade axiológica quanto aos bens jurídicos tutelados penalmente. Dessa forma, é possível afirmar que:

(...) a visão de sujeito de Welzel mantém-se inalterada em relação a seus antecessores: tal qual nos clássicos, acredita ele na capacidade inata do ser humano de submeter seus instintos a uma ordem valorativa externa que se confunde com o próprio ordenamento jurídico. Essa posição sintetiza a crença no homem iluminista e na existência de valores compartilhados universalmente, protegidos pelo Direito (penal). TANGERINO, 2011, p. 82.

Em sociedades extremamente diversificadas sob os aspectos social, cultural e econômico, como a brasileira, a reprovabilidade da ação proposta pelo finalismo pode carecer de legitimidade, eis que ao se afastar da realidade social constituir-se-ia em mero instrumento de autoritarismo.

Veja-se que mesmo a análise da (in)exigibilidade de conduta diversa não teria o condão de alterar esse cenário de deslegitimação. Isso porque a reprovação da conduta através da análise concreta das circunstâncias em que o delito ocorreu e da possibilidade do autor autodeterminar-se diante das mesmas, com o fim de verificar a ocorrência (ou não) de uma exculpante, não levaria em conta os valores do indivíduo sobre o qual recai a reprovação, mas os valores tomados por universais segundo o ordenamento jurídico.

Ora, a reprovabilidade funda-se na incapacidade do agente motivar-se conforme o Direito, submetendo seus impulsos delitivos à razão, sem, contudo, cogitar a existência de falhas motivacionais¹³ que impeçam o indivíduo de aderir ao escopo valorativo geral. Igualmente passível de crítica é o pressuposto de liberdade e autodeterminação desses sujeitos carecedores de motivação normal (ou razoável). Para além da crítica

¹³ Por falhas motivacionais está-se a compreender os acontecimentos ocorridos no curso da vida dos indivíduos que os levem a se afastar do padrão de valores e comportamentos sociais tidos como padrão. São exemplos que ilustram essas falhas a substancial privação de direitos fundamentais à saúde e à educação, compreendendo que a privação dos serviços públicos relacionados ao exercício desses direitos não se justifica pelo argumento da reserva do possível.

funcionalista¹⁴ de que o livre arbítrio é indemonstrável, ressalte-se novamente a crítica de Ferrajoli, acima transcrita.

Ao encerrar o discurso punitivo na subsunção da conduta proibida à norma, descuidado do conteúdo político que coloca em xeque a suposta neutralidade e racionalidade científicas das estruturas lógico-objetivas welzenianas, está-se corroborando para a construção de um direito penal autista. Isso porque, não obstante ser classificado como ciência social aplicada, o direito penal, passa a isolar-se na construção de teorias e pesquisas que não interagem com outras ciências, que não se atentam para a fundamentação liberal ou totalitária a que se prestam.

Sem olvidar das demais críticas que a doutrina dirige ao finalismo, para os fins propostos, estas se constituem as mais relevantes, sendo suficientes para impulsionar a busca por novas proposições acerca da culpabilidade, afigurando-se como uma das mais notáveis da culpabilidade por vulnerabilidade.

2.2 A culpabilidade no funcionalismo redutor: a culpabilidade por vulnerabilidade

O funcionalismo redutor é um sistema de teoria do delito desenvolvido por Eugenio Raúl Zaffaroni, a fim de identificar a funcionalidade política das categorias dogmáticas. A partir deste propósito, Zaffaroni estabelece uma aproximação entre o direito penal e a sociologia, adotando uma visão conflitivista da sociedade e uma perspectiva agnóstica da pena¹⁵.

¹⁴ Notadamente, refere-se à crítica do funcionalismo teleológico de Claus Roxin.

¹⁵ Acerca da teoria agnóstica da pena, esclareça-se que “a pena é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes. O conceito assim enunciado é obtido por exclusão: a pena é um exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta. Trata-se, sim, de uma coerção que impõe privação de direitos ou dor, mas que não corresponde aos outros modelos de solução ou prevenção de conflitos (não faz parte da coerção estatal reparadora ou restitutiva nem da coerção estatal direta ou policial). Trata-se de um conceito de pena que é negativo por duas razões: a) não concede qualquer função positiva à pena; b) é obtido por exclusão (trata-se de coerção estatal que não entra no modelo reparador nem no administrativo direto). É agnóstico quanto à sua função, pois confessa não conhecê-la”. (Zaffaroni et. al., 2010, p. 99).

O ponto de partida para a construção da teoria é a constatação da inexistência de Estados de Direito puros, e compreensão de que há uma dialética entre o Estado de Polícia e o Estado de Direito, cujos reflexos se manifestam de forma especial no direito penal. Enquanto o estado de polícia busca a ampliação do poder punitivo, o estado de direito busca conter o exercício abusivo desse poder. Nesse contexto, segundo Zaffaroni, a dogmática jurídico-penal deve contribuir para a contenção do poder punitivo no âmbito do Judiciário, e demais agências de criminalização, a fim de que o direito penal seja “um apêndice do direito constitucional de todo estado constitucional de direito” (ZAFFARONI, 2005, p. 137).

Para alcançar a finalidade de contenção, a teoria do delito, como ramo da teoria do direito penal, deve deixar clara de que forma estabelece as conexões punitivas, ou seja, deve explicitar como estabelece a vinculação entre o delito e a pena. Considerando que essa vinculação não pode se dar de forma automática, a culpabilidade interessa sobremaneira à teoria do delito, seja sob a perspectiva de subjetivação e individualização da responsabilidade penal, seja por possibilitar o debate quanto ao fundamento e à individualização da sanção penal.

A análise do conteúdo e dos motivos que levam à reprovabilidade individual do agente que tenha cometido um ilícito penal recebe grande influência da teoria da coculpabilidade. Esta teoria propõe que a análise da reprovabilidade deve levar em conta as diferenças estruturais de uma sociedade, as carências materiais permanentes ou momentâneas. Assim,

A teoria foi concebida para ser aplicada nas ocasiões em que a desorganização da estrutura estatal, a carente oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos e a discriminação decorrente da aviltante distribuição de rendas contribuem, verdadeiramente, para a expansão da criminalidade entre aqueles que padecem com o alheamento social. Nestas hipóteses, a sociedade haveria de atuar na qualidade de corresponsável pela ocorrência de delitos (PETER FILHO, 2011, p. 213).

Apesar da vantagem de se distanciar da abstração marcadamente presente na análise tradicional da culpabilidade, Zaffaroni tece algumas críticas à teoria da coculpabilidade entendendo que ela é insuficiente, pois:

(...) a) en principio, evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos; b) en segundo lugar, aún corrigiendo ese prejuicio, habilitaría más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, lo que puede conducir a um derecho penal clasista a dos velocidades; c) en tercer término, sea rico o pobre el seleccionado, siempre lo será com bastante arbitrariedade, com lo cual esta tesis no logra hacerse cargo de la seletividade estructural del poder punitivo (ZAFFARONI, 2005, p. 143)¹⁶.

Como proposta diversa à coculpabilidade, a culpabilidade por vulnerabilidade pugna pela menor reprovação penal quando a realização do ilícito pelo agente decorrer de significativa influência social, familiar, psíquica, e não apenas por influência econômica.

Com isso, Zaffaroni não intenta abandonar a tradicional estrutura da culpabilidade, fundada na culpabilidade de ato, mas estabelecer mais um critério de limitação à reprovação do sujeito que leve em conta os dados reais de seletividade do sistema de justiça criminal, conferindo maior racionalidade a este.

Argumenta Zaffaroni que a seletividade do sistema de justiça criminal recai sobre estereótipos¹⁷ e sobre condutas determinadas¹⁸ – chamadas por ele de condutas grosseiras,

¹⁶ [Tradução livre] a) em princípio, reproduz a noção equivocada de que a pobreza é a causa de todos os crimes; b) em segundo lugar, mesmo corrigir esse viés, permitiria maior intervenção do poder punitivo nas classes hegemônicas e menos para as classes mais baixas, o que poderia levar a um direito penal classista em duas velocidades; c) em terceiro lugar, seja rico ou pobre o selecionado, sempre o será com bastante arbitrariedade, com que esta tese não cuida da seletividade estrutural do poder punitivo.

¹⁷ Quanto ao estereótipo que marca a seletividade do sistema de justiça criminal brasileiro, tem-se que a maioria da população carcerária é formada por jovens de até 25 anos, negros ou pardos e de baixa escolaridade, conforme dados do INFOPEN disponíveis em <http://portal.mj.gov.br>.

¹⁸ Ainda segundo os dados do INFOPEN, a maior parte das pessoas que se encontram em privação de liberdade são acusadas do cometimento de crimes patrimoniais, notadamente o roubo, e de tráfico de entorpecentes, especialmente quanto à tipificação prevista no art. 33 da Lei 11.343/06.

praticadas por pessoas de classe social baixa, desconhecedoras de *modus operandi* mais sofisticados e de mais difícil apreensão pelo sistema penal. Por consequência, o aparato punitivo estatal tem maior possibilidade de atingir determinadas pessoas em razão de seu *status* social e de suas características pessoais, o que torna essas pessoas mais susceptíveis, mais vulneráveis a se tornarem “clientes” do sistema de justiça criminal.

Essa afirmação, todavia, não pode padecer do mesmo insucesso de abstração dos demais elementos da culpabilidade, mas deve se traduzir em uma situação concreta de vulnerabilidade, compreendida a partir do esforço pessoal para alcançar o estado de vulnerabilidade. Esse esforço pessoal deve ser analisado no caso concreto, a fim de se aferir o quanto o pertencimento a um grupo social ou a um estereótipo, bem como outras influências (social, familiar, psíquica, e econômica) foram relevantes para que o agente se distanciasse do padrão de motivação, de conformidade ao Direito, que se espera quanto à norma proibitiva¹⁹.

A proposta de Zaffaroni pode repercutir no ordenamento jurídico brasileiro limitando o exercício arbitrário e seletivo do sistema de justiça criminal.

Embora majoritária doutrina brasileira²⁰ aponte que o Código Penal filiou-se à teoria finalista da ação, as normas contidas na parte geral não são refratárias às contribuições da perspectiva conflitivista e crítica de Zaffaroni.

O primeiro argumento que corrobora com tal afirmação, reside na possibilidade de utilização do método tópico-hermenêutico dos casos levados ao conhecimento do Judiciário.

(...) a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a esfera da compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo (BRANDÃO, 2010, p. 19).

¹⁹ Ou ainda quanto à norma mandamental, como nos casos dos crimes omissivos.

²⁰ Neste sentido, exemplificativamente, Cláudio Brandão, Cerzar Roberto Bitencourt e Luiz Regis Prado.

O Código Penal permite a abertura para este método ao prever a possibilidade de, no caso concreto a conduta do partícipe ser de menor importância, acarretando em causa de diminuição de pena (art. 29, §1º, CP); prever a influência das circunstâncias do crime e do comportamento da vítima na fixação de pena base, entre outros exemplos.

As previsões normativas também se compatibilizam com a necessidade de análise, em concreto, da possibilidade de agir conforme o direito. É dizer, é preciso analisar o caso concreto, em suas nuances, seus elementos e circunstâncias empíricas, demonstráveis através de provas constituídas no bojo do processo, para se avaliar a real possibilidade de demonstração de um agir livre, permitindo à culpabilidade, especialmente quanto ao elemento exigibilidade de conduta diversa, cumprir sua pauta valorativa de limitação ao poder punitivo do Estado.

A abertura normativa do Código Penal para que tal proposta seja possível encontra-se no artigo 66, segundo o qual “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Assim, uma pessoa que, embora sujeito de direitos, tenha se desenvolvido à margem da efetivação de seus direitos individuais e sociais, pode contar com um déficit motivacional. É dizer, pode não aderir aos valores – ditos universais – e aos comportamentos – ditos normais e racionais – pressupostos para um comportamento conforme o direito legislado.

Com isso, não se está defendendo as condutas desse sujeito de direitos (expropriados) esteja amparada por uma causa de exculpação, afastando a intervenção punitiva estatal. Está-se afirmando que não é possível, e uma sociedade complexa e desigual, como a brasileira, valorar uniformemente as condutas que contrariam os valores expressos pelas normas penais.

O que se propõe, conforme lição de Zaffaroni (2015, p. 151), é estabelecer uma “conexão punitiva”, construindo uma relação dialética entre um critério racional de seleção dos comportamentos delitivos pelas instâncias de persecução penal e os esforços pessoais para se alcançar uma situação concreta de vulnerabilidade.

Por todo o exposto, o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade é um instrumento relevante e apropriado para a melhor compreensão e reprovação do ilícito, sendo de grande valia para a dogmática em sua missão de limitar do poder punitivo estatal. Repita-se que, com isso, não se propõe o abandono do conteúdo da culpabilidade na teoria do delito – notadamente sob a perspectiva da teoria normativa pura, mas sua integração para uma aplicação mais racional do direito penal.

3. A CONTRIBUIÇÃO DA ROTUÇÃO – OU LABELLING APPROACH – AO DEBATE

Segundo Davi Tangerino, a universalidade axiológica dos bens jurídico-penais é o pilar da culpabilidade (2011, p. 143). A assertiva decorre da observação de que a culpabilidade, enquanto categoria do conceito analítico de crime, ainda tem por pressuposto que os destinatários do direito penal tenham liberdade de agir e que o delincente tenha optado por agir em desconformidade com o Direito.

Os destinatários das normas antes de realizarem qualquer ação deveriam indagar-se acerca de como deveriam agir, tendo por parâmetro as regras, princípios e valores sociais. Especificamente no que concerne ao âmbito de tutela do jurídico-penal, os referidos parâmetros revelam-se extremamente relevantes, eis, que, em atenção ao princípio da subsidiariedade, ao direito penal compete a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes pelo corpo social²¹.

²¹ Ao se fazer tal afirmação não se desconsidera a existência de um profundo debate acerca do conteúdo e limites daquilo que se possa considerar como bem jurídico penal, sendo certo tratar-se de expressão equívoca entre os doutrinadores pátrios e estrangeiros. Tampouco se ignora que é também controversa a afirmativa de que o fim do direito penal é tão somente a tutela de bens jurídicos mais relevantes socialmente. Todavia, tais assertivas ainda encontram eco em boa parte da doutrina nacional razão pela qual é tomada como pressuposto da crítica que será adiante formulada. Numa perspectiva crítica, afirma Nilo Batista: “Afirmamos, portanto, que o direito penal é disposto pelo Estado para a concreta realização de fins; toca-lhe, portanto, uma missão política, que os autores costumam identificar, de modo amplo, na garantia das ‘condições de vida da sociedade’, como Mestieri, ou na ‘finalidade de combater o crime’, como Damásio, ou na ‘preservação dos interesses do indivíduo ou do corpo social’, como Heleno Fragoso. Tais fórmulas não devem ser aceitas com resignação pelo iniciante. O direito penal nazista garantia as ‘condições de vida da sociedade’ alemã subjugada pelo Estado nazista, ou era a pedra de toque do terrorismo desse mesmo

A ideia subjacente, portanto, é a de que os bens jurídicos traduzem valores compartilhados por todo o corpo social, traduzindo uma aparente inclusão geral e irrestrita, fruto das seguintes falácias:

- a) o sistema de valores e de modelos de comportamento recebido pelo sistema penal corresponde aos valores e normas sociais que o legislador encontra preconstituídos, e que são aceitos pela maioria dos consórcios; b) o sistema penal varia em conformidade ao sistema de valores e de regras sociais. BARATTA, 2002, p. 75.

A homogeneidade cultural e comportamental pressuposta para validar essa ordem de ideias foi cunhada no contexto das teorias contratualistas iluministas. Todavia, essa aceção foi aos poucos rechaçada, especialmente a partir investigações sociológicas que constataram o seguinte:

- a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente; c) o sistema penal conhece não só valorações e normas conforme às vigentes na sociedade, mas

Estado, garantindo em verdade as condições de morte da sociedade? Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro inventa para depois combater o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao crime acontecido e registrado? Ou seja: o combate que o direito penal pode oferecer ao crime praticamente se reduz – desde que a pesquisa empírica demonstrou o precário desempenho do chamado ‘efeito intimidador’ da pena, sob cuja égide sistemas inteiros foram construídos – ao crime acontecido (sendo mínima sua atuação preventiva) e registrado (a chamada criminalidade aparente, que, como também a pesquisa empírica revelou, é muito inferior – em alguns casos, escandalosamente inferior: pense-se por exemplo no abortamento – à criminalidade real, sendo a diferença denominada cifra oculta). Por último, que significarão ‘interesses do corpo social’ numa sociedade dividida em classes, na qual os interesses de uma classe são estrutural e logicamente antagônicos aos de outra?”. BATISTA, 2011, p. 20/21.

também defasamentos em relação a elas; frequentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas (pense-se no tratamento privilegiado, no código italiano, do homicídio por motivo de honra) e antecipações em face das reações da sociedade (pense-se na perseguição de delitos que não suscitam, ou ainda não suscitam, uma apreciável reação social: delitos econômicos, delitos de poluição ambiental) ou retardamentos (pense-se na perseguição de delitos em face dos quais a reação social não é mais apreciável, como determinados delitos sexuais, o aborto, etc.); d) enfim, uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase do desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas de direito penal. BARATTA, 2002, p. 75/76.

Essa nova perspectiva influenciou sobremaneira os estudos criminológicos empreendidos a partir de meados do século XX, reunidos sob a nomenclatura “criminologia do conflito”, entre os quais, destaca-se, para os fins propostos no presente trabalho, ruptura proporcionada pela teoria do *labelling approach*.

(...) a criminologia da reação social – como também são chamadas as aplicações do “etiquetamento” – deixaria de perguntar quem é criminoso e passaria a perguntar primeiro quem é considerado desviado. (...) Dessa maneira, o enfoque da criminologia mudaria totalmente, pois as definições legais ou institucionais deixariam de ser assumidas acriticamente como algo natural, e a ênfase seria colocada exatamente nessas definições. O objeto de estudo da criminologia deixará desde então de ser o “delinquente” e começará a ser as instâncias que “criam” e “administram” a delinquência. O estudo da criminalidade cederá a vez aos estudos dos processos de criminalização. (...) Ficaria claro, com ele, que a maneira pela qual as sociedades e suas

instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delitivo ou desviado do que a própria natureza do fato, como ensinava o positivismo. Comprovava-se, assim, que diante de fatos similares poderia advir uma reação social de anormalidade ou não existir reação alguma. Apenas no primeiro caso ocorreria o desvio. Portanto, parecia fundamental estudar, precisamente, essa reação que identifica o autor do fato como delinquente. ANITUA, 2008, p. 588.

Desenvolvida nos Estados Unidos da América, a partir da década de 1960, a teoria do etiquetamento tem como marco a publicação do livro *Outsiders*, de Howard Becker, em 1963. Outros teóricos relevantes para o *labelling approach* foram Erving Goffman e Edwin Lemert (CONDE, HASSRMER, 2008, p. 110).

Em apertada síntese, a contribuição do *labelling approach* para o estudo da culpabilidade reside em identificar o desvio não como uma qualidade intrínseca da conduta, senão como resultado de uma reação social a determinados comportamentos tidos como desviados. A reprovação de que cuida a culpabilidade não seria decorrente apenas da violação à norma, mas sim o produto de uma seleção, de um rótulo imposto por um grupo social a alguém tido como infrator, como desviado.

Outra vertente de estudo do *labelling approach* seria o problema relacionado ao poder de definição das condutas delitivas²², da concepção do delito como qualidade intrínseca a determinados comportamentos e pessoas. Ou seja, outro questionamento do *labelling approach* é o da distribuição do poder que confere a certas definições de delito uma validade real, o poder que em última medida tem o condão de estabelecer os parâmetros da universalidade axiológica do corpo social para eleger determinados bens jurídicos para fins de tutela penal (BARATTA, 2002, p. 89-92).

²² Para Vera Regina Pereira de Andrade, o estudo do *labelling approach* implicaria em três níveis explicativos: “a) um nível orientado para a investigação do impacto da atribuição do *status* de criminoso na identidade do desviante (é o que se define como ‘desvio secundário’); b) um nível orientado para a investigação do processo de atribuição do *status* de criminoso (‘criminalização secundária’ ou processo de seleção); c) um nível orientado para a investigação do processo de definição da conduta desviada (criminalização primária) que conduz, por sua vez, ao problema da distribuição do poder social desta definição, isto é, para o estudo de quem detém, em maior ou menor medida, este poder na sociedade. E tal é o nível que conecta do *labelling* com as teorias do conflito”.

Percebeu-se, portanto, que os processos de definição do desvio não são alheios à desigual distribuição de poder, aos conflitos de interesses, à desigualdade, e aos complexos e plurais processos de interação social do indivíduo. Corrobora com isso a constatação de que os grupos de poder normalmente encarregados de selecionar e definir as condutas delitivas são os mesmos que elegem e disseminam valores e fins sociais dificilmente acessíveis à maior parte da população em razão da distribuição desigual dos meios necessários para atingir esses fins²³.

Desta feita, a reprovabilidade não deveria focar-se no ato desviante em si, como um dado isolado da realidade do autor. Ao contrário, deveria retroceder aos mecanismos de identificação do ato tido como atentatório à estabilidade e expectativas de um grupo social, bem como retroceder à verificação da real possibilidade conferida ao autor para autodeterminar-se em conformidade com a norma.

A teoria do etiquetamento proporciona a ruptura metodológica que revelará a ficção em torno da universalidade axiológica referida a bens jurídicos, que legitima a intervenção jurídico-penal e a faz parecer politicamente neutra quanto aos destinatários da norma.

Sob as lentes dessa vertente criminológica, a dogmática jurídico penal tem a possibilidade de alcançar maior aproximação da realidade humana, abandonando, por conseguinte, o modelo de Direito Penal formalista, reprodutor e legitimador das relações de poder e violência institucionalizada.

Essa mudança deve necessariamente passar por uma releitura dos critérios de aferição da culpabilidade, especialmente sob o aspecto da reprovabilidade, a fim de identificar a seletividade na criminalização e o grau de vulnerabilidade a que esteve sujeito o indivíduo apontado como desviado. É dizer, graduar a culpabilidade de acordo com o grau de esforço pessoal despendido por cada selecionado para colocar-se em situação de vulnerabilidade frente ao risco do poder punitivo (ZAFFARONI, 2005, p. 146 e 151).

²³ Embora numa perspectiva um pouco distinta da dos autores do *labelling approach*, já em 1938, Robert K. Merton propõe um modelo de explicação funcionalista do desvio no qual se analisam os fins sociais e os meios eleitos pelos indivíduos para alcança-los.

A releitura da culpabilidade, enquanto categoria dogmática, a partir da teoria do etiquetamento e da culpabilidade por vulnerabilidade parece atender aos reclamos de limitação ao poder punitivo estatal, na medida em que contribui para reduzir o alcance da culpabilidade formal destituída de um conteúdo material ético.

4. CONCLUSÃO

Embora não seja a única saída para o estabelecimento de maiores limites ao poder punitivo estatal, a culpabilidade por vulnerabilidade pode ser utilizada como instrumento eficaz de equilíbrio na intervenção jurídico-penal, proporcionando maior credibilidade e tornando a aplicação da lei penal mais equânime.

A partir da análise da culpabilidade por vulnerabilidade, concomitantemente ao *labelling approach*, pode-se reconhecer, especialmente no momento de individualização da sanção penal, a atenuação da responsabilidade de agentes com histórico de exclusão e marginalização social, a partir da mitigação contextual da reprovação de sua conduta, possibilitando uma real aferição de responsabilidade jurídico penal, bem como a individualização de pena mais ética.

A adequação da reprovação às possibilidades de motivação do agente à norma jurídico-penal, permite ao direito penal conter a violência institucionalizada, reconhecendo que o sujeito sob julgamento fora anteriormente violentando pelo próprio Estado, ineficiente que é no fornecimento materialmente igualitário dos direitos individuais sociais previstos Constituição da República.

A possibilidade de adoção desse viés crítico no cotidiano forense brasileiro é cada vez mais inconteste. Todavia, mais do que simplesmente atrair a aplicação da atenuante inominada prevista no artigo 66 do Código Penal, revela a necessidade de atuação crítica de todos os aplicadores do Direito, a fim de que o direito penal não seja visto como uma “ilha” constituída de princípios e dogmas herméticos, sem qualquer referencial ou preocupação com a realidade social.

A adoção do método tópico-hermenêutico, compatível que é com as normas e o sistema de fato punível estruturado pelo Código Penal, deve orientar a aplicação refletida

de toda sanção penal, a fim de que não se esvazie o esforço de se explicitar as mazelas sociais que acabam por repercutir nas instâncias oficiais de criminalização. Repita-se que tal método revela a necessidade de avaliação concreta dos fatos para fins de aplicação do direito.

Esse necessário intercâmbio entre o direito penal e a sociedade é fornecido por diferentes correntes criminológicas, especialmente as de viés conflitivista, e pode contribuir decisivamente para a instrumentalização do direito penal como, de fato deveria ser, ciência social aplicada.

Ao propor a sua culpabilidade por vulnerabilidade, Zaffaroni apenas admite de forma excepcional a sua utilização como causa (supralegal) de exculpação, e tampouco cogita da aplicação de pressupostos para ampliar a reprovação daqueles que precisaram empreender um grande esforço pela vulnerabilidade.

Disso dessume-se, que o objetivo é mais uma vez de contenção e maior racionalização do poder punitivo estatal, e não o seu descrédito. Esforço ao qual se tem dedicado a doutrina jurídico penal, ao menos, desde as contribuições de Beccaria, mas que deve ser mantido até os dias atuais.

Superar a concepção acrítica de culpabilidade, adstrita ao aspecto formal legalista, para então compreendê-la como importante instrumento nos processos de criminalização e seletividade do Direito Penal, valendo-se para tanto do conceito de vulnerabilidade trabalhado por Zaffaroni, somado às contribuições criminológicas críticas da teoria do *labelling approach*, permite a efetivação do caráter fragmentário do Direito Penal.

Nesse sentido, sem que se cogite abandonar os elementos formais da culpabilidade, com destaque para a exigibilidade de conduta diversa, a perspectiva deve ser a de humanizar, materializar e eticizar a aplicação das estruturas lógico-formais, sem olvidar de seu condicionamento histórico-político-social.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da reação social**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal – Introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BLUMER, Herbert. **El interaccionismo simbólico**. Perspectiva y metodo. Barcelona: Hora S.A., 1982.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 ago 2017.

_____. Decreto-Lei 2.848/1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 jul 2017.

GRECO, Luís. **Introdução à dogmática funcionalista o delito: em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal” de Roxin**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 120-163, 2000.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no direito penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

PETER FILHO, Jovacy. **Coculpabilidade e vulnerabilidade: conspirações a partir de um realismo jurídico-penal**. In: SÁ, Alvino Augusto de; et. al. *Criminologia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

PEREIRA DE ANDRADE, Vera Regina. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. *Revista Sequencia: Estudos Jurídicos e Políticos*, Santa Catarina, n. 30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819/14313>. Acesso em 17 de maio de 2014.

SIQUEIRA, Leonardo. **Culpabilidade e pena: a trajetória do conceito material de culpabilidade e suas relações com a medida da pena**. Col. *Ciência Criminal Contemporânea*. Vol. 7. Coord. Cláudio Brandão. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Teorias do delito: variações e tendências**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidad por la vulnerabilidad**. In: BARATTA, Alessandro. *El pensamiento crítico y la cuestión criminal*. Barcelona: Anthropos, 2005.

_____. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimação do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; et al. **Direito Penal Brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A LEI ANTITERRORISMO

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

Advogada. Mestranda em Ciências Penais, pela PUCMINAS.

Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna

Advogada. Doutoranda em Ciências Penais, pela PUCMINAS. Mestre em Direito e Instituições Políticas, pela Universidade FUMEC. Bolsista CAPES.

Resumo: É consenso em que a humanidade vive na era da pós-modernidade, encontrando-se em um estágio de desenvolvimento e progresso nunca antes vivenciado. Novos procedimentos e tecnologias altamente complexas geram riscos. Alguns deles são inerentes à evolução e são indiferentes para o direito. Outros, no entanto, causam uma sensação de insegurança população. Neste cenário, a mídia, em busca de audiência, fomenta esta sensação de insegurança em programas vespertinos e noturnos, clamando pela tipificação de novas condutas criminosas e/ou o agravamento das penas dos delitos já existentes, além de propalar a ineficiência estatal no combate à criminalidade. Incentiva, portanto, a existência de um direito penal máximo, que elimina ou reduz direitos fundamentais para o combate a esta criminalidade crescente. O terrorismo insere-se neste contexto de insegurança oriunda da contemporaneidade, exigindo discussão e medidas que possam evitar a sua prática. Não há consenso acerca de sua definição, mas pode-se afirmar que se utiliza de violência por motivos políticos, ideológicos ou religiosos para aterrorizar uma comunidade de pessoas. O Brasil, anfitrião de grandes eventos esportivos nos últimos e, sob pressão da comunidade internacional, editou a Lei nº 13.260/2016 (Lei Antiterrorismo). Objetiva-se analisar se os tipos penais previstos nos artigos 2º, *caput*, e 5º, respectivamente, da dita legislação são manifestações do direito penal expansionista e punitivista.

Palavras-chave: Sociedade de Risco. Expansão do Direito Penal. Lei Antiterrorismo.

Sumário: INTRODUÇÃO. 1. SOCIEDADE DE RISCO. 2. EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO. 3. O PAPEL DA MÍDIA NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. 4. TERRORISMO. 4.1 – CONCEITO DE TERRORISMO. 4.2 – TRATAMENTO DO TERRORISMO NO DIREITO BRASILEIRO. 4.3 - A LEI ANTITERRORISMO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Vivemos na era da pós-modernidade em que os avanços tecnológicos são tamanhos e ocorrem em grande velocidade, que os riscos e incertezas que os acompanham são impossíveis de serem mensurados e evitados pelo homem. Alguns destes riscos são inerentes à evolução da sociedade e são irrelevantes para o Direito Penal.

Outros, porém, afetam bens jurídicos difusos e coletivos, podendo alcançar um número indeterminado de pessoas, bem como a própria humanidade, colocando em xeque a sua existência futura.

De se ressaltar, ainda, que vivemos em um mundo globalizado, em que não apenas as informações, mas bens de consumo, armas, produtos químicos, etc., circulam rapidamente com o uso de um simples aparelho de celular, fato que incrementa a sensação de insegurança e medo na vida dos cidadãos. Tal fenômeno traz como consequência um clamor público de intervenção estatal para que esta sensação de desamparo, em tese, ao menos seja mitigada. O Direito Penal tradicional, que limita o poder incriminador do Estado, e é orientado, dentre outros, pelo princípio da *ultima ratio*, que indica que a intervenção estatal só terá lugar para prevenir de agressões os bens jurídicos mais importantes, não é capaz de dar respostas a estes novos riscos. Assim, o Direito Penal despe-se desta sua característica primordial, para se transformar em um Direito Penal simbólico, utilizando-se de tipos penais abertos e de perigo abstrato, de normas penais em branco, no intuito de abarcar todas as condutas possíveis e, por consequência, proteger os bens jurídicos.

Devemos, ainda, salientar o importante papel que os meios de comunicação em massa assumem neste contexto. É cada vez maior a influência da mídia na formação da opinião das pessoas, disseminado o medo e criando uma preocupação social com o surgimento de uma nova criminalidade. Para tanto, fomenta em programas vespertinos a falência do Estado no combate ao crime, bem como clama pela criminalização exacerbada de condutas.

Diante dessas considerações, pretende-se neste trabalho analisar a Lei Antiterrorismo (Lei 13.260/16). O Brasil, às pressas e sob pressão da comunidade internacional, elaborou a referida lei, que apresenta tipos abertos e vagos e que não especificam claramente as condutas, pune atos preparatórios, além de conter dispositivos que flexibilizam garantias processuais arduamente conquistadas.

Serão analisados, portanto, alguns dispositivos legais constantes na aludida legislação e que exemplificam o Direito Penal simbólico e expansionista que clama por punições severas e desenfreadas.

1- SOCIEDADE DE RISCO

A origem e a evolução humana exerce um fascínio enorme nas pessoas. De onde viemos? Esta pergunta permeia o imaginário coletivo e continua sem resposta. E, na busca constante das nossas origens, surgiram teorias que creem que o homem é uma criação divina. De outro lado, há os defensores de que o homem, bem como todos os demais seres do Universo, são produtos de uma progressiva evolução.

Independentemente de qual vertente se adota – criacionista ou evolucionista-, o fato é que a humanidade nos últimos milhares de anos passou por grandes transformações.

Entre os séculos XVI e XVIII, a evolução vivenciada pelo homem foi tamanha que, até hoje, somos influenciados por ela. Vimos as monarquias europeias, com o intuito de acumular capitais, se lançarem na conquista de novos mundos. Distâncias foram encurtadas e o comércio floresceu. Este cenário foi propício para a ocorrência da Revolução Industrial.

A Revolução Industrial teve como principal característica a criação de um sistema fabril mecanizado, isto é, a produção que anteriormente era manual passou a ser mecanizada. Tal substituição gerou uma necessidade maior de produção de mercadorias. Esta produção exigiu uma demanda maior de matéria-prima e de mão de obra e o principal, um mercado consumidor que a consumisse.

Não podemos nos olvidar que com essa transformação de uma indústria que se baseava em um trabalho manual para um trabalho mecanizado, estimulou-se um crescimento das cidades que começaram a receber trabalhadores rurais para trabalhar nestas indústrias.

Com a modernidade, segundo BOZZA (2015, p. 22), o principal modo de pensar passou a ser a técnica e não a fé, que era característica do período do medievo.

Adorno afirma que “o que os homens querem aprender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens. [...] O que importa não é aquela satisfação que, para os homens, se chama ‘verdade’, mas a ‘*operation*’, o procedimento eficaz”. (ADORNO, 1985, apud BOZZA, 2015, p. 23).

A pós-modernidade tem como característica a propensão a se deixar dominar pela imaginação das mídias eletrônicas. O consumo exacerbado é incentivado como forma de inserção das pessoas em uma determinada classe social; defende-se o multiculturalismo; em razão da globalização e da dominação dos mercados, os países centrais apresentam alta qualidade de vida em detrimento dos países periféricos, acentuando as desigualdades econômicas, culturais e sociais. Contudo, este sonho da modernidade, ou seja, de dominação não corresponde aos seus propósitos iniciais.

BOZZA (2015, p. 24-25) afirma que esta crise da modernidade proporcionou o surgimento de uma nova era, cuja peculiaridade é a existência de riscos e conflitos complexos, que não só instigam a adaptação de todos os campos do saber humano, mas também da ciência do direito.

Esta nova fase, portanto, em que vivemos trouxe grandes transformações e novidades em todas as áreas do conhecimento. Essas transformações, principalmente, as tecnológicas trouxeram um bem estar para a humanidade sem precedentes em toda a sua história. Mas a evolução tecnológica não trouxe apenas benefícios. Há também a sua face

negativa. É certo que a existência de riscos é inerente à evolução humana (BOTTINI, 2007, apud DEL MONTE, 2012, p. 287), mas a utilização de certas técnicas e suas consequências são ainda desconhecidas, introduzindo um fato de grande incerteza social.

O conceito de sociedade de risco foi criado por Ulrich Beck.

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada. É um intento (institucionalizado de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda sociedade, obviamente, experimentou perigos. Mas o regime de risco é uma função de uma nova ordem: não é nacional, senão global. Está intimamente relacionado com o processo administrativo e técnico de decisão. Anteriormente, essas decisões se tomavam com normas fixas de calculabilidade, ligando meios e fins ou causas e efeitos. A “sociedade do risco global” invalidou precisamente essas normas. (BECK, 2002, apud BOZZA, 2015, p. 27).

SILVA SÁNCHEZ (2002, p. 33) assevera que vivemos em uma sociedade complexa tão diversificada, alimentada por um número sem fim de informações, que não temos o discernimento de saber o que é certo ou errado ou que é bom ou mau ou em quem pode se confiar ou não confiar, o que nos leva a ter um sentimento de desamparo, desesperança e ansiedade.

E afirma que a sociedade pós-industrial é, além da ‘sociedade de risco’ tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de ‘objetiva’ insegurança (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 30).

Esta sensação de insegurança faz com que todos se sintam como vítimas em potencial a quem ele chama de “sujeitos passivos” (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 40). Ele afirma que, ao executarmos determinada tarefa, ponderamos os ônus e os bônus de nossas

ações. Desta ponderação do que é permitido e do que é desaprovado, optamos pelo “não-padecer”, na tentativa vã de eliminar riscos.

Ele pondera que em uma sociedade em que a maioria se identifica como vítima do delito e que busca a todo tempo reduzir a sensação de insegurança, tende pela criação dos crimes de imprudência ou a tipificar as condutas de perigo, propiciando a expansão do direito penal e a existência de uma legislação simbólica (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 50).

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO

Inicialmente, cabe salientar que o direito penal clássico cuidava de bens jurídicos individuais, tais como os delitos contra a vida ou contra o patrimônio. No entanto, em razão do avanço tecnológico, riscos, até então inexistentes, atingem bem jurídicos difusos e coletivos, afetando um número indeterminado de pessoas, razão pela qual o Estado utiliza-se do direito penal para tipificar condutas desenvolvidas nestas novas esferas de riscos e como resposta às exigências desta “comunidade de vítimas” (BOZZA, 2015, p. 32). Diante desta situação de incerteza, a segurança surge como objetivo para manter a ordem diante das incertezas ameaçadoras no avanço científico.

Segundo Del Monte,

O Direito Penal tradicional não é capaz de dar respostas satisfatórias a esta nova realidade decorrente de novos riscos, instalando-se assim uma crise, pois ao mesmo tempo em que quer preservar as garantias individuais até o momento conquistadas, limitando poder punitivo estatal, deve se expandir no sentido de atuar como uma forma de controle social, interferindo na liberdade das pessoas e, concomitantemente garantir a segurança e o bem estar coletivos, buscando legitimar sua atuação no fator “risco” (DEL MONTE, 2012, pag. 288).

E, assim, como afirma SILVA SÁNCHEZ (2002, p. 53-54) “uma nova política criminal intervencionista e expansiva recebe as boas-vindas de muitos setores sociais antes reticentes ao Direito Penal, que agora acolhem como uma espécie de reação contra a criminalidade de poderosos”.

Este novo direito penal da sociedade de risco tem como uma de suas características principais a eleição de novos candidatos no âmbito dos bens jurídicos, tal como a nova forma de terrorismo. ZAPATERO (2010, p. 61) afirma que o terrorismo moderno manifesta-se através de organizações terroristas de forma estruturada e que estão conectadas à rede de comunicação mundial. É muito comum utilizarem-se de jovens nascidos em solo europeu ou norte-americano, mas com ascendência islâmica, para que sejam homens-bomba, uma vez que o sistema preventivo policial e penal não é suficientemente eficaz.

Outras formas de criminalidade também são eleitas neste direito penal moderno ou de riscos, tais como os delitos contra o meio ambiente, os delitos fiscais, os delitos econômicos e os delitos contra as relações de consumo, dentre outros.

Outras características também podem ser notadas como (i) o adiantamento da barreira que delimita o comportamento impunível do punível (BOZZA, 2015, P. 34); (ii) uma tendência à tipificação aberta e vaga (DEL MONTE, 2012, p. 288); (iii) a utilização de normas penais em branco e (iv) a utilização dos crimes de perigo abstrato.

Segundo BOZZA (2015, p. 34) tais características demonstram a funcionalização do direito penal para a redução de riscos e estabilização das inseguranças subjetivas como meio de prevenção geral positiva como função da pena.

De se ressaltar que o direito penal, como limitador do poder punitivo estatal, nem sempre pode ser utilizado como o único instrumento para o combate desta nova forma de criminalidade. O direito penal deve ser visto como a *ultima ratio* e não como a *prima ratio*.

Partindo-se desta premissa, o direito penal só poderia atuar em situações extremas para prevenir de agressões os bem jurídicos mais importantes nas ocasiões em que todas as outras formas administrativas de contenção não tenham logrado aprovação em seu intento.

É certo que as causas de certos problemas estão ligadas à estrutura organizacional de um Estado e que, muitas das vezes podem ser associadas a uma questão de natureza global criminal, mas não é o direito penal o mecanismo adequado para resolvê-las.

Parafrazeando Silva Sanchez, a expansão o direito penal é em boa parte inútil, na medida em que transfere para o direito penal um fardo que ele não pode carregar (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

3 O PAPEL DA MÍDIA NA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

A partir deste capítulo, devemos destacar o papel que a mídia desempenha na propagação da sensação de insegurança e medo na sociedade contemporânea em que vivemos. Ela não é a causadora de todos os males de uma sociedade, mas verdadeiramente auxilia na disseminação deste sentimento de desamparo e angústia que vivenciamos na contemporaneidade. Nos dizeres de Silva Sanchez é mais razoável que a mídia reforça ou estabiliza os medos já existentes (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 40).

Vivemos em uma sociedade em que boa parcela da população não tem educação de qualidade, informando-se através dos programas televisivos vespertinos e noturnos. E, em razão disso, o poder análise crítica é quase inexistente, o que faz com que as informações obtidas sejam consideradas como verdades absolutas.

Todos os fatos são midiaticizados. Assistimos ao vivo sequestros de pessoas. Vemos em tempo real rebeliões em presídios. Os meios de comunicação, portanto, utilizam-se do sensacionalismo na busca desenfreada pela audiência. Como ressaltado por CALLEGARI e WEBER (2012) alguns casos são escolhidos como o “carro chefe” e são noticiados quase que diuturnamente na programação.

Temos como exemplo, dentre vários ocorridos nos últimos, o caso do goleiro Bruno, acusado de matar a ex-namorada Eliza Samúdio. Por vários meses assistimos pela televisão entrevistas coletivas de autoridades policiais e dos advogados dos acusados do crime. Vimos a reconstituição de como os acontecimentos se desenrolaram. Tudo isto serviu apenas para o aumento da audiência das emissoras de televisão e para recrudescer o sentimento de vingança na população, que clamava por justiça.

Pode-se afirmar que os meios de comunicação fazem seu público acreditar em que a violência e a criminalidade crescem sem precedentes, fazendo com que os telespectadores mudem seus comportamentos em razão de uma criminalidade crescente. Assim, este sentimento de insegurança e medo alimentado pelos meios de comunicação de massa é desproporcional em relação à sua existência real.

Há uma grande diferença entre a realidade e o que é noticiado. De acordo com SOUZA e BERTONI (2013, p. 94), “há um processo de eleição das matérias que serão veiculadas, das que receberão destaque e, por fim, das que serão esquecidas”. Observa-se, ainda, que os meios de comunicação se preocupam em dar cobertura à fase investigativa do crime, em que o sensacionalismo é explorado em grau máximo. A imprensa oculta deliberadamente dos telespectadores que para haver condenação é necessário prova, assim, a fase de julgamento é esquecida propositadamente, principalmente se o suposto do autor do delito é absolvido.

O que se percebe, portanto, é que a mídia não se contenta em relatar os fatos ocorridos. Na verdade, fomenta um direito penal máximo, em que culpado algum da prática do delito reste impune ou que os delitos sejam investigados de forma autoritária e violenta, solapando-se, inclusive, os direitos e garantias fundamentais, se for necessário.

Elucidativas são os dizeres de Ferrajoli

Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais insignificante evento não fique impune; que todo delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao dia claro de juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado. A presteza da execução exclui as formalidades e substitui o processo pela vontade absoluta do executor (FERRAJOLI, 2014, p. 104)

Este sentimento de impunidade e insegurança, aliado ao fomento de punição excessiva e rigorosa dos réus, contamina não apenas a população, mas também o

Executivo e Legislativo, que pressionados, elaboram leis para o combate à criminalidade, tipificando novas condutas ou para recrudescer as penas dos crimes já existentes. O direito penal, portanto, passa a ter uma função meramente eleitoreira e, cada vez, tem o seu âmbito de influência alargado na vida social e cujo papel é apenas proporcionar segurança a população. Nada mais.

CALLEGARI e WEBER (2012) nos alertam que esta sensação de segurança transmitida pela criminalização de novas condutas ou pelo aumento de pena nada mais é do que um engano que tem um efeito diverso, pois, ao agir desta maneira, percebe-se que os poderes públicos atuam de forma irracional e desorganizada, não se atendo a uma análise mais pormenorizada da complexa estrutura e organizacional da sociedade brasileira.

O que se percebe, na verdade, é que o direito penal vem sendo utilizado em seu caráter simbólico, criminalizando seletivamente os marginalizados ou, até mesmo, os componentes de seus setores hegemônicos, apenas para dar uma resposta aos anseios de uma sociedade representada pelos veículos de comunicação massiva (CERVINI, 2002, apud SOUZA; BERTONI, 2013, p. 100).

Não há que se falar em abolicionismo penal, o que nos afigura insustentável na sociedade em que vivemos. A solução punitiva importa violência, ou seja, de irracionalidade (ZAFFARONI, PIERANGELLI, 2011, p. 78). É necessário que o direito penal aja de maneira mais racional e limitada possível. Deve se basear sempre na subsidiariedade e na supletividade, princípios que lhe são inerentes, deixando a cargo do direito administrativo ou do direito civil a solução da maioria dos conflitos existentes, solução esta que nos afiguraria mais acertada com um direito penal mínimo e que resguarda as garantias existentes em um Estado Democrático Direito.

Com efeito, o direito penal deve-se valer de outros ramos do conhecimento para a tomada de decisões, quando da criação de tipos penais ou no aumento das penas privativas de liberdade. Não pode e nem deve se valer de medidas populistas pautadas pela mídia ou na sensação de insegurança da população agindo de maneira simbólica apenas para aplacar os anseios sociais de maior segurança.

4 DO TERRORISMO

4.1 – Conceito de terrorismo

A prática de atos de terror sempre esteve presente na história da humanidade como expressão de pura violência. Afirma-se que surgiu na república romana, por volta do século III A. C, com o objetivo de causar terror e pânico na população das localidades conquistadas, impedindo o seu apoio aos líderes locais, desencorajando represálias.

A primeira definição de terrorismo apareceu pela primeira vez em 1798 no dicionário da Academia Francesa como *systeme, regime de la terreur*. Durante este período cerca de 12 mil pessoas foram decapitadas.

Nos séculos XIX e XX, na Europa, surgiram os grupos anarquistas que lutavam contra as consequências da Revolução Industrial, tais como a desigualdade de classe e o desemprego, utilizando-se de atentados à bomba, sequestro e assassinatos.

Já no século XX, intensificou-se a ação de atentados com o surgimento de anarquistas e nacionalistas, que assassinaram o herdeiro império austro-húngaro, o que deu início à Primeira Guerra Mundial.

As décadas que seguiram após a Segunda Guerra Mundial foram as mais pródigas na questão do terrorismo. No entanto, o fato mais marcante relacionado a atos terroristas ocorreu nas Olimpíadas de Munique em 1972, quando integrantes da organização Setembro Negro invadiram a vila olímpica, fazendo reféns atletas israelenses com o intuito de difundir a causa palestina.

E, após os atentados de 11 de setembro de 2001, o assunto voltou a ser debatido pela comunidade intencional.

A primeira dificuldade encontrada quando se pretende analisar o fenômeno do terrorismo diz respeito à sua conceituação. Não há unanimidade em seu conceito, podendo ser encontrado várias definições nas mais diversas áreas do conhecimento. Assim, o estudioso do tema deve estar ciente de que se depara com um conceito complexo e controvertido, isso explica o porquê de ser quase impossível se chegar a um consenso sobre sua definição tanto no plano do direito internacional, quanto na esfera interna.

De se salientar que nenhuma convenção internacional, desde a primeira Convenção de Genebra em 1937²⁴, até a Resolução do nº 1377 de 2001²⁵ do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, publicada logo após os atentados terroristas contra as Torres Gêmeas nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001, foram capazes de dar um conceito para o terrorismo.

Diante da impossibilidade de se chegar a uma definição uniforme do que seja terrorismo, a doutrina tentou fazê-lo.

Pellet nos traz o conceito dado por Sottile que entende que o terrorismo é um “ato criminal perpetrado mediante terror, violência ou grande intimidação, tendo em vista a alcançar um objetivo determinado” (SOTTILLE, apud PELLET, 2003, p. 17). De se salientar que Guillaume considera que para uma atividade seja considerada terrorista é necessário que os atos de violência sejam realizados para causar mortes ou danos corporais graves; um atuar individual ou coletivo tendendo a realizar estes atos e com o objetivo de criar o terror em pessoas determinadas ou em grupo de pessoas (GUILLAUME, 1989, apud PELLET, 2003, p. 18).

Tradicionalmente, LASMAR (2003, p. 428) afirma que existem quatro categorias de terrorismo que se caracterizam conforme os atores envolvidos e os seus objetivos: “(i) terrorismo de Estado; (ii) terrorismo revolucionário; (iii) terrorismo nacionalista e (iv) terrorismo de organizações criminosas”.

Como se depreende a maioria das definições apenas descrevem as características das ações terroristas, porém, são ineficientes para conceituá-lo. Apesar disso, conclui-se que há algumas características essenciais para que uma conduta seja considerada terrorista, quais sejam, (i) natureza indiscriminada, (ii) imprevisibilidade e arbitrariedade,

²⁴ Na presente convenção, a expressão ‘atos terroristas’ quer dizer fatos criminosos dirigidos contra um Estado, e cujo objetivo ou natureza é de provocar o terror em pessoas determinadas, em grupos de pessoas ou no público”.²⁴

²⁵ Resolução 1377 de 2001 do Conselho de Segurança das Nações Unidas:

“The Security Council, Meeting at the Ministerial level, Recalling its resolutions 1269 (1999) of 19 October 1999, 1368 (2001) of 12 September 2001 and 1373 (2001) of 28 September 2001, Declares that acts of international terrorism constitute one of the most serious threats to international peace and security in the twenty-first century, Further declares that acts of international terrorism constitute a challenge to all States and to all of humanity(...)”.

as ações terroristas ocorrem repentinamente, sem aviso prévio, ocasionando terror e a sensação de insegurança o objetivo de atingir um indivíduo, um grupo de pessoas ou uma sociedade predeterminada, (iii) gravidade dos atos e suas consequências e (iv) caráter amoral e de anomia.

Além destas características, os atos terroristas são premeditados e têm conotação política.

As definições trazidas, na verdade, na verdade, descrevem as características da ação terrorista, mas não conseguem chegar a um conceito definitivo sobre o que é o terrorismo, demonstrando a complexidade da análise deste fenômeno.

4.2 – O tratamento do terrorismo no direito brasileiro

Heleno Cláudio Fragoso nos informa que a primeira legislação sobre o terrorismo a surgir no ordenamento jurídico brasileiro foi o Decreto nº 4.269/21, que, em seu artigo 1º, incriminava a provocação por qualquer meio de manifestação de pensamento, da “prática de crimes tais como dano, depredação, incêndio, homicídio, com o fim de subverter a atual organização social”. Os artigos seguintes tratavam da colocação de bombas de dinamite e outros explosivos, “em edifícios públicos ou particulares, nas vias públicas ou lugares franqueados ao público”; punia também a fabricação de bombas e dinamites, como também a associação de duas ou mais pessoas pela prática deste delito (FRAGOSO, 1981, p.90-91).

Em 1935, foi publicada primeira lei de segurança, a Lei nº 38, que em seu artigo 17 previa a incitação ou preparação de atentado contra pessoas ou bens, por motivos doutrinários, políticos ou religiosos (FRAGOSO, 1981, p. 91).

Em janeiro de 1953, foi promulgada a Lei nº 1802, que trata dos crimes “contra o Estado e a ordem política e social” e cujo artigo 15 tipificava a conduta de incitação pública ou preparação de atentado contra pessoas ou bens, “por motivos políticos, sociais ou religiosos” (FRAGOSO, 1981, p. 91).

Com a Ditadura Militar, a Lei nº 1802/53 foi revogada, entrando em vigor o Decreto-lei 314/67, que tinha como previsão crimes contra a segurança nacional.

Fragoso esclarece que

A intenção dos que fizeram a lei foi a de abandonar a concepção tradicional dos crimes contra o Estado e a ordem política social, introduzindo uma fórmula abrangente de todo e qualquer bem-interesse elevado à categoria de *objetivo nacional*, como objeto da tutela jurídica nessa espécie de crime. Como já observamos, a definição elaborada constitui mero esquema conceitual sem conteúdo, que se caracteriza pela imprecisão e determinação, (...). Objeto da tutela jurídica nos crimes contra a segurança do Estado não pode ser a segurança contra vagos antagonismos aos objetivos nacionais, mas, sim, o que se refere ao interesse político da nação (FRAGOSO, 1981, p. 94-95).

Já o Decreto 898/69, incriminava o a sabotagem e o terrorismo com possibilidade de prisão perpétua e de morte, além de tortura pela prisão cautelar e a suspensão do *habeas corpus* (ARAÚJO, 2012, p. 526).

Em 1983, foi publicada a Lei nº 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), Observa-se que referida lei, em seu artigo 20²⁶ não definiu o que é terrorismo, havendo divergência doutrinária acerca de sua constitucionalidade ou não, por afronta ao princípio da legalidade e de seu subprincípio, o da taxatividade.

Em 1988, a Constituição da República assegurou como um dos princípios fundamentais da república o repúdio ao terrorismo (artigo 4º, VIII), e ainda vedou a fiança, graça ou anistia para a sua prática (artigo 5º, XLIII), no que lhe foi seguida pela Lei de Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90) no seu art. 2º, inciso I.

4.3 – A lei antiterrorismo e a expansão do direito penal

²⁶ Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

O terrorismo se insere no contexto de um direito penal expansionista, pois tem como uma de suas características essenciais o alastramento do terror e a sensação de insegurança com o objetivo de atingir uma coletividade.

Acertadamente, CALLEGARI e LINHARES (2016) afirmam que se a criminalidade clássica já traz uma sensação de insegurança, este sentimento se recrudescer em relação a atos terroristas, pois o número de vítimas diretas e indiretas é muito maior, razão pela qual exige-se um maior rigor em seu combate.

Assim, em obediência a um mandado de criminalização expresso na Constituição da República –artigo 5º, XLIII²⁷-, foi publicada em 2016 a Lei 13.260 (Lei Antiterrorismo), da qual, a partir de agora, analisaremos os artigos. 2º, *caput*²⁸, e 5º²⁹, respectivamente, os quais reputamos os mais controversos e que, a nosso sentir, são manifestações de um direito penal expansionista e punitivista de nosso ordenamento jurídico.

Muito embora o Brasil não tenha sido alvo de atentados terroristas, houve uma grande pressão internacional para que fosse elaborada uma lei antiterrorismo, tendo em vista os grandes eventos esportivos realizados por aqui nos últimos anos.

É cediço que a Lei 13.260/2016 foi aprovada às pressas com o único objetivo de satisfazer a comunidade internacional, uma vez que o Brasil sediaria as Olimpíadas do Rio de Janeiro em agosto de 2016.

O primeiro exemplo deste direito penal expansionista a ser analisado e que, diga-se de passagem, tem se infiltrado em nossa legislação, é o do seu artigo 2º, *caput*, da referida lei antiterrorismo.

²⁷ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

²⁸ Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

²⁹ Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Na esteira de Ferrajoli, “o direito penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 426).

O princípio da lesividade, segundo Ferrajoli, está intimamente ligado com a formação do moderno Estado de Direito, fruto da Revolução Iluminista, e que forjou o direito penal liberal.

Este direito penal, de caráter mínimo, tem como premissa básica a defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos que se reputam os necessários e/ou fundamentais.

Em sua origem, afirma que o objeto do delito tinha como escopo a proteção de um direito subjetivo da pessoa. Em uma “reação antiiluminista e antigarantista”, o significado de proteção do objeto do delito se amplia passando para aquilo que o Estado acha interessante proteger, desaparecendo as teorias de proteção de bens jurídicos individuais para aquilo que é da vontade do Estado, alargando-se o seu âmbito de intervenção até se alcançar as situações de perigo abstrato ou presumido. Apenas após a Segunda Guerra Mundial, o conceito de bem jurídico recuperou seu caráter garantista, contudo, resquícios de uma legislação penal autoritária e supressiva de direitos ainda permeia o ordenamento jurídico, principalmente o pátrio (FERRAJOLI, 2014, p. 430).

Neste sentido

(...) tem-se produzido uma ampliação indeterminada do campo do designável como bens tutelados, mediante a utilização de termos vagos, imprecisos ou, o que é pior, valorativos que derogam a estrita legalidade dos tipos penais e oferecem um amplo espaço à discricionariedade e à criação judicial. Pense-se, para citar apenas dois exemplos, nos diferentes delitos associativos ou nas variadas figuras de periculosidade social. Em terceiro lugar, temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação,

expressada por fórmulas como “atos preparatórios”, “dirigidos a”, ou “idôneos a por em perigo” ou semelhantes. (FERRAJOLI, 2014, p. 436).

Analisando, portanto, a Lei 13.260/2016 em cotejo com os ensinamentos de Ferrajoli, conclui-se que o legislador ordinário, ao determinar no *caput* do art. 2º, que o terrorismo praticado com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a peigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública, utilizou-se da técnica da incriminação de condutas de perigo abstrato e que se mostra insustentável, pois importa a presunção do resultado, violando frontalmente o princípio da lesividade.

Ferrajoli propõe que em situações em que inexista um perigo concreto, sendo este presumido apenas lei, e que se castiga apenas a mera desobediência ou que haja a violação legal por uma conduta, *a priori*, inócua, que haja uma reestruturação, com arrimo no princípio da lesividade, para delitos de lesão ou, ao menos, para de perigo concreto, caso seja necessária uma tutela antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2014, p. 440). Alerta, contudo, que, nos delitos contra a segurança do Estado, e o terrorismo não é nada mais que isso, impossível transformar certos comportamentos em figuras de perigo concreto sem adentrarmos no perigoso direito penal do autor ou do inimigo, como sugere Gunther Jakobs em sua teoria funcionalista do delito.

Este sistema penal de autor, alerta Ferrajoli não proíbe nem regulamente condutas. Leva em conta apenas as condições pessoais, restando neutralizadas todas as garantias penais e processuais (FERRAJOLI, 2014, p. 98).

Além disso, neste sistema em que o paradigma é o inimigo

fórmulas elásticas e de sentidos variados que se prestam, pela sua indeterminação empírica e pela sua conotação subjetiva e valorativa, a serem usadas como caixas vazias a darem corpo a hipóteses sociológicas ou a teoremas político-históricos elaborados a partir da personalidade dos imputados ou da

interpretação ideológica e conspiratória do fenômeno terrorista (FERRAJOLI, 2014, p. 758).

Logo, o princípio da lesividade deve ser utilizado para reduzir o âmbito de atuação do direito penal ao mínimo necessário, não podendo e tampouco se prestar a regular condutas abstratamente perigosas, como as narradas no art, 2º *caput*, da Lei 13.260/2016, característica legislação penal intervencionista.

Outra característica do direito penal expansionista – a antecipação do impunível para o punível -, o artigo 5º da Lei Antiterrorismo, por sua vez, prevê a possibilidade de responsabilizar a prática de atos preparatórios daquilo definido pela lei como sendo terrorismo, cuja pena é correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Segundo Bitencourt, é no pensamento do homem que se inicia o movimento delituoso, e a sua primeira fase é a ideação e a resolução criminosa (BITENCOURT, 2013, p.530). Este caminho que o crime percorre desde o seu nascimento na cabeça do autor até a sua efetiva consumação, é conceituada pela doutrina de *iter criminis*. Ele é composto de uma fase interna (cogitação) e de uma fase externa (atos preparatórios, executórios e consumação).

A cogitação, por se tratar de uma mera ideia, sem qualquer possibilidade de lesão ao bem jurídico não é objeto de interesse do direito penal.

Os atos preparatórios, por sua vez, correspondem aos atos indispensáveis para a prática da infração penal. Em regra, os atos preparatórios não são puníveis, uma vez que o nosso Código Penal exige o início da execução. Excepcionalmente, o legislador, levando em conta o valor do bem jurídico tutelado, em relação à própria perigosidade da ação ou simplesmente à perigosidade do agente, antecipa a tutela do direito penal, como no crime em comento. Não se exige, portanto, a prática de nenhum ato de execução, bastando a realização de um ato preparatório para autorizar a responsabilização do agente (BITENCOURT, 2013, p. 531)

Em apurada crítica, MARTINELLI e BEM (2016) afirmam que o conceito de terrorismo, como visto acima, mesmo na sua forma consumada não é tarefa das mais

simples, quanto mais a sua forma tentada. Para tanto afirmam que é extremamente grave ficar a juízo do intérprete a configuração de uma ato preparatório de terrorismo.

De outra banda, entendem que o artigo 5º da Lei Antiterrorismo viola flagrantemente o princípio da proporcionalidade.

De acordo com Martinelli e Bem

Na lei não há preceito que regule tratamento punitivo diverso à tentativa. Logo aplica-se a regra geral contida no Código Penal (art. 12). Com efeito, a tentativa de qualquer das condutas conjugadas (parágrafo 1º com o *caput* do art. 2º) poderão ser punidas de forma mais branda que um mero ato preparatório dessa mesma ação. Veja-se que o máximo de diminuição de pena pela tentativa corresponde a dois terços, ao passo que a redução pela prática de atos preparatórios e, no máximo de metade. Tal interpretação, parece uma afronta ao princípio da proporcionalidade (MARTINELLI; BEM, 2016)

Assim, tendo em vista a diferença de gravidade entre atos preparatórios e atos executórios, o correto seria a declaração de inconstitucionalidade artigo 5º da Lei 13.260/2016 com a aplicação de regra de diminuição de dois terços prevista no art. 14, II do Código Penal.

De mais a mais, ao utilizar-se da expressão “atos preparatórios”, o legislador utilizou-se de elemento extremamente genérico dificultando o alcance do tipo penal e que, por consequência, viola o princípio da legalidade, que é princípio reitor do sistema penal e que se encontra inserido no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição da República³⁰ e reafirmado pelo art. 1º do Código Penal³¹.

³⁰ **XXXIX** - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

³¹ **Art. 1º** - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

O princípio da legalidade ocupa, portanto, um ponto central no sistema de garantias formulado por Luigi Ferrajoli. Enquanto mera legalidade nada mais é do que exigência de lei como condição necessária para a tipificação de uma conduta como criminosa e para a imposição de uma sanção, a legalidade estrita exige outras garantias e que estão inscrita nos seguintes axiomas: *nulla lex poenalis sine necessitate; sine injuria; sine actione; sine culpa; sine iudicio; sine accusatione; sine probatione e sine defensione*).

Como afirma BRANDÃO (2014, p. 190), o princípio da legalidade marca o início do direito penal científico, pois, a partir dele, houve uma limitação do *jus puniendi* estatal. E esta limitação da intervenção penal não é apenas característica de um direito penal liberal, mas também faz parte do próprio conceito do Estado Democrático de Direito. (BRANDÃO, 2014, p. 188-189).

Assim,

é vedado ao direito penal, no âmbito do Estado Democrático de Direito, efetuar proibições gerais e associar a elas uma pena, sem que exista a individualização da conduta proibida, isto é, sem que esta conduta se torne molde de uma ação determinada, à qual se comina uma pena (BRANDÃO 2014, p. 49).

Neste diapasão, não restam dúvidas de que o princípio da legalidade deve promover a segurança jurídica e cuja forma de aplicação permita aos integrantes da sociedade a compreensão de seu conteúdo, técnica que não foi utilizada pelo legislador ordinário quando da redação do art. 5, da Lei Antiterrorismo.

CONCLUSÃO

Para se concluir, é cediço que a expansão do direito penal é a tônica da sociedade de risco, característica da pós-modernidade. Um dos motivos desta expansão pode ser atribuído ao surgimento de novos riscos, oriundos do progresso industrial e tecnológico

pelo qual a humanidade vem passando nos últimos anos. O outro é o sentimento de insegurança da população.

Por sua vez, a mídia exerce papel fundamental na disseminação do medo. Na busca por audiência, ela escolhe quais os crimes noticiar e, de forma sensacionalista, explora a delinquência, abordando a questão de forma superficial, além de propugnar por um direito penal máximo, em que o acusado de um delito é sempre culpado e que não merece que os seus direitos sejam respeitados.

Aproveitando-se igualmente do sentimento de insegurança, tanto o Legislativo e o Executivo atuam com intuito exclusivamente eleitoreiro. Em quase a totalidade dos casos, verifica-se que o Legislativo, ao tipificar condutas como crime ou agravar as penas dos delitos já existentes, atua mediante a demanda popular que clama a cada dia que passa por uma legislação mais punitivista. O Poder Executivo não leva em conta outras áreas do conhecimento na tomada de decisões políticas, relegando ao segundo plano a análise da complexa estrutura organizacional brasileira, contribuindo em muito para este expansionismo penal.

Assim, o direito penal, que tem como um de seus princípios basilares a subsidiariedade, deixa de ser *ultima ratio*, tornando-se a *prima* ou *sola ratio*, sendo utilizado como solução para todas as condutas que, a princípio, poderiam ser resolvidas no âmbito do direito civil, mediante indenização pecuniária, ou, até mesmo, na esfera administrativa.

A partir de tais premissas, observa-se que o direito penal tem-se utilizado de comportamentos que antecipam comportamento impunível do punível; a tipificação aberta; normas penais em branco e crimes de perigo abstrato.

Neste panorama de insegurança insere-se o terrorismo. O primeiro grande desafio do estudioso no que diz respeito ao terrorismo cinge-se ao seu conceito. Não há consenso sobre sua conceituação, existindo diversas definições em várias áreas do conhecimento. O direito internacional tampouco conseguiu definir o que é terrorismo, cabendo a doutrina fazê-lo ou, ao menos, tentar fazê-lo. O terrorismo pode ser entendido como um ato violência que, com fins políticos, ideológicos ou religiosos, é cometido contra uma comunidade de pessoas.

O Brasil, nos últimos anos, sediou dois grandes eventos esportivos mundiais: a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro em 2016.

Até então, não tínhamos legislação antiterrorista, sendo que os atos considerados terroristas eram tratados pela Lei de Segurança Nacional nº 7.70/83. E, após sofrer grande pressão da comunidade internacional, o Brasil publicou a Lei nº 13.260/2016 que disciplina o terrorismo.

Referido diploma legal, em seu artigo 2º, *caput*, pune crimes de perigo abstrato, importa a presunção do resultado, violando frontalmente o princípio da lesividade.

O artigo 5º, por seu turno, viola o princípio da proporcionalidade ao equiparar as penas dos atos preparatórios a dos atos consumados. E, ao utilizar-se da vaga expressão “atos preparatórios”, igualmente viola o princípio da legalidade, princípio reitor de um direito penal científico e que faz parte do conceito de Estado Democrático de Direito.

Não somos contra uma legislação antiterrorismo, até mesmo porque o assunto é grave e é necessário o seu debate. O que não pode ser feito, como de fato ocorreu, é a sua discussão açodada com a publicação de uma legislação simplesmente para satisfazer a pressão de organismos internacionais.

O direito penal deve tutelar os novos riscos deste novo modelo de sociedade em que a segurança é o seu ponto nevrálgico, no entanto, tal fato não justifica a intervenção penal de maneira antecipada e excepcional, como única forma de controle social, e que relativiza os princípios mais caros do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Gláucio Roberto Brittes de. Terrorismo: A face mais cruel das organizações criminosas In: MESSA, Ana Flávia. CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. Coordenadores). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral, vol. 1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e Proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal – Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2014

BRASIL. Lei nº. 13.260/2016. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

CALLEGARI, André Luis. WEBBER, Suelen. **O Mito do punir mais é melhor: reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia**. In: IBCCRIM. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 07 de julho de 2017.

CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. **Lei Antiterrorismo traz imprecisões ao direito penal e relativiza garantias**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-nov-19/lei-antiterrorismo-traz-impresicoes-direito-relativiza-garantias>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

CAVALCANTI, Sabrinna Correia Medeiros, GOMES, Olívia Maria Cardoso. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/x7eG0d1rOWz9PuPg.pdf> Acesso em 9 de novembro de 2016.t

COSTA, José de Faria. **Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 81, 2009, págs. 36-47

DEL MONTE, Thaís. **Reflexos das novas formas de criminalidade nos princípios limitadores do poder punitivo estatal**. In: Revista de Estudos Jurídicos, Ano 16, n.23, p. 285-309, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. ANDRADE, Andressa de Paula. CARVALHO, Érika Mendes de. **A recepção político-criminal da precaução e os rumos do direito penal contemporâneo**. In: Revista de Ciências Penais, nº 15, 2011, p.394-418.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **Sociedades de riscos e poder de polícia: Da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador.** In: Revista de Ciências Penais, nº 15, 2011, p.13-35.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. Terrorismo Internacional e Globalização: A reestruturção do sistema internacional. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coordenador). **Terrorismo e Direito: Os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas Político-Jurídicas.** Rio de Janeiro: Forense. 2003

LYRA, José Francisco Dias da Costa. **A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a *alopoesis* do direito penal.** In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 95, 2012, p. 239-272.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. BEM, Leonardo Schmitt de. **Os atos preparatórios na nova lei “Antiterrorismo”.** Boletim do IBCCrim nº 2284, ano 24, julho, 2016.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. **A criminalidade na sociedade pós-moderna.** In: Revista de Ciências Penais, nº 5, 284-304.

OLIVEIRA, Rodrigo Szuecs. **Da sociedade de risco ao direito penal do inimigo: tendências de política criminal**

PELLET, Sarah. O desafio da comunidade internacional frente ao terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coordenador). **Terrorismo e Direito: Os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas Político-Jurídicas.** Rio de Janeiro: Forense. 2003

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal – Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SOUKI, Hassan Magid de Castro. **Terrorismo e direito internacional: reflexões acerca do papel do Conselho de Segurança das Nações Unidas, da Corte Internacional de Justiça e do Tribunal Penal Internacional na repressão do fenômeno terrorista no século XXI.** Belo Horizonte, 2007.

SOUZA, Bernardo de Azevedo. BERTONI, Felipe Faoro. **A cultura do medo e a (in)segurança do direito penal.** In: Revista Jurídica, nº 433, novembro/2013, págs. 87/106

SOUZA E SILVA, Gustavo Henrique de. **O princípio da legalidade e o direito penal econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

WOLOSZYN, André Luís. **Terrorismo Global: aspectos gerais e criminais**. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2010.

YOUNG, Reuven. **Defining Terrorism: The Evolution of Terrorism as Legal Concept in International Law and its Influence Definition in Domestic Legislation**. 29 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 23 (2006), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol29/iss1/3>. Acesso em 13 de jun. de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique **Manual de Direito Penal Brasileiro: vol1** – Parte Geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAPATERO, Luis Arroyo. **A harmonização internacional do Direito Penal: ideias e processos**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 84, 2010, págs. 49-76

SELEÇÃO GENÉTICA E EUGENIA: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO PROJETO DE LEI 5398/2013¹

Marcela Verdade Costa Amaral

Resumo: A eugenia surgiu como ciência em meados do século XIX, fomentando inúmeras pesquisas sobre a determinação genética da moral e saúde física. Grandes estudiosos eugênicos esboçaram guias de características físicas que indicavam uma degeneração do caráter; identificavam também etnias que não julgavam sadias, determinando, assim, formas de higienização da raça humana para a seleção de uma elite que se reproduziria, acelerando a evolução da espécie. O estudo eugênico fora marcado por diversos acontecimentos que materializavam as teorias da época, como a definição de um estereótipo de ‘degenerados’ e posteriormente o reconhecido holocausto. Atualmente, a tentação eugênica não se esvaiu, continua evoluindo discretamente, mas de maneira sofisticada, contando com o progresso dos estudos da engenharia genética e dos laboratórios de alto padrão e adentrando as esferas jurídicas em nome ‘humanidade’ e da ‘justiça’. As graves marcas deixadas pelas tentativas eugênicas sucedidas pelas convenções internacionais sobre a proteção dos seres humanos não encerraram as atuações e estudos na área da eugenia. O projeto em questão visa analisar a amplitude da proteção constitucional à pessoa humana, alcançando a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais diante procedimentos eugênicos, pautando a análise no estudo do Projeto de Lei 5398/2013 que propõe aumento da pena dos crimes de estupro e a castração química como único meio de progressão de regime e aumenta, modificando artigos do Código Penal, de autoria do Deputado Federal Jair Bolsonaro. Neste estudo, propõe-se verificar se esta proposta de lei é ou não condizente com Constituição Federal Brasileira. Se constatado o posicionamento constitucional contra as práticas eugênicas, o projeto se direcionará a perceber a capacidade bastante ou insuficiência do ordenamento jurídico

¹ Projeto de Iniciação Científica individual apresentado à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), curso de graduação em Direito. Fomento do Ministério da Ciência, Tecnologia e Informação (CNPq). Orientado pelo Prof. Dr. Roberto Baptista Dias da Silva.

brasileiro em proteger o bem pretendido. A primeira parte pesquisa se desenvolve pelo método dedutivo e estudo bibliográfico, a partir de produções científicas e acadêmicas, e já a segunda parte baseia-se em uma metodologia empírica de análise de caso.

Palavras-chave: biodireito; bioética; direitos fundamentais; eugenia; seleção genética; proteção constitucional; proteção da pessoa.

1. INTRODUÇÃO

1.1. O conceito de eugenia

O termo eugenia foi criado em 1883 por Francis Galton² que o definiu como “o estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente”. A eugenia surgia como uma nova disciplina, baseada no estudo das descobertas genéticas e na teoria da evolução das espécies de Charles Darwin³, considerando como base a transmissão de características pelos genes.

Renato Kehl explica que “a objetivação do ideal eugênico e a obtenção de sucesso dos homens estão na união em torno de uma “religião – de fundamentos científicos – para alcançar a felicidade de um futuro apanágio da saúde, alegria, da beleza; [...]. Esse ideal é o de Galton – essa religião é a eugenia”. Nesse sentido, define eugenia de forma emblemática, “é curta, seus fins são imensos: é a ciência do aperfeiçoamento moral e físico da espécie humana⁴”.

² Uma das contribuições de Galton ao campo da estatística consistiu justamente nos conceitos de correlação e regressão da transmissão das características físicas e mentais. Para uma análise da influência do trabalho estatístico na eugenia (cf. Cowan, 1972).

³ Francis Galton era filho de Samuel Tertius Galton (1783-1844) e Frances Ann Violeta Darwin (1783-1874); sua mãe era neta de Erasmus Darwin, que por sua vez era avô de Charles Darwin, donde se estabelece o parentesco entre Galton e Darwin. Ver "Ancestry of Francis Galton".

⁴ Renato Kehl em *Melhoremos e prolonguemos a vida*, 1923, p. 17.

Cesare Lombroso, Alfred Pichou, Espe de Metz e Brioux⁵ se destacavam dentre os diversos estudiosos que pretendiam delinear as características de uma “elite da espécie”. O método proposto era a identificação dos degenerados, loucos, delinquentes ou portadores de qualquer vício que deveriam ser excluídos da composição da espécie.

Os eugenistas, também chamados de “assassinos da Belle Epoque” por Pierre Darmon, objetivavam a aceleração artificial do processo de seleção da espécie, estudado por Darwin, delineando uma série de características desejáveis e outras dignas de repúdio. O estudo não atingia apenas o campo da medicina genética, mas também a o do direito, por acreditarem que determinados traços físicos eram indicadores de delinquência e loucura, podendo, aos especialistas, a identificação e “controle” dos degenerados.

A eugenia se apresentava em três vertentes: positiva, preventiva e negativa, e Kehl as explica. A Eugenia Positiva pretendia “inverter e superar a quantidade de deformados” a partir da eugeniização da população. Isto é, uma metodologia que deveria impedir o casamento entre desejados e indesejáveis, permitindo apenas aos casamentos entre pessoas sadias, cultas, brancas e estimulando grande “procriação”.

A Eugenia Preventiva tem como finalidade combater os fatores opostos aos do homem, garantindo “a higidez humana do corpo e alma”. Por meio de exame pré-nupcial “recomenda-se o aborto dos anormais, doentes, degenerados, tarados”. Também se diz “preciso prevenir o suicídio e combater o uso de substâncias psicoativas, tais como o álcool, a morfina e a cocaína”, além de máxima higiene para evitar qualquer doença transmissível.

Por fim, a Eugenia Negativa que se constituía na identificação dos “degenerados” e sua esterilização. Os eugenistas da época sustentavam que se tratava de um método para permitir o casamento para aqueles indesejados.

1.2. Eugenia e seu desenvolvimento histórico

⁵ Os autores são citados por Pierre Darmon, em seu livro que narra a Exposição Universal de Paris de 1889, como os principais nomes da medicalização do crime. (Darmon Pierre. Médicos e Assassinos da Belle Epoque. 18 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p.196).

A ideia de Galton se disseminou pelo mundo ocidental e as escolas de estudos eugênicos cresciam pela Europa, a notar a Eugenics Education Society, na Inglaterra, Société Française d'Eugénique, na França, promovendo as teorias de higienização humana. O surgimento de revistas⁶ que publicavam artigos sobre o tema marcou a popularização das teorias em seus países de veiculação – França, Inglaterra, URSS, Brasil, Estados Unidos, Alemanha Nazista, dentre outros.

Apesar de a eugenia ter se originado na Europa, foi do patrocínio de grandes instituições nos EUA que o movimento eugenista europeu obteve reconhecimento. Conforme demonstra Edwin Black, “os EUA estavam prontos para a eugenia, antes que a eugenia estivesse pronta para os Estados Unidos⁷”.

Os Estados Unidos tinham como prática histórica a extinção dos “insignificantes” ou “indesejados”, começando ao fim da escravidão com a consolidação das instituições de cariz racista, como a Ku Klux Klan. Com o fenômeno da imigração e demissões em massa das indústrias no pós-primeira-guerra, distúrbios raciais e rivalidades étnicas irromperam nas cidades. O movimento eugenista emergiu nos EUA para combater as contradições existentes no interior do país.⁸

Os principais financiadores do movimento eugenista foram magnatas industriais travestidos de filantropos que acreditavam nos princípios biológicos de vertente eugenista, como meios para solucionar alguns dos “problemas” sociais do período. Destacam-se o alemão Alfred Krupp, dono de uma indústria de aço e armas; E. H. Harriman, membro de uma família proprietária de poderosa empresa de ferrovia dos

⁶ Darmon Pierre menciona a existência de uma revista de eugenia na França, na Bélgica, no Brasil, na URSS, na Tchecoslováquia, na Dinamarca, três na Itália e nos países baixos, quatro na Inglaterra e nos EUA e dez na Alemanha. (cf. Darmon Pierre. Médicos e Assassinos da Belle Epoque. 18 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p.198).

⁷ Conforme, BLACK (2003, p. 120), a Fundação Rockefeller financiou o movimento eugenista não somente nos EUA, mas, ainda, nos países do continente europeu, especialmente na Alemanha e França. No que tange aos EUA. “Inicialmente, as contribuições de Rockefeller somaram apenas 21.650 dólares, em especial, destinados a pagar as despesas dos pesquisadores de campo. Mas, as entidades filantrópicas de Rockefeller, altamente estruturadas, doaram mais que dinheiro; elas proveram pessoal e suporte organizacional, e também a visibilidade do próprio nome”.

⁸ Weber Lopes Góes analisa os principais investimentos financeiros na época da implantação do modelo de produção denominado Taylorismo, no qual cada indivíduo deve cumprir sua tarefa no menor tempo possível, privilegiando o menor tempo nas etapas de produção em massa.

EUA; Carnegie, detentor de indústria de aço; Rockefeller, da indústria de petróleo; Draper, da indústria têxtil.

Em 1910, o biólogo norte americano defensor da eugenia Charles B. Davenport fundou o Eugenic Records Office com a missão de enviar trabalhadores de campo a prisões, hospitais e asilos para coletar dados sobre os antecedentes genéticos dos assim considerados defeituosos. Paralelamente, haviam cursos de eugenia em mais de 350 faculdades e universidades do país, que alertavam jovens americanos privilegiados para seu dever reprodutor⁹ e competições entre famílias mais “qualificadas” em feiras por todo país.

Defensores da eugenia norte americana faziam *lobby* para criar leis que impedissem a reprodução de pessoas com genes indesejáveis, surgindo leis de esterilização compulsória na maioria dos estados americanos, “resultando em mais de 60 mil americanos geneticamente “defeituosos” esterilizados¹⁰”.

Em 1933, a Alemanha Nazista promulga a “lei de proteção contra o aumento das doenças hereditárias”, tendo o Estado uma posição definida no combate aos degenerados. A lei não gerou espanto, já que os países nórdicos, a Suíça, a França e os Estados Unidos mantinham fortes condutas eugênicas negativa¹¹, elogiando, inclusive, a conduta alemã. Baseado na teoria da existência de uma “raça superior” e na “necessidade de limpeza social”, manchetes de jornais divulgavam “esterilizem os desqualificados!”. Em Mein Kampf, havia a fé na eugenia:

“A exigência de que os deficientes sejam impedidos de propagar uma prole de deficientes como eles é uma exigência da mais clara razão e, se sistematicamente executada, representa o mais humano dos atos da humanidade. Poupará milhões de 16

⁹ Kevles, In the name of Eugenics, p. 89

¹⁰ Michael J. Contra a perfeição. p. 79

¹¹ Existem duas correntes eugênicas: a positiva e a negativa. Enquanto a positiva propõe a melhoria genética a partir de casamentos de pessoas selecionadas, a negativa visava diminuir o número dos seres não-eugênicos ou disgênicos com a limitação ao casamento e procriação daqueles degenerados. Sandel, p. 51.

desafortunados de sofrimento desmerecido e conseqüentemente levará a uma melhoria da saúde como um todo¹².

As pretensões da antropologia criminal, da determinação genética da criminalidade e da moral não restavam apenas nos livros como estudos utópicos. Os governos eram responsáveis por executá-las numa barbárie que passou a desafiar o próprio racionalismo humano. A esterilização compulsória dos “degenerados” foi a primeira etapa que se sucedeu por perseguições e assassinato em massa, resultando no cruel marco do genocídio comandado pelos nazistas.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o mundo encontrava-se em plena desordem quanto aos direitos das pessoas e o poder dos Estados, havendo então, como recomendação para os Estados-membros das Nações Unidas e toda humanidade, a Declaração Universal de Direitos Humanos fixando que o respeito da dignidade da pessoa humana seja o princípio básico do direito de caráter universal.

No entanto, as práticas norteadas pela eugenia não desapareceram por completo após as recomendações de direitos humanos. Em alguns países, como Alemanha e Reino Unido, subsistiram por anos práticas de castração de homossexuais; na Suécia, a castração se estendia a todas as pessoas consideradas inaptas.

Atualmente, os aconselhamentos genéticos antecipam os cenários de “Admirável Mundo Novo¹³” e a seleção de características físicas e mentais de indivíduos deixa de ser apenas uma hipótese de um futuro distante para estar presente na atual prática da biomedicina e das clínicas especializadas em seleção e implantação de embriões. Tais procedimentos originados do Projeto Genoma, em 2000, se apresentam como consoantes e protetivos aos Direitos Humanos, fantasiando uma total ruptura com o histórico eugenista.

¹² Hitler apud Sandel, *Contra a perfeição*. p. 80

¹³ O livro *Admirável Mundo Novo* foi escrito por Aldous Huxley em 1932 que passou a integrar, em 1942, o Centro para Estudos Humanos, criado por intelectuais antes da guerra, com a finalidade de favorecer a aplicação das ciências da natureza à resolução de problemas sociais

Não diferentemente, a castração que esteve muito presente ao longo da história eugenista se articula para uma reconstrução de seu conceito, retomando o estigma do direito canônico do caráter retributivo e vingativo da pena, que advém da confusão entre as noções de crime e pecado, para se apresentar como pena proposta aos criminosos – degradados sociais – em proteção à sociedade.

Cabe a este estudo a averiguar se a castração é pena que ainda resguarda o caráter eugenista negativo ou se trata apenas de permissão intrínseca no inconsciente coletivo do uso de tortura aos criminosos, muito comumente, ligado a preceitos da moral religiosa frente aos crimes sexuais.

2. A EUGENIA E A CASTRAÇÃO

2.1. Histórico da castração

A castração tem sua origem histórica na Antiguidade, época em que vigorava a máxima “olho por olho e dente por dente” da Lei de Talião, determinando que o autor de um crime deveria receber como pena um dano igual ou semelhante ao que havia praticado. Autores de crimes sexuais eram penalizados com castração, que, segundo Bubeneck, era realizada majoritariamente pela técnica de esmagamento.

Um pouco adiante na linha histórica, verifica-se a utilização da castração como forma de impor humilhação aos inimigos vencidos na guerra. Neste momento, já se pode identificar uma dinâmica de pensamento semelhante à higienista desenvolvida séculos depois. Os vencidos de guerra eram considerados inferiores aos ganhadores que contariam a história da guerra e destacariam a fraqueza dos inimigos. Os higienistas, da mesma forma, eram renomados integrantes da burguesia, aqueles que escreviam a história a ser contada e nela criava o estereótipo dos “degenerados” que, como perdedores de guerra, nunca seriam ouvidos. A humilhação imposta aos inimigos era também o primeiro registro de prática que se assemelha a eugenia negativa.

Já no século XX, a ideia de Galton se disseminou e a castração era utilizada com o objetivo de purificar a raça, a eugenia negativa. Os degenerados eram identificados e

esterilizados; a teoria se vendia como a salvação para as gerações futuras e inclusive pra própria geração, já que os degenerados poderiam, então, usufruir o direito ao casamento.

O princípio que regia a sociedade da época era de que o degenerado se afastava da conceituação e proteção atribuída às pessoas – *hall* composto apenas pelos aptos aos padrões higienistas. A castração, portanto, era a faceta que possibilitava o casamento ao inapto, que não gozava do direito a esta instituição.

Como explicitado no capítulo anterior, a eugenia de Hitler propunha a esterilização em massa dos degenerados, promulgando lei de esterilização compulsória, como os Estados Unidos e inúmeros outros países europeus. A cultura da eugenia negativa se disseminava com força de religião, marcando a crueldade do século XX.

Deste mesmo modo, são atualmente construídas as propostas de castração química no Brasil. O ponto de partida é que o condenado já não possui direitos como qualquer outro cidadão, mais precisamente o condenado por crime sexual perde além da sua liberdade de locomoção a sua percepção aos olhos da sociedade como pessoa humana titular de direitos.

Nesta construção de desumanização do condenado por crime sexual, novas punições são facilmente vistas como favores oferecidos ao condenado para que usufrua de direitos que, na verdade, lhe são inerentes. Como o caso prático da Lei 5398/2013 que condiciona o direito de todo preso à progressão de regime a uma nova punição: a castração química.

2.2. Eugenia na atualidade

A eugenia do século XXI é chamada de “privatizada” ou “de livre mercado”¹⁴. Em Cingapura, o governo, notando que mulheres mais bem-educadas tinham menos filhos do que as que tinham pouca educação formal, investiu em políticas para incentivar pessoas com nível universitário a terem filhos, como aulas de namoro, serviço estatal de namoro on-line, passeios românticos gratuitos de barco e incentivos financeiros. Por outro

¹⁴ Michael J. Sandel. Contra a perfeição. p. 84

lado, oferecia a mulheres de baixa renda e instrução educacional uma quantia para dar entrada em apartamento de baixo custo em troca de submissão à esterilização. Verificase o Estado agindo para, respectivamente, a eugenia positiva e negativa.

Muito se fala sobre os bancos de sêmen e mercado de óvulos que são formas atuais de “prática reprodutiva em que a antiga eugenia se encontra com o novo consumismo¹⁵”, permitindo que pais comprem gametas com as características genéticas que desejam para os filhos. Essa é uma forma que resguarda incerteza sobre as efetivas características da prole, mas que retrata o mercado da possibilidade de escolha das características do “pai” ou “mãe”, baseado na exclusão das características indesejáveis.

Com o projeto Genoma e o mapeamento do DNA, a escolha das características da prole tornou-se muito mais precisa, surgindo um mercado de seleção genética, o mercado que permite a manipulação da própria natureza do ser humano.

É possível executar o Diagnóstico Pré-Implantacional em ciclos de fertilização *in vitro*. Os embriões em desenvolvimento no laboratório de Reprodução Humana são biopsiados no terceiro ou quinto dia de evolução. No terceiro dia, é retirado um blastômero (célula) para análise por meio de hibridização *in situ* por sonda fluorescente (FISH), que analisa os principais cromossomos relacionados a malformações conhecidas (de 5 a 9 cromossomos). Já na biópsia embrionária de quinto dia (blastocisto) é feita a análise de todos os cromossomos e de mais de uma célula (6 a 10 células), já que o embrião tem cerca de 100 células nesta fase, permitindo a retirada de um número maior, sem comprometer a qualidade embrionária. As células são enviadas a um laboratório de genética que analisa e libera o resultado em cerca de 24 horas, permitindo a seleção e transferência dos embriões desejados ao útero materno¹⁵.

A técnica transpõe o aconselhamento genético que conscientiza os pais das possíveis alterações genéticas devidas a grau de parentesco, idade, etc. Consiste em selecionar apenas as características vistas como dignas de comporem o DNA das gerações

¹⁵ Essa definição técnica foi retirada do site de clínica particular que oferece tal procedimento <http://www.vidabemvinda.com.br/blog/134-diagnostico-pre-implantacional-pgd/>

futuras, destacando ainda mais os portadores de alterações genéticas físicas e mentais frente ao preconceito existente na sociedade.

O filme *Gattaca*¹⁶ de 1997 já destacava a possibilidade de surgir uma elite dotada de características físicas e mentais superestimadas e uma maioria desprovida economicamente e, por consequência, de um DNA selecionado.

Porém, dentre tantas inovações tecnológicas do século XXI, ainda sobrevivem técnicas de castração e aborto seletivo, típicas do século passado. É necessário atentar-se as novas tecnologias atuantes em prol da eugenia, mas também manter-se alerta quanto ao reaparecimento das técnicas da antiga eugenia¹⁷.

2.3. Surgimento de uma “elite geneticamente selecionada”

As descobertas genéticas e a possibilidade de surgimento de uma elite geneticamente selecionada compõem tema que se apresenta ao mesmo tempo como uma promessa e um dilema¹⁸. Rapidamente, é possível delinear qual seria a proposta: seleção de características genéticas, como identificação de doença genética no diagnóstico pré-implantacional e seleção do gene sadio para a locação genética, como, também, melhoramento das capacidades físicas e cognitivas com tratamento genético. Todas essas capacidades apresentam-se como um caminho reduzido e mais efetivo na busca de algumas potências que contam, na atualidade, com dedicação contínua e excessiva, como o caso de atletas que desejam alcançar determinado patamar de habilidade física; e o dilema: o recém descoberto conhecimento genético também pode permitir a manipulação da nossa própria natureza, rompendo com o paradigma construído por toda história humana de que o nascimento era uma dádiva da natureza, da qual o homem não teria capacidade de influir?

Diante do dilema que se estabelece, surge um mal-estar difícil de ser articulado que se materializa em argumentos de refutação da seleção genética. Porém, usualmente,

¹⁶ GATTACA. Direção: Andrew Niccol. EUA, 1997.

¹⁷ Michael J. Sandel. *Contra a perfeição*. p. 90

¹⁸ Michael J. Sandel. *Contra a perfeição*. p. 19

os argumentos são reproduzidos sem um prévio questionamento e entendimento profundo da matéria articulada, o que não explica, de fato, o mal-estar do homem diante a seleção genética.

Neste sentido, [David Resnik](#) e [Daniel Vorhaus](#) enumeram quatro argumentos que são comumente reproduzidos como teorias de refutação¹⁹, sendo eles: modificação genética e liberdade humana (liberdade dos indivíduos, visto a seleção dos seus genes e o determinismo sobre habilidades escolhidas, gerando expectativa dos pais e a impossibilidade de futuro plenamente livre); modificação genética e a talento (neste argumento, vê-se o nascimento como dádiva, sob o controle Deus ou da natureza. O homem não pode ter uma atitude de dominação perante aquilo que “nos foi dado”, por demonstrar a não valorização das dádivas das potências e conquistas humanas); modificação genética e autenticidade (no ser humano escolhido geneticamente, seus talentos e habilidades individuais deixam de ser apenas suas); e modificação genética e unidade (a seleção genética e as técnicas de clonagem e reprodução interferem na individualidade e identidade única de cada ser humano).

Conforme expressam os autores, estes argumentos são, em geral, reproduzidos de forma mecânica, sem profundidade e sem questionamento que, por si, não justificam de maneira contundente o mal-estar que surge acerca das intervenções da ciência genética. Porém, estas construções argumentativas apontam a um caminho a ser analisado mais minuciosamente. Habermas, filósofo político alemão, profundamente consciente acerca da história da eugenia na Alemanha, posiciona-se contra exames embrionários e manipulação genética para melhoramentos de ordem não medicinal e apresenta interessante argumentação que “se apoia apenas em premissas liberais e não necessita convocar nenhum conceito espiritual ou teleológico”²⁰.

Habermas, assim como John Rawls, acredita que as pessoas nas sociedades pluralistas modernas discordam quanto a questões morais e religiosas, devendo uma

¹⁹ David B Resnik and Daniel B Vorhaus. Genetic modification and genetic determinism. p.2.

²⁰ Michael J. Sandel. Contra a perfeição. p. 91

sociedade justa não assumir posicionamentos destes tipos. Neste sentido, Charles Fedhaus muito bem explica a argumentação de Habermas:

“A terapia gênica altera o limite entre a natureza e liberdade, entre o acaso e a decisão que estão à base dos nossos critérios de valor. Quando deslocamos a fronteira entre aquilo que é naturalmente indisponível e o reino da liberdade afeta a estrutura geral de nossa experiência moral. A mudança da auto compreensão ética causada pela terapia gênica, principalmente na linha de aperfeiçoamento, impede de nos enxergarmos como únicos autores de nossa própria história de vida e nascidos sob as mesmas condições. Habermas enfatiza que este argumento não é um argumento baseado na cautela e na moderação, como parece sugerir o argumento da ladeira escorregadia, mas sim, um argumento baseado no dano causado a auto compreensão normativa dos seres humanos. Ou seja, “queremos mesmo caminhar na direção de uma eugenia liberal, que ultrapassa objetivos rigorosamente terapêuticos?” (p. 39, n).

Em segundo lugar, Habermas se dedica à questão da dignidade humana e a dignidade da vida humana, em especial da vida humana pré-pessoal do embrião utilizado nas pesquisas da biotecnologia moderna. A terapia gênica e o DGPI suscitam a questão acerca da admissibilidade ou não de uso de embriões exclusivamente para pesquisa. A discussão atual tem se orientado pelo modelo de padrão e infrutífero do debate acerca da permissão ou não do aborto, a saber, uma discussão acerca do estatuto moral da vida humana pré-pessoal. As posições conservadoras (Pro-Life) defendem uma proteção absoluta do embrião fertilizado. Já, os liberais (Pro-Choice) defendem o direito de autodeterminação da mãe acerca de decisões que afetam o seu corpo. Mas, enfatiza Habermas que “as mesmas

convicções normativas não dão origem às mesmas tomadas de partido” (p. 42) no caso em questão aqui.

Além disso, ocorreria uma quebra da simetria e uma limitação da responsabilidade moral. À base da objeção habermasiana está uma distinção entre a ‘educação’ e a ‘programação genética’. No caso da educação, seria possível uma revisão por parte do indivíduo (filho). Uma auto compreensão revisória poderia, posteriormente, compensar a responsabilidade assimétrica na relação pais e filho, porém isso não seria possível no caso da manipulação genética. Àquele que estiver descontente com seu código genético manipulado somente restaria o fatalismo ou o ressentimento diante da atitude dos pais. Entretanto, examinar a argumentação habermasiana exigiria um exame cuidadoso dessa tese que a seleção genética não permite revisar a decisão dos pais e a educação permite”²¹.

Para Habermas, a intervenção para melhoria genética viola os princípios liberais de autonomia e igualdade. “Viola a autonomia porque os indivíduos geneticamente programados não podem encarar a si mesmos como os “únicos autores de sua própria história de vida” e prejudica a igualdade na medida em que destrói “as relações essencialmente simétricas entre seres humanos livres e iguais ao longo das gerações”²². Porém tal argumentação ainda reside na superfície do mal-estar.

Para atingir o mal-estar em seu epicentro, Habermas denota que a alteração genética modifica a natureza do nascimento humano, aproximando-se de uma fabricação e essa nova dinâmica vai de encontro a uma construção milenar de que o homem não controla a dádiva do nascimento. Neste sentido, Sandel pondera que a ciência e suas descobertas avançam mais rapidamente do que a compreensão moral da sociedade²³,

²¹ Charles Feldhaus. O Futuro Da Natureza Humana De Jürgen Habermas: Um Comentário. p. 313

²² Habermas apud Sandel, Contra a perfeição. p. 91

²³ Sandel, Contra a perfeição. p.54

gerando uma sensação de desamparo que culmina no mal-estar da sociedade mediante estes aspectos da ciência.

Habermas destaca a violação do princípio da liberdade humana quando diz “vivenciamos nossa própria liberdade tendo como referência algo que, pela própria natureza, não está a nossa disposição [...] é necessário imputar nossas origens a um início que escapa ao controle humano”²⁴.

A alteração da ordem natural do genoma humano, base para o surgimento de uma elite geneticamente selecionada, se vê em descompasso com a moral construída ao longo da história da sociedade humana. Para a compreensão da dinâmica descompassada da alteração genética e da moral sobre a condição humana, seria necessário retomar os primeiros e mais profundos estigmas da moral, percurso que não será conduzido neste estudo.

Superado o sentimento menos racional que estava presente nas bases das teorias de refutação, pode-se discutir nas linhas racionais a pertinência da seleção genética. Para isso, retomamos o conceito de eugenia. “Eugenia designa o conjunto de técnicas que favorecem a propagação de genes considerados benéficos (eugenia positiva) ou que desfavorecem a propagação de genes considerados maléficos (eugenia negativa)”²⁵.

A seleção genética não pode ser imputada somente ao caráter positivo ou negativo da eugenia, isso por resguardar traços que favorecem a propagação de genes e traços que os desfavorecem, dependendo da sua adequação aos conceitos “bons” e “ruins”.

Resta clarividente que a seleção genética é forma de melhoramento eugênico da espécie, por pretender a extinção de traços “defeituosos” e a seleção artificial da elite. Da mesma forma, outras atuações eugênicas atuam ao melhoramento da espécie por base na seleção de características físicas ou mentais analisando o fenótipo parental, seja pelo modo positivo a incentivar casamentos “desejáveis”, seja pelo modo negativo a esterilizar os “degenerados”.

²⁴ Junger Habermas. O futuro da natureza humana. p.58-59

²⁵

Portanto, seja a seleção genética o modo aprimorado de exercer a antiga eugenia, nas mesmas bases, por meio de mecanismos mais avançados e precisos. Assim, vincula-se o descarte de genes “indesejados” à castração de pessoas “indesejáveis”. A eugenia, em seu conceito amplo, é prática vedada implicitamente pelo ordenamento jurídico interno. Nesse sentido, assevera Luiz Edson Fachin:

A vedação constitucional à discriminação em razão de sexo, idade, cor, raça ou religião, aliada ao princípio da igualdade configuram parcela substancial da proteção jurídica da dignidade humana, fundada no respeito aos atributos pessoais, à liberdade, à integridade e à autonomia corporal. Sustenta aquela vedação a tutela do direito à vida, exigindo garantia universal e igualitária para sua promoção, proteção e recuperação, e obstam qualquer forma de eugenia”²⁶.

Considerados os mecanismos de seleção genética, é posto incentivo ao racismo e apartamento entre integrantes da mesma sociedade de acordo com habilidades, partindo do pressuposto que a isonomia não deve prevalecer sobre os objetivos de melhoria da raça humana.

Portanto, a afetação negativa aos princípios da liberdade, igualdade e a autonomia individual marca o desrespeito das práticas eugenista aos preceitos constitucionais brasileiros, além dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, resultando na impossibilidade de existência e atuação eugênica diante o ordenamento jurídico brasileiro.

3. ANÁLISE DE CASO DO PROJETO DE LEI 5398/2013

Luís Archer. O progresso da genética e o espírito eugênico. p. 74.
26 Fachin, Luiz Edson. Discriminação por motivos genéticos. P. 1.

3.1. O Projeto de Lei 5398/2013 e suas propostas

O Projeto de Lei 5398 proposto na Câmara dos Deputados em 2013 pelo deputado Jair Bolsonaro prevê o aumento da “pena para os crimes de estupro e estupro de vulnerável” e “exige que o condenado por esses crimes conclua tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual como requisito para obtenção de livramento condicional e progressão de regime”²⁷.

A primeira mudança proposta é ao art. 213 do Código Penal: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso” que de pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos passa a “9 (nove) a 15 (quinze) anos, assim como dos tipos previstos nos parágrafos seguintes” e em relação ao art. 217-A do mesmo código “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos” passa a pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos para “de 12 (doze) a 22 (vinte e dois) anos”, aumentando significativamente as penas.

A segunda mudança “nos casos dos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedido [o livramento condicional] se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual”.

A terceira e última alteração seria em relação Lei nº 8.072, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, propondo que seja redigido o parágrafo 2º do artigo 2º nos termos: “A progressão de regime [...] se reincidente específico nos crimes previstos nos artigos 213 e 217-A, somente poderá ser concedida se o condenado já tiver concluído, com resultado satisfatório, tratamento químico voluntário para inibição do desejo sexual”.

Como visto, o Projeto de Lei 5398/2013 pretende o aumento desproporcional das penas de reclusão para os crimes de estupro e estupro de vulnerável, além do

²⁷Explicação da ementa do Projeto de Lei 5398/2013, retirado do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=572800> (último acesso em Julho 2017).

condicionamento do livramento condicional e da progressão de regime à conclusão do tratamento de castração química com o medicamento Depo-Provera.

Este tipo de proposta ganha força com o discurso sobre a perda do controle sobre a marginalidade, havendo necessidade de repressão de determinados crimes de forma drástica e, nesse sentido, “está tomando corpo a voz daqueles que defendem a repressão de determinados crimes de forma considerada brutal no rompante de que "algo precisa a ser feito" e que "os fins justificam os meios"²⁸.

3.2. Projetos de lei no Brasil e a ineficácia e a desproporcionalidade da medida de castração química

É recorrente no Brasil a propositura de projetos de lei que pretendem o controle da criminalidade sexual a partir da castração química, considerando emergencial o estado da criminalidade. Como dito anteriormente, as proposições que surgem mediante crimes de conotação sexual pretendem uma resposta rápida e de contenção absoluta da criminalidade que não se vê controlada pelo Estado. A justificativa de todas as propostas de castração química são semelhantes e demonstram a falta de conhecimento sobre o procedimento proposto.

Em 2002, a Câmara dos Deputados propôs, em nome de Wigberto Tartuce do PPB-df, o Projeto de Lei nº 7021 para modificação dos artigos 213 e 214 (atualmente revogado) do Código Penal Brasileiro, fixando a pena de castração com recursos químicos para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ou seja, haveria substituição da pena de retenção para a castração química.

Em 2007, o Senado Federal apresentou, por Gerson Camata, filiado ao PMDB/ES, a proposta de lei 552/2007 que permite a castração química para autores de estupro e abuso sexual contra crianças e adolescentes e propõe alteração do termo castração química para supressão hormonal.

²⁸ HEIDE, Márcio Pecego. Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro. p. 2.

O então senador Crivela justificou “a terapia química não seria uma pena cruel, mas que teria como propósito tornar possível o retorno do pedófilo ao ambiente social, para que ele possa, superada sua patologia biológica, retomar suas ações sociais (de interesse geral), sem constituir um perigo para os outros”²⁹.

As práticas de abuso sexual são problemas crônicos e multifacetários que remetem à estrutura precária do Brasil em diferentes campos de atuação, como biológica, médica, social e, principalmente, educacional. Pelas justificativas formuladas, percebe-se que o legislador considera tais práticas de abuso sexual como resultantes unicamente do fator biológico, inferindo que, com a castração química não haverá reincidência da prática criminosa.

Nota-se, também, uma tentativa de adequação aos apelos midiáticos da ineficácia do sistema carcerário pelo legislador. Embora escassos no Brasil os trabalhos sobre reincidência criminal, a taxa é indicada como alta, sendo comumente veiculada nas mídias a falência do sistema carcerário que não projeta bons resultados. Assim, apresenta-se uma proposta diversa que, pouco discutida, é construída como mais eficaz, gerando menor resistência social.

A carência de conhecimento do legislador culmina na superficialidade da medida proposta que se faz tanto ineficaz quanto descabida juridicamente. A efetividade da medida punitiva não reside na exposição ou prejudicialidade do condenado, mas na profundidade e complexidade da afetação das causas influenciadoras ou permissivas do crime. Comprovado por casos relatados, o condenado esterilizado que não quer de fato sua recuperação é capaz de praticar crimes sexuais, demonstrando a ineficácia da medida.

Quanto ao descabimento jurídico, medidas pretendidas são fundamentalmente superficiais, apresentando maior preocupação com a punição do criminoso do que uma consciência ampla dos fatores que resguardam a prática de crimes sexuais para sua legítima prevenção. Será analisada adiante a inconstitucionalidade da castração química

²⁹ Excerto do Relatório subscrito pelo Senador Marcelo Crivela, da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, sobre o Projeto de Lei do Senado n. 522 de 2007. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/75771.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2010

em face dos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal brasileira e também a contrariedade aos princípios e normas de Tratados Internacionais.

Pode-se dizer, ainda, que a medida é desproporcional. A proporcionalidade³⁰ – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive *due process of law* – acha-se vocacionada a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais³¹.

A regra da proporcionalidade³² é composta por três sub-regras ordenadas de acordo com a subsidiariedade existente entre elas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é a fase em que se verifica se a medida proposta fomenta o fim pretendido; a necessidade verifica a existência de outras medidas que fomentem o fim na mesma intensidade, sendo necessária a medida menos danosa; e por fim a proporcionalidade em sentido estrito que consiste no sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva³³.

Para analisarmos a proporcionalidade da medida de castração química é preciso identificar o direito que se pretende defender que é a segurança da sociedade frente à possibilidade de reincidência de crime sexual por condenado. A primeira etapa desta análise é a adequação. A castração química fomenta o impedimento à reincidência do condenado e visto que uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido, a castração química é adequada.

A segunda etapa consiste em verificar a existência de outras medidas que possam promover o fim pretendido com igual ou maior intensidade. Como exposto anteriormente,

³⁰ O termo princípio, na expressão princípio da proporcionalidade, é empregado com o significado de "disposição fundamental", e essa é a acepção mais corrente do termo "princípio" na linguagem jurídica pátria. Cf. José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, p. 95

³¹ A decisão da medida cautelar na ADIn 1407-2

³² Alexy afirma que os sub-elementos da proporcionalidade "devem ser classificados como regras", e cita como entendimento semelhante a posição de Haverkate (Cf. Görg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaats, p. 11), segundo a qual a forma de aplicação da proporcionalidade e de suas sub-regras é a subsunção.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002: p. 23.

a castração química é medida ineficaz por se propor a impedir fisicamente o condenado a praticar crimes de ordem sexual, quando este ainda é capaz de praticá-los. Assim, a esterilização fomenta o fim pretendido com pouca intensidade. Outras medidas apresentam-se muito mais efetivas a não reincidência do condenado como muito menos danosas, por exemplo, psicoterapia e acompanhamento cognitivo comportamental. Portanto, a castração química não é medida necessária.

Tratando-se de análise pela regra da proporcionalidade, a subsidiariedade das sub-regras não contaria com a análise da proporcionalidade em sentido estrito, porque a medida já seria desproporcional. Mas, considerando que a medida fosse necessária, passaremos a análise da última sub-regra.

A proporcionalidade em sentido estrito é a ponderação racional dos direitos confrontados. Pois bem, a medida de castração química lesiona fundamentalmente liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), além de inúmeros outras garantias que serão tratadas no tópico 4. O direito tutelado, em tese, é proteção à segurança pública (art. 6º). Ainda que a segurança pública fosse beneficiada pela medida proposta, um nível menor de proteção não justifica o atentado direto à dignidade da pessoa humana proposto, restando contrária à proporcionalidade em sentido estrito e, desta forma, medida desproporcional³⁴.

3.3. Castração – procedimento eugênico?

Neste momento, alguns pontos restaram claros acerca da castração química: tal procedimento é amplamente contrário aos preceitos constitucionais e, portanto, não poderia ser penalidade adotada pelo sistema jurídico brasileiro; também é medida desproporcional conforme análise feita anteriormente. Constatou-se, além disso, a linha histórica eugênica da castração química.

³⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais 798, 2002: p.27.

Para a discussão do caráter eugênico ou não da castração química é preciso distinguir a ação, o objeto, a intenção e o resultado e, assim, relacioná-los a medida de sua relevância.

A ação da castração química é aniquilar uma potência humana, qual seja, a sexualidade de um indivíduo. O objeto é a sexualidade na sua expressão de intimidade, de saúde, de individualidade. A intenção pela proposta de legislação em análise é o rompimento com a reincidência em crimes de ordem sexual. Por fim, o resultado é o impedimento a reprodução de determinada ordem de indivíduos, de “degenerados sexuais”.

A intenção descrita pelo legislador ao propor a castração química parece se restringir a uma tentativa “de última medida” para impedir a reincidência criminal. Aqui não discutiremos a efetividade da medida, como já foi feito, mas nos restringiremos a afastar da análise a intenção declarada da castração, já que esta não apresenta resultado diverso por conta daquela.

A castração química culmina necessariamente na afetação íntima do indivíduo, em sua infertilidade. Não importa ser primária ou secundária a consequência da infertilidade pela castração química, importa ser o resultado atingido e a ausência da prole dos submetidos a tal medida punitiva.

De modo semelhante, em 1927, a Suprema Corte dos Estados Unidos defendeu a constitucionalidade das leis de esterilização no famoso caso *Buck vs. Bell* que envolvia uma mãe solteira que fora internada em uma clínica para deficientes mentais e submetida à esterilização. O juiz Oliver Holmes escreveu em favor da permanência da lei de esterilização:

“Já vimos mais de uma vez que a nação pode exigir as vidas dos melhores cidadãos. Seria estranho se não pudesse exigir esses sacrifícios menores daqueles que já sugam a energia do Estado [...]. Será melhor para o mundo inteiro se, em vez de esperar para executar por crime a prole dos degenerados, ou de deixar que morram de fome por conta da sua imbecilidade, a sociedade

impedir que as pessoas manifestadamente inadequadas continuem a reproduzir. [...] Três gerações de imbecis já é o bastante”³⁵.

Desta forma, entende-se que a castração química é procedimento eugênico por atuar como mecanismo de eugenia negativa, impedindo os “degenerados de ordem sexual” de reproduzir. Em outras palavras, há uma atribuição de indignidade a possível prole dos condenados por crimes sexuais, sendo rejeitada por poder reproduzir a genética ascendente.

A castração como pena não deixa de ser uma permissão do uso de tortura aos criminosos, que encontra sua base de formação nos preceitos da moral religiosa, especialmente tratando-se de crimes sexuais. Esta faceta da castração não anula, no entanto, o caráter eugênico da punição.

É possível perceber que, com a condenação do indivíduo por crime sexual, ocorre também a sua desumanização. O indivíduo desumanizado não parece, aos olhos da sociedade, digno de proteção como qualquer outro indivíduo, podendo ser submetido a pena mais cruéis ou degradantes. Tal percepção é claramente equivocada, pois o indivíduo condenado por crime sexual deverá responder nos limites da lei, percebendo seus direitos fundamentais garantidos, bem como a sua dignidade.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. Dignidade da pessoa humana

Habermas defende a fundamental distinção entre a dignidade humana e a dignidade da vida humana. A diferenciação é básica para se situar as garantias e os riscos das ações em prol da dignidade em um mesmo contexto discursivo entre pessoas iguais. “A dignidade humana representa uma condição moral ou jurídica que marca as relações

³⁵ Michael J. Sandel. Contra a perfeição. p. 50

entre sujeitos portadores de direitos e deveres, mutuamente imputáveis e circunscritos a um mesmo contexto normativo”³⁶. A dignidade da vida humana, por sua vez, “transborda os limites das práticas morais acordadas e remonta tanto a estágios pré-pessoais, em que os indivíduos estão ainda em formação, quanto a condições em que a vida se esvaiu. A vida humana antecede a construção dos contextos morais de interação e solicita uma concepção de dignidade própria, mais abrangente e menos específica que o termo definido como dignidade humana”³⁷.

Neste estudo, abordaremos a conceituação da “dignidade humana” acima citada, ainda que a terminologia se apresente em seus desdobramentos. A dignidade da pessoa humana pode ser analisada com base nas três categorias dos conceitos práticos de Robert Alexy: axiológicos, deontológicos e antropológicos. Os conceitos axiológicos têm por base a ideia de bom. Os deontológicos, a de dever ser. Já os conceitos antropológicos estão associados a noções como vontade, interesse e necessidade³⁸.

Luis Roberto Barroso explica que “a dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. [...] Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico”³⁹.

Houve, nas últimas décadas, um movimento que tornou a dignidade da pessoa humana um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental e, como dito anteriormente,

³⁶ Jurgen Habermas. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal*. p.67

³⁷ Ibidem

³⁸ Robert Alexy. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2008: p. 145-6

³⁹ Luis Roberto Barroso. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. p.10.

dotada de valor deontológico, é posto na ordem jurídica. O Brasil, como Estado parte deste movimento, fixa no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 a fonte ética da dignidade da pessoa humana, sendo esta os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos econômicos, sociais e culturais comuns a todas as pessoas.

Em seu artigo 1º, a Constituição Federal torna expresso o conceito, nos termos em que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

Ingo Wolfgang Sarlet explica a dignidade da pessoa humana como “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos”⁴⁰.

Neste sentido, é possível presumir que a dignidade da pessoa humana opera como um super princípio, uma razão intrínseca e norteadora da existência do Direito a garantir o desenvolvimento das potências de cada ser humano integrante de uma comunidade. Flávia Piovesan assegura que “é no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa”⁴¹.

A proposta de Lei 5398/2013 impõe prejuízo a toda extensão da dignidade da pessoa humana, no que compreende “os direitos de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não-interferência do

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004. p. 92

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.60

Estado, pela não-discriminação, pela não-coerção e não-violência (dimensão típica dos direitos civis)”⁴².

Desta forma, é imprescindível que a ordem jurídica interna atue para garantir a efetividade da dignidade da pessoa humana e que, como super princípio, não encontre contrariedade no âmbito interno.

4.2. Os direitos fundamentais e garantias jurídicas afetados pela castração química

A castração ou esterilização é método físico ou químico de mutilação sexual que priva uma pessoa de sua capacidade reprodutiva, trazendo como efeitos indiretos depressão, queda de cabelo, perda de massa muscular, fadiga crônica, impotência sexual irreversível etc., medida proposta pelo Projeto de Lei 5398/2013.

O artigo 5º, inciso III da Constituição Federal brasileira dispõe que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Esta proteção tem origem na Resolução 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas que define o termo “tortura como qualquer ato pelo qual uma violenta dor ou sofrimento, físico ou mental, é infligido intencionalmente a uma pessoa, com o fim de puni-la por um ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido” e foi positivada pelo Brasil com base no Pacto San José da Costa Rica assinado em 1992.

O Pacto prescreve em seu art. 5º o Direito à integridade pessoal, enfatizando o respeito à integridade física, psíquica e moral. Assevera também que “ninguém será submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”. Ressaltando ainda que, a pessoa que estiver privada da sua liberdade deve ser tratada “com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”⁴³.

⁴² PIOVESAN, Flávia. Artigo direitos reprodutivos como direitos humanos.

⁴³ STF. Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. Notícias do STF. Nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 30 mai 2010.

O Tratado Internacional de Direitos Humanos assinado pelo Brasil, Pacto San José, é incorporado às normas internas com status de norma constitucional, com base no artigo 5º, parágrafos 1º e 2º, da CF, como sustenta Antônio Augusto Cançado Trindade que afirma os tratados de direitos humanos possuírem valor constitucional, no ordenamento brasileiro⁴⁴. Segundo Flávia Piovesan, “os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias, conclui-se que tais normas merecem aplicação imediata”⁴⁵ e, também, “a partir da entrada em vigor do tratado internacional, toda norma preexistente que seja com ele incompatível perde automaticamente a vigência”⁴⁶.

Portanto, assegurada por Tratados Internacionais e pela própria Constituição Federal Brasileira, é vedada qualquer prática de tortura ou ação que a ela se equipare. A castração química, por sua vez, apresenta-se como pena degradante equiparada à prática de tortura, pois, nas palavras de Pedro Pereira “priva de dignidades, torna vil, deteriora aquele que é submetido a ela. É ainda cruel, pois desumana, dolorosa, prejudica enormemente a vida daquele que a receba como parte da reprimenda”⁴⁷.

A Constituição Federal fixa em seu artigo 5º, inciso XLVII, a impossibilidade de existir penas de morte, de caráter perpétuo, de banimento e cruéis e, no inciso XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. A castração química é evidentemente contrária a estes preceitos constitucionais, sendo impossível a existência desta pena no Brasil devido ao seu caráter perpétuo e cruel e contrariar a integridade física e moral assegurada aos presos. Esta mesma garantia encontra respaldo também no Código Penal, artigo 38, que prescreve que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

⁴⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. Vol. I. 2ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.155.

⁴⁶ Ibidem p.156

⁴⁷ Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Parecer sobre o projeto de lei 52/2007. 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/56869.pdf>>. Acesso em: 30 mai 2010.

O inciso X da Constituição dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, o que também é contrariado pela pena de castração química que viola diretamente a intimidade, a vida privada e a honra do indivíduo.

A violação aos princípios da inviolabilidade e da integridade física do indivíduo foram descritos pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, em parecer sobre o projeto de lei 522/07 que muito se assemelha ao Projeto de Lei discutido neste estudo.

“A questão da possibilidade de tratamento químico de condenado por pedofilia em nosso sistema jurídico não é simples. Numa leitura apressada de nossas normas, poder-se-ia fugir do âmago do problema apenas relatando que o nosso sistema jurídico não autoriza violação à integridade física do condenado por parte do Estado.

(...) o indivíduo tem um direito que pode arguir contra o Estado. Tal direito individual consubstancia-se na idéia política de liberdade negativa: há fronteiras dentro das quais os homens são invioláveis, que impedem a imposição da vontade do Estado ou da de um homem sobre outro”.

No que toca à vedação do “*bis in idem*”, embora não esteja expresso no ordenamento jurídico brasileiro, é garantido no sistema jurídico-penal de um Estado Democrático de Direito, estabelecendo que ninguém será punido mais de uma vez pelo mesmo fato. A proposta da Lei 5398/2013 contraria severamente tal vedação, pois além da pena privativa de liberdade, o apenado seria instigado a aceitar outra punição, como pressuposto para obtenção de sua liberdade com maior brevidade, quando seria privado de sua liberdade de locomoção e integridade física, como exposto anteriormente.

A castração química como forma de remir a pena determinada pelo juízo fere não somente o “*non bis in idem*”, mas também a intenção do legislador de garantir a todos os presos pela progressão de regime fixada a ressocialização. A Lei 7.210/84 de Execução Penal (LEP) estabelece que as penas devem ser justas e proporcionais, além de

particularizadas, levando em conta a aptidão à ressocialização demonstrada pelo apenado por meio do estudo, do trabalho ou da literatura.

Ainda que se fizesse discutível a proposta de castração química do preso por crime de ordem sexual, matérias de direitos humanos são regidas por critérios próprios, como a vedação ao retrocesso, ou seja, uma norma nova não pode retroceder ou diminuir direitos conquistados em norma anterior. Também, pelo princípio “*pro homine*” que conduz ao diálogo entre as várias fontes normativas, prevalecendo sempre a norma mais favorável à pessoa humana, o que não permitiria a imposição da pena proposta.

A castração aponta contra o campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção e violência. É, portanto, cristalina a impossibilidade de se encaixar no ordenamento jurídico brasileiro qualquer medida punitiva capaz de lesionar tais garantias da própria Constituição, além de violar o valor intrínseco à condição de ser humano, qual seja, a dignidade.

4.3. Os direitos fundamentais e a possibilidade de renúncia

“Direitos fundamentais do homem” constitui expressão que, a partir de princípios de concepção do mundo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana, designa o conjunto de garantias positivadas no ordenamento jurídico de determinado Estado.

Os direitos fundamentais são, pelo seu desenvolvimento à sombra das concepções jusnaturalistas, inatos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis. Segundo José Afonso da Silva são também “direitos inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis”⁴⁸. No que tange à irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, José Afonso da Silva entende que “pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados”⁴⁹, porém este entendimento encontra-se mitigado.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

⁴⁹ Ibidem.

Por outro lado, Jorge Reis Novais explica que “a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual.” A renúncia, portanto, integra o próprio direito, sendo a faceta que caracteriza a diferença entre o direito e o dever.

A renúncia é manifestação das próprias garantias fundamentais da personalidade, da liberdade e da autodeterminação a desfrutar de um direito fundamental conforme a própria vontade, com intuito de preservar ou reconstruir a dignidade individual da pessoa humana.

Desta forma, a plenitude de um direito fundamental reside necessariamente na sua disposição pelo titular, seja a suprimir o direito previsto ou a exercê-lo nos termos positivos, não cabendo ao Estado restringir o exercício do mesmo. Nas palavras de Roberto Dias, “uma vez concretizada, a autonomia da vontade é como espelho das convicções individuais, ela se revelará como um direito que deverá ser respeitado”⁵⁰.

4.4. Trata-se de renúncia?

Renúncia, como explicitado anteriormente, é a capacidade do indivíduo em usufruir de seu direito em um todo, podendo, por convicções próprias, abdicar de determinado direito ou garantia. A proposta de lei 5398/2013, ao propõe a castração química, não oportuniza ao condenado a renúncia aos direitos fundamentais atingidos pelo ato da castração com base em nas livres convicções do titular do direito, mas condiciona a garantia à progressão de regime a uma segunda penalização.

Dizer que, ainda assim, prepondera a oportunidade de escolha do condenado é negar o estado de vulnerabilidade em que se encontra o preso no sistema carcerário

⁵⁰ SILVA, Roberto Dias e CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. Barcelona: Revista de Bioética y Derecho, 2016, p. 95.

brasileiro. Não há que se falar em renúncia quando a castração, com aparência de ato voluntário, busca, na realidade, impor ao condenado o dever de acatá-la para usufruir do direito à progressão de regime.

Isaiah Berlin explica o conceito de liberdade negativa, sendo um indivíduo livre na medida em que nenhum outro homem ou grupo interfira em suas atividades⁵¹. Neste sentido, uma escolha autêntica somente é possível, seja a exercer um direito de modo positivo ou renunciá-lo, na ausência de coerções que limitem a possibilidade de escolha do indivíduo.

5. CONCLUSÃO

O termo eugenia criado por Francis Galton⁵² em 1883 desenvolveu-se como religião do melhoramento moral e físico da condição humana. Com o patrocínio de grandes magnatas norte-americanos, o movimento eugênico encontrou condições para crescer pelo mundo e ganhar destaque entre as potências da época. A eugenia é um pensamento forte que se utiliza de bases lógicas e se vende assemelhado a uma evolução positiva e necessária. Como resultado de uma ambição desenfreada dos governos fascista e nazista, as medidas de eugenia negativa culminaram no genocídio judeu na Segunda Guerra Mundial.

Frente às atrocidades cometidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu com caráter universal a dignidade da pessoa humana – toda e qualquer pessoa deve ter sua dignidade física e moral respeitada por outras pessoas e por instituições e deve o Estado, além de respeitar a dignidade individual e coletiva como princípio básico, zelar e promovê-la em âmbito nacional.

A castração química prevista no projeto de lei 5398/2013 aparece como medida punitiva. Contrária às garantias do ordenamento jurídico brasileiro, as questões primeiramente suscitadas levam à discussão sobre a sua incompatibilidade com os

⁵¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade, p.259.

⁵² 1 cf. Cowan, 1972

direitos fundamentais e, paralelamente, discute-se a ineficácia da medida punitiva. Mas a questão eugênica que resguarda a temática não parece ser identificada com facilidade.

Este estudo se concentra em notar os vários desdobramentos das medidas eugênicas na atualidade, em especial de medidas que se apresentam desprovidas desse caráter eugênico, mas o resguarda. A eugenia da atualidade é a eugenia do passado que se utiliza da necessidade de controle da criminalidade para apartar os "degenerados" dos "sãos", acrescida da eugenia do futuro, com seleções artificiais para melhoramentos genéticos.

Percebemos que a Constituição brasileira e os tratados internacionais assinados pelo Brasil constroem um arcabouço de direitos e garantias contrário a todo tipo de discriminação e, assim, contrário à eugenia.

A castração química, além de medida ineficaz para impedir a reincidência em crimes de ordem sexual, é desproporcional, inconstitucional e inconvencional. É também medida eugênica e contrária à dignidade da pessoa humana.

6. BIBLIOGRAFIA

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. *O "direito" do condenado à castração química*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1593, 11 nov. 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira. *Direito humano subjetivo e personalidade: a dignidade do paciente frente aos riscos não informados*. Revista de Bioética y Derecho, 2015.

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro – genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil*. São Paulo: Geração, 2013.

ARCHER, Luís. *O progresso da genética e o espírito eugênico*. Cadernos

de Bio-Ética, Coimbra, n. 10, p. 73-81, 1995.

BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*. 1958.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos – A eugenia e a campanha norte-americana para criar uma raça superior*. São Paulo: A Girafa Editora, 2003.

CABRAL, Bruno Fontenele. *Discussão sobre a constitucionalidade da castração química de criminosos sexuais no Direito Norte-Americano*. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. Parecer sobre o projeto de lei 52/2007, 2009.

DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos da Belle Epoque*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

DIAS, Roberto. *Derechos fundamentales de los pacientes al fin de la vida: de la ética médica al proyecto de código penal brasileño*. Rivista di BioDiritto, n. 3/2015.

FELDHAUS, Charles. *O Futuro Da Natureza Humana De Jürgen Habermas: Um Comentário*. Ethic, Florianópolis, V.4, N.3, P. 309-319, Dez 2005.

FOUCAULT, Michel. *A história da loucura I*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

GARRIDO, Rodrigo Grazinoli; RODRIGUES, Eduardo Leal. *O banco de perfis genéticos brasileiros três anos após a lei nº 12.654*. Revista de Bioética y Derecho, 2015.

GATTACA. Direção: Andrew Niccol. [United States of America], Columbia Pictures Corporation, 1997. 106 min, son, color.

HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HAVERKATE, Görg. *Rechtsfragen des Leistungsstaats: Verhaeltnismaessigkeitsgebot und Freiheitsschutz im leistenden Staatshandeln*. Tübingen:

J.C.B. Mohr, 1983.

HEIDE, Márcio Pecego. *Castração química para autores de crimes sexuais e o caso brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1400, 2 maio 2007.

KEVLES, Daniel J. *In the name of Eugenics: genetics and the Uses of Human Heredity*. Cambridge: Harvard University, 1995.

KEHL, Renato. *Melhoremos e prolonguemos a vida*. São Paulo: Francisco Alves, 1923.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. 2ª ed. São Paulo: Cone, 2008.

MARQUES, Archimedes. *Crimes sexuais: da antiga cação para a moderna castração química*. 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*. 2004.

Projeto de Lei nº 5398 de 2013. Tramitação na Câmara dos Deputados.

Link

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1078354.

RESNIK, David B.; VORHAUS, Daniel B.. *Genetic determination and genetic determinism*. Harvard Law School, 2006.

REYNOLDS, Jesse. *A nova eugenia*. Z Magazine, 2002.

SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Roberto Baptista Dias da e Cappello, Thamires Pandolfi. *Renúncia*

a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. Rev Bio y Der. 2016;

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável.* Revista dos Tribunais 798, 2002.

STF. *Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos.* Nov. 2009.

ZATZ, Mayana. *Genética.* São Paulo: Globo, 2012.

O PERFIL DOS PRESOS ENCAMINHADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, OS CRIMES PRATICADOS E A TEORIA DA SELETIVIDADE PENAL

Pedro Magalhães Ganem

Carlos Eduardo Lemos

Resumo: Segundo os ensinamentos da criminologia crítica, especificamente da teoria da seletividade penal, os integrantes de um determinado extrato social têm mais possibilidade de serem acusados de praticar crimes do que aqueles de outros grupos sociais. Assim, à luz da audiência de custódia e da criminologia, surgiu a necessidade de conhecer e entender o perfil dos indivíduos presos na região metropolitana de Vitória, Espírito Santo, bem como dos crimes praticados. O questionamento a ser respondido no trabalho, portanto, é: o perfil dos presos encaminhados à audiência de custódia e os crimes por eles praticados correspondem à teoria da seletividade penal? Para obter a resposta da indagação realizada, necessário estudar as Escolas Penais Clássica e Positivista, compreender sobre o início da própria criminologia e abordar a teoria da seletividade penal e a do labeling approach, ou teoria do etiquetamento. Dentro dessas teorias foram estudados os processos de criminalização primária e secundária, além dos desvios primário e secundário, tudo para compreender melhor o funcionamento e a atuação da seletividade penal. Destacou-se que, em ambos os processos, a seletividade se faz presente, sendo no processo de criminalização secundária, principalmente pela atuação da Polícia, que há maior incidência dessa prática. Quanto aos desvios primário e secundário, demonstrou-se que basta a prática de um ato considerado criminoso para que o indivíduo receba uma “etiqueta” e seja estigmatizado e considerado um criminoso. Inclusive, verificou-se que a atuação do Estado sobre o indivíduo infrator gera uma reação por parte desse indivíduo, que será, muitas vezes, a causa da prática de uma nova infração, caracterizada pelo desvio secundário. Então, o Estado, representado por seus agentes, em

vez de agir de modo a evitar a prática de nova infração, em muitas situações acaba por incitar a reiteração criminosa. Após, o estudo passou para o Projeto Audiência de Custódia no Estado do Espírito Santo, que visa o encaminhamento do indivíduo preso a uma audiência para análise da legalidade da prisão, bem como da necessidade de sua manutenção ou aplicação de medidas cautelares diversas. Com essa base acerca das teorias voltadas à seletividade penal, verificou-se efetivamente o perfil das pessoas presas e encaminhadas à audiência de custódia, analisando-se os dados constantes nas audiências realizadas nos meses de agosto e setembro de 2015, mais especificamente às quintas-feiras, com a análise dos dados de 151 (cento e cinquenta e uma) pessoas. Ademais, utilizou-se a ferramenta de consulta processual disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para verificar a existência de antecedentes criminais em desfavor daquelas pessoas. A partir dessas informações, obteve-se resposta positiva ao problema dessa pesquisa, visto que os dados coletados corroboraram com a seleção realizada por meio dos processos de criminalização, demonstrando que a grande maioria daqueles que foram presos no período pesquisado eram integrantes das classes sociais mais baixas, moradores de periferia, sem ocupação laborativa formal, sem estudo completo e já havia sido preso anteriormente, ou seja, já tinha sido estigmatizada e “etiquetada”.

Palavras-chave: Escolas penais. Criminologia. Seletividade Penal. Audiência de Custódia. Prisão.

1 APRESENTAÇÃO

Como cediço, a ação penal tem a finalidade de apurar a prática de determinada conduta tipificada como criminosa, iniciando-se, geralmente, por meio de uma prisão em flagrante.

O Código de Processo Penal, ao tratar sobre esse tema, estabeleceu que o flagrante deverá ser imediatamente comunicado a um juiz, de modo a analisar a legalidade do ato, bem como a necessidade de manutenção da restrição à liberdade ou se há a possibilidade de substituí-la por outras medidas cautelares diversas.

Com o objetivo de efetivar essas determinações legais, surgiu o Projeto Audiência de Custódia, no qual as pessoas presas em flagrante são encaminhadas no prazo de 24 horas a uma audiência para as análises devidas.

Outrossim, segundo ensinamentos da criminologia crítica, mais especificamente da teoria da seletividade existente no Sistema Penal, integrantes de um determinado extrato social têm mais possibilidade de serem acusados de praticar crimes do que aqueles que integram outros grupos sociais.

Dessa feita, à luz da audiência de custódia e dos ensinamentos da criminologia, surgiu a necessidade de buscar conhecer e entender o perfil dos indivíduos presos em flagrante na região metropolitana de Vitória, Espírito Santo, bem como dos crimes por eles praticados.

Assim, nasce o questionamento a ser respondido nesse trabalho: o perfil dos presos encaminhados à audiência de custódia e os crimes por eles praticados correspondem à teoria da seletividade penal?

Para obter a resposta da indagação realizada é necessário estudar as Escolas Penais Clássica e Positivista e assim compreender sobre o início da própria criminologia, abordar a própria criminologia moderna, a teoria da seletividade penal e a do *labeling approach*, ou teoria do etiquetamento.

Importante mencionar que é preciso estudar, dentro das teorias aludidas, os processos de criminalização primária e secundária, além dos desvios primário e secundário, para entender com mais exatidão o funcionamento e o momento de atuação da seletividade penal.

Realizada a base acerca das teorias voltadas à seletividade penal, é essencial verificar efetivamente qual o perfil das pessoas presas e encaminhadas às audiências de custódia realizadas nos meses de agosto e setembro de 2015, mais especificamente aquelas realizadas às quintas-feiras dentro dos referidos meses.

Ademais, com a utilização da ferramenta de consulta processual disponibilizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, verificar-se-á a existência de antecedentes criminais em desfavor daquelas pessoas.

Destarte, realizada a análise mencionada, é possível obter a resposta do problema dessa pesquisa, com a compilação de dados, tais como: idade, escolaridade, moradia, profissão, crimes praticados, dentre outras contidas nos autos.

2 AS ESCOLAS PENAIS – O SURGIMENTO DA CRIMINOLOGIA

As Escolas Penais, conforme o que será visto no decorrer deste tópico, são as diferentes correntes do pensamento jurídico que fazem parte da história do Direito Penal e da criminologia, voltadas para questões como o delito e a sua natureza, o direito de punir, a função das penas, dentre outros assuntos.

Pode-se afirmar que as Escolas mais importantes para os assuntos tratados neste trabalho são a Clássica e a Positivista, as quais serão individualmente abordadas no decorrer do texto.

2.1 A Escola Clássica

A Escola Clássica é considerada, para muito, a pioneira, antecedente da criminologia moderna, tratando das “teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica” (BARATTA, 2011, p. 32).

Importante mencionar que foram os autores da Escola Positivista que criaram a nomenclatura “Escola Clássica”, com o objetivo de passar um sentido de ultrapassado, de forma pejorativa, e que possibilitou identificar e agrupar os pensadores da época (MIRABETE, 2008, p.20).

Essa escola, com ideias enraizadas no Iluminismo (SHECAIRA, 2004, p. 76), “caracteriza-se por ter projetado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria de se indagar, apenas, quanto à racionalidade da lei” (SHECAIRA, 2004, p. 90).

Alguns autores se destacam, tais como Jeremy Bentham (Inglês), Alsekm von Feuerbach (Alemão) e Cesare Beccaria (Itália). (BARATTA, 2011, p. 32)

Um dos principais expoentes da época foi o autor Cesare Bonesana, também conhecido como Beccaria, o qual tinha uma base claramente contratualista, de modo a considerar que “a origem das penas encontra-se no contrato social e na necessidade de defendê-lo dos ataques particulares” (ANITUA, 2008, p. 160/161).

Beccaria acreditava que não havia mais espaço para a pena como forma de vingança, devendo estar pautada na utilidade, de forma a servir como prevenção do crime; bem como que a autoridade, quando pratica um ato desnecessário contra o indivíduo, comete uma tirania; além de que a sanção que não visa garantir o contrato social não é útil (ANITUA, 2008, p. 162).

Segundo se vê na obra mencionada de Cesare Beccaria, a pena deve possuir uma finalidade:

[...] os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patícios do caminho do crime. Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos crimes, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão eficiente

e mais perdurável e, igualmente, menos cruel no organismo do culpado. (BECCARIA, 2008, p. 49)

Outro importante doutrinador foi Carrara, com sua obra intitulada *Programa Del corso di diritto criminale* (1859), o qual tratou de estudar o crime em si mesmo, afastando-se do criminoso. Desse modo, o delito era uma infração às leis do Estado e era impulsionado por dois tipos de força, constituídas pela força física, compreendida pela ação corporal e pelo resultado do delito; e pela força moral, representada pela vontade de quem pratica o crime, ou seja, seu livre arbítrio (MIRABETE, 2008, p.20).

Dessa feita (BARATTA, 2011, p. 38),

O delito, como ação, é para Carrara e para a Escola clássica um ente jurídico qualificado, possuidor de uma estrutura real e um significado jurídico autônomo, que surge de um princípio por sua vez autônomo, metafisicamente hipostasiado: o ato da livre vontade de um sujeito.

Pode ser afirmado, ainda, que a Escola Clássica via o direito penal como forma de defesa da sociedade (defendendo-a do crime) e não como meio de intervenção e consequente modificação sobre o próprio delinquente (BARATTA, 2011, p. 31).

Então, para essa escola, aquele que pratica um delito não é diferente daquele que não pratica, tratando-se apenas da opção individual de infringir as normas estabelecidas.

Desse modo, a pena deixa de ser violenta, vingativa, e passa a ter a função de prevenir o crime, visando a proteção e manutenção do contrato social.

2.2 A Escola Positivista

No tocante à Escola Positivista, “a primeira fase de desenvolvimento da criminologia”, refere-se às teorias nascidas no continente europeu (no final do século

XIX e início do século XX), com nítidas inspirações na filosofia e na psicologia advindas do positivismo naturalista (BARATTA, 2011, p. 29).

Para esta escola, o crime deixa de estar relacionado exclusivamente com o livre arbítrio, conforme entendido pelos Clássicos, e passa corresponder a fatores sociais ou psicológicos, adstrito às forças (exteriores e interiores) atuantes no indivíduo (SMANIO, 2010, p. 44).

Portanto, “As novas justificativas teriam como objeto de estudo não mais a sociedade nem o Estado nem as leis e nem como eles afetavam os indivíduos, [...]” (ANITUA, 2008, p. 297).

A criminalidade poderia ser explicada, então, por meio da “anormalidade individual do autor do comportamento delinqüencial”. Portanto, os estudos passam a ser direcionados ao comportamento desviado e individual, o qual teria “uma base patológica no próprio indivíduo que o adotava” (ANITUA, 2008, p. 297).

Cesare Lombroso é considerado por grande parte dos autores como um dos precursores da Escola Positivista, visto ter revolucionado o Direito Penal com seus primeiros estudos criminológicos, sendo considerado, com a sua obra *Homem delinquente* (1876), o “fundador da criminologia moderna” (SHECAIRA, 2004, p. 73).

Lombroso, e sua Antropologia Criminal, tinha a atenção voltada principalmente para o estudo do delinquente sob o aspecto biológico. Foram suas pesquisas que possibilitaram o avanço dos estudos do crime e do criminoso, bem como do que hoje é chamado de Criminologia, mesmo levando em conta todos os exageros contidos na teoria lombrosiana (MIRABETE, 2008, p.21).

Destaca-se, ainda, que “Lombroso afirmava ser o crime um fenômeno biológico e não um ente jurídico (como sustentavam os clássicos), razão pela qual o método que deve ser utilizado para o seu estudo havia de ser o experimental (indutivo)”, bem como “ser o criminoso um ser atávico que representa a regressão do homem ao primitivismo. É um ser selvagem que já nasce delinquente” (SHECAIRA, 2004, p. 96).

Tem-se, ainda, como destaque dessa Escola o autor de nome Henirque Ferri, italiano, discípulo de Lombroso, que destacava a relevância de “um trinômio casual do delito: os fatores antropológicos, sociais e físicos (MIRABETE, 2008, p.23).

Apesar de ser discípulo de Lombroso, a perspectiva analisada por Ferri “voltava-se para as ciências sociais, com uma compreensão mais larga da criminalidade, evitando-se o reducionismo antropológico do iniciador da escola positivista italiana” (SHECAIRA, 2004, p. 99).

Outra característica importante é a nítida influência do racismo nas teorias positivistas, principalmente quando se referem ao “homem delinquente”, entendido como sendo aquele indivíduo diferente, pertencente a outra “raça”, o qual era totalmente contrário daqueles ditos “normais” (ANITUA, 2008, p. 297).

Essa “diferença”, nada mais era do que a demonstração da inferioridade com que eram tratados aqueles que infringiam as normas, de forma totalmente preconceituosa e racista, sendo que pensamentos como esses “foram dominantes por um longo período entre nós” (SHECAIRA, 2004, p. 108).

No tocante às penas, os positivistas entendiam que elas deveriam ser adequadas às características individuais de cada delinquente, isto é “deveriam ajustar-se ao grau de periculosidade social de cada indivíduo e isso seria transferido para a idéia de 'tratamento', que permitiria um maior controle das condições internas de prisões e manicômios” (ANITUA, 2008, p. 299).

Deve ser mencionado que os fundamentos positivistas ainda possuem relevância nos dias de hoje,

Não só porque a orientação patológica e clínica continua representada na criminologia oficial, mas também porque as escolas sociológicas que se desenvolveram, dos anos 30 em diante, especialmente nos Estados Unidos, contrapondo-se como 'sociologia criminal' à 'antropologia criminal', continuaram por muito tempo e ainda em parte continuam a

considerar a criminologia sobretudo como estudo das causas da criminalidade. (BARATTA, 2011, p. 30)

Pode-se afirmar, em síntese, que os princípios básicos da Escola Positiva são:

- 1 O crime é fenômeno natural e social, sujeito às influências do meio e de múltiplos fatores, exigindo o estudo pelo método experimental.
- 2 A responsabilidade penal é responsabilidade social, por viver o criminoso em sociedade, e tem por base a sua periculosidade.
- 3 A pena é medida de defesa social, visando à recuperação do criminoso ou à sua neutralização.
- 4 O criminoso é sempre, psicologicamente, um anormal, de forma temporária ou permanente. (MIRABETE, 2008, p.23)

Destaca-se que, “não obstante as considerações de natureza penal dos clássicos terem sido importantes, são os positivistas que trazem as principais contribuições” para a criminologia (SHECAIRA, 2004, p. 127).

Então, enquanto a escola clássica está com suas ideias enraizadas na “razão iluminista”, a escola positivista se apresenta com ideias firmadas “na exacerbação da razão confirmada por meio da experimentação” (SHECAIRA, 2004, p. 76).

Da mesma forma, enquanto os clássicos voltaram suas atenções para o fenômeno, encontrando o crime, os positivistas observaram os autores do fenômeno e encontraram o criminoso (SHECAIRA, 2004, p. 76).

Desse modo, ambas as escolas “são distintas faces da moeda iluminista, tese e antítese que não podem superar essa relação dialética de oposição senão quando

produzem a síntese; e esta é muito diferente dos fatores que lhe deram origem” (SHECAIRA, 2004, p. 76).

3 A SELETIVIDADE PENAL – TEORIA DO LABELING APPROACH – TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Após o estudo sobre as Escolas Penais, necessário abordar temas mais específicos da criminologia, como as teorias da seletividade penal e do *labeling approach*, também conhecida como do etiquetamento ou da reação social.

Antes de revisar as teorias mencionadas anteriormente, é importante abordar um conceito prévio e indispensável, ou seja, é preciso conceituar o que vem a ser a própria Criminologia, demonstrando se tratar de uma nomenclatura superficial utilizada para se referir

a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes; a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes. (SHECAIRA, 2004, p. 31)

Assim, possível afirmar que o foco da criminologia é estudar o delito, o delinquente, a vítima e o controle social do delito, de modo a buscar o conhecimento da realidade para, então, chegar a uma explicação quanto a ela (SHECAIRA, 2004, p. 38).

Conforme visto na reflexão sobre as Escolas Penais, a Criminologia teve origem em meados do século XIX, principalmente por meio de Cesare Lombroso e sua obra “O Homem Delinquente”.

Entretantes, foi Becker, com sua obra “Outsiders”, na década de 60, que trouxe uma perspectiva diferente aos estudos da Criminologia, de forma a “aprofundar a problemática das condutas desviadas”, trazendo, ainda, a importante teoria do etiquetamento, também conhecida por *labeling approach*, ou teoria da reação social (SHECAIRA, 2004, p. 292).

O centro desse novo pensamento criminológico não era mais o crime e o criminoso, mas o sistema de controle social e as consequências dele advindas (SHECAIRA, 2004, p. 271), ou seja, “a criminologia da reação social – como também são chamadas as aplicações do ‘etiquetamento’ – deixaria de perguntar quem é criminoso e passaria a perguntar primeiro quem é considerado desviado” (ANITUA, 2008, p. 588).

Dessa maneira, a compreensão da própria criminalidade depende do estudo sobre a forma de atuação do sistema penal, haja vista que é este sistema que definirá e reagirá contra a própria criminalidade, desde as normas penais à atuação das “instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam)” (BARATTA, 2011, p. 86), correspondendo aos processos de criminalização, que serão analisados em momento posterior.

Portanto, a criminologia deixará de ter o criminoso (chamado de desviante) como objeto de estudo, passando a analisar “as instâncias que 'criam' e 'administram' a delinquência. O estudo da criminalidade, então, cederá a vez aos estudos dos processos de criminalização” (ANITUA, 2008, p. 588).

Importante destacar que enquanto as perguntas realizadas pelos criminólogos tradicionais eram “do tipo ‘*quem é o criminoso?*’, ‘*como se torna desviante?*’, ‘*em quais condições um condenado se torna reincidente?*’, ‘*com que meios se pode exercer o controle sobre o criminoso?*’”, aquelas feitas por quem se inspirava no *labeling approach* eram: “‘*quem é definido como desviante?*’, ‘*que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?*’, ‘*em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição?*’ e, enfim, “‘*quem define quem?*’”. (BARATTA, 2011, p. 88)

Em outras palavras, a indagação deixa de ser sobre ‘o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?’ (SHECAIRA, 2004, p. 295).

A partir da mudança do objeto de pesquisa e, conseqüentemente, dos questionamentos formulados, chegou-se à conclusão de que ser considerado um desviado significa ter praticado um ato indesejado, recebendo “uma etiqueta (*label*), que o marcará para os seus comportamentos futuros”, sendo que “são os grupos sociais os que criam o desvio ao aplicar regras e colocar etiquetas de ‘estranhos’ em algumas pessoas” (ANITUA, 2008, p. 592).

Por conseguinte, não basta a prática de uma conduta contrária às normas para ser considerado um criminoso, de modo que a condição de desviante é o resultado do etiquetamento social. Assim, é possível praticar atos tipificados em lei, mas não ser criminalizado.

A corroborar com esse entendimento, afirma-se que, apesar de ser atribuída a poucos, grande parte da sociedade pratica crimes e não é um proceder restrito a uma pequena parcela da população (BARATTA, 2011, p. 103), se tornando

um status atribuído a determinados indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar a lei penal, mediante mecanismos seletivos, sobre cuja estrutura e funcionamento a estratificação e o antagonismo dos grupos sociais têm uma influência fundamental (BARATTA, 2011, p. 113).

Deve ser levado em consideração o fato de que as estruturas de poder (tanto política quanto econômica) da sociedade são formadas por grupos, os quais estarão mais próximos ou mais distantes do poder (ZAFFARONI, 2011, p.62), sendo que “o sistema

penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as” (ZAFFARONI, 2011, p.76).

Ou seja,

[...], a história do exercício real do poder punitivo demonstra que *aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente*. O uso que fizeram desse tratamento diferenciado depende sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*. (ZAFFARONI, 2011, p.82)

Depreende-se, então, que desviante é aquele cujo “rótulo social de criminoso foi aplicado com sucesso”, visto que, como já abordado, “as condutas *desviantes* são aquelas que as pessoas de uma dada comunidade aplicam como um rótulo àquele que comete um ato determinado” (SHECAIRA, 2004, p. 293).

Ademais, de acordo com os autores dessa teoria “a conduta *desviante* é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre” (SHECAIRA, 2004, p. 293).

E mais, segundo esse raciocínio, a pessoa acaba aceitando a sua condição de desviante, se convertendo em tudo aquilo que lhe acusam de ser. (ANITUA, 2008, p. 590)

Como cediço, as normas vigentes estabelecem uma pretensa igualdade entre todos, inclusive no tratamento penal. Todavia, segundo a teoria do *labeling approach*, a

realidade demonstra que os atos praticados por integrantes das classes sociais mais baixas são mais propensos a serem considerados como desviantes ou criminosos do que os mesmos atos se praticados por integrantes de outras classes. (BARATTA, 2011, p. 111)

Inclusive, “[...], é possível verificar que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os *iguais* e os *estranhos*, os *amigos* e os *inimigos*. A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural”. (ZAFFARONI, 2011, p.81)

Não restam dúvidas, portanto, que definir o que é ou não um ato desviante é algo totalmente relativo e variável, tendo em vista que o ato que possibilita “mandar alguém à prisão é o mesmo que autoriza a qualificar outro como honesto, já que a atribuição valorativa do ato depende das circunstâncias em que ele se realiza e do temperamento e apreciação da audiência que o testemunhou” (SHECAIRA, 2004, p. 293).

Além do mais, parece claro que sempre existiram certos “graus de seletividade punitiva”, sendo mais claro ainda que “quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças do tratamento repressivo entre iguais e estranhos ou inimigos se atenuam” (ZAFFARONI, 2011, p.81).

Dessa feita,

a questão das condições da criminalidade se desloca, da pesquisa das condições que determinam o comportamento criminoso, o caráter ou as tendências criminais de certos indivíduos, para a pesquisa das condições que determinam o grau de probabilidade de que certos comportamentos e certos indivíduos sejam definidos como criminosos. Mas tudo isto, observa Sack, não é, de resto, um fenômeno específico da atividade dos órgãos encarregados do controle institucional da criminalidade, mas ‘uma característica geral dos processos de interação e de comunicação entre homens’”. (BARATTA, 2011, p. 112)

Os “empresários morais”, ou seja, “aqueles que colocam em funcionamento todo um aparato ou empresas mediante ‘cruzadas’ encaminhadas para elaborar uma lei penal ou proibicionista”, assumem relevante papel nesse papel seletivo, visto que essas campanhas são “as que dão a voz de alarme diante de outras condutas que, embora possam ser proibidas, são, até essa campanha de pânico moral, toleradas”, sendo esses fatores que impulsionam à efetiva aplicação da etiqueta de desviado a certas pessoas. (ANITUA, 2008, p. 592)

Dessa forma, é de suma relevância pontuar que, como o foco principal da teoria do *labeling* está voltado para “as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade”, natural que seu estudo seja “o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes” (BARATTA, 2011, p. 86).

Por conseguinte, passaremos a verificar os processos de criminalização primária e secundária.

3.1 Os processos de criminalização primária e secundária

Foi brevemente mencionado no tópico anterior que desde a criação das normas à atuação das instâncias oficiais (Polícias, Ministério Público e Judiciário) é possível verificar a atuação seletiva do sistema penal.

De acordo com a teoria do *labeling approach*, destacam-se dois momentos em que ocorre o etiquetamento, o da elaboração das leis e o da efetivação dessas normas, momentos em que se vê a seleção de determinados comportamentos abstratos e de pessoas específicas, etiquetando-os de forma a causar “uma recusa mais geral, além de configurar uma ‘carreira delinqüencial’. Estas duas ‘seleções’ seriam chamadas desde então ‘criminalização primária’ e ‘criminalização secundária’”(ANITUA, 2008, p. 592).

Passaremos, então, a estudar de forma sucinta as modalidades de criminalização, de modo a possibilitar, no capítulo posterior, a análise dos resultados obtidos com a pesquisa realizada, comparando-os com as teorias tratadas.

3.1.1 O processo de criminalização primária

O processo de criminalização primária é representado pela elaboração das normas, isto é, pelo momento em que o Estado define quais são os bens jurídicos mais importantes e que devem ser protegidos pela lei.

Ressalte-se que

[...] a maneira pela qual as sociedades e suas instituições reagem diante de um fato é mais determinante para defini-lo como delitivo ou desviado do que a própria natureza do fato, como ensinava o positivismo. Comprova-se, assim, que diante de fatos similares poderia advir uma reação social de anormalidade ou não existir reação alguma. Apenas no primeiro caso ocorreria o desvio. (ANITUA, 2008, p. 588)

Destarte, pode-se afirmar, então, que a “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. (ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, p.43)

Como cediço, nossa Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, fazendo com que para a aplicação da sanção penal seja indispensável a existência de uma legislação prévia que defina os atos considerados criminosos, bem como as penas decorrentes da prática desses atos.

O Código Penal (Lei n.º 2.848/1940) é o responsável por conter a maior parte dos atos que, se praticados, são considerados crimes, onde se encontra, por exemplo, a tipificação do crime de homicídio, constante no artigo 121, que visa proteger a vida; de roubo, tipificado no artigo 157, que objetiva proteger o patrimônio, além de vários outros.

Já que, como visto, é nesse processo de criminalização que se definirão quais os atos que serão considerados crimes e quais terão as suas respectivas penas, é neste momento que se dará início ao processo de seleção do sistema penal, demonstrando, deste jeito, o interesse das classes dominantes de cada período, ou seja, quais são os bens mais relevantes para determinada sociedade.

Nesse sentido, importante destacar que

[...] o processo de criação de leis penais que define os bens jurídicos protegidos (criminalização primária), as condutas tipificadas como crime e a qualidade e quantidade de pena (que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos), obedece a uma primeira lógica da desigualdade que, mistificada pelo chamado caráter fragmentário do Direito Penal pré-seleciona, até certo ponto, os indivíduos criminalizáveis. E tal diz respeito, simultaneamente, aos conteúdos e não conteúdos da lei penal. (ANDRADE, 2003, p. 278)

Com esse raciocínio é possível entender que o legislador, ao criar as leis, acaba por beneficiar um determinado grupo de pessoas e, ao mesmo tempo, prejudicar outros (os quais serão os “selecionados” pelo Direito Penal), mediante a criminalização de determinadas condutas e a escolha das sanções a elas atribuídas.

3.1.2 O processo de criminalização secundária

A criminalização secundária, segundo o que foi rapidamente falado no início deste tópico, refere-se à atuação do Estado na identificação, acusação e julgamento

daqueles que praticaram um crime, ou seja, trata-se da atuação das instâncias oficiais, entendidas como Polícia, Ministério Público e Judiciário.

Assim, a criminalização secundária corresponde “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências do Estado detectam pessoas que se supõe tenham praticado certo ato criminalizável primariamente e as submetem ao processo de criminalização”, correspondidos, como já mencionado, pela “investigação, prisão, judicialização, condenação e encarceramento”. (ZAFFARONI, BATISTA & ALAGIA, 2003, p.43)

Se já era possível verificar a atuação seletiva no processo de criminalização primária, por ser a lei penal uma orientadora, acredita-se que “tenha mais importância seletiva a função da atividade policial que a do legislador penal”. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.79)

Inclusive, merece destaque que

a criminalização que produz o funcionamento do sistema penal nunca coincide com a orientação e medida que determina abstratamente a lei penal, a ponto de nem sequer sabermos se é desejável que assim seja, porque se houvesse uma perfeita harmonia, quase ninguém deixaria de ser criminalizado, embora fosse por fatos secundários ou de escassa importância. (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011, p.79)

É possível afirmar, então, que a seletividade penal encontra-se de braços dados com esse processo de criminalização, haja vista que é aqui que o Estado atuará de forma mais seletiva.

Ademais,

A pobreza de meios para a instrução de processos faz com que as polícias dependentes do Poder Executivo sejam as verdadeiras autoridades de instrução ou sumário. A deterioração policial e a corrupção fomentada pelos políticos que habilitam crescentes espaços de arrecadação ilícita degradam a eficácia do serviço de

segurança. Isto, num marco social em que o desemprego e a anomia geradores de exclusão aumentam a frequência dos erros de conduta violentos, leva a uma verdadeira combinação legal: a prevenção primária e também a secundária se degradam. (ZAFFARONI, 2011, p. 73)

Como cediço, um dos princípios da defesa social, o da igualdade, estabelece que “a criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos”. (BARATTA, 2011, p. 42)

Todavia, em crítica a esse princípio,

o crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, mas que é coisa quase exclusiva de uma certa classe social: que os criminosos que antigamente eram encontrados em todas as classes sociais, saem agora “quase todos da última fileira da ordem social” [...] nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem. (FOUCAULT, 2008, p. 229)

Dessa forma, o sistema penal que nos é apresentado como sendo igualitário, aparentando alcançar de forma igualitária os indivíduos em decorrência das condutas por eles praticadas, se mostra, em verdade, seletivo, alcançando somente alguns integrantes da sociedade, pertencentes, como visto no tópico anterior, às camadas sociais mais baixas. (BATISTA, 2004, p. 25-26)

Nesse contexto, importante ter em mente dois momentos distintos na criminalização, o da desviação primária e secundária:

Aquela pode ser entendida, em contraste com esta, como poligenética advinda de uma grande variedade social, cultural, econômica e racial (ou desses fatores todos combinados). Embora possa ser socialmente reconhecida e mesmo definida como indesejável, a *desviação primária* somente terá implicações com a marginalização do indivíduo no que concerne às implicações na sua estrutura psíquica. A *desviação secundária*, por sua vez, refere-se a uma especial classe de pessoas cujos problemas são criados pela reação social à desviação. (SHECAIRA, 2004, p. 297)

Assim, é necessária apenas a prática de uma conduta desviante “e isto passará a ser tudo o que se tem de referência estigmatizante dessa pessoa”, ou seja, “Praticado o ato inicial, uma nova relação advirá da reação social. A mais importante consequência é uma drástica mudança na identidade pessoal que o indivíduo tem diante da sociedade”. (SHECAIRA, 2004, p. 296)

É preciso ressaltar que tanto a penalidade ao primeiro desvio quanto a reação social modificam a identificação do indivíduo na sociedade e, por consequência, geram nesse ser “uma tendência a permanecer no papel social no qual a estigmatização o introduziu”. (BARATTA, 2011, p. 90)

Assim, o desvio primário refere-se “a um contexto de fatores sociais, culturais e psicológicos, que não se centram sobre a estrutura psíquica do indivíduo”, enquanto aqueles fatores que sucedem a reação social – referente à incriminação e à pena – possuem uma forte influência dos “efeitos psicológicos que tal reação produz no indivíduo objeto da mesma”, de modo que “o comportamento desviante (e o papel social correspondente) sucessivo à reação torna-se um meio de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio”. (BARATTA, 2011, p. 90)

Destaca-se que os estudos voltados para o desvio secundário colocam em xeque a função preventiva da pena, em especial o objetivo educativo, mostrando que

a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (BARATTA, 2011, p. 90)

Inclusive, “desde Jeremy Bentham, precursor da criminologia, passando por Lombroso, até Clifford Shaw, dentre muitos outros”, já havia sido notado que a prisão “contribuía de alguma forma para a criminalização”. (SHECAIRA, 2004, p. 288)

Depreende-se, então, que, por meio do desvio secundário, ocorre uma deterioração do criminalizado e do aprisionado, com o foco voltado para o último, sendo,

[...] insustentável a pretensão de melhorar mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não

solucionada pelo leque de ideologias re: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reindividualização, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia apenas num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campos de concentração. (ZAFFARONI & BATISTA, 2003, p. 125-126)

Ao que tudo indica, então, as entidades encarregadas do combate e prevenção das condutas desviantes atuam de forma contrária aos seus objetivos, de modo a, inclusive, alimentar a sua prática, ou seja, muitas daquelas que deveriam “desencorajar o comportamento *desviante* operam, na realidade, de modo a perpetuá-lo”. (SHECAIRA, 2004, p. 297)

4 O PERFIL DOS PRESOS ENCAMINHADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A SELETIVIDADE PENAL

Antes de verificar os dados coletados junto às audiências de custódia, comparando-os com as análises realizadas sobre a pena, em especial a de prisão, a criminalização primária e secundária, além da seletividade penal, é imprescindível estudar brevemente o Projeto Audiência de Custódia, de onde serão extraídos os dados utilizados para a referida comparação.

4.1 breves considerações sobre o projeto audiência de custódia no estado do Espírito Santo

A audiência de custódia teve início em 06 de fevereiro de 2015, no estado de São Paulo, seguido pelo estado do Espírito Santo (foco da pesquisa realizada), com a

Resolução n. 12/2015, cujo objetivo era efetivar dispositivos legais contidos principalmente no Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José.

Quanto ao Projeto realizado no estado do Espírito Santo, importante destacar que teve início com o atendimento a apenas 05 (cinco) Comarcas e, atualmente, atende o total de 23 (vinte e três) Comarcas, com a realização, em um ano, de 5.300 (cinco mil e trezentas) audiências.

O objetivo central do referido projeto é assegurar que a pessoa presa em flagrante seja rapidamente apresentada a um juiz, em uma audiência, para análise do caso concreto e decisão sobre a decretação da prisão preventiva ou a aplicação de outras medidas alternativas, como a monitoração eletrônica, por exemplo, controlando a legalidade do ato e a necessidade da medida a ser adotada:

Apesar da inovação trazida pela Resolução em voga, vale lembrar que o próprio Código de Processo Penal, no seu artigo 656, já estabelece a possibilidade de apresentação do preso em Juízo, ao determinar que “Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”.

De volta à análise da Resolução que regulamenta a audiência no Espírito Santo, o seu artigo 1º estabelece que o ato é centrado na “análise dos autos de prisão em flagrante gerados nas diversas Delegacias e Departamentos de Polícia Judiciária da Grande Vitória”.

Como cediço, segundo o Código de Processo Penal, mais especificamente em seu artigo 306, o juiz, o representante do Ministério Público e uma pessoa indicada pelo preso (familiar ou não) deverão ser comunicados após a prisão, sendo que a comunicação judicial deverá ser feita em um prazo de 24 (vinte e quatro) horas (artigo 306, § 1º, do Código em comento).

Trata-se de uma adaptação ao Código de Processo Penal do texto constitucional estabelecido no artigo 5º, inciso LXII. Ocorre que esse é um ato que deve ser realizado de forma “efetiva e não meramente formal, vale dizer, a autoridade encarregada do auto de prisão em flagrante deve, com eficiência e de imediato, comunicar aos familiares indicados pelo preso ou a pessoa de sua confiança”. (NUCCI, 2014, p. 637)

Ademais, o juiz, ao ser comunicado da prisão, com base no que estabelecido no artigo 310 do Código Penal, deverá:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Portanto, a corroborar com o Código de Processo Penal, de modo a possibilitar mais efetividade das suas disposições, a Resolução do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, nos seus artigos 1º e 5º, afirma que a Audiência tem por objetivo assegurar o que está disposto no artigo 310 do Código de Processo Penal, bem como a necessidade de que as Autoridades Policiais remetam as comunicações de prisão “com a maior brevidade possível”, de modo a efetivar as determinações do artigo 306 do Código de Processo Penal.

Verifica-se, então, que o Projeto busca a efetivação da comunicação da prisão ao magistrado em 24h (vinte e quatro horas), que em muitas vezes podia demorar mais do que o prazo estabelecido em Lei.

É imperioso destacar, também, que, de modo a proteger direitos e garantias fundamentais do indivíduo preso, lhe é assegurado o direito de se entrevistar com seu advogado ou com defensor público, previamente à audiência e por tempo razoável (artigo 6º).

Verifica-se, ainda, que essa audiência não tem o intuito de analisar o mérito, mas apenas averiguar a legalidade da prisão e a necessidade da medida a ser aplicada (seja pena de prisão ou outra medida cautelar diversa).

Isso, inclusive, é o que está estabelecido no artigo 7º da Resolução em análise:

Na audiência de custódia, o juiz competente entrevistará, de forma concisa e objetiva, o autuado sobre a sua qualificação, condições pessoais, tais como, estado civil, nível de escolaridade, profissão ou meio de vida, fontes de renda, local de residência e trabalho, e ainda, sobre as circunstâncias objetivas de sua prisão.

§ 1º – Não serão admitidas perguntas que antecipem a instrução probatória de eventual processo de conhecimento, mas apenas aquelas relacionadas diretamente ao *fumus comissi delictie aopericulum libertatis* vinculados à análise das providências cautelares.

§ 2º – Após a entrevista do autuado, o Juiz ouvirá o Ministério Público, se presente, que poderá se manifestar pelo relaxamento da prisão em flagrante, sua conversão em prisão preventiva, pela concessão de liberdade provisória com ou sem a imposição das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP.

§ 3º – Em seguida, o Juiz dará a palavra ao advogado ou Defensor Público para manifestação e decidirá na própria audiência, fundamentadamente, nos termos do art. 310, do CPP.

§ 4º – A audiência poderá ser gravada em mídia adequada, lavrando-se termo sucinto que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz.

§ 5º – O termo da audiência, instruído, se for o caso, com a mídia, será anexado ao auto de prisão em flagrante delito, cabendo à equipe de apoio providenciar o imediato encaminhamento ao Juízo competente, fazendo o registro respectivo.

§ 6º - Havendo a conversão da prisão em flagrante delito em preventiva, o mandado de prisão será expedido pelo serviço de plantão de flagrantes, nos moldes do que ocorre no plantão judiciário, cabendo à unidade judiciária para a qual for distribuída a comunicação de prisão em flagrante realizar o seu lançamento no BNMP – Banco Nacional de Mandados de Prisão.

§ 7º – Os alvarás serão expedidos de forma eletrônica e, apenas no caso de impossibilidade, na forma física.

Para encerrar a análise deste tópico, um dos grandes pontos de destaque do Projeto realizado no Espírito Santo, diferenciando-o do modelo inicialmente adotado pelo Estado de São Paulo, é que não são os presos que se deslocam até o Judiciário para ter sua prisão analisada, mas o Judiciário que vai até onde estão os presos. “O deslocamento dos presos até o juiz e o aparato de segurança necessário para isso é um dos principais problemas logísticos a serem enfrentados pelos governos na implantação do projeto audiência de custódia”.

4.2 o perfil dos presos encaminhados à audiência de custódia no estado do Espírito Santo e a seletividade do sistema penal

Antes de expor os dados pesquisados, cuja íntegra pode ser verificada pelas tabelas constantes do anexo, deve ser ressaltado que, para conseguir obter as informações necessárias para esta pesquisa, foram analisados os Autos de Prisão em Flagrante Delito encaminhados para a audiência de custódia nos meses de agosto e setembro do ano de 2015.

Em que pese tenha sido mencionado no tópico anterior que o Projeto atende 23 (vinte e três) Comarcas do Espírito Santo, para possibilitar a coleta e a análise dos dados, foram extraídas informações apenas sobre as audiências realizadas nas 05 (cinco)

primeiras Comarcas atendidas, quais sejam: Cariacica, Serra, Viana, Vila Velha e Vitória.

Assim, levando em consideração que no período analisado foram realizadas 430 (quatrocentos e trinta) audiências de custódia, apenas os flagrantes encaminhados durante um dia da semana, no caso os dias 06/08, 13/08, 20/08, 27/08, 03/09, 10/09, 17/09 e 24/09, foram levados em consideração, de forma a totalizar 124 (cento e vinte e quatro) autos de prisão em flagrante analisados (Tabela I).

Ademais, importante mencionar que o número de pessoas presas, cujos dados serão analisados, foi maior do que o número de processos, tendo em vista que em alguns casos havia mais de um preso no mesmo flagrante, totalizando 151 (cento e cinquenta e uma) pessoas presas.

Merece menção o fato de que a quantidade de mulheres é muito menor do que a de homens, sendo que, no período analisado, foram presas 141 (cento e quarenta e uma) pessoas do sexo masculino e apenas 10 (dez) do sexo feminino.

Outra informação interessante que foi levantada refere-se à idade dos presos, verificando-se que mais de 40% (quarenta por cento) tinha entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos (Tabela II).

Além do mais, com relação à auto declaração de cor, quase 2/3 (dois terços) declararam-se pardos, seguidos por negros, sendo que se considerarmos os pardos e os negros teremos mais de 80% (oitenta por cento) da população carcerária (Tabela III).

Um dado interessante, contrário ao que muitos pensam a respeito do “perfil criminoso”, é que apenas 18 (dezoito) presos dos 151 (cento e cinquenta e um) não foram registrados pelo pai e tinham em sua Certidão de Nascimento, no lugar do nome paterno, o termo “pai não declarado”.

Outras informações importantíssimas se referem ao nível de escolaridade dos presos e às profissões exercidas pelas pessoas que foram presas.

Apesar de terem sido analisadas as informações de 124 (cento e vinte e quatro) autos de prisão em flagrante delito e 151 (cento e cinquenta e uma) pessoas, somente foi possível obter a escolaridade de 43 (quarenta e três) pessoas e a profissão de 51 (cinquenta e uma) delas (Tabelas IV e V).

A diferença na quantidade de resultados se dá pelo fato de que nem todos os presos informaram todos os dados, fazendo com que tenhamos apenas as informações daqueles presos que declararam quais eram sua escolaridade e sua profissão.

Assim, 51% (cinquenta e um por cento) das pessoas analisadas nessa pesquisa não completaram sequer o ensino fundamental; e 23% (vinte e três por cento) não completaram o ensino médio (Tabela IV).

Outrossim, menos de 10% (dez por cento) tinham a carteira de trabalho assinada à época da prisão, sendo que a maior parte se declarou autônoma (sendo que geralmente, se declaram “autônomos” para não afirmarem que não exercem nenhuma atividade laborativa), ajudante (de pedreiro e de pintor) e desempregada.

Outro fator de suma relevância referente aos dados daqueles que foram presos está relacionado aos bairros onde eles moram, tendo sido demonstrado que a maior parte das residências está localizada na periferia das cidades, locais que, em muitos casos, são consideradas “favela” ou “comunidade”.

Além de informações relacionadas ao perfil dos presos, também levantamos informações sobre os crimes que ensejaram as respectivas prisões.

Crimes relacionados ao tráfico de drogas, com quase 40% (quarenta por cento) das prisões, foram aqueles que mais levaram as pessoas a serem presas, seguido dos crimes patrimoniais (roubo e furto), conforme se vê da Tabela I.

Essa predominância das prisões pelos crimes de tráfico de drogas e de roubo também pode ser verificada na pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), de outubro de 2015, realizada no estado de São Paulo, segundo a qual o

percentual de 32,7% das prisões foi prática de tráfico de drogas, enquanto 29% por roubo.

Outros dados importantes que também são extraídos do monitoramento realizado pelo IDDD, em seu “MONITORAMENTO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA EM SÃO PAULO”, e corroboram os demais obtidos neste trabalho, tais como: 90% (noventa por cento) eram homens; 47% (quarenta e sete por cento) se autodeclarou parda; 42% (quarenta e dois por cento) estavam com idade entre 18 (dezoito) e 24 (vinte e quatro) anos; e 75% (setenta e cinco por cento) estudaram até o ensino fundamental.

Também foram coletados dados relacionados aos registros penais daquelas pessoas que foram presas. Não se trata de verificar a reincidência, mas analisar se aquelas pessoas respondem ou já responderam a algum processo criminal.

Para a realização dessa pesquisa foi utilizado o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Espírito Santo (<http://www.tjes.jus.br/>), na seção voltada para as consultas processuais (consulta pública), e, com base nos nomes dos presos, buscamos identificar a existência de outras ações penais propostas em desfavor destes.

Assim, 77 (setenta e sete) dos 151 (cento e cinquenta e um) indivíduos analisados possuem outros registros penais, de modo a demonstrar que mais da metade reingressa ao Sistema.

De igual modo, a pesquisa realizada pelo IDDD apontou que 53% (cinquenta e três por cento) dos presos analisados já haviam passado pelo sistema de justiça criminal pelo menos uma vez, ou seja, possuíam maus antecedentes.

Diante de todos esses dados, conclui-se que o perfil do preso encaminhado à audiência de custódia é: homem, com idade entre 18 e 21, pardo/negro, morador de periferia, cometendo crime na cidade de Serra, preso por tráfico de drogas, sem ter o ensino fundamental completo, se trabalha é sem carteira de trabalho assinada e possui mais de uma ação penal proposta em seu desfavor.

Essas informações, associadas ao que foi estudado no capítulo anterior sobre seletividade penal, criminalização primária e secundária, demonstram que o nosso sistema penal realmente é seletivo, pois gasta a maior parte da sua energia na atuação em poucos crimes, praticados por poucas e específicas pessoas.

Desse modo, é possível concluir que o sistema penal é seletivo, atuando de forma a atingir uma determinada parcela da população, mediante a criminalização e valoração negativa de algumas condutas praticadas por pessoas integrantes de certos grupos sociais, quase sempre destinado às classes sociais mais baixas, integradas por pessoas sem ou com pouco estudo, moradores de bairros periféricos aos grandes centros.

Ademais, vê-se que os crimes mais praticados são aqueles que geram a obtenção de lucro de modo quase imediato, quais sejam, o tráfico de drogas e os crimes patrimoniais (roubo e furto). Esse fator associado ao perfil das pessoas acusadas de praticar tais crimes demonstra que os ilícitos são cometidos como forma de obtenção de renda, tendo em vista que a baixa escolaridade gera a falta de qualificação para o trabalho, por conseguinte, a maior dificuldade de obtenção de renda por um meio lícito e, dessa feita, a opção pela empreitada criminoso.

Foram vistos, ainda, dois processos de criminalização, o primário e o secundário, os quais se referem, respectivamente, à criação da norma incriminadora e à atuação das Polícias, do Judiciário e do Ministério Público, bem como foi analisado os desvios primário e secundário, com ênfase neste último, de modo a esclarecer que basta a prática de um ato considerado criminoso para que a pessoa seja “etiquetada” e, em decorrência disso, assuma o estigma feito e passe a delinquir novamente.

Assim, além de seletivo, o sistema penal, que deveria atuar para resolver o problema, age de forma a potencializar a violência, contrariamente aos seus objetivos, tendo em vista que a atuação das instâncias oficiais para enfrentamento do desvio contribui diretamente para o reingresso do desviante ao sistema penal.

Nesse sentido, ao se analisar a seletividade existente na criminalização primária, com o fato dos crimes de tráfico de drogas e de roubo serem os crimes que mais

encarceram, bem como com as sanções atribuídas a cada um desses crimes, 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e 04 (quatro) a 15 (quinze) anos de reclusão, respectivamente, podemos chegar a algumas conclusões.

A primeira conclusão é que o legislador, ao elaborar os tipos penais, considerou de grande gravidade os atos de traficar drogas e de subtrair o patrimônio alheio, necessários, então, de uma punição mais severa.

De outro lado, temos crimes que possuem penas muito baixas, como o de estelionato, corrupção, falsificação de documento, crimes fiscais, tributários, dentre outros tantos que possuem tanto ou maior impacto social do que outros sancionados com penas mais severas, demonstrando que o legislador entendeu se tratarem de crimes menos graves, visto que as sanções a eles atribuídas são consideravelmente mais baixas se comparadas com aquelas aplicadas aos crimes de tráfico de drogas e de roubo, por exemplo.

O número maior de prisões pela prática dos crimes de tráfico de drogas e de roubo se dá, muitas vezes, pelo fato de que, na criminalização primária, esses foram os crimes que receberam penas mínimas elevadas, as quais permitem, em tese, uma condenação em regime inicial semiaberto (com exceção do roubo simples que possibilita, em uma condenação mínima, o cumprimento inicial no regime aberto).

Vê-se, desse modo, que o nosso legislador, expressando, em tese, o interesse da população, estabeleceu que os crimes patrimoniais e os relacionados ao tráfico de drogas seriam, aparentemente, os de maior relevância, haja vista a pena estabelecida (no tráfico é de 05 a 15 anos; no roubo simples de 04 a 10 anos; e no roubo majorado de 05 anos e 04 meses a 15 anos).

Ao analisar o Código Penal e legislações afins, podemos verificar que os crimes que possuem as maiores penas são o de homicídio, juntamente com o de latrocínio e o de estupro com resultado morte, os quais possuem uma pena de até 30 (trinta) anos, além dos crimes de tráfico de drogas e de roubo majorado, os quais podem ter uma pena de até 15 (quinze) anos.

Por outro lado, o crime de estelionato possui uma pena de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão; a corrupção ativa, 02 (dois) a 12 (doze) anos; a falsificação de documento público, 02 (dois) a 06 (seis) anos; e os crimes tributários, 02 (dois) a 05 (cinco) anos.

Enquanto as penas mínimas dos crimes patrimoniais e de tráfico de drogas são iguais ou superiores a 04 anos; nos crimes tributários, de estelionato, corrupção, falsificação de documento, dentre outros, é igual ou inferior a 02 anos.

Em caso de condenação pelos crimes mencionados no parágrafo anterior, tendo em vista a política de penas mínimas adotada por nosso Judiciário, o regime inicial de cumprimento da pena será quase sempre o aberto, diferente dos demais que, via de regra, iniciarão no semiaberto (depois de terem permanecido presos cautelarmente – em um regime fechado – durante toda a instrução processual).

No que se refere à seletividade penal existente no processo de criminalização secundária, importante destacar que no presente trabalho a atuação da Polícia tem especial relevância, pois foi ela que efetuou as prisões que levaram os presos às audiências de custódia analisadas.

Dessa feita, ao comparar o que foi analisado no tópico relativo à criminalização secundária com os dados coletados, verifica-se que os agentes do Estado realmente atuam de modo seletivo, visto que a grande parte das informações obtidas demonstra que os presos são integrantes das classes sociais mais baixas.

Por fim, além de todos esses fatos, é de suma importância destacar como o desvio secundário, aquele decorrente do processo de estigmatização causado pelas instâncias oficiais, se faz presente na realidade pesquisada, visto que mais da metade das pessoas que foram analisadas já tinha sido presa anteriormente, ou seja, passou pelo desvio primário, sofreu as sanções impostas pelo Estado (geralmente por meio de prisão provisória), foi estigmatizada e suportou todas as demais consequências oriundas da primeira prática criminosa, culminando, inclusive, com a reiteração criminosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi trabalhado até o presente momento, é possível concluir algumas questões importantes quanto as escolas penais, a criminologia, a seletividade penal e ao perfil das pessoas que são presas e encaminhadas à audiência de custódia.

Inicialmente, em análise às Escolas Penais, mais especificamente a Clássica e a Positivista, demonstrou-se o surgimento da criminologia moderna, desde as transformações que surgiram com o Iluminismo, contribuindo para o fim das penas cruéis, às análises criminológicas voltadas para o indivíduo e suas características, assim como defendido por Lombroso e tantos outros.

Foi verificado, também, no que se refere à criminologia moderna, a seletividade penal e teorias como a do *labeling approach*, de forma a demonstrar que o Sistema Penal é seletivo e estigmatiza aqueles que são selecionados, causando, muitas vezes, uma forte influência em uma eventual prática delitiva futura.

Abordaram-se, ainda, os dois principais processos de criminalização que efetivam a seletividade penal, primário e secundário. Enquanto o primário se refere à elaboração das normas penais, tipificando as condutas que colocam em riscos os bens que, em tese, são os mais importantes para a sociedade, o secundário é relativo à atuação dos agentes estatais (Polícia, Ministério Público e Judiciário) na seleção daqueles indivíduos que terão suas condutas consideradas criminosas.

Destacou-se que em ambos os processos a seletividade se faz presente, mas que é no processo de criminalização secundária, principalmente por meio da atuação da Polícia, que há uma maior incidência dessa prática seletiva.

Outro ponto abordado foi referente aos desvios primário e secundário, de modo a demonstrar que basta a prática de um ato considerado criminoso para que o indivíduo receba uma “etiqueta” e seja estigmatizado e considerado um criminoso.

Inclusive, de acordo com o que estudado, a atuação do Estado sobre o indivíduo infrator gera uma reação por parte desse indivíduo, que será, muitas vezes, a causa da prática de uma nova infração, caracterizada pelo desvio secundário.

Verificou-se, então, que o Estado, representado por seus agentes, em vez de agir de modo a evitar a prática de nova infração, em muitas situações acaba por incitar a reiteração criminosa.

Feitas essas considerações, abordou-se, brevemente, sobre o Projeto Audiência de Custódia no estado Espírito Santo, demonstrando que sua atuação abrange o total de 23 (vinte e três) Comarcas, já tendo sido realizadas mais de 5.300 (cinco mil e trezentas) audiências.

Além do mais, foi analisado que o objetivo desse Projeto é fazer com que o indivíduo preso seja encaminhado a uma audiência o quanto antes para que a legalidade da prisão seja analisada, bem como a necessidade de sua manutenção ou aplicação de medidas cautelares diversas.

No que se refere aos dados coletados, de modo a verificar o perfil daquelas pessoas que foram presas e encaminhadas para a audiência de custódia, apurou-se que a maior parte dos infratores era homem, com idade entre 18 e 21, pardo/negro, morador de periferia, cometendo crime na cidade de Serra, preso por tráfico de drogas, sem ter o ensino fundamental completo, se trabalha, é sem a carteira de trabalho assinada e possui mais de uma ação penal proposta em seu desfavor.

De acordo com o que foi analisado, conclui-se que o perfil do indivíduo preso e encaminhado para a Audiência de Custódia do Estado do Espírito Santo é condizente com a teoria da seletividade penal, do *labeling approach*, visto que os dados coletados corroboraram com a seleção realizada por meio dos processos de criminalização, demonstrando que a grande maioria daqueles que foram presos no período pesquisado eram integrantes das classes sociais mais baixas, moradores de periférica, sem ocupação laborativa formal, sem estudo completo e já havia sido preso anteriormente, ou seja, já tinha sido estigmatizado e “etiquetado”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. [Sérgio Lamarão]. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. [Tradução Juarez Cirino dos Santos]. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BRASIL, **Audiência de Custódia**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>>.

BRASIL, **Audiência de Custódia: manual de orientação**. Disponível em <http://www.dpu.def.br/images/publicacoes/manual_audiencia_custodia.pdf>.

BRASIL, **Audiência de Custódia: primeiro ano registra 5.300 audiências no ES**. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=15425%3Aprimeiro-ano-do-programa-audiencia-de-custodia-registra-5300-audiencias-no-es&catid=3%3Aultimasnoticias&Itemid=1>.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>.

BRASIL, **Código de Processo Penal de 1832**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>.

BRASIL, **Decreto-Lei N. 2.848 de 1940**. Disponível em < Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em 04 abr. 2016.>.

BRASIL, **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL, **Espírito Santo é o segundo estado a adotar o projeto Audiência de Custódia**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79018-espírito-santo-sera-o-segundo-estado-a-adotar-o-projeto-audiencia-de-custodia>>.

BRASIL, **Instituto de Defesa do Direito de Defesa**. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/>>.

BRASIL, **Histórico**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/historico>>.

BRASIL, **Lei N. 7.210 de 1984**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm>.

BRASIL, **Lei N. 10.826 de 2003**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>.

BRASIL, **Lei N. 11.343 de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>.

BRASIL, **Lei n. 12.016/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm>.

BRASIL, **Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo**. Disponível em <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>.

BRASIL, **Resolução Nº 13/2015 do Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Disponível em: <<https://sistemas.tjes.jus.br/ediario/index.php/component/ediario/241608?view=content>>.

BRASIL, **Site do Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. Disponível em:
<<http://www.tjes.jus.br>>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 35. ed. Petrópolis, RJ:
Vozes, 2008.

MIRABETE, Julio Fabrini e FABBRINI, Renato N.. **Manual de direito penal, volume
1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código de processo penal comentado**. 13. ed. Rev. e
ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2014

SHECAIRA, Sérgio Salomão, **Criminologia**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,
2004.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, FABRETTI, Humberto Barrionuevo, **Introdução ao
Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. [Tradução Sérgio Lamarão].
2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo. **Direito Penal brasileiro I**. Rio de
Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e BATISTA, Nilo e ALAGIA, Alejandro e SLOKAR,
Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito
Penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal
Brasileiro, volume 1: Parte Geral**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,
2011.

ANEXOS

Tabelas com os dados coletados

Tabela I - demonstrativa da quantidade de crimes praticados

TIPO DE CRIME	QUANTIDADE
TÓXICO	47
ROUBO	23
FURTO	20
PORTE ILEGAL DE ARMA	10
HOMICÍDIO	7
RECEPTAÇÃO	4
CRIMES DE TRÂNSITO	4
LATROCÍNIO	3
ESTELIONATO	1
LESÃO	1
ADULTERAÇÃO	1
CRIME CONSUMERISTA	1
SUBSTÂNCIA NOCIVA À SAÚDE	1
CRIMES CONTRA A HONRA	1

Tabela II - demonstrativa da idade

IDADE (ANOS)	QUANTIDADE
18 a 21 ANOS	66

22 a 25 ANOS	33
26 a 30 ANOS	18
31 a 40 ANOS	23
41 E + ANOS	10
NÃO OBTIDO	1

Tabela III - demonstrativa da autodeclaração de cor

AUTODECLARAÇÃO DE COR	QUANTIDADE DE PESSOAS
PARDO	97
NEGRO	31
BRANCO	13
NÃO OBTIDO	9
AMARELO	1

*Tabela IV - demonstrativa da
escolaridade*

ESCOLARIDADE	QUANTIDADE
ENSINO FUNDAMENTAL INCOMPLETO	22
ENSINO MÉDIO INCOMPLETO	10

ENSINO	FUNDAMENTAL	
COMPLETO		5
ENSINO MÉDIO COMPLETO		5
CURSO SUPERIOR		1

Tabela V - demonstrativa da profissão

PROFISSÃO	QUANTIDADE
AUTÔNOMO	14
AJUDANTE	12
DESEMPREGADO	8
ESTUDANTE	3
MECÂNICO	2
AJUDANTE GERAIS	SERVIÇOS 2
OUTROS	10

BANDIDO E CIDADÃO DE BEM: UMA ANÁLISE DA DISTRIBUIÇÃO INSTRUMENTAL DOS ESTIGMAS CRIMINALIZANTES¹

Valério Luiz de Oliveira Filho

Especialista em Criminologia e Segurança Pública pela Universidade Federal de Goiás, em parceria com a Renaesp (Rede de Altos Estudos em Segurança Pública), do Ministério da Justiça.

Franciele Silva Cardoso

Responsável pela orientação da pesquisa, é Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo e professora da Universidade Federal de Goiás.

Resumo: Os estigmas popularmente expressos por “bandido” e “cidadão de bem” se transformaram em verdadeiras *meta-regras* que informam todos os níveis dos processos de criminalização perpetrados pelas agências de reação social no Brasil. A fim de investigar as dinâmicas de criação e distribuição desses estigmas, o presente trabalho escolheu como método a análise dos abusos das instituições policiais militares paulista e goiana, notadamente os narrados no livro *Rota 66*, de Caco Barcellos, e os vindos a público em razão da Operação Sexto Mandamento. Demonstrou-se que os civis projetam na atividade policial suas pulsões agressivas transbordantes e essa circunstância, somada a representações melodramáticas e maniqueístas de “heróis” e “bandidos”, enfraquece a submissão da Polícia Militar aos limites legais e democráticos. À medida que se afasta da legalidade, a *identidade militar*, tipicamente minoritária e total, hipertrofia seu *ethos* guerreiro, que se torna então suscetível a aliciamento por grupos de poder, provocando uma distribuição instrumental de estigmas criminalizantes. Por fim, uma breve abordagem crítica sobre as ferramentas teóricas da Criminologia Radical,

¹ O artigo é resultado da pesquisa realizada ao longo da Especialização em Criminologia e Segurança Pública, oferecida pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás durante o biênio 2015/2017 com financiamento viabilizado no âmbito do **Termo de Execução Descentralizada (TED nº 221.647/2015) firmado como a SENASP/MJ.**

representada por Alessandro Baratta e Juarez Cirino dos Santos, buscou propor uma saída possível para o problema, a saber, um esforço de incremento à legitimidade das agências de reação social, com vistas a minorar sua dimensão de álibi e ideologia.

Palavras-chave: Bandido. Cidadão de bem. Instrumentalidade.

Abstract: The stigmas popularly expressed by "bandit" and "good citizen" have become true *meta-rules* that inform all levels of the criminalization processes perpetrated by social reaction agencies in Brazil. In order to investigate the dynamics of the creation and distribution of these stigmas, the present work chose as a method the analysis of the abuses of the military police institutions of São Paulo and Goiás, notably those narrated in the book *Rota 66*, by Caco Barcellos, and those coming to the public due to Operation Sixth Commandment. Civilians have been shown to project aggressive overflowing impulses in police activity, and this circumstance, coupled with melodramatic and manichean representations of "heroes" and "bandits," weakens the Military Police's submission to legal and democratic boundaries. As it moves away from legality, *military identity*, typically minority and total, hypertrophies its warrior *ethos*, which then becomes susceptible to enticement by power groups, provoking an instrumental distribution of criminalizing stigmata. Finally, a brief critical approach on the theoretical tools of Radical Criminology, represented by Alessandro Baratta and Juarez Cirino dos Santos, sought to propose a possible solution to the problem, namely, an effort to increase the legitimacy of social reaction agencies, with to alleviate its dimension of alibi and ideology.

Key-words: Bandit. Good citizen. Instrumentality.

INTRODUÇÃO

Quando minha avó dizia que “as palavras têm poder”, encarava eu como uma crendice segundo a qual os meros sons proferidos pela boca teriam o condão de atrair energias

cósmicas positivas ou negativas. Em resumo, uma bobagem. Observando nosso sistema de segurança pública e justiça criminal, no entanto, constato que as palavras têm não só poder, mas o maior deles: o de decidir sobre vida e morte. A distribuição dos estigmas popularmente expressos por “bandido” e “cidadão de bem”, verdadeiras *meta-regras* (*basic rules*), funcionam como roleta a definir quais indivíduos cairão no alcance da barbárie e quais permanecerão no espectro da civilização.

Na internet, páginas que exaltam a violência policial e não raro defendem execuções sumárias possuem milhões de fãs. Os textos, as imagens e os comentários nesses fóruns digitais cultuam a morte e uma simbologia macabra de facas e caveiras, característica dos destacamentos de elite da PM (Polícia Militar) no Brasil. O discurso legitimador por trás desse fenômeno virtual é a dicotomia entre “bandido” e “cidadão de bem”. No ano de 2016, até o Governo do Estado de Goiás veiculou material publicitário televisivo no qual, em meio a imagens de helicópteros e operações policiais, uma voz afiançava o compromisso da Secretaria de Segurança Pública com a defesa do “cidadão de bem”². O mesmo termo foi reiterado em discurso do Governador³.

Essa mentalidade pública não deve ser desconsiderada como fruto de mera ignorância, alheia ao objeto de estudos acadêmicos, pois influencia diretamente nas plataformas de campanha apresentadas durante as eleições, nas ações de Governo, no enfoque dado pela imprensa em coberturas jornalísticas sobre casos de violência e no comportamento do Poder Judiciário. A dicotomia apontada está na base da relutância e da desconfiança da opinião pública com os ativistas dos direitos humanos, tachados de “defensores de bandidos”. Entender as razões de desenvolvimento e o modo de distribuição dos estereótipos “bandido” e “cidadão de bem” na atual sociedade brasileira é, talvez, o principal problema que se apresenta à nossa criminologia.

² <https://www.youtube.com/watch?v=7Rihzvv3EOs>. Acesso em 03/2017.

³ <https://www.youtube.com/watch?v=zxjNFDOLAxM>. Acesso em 03/2017.

A corrente de pensamento criminológico predominante no Brasil é, sem dúvida, a “criminologia crítica (ou radical)”, que tem como principal expoente o italiano Alessandro Baratta (1933-2002). Em nosso país, a maior referência é Juarez Cirino dos Santos, que foi orientando do próprio Baratta em programa de pós-doutoramento na Alemanha⁴. Possui tal corrente todas as ferramentas teóricas para analisar e desnudar o problema proposto? O presente trabalho se encarregará de um cotejamento, abordando também o fundamento epistemológico do pensamento radical, a saber, o interacionismo simbólico, sistematizado e difundido por Howard S. Becker.

Os estudiosos da vertente crítica têm farta produção enfocando a mídia como indutora de uma “cultura do medo”, que, por sua vez, seria a responsável por criar na população demandas punitivistas em relação ao Estado (Bizzoto; Silva, 2012). Este, adotando o recrudescimento legitimado pela opinião pública, utilizaria o sistema legiferante e o de justiça criminal para selecionar, criminalizar e punir somente os comportamentos oriundos dos estratos sociais mais baixos ou politicamente ameaçadores, mantendo-os sob controle e perpetuando o *status quo*. Para esse modelo de explicação, o estigma de “bandido” (ou, como diria Becker, “outsider”) é conferido não por um critério ético uniforme, mas pela correlação de forças políticas, econômicas e de discurso que conflitam entre si. Avaliar-se-á a suficiência desse argumento.

Por outro lado, existe uma crença corrente, embora não sistematizada em escola criminológica, de que a raiz da criminalidade no Brasil está na impunidade. Operadores do direito, meios de comunicação e cidadãos em geral falam repetidamente nos baixos índices de resolução de crimes pelas Polícias Civis⁵ e apontam as leis penais e processuais penais como lenientes. É bastante conhecido o brocardo “A polícia prende e a Justiça solta”, presença garantida nos telejornais. Tal falta de fé nas respostas judiciais estimula, inclusive, uma

⁴ <http://cirino.com.br/juarez-cirino-dos-santos/>. Acesso em 03/2017.

⁵ <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>. Acesso em 03/2017.

subterrânea simpatia por resoluções imediatas da tropa armada, ou seja, mais e mais violência policial, execuções, facas e caveiras. Pode o problema ser colocado como meramente operacional, a ineficiência do Estado em proteger o “cidadão de bem” do “bandido”? Essa ótica será também avaliada.

O ponto de desvelo do problema proposto, e que portanto conduzirá todo o trabalho, é a polícia. Como braço armado do Estado, é quem mostra claramente, sem retórica, as conduções concretas do poder político e, como se verá, também econômico. Ao mesmo tempo, tanto as atividades quanto os discursos policiais são, talvez, a influência mais determinante no fortalecimento dos *status* referidos por “bandido” e “cidadão de bem”, assim como na manutenção e distribuição desses *status*. Entender tal dinâmica simbólica na contemporaneidade brasileira é escrutinar nossos processos de criminalização e o nível de legitimidade que os subjaz.

1. “Bandido” e “cidadão de bem” como conceitos policiais

Páginas que exaltam a violência policial fazem sucesso na internet, notadamente nas redes sociais. Notícias de pessoas mortas em supostos confrontos com a PM e até mesmo fotos dos alvejados são postadas e ovacionadas com milhares de curtidas e comentários. Todos ali têm noção da ilegalidade do que aplaudem; sabem da inexistência da pena de morte no Brasil em tempos de paz e também que, mesmo se esta existisse, não poderia ser aplicada sumariamente, sem processo penal com direito à defesa; mas se justificam mutuamente avocando um sentimento moral de combate ao inimigo comum: o “bandido”.

Caco Barcellos, em “Rota 66”, investigou um grupo de policiais da ROTA paulista que executou cidadãos sumariamente por anos a fio. Os casos descritos não se enquadravam na definição legal de legítima defesa, logo, tratavam-se de fatos típicos (art. 121, CP), ilícitos e culpáveis, assassinatos. A gravidade aumenta quando se verifica que confrontos foram simulados para esconder a intenção criminosa dos atos, que se deram, de acordo com as dinâmicas narradas, em virtude de um profundo desprezo pelos direitos civis e por despeito

contra aqueles que resistiram, de qualquer forma, à autoridade policial, ainda que abusiva. Mesmo quanto às vítimas implicadas em algum ilícito penal, a desproporcionalidade da ROTA sacrificou desnecessariamente valores mais importantes, vidas, para a suposta salvaguarda de bens jurídicos menos valiosos, em geral patrimoniais.

Ainda assim, não receberam o estigma de “bandidos”. Ao contrário, foram acobertados por Inquéritos Policiais Militares parciais, condecorados com medalhas por “ato de bravura”, elogiados por superiores e alçados à condição de “heróis” por seguimentos da imprensa e da opinião pública. Por que isso acontece? Não se trata apenas de ignorância da população sobre os métodos dos setores mais violentos da PM, ou de uma crença generalizada nas versões de “trocas de tiros”, pois, conforme apontado, páginas virtuais que exaltam símbolos de violência policial, como facas e caveiras, e encorajam, parabenizam execuções, são curtidas por milhões de pessoas, a despeito da ilegalidade dos comportamentos ali expostos. A questão, portanto, é mais complexa. De alguma forma, os estigmas “bandido” e “cidadão de bem” não são distribuídos tendo como critério exclusivamente o respeito ou o desrespeito à lei. A primeira peça teórica para se compreender esse fenômeno é o que a Criminologia Crítica chama de “ideologia da Defesa Social”.

1.1. Ideologia da Defesa Social

Conforme dito na introdução, utilizaremos as formulações da Criminologia Crítica a partir de seu representante máximo, Alessandro Baratta, e tomando como referência sua obra de maior relevo em fama e sistematicidade: *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. No segundo capítulo do livro, o autor italiano define “defesa social” como “uma ideologia caracterizada por uma concepção abstrata e aistórica de sociedade, entendida como uma totalidade de valores e interesses”. Aqui, *totalidade* designa a concepção de sociedade como um todo homogêneo, no qual seus indivíduos supostamente compartilhariam os mesmos valores e interesses. Trata-se de uma ideia de matiz iluminista filosoficamente oriunda do contratualismo, notadamente o de Rousseau. No campo da sociologia, deu origem às abordagens estruturais-funcionalistas. Todos os autores e obras desse modelo filosófico-

sociológico são contemporaneamente englobados, pela Criminologia Crítica, sob o gênero “teorias do consenso”.

Uma das bases dessas teorias seria, segundo Baratta, o “princípio do interesse social e do delito natural”, para o qual os delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representariam ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda a sociedade. Em Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal é dito que o conteúdo dessa ideologia (termo “ideologia” usada claramente no sentido marxista) passou a fazer parte não só da filosofia dominante da ciência jurídica e dos representantes do aparato penal-penitenciário, mas também das opiniões comuns, do “homem de rua”, veiculador das *every day theories*. Essa dimensão popular da “ideologia da defesa social” é o ponto de interesse do presente trabalho, dado nosso objeto de análise, a distribuição dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem” pela opinião pública, base de sustentação de abusos policiais e programas de governo punitivistas.

Em matéria de segurança pública, como em política, há uma contradição nas interpretações correntes: os indivíduos enxergam os conflitos sociais e mesmo assim imaginam a sociedade de forma total e homogênea. As pessoas sabem, por exemplo, que os parlamentares no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais representam diferentes ordens de interesses. Identificam as bancadas ruralistas, evangélicas, da “bala”, das minorias. Mas não associam automaticamente essa divisão dos representantes com a existência, no seio dos representados, de diferentes classes, nichos ou “comunidades morais”, para usar a ilustrativa expressão da antropóloga Rita Laura Segato (2006). Ao invés, lançam mão do conceito total “povo”, do qual cada indivíduo se julga indistintamente parte e inclusive portavoz. Com efeito, é curioso notar como todos os que não detêm um mandato eletivo, por mais que sejam diferentes, falam tal qual fossem a encarnação individual do “povo”.

Nesse caso, um grupo tão amplo, como nosso país de mais de 200 milhões de habitantes⁶, deriva certa unicidade e totalidade identitária não da igualdade ou semelhança material, concreta entre os membros, mas pela contraposição a um outro grupo ideal, os

⁶<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 03/2017.

“políticos”. A coesão interna de um grupo pelo direcionamento das pulsões agressivas (*Thanatos*) dos seus componentes contra um inimigo externo é fenômeno conhecido dos estudiosos da psicanálise freudiana, que o identificam com maior clareza em particulares momentos históricos, como na unificação da Alemanha sob as campanhas militares de Otto von Bismarck (2º Reich – 1871/1918) e no posterior fortalecimento do espírito de corpo alemão sob a batuta expansionista de Hitler, arauto da “raça ariana” contra judeus, Testemunhas de Jeová, negros, homossexuais, comunistas e todos os de ascendência “inferior” (3º Reich – 1933/1945).

No senso comum sobre os temas segurança pública e criminalidade, um direcionamento das pulsões agressivas também ocorre. Antes de prosseguir o texto, esclareça-se que não se trata aqui de adotar teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva como modelos gerais de explicação, mas apenas de tomar alguns dos seus elementos como auxílio para a compreensão do que propicia à “ideologia da defesa social” se propagar a ponto de tornar-se filosofia dominante. Afinal de contas, se a homogeneidade de valores e interesses e a codificação penal pelo Estado como expressão dessa homogeneidade – princípio da legitimidade – não passam de “ideologia” justificante para Baratta, por que é abraçada com tanto afínco pela grande massa, a principal caixa de ressonância justamente dos discursos mais punitivistas, moralizadores, recrudescidos e policiais? Os reforçadores da reprovação dos tipos penais tipificados não estão restritos a uma “comunidade moral”, nem encastelados nas elites econômicas, mas espalham-se vertical e horizontalmente, constituindo uma *hegemonia*.

A resposta não é linear, mas o fenômeno do direcionamento de pulsões agressivas a um inimigo externo, que abordaremos primeiro, certamente a compõe. Sob esse enfoque, quanto mais heterogênea, desigual e conflituosa uma sociedade for, mais necessidade terá de eleger, como forma de alívio e descarrego das tensões internas, um inimigo externo, e tanto mais poderosa será essa descarga de pulsões. Ocorre que, em tempos de paz, não existe um inimigo fora do território que possa aglutinar em sua figura essa descarga, logo, faz-se necessária a criação do inimigo. O efeito catártico por trás das reações sociais ao desvio é desnudado, segundo Baratta, nas obras de Theodor Reik, Franz Alexander, Hugo Staub, Paul Reiwald, Helmut Ostermeyer e Edward Naegeli.

O “inimigo” que criamos como objeto da descarga catártica de pulsões é o próprio estigma do “bandido”. E a partir da criação do “inimigo”, forçosa é a definição dos legitimados ao seu combate e nenhuma instituição de controle formal se enquadra tão bem nessa representação, dentro da mentalidade popular, do que as forças policiais. A polícia acaba assumindo, portanto, não o caráter de uma instituição submetida ao Estado Democrático de Direito, mas o da mão que promove, possibilita a descarga das tensões e pulsões agressivas da massa, como os carrascos das torturas e execuções públicas na França absolutista, conforme episódios narrados por Michel Foucault nos dois primeiros capítulos do clássico *Vigiar e Punir*. Acrescenta-se aqui os *insights* de Alexander e Staub sobre a identificação de indivíduos com órgãos de reação penal como forma de canalizar suas agressões particulares para expressões socialmente legitimadas. Segundo Baratta:

Esta identificação leva, de um lado (...), ao reforço do superego, de outro, e é este o motivo que aqui interessa, a um desvio da agressão em uma forma legítima; agressões, cuja eliminação em forma de comportamento anti-social é impedida por inibições, e que por isso permaneceriam irresolvidas, são descarregadas através da identificação do sujeito com os atos da sociedade punitiva.

A pena adquire assim também um significado de recompensa pela renúncia ao sadismo; este mecanismo de identificação com a sociedade punitiva conduz à diminuição da quantidade de agressões para inibir e, portanto, a um alívio do trabalho de inibição.

Alcançamos, neste ponto do trabalho, um dos componentes que explicam por que internautas aplaudem a violência policial, exaltam símbolos associados à morte, como facas e caveiras, e parabenizam até mesmo execuções sumárias por parte da tropa, a despeito de flagrante ilegalidade: nessas páginas virtuais vemos cristalinamente o direcionamento de pulsões agressivas a um “inimigo” externo, o “bandido”, que pelo seu sofrimento expia, canaliza e absorve as energias sádicas transbordantes das *psiques*. Se assim ocorre, policiais que infringem a lei não são estigmatizados como “bandidos” porque à atividade policial é

atribuída, inconscientemente ou nem tanto, o papel não de garantir bens jurídicos e direitos, mas de impingir sofrimento aos “inimigos”, possibilitando a catarse, o gozo sádico e agressivo. Defender o recrudescimento da prática policial é, para muitos, defender a única possibilidade legitimada de expressão da sua própria violência, aplaudem inclusive execuções porque projetam nos agentes repressivos uma força que queriam e não podem exercer pessoalmente. Perante fenômenos psíquicos tão poderosos, não admira que críticas a excessos da PM tendo em vista a “legalidade” sejam encaradas com animosidade, pois são estraga-prazeres. Toma-se conceitos intelectuais e abstratos, como lei e direito de defesa, contra pulsões imemoriais.

A partir do momento que a sociedade desenvolve, conforme se explicou, a necessidade do “inimigo”, o conceito em si de polícia é transfigurado e passa a significar “combatentes do inimigo”, levando a silogismos simplificadores como “a polícia combate bandidos/José foi combatido pela polícia/logo, José é bandido”. Ora, se o “combate aos bandidos” passa a ser a própria definição da atividade policial, por decorrência lógica será a atividade policial que, a depender de quem combata, definirá quem são os “bandidos” e os “cidadãos de bem”. A esta altura percebemos que policiais em confronto com a lei escapam à criminalização automática não só porque encarnam as projeções agressivas da massa, constituindo talvez sua principal expressão legitimada, mas também porque eles mesmos são a fonte das definições.

Ao perguntarmos por que, apesar de tanta heterogeneidade e conflituosidade internas em nosso país, a “ideologia da defesa social” se tornou hegemônica, a resposta dos criminólogos críticos é uníssona: mídia. Mais especificamente, a mídia de massa, o segundo ponto a ser abordado neste subtópico. Conforme apontado na introdução, acusam os grandes veículos de comunicação de induzirem uma “cultura do medo”. Coberturas sensacionalistas de crimes e um exagerado enfoque na violência urbana gerariam uma espécie de histeria coletiva a partir da qual os cidadãos legitimam mais punitivismo e permanecem passivos, acrílicos às “verdadeiras” causas da criminalidade, como desigualdade, marginalidade e exclusão. Se tomarmos tal resposta dos criminólogos radicais em complementação aos expostos processos de direcionamento de pulsões agressivas contra um fabricado “inimigo externo” e conseqüente

ressignificação da atividade policial, temos um preocupante quadro de retroalimentação, um *loop*.

É notório que algumas emissoras de TV aberta dedicam a maior parte de sua programação ao que chamamos de “jornalismo policial”, a saber, a cobertura de delitos. Jornais impressos e portais *on line* também priorizam essas mesmas pautas. Quanto a tal ponto, a crítica dos nossos estudiosos da criminologia tem razão de ser, pois não bastasse o desproporcional espaço dedicado ao crime pela imprensa, a tônica adotada costuma reforçar a ideia de sociedade “de bem” unida contra um inimigo externo comum, o “bandido”, e dos policiais como nossos soldados nesta guerra – justamente a ideologia da defesa social. Todos já nos deparamos com programas “pastelão” nos quais o apresentador vocifera contra suspeitos expostos na tela e parabeniza o trabalho da polícia. Ou com programas de “denúncia” que consistem em entrevistar cidadãos vítimas de crimes e depois cobrar maior rigor policial. Existe deliberada intenção de criar uma “cultura do medo”? Essa pergunta será analisada mais adiante. Por enquanto, nos detemos no seguinte: por razões que não cabe aqui investigar, tragédias e violência sempre atraíram a atenção do ser humano. E como a maioria dos profissionais e veículos não têm condições de produzir conteúdo sofisticado, porque, afinal de contas, talento e sensibilidade são exceção, não regra, buscam a audiência da forma mais crua, fácil e garantida: exploração do sangue.

Pobreza cultural é um fator subestimado. Influencia decisivamente inclusive na própria necessidade de se criar um “inimigo” que absorva tensões e pulsões agressivas, pois é a cultura quem pode desenvolver, a exemplo da arte, formas alternativas de sublimação da libido, do *id*, das energias violentas acumuladas. Por conseguinte, a falta de educação para entretenimentos de espírito mais elevado deixa as pessoas abandonadas às próprias pulsões e portanto suscetíveis, atraídas à sedução primitiva da força bruta espetacularizada. O conteúdo da mídia de massa é ao mesmo tempo uma resposta a essa demanda brutalizada e uma indutora oportunista. Estabelece-se uma relação dialética, um ciclo-vicioso, o citado *loop* retroalimentador: a massa tende, conforme exposto, a se atrair pela violência, a buscar um “inimigo” e a legitimar seus “soldados” para o combate, pelo que a mídia, em busca de

audiência, reproduz tais imagens e discursos; mas o faz em escala tão larga e repetitiva que acaba retroalimentando a concepção reproduzida, tornando-se sujeito ativo de perpetuação desta.

Temos então que a mídia de fato contribui para a hegemonia da “ideologia da defesa social”, principalmente na sua dimensão de guerra contra um “inimigo exterior”, embora não seja causa única e suficiente do fenômeno, pois a necessidade de direcionamento de energias violentas transbordantes no seio social também o compõe, conforme demonstrado. Outro ponto associado reside nas representações compartilhadas pelas memórias dos indivíduos construírem parte do repertório conceitual com o qual trabalhamos mentalmente e por isso não haver como escapar de sua influência em alguma medida. É o chamado “inconsciente coletivo”, que, no caso do Brasil, está repleto de maniqueísmos e narrativas melodramáticas advindos dos produtos de cultura *pop* e entretenimento em massa aos quais a maioria da população está submetida. Não é incomum nos depararmos com representações de policiais como “heróis” ou “anjos fardados”, expressões de uma visão de mundo cindida entre “bandidos” e “mocinhos”. Baratta, citando Paul Reiwald, menciona expressamente a influência da literatura e dos filmes sobre crimes.

Mediante tudo o que foi abordado, podemos concluir este subtópico com as seguintes afirmações gerais: 1) Mesmo uma sociedade heterogênea e internamente conflituosa pode assumir certa unicidade identitária quando contraposta a um grupo ideal supostamente antagônico; 2) As pulsões agressivas inibidas nos indivíduos e as tensões sociais internas criam a necessidade de um inimigo comum exterior, que possa expiar, canalizar e absorver as energias violentas transbordantes; 3) O estigma do “bandido” é o inimigo externo criado e em relação ao qual a sociedade deriva sua unicidade identitária como “cidadãos de bem”; 4) A criação do inimigo exterior “bandido” produz, em decorrência, uma classe de legitimados a combatê-lo, notadamente, na mentalidade popular, os policiais; 5) A atividade policial serve então como objeto de projeção das energias violentas das *psiques* e incorpora o *ethos* guerreiro contra o “inimigo”; 6) Tais representações são reforçadas por mídia e cultura de massa; 7) Por fim, à medida que o combate aos “bandidos” se torna a própria definição da atividade policial no senso

comum, esta atividade se torna a fonte de distribuição dos estigmas, solidificando a confusão metonímica fundamental do “bandido” não como aquele em conflito com a lei, mas em conflito com a farda.

1.2. O problema das instituições totais e congêneres

Outro fator contribui para que policiais em confronto com a lei, ao invés de serem estigmatizados como “bandidos”, acabem protegidos por superiores e cresçam em prestígio dentro de suas corporações: a lógica *total* destas. Ervin Goffman define “instituição total” como um estabelecimento fechado que, por funcionar em regime de internação, substitui todas as sociabilidades externas da pessoa por internas (Goffman, 2001). Sob a luz dessa definição, as corporações policiais não são *totais* com todo o rigor do termo, mas compartilham algumas das suas características.

Na obra capital do interacionismo simbólico, *Outsiders*, Howard S. Becker já constatava a defensiva tendência de qualquer grupo reunido ao redor de práticas minoritárias, sejam profissionais, como médicos e músicos, sejam desviantes, como usuários de maconha, a evitar a publicização de comportamentos de um membro se estes forem potencialmente condenáveis pela “sociedade em geral”. Um fenômeno próximo ao que popularmente conhecemos por *corporativismo*. Ainda segundo o estudo de campo do sociólogo da Escola de Chicago, um grupo desviante em relação à ordem oficial cria discursos justificadores entre seus membros para neutralizar os conflitos com valores externos. Uma microinteração social próxima e reforçadora dos processos psíquicos individuais definidos pela psicanálise como racionalização e elaboração.

Essa tendência autorreferencial observada em qualquer grupo minoritário, desviante ou não, assume uma expressão poderosa no caso da PM, tendo em vista as socializações secundárias, a disciplina e os rituais empregados intensivamente para formar uma *identidade militar*. A antropóloga e psicanalista Cláudia Vicentini traça, na obra *Corpo Fardado* (2014), uma etnografia da polícia militar goiana, destacando os métodos de transformação identitária dos ingressos na tropa:

Nesse processo de socialização secundária, a internalização dos princípios da hierarquia e da disciplina é levada a cabo na relação que oficiais e alunos-soldados estabelecem durante os cursos de formação. É nos termos dessa relação primeira, baseada na obediência incondicional às ordens dos superiores, que toda a estrutura militar e o trabalho de conversão dos sujeitos efetivamente se realizam e se sustentam (...) Durante o período de formação, que funciona como rito de passagem da ordem civil à ordem militar, tanto a oposição civil-militar quanto a oficiais-alunos intensificam a solidariedade grupal e a reciprocidade, criando ou reforçando o sentimento de pertencimento a uma coletividade maior – os chamados “espírito militar” no Exército e “espírito de corpo” na Polícia Militar – fundamental no processo de conversão dos sujeitos à identidade militar (...).

Os períodos dos cursos de formação, tanto de oficiais quanto de praças, são os que, devido ao aquartelamento, mais se aproximam do conceito de “instituição total” presente em Goffman, apesar de duração e intensidade do isolamento nos quartéis variarem a depender do Estado da federação. O ponto central, contudo, é o processo de substituição das referências civis pelas da caserna, num esforço de verdadeira conversão que culmina por incutir, na cabeça dos policiais, a oposição *nós-eles, militares-civis*. A convivência profissional, a disciplina do corpo, a indumentária, os símbolos e os sofrimentos aos quais são conjunta e uniformemente submetidos geram uma sensação de pertencimento não mais à “sociedade em geral”, mas ao “corpo” da PM.

Com frequência observamos grupos minoritários desenvolverem vocabulário pejorativo em relação aos indivíduos do “mundo exterior”, tanto para demarcar e reforçar a identidade interna quanto para valorizar seus membros em relação aos não-membros. Becker notou, por exemplo, que os músicos de casa noturna, em especial os *jazzman*, chamavam os não-músicos de “quadrados” (*square*), e que se julgavam superiores a eles. Interessante perceber também a conotação moralmente abjeta atribuída por diferentes denominações religiosas cristãs à palavra “mundano”. Os militares, por sua vez, se referem aos não-militares

como “paisanos”, contraste vocabular que, segundo Cláudia Vicentini, também demarca uma valorização interna em demérito do exterior, um juízo de superioridade desnudado e descrito nos seguintes termos pela antropóloga goiana: “Enquanto a ordem militar é rigidamente organizada, moralizada, disciplinada e tida como exemplo a ser seguido, o mundo dos civis é frouxo, desregrado, permeado de vícios, imoral, sujo. Sob o ponto de vista militar, os civis ou paisanos, como são pejorativamente denominados, são hierarquicamente inferiores e, por essa razão, não seriam considerados pessoas”.

É preciso identificar também quem compõe a maioria esmagadora da tropa, a saber, praças e oficiais subalternos, que, a despeito de anos de serviço, não gozam e dificilmente gozarão de remuneração e prestígio equivalentes aos melhores postos da burocracia estatal ou aos de políticos e profissionais no topo de carreiras jurídicas, artísticas, jornalísticas, acadêmicas e empresariais. Paralelamente, a polícia militar, mesmo contando com numerosos admiradores, é vista com desconfiança, preconceito e até hostilidade por parte considerável da sociedade. Essas circunstâncias dificultam a “sociabilidade extrainstitucional”, nos termos de Vicentini, e os PMs acabam por se refugiar na identidade e no sentimento corporativos, reforçando-os ainda mais em defesa e ressentimento contra os “paisanos”.

E em que consiste a *identidade militar*? Cláudia identifica um *habitus* próprio, que compreende tanto um *ethos*, isto é, um sistema de valores em estado prático, quanto uma *hexis* corporal, posturas e atitudes adquiridas pelo indivíduo. O *ethos* provém da ligação simbólica da PM, inclusive na farda, com o Exército, as Forças Armadas, resultando na redução mental dos problemas de segurança pública a um “inimigo” a ser combatido, como se fosse uma questão de vitória ou derrota. Segundo ilustrativas passagens dos entrevistados na etnografia:

Porque só a gente sabe o que é enfrentar quem está do outro lado: o marginal.
(Soldado, 21 anos de PM).

(...) O que aqueles traficantes estão promovendo não é uma guerrilha? Eles são inimigos de guerra! Eles são guerrilheiros! A lei para julgar aquele pessoal

teria que ser a lei em tempo de guerra. ‘Ah, mas ele é do mesmo país, não tem como guerrear... é do mesmo país’. Tem sim! Porque é guerra civil. É guerra! Eles declararam guerra pro Estado (...) (Cabo, 23 anos de PM).

Não estou discriminando, não. Mas é... o negócio é: polícia e bandido. Se você me perguntar o que é o bandido: é o inimigo. E ele pode tentar contra mim qualquer hora. E eu vou estar esperando ele (...) é uma guerra. O bandido sempre vai ser uma guerra, porque é um olhando para o outro e, se vacilar, o outro pega. (Soldado, 18 anos de PM).

O trabalho segue mostrando que, historicamente, a disciplinarização do policiamento ostensivo nos moldes militares foi a saída encontrada para subordinar ao Estado os agentes públicos incumbidos da tarefa de preservação da ordem numa época marcada pela crise de governabilidade provocada pela abdicação de Pedro I, ou seja, a adoção do modelo militar pelas polícias veio pela necessidade estatal de policiar justamente aqueles que policiavam a sociedade, dado que esses indivíduos eram provenientes do próprio segmento social contra o qual a organização policial era chamada a atuar: “(...) os pobres sem patrão, os ex-escravos, os descendentes de escravos, os mestiços, os artesãos, os biscateiros (...) os capoeiras, os estrangeiros, os negros forros e os portugueses de poucas posses (...)” (Muniz, 1999). Percebe-se, portanto, que parte essencial da identidade militar é exatamente a cisão com o mundo civil pela adoção de um *ethos* guerreiro contra este.

A identidade é completada pela *hexis*, consistente na submissão incondicional do corpo à hierarquia e à disciplina, na resistência ao desconforto e ao sofrimento corporais em patrulhamentos e treinamentos, na padronização dos gestos e da farda, no asseio, na discrição. Em suma, um processo de mortificação do eu que culmina com a dissolução da personalidade civil anterior e a assunção da persona militar, fechando o ciclo de controle e absorção total do indivíduo-policial pela instituição PM. Cada policial passa a ser a PM, conforme metáfora esclarecedora de uma das entrevistas transcritas em *Corpo Fardado*: “Não sei explicar isso não, isto (a polícia militar) está impregnado no sangue da gente”.

A esta altura precisamos somar o subtópico presente com o anterior para enxergarmos a convergência de fatores internos, originados na “caserna”, e externos, oriundos da “rua”, que dialeticamente produzem a dupla raiz pela qual a atividade policial ostensiva no Brasil vive em permanente tensão com o Estado Democrático de Direito: por um lado, conforme visto, numerosos indivíduos da sociedade em geral projetam e por consequência legitimam nos policiais a mão de carrasco que gostariam de pesar sobre um “inimigo” comum, o estigma do “bandido”, criado pela necessidade de um objeto para expiação, absorção e descarga das tensões e pulsões agressivas transbordantes na civilização – esteio psíquico da ideologia da defesa social; por outro lado, o “inimigo” é decorrência necessária do *ethos* guerreiro cultivado *interna corporis* nas instituições policiais militares.

Essa combinação explosiva tem influência direta na dinâmica de distribuição dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem”, tanto no que se refere à blindagem dos policiais à estigmatização quanto no que concerne ao caráter extralegal paulatinamente incorporado a tal dinâmica, o que provoca, como última e mais desastrosa consequência, a perda de controle sobre o *ethos* guerreiro. Primeiramente, o mecanismo de defesa comum a grupos minoritários identificado por Becker e popularmente tomado como corporativismo, somado às características totais da instituição militar, que exigem fechamento aos “de fora” e discrição - ética do segredo (Santos, 2001) - funciona como escudo protetor dos policiais contra ingerências, julgamentos e condenações exteriores, mesmo de ordem legal, se necessário e também possível. Isso porque o comprometimento e o pertencimento maior é com a caserna, com a *identidade militar*, não com seu contraposto, o mundo “paisano”.

Tal resistência interna à estigmatização dos membros, mesmo perante comportamentos eivados de ilegalidade, é reforçada novamente pelo fenômeno social de se projetar sobre os policiais, conforme explicado no subtópico anterior, a imagem de combatentes de “bandidos”, conferindo silogisticamente à atividade policial o poder de definir, a depender de quem combata, quem são esses “inimigos”. Essa projeção externa não passa despercebida pela tropa, que a assimila e incorpora ao *ethos* guerreiro, desenvolvendo-se com isso, em cada PM, a percepção metonímica de si como a própria encarnação da ordem, pelo que seria

impossível pertencerem ao estigma “bandido”, dado que este é justamente a razão dos seus *ethos*, o seu oposto, seu “sinal negativo”.

Complementarmente, maniqueísmos e narrativas melodramáticas advindos dos produtos de cultura *pop* e entretenimento em massa, da mesma forma como compõem o “inconsciente coletivo” da sociedade civil em relação à atividade policial, compõem também a representação dos PMs sobre si, pois o repertório conceitual é o mesmo. Cláudia Vicentini percebe que os militares interpretam as experiências da rua segundo tal repertório de representações sociais disponíveis, criando “enredos” dramatizados por personagens já conhecidos: o “herói”, o “bandido”, e a “vítima”. Pessoalmente, mais de uma vez presenciei policiais se referirem a autores de crimes como “doença social” e a si mesmos como “a cura”.

O superdimensionamento do *ethos* guerreiro pelas razões apontadas, internas e externas à PM, é a hipótese levantada neste trabalho para os episódios de sublevação da doutrina policial militar contra a legalidade civil. Para melhor clarear a complexa questão, retomemos o citado conceito de *ethos*: “sistema de valores em estado prático”. E quais são os valores exaltados na *práxis* militar? Pode-se enumerar, a título ilustrativo, obediência à hierarquia, disciplina, força, resistência ao sofrimento, controle emocional, tirocínio, técnica apurada, coragem e bravura em combate. E se legalidade e estigmas criminalizantes são mitigados no caso dos PMs em função desse *ethos* guerreiro, significa também que a mitigação tende a se manter apenas quanto aos comportamentos condizentes com o *ethos*. Isso explica por que policiais, em especial os dos destacamentos de elite, são tão compreensivos com colegas homicidas, mas não com colegas viciados em drogas ilícitas, por exemplo. Explica por que um superior pode acobertar um subordinado que tomou parte na execução de uma pessoa e ao mesmo tempo puni-lo exemplarmente caso desobedeça qualquer ordem direta.

Se um policial viola os valores do *ethos*, sofre punições internas, formais ou informais, aliás como em qualquer “comunidade moral” minoritária; ao passo que se viola a lei com um proceder não justificado pelo *ethos*, possui menor probabilidade de angariar a solidariedade do grupo, pois falta, nesse caso, a pertinência da ação com a *identidade militar*. Se, no entanto, atitudes de cunho profissional tomadas e interpretadas pela tropa como

expressão do *ethos* guerreiro extrapolarem a legalidade e forem condenadas, confrontadas pelo mundo civil em razão disso, poderá ser desencadeada uma série de reações por parte da polícia: a projeção do valor de hierarquia interno para o exterior, legitimada pela superioridade pressuposta dos militares sobre os “paisanos”, estes então subtraídos da condição de pessoas, sujeitos, e reduzidos a objetos; a autoafirmação da *identidade militar* sobre a civil; a reivindicação do papel de “herói” na narrativa e dramatização públicas sobre a criminalidade; e, por fim, a reivindicação da prerrogativa de definir, a partir do *ethos* e não da lei “paisana”, quem são os “bandidos” e os “cidadão de bem”.

O problema da ascendência social do *ethos* guerreiro, portanto, é que este defenderá seu poder, mesmo quando estiver contra a legalidade e os princípios da ordem democrática. O próximo subtópico se ocupará de relacionar o crescimento e a consequente perda de controle do *ethos* guerreiro com a degeneração instrumental-policial que atinge os estigmas “bandido” e “cidadão de bem”, bem como sua distribuição.

1.3. O *ethos* instrumental

Tomando como verdadeiros os dados e casos levantados por Caco Barcellos em “Rota 66”, percebemos que não existia, por parte dos policiais da ROTA, uma preocupação em garantir os direitos daqueles que consideravam “suspeitos” durante patrulhamentos na rua, tampouco em graduar a força proporcionalmente às reações. Pelo contrário, o que se mostra na obra são rajadas de metralhadora como resposta automática a qualquer comportamento fora das ordens emitidas pelos PMs. Denúncias ainda mais graves do livro-reportagem consistem em militares furtando-se do dever de conduzirem à delegacia os suspeitos sob custódia, conforme manda a lei, e os levando a lugares ermos, onde eram executados a sangue frio.

Não tinham aqueles policiais consciência das ilegalidades praticadas? Com certeza, sim. Tanto que agiam para forjar uma aparência legalmente justificável às ocorrências e assim escapar de responsabilidade criminal. Plantavam armas junto às vítimas para, mediante a simulação de confrontos, poderem alegar a excludente de ilicitude da legítima defesa perante autoridades julgadoras e opinião pública; desenvolveram o “falso ato humanitário” de levar

alvejados já mortos ao hospital para mascarar a intenção homicida precedente à puxada do gatilho. Mas se, pelo menos formalmente, a razão de existir da polícia é a preservação da lei, o que permitia aos “matadores” agirem sistematicamente à margem desta? A resposta está nos dos subtópicos anteriores. O comportamento abusivo poderia estar desconforme a legislação, mas estava conforme a projeção pulsional sádica e maniqueísta da sociedade sobre eles e conforme o *ethos* guerreiro *interna corporis* da instituição policial militar. Perante dois fenômenos tão poderosos, a verificação da culpabilidade real dos suspeitos e o direito ao cumprimento de pena nos limites constitucionais e legais ficam relegados a segundo plano, tornam-se um inconveniente.

A projeção popular sobre o *ethos* guerreiro e sua subterrânea aplicação como política de segurança pública tem duas consequências imediatas: 1) A paulatina e informal substituição do “direito penal do fato” pelo “direito penal do inimigo”, como se vivêssemos não sob a Constituição Cidadã de 1988, mas sob as formulações jurídicas do penalista alemão Günther Jakobs, duramente criticadas por Juarez Cirino dos Santos⁷; 2) A representação dos “bandidos” nem mais como inimigos do Estado ou da sociedade (ideologia da defesa social), o que por si só já seria inapropriado, mas como inimigos pessoais da própria polícia, em especial dos destacamentos de elite. Essa assunção metonímica da farda como todo o sistema de justiça criminal é visto com clareza na expressão usada por um PM, segundo consta no capítulo “Os Desaparecidos” de Rota 66, após executar dois jovens num lixão: “Dois a zero pra Rota”.

A permissividade quanto ao crescimento de tal *ethos* guerreiro, inclusive em sacrifício da legalidade, com o tempo acostuma os militares mais agressivos, que passam a se irritar pelo mero ato de dar explicações. A verossimilhança das versões oficiais para mortes diminui, degenerando em um mero fingimento cínico, despreocupado com a credibilidade da história perante os civis. E não se trata de incompetência para a comunicação, mas de expressão e demarcação de poder. O que se deseja é que baste ao mundo “paisano” a palavra afiançada

⁷ http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf. Acesso em 03/2017.

pelo militar. Balizas e limites legais deixam de ser vistos como os critérios de uma boa operacionalidade e se transformam em entraves ao livre exercício do *ethos*.

Com efeito, se a atividade policial militar atrai a projeção pulsional agressiva de cidadãos em geral pacíficos e sem contato pessoal com grave violência em seu cotidiano, tanto mais atrairá os que desejam apenas uma oportunidade, uma legitimação social para exteriorizarem concretamente sua agressividade interna. É de se supor que muitos jovens ingressam nas fileiras da PM não por amor abstrato à lei e à justiça, mas por gostarem de guerra, combate, armas, ou seja, por se sentirem seduzidos pelo *ethos* guerreiro. Sob esse ponto de vista, o fenômeno atual da hipertrofia desse *ethos* pode ser interpretado como a ascendência de uma “comunidade moral” minoritária, os policiais militares, sobre a sociedade aberta, mas não só isso. Se “*ethos*” é um sistema de valores em estado prático, o “guerreiro” em particular é também uma prática em forma de valores, pois não possui conteúdo axiológico específico. Obediência à hierarquia e coragem em combate, por exemplo, são valores-meio, não fins. Idealmente, caberia à lei e aos princípios constitucional-democráticos fornecerem esses fins, o sentido, o conteúdo axiológico de *hexis* e *ethos* militares, mas quando este se arroga autônomo em relação à legalidade, como temos visto, fica suscetível de cooptação por interesses particulares, escusos e até ilegais.

Quando o policial ultrapassa o paradigma da legalidade no “combate ao inimigo”, nenhuma referência objetiva sobra pra controlar-lhe as ações, o exercício do *ethos*, que com o tempo se desgoverna. Em termos coloquiais, pra quem abandona a lei e se acostuma a matar para o “Estado”, para a “sociedade”, é apenas mais um passo, um limite tênue, até começar a matar para a família, para amigos, por vinganças e, em última instância, por dinheiro.

E a liberação do *ethos* guerreiro para além do campo axiológico constitucional e legal não atende unicamente, e talvez nem principalmente, às aspirações dos militares. Vejamos: uma classe de pessoas unida, corporativamente autodefensiva, treinada para o combate, com autorização para uso de arma, glorificada por pulsões instintivas da população, insuscetível de estigmatização criminalizante mesmo quando age contra a lei e capaz de definir por si mesma quem são “bandidos” e “cidadãos de bem” constitui o instrumento perfeito para

qualquer interesse ou projeto de poder, pois se torna um braço armado, um veículo de força, que pode agir de forma socialmente legitimada para a direção que se deseje.

Assim, governos podem, por interesses eleitorais, informalmente estimular execuções para diminuir, de modo artificial, os índices de alguns crimes em determinadas regiões, ao mesmo tempo que resumem a criminalidade, perante a opinião pública, como uma ação de “inimigos”, os “bandidos”, traduzindo o problema, portanto, como algo externo ao Estado, e não relacionado às suas deficiências; candidatos podem angariar eleitores estimulando pulsões agressivas contra o “inimigo comum”; empresas jornalísticas podem ganhar audiência e patrocinadores com a exploração sanguinária e fácil dessas mesmas pulsões; empresários podem cooptar policiais para protegerem interesses patrimoniais particulares; comandantes podem controlar subordinados de acordo com quem desejem favorecer, a exemplo de “favores a políticos”, tendo em vista ambições de ascensão na hierarquia da carreira policial militar; e, em casos mais extremos, organizações criminosas podem se apropriar do *ethos* guerreiro em prol dos seus objetivos, como demonstra a extensa lista de policiais que constava na folha de pagamento do bicheiro Carlinhos Cachoeira, fato exposto na Operação Monte Carlo, em 2012.

Quando o processo de liberação do *ethos* guerreiro está avançado e este já adquiriu um caráter puramente instrumental, é o momento em que se formam milícias e grupos de extermínio. Uma das principais críticas à Operação Sexto Mandamento foi esta não ter demonstrado a existência de um grupo coeso, de comando centralizado, que agia organizadamente para eliminar pessoas. Ao invés, teria reunido em um único inquérito ocorrências sem relação direta entre si e deflagrado a operação. A rigor, foi realmente o que aconteceu, mas a crítica parte de uma concepção idealizada e simplista sobre o que seria um “grupo de extermínio”.

Mesmo em situações de desvio do *ethos*, o PM mantém a *hexis* militar. Ou seja, pode estar prestando segurança particular, transportando valores pra postos de combustível, cobrando dívidas pra amigos e mesmo assim se comportará como policial na postura, nos gestos, no linguajar de comando para com civis. Isso significa que mesmo um *ethos* desviado, se permanecer “guerreiro” e acoplado à *hexis*, continua pertencente à *identidade militar* e

protegido pelos privilégios desta. E esse é justamente o ponto, percebido principalmente nos destacamentos de elite, como a ROTAM (destacamento de elite goiano inspirado na ROTA paulista). Os “raiadados”, para usar a expressão coloquial interna da PM, são vetores ainda mais atrativos de projeção popular agressiva que o resto da tropa, e portanto gozam de maior liberdade em relação à lei no exercício do *ethos* guerreiro, poder ao redor do qual se unirão com particular força e coesão, inclusive simbolicamente, conforme se vê na devoção quase religiosa a imagens de raios, facas e caveiras. Nesse aspecto, são assustadoramente parecidos com seitas e compartilham elementos das subculturas delinquentes estudadas por William Foote Whyte (1914-2000) e Albert K. Cohen (1918-2014).

Aqui, uma variável precisa entrar na equação: à medida que um grupo minoritário se radicaliza na doutrina interna e se afasta dos padrões exteriores, as elaborações, as racionalizações, a ética do segredo e o corporativismo se acentuam, como precaução e defesa. Isso ocorre também nos grupamentos de elite da polícia, por mais que gozem da projeção pulsional popular sobre si e possuam admiradores. O quadro se torna ainda mais delicado quando agentes que derivam sua legitimidade e credibilidade do discurso legal e moral veiculado oficialmente, a exemplo dos governantes, se utilizam do *ethos* guerreiro da PM para objetivos não confessáveis publicamente. Elio Gaspari (2002) desnudou a natureza dessa ambiguidade e suas consequências ao fixar atenção sobre como os torturadores eram tratados pela Ditadura Militar:

(...) salvo na Alemanha Hitlerista e na União Soviética dos expurgos de Stálin, todas as ditaduras que sancionaram a tortura negaram sua existência. Disso resulta uma ambiguidade que vai dos palanques das autoridades às cafuas (...) A ambiguidade obriga o governo a manter ao mesmo tempo uma situação mentirosa e um mundo clandestino. É comum que presidentes ou ministros neguem a existência de delitos usualmente praticados em suas administrações. Assim sucede com as propinas, o contrabando e o tráfico de influência. Em todos esses casos, porém, o agente da ilegalidade tira proveito pessoal imediato da própria delinquência e aceita correr o risco de transformar-se em

bode expiatório num surto moralizador da administração. No caso da tortura, como a remuneração direta não existe, o governo é obrigado a compensar o funcionário dentro dos critérios de mérito da burocracia. Enquanto um policial metido em contrabando jamais é promovido em função do volume de suas muambas, o torturador é publicamente recompensado por conta de suas investigações bem-sucedidas.

Está fornecido o ângulo sob o qual podemos entrever por que policiais com histórico de violência e ilegalidades são premiados, respeitados e ascendem na carreira, tornando-se “intocáveis”, como bem notou Caco Barcellos observando os “matadores da ROTA”. Em primeiro lugar, há o respeito advindo dos valores “coragem” e “intrepidez” pertinentes ao *ethos* guerreiro em si, mesmo se em contraste com a lei, segundo já visto. Mas principalmente, estabelece-se uma relação de cumplicidade entre autoridades e executores na utilização comum do *ethos* para fins não-oficiais, gerando um contexto de mutualismo utilitário e implícita chantagem. As autoridades públicas passam fazer parte da “ética do segredo”, sendo a partir de então do seu interesse que as práticas criminosas do grupo minoritário do qual se servem permaneçam ocultas à população e recebam aparência legítima. Ao mesmo tempo, transportando a constatação de Gaspari, como não pode haver remuneração direta, os PMs comprometidos com o fim desviante do *ethos* estabelecido por superiores e políticos são protegidos e recompensados dentro da burocracia, com promoções.

Nem seria preciso dizer que esse sistema informal de recompensa a *ethos* desviados entra como um vírus na lógica de hierarquia e disciplina da corporação policial militar, pervertendo-a, tomando os violentos e desviantes por modelos de conduta em detrimento dos afeitos à legalidade. Da resiliência do vírus, porém, depende a reputação dos comandantes e autoridades públicas que se utilizaram ilegalmente da força, bem como a possibilidade de continuarem utilizando.

No imaginário popular, “grupo de extermínio” remete a uma atuação planejada e contínua de PMs bem coordenados entre si com o fim específico de eliminar pessoas. A caricatura acaba ajudando a polícia militar na defesa contra as acusações, como ocorreu na

Operação Sexto Mandamento, e os assassinatos não legitimáveis vindos a público são tratados como casos isolados, problemas de caráter individual, sem relação com a corporação institucionalmente. No entanto, por mais que abusos e crimes de farda tendam a ser relativamente descoordenados, sem relação direta uns com os outros ou com uma fonte central e única de comando, concentram-se no pequeno contingente acostumado a matar sem consequências, porque usado pra toda sorte de interesses, sejam de superiores hierárquicos, de autoridades públicas ou do poder financeiro. Embora seja verdade, portanto, que apenas uma minoria na PM “mate por satisfação”, para citar o cabo Ederson Trindade⁸, também é verdade que a condição de existência dessa minoria é a identidade militar contaminada pelo vírus institucional descrito nos parágrafos anteriores.

Na introdução, nos propusemos a analisar a atividade policial como método de investigação da dinâmica de distribuição dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem”. Aqui, traçado o caminho pelo qual o *ethos* guerreiro se hipertrofia e capturado o momento em que emerge como manifestação cega de força, vislumbrado está o subterrâneo motor por trás do fenômeno: diferentes concentrações de poder dentro da sociedade, sejam políticas, corporativas, familiares ou econômicas, se aproveitam da “ideologia da defesa social”, em sua dimensão do combate ao “inimigo”, como álibi pra aliciar e instrumentalizar o suscetibilizado *ethos* guerreiro policial militar contra aqueles cuja criminalização seja vantajosa ao projeto de poder aliciador.

2. Crítica da crítica

A análise feita até aqui combinou teorias psicanalíticas com algumas críticas desenvolvidas pela Criminologia Radical, concluindo pela influência mútua entre *mass media*,

⁸ <http://www.jornalopcao.com.br/posts/ultimas-noticias/grampo-telefonico-mostra-que-policial-mata-por-prazer>.

Acesso em 03/2017.

com seus conteúdos de alarme social, e a tendência psíquica popular para direcionar pulsões agressivas contra um “inimigo comum”, ambas compondo a dimensão da “ideologia da defesa social” que cria a ilusão de totalidade de valores e interesses, de homogeneidade entre conflitantes classes, nichos e “comunidades morais” dentro do país. A conclusão do tópico anterior, por sua vez, reconhece, ao escrutinar abusos da atividade policial, uma instrumentalização do discurso de combate ao “inimigo comum” para a distribuição dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem” conforme interesses não comuns, ou seja, segundo “fatores reais de poder”, para usar desencantada expressão de Ferdinand Lassale quanto às Constituições formais (2004). Importantes ressalvas, porém, precisam ser feitas.

Primeiramente, cumpre demonstrar a dimensão dos estigmas tratados. Sabe-se que a reação social de criminalização é um *continuum* com vários níveis: o de seleção de comportamentos para tipificação penal, a ação da polícia em vista de possível subsunção de um comportamento à norma tipificadora, o processo cognoscente do Poder Judiciário e, por fim, o momento da aplicação da pena, inclusive com suas consequências de criminalização secundária. “Bandido” e “cidadão de bem” não são *status* técnico-jurídicos pertencentes a nenhum desses níveis, mas um conjunto de representações mentais compartilhado socialmente e que por isso perfaz, informa todas as instâncias da reação social criminalizante. Por serem expressões populares de estigmas e produzirem efeitos institucionais, “bandido” e “cidadão de bem” se aproximam do que Fritz Sack chama de *meta-regras*, ou *basic rules* (1968), o momento decisivo do processo de criminalização, conforme mencionado *en passant* logo no parágrafo inaugural deste texto.

A análise procedida tratou, então, de um fenômeno macrossociológico. E por mais que se tenha tomado a atividade policial como método de investigação da instrumentalidade por trás da distribuição dos estigmas, a conclusão nos permite deduzir o mesmo fenômeno operando nas particularidades dos diferentes órgãos de reação social, como Ministério Público, Judiciário e sistema penitenciário. Sob essa abordagem, aproximamo-nos da crítica radical, no sentido de enxergar as instituições de repressão penal não como simples protetoras de valores e interesses comuns a toda a sociedade, mas como “comunidades morais” corporativas que

influenciam na formação das meta-regras e na distribuição dos derivados *status* criminalizantes segundo interesses próprios ou de acordo com as dinâmicas aliciadoras de grupos de poder. Seria todo o sistema de justiça criminal, portanto, uma mera ideologia justificadora da ascendência de alguns estratos sociais sobre outros?

Aqui iniciam-se as ressalvas. No decorrer dos tópicos, evidenciou-se que a hipertrofia do *ethos* guerreiro policial militar, fator-chave para sua suscetibilidade ao aliciamento e à instrumentalização, começa com a operacionalidade policial cruzando a barreira da legalidade e desta se afastando cada vez mais. No que se refere à atuação da PM no Brasil, a letra da lei funciona como limitação de poder e garantia de direitos. A legalidade estrita é mais empecilho do que veículo para a produção e distribuição dos estigmas pelo *ethos* guerreiro, tanto que este recorre a valores específicos da *identidade militar* e ao discurso de combate a um “inimigo comum” justamente para solapar limites legais, caricaturando defensores da lei como “defensores de bandidos”. O próprio conceito de abuso policial só existe se tomarmos a atividade em contraste com as prescrições normativas, pelo que é impossível uma negativa radical do princípio da legitimidade, como quer Baratta, sob pena de uma irresolúvel contradição interna.

O autor italiano atribui ao núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas um “princípio do interesse social e do delito natural”, segundo o qual as tipificações seriam juízos de reprovação contra ofensas a interesses fundamentais, a condições essenciais de existência de toda a sociedade. Ato contínuo, Alessandro Baratta rechaça tal visão, por considerá-la uma mistificação jusnaturalista aistórica. Não cabe ao presente trabalho fazer incursões sobre o jusnaturalismo e a possibilidade de fundamentação do conteúdo moral da lei, discussão filosófica profunda e que demanda um debruçar alongado e específico sobre o tema, como mostrou artigo publicado por mim, em 2011, sobre o filósofo político teutoamericano Leo Strauss e o direito natural. Basta, para nossos propósitos, constatar que existem consensos sobre a reprovabilidade de determinados comportamentos, e que isso não é produção artificial e arbitrária da *mass media*.

Com efeito, a sensação de alarme social provocada pela espetacularização da violência na mídia de massa cria a ilusão de combate unido ao “inimigo comum”, mas não é o mesmo que criar, do zero, os conteúdos axiológicos da lei. A exploração midiática de casos violentos, ao estimular as pulsões agressivas transbordantes nas *psiques*, facilita a instrumentalização da reação social ao crime pelo *ethos* guerreiro policial militar ou por outras instituições repressivas, mas tal reação social ideologizada e desviada não descaracteriza, por si só, a reprovabilidade dos comportamentos criminalizados. Essa confusão comum nos criminólogos radicais advém do bordão segundo o qual a Criminologia Crítica, ao mesclar materialismo histórico dialético e interacionismo simbólico, transportou o objeto de estudo do “crime” para os processos de criminalização, ou seja, da ação para a reação social. Trata-se, no entanto, de um enviesamento, uma redução de sua base epistemológica, o *labeling approach*.

Uma leitura atenta de *Outsiders* revela que Howard S. Becker não propunha exatamente um transporte do objeto de análise para a reação social ao desvio, mas um conglobamento, uma ampliação que levasse em conta tanto o desvio quanto a reação a este. O autor da Escola de Chicago percebeu que a forma como a sociedade reage a comportamentos compõe o processo de criminalização, não que o processo de criminalização prescindisse do conteúdo das ações aos quais a sociedade reage. E esta é a delicadeza, a *finesse* interpretativa com a qual devemos proceder para não deixarmos escapar toda a complexidade do fenômeno em mãos: se comportamento criminoso é o comportamento rotulado como tal, a rotulação e as reações institucionais consequentes terão diferentes níveis de legitimidade. Se pressupor as definições de “crime” como dados ontológicos da natureza é simplista, pressupor arbitrariedade em qualquer reação social repressiva também é.

O limite desse debate nos levaria a uma incursão sobre o materialismo histórico dialético sob um prisma criminológico, com vistas a investigar até que ponto o “núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas” constitui expressão de poder de classes sobre outras ou não, o que, novamente, nos afastaria dos objetivos propostos para este artigo. Nos atenhamos, por hora, às seguintes constatações mais imediatas e intuitivas: por mais que a sociedade seja conflitiva, heterogênea em valores e interesses, e não uma totalidade

como querem os contratualistas e teóricos do consenso, a violência direta é uma realidade objetiva e o medo dela perpassa todos os estratos sociais. O enfoque penal sobre a proteção patrimonial pode ter raízes históricas burguesas, mas isso não muda o fato de que uma senhora de classe baixa assaltada no ônibus é violência reprovável; ou que um pequeno comerciante roubado perde, de uma vez só e injustamente, patrimônio e meios de trabalho duramente conquistados para o sustento da família. Em última instância, o paradigma hobbesiano do medo da morte violenta torna o assassinato conduta temida e reprovada, pelo menos em discurso, por todos os cidadãos, pois não importa o quão poderosos ou vulneráveis sejam os indivíduos ou a qual classe social pertençam, nenhum deles deseja perder a própria vida ou a de um ente querido.

Nesse diapasão, dizer que os comportamentos tipificados são apenas os dos estratos sociais excluídos e que estes aderem a discursos punitivistas unicamente por inconsciência de classe é problemático, pois implica concluir que essas pessoas na verdade não sabem dizer se sofreram violências reais ou não e que se resumem a reprodutoras de conteúdos midiáticos. Trata-se de um pensamento reificador, objetificante, que não atribui às vítimas capacidade para julgamentos autônomos simples. Por mais que exista violência estrutural, termo comumente usado pelos criminólogos críticos para designar um estado de marginalização, desemprego, baixos salários, falta de moradia, ensino precário e outras mazelas, pessoas que por ventura sofram pela ação direta de um agressor específico demandarão resposta estatal também direta e específica contra este. Eventual ausência de tal resposta alimentará o diagnóstico da impunidade apontado na introdução deste artigo, o que é perigoso, pois embora tenhamos demonstrado as consequências deletérias da ideologia do “inimigo comum” e o problema da criminalidade não se reduza à maniqueísta fórmula binária “bandidos contra cidadãos de bem”, a leniência de órgãos de controle como o Poder Judiciário na retribuição a casos concretos de violência, ou pelo menos a crença popular nessa leniência como uma realidade, resulta em maior apoio da massa ao justicamento do abuso policial.

A crítica da seletividade adquire maior validade em dois momentos: quando enfoca comportamentos danosos não tipificados e quando analisa os níveis do processo de

criminalização para além dos conteúdos da lei. De fato, condutas que atentem contra a ordem tributária, contra a economia popular, contra o equilíbrio nas relações de trabalho, contra o equilíbrio ecológico ou contra a lisura no trato da coisa pública podem causar um dano social exponencialmente maior que um simples assalto e ainda assim o assaltante estará mais suscetível à criminalização e à execração pública do que os autores das condutas de maior gravidade. Paralelamente, se dois indivíduos de condições econômicas distintas levarem a cabo o mesmo comportamento, as repercussões criminais também poderão ser distintas. Por fim, para usar um exemplo corrente, um jovem branco em bairro nobre não é abordado pela polícia da mesma forma que um jovem negro na periferia.

Em todos os casos, opera uma série de preconceitos econômicos, estéticos, de origem e de raça no nível das *meta-regras*, que, ao informarem extraoficialmente o direito e, principalmente, sua aplicação pelas instituições de repressão penal, produzem o estigma “bandido” à revelia dos danos sociais reais produzidos por cada agente, e as sanções acabam não constituindo uma reação social equânime. É famoso o estudo de Edwin H. Sutherland sobre as atividades ilegais das 70 maiores empresas de manufatura, mineração e atividade mercantil dos Estados Unidos, onde se verificou que nenhum dos dirigentes sofria qualquer estigmatização criminalizante perante a opinião pública ou persecução penal pessoal por agências de controle. Uma das respostas encontradas pelo sociólogo para tal blindagem foi a proximidade cultural, social, financeira e até familiar desses empresários com os ocupantes dos altos cargos no sistema de justiça criminal, como promotores e juízes (*judges and prosecutors*).

A dimensão mais profunda do problema nos é dada, no entanto, pela constatação de que indivíduos e estratos sociais influentes também incorrem em comportamentos selecionados supostamente nas classes baixas, com a diferença de que dispõem de maiores recursos para resistirem à criminalização, seja pela perpetração do delito com meios sofisticados, que dificultem a investigação, seja por um melhor acompanhamento técnico-jurídico em possíveis desdobramentos processuais penais ou até mesmo pela corrupção de autoridades. Uma hipertrofia deliberada do *ethos* guerreiro policial militar favorece sua

instrumentalização por poderosos com vistas à prática não apenas de delitos típicos das “classes dominantes”, mas também ao uso da força bruta, inclusive em assassinatos.

Aqui somos conduzidos novamente, embora por via diversa, ao mesmo questionamento do início do tópico: se a distribuição desigual dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem”, ou, dizendo de outro modo, o conceito de “criminoso” como bem social negativo distribuído desigualmente servir à negação radical dos princípios da legitimidade, da culpabilidade e do bem e do mal, que dizer dos comitês contra violência policial espalhados pelo Brasil, nos quais ativistas dos direitos humanos lutam justamente pela responsabilização criminal de militares que, não raro instrumentalizados pelos setores mais ricos e influentes da sociedade, executaram pessoas? A reação social deficiente contra alguns comportamentos socialmente danosos deslegitima, por si só, por ofensa ao paradigma da igualdade, a reação a quaisquer comportamentos danosos?

Se ações podem ser rotuladas como desviantes segundo regras e princípios jurídicos, reações sociais ao desvio não são insuscetíveis de avaliação similar, principalmente se contrastadas com postulados constitucional-democráticos, embora isso demande um país com vozes fortes e plurais o suficiente para se contestar sistematicamente versões oficiais. Dessa forma, procedemos a uma inversão valorativa em relação à Criminologia Crítica para considerar o princípio da legitimidade não uma ideologia justificadora em sua totalidade, mas um princípio-programático, um horizonte a partir do qual o aliciamento de agências de controle por grupos de poder deve ser medido e rechaçado. Em suma, a legitimidade é transferida, no exercício interpretativo, da esfera do Ser para a do Dever-Ser, e as dimensões ideologizantes e de álibi manifestadas pelas instituições repressoras passam a ser vistas como desvio de reação. Afinal de contas, se a mera cobrança por legalidade tem o condão de atingir frontalmente talvez a mais instrumental e mais feroz fonte alimentadora das preconceituosas *meta-regras*, a saber, o *ethos* guerreiro hipertrofiado da atividade policial militar, fio condutor dos estigmas popularmente expressos por “bandido” e “cidadão de bem”, em uma democracia amadurecida há condições de incrementar o nível de legitimidade das demais instituições repressoras, dado

que, a despeito do corporativismo, não atraem sobre si projeções pulsionais agressivas tão poderosas quanto a PM.

Conclusão

“Bandido” e “cidadão de bem” são expressões populares de representações mentais amplamente compartilhadas na sociedade brasileira contemporânea quando se trata de criminalidade e por isso têm balizado debates públicos, discurso midiático, programas partidários, ações de governo. O primeiro desafio deste trabalho foi vislumbrar em tais termos sua real importância, o papel de *meta-regras* (*basic rules*) que desempenham nos processos de estigmatização criminalizante protagonizados por opinião pública e agências oficiais de reação social. Propusemo-nos, então, a investigar a dinâmica de distribuição dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem” escrutinando a instituição repressiva de maior carga simbólica no imaginário popular: a Polícia Militar.

Buscou-se analisar estranha permissividade, admiração e até estímulo a comportamentos ilegais por parte da tropa, em aparente contradição com sua função oficial de mantenedora da lei. Tal paradoxo é elucidado quando jogamos luz em um multifacetado fenômeno: as *psiques* projetam suas pulsões agressivas transbordantes sobre a atividade policial militar, alçando-a a fonte de definições criminalizantes e transformando-a em mão de carrasco contra o “inimigo comum”, conceito este reforçado pela mídia de massa e pelas narrativas melodramáticas, maniqueístas de nossa cultura popular. Concomitantemente, a própria identidade militar, na dimensão do *ethos* guerreiro, tem necessidade de um inimigo a ser combatido.

Um segundo desafio do presente trabalho, portanto, foi a ampliação do espectro de análise para abordar os diversos fatores e nuances que contribuem para a formação da ideia de “inimigo comum”, abandonando-se com isso a simplista interpretação corrente que vê na mídia, indutora de uma “cultura do medo”, causa suficiente e para a consecução do complexo

fenômeno social. Demonstrou-se, ao invés, um processo difuso, interdependente e retroalimentador entre pobreza cultural, necessidade de sobrevivência dos meios de comunicação, necessidade de projeção e descarga de energias pulsionais agressivas por parte das *psiques* inibidas no ambiente civilizado e necessidade de sentido legitimador para a expressão do *ethos* guerreiro oriundo da identidade militar.

No que se refere especificamente a tal identidade, explicou-se que é constituída por um *habitus* próprio, ou seja, um sistema relativamente fechado e autorreferente de valores e posturas (*ethos* e *hexis*) que confere à PM o caráter de grupo minoritário oposto à identidade civil. Ao mesmo tempo, seu *ethos* guerreiro típico não possui conteúdo axiológico específico, dado que valores como técnica operacional e bravura em combate podem ser postos a serviço de quaisquer fins. O artigo precisou traçar essa radiografia institucional para possibilitar acesso intelectual à seguinte relação: a Polícia Militar, pela natureza mesma de sua constituição, vive em constante tensão com a legalidade e com o Estado Democrático de Direito, ao passo que a ideologia do combate ao “inimigo comum”, desenvolvida nos termos do parágrafo anterior, aumenta essa tensão e provoca rupturas.

Tal potencial subversivo da identidade militar em relação aos valores legal-democráticos e a maleabilidade do *ethos* guerreiro para servir a quaisquer fins uma vez subvertida a estrita legalidade são os fenômenos que tornam a PM suscetível e atrativa aos que desejam instrumentalizar força coercitiva pública para a realização de interesses próprios ou projetos pessoais de poder. Como decorrência, comportamentos desviantes passam a ser selecionados e *status* criminalizantes distribuídos segundo o que se mostrar mais útil ao poder aliciador.

O revelador escrutínio da atividade policial militar como método de investigação das dinâmicas de poder operando por trás dos estigmas “bandido” e “cidadão de bem” levou a uma pergunta: seria todo o sistema de justiça criminal uma mera ideologia justificadora da ascendência de alguns estratos sociais sobre outros? Nesta altura o artigo retomou o sentido original e conglobante da base epistemológica criminológico-crítica, o interacionismo simbólico, para reafirmar a importância de compararmos o conteúdo e o dano social das ações

criminalizadas, por um lado, com a proporcionalidade e a adequação das reações sociais institucionais, por outro, como forma de se medir o nível de legitimidade das agências oficiais de controle.

Há, portanto, e finalmente, uma inversão de perspectiva em relação a Baratta, Juarez Cirino e à Criminologia Crítica em geral na medida em que o princípio da legitimidade é tomado não como juízo de Ser desmascarado pelas relações de poder aliciadoras por trás do aparato institucional de reação social ao desvio, mas como juízo de Dever-Ser perante o qual tais aliciamentos são desvios da própria reação repressora, que deve, ela mesma, ser rechaçada em sua dimensão de álibi, a exemplo de excessos policiais em que o fato de crimes terem acontecido não muda, nem mistifica um segundo fato correlato igualmente criminoso: a persecução reativa abusiva ou com objetivos extralegais.

Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, 254p.

BARCELLOS, Caco. *Rota 66: A história da polícia que mata*. 15º Ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. De Borges; revisão técnica de Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BIZZOTO, Alexandre/SILVA, Denival Francisco de. (Organizadores). *Sistema punitivo: o neoliberalismo e a cultura do medo*. Goiânia, Kelps, 2012.

BRASIL (IBGE). Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 03/2017.

COHEN, Albert K. *Delinquent boys: the culture os the gangs*. Glencoe, Illinois, The Free Press, 1955.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42ª Ed. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2014, 302p.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Encurralada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 17 a 36.

GLOBO (Portal G1). Disponível em:

<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chegar-ser-solucionada-pela-policia.html/>

. Acessos em 03/2017.

GOFFMAN, Ervin. *Manicômios, Prisões e Conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GOIÁS (Estado). Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=7Rihzvv3EOs/>

<https://www.youtube.com/watch?v=zxjNFD0IAxM/>

<http://assego.com.br/uploads/026092014035536.pdf>. Acessos em 03/2017.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2004, 128p.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. *Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro*. 1999. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

OLIVEIRA FILHO, V. L. *Leo Strauss e o Direito Natural*. Revista Novos Direitos, Faculdade Alfredo Nasser. Editora Kelps: Goiânia, 2011, p. 227-236.

OPÇÃO (Jornal). Disponível em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/ultimas-noticias/grampo-telefonico-mostra-que-policial-mata-por-prazer>. Acesso em 03/2017.

REIWALD, Paul. 1973, p. 123 s, apud BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 2ª Ed. São Paulo: Edijur, 2015, 154p.

SACK, Fritz. *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in *Kriminalsoziologie*, organizado por R. König e F. Sack, 1968.

SANTOS, Eric Carneiro dos. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais – Hab. Em Antropologia) – Instituto de Ciências Sociais/Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino de. Disponível em:
http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf
http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/realidades_ilusoes_discurso_penal.pdf.
Acessos em 03/2017.

SEGATO, Rita Laura. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93132006000100008. Acesso em 03/2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime do colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015, 416p.

VICENTINI, Cláudia. *Corpo fardado: adoecimento mental e hierarquia na Polícia Militar goiana*. Goiânia: Editora UFG, 2014.

WHYTE, William Foote. *Sociedade de esquina*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2005, 390p.

OUTSIDERS E DESVIO NO TRÂNSITO: uma política criminal

Vanessa Fontana

É doutora em Ciência Política - UFRGS, mestre em Sociologia Política UFPR, possui MBA em Gestão de Pessoas pelo Uninter, é bacharel e licenciada em Ciências Sociais pela UFPR. É pós-graduanda em Gestão e Políticas de Trânsito – Unicesumar e pós-graduanda em Processo Penal Fael. Cursa graduação em Direito na FAPI. Atua como cientista política e pesquisa de trânsito e criminologia. E-mail: vanessadesouzafontana@hotmail.com

Resumo: O objetivo deste trabalho é o de apresentar e problematizar, uma forma muito própria de comportamento no trânsito dos brasileiros, e que em geral, a literatura tem apresentado como dificuldade de reconhecer o “outro” no trânsito, assim cabe investigar a etiologia dos crimes de trânsito no Brasil e o perfil dos infratores comparativamente a outros países. Cabe observar, os crimes em abstrato e os casos concretos, e nesse quadro, analisar a reação do legislador brasileiro ao enorme número de mortos no trânsito, em torno, de 60 mil vidas por ano, e, aproximadamente, 400 mil sequelados, de acordo, com os dados do Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre - DPVAT. O Congresso Nacional tem oferecido respostas criminalizadoras para essas condutas, assim, cabe observar e explicar os aspectos criminológicos que envolvem essa complexa temática. Nesse sentido, a perspectiva cultural, isto é, a conduta dos agentes e a resposta legislativa, bem como, o resultado decisório dos tribunais informa muito sobre as políticas públicas adotadas pelo Brasil no campo criminal no trânsito. A questão em evidência é: temos uma seletividade da Lei Penal no Trânsito? Alguns dos problemas que envolvem essa pesquisa é a de compreender, o que o legislativo e o judiciário tem oferecido em termos de uma justificativa e solução oficial para os dados que temos no trânsito brasileiro, a partir desse recorte epistemológico apresentaremos um retrato de como funciona a política criminal para o trânsito, explicando seus mecanismos. Essa abordagem será desenvolvida a partir de categorias sociológicas, uma sociologia do crime, que dará sustentação teórica para essa abordagem, especialmente a partir de Howard Becker (2008),

David Garland (2014) e Roberto Da Matta (2010). Nessa linha, podemos falar do “desvio no trânsito” como uma cultura da infração tanto do ponto de vista de uma relação de reciprocidade entre a sociedade e o legislador, que busca criminalizar como se tal ação fosse o suficiente para se falar em uma política criminal assertiva e vinculada a uma legislação internacional para o trânsito, demonstrando seu papel reativo e não de profilaxia em relação aos dados epidêmicos de mortos e sequelados no trânsito brasileiro. Dentro desse recorte cabe apresentar: a) para além das políticas públicas reativas, também b) o perfil dos que cometem crimes no trânsito e, c) como a jurisprudência demonstra o apenamento para cada tipo de crime de acordo com o caso concreto. Roberto Da Matta, nos ensina que a sociedade brasileira é marcada por uma desigualdade constitutiva, são binômios, isto é, a relação entre um superior e um inferior. Essas características marcam um traço que nos leva a práticas de intolerância e de não gentileza ou de reconhecimento do “outro”, a impaciência, a imprudência e a pressa, marcam o perfil do motorista infrator brasileiro. O trânsito, nos alerta a literatura, pode ser entendido como um caminho para o aperfeiçoamento de práticas democráticas, de exercício da alteridade e cidadania, no entanto, temos práticas anti-igualitárias e um excesso de normas e de sua relativização.

Palavras-Chave: Política Criminal. Epidemia de mortes e sequelados no Trânsito. Cultura Infracional.

1. POLÍTICA CRIMINAL PARA O TRÂNSITO: UM POUCO DE HISTÓRIA

Porque observar o trânsito é importante, não somente porque os dados brasileiros são alarmantes, mas também porque ele é uma forma de mensurar o nível de democracia de um país, como uma espécie de termômetro. Segundo a Organização Mundial de Saúde, os acidentes de trânsito são a décima causa de morte no mundo, vitimando quase um milhão

e meio de pessoas por ano e deixando sequelados ao menos 50 milhões de pessoas¹. Esses dados podem ser aprofundados no Portal do Trânsito.

Os dados estatísticos demonstram que a média mundial de morte por 100 mil habitantes é de 13,1. Os dados da América Latina são assustadores, apresentando o dobro da média mundial, ou seja, 26,1 mortes por 100 mil habitantes. Já no Brasil, ocorrem 24 mortes por 100 mil habitantes, em contraponto, no Canadá, no Japão e na Suécia, as estatísticas ficam de 5 a 8 mortes por 100 mil, uma breve observação demonstra a seriedade do tema, em termos de América Latina e Brasil. No caso brasileiro, esses números elevados apresentam uma forte correlação entre o consumo de bebida alcoólica e direção. Honorato revela que

(...)

No Brasil, estudo recente mostrou que 38% dos condutores dirigiam, naquele momento, sob efeito do álcool, sendo que 18% com valores de alcoolemia inferiores ao estabelecido por lei. Um dado alarmante é que 22,9% dos condutores acreditavam que a bebida não influenciava negativamente sua capacidade de dirigir, sobretudo se adotam medidas tidas como protetoras, como tomar café e dirigir com mais cautela (Honorato, 2011, p. 15).

Essa discussão para especialistas a respeito no número de mortos e sequelados na área do trânsito não é recente, no entanto, ainda é presente, pois esses números continuam altos com leve curva de descendência. Discutir trânsito remete a cultura e comportamento. Estudos comprovam que, com uma dosagem entre 0,5 e 0,7 g/L, o risco de provocar um acidente fatal sobe de quatro a dez vezes em comparação com um condutor sóbrio. O Código Brasileiro de Trânsito estabelece que existe crime quando o condutor apresenta dosagem igual ou superior a 0,6 g/L de álcool no sangue (alcoolemia). Em termos práticos, isso ocorre a partir do consumo de uma lata de cerveja, uma taça de vinho ou meio copo

¹ Para aprofundamento dos dados observar: <http://portaldotransito.com.br/noticias/estatisticas/cai-numero-de-acidentes-e-mortes-nas-rodovias-em-2014>.

de uísque, mas o caminho mundial, adotado pelas Organizações Internacionais, tem sido o da tolerância zero em relação ao consumo de álcool. Cabe observar de forma organizada os números do trânsito no Brasil. Como fonte sobre esses dados o Brasil possui duas, os dados do Ministério da Saúde e do Seguro DPVAT. Este último foi criado por meio de Lei em 1974, com o objetivo de assegurar às vítimas de acidentes de trânsito provocados por veículos, indenizações por caso de morte ou invalidez permanente, bem como, reembolso por despesas médicas. A indenização do DPVAT ocorre independentemente de apuração de culpa ou de identificação do veículo, essa é a Lei.

Nesse contexto de violência cabe analisar o papel do Código Nacional de Trânsito - CTB, como um orientador na regulamentação do trânsito brasileiro, das políticas de prevenção e da punição das infrações cometidas nas vias públicas do Brasil. Ainda nessa linha questionamos à eficácia jurídica, do próprio Código, bem como, das políticas públicas oriundas do Executivo Federal, Estadual e Municipal, no trânsito brasileiro. O encaminhamento tem sido no sentido de endurecimento penal para os crimes de trânsito, a política de multas e as poucas campanhas públicas em relação à educação para o trânsito². Utilizamos como referência o Plano Nacional de Redução de Acidentes e Segurança Viária para a Década 2011-2020, criado pelo Comitê Nacional de Mobilização pela Saúde, Segurança e Paz no Trânsito, instituído pelo Decreto de 19 de setembro de 2007, com o objetivo de produzir diagnósticos, promover e articular estratégias que cunho intersetorial para promover segurança, saúde e uma cultura de paz no trânsito. Esse grupo é formado por representantes de cinco Ministérios, três Secretarias Especiais da Presidência da República, da Câmara dos Deputados, do Ministério Público, da OAB e mais dez Instituições da Sociedade Civil, vinculadas ao tema do trânsito. O trabalho do Comitê por meio de recomendações gerou três resultados no campo das políticas públicas:

- a) Lei 11.705/2008 - Lei Seca

² O Maio Amarelo foi uma política pública assertiva nesse sentido. Pois, a imprensa dá ampla cobertura com casos, com legislação e com a reivindicação de soluções.

- b) Plano Nacional de Redução de Acidentes e Segurança Viária
- c) Lei 12.760/2012 - Nova Lei Seca

Assim, há várias ações em andamento, no entanto, as estatísticas não têm revelado a eficiência dessas medidas. Pois bem, o preceito normativo é fundamental, daí a importância do Código Nacional de Trânsito, Lei 9.503 de 1997 e dos preceitos constitucionais que preservam a vida. Nesse sentido, a natureza jurídica do trânsito é refletida na normativa máxima de que o trânsito em condições seguras é um direito de todos e é um dever dos órgãos e entidades competentes do Sistema Nacional de Trânsito, e a eles cabe adotar medidas que assegurem esse direito. Tais direitos apresentam-se no artigo 5º, no artigo 144, artigo 37 e 22 da Constituição Federal e de maneira substantiva no Código Nacional de Trânsito. Cabe observar o quadro que temos hoje no Brasil em termos objetivos, isto é, estatísticos.

Tabela 1 – Evolução das mortes e sinistros no trânsito no Brasil

Ano de Indenização do Sinistro	Sinistros de Morte	Sinistros de Invalidez Permanente	Sinistros de Despesas com Assistência Médica	Total
1980	19.927	-	-	-
1991	27.986	-	-	-
1996	35.281	-	-	-
1997	35.620	-	-	-
1998	30.890	-	-	-
1999	29.569	-	-	-
2000	28.995	-	-	-
2001	30.524	-	-	-

2002	37.018	16.280	41.306	94.604
2003	34.735	16.929	56.087	107.751
2004	34.591	22.391	61.538	118.520
2005	55.024	31.121	88.876	175.021
2006	63.776	45.635	83.707	193.118
2007	66.838	80.333	104.959	252.130
2008	57.116	89.474	125.413	272.003
2009	53.052	118.021	85.399	256.472
2010	50.780	151.558	50.013	252.351
2011	58.134	239.738	68.484	366.356
2012	60.752	352.495	94.668	507.915
2013	54.767	444.206	134.872	633.845
2014	52.226	595.693	115.446	763.365
2015	42.501	515.751	94.097	652.349

Fonte: Vias Seguras **Estatísticas Nacionais**. Disponível em: http://www.viasseguras.com/os_acidentes/estatisticas/estatisticas_nacionais/estatisticas_do_seguro_dpvat Acesso em 20 ago. 2017. (Dados Organizados pela autora).

Como vimos, os números sofrem oscilações e percebemos claramente uma queda entre os anos de 2013 até 2015. Mostraremos, agora, alguns fatores que explicam essa queda. Por exemplo, a imprensa, que divulgou de forma muito intensa o impacto da Lei Seca e o aumento de fiscalização por parte do Estado o que acabou gerando impacto nos índices apresentados, esse dado deve ser considerado.

Discutir trânsito é tema multidisciplinar e também muito controverso, como exemplo, há posições divergentes em relação à restrição de bebida alcoólica, maior fiscalização ou ausência por parte dos órgãos competentes. Temos também a questão dos radares se consistem em uma política pública de arrecadação ou de conscientização,

o problema do comportamento desafiador dos jovens, o uso frequente e crescente dos celulares por condutores e pedestres nas cidades, o impacto das vítimas no sistema de saúde e na economia do Brasil.

Do ponto de vista da formulação e implementação de políticas públicas de mobilidade urbana, o Brasil por meio do governo federal incentivou o transporte individual e não coletivo com isenção fiscal e demais estímulos subsidiados. Houve o incremento pela grande mobilidade e agilidade o vertiginoso crescimento das motocicletas nas vias urbanas, tendo como consequência o aumento no número de colisões traduzidas em sequelados e mortos. Um grande desafio, inclusive em âmbito internacional é como passar a mensagem do comportamento desejado no trânsito, uma mídia de impacto ou educativa? Emocional ou racional?

Todos esses pontos são aspectos desafiadores e que foram considerados pelas Organizações Internacionais, especialmente pela Organização das Nações Unidas - ONU e pela Organização Mundial de Saúde - OMS. No Brasil, diversos setores tem se debruçado sobre a causa do trânsito, governos estaduais, municipais e o governo federal, por meio do Executivo procuram criar políticas públicas direcionadas ao trânsito. A produção legislativa federal também é intensa em relação ao trânsito, e o judiciário também tem a sua parcela de responsabilidade, pois em geral esses conflitos de trânsito chegam à justiça e precisam de decisões. Sem falar nas organizações da sociedade civil, tanto brasileiras como internacionais, que tem a questão do trânsito como um compromisso e desenvolvem atividades paralelas e em parceria com os Estados e com os países.

É nesse contexto controverso e conflituoso que surgem os embates de como resolver esses números, como lidar com o comportamento humano e quais respostas institucionais devem ser oferecidas de forma mais assertiva. Pensando na questão do comportamento, houve de acordo com David Garland uma mudança de matriz da cultura do controle, a partir de uma percepção diferenciada que produziu a queda do a) modelo de reabilitação, passando para um modelo b) retributivo, ou de c) neutralização ou, ainda de gerenciamento de riscos (Garland, 2014, p. 51). A tese da vingança era um tabu, ao menos para o Estado. Mas essa matriz buscou o caminho em conjunto com a legislação

penal de considerar e colocar como foco os sentimentos das vítimas e das suas famílias que procuram ao lado dos políticos novas leis e novas políticas penais, há claramente uma raiva um ressentimento público.

Nesse sentido, Garland diz

Punição – no sentido da punição expressiva, que canaliza o sentimento público – é mais uma vez um objetivo jurídico respeitável, largamente abraçado, que afeta não só as sentenças condenatórias para a maioria dos delitos graves, mas também a própria justiça de menores e as penalidades comunitárias. A linguagem da condenação e da punição voltou ao discurso oficial, e o que se diz representar a “expressão do sentimento público” tem sido prioritário na análise de especialistas da pena (GARLAND, 2014: p.52/53).

Há sentimentos que são utilizados para justificar reformas penais e falar acerca da regulação do crime ou da pena que atrai e expressa um conteúdo diverso de sentimentos coletivos. Garland realiza sua reflexão a partir de crimes “genéricos”, mas obviamente, guardando as devidas proporções, apontamos os sentimentos das vítimas de trânsito no Brasil e dos políticos que assumem essa narrativa da violência, como veremos adiante.

A questão a se pensar é como se controla os crimes de trânsito no Brasil e qual o papel da justiça criminal nesse contexto? – Marcadamente, o pós Constituição de 1988 no Brasil, apresenta uma forma muito específica de políticas públicas. Não foi diferente em relação às políticas criminais e ao sistema de justiça criminal. Especialmente, as políticas públicas oriundas do Congresso Nacional, isto é, do legislativo federal, único legitimado para produzir legislação de trânsito, bem como, há um conjunto de deputados eleitos com a pauta do trânsito e da violência urbana. Como exemplo, no Paraná, a

deputada federal³ com a maior votação, mais de 200 mil, foi eleita com a pauta do trânsito. Na mesma linha a Deputada Federal Keiko Ota⁴, em São Paulo.

Como os problemas dessa proposta de trabalho são amplas, cabe apresentar a história da Deputada Federal Christiane Yared e suas ações como legisladora. Segundo declarações da própria Deputada Federal a sua motivação para ingressar na vida política foi à perda de seu filho Gilmar Rafael Souza Yared num crime de trânsito ocorrido em Curitiba, e que teve repercussão nacional, o acidente⁵ ocorreu em maio de 2009, quando da morte do seu filho e do amigo, Carlos Murilo de Almeida. Esse acidente teve grande repercussão, pois envolveu o então, Deputado Estadual Fernando Ribas Carli Filho (PSB), condutor do veículo que provocou a colisão. Em inúmeras declarações para a

³ A Deputada Federal Christiane Yared (PTN) foi eleita como a mais votada com 200.144 votos no Estado do Paraná, tendo 3,54% dos votos válidos. Sua votação foi tão expressiva que o segundo candidato mais votado, Alex Canziane (PTB) foi eleito com 187.368 votos. Christiane Yared estudou Belas Artes e foi empresária do ramo alimentício em Curitiba, até tornar-se Deputada.

⁴ Keiko Ota (PSB-SP) perdeu o filho Ives, quando o menino, de apenas oito anos, foi assassinado por sequestradores, em São Paulo. “(...) Mais de uma década depois, ela foi eleita deputada federal pela primeira vez e, no último dia 25, lançou a [frente parlamentar](#) mista em Defesa das Vítimas de Violência, da qual será presidente.

Embora na Câmara já existam outras três frentes parlamentares que têm como alvo a melhora da segurança pública no Brasil, até então, não havia um grupo cujo foco era auxiliar as pessoas que tiveram suas vidas transformadas pela violência. - Essa frente é um primeiro passo para que os direitos humanos também alcancem as vítimas de violência. No Brasil, parece que [os direitos humanos] foram feitos pra eles [os criminosos]. Eles têm seus direitos garantidos e preservados, mas as vítimas de violência não têm amparo do poder público. Em entrevista ao **R7**, a parlamentar disse que um dos principais objetivos do grupo é criar um fundo de amparo aos familiares das vítimas da violência, pois muitas das pessoas assassinadas sustentavam suas casas. Além disso, o grupo propõe a criação de uma secretaria nacional de apoio às vítimas, para coordenar ações voltadas ao suporte psicológico e financeiro de quem foi afetado. Algumas propostas defendidas pela deputada, porém, devem enfrentar certa resistência na Câmara. Entre os projetos que Keiko apoia está o que dificulta a progressão da pena (quando é possível cumprir parte do tempo em liberdade) para autores de crimes hediondos. Além disso, ela também é contra a concessão do benefício das saídas temporárias de detentos em feriados. Embora faça parte da nova frente, o deputado Domingos Dutra (PT-MA) – que é vice-presidente da comissão de Direitos Humanos e membro da comissão de Segurança Pública da Casa –, admite que “muita discordância virá à luz” no grupo. Ele, contudo, disse esperar poder contribuir mostrando que a prisão não é única forma de punição a criminosos. - É fundamental ter uma cultura no país de proteção às vítimas da violência, porque, por algum motivo, passou-se a ideia de que, principalmente quem defende os direitos humanos, só se preocupa com os presos e não com as vítimas, e isso não é verdade. [...] Mas segurança não é só prisão, nós temos que pensar em alternativas que não sejam só lei, lei, lei e punição. Apesar de afirmar que a criação da frente é apenas “um primeiro passo” e que muitos “desafios ainda virão”, Keiko encara o projeto como uma “vitória pessoal (...)”. **Fonte:** <http://noticias.r7.com/brasil/noticias/deputada-que-perdeu-filho-assassinado-defende-ajuda-financeira-as-familias-de-vitimas-de-crimes-20110904.html>

⁵ A discussão quanto a terminologia.

imprensa, o compromisso dos Yared após a morte do filho foi evitar o mesmo sofrimento em outras famílias. Para tanto, Christiane, juntamente com o marido, Gilmar Yared, criaram o Instituto Paz no Trânsito – IPTRAN, destinado a ressocialização de infratores de crimes de trânsito, ações educativas, conscientização, bem como, apoio a pessoas que perderam familiares no trânsito. Eles criaram a campanha que repercutiu em todo o Brasil, denominada “190km/h é crime”. A luta jurídica da família Yared é para que Carli Filho, ex-deputado, seja submetido a júri popular. De acordo com o Jornal O Globo,

(...) esse entendimento já foi referendado três vezes pelo Tribunal de Justiça do Paraná, mas o caso está no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em mais um recurso da defesa e não há prazo para o julgamento. Laudo da Polícia Científica atestou que o carro dirigido por ele estava entre 161 e 173 km/h. A velocidade máxima permitida na avenida era de 60 km/h. Um exame laboratorial comprovou a embriaguez, mas foi retirado do processo porque foi feito quando Carli Filho estava hospitalizado. Em meio à polêmica, ele renunciou e abandonou a vida pública. Sua família, porém, manteve a importância no estado. As mesmas urnas que consagraram Christiane também reelegeram para a Assembleia Legislativa Bernardo Ribas Carli (PSDB), irmão do ex-deputado, com 55,4 mil votos (...). **Fonte:** <https://oglobo.globo.com/brasil/tragedia-com-filho-levou-politica-deputada-mais-votada-no-parana-14161617#ixzz4qIW9yBZX>

Esse caso é emblemático pela questão jurídica, os agentes envolvidos, uma família de classe média alta, um deputado estadual de uma família tradicional na política no interior do Paraná, especificamente Guarapuava, e pelo fato da pessoa que lutava como mãe ter entrado para a vida política, conforme já demonstramos e com uma votação muito expressiva, a mais votada do Paraná e com recursos poucos.

Por outro lado, cabe observar a atividade legislativa da Deputada. Um dos projetos de Lei apresentados por ela chama atenção, trata-se do PL758/2015, cujo título é: acabando com a impunidade em crimes de trânsito. Leia aqui a ementa do Projeto.

**PL758/2015: Acabando com a impunidade em crimes de trânsito –
Proposta da Deputada Federal Christiane Yared⁶**

⁶ O PL pode ser lido na íntegra neste endereço

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1309917&filename=PL+758/2015

Sumário: Este projeto de lei altera a redação dos artigos 302 e 303, da Lei nº. 9.503, de 23 de setembro de 1997, que dispõem sobre os crimes de homicídio e lesão corporal praticados na direção de veículo automotor, conferindo tratamento penal adequado aos referidos crimes quando praticados com dolo (direto ou indireto) ou culpa.

Descrição: Este projeto estabelece pena de seis a vinte anos para homicídio na direção de veículo. Caso o homicídio seja culposo (sem intenção), a pena será de quatro a doze anos, porém, a pena pode ser agravada em 1/3 caso o condutor não seja habilitado, omita socorro, atropеле na faixa ou em caso de tratar-se de veículo de transporte coletivo. Nos casos de lesão ao invés de morte, as penas variam de acordo com a severidade do dano causado pelo condutor, podendo alcançar dez anos de reclusão. Atualmente, os crimes de trânsito são considerados acidentes, ou seja, culposos. Através desta alteração, temos o chamado **dolo eventual**.

Os crimes de homicídio e lesão corporal praticados com dolo eventual são aqueles praticados na direção de veículo automotor por agentes com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. Ou os crimes cometidos durante a prática, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente.

Justificativa: Christiane Yared acredita que um país que não pune, não educa e esta impunidade é justamente o que torna este tipo de acontecimento tão recorrente. A cada dia, o trânsito brasileiro mata 110 pessoas e deixa 500 feridos. De acordo com levantamentos realizados pelo SUS, publicados no Jornal Folha de São Paulo, de 10 de novembro de 2014, o número de mortos por acidente de trânsito ultrapassa a 40.000 por ano e o número de feridos é superior a 170.000 por ano. Atualmente, apenas 18 casos de crimes de trânsito tiveram seus condutores julgados e considerados culpados de seus delitos. Isto significa que a impunidade toma proporções cada vez mais catastróficas. Ao propor esta lei, será sanada a brecha que permite aos criminosos de trânsito continuar impunes.

Fonte: <http://christianeyared.com.br/pl7582015-acabando-com-a-impunidade-em-crimes-de-transito/> (Dados organizados pela autora).

Cabe antes de discutir os aspectos mais profundos relativos a esse artigo, adentrar algumas questões que esse PL é capaz de modificar em termos legislativos como é a redação dos artigos 302 e 303 do Código de Trânsito, *in verbis*:

CTB - Lei nº 9.503 de 23 de Setembro de 1997

Art. 302 e 303

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação;

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada;

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros.

§ 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

I - não possuir Permissão para Dirigir ou Carteira de Habilitação; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

II - praticá-lo em faixa de pedestres ou na calçada; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

III - deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente; (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

IV - no exercício de sua profissão ou atividade, estiver conduzindo veículo de transporte de passageiros. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

V - estiver sob a influência de álcool ou substância tóxica ou entorpecente de efeitos análogos. (Incluído pela Lei nº 11.275, de 2006) (Revogado pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 2º Se o agente conduz veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participa, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente: (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

(Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Penas - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. (Incluído pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

(Revogado pela Lei nº 13.281, de 2016) (Vigência)

Fonte: BRASIL (1997). **Código Nacional de Trânsito.** Lei 9.503 de 1997.

A questão aqui é qual é o bem jurídico tutelado pelo direito penal no caso desses crimes de trânsito? – De acordo com Leonardo Schmitt de Bem, o que é protegido vai muito além da incolumidade pública no aspecto segurança viária, pois ocorre quebra dessa segurança quando qualquer regra de trânsito é descumprida ou desrespeitada. O que se protege é a disponibilidade da vida humana, que pode ser atingida ou não quando há quebra de normas. Nesse sentido, as políticas públicas devem ter como prioridade ações que defendam o bem jurídico mais valioso, isto é a vida, essa deve ser a prioridade dos órgãos e entidades de trânsito (Bem, 2013, p.88). Podemos ainda inferir a necessidade e a aplicação do Direito Penal como subsidiário. A proposta deste PL é o endurecimento das penas mesmo em crimes culposos e com esse aumento o cumprimento vai para regime

fechado, tendo outros impactos talvez não calculados pelo legislador, considerando que ao é o objetivo da pena no Brasil? – De acordo com a legislação e a doutrina é a ressocialização deste agente, mas o caráter punitivista é marcante. Além desse PL temos outras medidas propostas pela mesma legisladora:

PLs propostos pela Deputada Federal Christiane Yared (PR)
PL 7929/2017 - Obrigatoriedade da apresentação da CNH, para a aquisição de motocicleta e participação de curso de direção defensiva (Aguardando despacho do Presidente da Câmara dos Deputados).
PL 7950/2017 - Tornar inafiançável o homicídio causado por veículo automotor sob influência de álcool e altera os valores da fiança para lesão corporal causadas nas mesmas circunstâncias. (Aguardando despacho do Presidente da Câmara dos Deputados).
PL 6096/2016 - Incluir avaliação psicológica preliminar na renovação da CNH. (Tramitando em Conjunto).
PL 6097/2016 - Condiciona a conversão da multa de infração leve à participação do condutor em curso de educação para o trânsito. (Aguardando parecer).
PL 6098/2016- Obrigatoriedade da sinalização de condutor novato no trânsito. (Aguardando parecer).
PL 6382/2016- Estabelece a obrigatoriedade da propositura de ação regressiva, por parte da previdência social, contra os causadores de acidentes de trânsito. (Pronto para a pauta).
PL 2925/2015 - Incluir os faróis de rodagem diurna entre obrigatórios do veículo. (Tramitando em conjunto).
PL 3053/2015 - Incluir na multa reparatória às vítimas de crime de trânsito parcela indenizatória às despesas realizadas pelo SUS (Tramitando em conjunto).

PL 3105/2015 - Dispõem sobre seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga a pessoas transportadas ou não, para reajustar os valores das indenizações. (Tramitando em conjunto).

Em vigor: Foi aprovada a medida provisória 699/2015 da Emenda 56. Atual parágrafo único do Artigo 252 do CTB. "Caracteriza-se como infração gravíssima no caso de o condutor estar manuseando o celular." (Em vigor a partir de 01/11/2016)⁷

Fonte: <https://www.facebook.com/celso.nascimento.733/posts/10210235426141842>

(Dados organizados pela autora).

A partir desse caso concreto via legislativo encontra-se apoio nos estudos de Garland, onde precisamente, aponta e identifica a construção de uma narrativa a partir do sentimento das vítimas, mas agora a vítima é o legislador:

(...) tentativas explícitas de expressar a raiva e o ressentimento públicos se tornaram recorrentes para a retórica que acompanha a legislação penal e a tomada de decisões. Os sentimentos das vítimas, das famílias das vítimas ou de um público aviltado e temeroso são agora rotineiramente invocados em apoio às novas leis e políticas penais. Houve uma mudança notável no tom do discurso oficial. Punição - no sentido da punição expressiva, que canaliza o sentimento público – é mais uma vez um objetivo jurídico respeitável, largamente abraçado, que afeta não só as sentenças condenatórias para a maioria dos delitos graves, mas também a própria justiça de menores e as penalidades

⁷ Essa discussão foi fruto de uma matéria postada por um blogueiro de política do Paraná que contou com a interlocução da deputada

<https://www.facebook.com/celso.nascimento.733/posts/10210235426141842>

comunitárias. A linguagem da condenação e da punição voltou ao discurso oficial, e o que se diz representar a “expressão do sentimento público” tem sido prioritário na análise de especialistas da pena (GARLAND, 2014, p. 52/53).

Temos uma política criminal de trânsito como resposta ao medo e a revolta coletiva que exige mais punição e mais proteção. A política pública movida pela opinião pública tem sido uma resposta legislativa. A representação do pobre, como criminoso foi substituída pela criação de outros estereótipos agora de “(...) jovens rebeldes, de predadores perigosos e de criminosos incuravelmente reincidentes (...)” (GARLAND, 2014, p. 54).

Tabela 2 – Motivos dos Acidentes de Trânsito

Álcool.
Excesso de velocidade.
Utilização inadequada do cinto de segurança e dispositivos infantis.
Pistas ruins.
Deficiência no design dos veículos.
Aplicação insuficiente das normas de trânsito.

Fonte: OMS. (Who, 2008). (Dados organizados pela autora)

Como o foco da resposta legislativa é a revolta social que clama por retribuição é muito diferente da construção e formulação de políticas públicas que ofereçam soluções justas, impulsionadas por especialistas e não pela opinião pública.

Nesse cenário é interessante observar quais são as principais causas de acidentes de trânsito apontados pela ONU.

2. A ANTIGA CRIMINOLOGIA E A NEOCRIMINOLOGIA: VÍTIMAS E (O/NO) PARLAMENTO

O medo permeia a vida social e informa o caminho das políticas públicas, no caso do trânsito, a questão presente no âmbito do mundo acadêmico, do Judiciário, do Legislativo e do Executivo é como diminuir o medo no trânsito, a violência e reduzir os crimes que acontecem nesse espaço? – As vítimas do trânsito passam a ocupar o espaço central de uma política criminal, e elas dão suporte à construção de uma segregação punitiva. Garland (p. 55) aponta que nos EUA e na Grã-Bretanha ocorreu o fenômeno da centralidade das vítimas, no Brasil, identificamos também que as vítimas estão ao lado dos políticos concedendo entrevistas, anunciando novas leis, isso quando as próprias vítimas se tornam membros do Executivo ou do Legislativo, isto é, tornam-se políticos. Como no caso do estudo de Garland temos também leis com o nome de vítimas, como exemplo, mais forte dessa correlação é a Lei Maria da Penha⁸.

A uma nova política que emerge desse contexto criminal é que “(...) o novo imperativo político é no sentido de que as vítimas devem ser protegidas, seus clamores devem ser ouvidos, sua memória deve ser honrada, sua raiva deve ser exprimida, seus medos devem ser tratados (...)” (GARLAND, 2014, p. 55). As vítimas ganharam voz, é uma fala que extrapola o individual e atinge o coletivo, é a construção de um imaginário social, o que guia o interesse público, pode ser traduzido pelo o interesse estatal da persecução penal, formada por uma estrutura acusatória e decisões penais do juiz Estado, que agora projeta uma história individual e atípica que pela opinião pública passa a ser

⁸ A [Lei Maria da Penha](#) - como ficou conhecida a Lei nº [11.340/2006](#) - recebeu este nome em homenagem à cearense Maria da Penha Maia Fernandes. Foi a história desta Maria que mudou as leis de proteção às mulheres em todo o país. A biofarmacêutica foi agredida pelo marido durante seis anos. Em 1983, ele tentou assassiná-la duas vezes: na primeira, com um tiro, quando ela ficou paraplégica; e na segunda, por eletrocussão e afogamento. Somente depois de ficar presa à cadeira de rodas, ela foi lutar por seus direitos. Então lutou por 19 anos e meio até que o país tivesse uma lei que protegesse as mulheres contra as agressões domésticas. Em 7 de agosto de 2006, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou a [Lei Maria da Penha](#), criada com o objetivo de punir com mais rigor os agressores contra a mulher no âmbito doméstico e familiar. Hoje, Maria da Penha é símbolo nacional da luta das mulheres contra a opressão e a violência. A lei alterou o [Código Penal](#) no sentido de permitir que os agressores sejam presos em flagrante ou tenham a prisão preventiva decretada. Antes disso, mulheres vítimas desse tipo de violência deixavam de prestar queixa contra os companheiros porque sabiam que a punição seria leve, como o pagamento de cestas básicas. A pena, que antes era de no máximo um ano, passou para três. Contudo, o propósito da legislação não é prender homens, mas proteger mulheres e filhos das agressões domésticas. Entre as medidas protetivas à mulher estão: proibição de determinadas condutas, suspensão ou restrição do porte de armas, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, pedidos de afastamento do lar, prisão do agressor, etc. **Fonte:** <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/973411/saiba-mais-sobre-a-origem-da-lei-maria-da-penha-2> Acesso em: 20/08/2017.

típica e coletiva. E isto consiste em dizer que: “(...) quem quer que fale pelas vítimas fala por todos nós – assim recomenda a nova sabedoria política das sociedades que possuem altas taxas de criminalidade (...)” (GARLAND, 2014, p. 52/53). As imagens das pessoas, aquele ser torna-se uma pessoa, toma forma, pois não é mais somente uma foto e esse fato sociológico emite a seguinte mensagem: “pode acontecer com qualquer um de nós, ou nas palavras de Garland, poderia ter sido você”.

O apelo na construção dessa narrativa é de que é preciso criar políticas públicas que protejam a sociedade, esse é o atual compromisso da política criminal. A forma como essa preocupação adentrou ao campo político trouxe impactos importantes incidindo sobre o sistema carcerário e de justiça criminal.

A justiça criminal tem se esforçado para responder ao crime nessa sociedade, vivemos num mundo que nas palavras de Hannah Arendt⁹, banalizou o mal, temos altas taxas de criminalidade e isso como nos contava Emile Durkheim, no final do século XX, o crime era um fato social normal, mas com a conotação de reforçar laços sociais, ao contrário do que temos hoje (Aron, 1999, p. 277/348).

Nosso objetivo é tornar essa história inteligível. Garland (p. 60/61) contribui, nesse sentido, ao demonstrar que as teorias do controle apresentam como problema não o processo de privação experimentado, mas sim que há um controle social inadequado. No trânsito, essa tese é bastante comum, isto é, de que falta controle. Mas talvez a seletividade penal precise de uma reflexão mais profunda e detalhada, pois a pessoa que delinque no trânsito não tem como motivo privação dos bens sociais, culturais, entre outros, o trânsito é um caso muito específico e talvez por isso não haja uma seletividade penal ainda, mas o legislativo brasileiro a tem procurado enquanto resposta as altas taxas mortes e sequelados no trânsito brasileiro.

Podemos nessa linha apresentar a distinção histórica anterior a década de 1970 e posterior nos conceitos criminológicos:

⁹ Discussão realizada no livro de Hannah Arendt – **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

Tabela 03 – Mudança estrutural nos conceitos criminológicos

Conceitos vigentes no pós-guerra até a década de 1970	Nova Prisão – Pós Moderna
Liberdade Viglada	Contenção Neutralizante
Livramento Condicional	Controle e monitoramento de riscos
Sentenças	Sentenças Mais Elevadas
Penas	Penas Mais Elevadas
Pretérito de Pena	Perigo Futuro
Reconhecimento das liberdades civis	Negligência quanto a liberdades civis de suspeitos
Reconhecimento dos direitos dos presos	Negligência aos direitos dos presos
Proteção do Estado	Proteção pelo Estado
Exclusão de provas obtidas por meios ilícitos	Obtenção de provas ilícitas
Direito ao Silêncio	Exceções ao direito ao silêncio
Especialistas	Opinião Pública
Interesse Público	Interesse Politizado e populista
A prisão não funciona	A prisão funciona
Políticas públicas de longo prazo	Políticas públicas de curto prazo
Mecanismo de Reforma e de Reabilitação	Instrumento de neutralização e retribuição
Instituição Correcional Decadente e sem crédito	Pilar da nova ordem social e correcional

Fonte: Garland, 2014, p. 57-60 (Dados organizados pela autora).

Aqui já temos aspectos de apenamento e de resposta a práticas delituosas dentro de dois pilares absolutamente distintos. O anterior a década de 1970, na antiga criminologia, calcada numa visão antropológica positiva dos homens, isto é, os homens cometiam delitos em face de uma vida de privações, então são bons, e as condições sociais provocam desvios de conduta. Agora, no pensamento neocriminológico o que existe é uma falta de controle, ou um controle inadequado, fruto não de uma patologia, mas sim de um conjunto de eventos, e aqui a visão antropológica é de que os homens são maus e delinqüem porque querem. Sobre esse caminho Garland afirma que

(...) a criminologia contemporânea vê o crime como um aspecto normal, rotineiro, lugar-comum da sociedade moderna, sendo tais crimes praticados por indivíduos normais em seus intentos e propósitos. No ambiente penal, este modo de pensar tem ensejado o recrudescimento de políticas de retribuição e de intimidação, na medida em que afirma que delinqüentes são atores racionais, refratários aos mecanismos de inibição e totalmente responsáveis por seus atos criminosos” (GARLAND, 2014: p. 61).

O que chama atenção é como essa mudança de paradigma tem um reflexo imediato sobre a ação dos parlamentares no Brasil. Especialmente, aqueles voltados e envolvidos com a formulação de políticas públicas de trânsito, discussão pertencente a área da segurança pública.

Tabela 04 – Antiga Criminologia e Neocriminologia

ANTIGA CRIMINOLOGIA (Visão Antropológica Positiva)	NEOCRIMINOLOGIA (Visão Antropológica Negativa)
Privações Sociais	Falta de Controle Inadequado

Desvio de conduta	Não existe uma patologia e sim um conjunto de eventos.
Reabilitá-los	Guardá-los como forma de apenamento.

Fonte: Garland, 2014, p. 61 (Dados organizados pela autora).

A questão é que essa nova dinâmica alimenta a ação dos políticos, como no caso concreto que apresentamos, a mãe que perdeu o filho e se tornou parlamentar e ocupa uma cadeira na atual legislatura. Com essa mudança de matriz Garland identificou que tanto nos EUA como na Grã-Bretanha houve um forte movimento para que a sociedade passasse a se envolver com a segurança pública por meio de programas de descentralização. No entanto, guardada as devidas proporções com as diferenças entre países com culturas, economias tão diferentes podem elencar uma série de fatos identificáveis no âmbito da segurança pública, mas o mesmo não se pode dizer para as questões que envolvem o trânsito.

É necessária uma reflexão sobre institutos complexos, como: 1) polícia. 2) prisões. 3) liberdade vigiada. 4) lei penal. 5) criminologia. 6) teoria da pena. 7) sentenças. 8) prevenção do crime. E além de elencá-los é preciso explicar como esses institutos se relacionam quando a reflexão é dirigida ao trânsito. Qual é a percepção sobre os crimes e os criminosos do trânsito? É exatamente nessa perspectiva que inserimos Howard Becker nessa discussão, com o intuito de compreender qual o perfil daqueles que cometem delito no trânsito.

3. *OUTSIDERS* E DESVIO NO TRÂNSITO BRASILEIRO

A proposta dessa discussão é analisar o comportamento das pessoas que cometem infrações e crimes de trânsito no Brasil, a partir de uma perspectiva cultural apontada por Howard Becker em seu livro – *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Este autor desenvolveu uma perspectiva em que buscou compreender e explicar porque as pessoas possuem determinados comportamentos repetitivos e que violam normas aceitas e

consideradas como “normais”. Nesse sentido, o objetivo é realizar um recorte epistemológico dessa abordagem, porque as pessoas adotam condutas tipificadas, isto é, considerados infrações ou crimes de trânsito. Nesse sentido, existe um trecho do livro de Becker revelador

(...) todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos e em algumas circunstâncias, impô-las. Regras sociais definem situações e tipos de comportamento a elas apropriadas, especificando algumas ações como “certas” e proibindo outras como “erradas”. Quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider* (...) (BECKER: 2008, p. 15).

Essa resposta vai de encontro a nossa pergunta orientadora, quem são os outsiders no trânsito? – São aqueles que praticam condutas que infringem regras e normas de conduta que instruem o comportamento humano no trânsito. Nesse sentido, existe um conjunto grande de regras que podem ser informais ou formais, isto é, aquelas convertidas em Lei e que contam com o auxílio do Estado por meio de fiscalização e com o poder de polícia para impô-las. É no tipo escrito de regra, leis e normas, que o interesse de Becker tem assento. Isto porque, para o autor, “(...) Regras informais podem morrer de maneira semelhante por falta de imposição. Estou interessado, sobretudo no que podemos chamar de regras operantes efetivas de grupos, aquelas mantidas vivas por meio de tentativas de imposição (...)” (BECKER: 2008, p. 16).

Aqui cabe esclarecer o que de acordo com a doutrina brasileira, no campo jurídico, se entende por Norma e Regra. De acordo com Miguel Reale, a regra jurídica apresenta um *dever ser* de forma objetiva e também obrigatória, sendo característica própria do Direito atuar com ou contra a vontade dos obrigados, isto para impor as regras

de conduta. Aqui fica muito claro que para a convivência em sociedades complexas é preciso de organização do trânsito para a segurança de todos, englobando regras formais e informais, isto é, culturalmente inscritas.

Assim, existem regras de direito que possuem como objetivo imediato disciplinar o comportamento dos indivíduos, bem como, atividades em grupo. Há outras regras de caráter instrumental que visam à estrutura e funcionamento de órgãos a fim de assegurar uma convivência jurídica organizada. Desse desdobramento surgem normas primárias e secundárias (Reale: 2002, p. 96/7): a) **Normas primárias:** apresentam as formas de ação ou comportamentos lícitos ou ilícitos. b) **Normas secundárias:** são as normas de natureza instrumental. Fica claro que para nossa convivência em sociedade precisamos de preceitos básicos para manutenção e vida de todos.

Para analisar a questão dos comportamentos sociais no trânsito, vamos adotar os conceitos de norma e regra de Miguel Reale. Para ele, a norma é estruturada e/ou entendida como comportamentos que são normalmente previsíveis no homem comum, capaz de compreender e agir conforme preceitos genéricos. Já a regra, é uma medida da conduta sendo que “(...) cada regra nos diz até que ponto podemos ir, dentro de que limites podemos situar a nossa pessoa e a nossa atividade (...)” (REALE, p. 37). A regra delimita o agir, é o costume, é o trato social tanto de ordem moral como jurídica e também religiosa, constituindo-se na medida daquilo que podemos ou não podemos praticar, o que se deve fazer e o que não se deve fazer. Embora, Becker não tenha definido regra vamos trabalhá-la dentro dessa perspectiva definida por Reale, isto é, as regras impostas e resistidas, consistem no comportamento desviante.

Para Becker o grau em que uma pessoa é *outsider* tem variação, conforme descrição a seguir:

(...) encaramos a pessoa que comete uma transgressão no trânsito ou bebe um pouco demais numa festa como se, afinal, não fosse muito diferente de nós, e tratamos sua infração com tolerância. Vemos o ladrão como menos semelhante a nós e o punimos severamente. Crimes como assassinato, estupro ou traição nos

levam a ver o transgressor como um verdadeiro outsider (...) (BECKER: 2008, p. 16).

Aqui existe uma forte conexão entre o pensamento de Becker e Garland, pois Becker ao descrever especificamente uma conduta no trânsito apresenta que há um tratamento estatal e criminal mais tolerante, o ladrão é o *outsider*. Mas percebam a contradição apresentada por Becker, pois segundo ele, há pessoas que violam regras que “(...) não pensam que foram injustamente julgados. Quem comete infração no trânsito geralmente aprova as próprias regras que infringiu (...)” (BECKER: 2008, p. 16).

A partir dessas discussões apresentadas por Becker cabe refletir sobre o perfil do condutor brasileiro que é mais vulnerável a acidentes, de acordo com Roberto DaMatta, pois temos uma cultura da infração de trânsito, uma naturalização, no sentido de que quebrar as regras faz parte da vida, faz parte do jogo no trânsito (DaMatta, 2010, p. 115). Nessa linha, cabe destacar que o Estado brasileiro é conivente com a falta de cumprimento das regras. Outra característica identificada em sua pesquisa é a indiferença às leis e a pessoalização das mesmas, tanto que criamos uma política econômica e fiscal que privilegiou o transporte individual e não o coletivo. Até porque, a aquisição do carro é uma forma de coroamento do sucesso individual, numa perspectiva da lógica capitalista. Assim, nos ensina o antropólogo que

(...) o próprio veículo é signo de uma cidadania diferenciada, um modo de ser e estar não mais individualizado, mas também relacional ou hierarquizado, o que produz procedimentos e atitudes na estrada ou na rua, de acordo não com normas universais, mas com o preço, a marca e o condutor do veículo (DAMATTA: 2010, p. 27).

Assim, de uma perspectiva cultural, a sociedade brasileira é marcada por uma desigualdade constitutiva em binômios, isto é, da relação entre um superior e um inferior, expressa pela clássica frase: “sabe com quem está falando?” - Essas características

marcam um traço que nos leva a práticas de intolerância e falta de gentileza no trânsito, ou dito de outra forma, uma falta do reconhecimento do outro, a impaciência, a imprudência e a pressa, marcam o perfil do condutor brasileiro que não está disposto ao mínimo social, que é o diálogo e tolerância no trânsito para uma convivência numa sociedade que se pressupõe igual. Temos uma incapacidade de nos colocar no lugar do “outro”, tarefa básica num Estado Democrático de Direito pautado pela impessoalidade e pelo reconhecimento de todos como sujeitos de direito. O trânsito pode ser entendido como um caminho para o aperfeiçoamento de práticas democráticas, onde pode haver de forma plena o exercício da alteridade, temos tido práticas anti-igualitárias e de constante relativização da norma e de não reconhecimento dos outros cidadãos.

Mas a questão é: o que são *outsiders* no trânsito? – Para Becker é aquele que desvia das regras de grupo com algumas atenuantes quando se trata de trânsito. Mas algumas perguntas intrigantes podem nortear esse debate e clamam por explicação acadêmica (Becker, p. 17).

- a) Por que fazem isso?
- b) Como podemos explicar a transgressão das regras?
- c) O que há neles que os leva a fazer coisas proibidas?
- d) Qual o nível de reincidência?

Para Becker, quando avaliamos qualquer caso particular, como “(...) pessoas excessivamente gordas ou magras, assassinas, ruivas, homossexuais e infratoras das regras de trânsito (...)” (BECKER: 2008, p. 16). Esses grupos indicados contêm pessoas que são consideradas como desviantes e outros grupos que não infringiram nenhuma regra. Há pergunta que se pode fazer é se há na sociedade processos em andamento que diminuam sua estabilidade e a sua chance de sobrevivência, aqui podemos pensar no trânsito, sendo esses processos rotulados como desviantes ou sintoma de desorganização social. Apontar para esses traços fundamentais auxilia na compreensão desse olhar dicotômico, percebendo aspectos funcionais e desfuncionais que rompem ou criam a estabilidade na sociedade, o desvio consiste exatamente na falha em obedecer às regras do grupo e nas sequências dessas

condutas, já que temos um número absolutamente alto de mortos e sequelados no trânsito.

Tabela 5 - Traços dos Motoristas Brasileiros

1) Onipotência.
2) Excesso de confiança.
3) Imprudência.
4) Inconsequente.
5) Irresponsável.
6) Individualista.
7) Desobediente.
8) Arrogante.
9) Não reconhece o outro.

Fonte: Roberto DaMatta, 2010. (Dados organizados pela autora).

Como vemos a tipologia de DaMatta é bastante representativo do condutor brasileiro e cada uma dessas características explica porque ocorre resistência a norma. Após a descrição das regras que a sociedade ou que o grupo impõe a seus membros pode-se identificar se essa pessoa violou ou não as regras e, portanto, é desviante (Becker, p. 21). Como vimos, o desvio consiste em infringir alguma regra que é aceita como tal. Uma forma de unificar essa abordagem é identificar a personalidade ou o grupo de pessoas que costuma cometer infrações e/ou crimes de trânsito e o que essas pessoas têm em comum, o que elas têm de homogêneo é que todas elas infringiram uma regra. Desse modo, essas pessoas reunidas são uma categoria homogênea, porque cometeram a mesma conduta desviante e isso as unifica, considerando que o desvio é uma construção social.

Logo, para Becker

(...) os grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio e, ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um 'infrator'. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal (...) (BECKER: 2008, p. 22).

Que processos levam um desviante a se tornar desviante esse é o foco de Becker. E no caso do trânsito brasileiro procuramos explicar os desviantes no trânsito e sua relação com as instituições que compõem o sistema penal, isso é o que procuramos explicar. Um ato ser tratado como desviante ou não depende de como outras pessoas reagem a esse fato. O fato de alguém ter cometido uma infração a uma regra não significa que as outras pessoas terão uma reação a esse fato. O grau de reação das pessoas a um ato tido como desviante tem uma grande variação. No caso do trânsito isso ficará muito claro e é aí que reside a necessidade de uma explicação.

Existem campanhas realizadas contra vários tipos de desvios organizadas por agentes da lei para atacar tipos particulares de desvio, como exemplo, as campanhas de trânsito. O interessante é que existem graus de tratamento ao ato desviante, pois isso está ligado a quem comete e quem se sente prejudicado por ele. No caso do trânsito, por exemplo, regras são impostas, pois as ações contrárias resultam em consequências. Nesse sentido, o desvio "(...) não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele (...)" (BECKER: 2008, p. 26/27).

É a partir desse contexto, que ainda depende de mais aprofundamento epistemológico, doutrinário e de casos concretos pretendemos discutir a questão das rupturas com as regras e essa relação com o constructo social do desviante no trânsito, inclusive com reflexos na conduta dos políticos no Congresso Nacional. Estamos muito longe de esgotar os caminhos epistemológicos do crime e do desvio no trânsito, mas esse

é o primeiro esforço. Temos ainda um paralelo a ser traçado na perspectiva do número de mortos e sequelados no trânsito brasileiro serem equiparados a dados epidêmicos, isto é, que vão muito além da quebra de regras e da capacidade do *ius puniendi* estatal.

Em termos de trânsito, o brasileiro tem uma incapacidade imensa de se colocar no lugar do outro no trânsito e possuímos práticas autodestrutivas. O antropólogo identifica que “(...) o próprio veículo é signo de uma cidadania diferenciada, um modo de ser e estar não mais individualizado, mas também relacional ou hierarquizado, o que produz procedimentos e atitudes na estrada ou na rua, de acordo não com normas universais, mas com o preço, a marca e o condutor do veículo” (DAMATTA, p. 27). Daí a importância de compreender essa perspectiva cultural, a seletividade da Lei Penal e como a teoria criminal tem tratado esses dados que passam ao largo da simplicidade, pois refere-se há inúmeras instituições e institutos jurídicos e políticos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Essa abordagem e a sua correlação com cenário mundial de mortes no trânsito e o grande número de sequelados, os dados nacionais revelam um quadro que merece destaque e que pode ser transformado a partir da correlação de inúmeras políticas públicas. O problema está dado.

Obviamente, o Judiciário tem o seu papel, quando trata os homicídios ocorridos no trânsito como doloso, culposo, dolo eventual ou como preterdoloso. Passa pelo legislativo federal, onde os deputados podem aperfeiçoar aspectos da legislação de trânsito, mas pelo que observamos aqui o modelo é mais vingativo do que propriamente calcado em estudos de especialistas sobre o tema.

Neste artigo, demonstramos os dados que tratam do trânsito no Brasil e de algumas políticas públicas implementadas por meio de programas e também da produção de legislação federal voltada para o trânsito. O importante é que os dados apresentados evidenciam a existência de uma epidemia de sequelados e de mortos, uma vez que, os dados produzidos no trânsito brasileiro são compatíveis com grandes conflitos armados

espalhados pelo mundo, isto é, guerras civis, o que certamente merece uma resposta, mas essa resposta precisa ser analisada.

Os Organismos Internacionais têm dispensado uma atenção grande para essa temática, sendo que muitos dos chamados *acidentes* podem ser evitados. O tratamento desse tema merece o *status* de internacional, pois cabe esforço mundial para que medidas com grande impacto sejam tomadas. Para isso também fica claro que os esforços precisam ser envidados de vários setores sociais e políticos e dos três poderes: executivo, legislativo e judiciário. É um tema urgente no Município, no Estado e em termos Federais, um esforço conjunto que precisa, especialmente, do Legislativo e do Executivo nos três níveis da Federação, sem contar obviamente com as diretrizes oriundas das Organizações Internacionais, como a OMS e a ONU.

Essas iniciativas são fundamentais para que os dados de mortos e sequelados no trânsito sejam mundialmente modificados, inclusive a partir de documentos normativos que ofereçam um caminho a ser adotado pelos países para se combater esses dados epidemiológicos.

Vimos ao longo do caminho que há fatores preponderantes na causa dos traumatismos e mortes causados pelo trânsito. Assim, havendo coincidência nesses padrões, é importante a criação de diretrizes mundiais para evitar mortes e traumas no trânsito, efetivamente esses são duas questões centrais para a ONU:

a) Estabilizar o número de mortes no trânsito.
b) Reduzir o número de vítimas.

Essas são as metas objetivas e os países são constantemente provocados pela ONU e pela OMC a responderem a essas demandas. Nesse sentido, há duas questões centrais, amplamente debatidos pela literatura nacional e internacional:

a) Criação de um sistema homogêneo de sinais viários.
b) Estabelecer o trânsito seguro como um direito humano.

O Brasil é o país que supera as estatísticas mundiais de mortes no trânsito, ocorrem 20 mortes por 100 mil habitantes. Na América Latina, o número é ainda mais grave com 26 mortes por 100 mil habitantes. Em todo o mundo, durante um ano, ocorre quase um milhão e meio de mortes e 50 milhões de sequelados, números que podem ser comparados a uma epidemia.

A questão é a resposta legislativa as infrações de trânsito, as formas de apenamento, a falta de unicidade entre os problemas diagnosticados e as soluções legislativas oferecidas. Aquele que quebra a regra do trânsito não é um *outsider*, mas há também os mecanismos identificados quanto a pesquisa de Garland em relação a essa cultura punitivista. Exatamente, por isso no trânsito a seletividade penal é não haver seletividade penal, pois aquele que infringiu poderia ter sido um de nós, há regras formais e informais de tolerância. Com certeza, aqui há uma ambigüidade institucional, pois, ao mesmo tempo em que, o legislador quer punir, a sociedade não percebe aquele que infringiu normas e regras de trânsito como um infrator, pois poderia ser um de nós, mais uma vez. Há uma ambigüidade institucional legislativa.

Referências

ARENDDT, Hannah (2015) **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras.

ARON, Raymond. **As etapas do Pensamento Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes.

BRASIL. (2015) **Constituição 1988**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara.

BRASIL (1997). **Código Nacional de Trânsito**. Lei 9.503 de 1997.

BRASIL (2010). **Plano Nacional de Redução de Acidentes e Segurança Viária para a Década 2011-2020**. Brasília, DF, em 08 de setembro de

MATTA, Roberto da (2010). **Fé em Deus e pé na tábua: ou como e por que o trânsito enlouquece o Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco.

GARLAND, David (2014). **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro, REVAN.

HONORATO, C. M. (2011) **Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão**. **RT 911**, a. 100, set. 2011, p. 107-169. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdin4103/anexo/TRANSITO_SEGURO_Direito_Fundamental__CASSIO_HONORATO__Texto_impresso_RT_911_em_Set_2011.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2015.

MACHADO, Paulo Henrique Battaglin (s/d). **Epidemiologia, uma abordagem reflexiva**. In: **Saúde Coletiva: um campo em construção** (p. 247-342).

MATTA, Roberto da (2010). **Fé em Deus e pé na tábua: ou como e por que o trânsito enlouquece o Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco.

REALE, Miguel (2002). **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva.

WHO (2014) — **World Health Organization**. **World health day**: “road safety is no accident”. Disponível em: <www.who.int/world-health-day/2004/en>. Acesso em: 16 ago. 2014.



Área 2: Processo Penal

Prova penal e Estado Democrático de Direito

A PROVA EMPRESTADA E A NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL

Carolina Llantada Seibel Scarton

Resumo: O presente trabalho é fruto de estudo realizado acerca da admissibilidade da prova emprestada no processo penal. O problema que se expõe compreende, de um lado, a ausência de dispositivo no Código de Processo Penal sobre o tema e, de outro, a ampla aceitação nas ações penais. Assim, a pesquisa busca verificar em quais situações pode ser admitido o empréstimo de determinado elemento probatório ou prova, colhidos em procedimento investigatório ou processo jurisdicional e, posteriormente, transportado ao processo penal. Por meio de pesquisa doutrinária, o trabalho almeja categorizar hipóteses de compartilhamento probatório e responder quais os limites à utilização da prova emprestada no processo penal. A doutrina brasileira que versa a respeito do processo penal e, especificamente no que concerne ao compartilhamento probatório, propõe alguns requisitos para que a prova emprestada seja admitida no processo penal, sendo importante antecipar, desde já, que existem divergências nos posicionamentos doutrinários. O trabalho realiza inicialmente análise acerca do princípio-garantia do contraditório e parte da premissa da importância de sua observância na formação da prova. Após, busca extrair na doutrina quais são os requisitos para a admissibilidade do empréstimo probatório no âmbito do processo penal. Dentre a bibliografia pesquisada, é possível apontar as seguintes categorias: (a) a natureza do processo em que a prova foi colhida; (b) a presença do acusado no processo originário e no subsequente; (c) a relação entre os temas dos processos, (d) impossibilidade de repetição da prova e; (e) a licitude da prova no momento de sua colheita. Em um terceiro momento, de posse dos elementos acima expostos, coteja as categorias com o princípio-garantia do contraditório, com a finalidade de verificar em quais hipóteses pode a prova ser emprestada ao processo penal e em que medida o contraditório é respeitado. Ao final, ainda atendendo ao contraditório e aos requisitos encontrados, faz-se breve apontamento no que tange à disciplina da proposta inserida na reforma do Código de Processo Penal a respeito do tema e seus aspectos problemáticos.

A partir da pesquisa realizada, afirma-se que, embora não haja unanimidade acerca do tema, alguns critérios puderam ser observados. Dentre a doutrina pesquisada, encontra-se maior tranquilidade à aceitação do empréstimo nas situações em que a prova não pode ser repetida. Por outro viés, maiores discussões são encontradas quando se debatem as relações entre os temas do processo originário e do subsequente, bem como a importância ou não da presença do acusado no processo originário. Ainda, pode-se grifar que o aspecto mais controvertido envolve o empréstimo da prova testemunhal, na medida em que a parte não participou do efetivo contraditório na formação da prova. Assim, seja porque admitida nos atuais processos penais, seja porque possivelmente o tema será disciplinado no futuro Código de Processo Penal brasileiro, verifica-se que há diversos aspectos problemáticos que envolvem o tema e que necessitam ser debatidos no atual contexto do processo penal.

Palavras chave: Processo Penal. Prova Emprestada. Contraditório.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O presente trabalho é fruto de estudo realizado acerca da admissibilidade da prova emprestada no processo penal. O problema que se expõe compreende, de um lado, a ausência de dispositivo no Código de Processo Penal sobre o tema e, de outro, a admissibilidade nas ações penais. Assim, a pesquisa busca verificar em quais situações pode ser admitido o empréstimo de determinado elemento probatório ou prova, colhidos em procedimento investigatório ou processo jurisdicional e, posteriormente, transportado ao processo penal.

Por meio de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, identifica-se que o critério geralmente citado para a utilização de prova produzida em outro processo é a sua posterior submissão ao contraditório. Por isso, o trabalho almeja discutir as diferentes dimensões do contraditório e em que medida ele deve ser efetivado no âmbito do compartilhamento probatório.

Além do contraditório, categoriza outros requisitos ao empréstimo probatório, visando responder quais são e quais deveriam ser os limites à utilização da prova emprestada no processo penal. A doutrina brasileira que versa a respeito do processo penal e, especificamente no que concerne ao compartilhamento probatório, propõe alguns requisitos para que a prova emprestada seja admitida no processo penal, sendo importante antecipar, desde já, que existem divergências nos posicionamentos. A jurisprudência pesquisada, por sua vez, restringe-se aos Tribunais Superiores, objetivando sistematizar o respectivo posicionamento sobre a prova emprestada e seus requisitos.

Inicialmente analisa o princípio-garantia do contraditório e suas distintas facetas, a sua observância na formação da prova e, no mesmo tópico, em que medida está previsto o seu atendimento na prova emprestada no projeto de reforma do Código de Processo Penal. Após, busca extrair na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores quais são os requisitos para a admissibilidade do empréstimo probatório no âmbito do processo penal.

De posse dos elementos acima expostos, coteja as categorias com o contraditório, a fim de verificar em quais hipóteses pode a prova ser emprestada ao processo penal e em que medida o princípio-garantia é respeitado.

1. O PRINCÍPIO-GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E SEUS PRINCIPAIS ASPECTOS.

Há diversas concepções atinentes ao contraditório e o seu alcance. Tentaremos, aqui, a partir da compreensão doutrinária acerca do princípio-garantia, demonstrar brevemente as dimensões do contraditório e seus respectivos reflexos no âmbito de produção probatória, especialmente no que se refere à prova emprestada. A partir desses conceitos, principalmente ao cotejarmos com casos práticos, será possível verificar em que medida o contraditório é respeitado no âmbito do compartilhamento probatório.

O contraditório, a condição mais óbvia de processo justo (SARLET, 2013), está disciplinado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil

(CRFB) e no artigo 8º, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, chamada de Pacto de São José da Costa Rica. Embora já viesse assegurado em Constituições anteriores, lembra-se que a inovação da Constituição Federal de 1988 foi assegurar o contraditório inclusive em processos administrativos, alargando a exclusividade anterior ao processo judicial (WEDY, 2006).

A fim de situarmos as suas distintas dimensões, relevante traçar um breve histórico acerca do contraditório. Inicialmente conhecido como “*audiatur et altera pars*”, tem como origem o processo medieval, marcado pelo “*ordo iudiciarius*”, em que a estrutura do contraditório era utilizada para encontrar a *verdade provável*. Afirma-se que “*tal metodologia se resolvia na ars opponendi et respondendi, em uma regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes*” (PICARDI, 2008, p. 129). De forma muito sucinta, é possível aferir que houve uma substituição da busca pela *verdade provável* por uma procura da *verdade absoluta*, em que o juiz assume um papel de protagonismo no processo e o contraditório é desvalorizado. Ainda no século XX, a partir da Primeira Guerra Mundial, há uma notória e rigorosa normatização processual, em que se mantém desvalorizado o contraditório.

Foi com o passar da Segunda Guerra Mundial que se vislumbraram sinais de recuperação do contraditório, mormente com a ideia de colaboração entre as partes e constitucionalização das garantias processuais (NUNES, 2004). Afirma-se, ainda, que houve revalorização do contraditório após a metade do século XX, diante das doutrinas de Carnelutti, Satta e Fazzalari, “[...] *na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, em uma relação simbiótica entre partes e juiz*” (RIBEIRO, 2014, pp. 15-16). É nesse momento que se fixa a importância das partes, as quais servem para iniciar e igualmente fixar os limites do debate processual.

1.1 Adentrando nas distintas facetas do Contraditório.

Nesse ponto, far-se-ão pontuais considerações a respeito das distintas dimensões do contraditório. Pode-se afirmar que, tradicionalmente, o contraditório é conhecido

como bilateralidade de audiência, entendido como direito de informação ou, ainda, denominado de **contraditório formal**.

É inicialmente concebido como o direito de ser informado, concretizado mediante simples concessão de vista às partes acerca dos atos processuais (RIBEIRO, 2014). Inicia-se o contraditório com a citação e, no curso do processo, com as devidas notificações/intimações acerca do conteúdo dos documentos juntados e sobre as audiências designadas. O contraditório formal também ocorre com direito de informação para que as partes estejam presente nos atos – Ministério Público, acusado e Defesa. A partir da informação, a parte poderá analisar os argumentos e, assim, preparar a contra argumentação, o que conduz ao segundo momento.

O **contraditório material** ou contraditório como direito de reação, para além da simples necessidade de concessão de vista às partes a respeito de um ato processual, avança garantindo a possibilidade de participação, o direito de reagir ou de a parte ser ouvida previamente à decisão judicial (*audiatur et altera pars*). Em outras palavras, quer dizer que o contraditório material é efetivado quando, antes de qualquer decisão, se ouvem as partes.

A respeito da bilateralidade de audiência e da necessidade de tratamento igualitário às partes, imprescindível lembrar a doutrina de Elio Fazzalari. Resumidamente, o autor italiano conceitua que o procedimento – que é gênero e de onde se extrai a espécie processo - é formado por uma sequência de normas que, ao final, geram efeitos, de modo que o juiz deve ir proporcionando aos destinatários o conhecimento da sua atividade. Assim, destaca-se o deslocamento de conceitos operado pelo autor italiano, em que identifica o processo como espécie do gênero procedimento, permitindo a valoração do contraditório (LOPES JR., 2015).

O que diferencia o processo do procedimento é sua estrutura dialética, com a existência de um “interessado” e um “contra-interessado”, que é justamente a existência do contraditório (FAZZALARI, 2006). Ao definir o processo, conceitua igualmente o contraditório, concebido como informação e reação, ou seja, dever de as partes serem informadas para que possam se manifestar, querendo. O autor explicita a participação das partes em simétrica paridade em suas respectivas posições, “[...] de modo que cada

contraditor possa exercitar um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados”. (FAZZALARI, 2006, pp. 119-120).

Atualmente, defende-se a necessidade de revisitar a concepção do contraditório, com a finalidade de se firmar a efetiva participação das partes para atuar em simetria de armas. Nesse contexto, o processo é intermediado por um julgador imparcial: *“rompe-se, com a visão de que a simples participação dos sujeitos (juiz, auxiliares, Ministério Público, acusado, defensor) do processo possa conferir ao ato o status de contraditório. É preciso mais. Exige-se a efetiva participação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento final [...].* (LOPES JR., MORAIS DA ROSA, 2015, pp. 12-13). Dizem os autores que, a partir dessa conceituação, entende-se que as partes dialogarão no intuito de convencimento do juiz terceiro e imparcial.

É importante mencionar que, embora se diga que a doutrina de Elio Fazzalari, por si só, não responde à totalidade de aspectos problemáticos do processo penal, há um reconhecimento, a partir dos seus ensinamentos, do conceito de contraditório englobando a paridade de armas. Dito de outra forma, o contraditório não se restringe aos direitos de informação e reação, garantindo às partes uma igual e efetiva participação. Por sua vez, a simetria formal é insuficiente, devendo ser assegurada uma efetiva e equilibrada igualdade material entre os sujeitos (BADARÓ, 2000).

Posteriormente, a concepção do contraditório como bilateralidade de audiência se mostrou um tanto esvaziada ao longo do tempo, sendo criticada porque limitaria o contraditório apenas à relação entre as partes, eximindo o Órgão jurisdicional da responsabilidade de garanti-lo efetivamente e a ele se submeter. Em virtude dessa noção estática de contraditório, apareceram concepções mais modernas.

Dentre elas, pode-se denominar o do contraditório constitucional ou o **contraditório como direito de influência**, que ultrapassa a noção de informação e reação, em que as partes participam efetivamente, falando e sendo ouvidas, com a finalidade de influenciar na decisão judicial (RIBEIRO, 2014). Significa que as partes podem influenciar os rumos do processo, impedindo a decisão surpresa ou de terceira via,

com efetivos meios para a execução. No processo penal, não é possível afirmar que a defesa colabore com a acusação, mas que as partes influenciam na decisão, mediante um exercício dialético e participativo (GIACOMOLLI, 2015).

Contemporaneamente, afirma-se que o processo é considerado um diálogo constante entre os envolvidos, ou seja, uma permanente troca de estímulos. A consequência lógica desse avanço é que o magistrado deverá propiciar as partes os meios necessários para que possam influenciar a decisão (CORREA, 2006). Da mesma forma, não suficiente a participação, como também devem ser possibilitados os meios para que a parte possa contrariar os argumentos da outra (FERNANDES, 2007). Nesse ponto, além do direito de comunicação e de estar presente, possibilitando a contra argumentação, se diz que o contraditório como influência traz também deveres por parte do órgão julgador. Primeiro, há um dever de intermediação entre as partes, em que se cria um ambiente de discussão dentro do processo. Atrela-se ao papel do juiz um dever de garantir um contraditório democrático e efetivo às partes em todo o decorrer do processo (CABRAL, 2010).

Outro acréscimo ao conceito refere-se ao julgador que, ao proferir decisão judicial, estará demonstrando às partes quais foram as suas razões para acolher ou para rejeitar os argumentos de cada uma das partes. A garantia de fundamentação judicial, estabelecida no artigo 93, X, da CRFB, acaba impondo um dever ao juiz. Para as partes, há possibilidade de verificação de atendimento ao contraditório: “*a certeza de que terá havido esta influência decorre da análise da motivação da sentença ou do acórdão.*” (WAMBIER, 2009, p. 55). Decorrente desse dever, outra consequência é a ausência de decisões surpresa. Significa que todas as situações devem passar pelo crivo do contraditório (GIACOMOLLI, 2015).

1.2. Especificamente em relação ao contraditório diferido.

O contraditório diferido, sucessivo ou postergado guarda estreita relação com a prova emprestada. Em geral, pode-se afirmar que no processo penal o contraditório é prévio – *audiatur et altera pars*. Isso quer dizer que, primeiramente o juiz ouve ambas as

partes para, em um posterior momento, proferir a decisão. O outro modo de exercício do contraditório – sucessivo, diferido ou postergado, consiste no controle da decisão após ser prolatada.

O contraditório sucessivo é um controle posterior das decisões, principalmente utilizado por meio do direito ao recurso ou, ainda, nos casos em que há urgência, nas tutelas antecipadas e medidas cautelares (OLIVEIRA, 2013). Segundo o autor, a postergação do contraditório só será admitida quando houver evidências da urgência, ou seja, a idoneidade da real necessidade de antecipação.

E, embora a regra seja o contraditório prévio, a doutrina constitucional admite a sua postergação: *“a restrição ao contraditório ocorre em função da necessidade de adequação e efetividade da tutela jurisdicional. Não há qualquer inconstitucionalidade na postergação do contraditório”*. (SARLET, MARIONI e MITIDIERO, 2014).

No contexto do processo penal, o contraditório diferido toma lugar essencialmente nas medidas deferidas na fase preliminar, como nos requerimentos e decisões relacionadas às quebras de sigilo durante a investigação ou quando do deferimento de medidas cautelares pessoais e patrimoniais. Nessas situações, o contraditório é postergado em virtude da necessidade de adequação e efetividade da tutela jurisdicional. Assim, entende-se por uma garantia de contraditório na conjuntura das medidas cautelares pessoais, ressalvadas as situações em que o contraditório prévio possivelmente a tornaria ineficaz: *“[...] exige, expressamente, a oportunização do contraditório prévio, ressalvadas as situações urgentes e de ineficácia da medida, ou seja, quando o contraditório prévio impediria a efetividade da medida”*. (GIACOMOLLI, 2015, pp. 164-165).

Outrossim, há divergência de posicionamentos acerca da necessidade de presença do contraditório na fase preliminar. Há quem defenda a sua aplicabilidade, ainda que de maneira reduzida, enquanto, por outro lado, há compreensão pela desnecessidade da presença do princípio-garantia durante a investigação. Nessas circunstâncias, geralmente é aceitável um controle efetivado por meio do contraditório diferido: *“a observância do contraditório é feita depois, dando-se oportunidade ao acusado de, no processo,*

contestar a providência cautelar ou de combater a prova pericial realizada no inquérito". (SCARANCA FERNANDES, 2007, p. 71).

1.3 O Contraditório na prova testemunhal, pericial e documental.

Passa-se a sua análise na formação da prova. Uma das características da prova é justamente que seja produzida sob o atendimento do contraditório, principalmente a **prova testemunhal**, em que a oralidade se vê latente. É possível observar que o contraditório perpassa diversos momentos da formação da prova testemunhal, desde quando as partes arrolam testemunhas, a ordem em que são elaboradas as perguntas, a complementação do que foi dito por uma testemunha/ofendido, seu conteúdo, dentre outros.

A partir da Lei n. 11.690/2008, o contraditório e o direito de defesa ganharam relevância quando instituído o *cross-examination*, considerado como método mais eficaz de proceder. Nessa sistemática, segundo afirma Stefano Ruggeri, acabou por fortalecer a imparcialidade do juiz, cujo papel ainda está longe de se afigurar como um mero espectador. É justamente com o objetivo de respeitar o contraditório e a ampla defesa que a parte que arrolou é a que inicia as perguntas à testemunha, depois o assistente de acusação (se houver), e a parte contrária, ficando ao final em aberta a possibilidade de o juiz questionar ponto não esclarecido. Esse é o procedimento defendido pela doutrina majoritária, a qual sustenta que o juiz tem "*papel neutro e fiscalizador, complementando com perguntas ao final, se achar necessário*" (EBERHARDT, 2016, p. 164). Na audiência realizada por meio do exame cruzado, as partes questionam diretamente a testemunha, de modo que as perguntas não são filtradas pelo juiz. Ademais, de certo modo, "*é possível (ainda que com alguma dificuldade) verificar a credibilidade e a idoneidade da testemunha que conheceu pessoalmente o fato a ser provado*" (TONINI, 2002, p. 116).

O *cross-examination* vai ao encontro do direito ao confronto, que tem como principais características a presença do juiz e do acusado no momento de colheita da

prova oral, tornando público o depoimento e, ainda, propiciando maior influência das partes na produção. O direito ao confronto determina as seguintes situações:

[...] impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições. (MALAN, 2009, pp. 62-63)

Nesse sentido, sublinha-se a possibilidade que o próprio réu tem em provocar questões durante o depoimento, demonstrando o que é relevante ao caso concreto. Isso ocorre porque “[...] o acusado, aquele que teoricamente mais sabe sobre o caso, pode influir na formação da prova levantando questões que de outro modo não existiriam.” (LOPES, 2016, p. 13).

Posto isso, é importante, para o atendimento do princípio-garantia do contraditório, que se viabilize o contato direto das partes e do juiz com a testemunha. Nessa perspectiva, entende-se que em juízo a parte não pode simplesmente afirmar que ratifica os termos do depoimento prestado na fase preliminar e que nada tem a acrescentar, sob pena de afrontar o contraditório, porquanto as partes e o juiz não terão contato direto com sua narrativa. (BADARÓ, 2016).

No que se refere ao contraditório na coleta da **prova pericial**, é sabido que o exame de corpo de delito e demais perícias são realizadas geralmente no curso da fase preliminar porque os vestígios podem perecer ou modificar pela atividade humana (BADARÓ, 2016). De um modo geral, defende-se que as perícias devem ser realizadas com a maior brevidade possível a fim de evitar o desaparecimento ou alteração dos vestígios, exceto aquelas não urgentes (como exames de vistoria, paternidade e grafotécnicos), que podem ser realizados em juízo sob o contraditório. Na prática, a maioria das perícias é realizada na fase de investigação, por peritos oficiais, havendo dificuldade para o exercício pleno do contraditório em relação a essa prova.

(BONACCORSO, 2016).

O direito ao confronto, por sua vez, deve ser aplicado não somente na produção das provas orais, mas em todo meio de prova, decorrente precipuamente das tecnologias que envolvem as atuais formas de colheita:

[...] é urgente o entendimento de que ele deve ser expandido e aplicado em todos os meios de prova. Não estamos mais no século XVI, a tecnologia evoluiu gigantescamente e, conseqüentemente, os meios de investigação e de produção de prova; negar o direito ao confronto nos demais meios probatórios é romper com a paridade de armas, amputar a defesa e deslegitimar a atuação da jurisdição democrática. (LOPES, 2016, p. 13).

É importante mencionar que a Lei n. 11.690/2008 trouxe relevantes mudanças na prova técnica, com conseqüências ao contraditório. Dentre elas, foi propiciada uma maior participação das partes, como a apresentação de quesitos, possibilidade de indicação de assistente técnico para acompanhamento da perícia, inclusive pela vítima, possibilidade de contraditar o laudo, requerimento de eventual perícia complementar, situações essas previstas nos parágrafos do artigo 159, do Código de Processo Penal. Os quesitos complementares, por sua vez, podem ser deferidos judicialmente, em consonância com a pertinência e relevância (BADARÓ, 2016). No que concerne à possibilidade de nomeação de peritos, trazida em 2008, ampliou-se o exercício do contraditório, inclusive porque as partes podem realizar exames complementares e contratar pareceristas. (BONACCORSO, 2016).

Embora seja possível nomear assistentes técnicos, critica-se que a atuação se dê apenas após o exame ou entrevista realizada por peritos oficiais, não podendo acompanhar, desse modo, a colheita da respectiva prova. O contraditório, dessa forma, será tardio, porque o assistente somente atuará após a realização do laudo oficial (BADARÓ, 2016).

Ademais, em sendo possível a elaboração de quesitos e oitiva dos peritos, se concretiza em alguma medida o princípio-garantia do contraditório nos exames periciais, bem como para que se demonstre a sua credibilidade (ERBERHARDT, 2016). É mediante a oitiva dos peritos em juízo que as partes podem solicitar esclarecimentos, é a oportunidade de se realizar um contraponto quase imprescindível da prova pericial e que auxilia o juiz na formação do seu convencimento. Além disso, auxilia, conforme Gustavo Badaró, a compreensão do laudo nos julgamentos de tribunais do júri. Assim, a partir oitiva dos peritos, é possível:

[...] preencher lacunas que o laudo possa ter, evidenciar a sua superficialidade ou sua veracidade, esclarecer alguns fatos do processo com a ajuda de um expert e, finalmente, questionar a experiência profissional do perito, formulando-lhe perguntas sobre o seu curriculum e experiência. (FENOL, 2012, p. 263).

Em relação ao contraditório na **prova documental**, principalmente no que tange à prova emprestada, analogia que se faz é que o documento pode ser juntado qualquer momento nos autos, de acordo o artigo 231, do Código de Processo Penal. O vigente Código processual penal não possui regramento específico nos processos comuns (apenas no que se refere ao júri), no que tange ao prazo máximo para juntada de documentos antes do julgamento, utilizando-se, subsidiariamente, a disposição constante no Código de Processo Civil. O anterior Código de Processo Civil previa o prazo de cinco dias, o qual fora dilatado, por meio do atual artigo 437, para quinze dias. Além disso, consta na atual legislação processual cível que a parte pode juntar documentos aos autos a qualquer tempo, sendo que a outra parte será instada a se manifestar a respeito.

Em se tratando de processo penal, considera-se a premissa de que a acusação deve juntar aos autos os documentos em tempo hábil para que a defesa analise e, na sequência, possa se manifestar a respeito. De qualquer forma, há entendimento (BADARÓ, 2016) que defende a aplicação, por analogia, do Código de Processo Civil, concedendo então o prazo de quinze dias para as partes em virtude da existência do contraditório.

Especificamente ao procedimento do Júri, a legislação em vigor veda a exibição no plenário de documento que não tenha sido juntado aos autos com três dias de

antecedência. Conforme disciplina o artigo 479, do Código de Processo Penal, não importa qual das partes realizou a juntada do documento aos autos, desde que se oportunize à acusação ou defesa, respectivamente, a manifestação. Contudo, na hipótese de uma das partes tomar conhecimento, logo antes de iniciar o julgamento, de determinada prova que considera imprescindível para o processo, entende-se que o pertinente seria o adiamento da sessão, oportunizando ciência do documento à parte contrária.

1.4 A prova emprestada no Projeto de Código de Processo Penal e o Contraditório.

Atualmente, o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que visa alterar o Código de Processo Penal, permanece em trâmite na Câmara dos Deputados¹. O dispositivo que trata da prova emprestada possui o mesmo conteúdo constante no Projeto de Lei do Senado n. 156/2009 e que, inicialmente, não havia previsão acerca da prova emprestada, mas o Senado Federal decidiu por incluí-la (ALENCAR, 2011).

A redação proposta no Projeto de Lei n. 8.045/2010, que tramita atualmente perante a Câmara dos Deputados, encontra-se no Título VIII – Da Prova, no Capítulo I, que trata das disposições gerais:

Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada.

¹ Última Ação Legislativa (até a data em que escrito este artigo), datada de 04/07/2017: Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n.º 8045, de 2010, do Senado Federal, que trata do "Código de Processo Penal" (revoga o decreto-lei n.º 3.689, de 1941. Altera os Decretos-lei n.º 2.848, de 1940; 1.002, de 1969; as Leis n.º 4.898, de 1965, 7.210, de 1984; 8.038, de 1990; 9.099, de 1995; 9.279, de 1996; 9.609, de 1998; 11.340, de 2006; 11.343, de 2006), e apensado (PL804510)

Aprovado requerimento do Sr. João Campos que requer a realização de Audiência Pública com o Ministro da Justiça Torquato Jardim para debater o Projeto de Lei n.º 8.045/2010.

Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>> Acesso em 14 ago 2017.

§1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada.

§2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar.

É possível destacar, como aspecto positivo, a existência de um contraditório prévio, bem como a necessidade de que a parte contra quem será produzida a prova tenha participado da colheita original. Além disso, entende-se positiva a “*fixação do prazo para a manifestação da parte contrária e a estipulação de um contraditório prévio sobre a admissibilidade da prova emprestada*”. (ALENCAR, 2011, p. 22). Refere-se que foi um avanço a regulamentação do uso da prova emprestada (DEZEM, 2010), sublinhando a necessidade de a redação prever que a prova emprestada devesse ser produzida na presença do sujeito contra quem será utilizada.

Há igualmente pontos negativos, no sentido em que admite a prova produzida em processo administrativo, porquanto o contraditório não se vê presente da mesma forma. Entende-se que, infelizmente o avanço proposto pela nova redação do Código de Processo Penal foi pequeno. Primeiro, porque assegurado somente à participação daquele contra quem será utilizada a prova, mas também porque é preocupante a admissibilidade da prova oriunda de processo administrativo. A esse respeito, lembra-se que o Supremo Tribunal Federal não considera necessária a presença de defesa técnica no processo administrativo, consoante a redação da Súmula Vinculante n. 5² e o dispositivo, por sua vez, foi omissivo ao não prever a presença do Defensor para que a prova emprestada tivesse validade. Defende-se que o problema não é grave quando se trata da prova documental porque garantido um contraditório postergado, mas no que tange à prova testemunhal, que deveria ter sido assegurada a presença de Defesa Técnica.

²A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.

A hipótese de empréstimo oriundo de processo administrativo, caso venha a ser convertida em lei, poderá acarretar na inconstitucionalidade do dispositivo, em virtude de afronta aos princípios do juiz natural e da inafastabilidade da jurisdição (ALENCAR, 2011), ambos garantidos na Constituição Federal. Resta, portanto, aguardar o trâmite do projeto e verificar qual será a disciplina adotada.

2. PARA ALÉM DO CONTRADITÓRIO: OUTROS REQUISITOS PARA O EMPRÉSTIMO PROBATÓRIO

Nos tópicos anteriores, abordou-se o **contraditório**, entendido como o principal requisito que deve ser observado quando do empréstimo probatório. Para que a prova seja compartilhada, filia-se à compreensão de que o contraditório no procedimento anterior deve ter sido efetivo.

Acerca de outros aspectos para que se realize o aproveitamento de provas, a doutrina elenca alguns requisitos para seu transporte, esclarecendo-se, antecipadamente, a ausência de unanimidade acerca do tema. Os critérios abaixo pincelados serão analisados igualmente por ocasião dos julgamentos selecionados, no último tópico deste trabalho, a fim de verificarmos o correspondente entendimento jurisprudencial.

(i) Presença das mesmas partes no processo em que originada a prova e no subsequente.

Não se pode ignorar a existência de posicionamentos diversos acerca do tema. O primeiro requisito considerado apenas quando em ambos os processos – o originário e o seguinte, contarem com as mesmas partes. Em sentido oposto, há entendimento pela maior flexibilização do compartilhamento probatório, admitindo-se uma ampla possibilidade de transporte, inclusive de provas produzidas entre terceiros. Há, ainda, posicionamentos intermediários, entendendo pela necessidade de que apenas uma das partes esteja presente, ou ainda, que figure no segundo processo apenas aquela parte contra a qual se produzirá a prova. Contudo, antecipa-se a conclusão de que a prova deve ser admitida no segundo processo quando o réu tiver participado, efetivamente, na colheita da prova no processo anterior. Justifica-se o entendimento na medida em que a

transferência de provas entre procedimentos requer a efetiva aplicação do contraditório quando da produção da prova.

Conclui-se que, “quando o imputado, contra quem se pretende utilizar a prova, participou de sua produção e lhe foi oportunizado o debate contraditório, esta é de ser admitida e submetida a novo tensionamento argumentativo, agora em novo processo (outro objeto)”. (GIACOMOLLI, 2015, p. 173). Assim, nos casos em que o acusado não tiver participado da formação da prova no primeiro processo, em tese não seria admissível o compartilhamento, com exceção das provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, previstas no artigo 155, do Código de Processo Penal. Contudo, registra-se, desde já, que a jurisprudência tem se estabelecido justamente em sentido contrário, situação que será abaixo abordada em tópico específico.

(ii) Natureza do processo em que foi colhida inicialmente a prova.

Diverge a doutrina acerca da possibilidade de ser emprestado elemento probatório que fora produzido em um procedimento carente de natureza jurisdicional, podendo-se falar em inquérito policial, processo administrativo ou mesmo em Comissão Parlamentar de Inquérito, ou os que defendem a possibilidade de empréstimo apenas daquela prova produzida em processo judicial, com as devidas garantias.

Pode-se dizer que, em geral, se admite o empréstimo de provas entre o processo civil e o penal e vice-versa porque ambos possuem, em princípio, a mesma estrutura. No entanto, ao falar de prova produzida em processo administrativo, considerando que não estão revestidos das mesmas formalidades, é de se questionar se ela deve ser admitida e, em sendo admitida, se será igualmente valorada ou se receberá apenas cunho informativo.

Parte da doutrina, majoritadamente no âmbito cível, entende pela possibilidade de transporte de elemento produzido em procedimentos carentes de jurisdição, podendo ser admitida como um elemento de convicção ou como prova do fato (VEZZONI, 2005). Ou, ainda, pela admissibilidade do compartilhamento de provas oriundas de inquérito policial, levando principalmente em consideração a impossibilidade de repetição da prova (SILVESTRE, 2010). Contudo, coaduna-se do entendimento no sentido de que somente poderá ser apta ao empréstimo a prova produzida em um processo de natureza

jurisdicional. Isso se justifica no sentido de que, no caso dos processos administrativos, não se exige o atendimento, na mesma escala, às garantias constitucionais.

A respeito do tema, importante referir que, no âmbito da Ação Penal n. 470/MG, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, segundo análise doutrinária realizada (BADARÓ, 2014), foi admitida a valoração de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito, os quais foram trasladados ao processo penal, com a ressalva de que fosse possibilitado o contraditório em momento postergado.

Por fim, analisando a possibilidade, ou não, de empréstimo de interceptações telefônicas, há quem defenda que, em virtude de ser autorizada por juízo competente e já ter sido realizada a quebra de intimidade, não haveria óbice ao seu traslado. Entretanto, é questão que merece extrema atenção. Não apenas em virtude da intimidade do indivíduo que deve ser resguardada, mas também porque a Lei n. 9.296/1996 prevê hipóteses taxativas ao deferimento inicial da medida. Deve-se analisar, além dos requisitos iniciais de admissibilidade, a pertinência do compartilhamento desse meio de prova a outro processo penal.

(iii) Relação entre os temas dos processos.

Compreende-se em geral pela necessidade de existência de identidade ou conexão entre os temas de ambos os processos – o originário e o secundário, posicionamento esse ao qual afilia-se. Nesse sentido: “*em ambos os processos é preciso que os fatos sejam semelhantes (se fossem iguais haveria litispendência), pois se não fossem a prova seria totalmente irrelevante*”. (ARANHA, 2006, p. 256).

(iv) Impossibilidade de repetição da prova.

Situação que pode ser trazida como uma premissa de aceite ao transporte e valoração de prova, porque é amplamente aceita no sentido de que, se irrepitível, estaria justificado o compartilhamento. Até porque “*se era previsível a ocorrência de fator externo que poderia tornar irrepitível o ato (por exemplo: a morte da testemunha enferma), o correto é produzir antecipadamente a prova, nos termos do art. 225 do CPP*”. (BADARÓ, 2014, p. 174). Para o autor, a irrepitibilidade justificaria o empréstimo até em situações excepcionais, como o da prova testemunhal colhida em Comissão de

Inquérito Policial e direcionado para o processo penal. Constitui em exceção porque, nesse caso, a prova fora obtida sem contraditório entre as partes.

Isso não quer dizer que, a dificuldade em se repetir a prova deva se constituir em saneamento do empréstimo, pois se entende preferível à nova produção de prova do que o compartilhamento.

(v) Prova originariamente lícita.

É imprescindível que a prova tenha sido inicialmente produzida de modo lícito para que depois se possa transferir a outro processo. Em que pese exista posicionamento que relativize as possibilidades de empréstimo, abrangendo a sua aceitação ainda que tenha ocorrido irregularidade no processo em que se originou, acolhe-se a melhor doutrina no sentido de que não é possível, no âmbito processual penal, “*o compartilhamento de prova obtida por meios considerados inadmissíveis no ordenamento brasileiro e nem de prova que, na sua origem, fora considerada inadmissível*”. (GIACOMOLLI, 2014, p. 174).

Outra questão problemática dentro do aspecto da regularidade da prova é no caso de ser declarada determinada nulidade no processo em que a prova foi originariamente produzida. A esse respeito, parte da doutrina entende que ela pode ser reaproveitada no segundo processo, desde que essa nulidade não guarde relação direta com a formação ou a admissão da prova emprestada. Entretanto, compreende-se que essa situação carece de cuidado, uma vez que um ato pode contaminar os seguintes e, dentre eles, a prova que foi produzida e será transportada pode ter sido atingida.

1. ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF: CRITÉRIOS DE ADMISSIBILIDADE DA PROVA EMPRESTADA

3.1 Os critérios de pesquisa e resultados iniciais.

Primeiramente, é importante esclarecer a metodologia empregada nesse trabalho. A pesquisa jurisprudencial foi realizada da seguinte maneira: optou-se por pesquisar julgados no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal

(STF), cujo critério de busca é o termo “prova emprestada”. A pesquisa restringe-se aos julgamentos ocorridos entre as datas de 01/01/2017 a 01/08/2017.

Em ambos os Tribunais, realizou-se a pesquisa com o termo “prova emprestada”, sem expandir o termo, sem alargar o prazo de pesquisa para os anos anteriores com o intuito principal de que a pesquisa tenha caráter atual. Além disso, ao nos depararmos com o conteúdo dos acórdãos no Superior Tribunal de Justiça – porquanto no STF não há análise a ser realizada, conforme a seguir explicado - foi possível verificar que eles se reportam a casos análogos julgados nos anos imediatamente anteriores. Dessa forma, a primeira conclusão que se pode chegar é que alguns aspectos foram sendo confirmados ao longo dos anos perante o STJ.

No STJ, restringiu-se à pesquisa para as 5^a e 6^a Turmas, assim como a 3^a Seção, ou seja, aos órgãos responsáveis pelo julgamento da matéria penal. A pesquisa apontou 09 decisões. Realizada análise preliminar a partir da ementa de cada uma das 09 decisões, foram selecionadas as conclusões gerais acerca da prova emprestada e foram eleitas 02 para análise mais detida. Esses 02 julgados foram escolhidos porquanto discutem diversos requisitos de admissibilidade da prova emprestada.

Ainda, cumpre referir que, dentre os 09 julgamentos ocorridos no corrente ano, um dos julgados³, no que se referia à eventual nulidade de prova emprestada, o Recurso foi julgado inadmissível na medida em que o Agravante não indicou o dispositivo de lei federal supostamente violado. Em outro⁴, as questões relativas ao empréstimo de interceptações telefônicas já teriam sido apresentadas e apreciadas por ocasião de outros Recursos no STJ. Assim, nos dois julgados referidos, não houve apreciação da matéria. De qualquer forma, tanto as conclusões gerais verificadas quando da leitura das demais ementas, quanto às conclusões específicas extraídas do teor dos acórdãos serão abaixo abordadas.

No STF, a metodologia utilizada seguiu o mesmo parâmetro. A pesquisa apontou

³ AgRg no AREsp 962.541/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017.

⁴ AgRg no HC 348.953/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

apenas um julgado, em que o termo pesquisado não se encontrava na ementa, mas na indexação. Trata-se de Agravo Interno interposto em face de decisão monocrática que negou seguimento a Recurso Extraordinário⁵ com Agravo. No Recurso Extraordinário, discutia-se a nulidade da prova emprestada e alegava-se, dentre outras, violação ao contraditório. Foi negado provimento ao Agravo Interno e, ao analisar o inteiro teor, a decisão foi no sentido de impossibilidade de apreciação dos fatos e do material probatório constante dos autos. Assim, não havendo análise da eventual afronta ao contraditório, objeto principal dessa pesquisa, não é possível extrair qualquer conclusão acerca do mérito e, por conseguinte, não se presta para avaliar a admissibilidade da prova emprestada.

Ilustrativamente, o que vinha se observando no STF, na jurisprudência anterior a 2017, como requisito, além da observância ao contraditório, é a necessidade de haver um despacho judicial deferindo o compartilhamento de provas.

3.2 A jurisprudência no STJ.

Portanto, passamos a verificação dos acórdãos selecionados para apreciação, decorrentes de julgados perante o STJ. Primeiramente, da leitura das ementas dos 09 julgamentos acerca da prova emprestada (02 não estão sendo analisados, conforme justificado acima, e 02 serão especificamente analisados), foi possível extrair algumas conclusões iniciais, que tratam igualmente dos critérios doutrinariamente verificados anteriormente neste artigo. Dessa maneira, verificou-se a abordagem dos seguintes critérios, já antecipando algumas conclusões da Corte:

(i) Desnecessidade de serem as mesmas partes em ambos os processos.

Um dos julgados analisados entendeu pela desnecessidade de serem partes idênticas, sob pena de reduzir demasiadamente a aplicabilidade do instituto⁶. O outro, no mesmo sentido, assim concluiu:

⁵ RE 1034894 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017.

⁶ RHC 73.151/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017.

“[...] Laudo de medição, laudo pericial e parecer técnico trasladados de ação civil pública proposta contra a Prefeitura do Município podem ser compartilhados para fins penais, mesmo que a parte contra a qual os documentos sejam utilizados não haja participado do processo originário onde foram produzidos. A teor dos julgados desta Corte Superior, a exigência, como requisito para o empréstimo da prova, de que seja oriunda de processo no qual figurem idênticas partes, restringiria excessivamente sua aplicabilidade e a economia processual, dando ensejo a repetições desnecessárias com idêntico conteúdo”⁷ (grifamos).

(ii) Necessidade de observância ao Contraditório.

Ao citar o entendimento da Corte, firmou-se o contraditório como principal requisito para admissibilidade da prova emprestada: *“o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo”⁸*. Em outro caso, entendeu-se lícita a juntada de escuta ambiental gravando um dos réus, em outro processo, porquanto oportunizado o contraditório⁹.

(iii) Autorização judicial para empréstimo: decidiu-se pela necessidade de despacho judicial autorizador do compartilhamento de provas.

Em dois julgados, verificou-se que é inadmissível a utilização de prova emprestada sem despacho autorizador para tanto. Durante o julgamento de dois Recursos Especiais, ficou assentada a impossibilidade de empréstimo de prova oriunda de procedimento fiscal ao processo penal¹⁰.

⁷ RHC 79.534/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 17/04/2017.

⁸ RHC 73.151/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 27/03/2017.

⁹ HC 372.653/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017.

¹⁰ REsp 1402649/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017; REsp 1373498/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 22/02/2017.

Passando à análise específica, verificamos dois julgados – Habeas Corpus e Agravo Regimental em Recurso Especial - que contêm, em seus respectivos teores, importantes requisitos concernentes à prova emprestada.

No Habeas Corpus n. 292.800/SC, sob Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado pela 5ª Turma, é possível observarmos alguns parâmetros de utilização da prova emprestada, inclusive citando alguns critérios tratados ao longo do texto na parte doutrinária. Embora em sede de Habeas Corpus, hipótese em que em tese não é possível realizar um exame fático-probatório, são trazidos diversos importantes requisitos, na medida em que, ao analisar a existência ou não de nulidade, o acórdão acabou trazendo referências a outros julgados similares. Isso possibilitou, em primeiro lugar, a análise profícua do acórdão e, em segundo lugar, verificou-se que o entendimento do STJ vem se confirmado com o passar dos anos, firmando um posicionamento acerca da aplicabilidade da prova emprestada.

No caso sob análise, requereu-se o reconhecimento de nulidade da prova emprestada. Trata-se de empréstimo de interceptação telefônica que fora colhida em outro processo criminal em que o Paciente não figurou como parte. O recurso versa sobre outras nulidades decorrentes das escutas telefônicas de um telefone fixo que teria sido ilegalmente produzida na origem e as provas que dela derivaram, como a busca e apreensão realizada e prisão preventiva do acusado, além da ausência de transcrição das conversas e ausência de perícia, situações essas que não se adentrarão no presente artigo, com a finalidade de dedicarmos a análise à prova emprestada. O Habeas Corpus, em realidade, não foi conhecido, porquanto impossível a análise da tese de insuficiência probatória para a condenação. Contudo, assentou importantes requisitos acerca da prova emprestada, considerando lícito o seu aporte aos autos. A fim de sistematizarmos, esses são os importantes critérios selecionados, seguindo os termos do próprio voto:

(i) A prova foi lícitamente colhida. Sendo lícita, é viável o transporte de provas.

Significa, no presente caso, que havia autorização judicial para realizar a interceptação do número de telefone indicado.

(ii) Desnecessidade de serem as mesmas partes em ambos os processos.

Não é necessário, para a utilização da prova emprestada, que o processo secundário tramite com as mesmas partes do primeiro. Ainda que se reporte a outro julgado perante o Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente o EREsp 617.428/SP, de Relatoria da Ministra Nancy Andriighi, julgado em 2014, afirmou-se que não se trata de processos entre as mesmas partes. Tal situação, conforme o citado julgado, restringiria demais a aplicabilidade da prova emprestada.

(iii) Necessidade de observância ao Contraditório, à Ampla Defesa e ao Devido Processo Legal.

O princípio do contraditório é considerado como requisito primordial para a utilização da prova emprestada.

(iv) O contraditório diferido é utilizado como meio de legitimação da prova produzida em outro processo ou procedimento.

Isso significa dizer que, não produzida nesse, mas em um anterior processo, a prova deve ser levada ao conhecimento das partes deste processo e, tomando conhecimento, possa contrapor os elementos colhidos.

Aqui, com o devido respeito, faz-se breve observação. No presente caso, consta que as transcrições das interceptações telefônicas estavam apensadas aos autos, à disposição das partes, após o despacho de recebimento da denúncia, ou seja, antes da citação do réu para responder à acusação. Entendeu-se, desse modo, pela admissibilidade da prova emprestada (escutas telefônicas) na medida em que disponíveis no decorrer da fase da instrução e, portanto, com a oportunidade de o réu refutá-la. De acordo com o entendimento da Corte, embora o Paciente não fosse parte do processo em que colhida originalmente, a prova emprestada é lícita desde que o contraditório seja assegurado às partes.

O fundamento utilizado, contudo, é apoiado em outros casos julgados no STJ. Dentre eles, o Habeas Corpus 213.158/SP julgado perante a 5ª Turma do STJ no ano de 2013, sob Relatoria da Ministra Laurita Vaz, em que não se considerou nula a prova emprestada porque as interceptações telefônicas foram juntadas aos autos do processo antes do oferecimento das alegações finais. Entendeu-se que não houve mitigação ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que a defesa do acusado teve acesso ao seu

conteúdo. Em que pese não tratar diretamente do caso sob análise, saltou aos olhos o embasamento. A crítica que se faz é que, ao menos antes da Resposta à Acusação, deveria ser oportunizado o conhecimento. Afinal, no momento em que o réu é citado para se defender da acusação que lhe é feita, deve ser oportunizado conhecimento pleno dos elementos investigatórios. Apenas dessa forma poderá também exercer o contraditório. Ainda que se fala em contraditório postergado, aqui traça uma trajetória defensiva. Se a Resposta à acusação é o primeiro momento de exercício do contraditório, entende-se que seria pertinente conhecer os elementos e se manifestar. Com a devida vênia, entende-se temerário permitir a juntada das transcrições das interceptações telefônicas no curso da instrução, sob pena de violar o contraditório e a ampla defesa.

O segundo caso trazido para análise específica trata-se do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 693.181 – SP, julgado em 07/03/2017, também perante a 5ª Turma do STJ, sob relatoria do Ministro Ribeiro Dantas. Nessa hipótese, há alegação de ofensa ao artigo 155, do Código de Processo Penal, uma vez que a condenação estaria embasada exclusivamente em prova emprestada de outro processo.

No julgamento, compreendeu-se que o contraditório e a ampla defesa foram respeitados, tendo a sentença amparado nas provas colhidas em juízo, principalmente nas declarações da vítima e testemunhas ouvidas ao longo da instrução, sendo desprovido o Agravo Regimental. No que tange especificamente à prova emprestada, asseverou que não há necessidade de o acusado ser parte no processo do qual se originou a prova, desde que seja possibilitado o contraditório e a ampla defesa. Essas são as conclusões:

(i) Desnecessidade de serem as mesmas partes em ambos os processos.

Como requisitos subsidiários, apontou-se a necessidade de posterior submissão ao contraditório e à ampla defesa e, ao longo do voto, verificou-se que a prova havia sido originariamente colhida com observância das formalidades legais.

(ii) Necessidade de observância ao Contraditório e à Ampla Defesa.

O voto menciona que houve pedido defensivo de acesso à prova emprestada, o qual fora prontamente atendido, oportunizando o exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, se há posterior submissão da prova ao contraditório, é viável sua utilização. O acórdão se ampara em outras decisões, consignando que, se as partes são intimadas para

se manifestar sobre a prova emprestada, não há falar em violação ao contraditório e ampla defesa.

Mais especificamente o contraditório diferido, colaciona outro julgado para fundamentar a decisão, entendendo que as provas produzidas tanto em outras ações penais como em inquéritos podem formar o conjunto probatório que ensejam ao oferecimento da denúncia. Esses elementos, por sua vez, devem ser submetidos a um novo contraditório, postergado.

3.2.1 Tentativa de sistematização de critérios jurisprudenciais

Conforme já abordado ao longo do texto, o tema é complexo e envolve diversos requisitos acerca da admissibilidade da prova emprestada, não ficando adstritos apenas aos julgados aqui analisados. A partir dos julgados analisados, é possível chegar a uma conclusão inicial de que, em matéria de requisitos de admissibilidade da prova emprestada, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando o seu entendimento ao longo dos últimos anos. Nos acórdãos estudados, fez-se referência, a fim de embasar a decisão, a outros votos proferidos pela Corte recentemente.

Pode-se afirmar que há um critério geral, que se refere à necessidade de observar o contraditório, e outros elementos que necessitam (ou não) ser observados para a admissibilidade da prova emprestada. Essas são as conclusões apontadas:

- (i) Imprescindível observância ao contraditório (diferido);**
- (ii) Necessidade de a prova ser lícitamente colhida na origem;**
- (iii) Necessário despacho judicial que autorize o empréstimo probatório;**
- (iv) Desnecessário que o acusado figure como parte no processo em que colhida a prova.**

Quanto ao tópico **(i)** acerca do contraditório, ponto central de debate desse artigo, salienta-se que, todo julgado acerca da prova emprestada cita a necessidade de submissão dessa prova ao contraditório para que ela seja admitida no processo secundário. Esse contraditório é o chamado diferido ou postergado e não o contraditório concomitante à formação da prova.

Especificamente no que se refere ao ponto **(iii)**, em geral, não é elencado

doutrinariamente como uma regra à admissibilidade da prova emprestada. Esse requisito não foi encontrado em todos os julgados analisados, mas nada havia em contrário. Por isso, apontou-se como um dos requisitos para o empréstimo probatório. Entende-se que é regra importante, inclusive para dar conhecimento à parte contrária acerca da juntada e oportunizar o contraditório. Além disso, conforme se verificou da proposta, esse ato segue a tendência do Projeto de reforma do Código de Processo Penal.

CONCLUSÕES

Analisado o contraditório no âmbito do processo penal, buscou-se traçar ao longo do texto as distintas dimensões do princípio-garantia e em que medida ele deve ser respeitado, ressalvadas as especificidades da prova testemunhal, pericial e documental. Em um segundo e terceiro momentos, foram verificados os requisitos para admissibilidade da prova emprestada, tanto quanto aos requisitos doutrinários como os jurisprudenciais, especificamente no STJ.

Em uma tentativa de cotejar os requisitos estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, bem como atentando para a previsão estabelecida quanto à prova emprestada no projeto do Código de Processo Penal, entende-se que há aspectos positivos e alguns pontos problemáticos.

Como destaque positivo no artigo do projeto de reforma do Código de Processo Penal, salienta-se a previsão de um contraditório prévio, que é, segundo aponta a pesquisa realizada acima, a tendência da jurisprudência dos Tribunais Superiores. O projeto refere a possibilidade de a parte elaborar um requerimento prévio ao transporte probatório e, conforme se verificou em algumas decisões, há necessidade de despacho judicial autorizador do compartilhamento de provas como requisito a sua admissibilidade.

Além disso, a doutrina e a jurisprudência do STJ alertam para a necessidade de atendimento ao contraditório como critério de admissibilidade da prova emprestada. Em todos os julgados consta a necessidade de submissão ao contraditório. Esse contraditório é, contudo, o contraditório diferido, uma vez que não exige a participação

da parte contra quem a prova será utilizada na colheita original da prova, ou seja, quando da efetivação do contraditório.

Entende-se que, após juntada no processo em que foi compartilhada, a simples concessão de vista à parte não seria suficiente para efetivação do contraditório porque ausente a participação com fiscalização e influência daquela parte. Isso não quer dizer que a parte não deva ter ciência do documento juntado, mas o ideal seria sua presença no momento de formação da prova. Não sendo atendido esse requisito, deve ser oportunizada a chance de se manifestar a respeito da admissibilidade da prova e, inclusive, de complementá-la.

Isso porque, apoia-se na compreensão de que o contraditório efetivo ocorre com a confrontação da prova de forma dialética, bem como com o direito de as partes falarem e serem ouvidas. Entende-se também que é o direito de apresentar a contraprova, ou seja, não se exaure apenas a informação, mas acrescenta-se a possibilidade de a parte reagir e, conseqüentemente, influenciar a decisão judicial.

É justamente por essa razão que o aspecto mais controvertido envolve o empréstimo da prova testemunhal, na medida em que a parte não necessariamente participou do efetivo contraditório na formação da prova. Defende-se a impossibilidade de empréstimo de prova testemunhal produzida em processo no qual a parte contra quem se utilizará a prova não participou. A exceção que se vislumbra é na hipótese de falecimento da testemunha. Dessa forma, requerido e juntado o depoimento originário, submete-se ao crivo do contraditório postergado.

A pesquisa apontou outros aspectos negativos. Em relação à admissibilidade de prova oriunda de processo administrativo, conforme o projeto de reforma do Código de Processo Penal, posiciona-se em sentido contrário, na medida em que o contraditório no processo administrativo não se iguala ao contraditório operado judicialmente. Contudo, importante referir que esse mesmo dispositivo 169, do Projeto, ao admitir a prova produzida em processo administrativo, condiciona o critério à participação do contraditório no procedimento originário aquele contra quem será a prova utilizada. Se mantida a redação dessa forma e tendo o acusado naquele processo administrativo tido conhecimento acerca do elemento de prova e, eventualmente, se manifestado, há de certo

modo um contraditório. Não seria o contraditório pleno e efetivo, muito menos na dimensão de possibilidade de influência, mas um contraditório no sentido de informação e possibilidade de reação. Em juízo, esse elemento precisa ser submetido novamente ao contraditório.

Entretanto, relevante observação sobre a presença das mesmas partes dos processos, é que, independentemente do entendimento doutrinário e do dispositivo previsto no Projeto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está caminhando em outro sentido. Conforme analisamos acima, a pesquisa apontou que é desnecessária a identidade entre as partes para o empréstimo probatório. Isso significa dizer que se admite a prova oriunda de outro processo (administrativo ou judicial), em que o acusado desse processo não era originalmente parte. Condiciona a admissibilidade à submissão dessa prova ao contraditório. Contraditório que, uma vez mais se salienta, é postergado e não atendido com as mesmas garantias de um contraditório concomitante.

Parte-se da premissa de que prova é o que foi produzido em contraditório, conforme abordado acima, corroborando-se a lição de que “*o que estiver fora do contraditório não é prova, permanecendo na esfera dos atos de investigação*” (GIACOMOLLI, 2015, pp. 161-162). Portanto, e na mesma medida de inadmissibilidade de empréstimo de prova colhida em processo administrativo, os elementos colhidos em inquérito policial, em regra, não poderiam ser compartilhados em outros processos. A exceção que se abre é para as perícias, em que houve perecimento do objeto analisado, e demais provas irrepetíveis, que devem ser submetidas ao contraditório posterior em juízo.

Por fim, defende-se imprescindível à admissibilidade da prova emprestada que ela tenha sido lícitamente produzida na origem.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Claudio Demczuk de. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, n.97, p. 13-28, set./dez. 2011.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. – 7. ed. rev.

atual. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIhavy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique RighiIvahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , n.106, p. 157-179, jan./fev. 2014.

BONACCORSO, Norma Sueli. Investigação científica na fase de investigação: aporte da realidade no estado de São Paulo. in LERNER, Daniel Josef [et. al]. **Polícia e Investigação no Brasil**. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados.
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

BRASIL. Superior de Justiça. <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>.

CABRAL, Antonio do Passo. El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. **Revista Peruana de Derecho Procesal**. Ano 16. Lima: Communitas, 2010.

CORREA, Cristiane da Rocha. O princípio do contraditório e as provas irrepetíveis no inquérito policial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 60, p. 223-253, maio/jun., 2006.

DEZEM, Guilherme Madeira. Novo Código de Processo Penal: aspectos referentes à teoria geral da prova. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo , Ed. Especial CPP Ago/2010.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

FENOL, Jordi Nieva. **Fundamentos de Derecho Procesal Penal**. Argentina: Euros Editores S.R.L., 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. Uma releitura do direito ao confronto no processo penal brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.283, p. 12-14, jun. 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Processo Penal no Limite**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MALAN, Diogo Rudge. **Direito ao confronto no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, 2004. n.29.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. Gomes Canotilho...[et AL.]. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico culturais do contraditório. In: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 13-35, jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVESTRE, Jorge Augusto Buzetti. A flexibilização no uso da prova emprestada. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, São Paulo, v. 11, n. 63, p. 213-226, ago./set. 2010.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de processo São Paulo**, rev. dos tribunais, v.91, p.92-114, 1998.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VEZZONI, Marina. Prova emprestada. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, Ribeirão preto, v. 6, n. 70, p.19-25, out. 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 168, p. 53-69, fev. 2009.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. O princípio do contraditório como garantia constitucional. **Revista jurídica** Porto Alegre, n. 350, p. 11-37, dez. 2006

A VALORAÇÃO DO RECONHECIMENTO E DA DECLARAÇÃO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ROUBO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DO FÓRUM CRIMINAL MINISTRO MÁRIO GUIMARÃES DE SÃO PAULO

Gabriela Cardoso Ferreira

Resumo: Este artigo visa analisar a fundamentação utilizada pelos magistrados do Fórum Criminal da Barra Funda, durante o último semestre de 2016, em decretos condenatórios ou absolutórios de ações que imputam o cometimento de delitos de roubo a pessoas reconhecidas fotograficamente na delegacia. O problema da investigação foi delimitado do seguinte modo: Em quais provas e indícios a condenação foi embasada? Com quais argumentos o magistrado afastou eventuais alegações de fragilidade das provas? No caso de absolvição, quais fatores indicaram, para o magistrado, a fragilidade do acervo probatório e quais argumentos foram utilizados? O estudo foi dividido em duas partes: levantamento de material teórico e análise de dados.

Palavras-chave: roubo, reconhecimento fotográfico, declaração da vítima, valoração da prova testemunhal e do reconhecimento.

Sumário: Introdução. 1. Considerações Teóricas. 1.1. Do Reconhecimento. 1.1.1. Meio de prova e meio de investigação. 1.1.3. Reconhecimento fotográfico como meio de prova subsidiário ao reconhecimento pessoal. 1.1.4. Reconhecimento como meio de prova irrepitível e urgente. 1.1.5. As quatro fases do reconhecimento. 1.2. Das Declarações da Vítima. 2. Pesquisa Empírica. Metodologia, Objetivos e Dados de Análise. 2.2. Análise dos Dados Obtidos. 2.2.1. Análise das Sentenças Condenatórias. 2.2.2. Análise das Sentenças Absolutórias. 2.2.3. Análise da Relação do Reconhecimento com o Intervalo de Tempo. 2.3. Análise dos Argumentos dos

Magistrados. 3. Conclusões e considerações finais. 4. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Atualmente, mais de um terço da população carcerária do Estado de São Paulo, a maior do Brasil, está presa por ter sido acusada de praticar roubo¹. Em 2005, uma pesquisa realizada pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) no mesmo estado concluiu que “a maioria dos indivíduos acusados por roubo obtém uma condenação em regime mais gravoso que o previsto em lei, ainda que primários e tendo obtido aplicação da reprimenda base no mínimo legal”². À época, as justificativas para determinação de regime fechado de encarceramento, segundo indicaram os investigadores, apresentavam “motivações de caráter extrajurídico e de cunho ideológico”.

Em sua pesquisa para aquisição do título de livre-docência da Universidade de São Paulo, o professor SALVADOR NETTO (2014), apresenta a indagação de se haveria razões, ocultadas pelo discurso jurídico, a justificar uma tutela penal mais incisiva destinada aos crimes patrimoniais do que aquela destinada à integridade física da pessoa. A resposta a ser encontrada na investigação pode levar à conclusão da existência de uma “*política criminal patrimonial, dotada de uma específica lógica de controle e operacionalidade*” (SALVADOR NETTO, 2014, p. 29).

Nesse contexto, a mesma pergunta pode ser direcionada ao entendimento jurisprudencial consolidado nos tribunais brasileiros, no qual se confere às declarações do ofendido especial valor probatório nos crimes de roubo, ante a ausência de testemunhas presenciais³. Teria esse entendimento, também, motivações

¹ 34,9%, conforme a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP) (2015).

² INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim) & INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo. São Paulo: RT/IBCCrim, 2005.

³ E.g.: (STJ - AgRg no AREsp: 297871 RN 2013/0060207-3, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 18/04/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/04/2013)

de caráter extrajurídico e de cunho ideológico destinadas à perpetuação de uma política de encarceramento em massa?

O motivo dessa suposição é o fato de inexistir previsão legal conferindo maior valor probatório à prova testemunhal e ao reconhecimento da vítima. Inclusive, a produção científica de mais de três décadas de investigação sobre a memória humana e suas implicações para o depoimento e o reconhecimento, na área da Psicologia do Testemunho⁴, aponta que esses meios de prova possuem escasso valor probatório⁵. No mesmo sentido, os resultados divulgados pelo instituto estadunidense “*Innocence Project*” (2015), indicando que, das 343 exonerações conquistadas por meio de exames de DNA, em 71,0% dos casos houve identificação equivocada de pessoas por parte de vítimas e testemunhas.

Apesar de restar demonstrada a falibilidade da memória e sua sugestionabilidade⁶, esses avanços não têm merecido no Brasil a sua devida atenção. Vejamos o dado de pesquisa recente do IDDD (PRADO, A. S.; BARBOSA, G. A. P., 2016): 48,8% das prisões preventivas do município de São Paulo deram-se em razão de reconhecimento positivo em sede policial.

Diante disso, é possível que o entendimento jurisprudencial acima citado espelhe, em verdade, uma flexibilização e relativização da segurança na verdade formal (conceito normativo⁷) necessária a uma condenação. Em outras palavras, pode ser que esse entendimento, ao conferir peso probatório à palavra da vítima sem a devida fundamentação tecnocientífica ou jurídica, reflita, na prática, um compromisso político e ideológico com uma dinâmica condenatória mais intensa em relação aos delitos de roubo, ou com o perfil de pessoas que costumam praticá-lo.

Em pesquisa divulgada pelo Ministério da Justiça, a psicóloga STEIN (2015)

⁴ A Psicologia do Testemunho se trata de uma subespecialidade da Psicologia Jurídica.

⁵ E.g.: WELLS, MEMON, PENROD (2006); LAWSON (2014); e STEIN (2010).

⁶ E.g.: SCHACTER (2003) e STEIN (2010).

⁷ Tanto no processo civil como no penal, a verdade é verificável dentro de certos limites, em aproximação tanto quanto possível de ideia que leve ao conhecimento de uma certeza perseguida (TUCCI, 1986, p. 143). A hipótese desta investigação é que o nível de certeza perseguido nos processos em que se apura o cometimento de crime de roubo é inferior àquele de processos em que se imputa o cometimento de outros tipos penais, cujos autores têm melhores condições socioeconômicas, por exemplo.

demonstrou preocupação com a defasagem da lei penal brasileira em relação às descobertas científicas mais atuais da Psicologia do Testemunho. Pior ainda, constatou que os poucos avanços alcançados na legislação têm sido, na prática forense, sistematicamente relativizados ou abertamente ignorados. O principal problema apontado foi a não observância do rito previsto para o reconhecimento, no artigo 226, do Código de Processo Penal (CPP)⁸, tanto na fase policial como na judicial.

À luz das indagações político-criminológicas acima propostas, bem como das pesquisas na área da Psicologia do Testemunho e da recente produção doutrinária sobre o tema⁹, o presente trabalho tem por objeto analisar decisões judiciais relativas ao crime de roubo do Fórum Criminal Ministro Mário Guimarães, da capital paulista, nas quais os acusados teriam sido reconhecidos fotograficamente na delegacia.

A escolha do reconhecimento fotográfico deve-se ao seu ainda mais elevado risco de erro em comparação ao reconhecimento pessoal presencial, ao limitar o reconhecedor a uma imagem por vezes não atual e apenas bidimensional do suspeito, privando-o de noções quanto à sua compleição física, bem como ao possibilitar diversas práticas irregulares no ato de reconhecimento, com potencial de contaminar sua posterior realização em juízo.

Assim, este estudo objetiva analisar a fundamentação utilizada pelos magistrados em decretos condenatórios ou absolutórios em ações que imputam o cometimento de delitos de roubo a pessoas reconhecidas fotograficamente na delegacia. Antes de se iniciar a análise proposta, será necessário expor algumas considerações teóricas que embasaram o problema da pesquisa. Portanto, o trabalho será dividido em dois blocos principais: (i) o arcabouço teórico do qual se originou a investigação; e (ii) a análise dos dados.

⁸ Art. 226: “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; (...).”

⁹ E.g.: BADARÓ (2015), BADARÓ; GOMES FILHO (2007), LOPES (2012), LOPES JR (2013).

1. CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS

1.1. Do reconhecimento

1.1.1. Meio de prova e meio de investigação

O reconhecimento, assim como o depoimento, possui natureza jurídica de meio de prova. Meios de prova são os *“instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova são introduzidos no processo”* (MAGALHÃES NORONHA, 1980). Portanto, meio de prova não se confunde com meio de investigação. Esse se dá na fase policial, *“sem a participação judicial, e tem por finalidade a busca de indícios que possam dar base ao oferecimento ou não de uma ação penal”* (LOPES, 2012, p. 191). Meio de investigação, assim, não forma elemento de prova e, por isso, não pode ser considerado pelo magistrado em sua sentença.

A prática comum nas delegacias de apresentar-se um álbum de fotos de pessoas investigadas para que a vítima aponte aquela que supostamente lhe teria ofendido é, em verdade, um ato de identificação fotográfica (meio de investigação), e não de reconhecimento fotográfico – esse pode ser realizado tanto na delegacia como em juízo, sendo, nesse último caso, um meio de prova.

A realização do reconhecimento pressupõe a prévia existência de um suspeito (DEAN, 1989, pp. 826-842). Na ocasião da apresentação do álbum de fotografias, não há um suspeito predeterminado: buscam-se indícios de autoria para se prosseguir a investigação. Portanto, pode-se afirmar que seria errôneo constar “reconhecimento fotográfico positivo” no auto quando houve apenas a indicação de pessoa aleatória de álbum de fotografias.

1.1.2. Reconhecimento fotográfico como meio de prova subsidiário ao reconhecimento pessoal

Na existência de um suspeito, ele deve ser reconhecido conforme o rito estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁰. Na impossibilidade de realizar o reconhecimento pessoal, pode-se proceder, subsidiariamente, ao reconhecimento fotográfico. Ou seja, a despeito da inexistência de previsão legal, esse meio de prova é admitido com base no princípio de liberdade probatória.

O reconhecimento fotográfico é, portanto, meio de prova atípico, que não possui um rito legalmente previsto. Como bem aponta o penalista italiano DEAN (1989, pp. 826-842), a admissibilidade de um meio de prova como o reconhecimento fotográfico sem expressa previsão legal pode gerar certa estranheza em um sistema jurídico que, enquanto de um lado (assim como no sistema brasileiro), preocupa-se em abordar com especial cautela o rito do reconhecimento pessoal, de outro, admite o reconhecimento e identificação por meio de fotografia, que notadamente carregam maior ambiguidade e incerteza, sem qualquer regulamentação do seu modo de realização. É justamente para sanar essa aparente incoerência lógica do sistema que boa parte da doutrina brasileira¹¹ defende que, na existência de meio de prova análogo e típico, impõe-se a realização do rito tipificado, no caso, o do reconhecimento pessoal.

Assim sendo, no procedimento do reconhecimento fotográfico, em analogia ao rito do reconhecimento pessoal, a foto do suspeito deverá ser colocada ao lado de fotos de outras pessoas semelhantes. Segundo esse entendimento, será nulo, portanto, o reconhecimento no qual apenas a foto do suspeito é apresentada, prática denominada de reconhecimento por indicação (“*showup*”, em inglês).

Ressalte-se que, apesar de o reconhecimento pessoal constituir método mais apropriado, já que se visualizam mais elementos físicos da pessoa a ser reconhecida,

¹⁰ Art. 226: “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; (...).”

¹¹ E.g.: BADARÓ (2015), GOMES FILHO (2007), LOPES (2012), LOPES JR (2013).

muitas vezes a dificuldade em se localizar um número razoável de pessoas parecidas com o suspeito pode fazer com que se escolham pessoas pouco semelhantes entre si, tornando o ato ineficaz.

Nessas condições de impossibilidade prática de perfilar pessoas semelhantes ao acusado – e somente nesses casos –, o reconhecimento fotográfico pode ser mais adequado, pois facilita o alinhamento de pessoas similares por meio de um banco de fotografias. Há, inclusive, programas capazes de identificar, digitalmente, pessoas com características semelhantes¹². Evidente que não se trata de método ideal, mas, dadas as atuais circunstâncias no Brasil, poderia ser considerado mais adequado, de modo a se evitar arbitrariedades e injustiças.

1.1.3. Reconhecimento como meio de prova irrepetível e urgente

No Brasil, admite-se o reconhecimento tanto na fase policial – ainda que, nesse caso, não tenha natureza de meio de prova – como na judicial. O reconhecimento realizado na polícia serve para formar indícios¹³ para o investigador, mas precisará ser reproduzido em juízo, respeitando-se o contraditório, para que seja capaz de produzir elementos de prova. Diante disso, tem-se um problema: como garantir a não contaminação do reconhecimento em juízo pelo reconhecimento anterior, feito na delegacia?

Como explica LOPES, *“a realização de um reconhecimento vicia todos os outros posteriores, na medida em que necessariamente os influencia. No momento em que se vê pessoa ou coisa, uma imagem é inserida na memória do reconhecedor que o*

¹² Por exemplo, o projeto Phoenix, do estado de São Paulo, permite a pesquisa de características físicas, incluindo tatuagens, cicatrizes, deformações do corpo, cor da pele, olhos e tipo do rosto da pessoa procurada.

¹³ Indício é “o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato” (BADARÓ, Gustavo. Direito processual penal. Rio de Janeiro, Elsevir, 2008. t. I, p. 266). Guilherme de Souza Nucci diz: “o indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. É prova indireta, embora não tenha por causa disso, menor valia. O único fator – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a condenação” (Código de Processo Penal comentado. 9 ed.. rev. atual e amp. São Paulo: RT, p. 520).

fará reconhecer aquela mesma imagem todas as vezes que for colocada na sua frente”
(LOPES, 2012, p. 211).

Nesse ponto, LOPES (2012) argumenta que há grande necessidade de reformulação da legislação brasileira. O reconhecimento deve ser considerado meio de prova irrepitível. Ademais, é preciso que a realização de todo reconhecimento obedeça ao rito legalmente previsto e seja sempre na presença do juiz e das partes; ou, se na ausência dessas, excepcionalmente admitindo-se o contraditório diferido.

Além de irrepitível, e também por causa disso, o reconhecimento é urgente. Sua urgência decorre da influência do tempo na memória das pessoas, que facilita tanto o esquecimento como também sua contaminação, já que vítima ou testemunha pode encontrar-se com um possível suspeito ou vê-lo na mídia antes de realizar seu reconhecimento. Há duas previsões legais para a realização antecipada do reconhecimento: aplicando-se em analogia o artigo 225 do Código de Processo Penal (CPP)¹⁴, bem como o próprio artigo 381, inciso I, do Código de Processo Civil (CPC)¹⁵, de aplicação subsidiária ao CPP, que trata da produção antecipada de provas.

1.1.4. As quatro fases do reconhecimento

O reconhecimento deve ser feito com o maior rigor técnico possível, pois não poderá ser posteriormente corrigido ou refeito. Assim sendo, o reconhecimento que não segue seu rito específico torna-se nulo. Uma vez anulado, posto que irrepitível, ele deverá ser excluído dos autos, obrigando a acusação ou investigação a apontar outros meios de identificação do acusado (BADARÓ; GOMES FILHO, 2007).

O artigo 226 do CPP prevê quatro fases para o reconhecimento, cuja importância é explicada pela Psicologia do Testemunho e do Reconhecimento, em razão da natureza psicológica do reconhecimento, da seguinte forma:

¹⁴ Art. 225: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.”

¹⁵ Art. 381: “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;”

A **primeira fase** do reconhecimento consiste na descrição, pela pessoa que tiver de fazer o reconhecimento, da pessoa a ser reconhecida. Esse momento é extremamente relevante, principalmente se consideradas as diferenças entre o reconhecimento e a prova testemunhal. Relatar um acontecimento do passado corresponde a um processo cognitivo muito diferente do de identificar pessoa ou objeto. Nesse último caso, exige-se da memória uma percepção visual que difere bastante de pessoa para pessoa.

Como explica LOPES (2012, p. 204), “*o reconhecimento exige um processo psicológico mais profundo do que a prova testemunhal. (...)*”, já que “*é imediato, automático*”, ao passo que declarações da vítima ou testemunha “*são suscetíveis a um controle lógico intrínseco, na medida em que são feitas perguntas que podem ir, aos poucos, ativando a sua memória*”. Por isso a importância dessa primeira fase de descrição da pessoa a ser reconhecida, seja para ativação da memória do reconhecedor, seja para verificar seu grau de atenção e capacidade de memorização.

A duração do contato com o criminoso, a luminosidade, o estado de atenção e de ânimo da vítima, lapso de tempo entre a data dos fatos e o ato de reconhecimento, entre outros fatores, podem contribuir para um reconhecimento mais ou menos confiável (SCHACTER, 2003).

Importante também, nesse processo, perguntar se a vítima já conhecia a pessoa a ser reconhecida antes da interpelação criminosa ou se chegou a conhecê-la após; e, se positivo, em qual circunstância.

A **segunda fase** determina que a pessoa a ser reconhecida será colocada, *se possível*, ao lado de outras pessoas semelhantes. A expressão “se possível” aqui inserida confere uma inconveniente ambiguidade ao dispositivo. Afinal, na impossibilidade de colocar a pessoa a ser reconhecida com pessoas parecidas, poderá ela ser apresentada ao reconhecedor sozinha? Ou perfilada com pessoas de *gênero*,

*etnia*¹⁶ e *contexto social*¹⁷ diferentes?

O mínimo a ser exigido quando da realização do reconhecimento é que a pessoa a ser reconhecida esteja ao lado de pessoas de mesmo gênero, etnia e grupo social, trajando as mesmas roupas, para evitar induzimento. Nesse sentido, mais importante do que o número de pessoas alinhadas com o suspeito é a semelhança entre elas. Por semelhança, não se exige que sejam pessoas quase idênticas entre si, mas que ao menos se encaixem na descrição oferecida pelo reconhecedor na primeira fase.

A terceira fase corresponde ao momento em que o reconhecedor deve apontar o reconhecido. O mais importante nesse momento é evitar qualquer tipo de induzimento por parte das pessoas testemunhando o ato (juiz, delegado, policial ou advogado), seja por olhares, movimentos corporais ou comentários.

Finalmente, **a quarta fase** é o momento da elaboração do auto de reconhecimento, o qual deverá ser transcrito, documentando cada um dos atos acima descritos. É necessário informar o que o reconhecedor descreveu sobre o suspeito, se havia presença de advogado de defesa, quantas pessoas foram perfiladas e se essas eram semelhantes ao descrito na primeira fase e ao suspeito. Por último, a resposta do reconhecedor, que será positiva ou negativa, em termos de reconhecimento.

1.2. Das declarações da vítima

Apesar da comprovada falibilidade da memória humana, segundo a pesquisa supracitada de STEIN (2015, p. 64), 94,4% dos juízes entrevistados entendem que a prova testemunhal é muito relevante ao convencimento da acusação. Sobre esse entendimento, além das considerações feitas acima, deve-se atentar ao fato de que, no

¹⁶ Um grupo étnico é um grupo de pessoas que se identificam umas com as outras, ou são identificadas como tal por terceiros, com base em semelhanças culturais ou biológicas, ou ambas, reais ou presumidas.

¹⁷ Por contexto social, entende-se o ambiente em que a pessoa cresceu, seu nível de escolaridade e, principalmente, sua classe social e seu poder aquisitivo. Todos esses são fatores que transparecem visualmente, ainda que não nos demos conta disso. É fácil identificar visualmente, por exemplo, pessoas de diferentes classes sociais.

caso das declarações da vítima, como essa não presta compromisso com a verdade¹⁸, seu relato deve ser recebido como mera declaração, e não depoimento, de modo que se deveria exigir ainda mais cautela na sua valoração.

Como visto, as perguntas do juízo e das partes, na coleta das declarações ou depoimentos, podem ajudar a acessar certas memórias que, a princípio, pareciam esquecidas. Contudo, deve-se atentar ao fenômeno das falsas memórias, sobre o qual já existe extensa literatura científica desde meados da década de 90.

Segundo STEIN (2010), as falsas memórias são diferentes da mentira. Enquanto na última a pessoa conta intencionalmente algo que sabe não ter ocorrido, no caso das primeiras, nem o nosso cérebro é capaz de distingui-las de memórias verdadeiras. As falsas memórias podem ser espontâneas ou sugeridas, sendo comum que ambos os tipos ocorram com frequência. As primeiras são resultado de processos internos do próprio sujeito, enquanto que as segundas podem ocorrer devido a técnicas sugestivas. LAWSON E DYSART (2014) apontam, como exemplo de técnica sugestiva, o reconhecimento por indicação (*showup*, em inglês), no qual apenas o suspeito é apresentado no reconhecimento. Isso pode contaminar a memória das pessoas reconhecedoras de tal modo que, em juízo, elas jurarão reconhecer o sujeito cuja foto lhes foi apresentada, ainda que não tenha sido ele quem lhes ofendeu.

Em relação à identificação de falsas memórias, STEIN alerta que é preciso ter cuidado com alguns indícios comumente valorizados pelo judiciário quando da descrição de um evento pela vítima, tais como coerência, certeza, confiança no que é dito, não hesitação, narrativa linear etc. Nenhuma dessas características do relato é garantia de que não há uma falsa memória, pelo contrário. Assim, deveria o magistrado desconfiar de relatos muito ricos em detalhes quando o fato descrito ocorreu há muito tempo, ainda que isso seja contrário ao senso comum.

Nesse contexto, o grande problema em realizar somente perguntas fechadas

¹⁸ A vítima não é sujeito ativo do crime de falso testemunho. Art. 342, do Código Penal: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

quando da entrevista da vítima ou testemunha, na fase investigativa ou instrutória, é que tais perguntas, ao reduzirem o universo de respostas para “sim” ou “não”, são consideravelmente sugestivas ou indutivas. Quanto mais aberta for uma pergunta, maior a chance de se obter informações qualificadas. Perguntas fechadas, por sua vez, têm maior condão para gerar falsas memórias. Assim, é possível examinar a probabilidade de contaminação de um depoimento a partir da forma pela qual ele foi obtido.

Outra grande limitação é o tempo. A razoável duração do processo, garantia integrante do princípio do devido processo legal, deve ser especialmente respeitada nos processos criminais. Se transcorrer muito tempo desde a cena do crime, a memória naturalmente perderá sua nitidez, além de aumentar a chance de a vítima ou testemunha ouvir na televisão sobre o caso ou falar com outras pessoas, o que pode contaminar sua memória. Por essa razão, também é importante que a prova testemunhal seja produzida com urgência.

2. PESQUISA EMPÍRICA

2.1. Metodologia, objetivos e dados de análise

Para realizar a análise proposta, a primeira etapa da pesquisa foi a de sistematização de material doutrinário e científico sobre a coleta de depoimento e reconhecimento, a fim de se identificar as principais críticas existentes a esses meios de prova, bem como eventuais alternativas para o aprimoramento dos métodos atuais de coleta.

Na segunda etapa, foram sistematizadas sentenças atualizadas (período de julho 2016 a dezembro 2016), das 32 Varas Comuns Criminais do Fórum da Barra Funda, em que os acusados foram processados por roubo e houve reconhecimento fotográfico em sede policial, em uma análise quanti-qualitativa dos dados obtidos.

A definição do lapso temporal deu-se pelo intento de se examinar as sentenças mais recentes, a fim de se contemplar o estado da arte das decisões judiciais no Fórum

Central Criminal. Devido à alta incidência desse tipo penal, não foi necessário expandir o intervalo temporal, já que as decisões judiciais nos delitos de roubo, realizadas repetidamente, não costumam sofrer mudanças significativas com o decorrer do tempo¹⁹.

Os dados da pesquisa provêm da página do TJ-SP (tjsp.jus.br/), utilizando-se como palavras-chave “reconhecimento” E “fotográfico” OU “foto” OU “imagem” OU “vídeo” OU “fotografia”, admitindo-se também a pesquisa por sinônimos. Desse modo, foi possível abarcar expressões como “reconhecimento por foto” ou “por vídeo, imagem etc.”, além de “reconhecimento fotográfico”. As palavras “roubo” e “roubo majorado” foram selecionadas como assunto dos processos. O período foi delimitado entre 01/07/2016 e 31/12/2016. Por fim, incluíram-se na busca as 32 varas do Fórum.

Ao resultado dessa busca, foram obtidas 165 sentenças. Optou-se pela exclusão dos processos com confissão de todos os réus, ou que apenas parte dos réus teria confessado, tendo essa apontado, também, a participação dos demais (44 processos). Essas exclusões devem-se ao fato de presumir-se a veracidade do alegado pelo réu, o que corrobora as demais provas produzidas²⁰. Já nos casos em que os réus confessos negam a participação dos corréus, foram excluídos da análise somente aqueles (quatro réus excluídos de um total de nove réus em quatro processos).

Ao fim, o número total de processos selecionados foi de 106. Desses, foram analisadas 144 sentenças, para *cada réu* de cada processo.

¹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim) & INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo. São Paulo: RT/IBCCrim, 2005.

²⁰ Compreende-se que isso nem sempre é correto, pois, muitas vezes, o réu se vê coagido ou induzido a confessar. Outra possibilidade é que, vislumbrada a alta probabilidade de condenação baseada na palavra da vítima, o réu pode confessar, estrategicamente, crime que não cometeu, visando à atenuante da confissão. No entanto, para a finalidade desta pesquisa, tais hipóteses não interessam, impondo-se a exclusão dessas situações.

O problema da investigação foi delimitado do seguinte modo: *Em quais provas e indício²¹ a condenação foi embasada? Com quais argumentos o magistrado afastou eventuais alegações de fragilidade das provas? No caso de absolvição, quais fatores indicaram, para o magistrado, a fragilidade do acervo probatório e quais argumentos foram utilizados?*

A preocupação central é analisar, principalmente, os argumentos que possibilitaram aos magistrados a condenação, ainda que o acervo probatório consistisse, exclusiva ou majoritariamente, em prova testemunhal ou de reconhecimento, coletadas sem o rigor científico correspondente às recomendações das descobertas científicas sobre o tema.

Para a análise quanti-qualitativa, foi elaborado um formulário para cada sentença (por sentença, entenda-se para cada réu de cada processo), apontando as circunstâncias que mais interessavam do ponto de vista dos objetivos da pesquisa.

2.2. Análise dos dados

Analizadas as 144 sentenças, para cada um dos réus dos 106 processos selecionados, 84 (58,3%) foram condenatórias e o restante (41,7%), absolutórias²². Do total de réus condenados, 50 (59,5%) eram primários.

Como as mulheres encarceradas constituem um percentual pequeno da população carcerária nacional (cerca de 8,0%), era esperado que a maioria dos acusados pertencesse ao sexo masculino. Além disso, conforme relatório do

²¹ Indício é “o resultado probatório de um meio de prova. O indício é o fato provado, que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato” (BADARÓ, Gustavo. Direito processual penal. Rio de Janeiro,

Elsevir, 2008. t. I, p. 266). Guilherme de Souza Nucci diz: “o indício é um fato secundário, conhecido e provado, que, tendo relação com o fato principal autorize, por raciocínio indutivo-dedutivo, a conclusão da existência de outro fato secundário ou outra circunstância. É prova indireta, embora não tenha por causa disso, menor valia. O único fator – e principal – a ser observado é que o indício, solitário nos autos, não tem força suficiente para levar a condenação” (Código de Processo Penal comentado. 9 ed. rev. atual e amp. São Paulo: RT, p. 520).

²² Houve apenas um caso de desclassificação do crime de roubo para o crime de receptação (art. 180, CP), que foi entendido como absolvição em relação ao crime de roubo.

INFOPEN – MULHERES (junho, 2014) publicado pelo Ministério da Justiça, “o encarceramento feminino obedece a padrões de criminalidade muito distintos se comparados aos do público masculino. Enquanto 25% dos crimes pelos quais os homens respondem estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção chega a 68%. Por outro lado, o número de crimes de roubo registrados para homens é três vezes maior do que para mulheres” (grifei). De fato, dos 144 réus analisados, apenas uma era mulher.

Em vista do problema da pesquisa, foi necessário analisar o acervo probatório constante dos autos em relação a cada réu. À parte da palavra da vítima, o principal indício de autoria desse delito é a posse do bem (objeto do roubo) pelo acusado. Contudo, observou-se que em apenas 16,0% do total de sentenças analisadas o bem foi apreendido. Trata-se, assim, de um percentual muito baixo se considerada a condenação em mais da metade dos casos e a exclusão dos réus confessos da investigação. Dos 23 casos com apreensão da coisa roubada na posse do acusado, em 18 (78,3%) houve condenação, e em apenas metade dessas condenações houve reconhecimento positivo em juízo.

Ainda, na maioria dos casos de posse do objeto do crime²³, sua apreensão não ocorreu logo após o cometimento do roubo. Nessas circunstâncias, é mais difícil comprovar a autoria desse crime, já que o acusado poderia ter obtido o bem por outros meios – cometendo o delito de receptação²⁴, por exemplo. Com efeito, em 26,1% dos casos em que houve apreensão do bem na posse do acusado, esse negou o cometimento de roubo e confessou o delito de receptação²⁵. Não obstante, alguns juízes mencionaram jurisprudência no sentido de que a apreensão da coisa roubada gera presunção de autoria do crime de roubo, impondo uma justificativa do acusado

²³ 13 sentenças de 23

²⁴ Art. 180 – “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte. Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.”

²⁵ Foram seis casos em que o réu, que teve bem apreendido em sua posse, confessou delito de receptação. Em dois deles, os réus foram absolvidos do crime de roubo, sendo em um caso condenado pelo crime de receptação.

inequívoca de que não teria cometido o delito (inversão do ônus da prova)²⁶. Surpreendentemente, em 70,0% das vezes em que a apreensão deu-se logo em seguida do roubo, a vítima não foi capaz de reconhecer o réu em juízo²⁷.

Posteriormente, foram elencados outros indícios que levaram os policiais e a acusação a imputar o crime de roubo aos acusados, além do reconhecimento da vítima e excluída a hipótese de apreensão do bem. Por exemplo: (i) a degravação de imagens de câmera de segurança; (ii) carro utilizado na empreitada criminosa pertencente ao acusado; (iii) casos em que o réu deu entrada em hospital após levar tiro de policiais; (iv) objeto pertencente ao acusado encontrado na cena do crime; (v) interceptação do celular do réu; entre outros. Surpreendentemente, a soma de todos esses indícios representou apenas 17,4% dos casos.

Portanto, nos 66,6% restantes dos processos analisados, em que não houve apreensão do bem (16,0%), tampouco outros indícios de autoria (17,4%), a ação penal iniciou-se exclusivamente em razão de reconhecimento fotográfico positivo do acusado pela vítima na delegacia²⁸.

Nessas situações em que o único indício de autoria colhido na fase investigativa foi o reconhecimento fotográfico realizado pela vítima (seguido de reconhecimento pessoal ou não na delegacia ou em juízo), observou-se que em metade dos casos houve condenação e na outra metade, absolvição.

²⁶ E.g.: “em tema de delito patrimonial, a apreensão da coisa subtraída em poder do réu gera presunção de sua responsabilidade e, invertendo o ônus da prova, impõe-lhe justificativa inequívoca. A justificativa dúbia e inverossímil transmuda a presunção em certeza e autoriza o desate condenatório (TACRIM-SP AC Rel. Passos de Freitas BMJ 91/6 e RDJ 18/66), citada no processo no 0051781-52.2016.8.26.0050.

²⁷ A apreensão do bem deu-se logo após o cometimento de roubo em 10 dos 23 casos totais de apreensão do bem (43,5%), ou seja, em 6,9% do total de sentenças. Desses dez, em sete não houve reconhecimento positivo da vítima em juízo, e em apenas dois o réu foi inocentado por falta de elementos de prova.

²⁸ Em quase todos os processos analisados, houve ato de identificação fotográfica ou o chamado “reconhecimento fotográfico”. Em alguns casos, foi mencionada a apresentação de várias fotos (álbum de fotografias) ou de apenas uma foto (a do acusado). Além disso, em algumas situações foi mencionado posterior reconhecimento pessoal na delegacia. Os casos em que nenhum tipo de reconhecimento foi realizado na delegacia também foram incluídos na análise.



Figura 2 – Gráfico de distribuição dos indícios de autoria da fase investigativa em todas as sentenças

Indícios de autoria da fase investigativa que possibilitaram o recebimento da ação penal	Presença do indício em relação ao total de sentenças (144)	Percentual de sentenças absolutórias em relação ao total de casos com esse indício	Percentual de sentenças condenatórias em relação ao total de casos com esse indício
Aprensão do bem na posse do réu	16,0% (23 sentenças)	21,7% (5 sentenças)	78,3% (18 sentenças)
Outros indícios de autoria (sem apreensão do bem) ²⁹	17,4% (25 sentenças)	28,0% (7 sentenças)	72,0% (18 sentenças)

²⁹ Os casos em que os policiais apreenderam o bem na posse do acusado e encontraram outros indícios de autoria não foram incluídos nesse cômputo. Exemplos de outros indícios de autoria: carro utilizado na empreitada criminosa pertencente ao acusado, réu que deu entrada em hospital após levar tiro de policiais, objeto pertencente ao acusado encontrado na cena do crime, interceptação do celular do réu, entre outros.

Apenas reconhecimento fotográfico	66,6% (96 sentenças)	50,0% (48 sentenças)	50,0% (48 sentenças)
--	-------------------------	-------------------------	-------------------------

Figura 3 – Quadro de distribuição dos indícios de autoria da fase investigativa no total de sentenças

O risco de condenação por crime de roubo quando o sujeito é detido na posse de objeto roubado é **2,6 vezes maior**³⁰ do que aquele nos casos em que o réu não possuía a *res furtiva* (“coisa furtada”, em latim).

ii. ANÁLISE DAS SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

Passando à análise do total de 84 sentenças condenatórias, em 18 (21,4%) delas houve apreensão do bem na posse do acusado, e em mais 18 (21,4%) verificaram-se outros indícios de autoria. O dado alarmante é que, em mais da metade das condenações (48 de 84), o único indício de autoria da fase policial foi o reconhecimento fotográfico da vítima na delegacia (seguido de reconhecimento pessoal ou não). Em mais de um terço desses casos (18 de 48), os acusados foram detidos por prática de crime semelhante, o que pode ter contribuído para o seu reconhecimento³¹. Além disso, 60,0% (29 de 48) dos réus condenados exclusivamente

³⁰ A partir dos dados obtidos na tabela acima, o teste do qui-quadrado mostra que há associação estatisticamente significativa, ao nível de $P = 0,059$, entre a apreensão do bem na posse do réu e a sentença ser condenatória.

³¹ Em razão da prática de delito de mesmo *modus operandi*, é comum que a foto do suposto autor seja apresentada à vítima para identificação fotográfica (quando apenas um foto é apresentada, a prática é denominada *showup*), ou incluída em um álbum de fotografias da delegacia de “pessoas que costumam praticar determinado crime” para que essa aponte o suspeito. Assim, ao praticar crime semelhante, o sujeito entrará em um “rol de suspeitos”, aumentando-se a chance de ser reconhecido por alguém, ainda que por crime que não praticou. Nota: a detenção por suposta prática de crime semelhante, per se, não tira a primariedade do réu, nem lhe confere maus antecedentes.

com base na palavra da vítima eram primários.

Em 75,0% das condenações baseadas exclusivamente na palavra da vítima houve reconhecimento pessoal positivo em juízo. Em outros 10,4%, o reconhecimento em juízo foi fotográfico e positivo. Já em 14,6%, equivalentes a sete condenações, sequer houve reconhecimento pessoal positivo em juízo³².

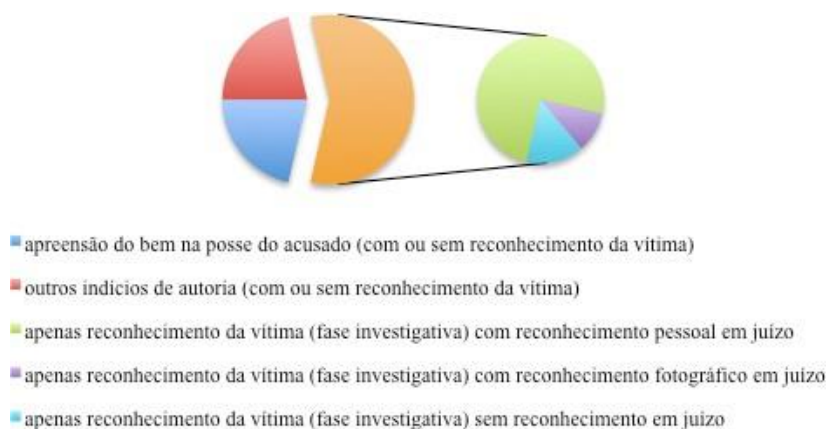


Figura 4 – Gráfico de distribuição dos elementos que embasaram as condenações

Figura 5 – Quadro de distribuição dos indícios de autoria da fase investigativa e do reconhecimento em juízo nas sentenças condenatórias

Indícios de autoria da fase investigativa que possibilitaram o recebimento da ação penal	Presença do Indício em relação ao total de sentenças condenatórias (84)	Corroborado pelo reconhecimento fotográfico na delegacia	Corroborado pelo reconhecimento em juízo	Corroborado por outros indícios de autoria
--	---	--	--	--

³² Essas sete condenações baseadas exclusivamente no reconhecimento fotográfico na delegacia – e nada mais – serão analisadas no capítulo de análise de casos específicos.

Apreensão do bem na posse do réu	21,4% (18 sentenças)	83,3% (15 sentenças)	50% pessoal (9 sentenças)	Perseguição logo após roubo: 44,4% (8 sentenças)
Outros indícios de autoria (sem apreensão do bem) ³³	21,4% (18 sentenças)	88,9% (16 sentenças)	83,3% pessoal (15 sentenças)	
			5,6% fotográfico (1 sentença)	
Apenas reconhecimento fotográfico	57,2% (48 sentenças)		75,0% pessoal (36 sentenças) e 10,4% fotográfico (5 sentenças)	

Além do conjunto de provas de autoria, foi analisada a quantidade de causas de aumento³³ reconhecidas nas 84 sentenças condenatórias. O seu reconhecimento baseou-se, em todas as situações, exclusivamente na palavra das vítimas. Inclusive quanto à majorante de emprego de arma de fogo, já que não houve casos de apreensão de arma. Em apenas cinco das 84 sentenças condenatórias não foram reconhecidas causas de aumento, sendo que, em quatro delas, a majorante de emprego de arma de fogo foi afastada judicialmente; e, na última, sequer foi denunciada.

As causas de aumento foram constatadas conforme o gráfico abaixo, podendo existir o reconhecimento de mais de uma causa de aumento por sentença.

³³ A causa de aumento (ou majorante) é utilizada, após já fixada a pena base, para incrementar a punição. Os limites da pena base já foram estabelecidos, o que se faz é utilizá-los para, com um aumento fracionário, majorar a pena. Esse é o caso, por exemplo, do roubo (art. 157, CP) praticado com arma de fogo (art. 157, § 2º, I). Não se pode chamar esse roubo de roubo qualificado, uma vez que o uso de arma de fogo é uma causa de aumento. Já o latrocínio (roubo seguido de morte), previsto no § 3º do art. 157, é um roubo qualificado, pois tem o patamar da pena base alterado: enquanto a pena mínima de roubo é de 4 anos, a de latrocínio é de 7 anos.

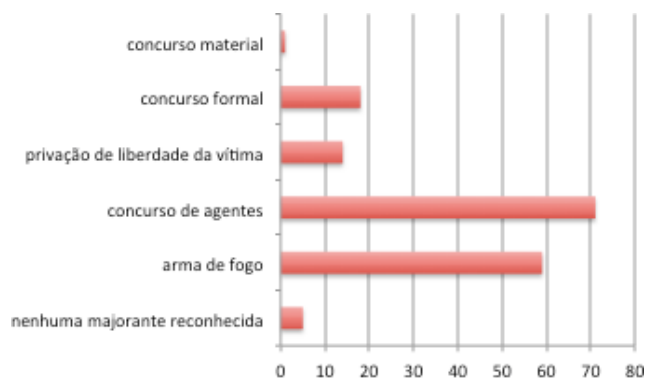


Figura 6 – Gráfico de distribuição das causas de aumento nas sentenças condenatórias

A média das penas fixadas nas condenações foi de sete anos. Em 78 das 84 condenações (92,9%), o regime de cumprimento de pena decretado foi o fechado. Nas duas menores penas decretadas – de “3 anos e 1 mês”³⁴, e de “4 anos”³⁵ de reclusão –, foi reconhecida a tentativa. Ainda assim, determinou-se regime fechado em ambas as sentenças. Na terceira menor pena fixada, de “4 anos e 1 mês”³⁶, foi reconhecida participação de menor importância, porque o réu, funcionário da empresa vítima, havia apenas fornecido informações sobre o funcionamento do estabelecimento aos corréus. Nesse caso, foi-lhe decretado regime aberto de cumprimento de pena.

A pena de “5 anos e 4 meses” de reclusão foi fixada em 16 das 84 sentenças condenatórias. Em apenas três delas foi determinado regime semiaberto de cumprimento de pena. Já a pena de “5 anos e 6 meses” de reclusão foi decretada em quatro das 84 sentenças condenatórias, com determinação de regime semiaberto de cumprimento de pena em apenas uma delas. O último caso de fixação de regime

³⁴ Processo no 0059945-40.2015.8.26.0050.

³⁵ Processo no 0048735-55.2016.8.26.0050.

³⁶ Processo no 0083197-09.2014.8.26.0050.

semiaberto deu-se em uma sentença que condenou o réu à pena de “7 anos e 2 meses”³⁷ de reclusão.

A maior pena decretada foi de “15 anos”³⁸ de reclusão, em que foi reconhecido o concurso material de dois crimes de roubo, bem como as majorantes de concurso de agentes, privação de liberdade e emprego de arma de fogo. A segunda e terceira maiores penas foram de “13 anos e 6 meses”³⁹ e de “13 anos e 5 meses”⁴⁰, respectivamente. Nessa última, foram reconhecidas apenas as causas de aumento de emprego de arma de fogo e de concurso de agentes; naquela, emprego de arma de fogo, concurso de agentes e privação de liberdade.

Na maior pena decretada – de “15 anos” –, assim como na terceira maior pena – de “13 anos e 5 meses” –, o único indício de autoria da fase investigativa foi o reconhecimento fotográfico da vítima, o qual não foi seguido de reconhecimento pessoal na delegacia. Esses dois casos foram julgados de forma parecida, apesar de pertencerem a varas diferentes. Em ambos, os réus haviam sido presos por delitos semelhantes. Em juízo, o reconhecimento foi confirmado por apenas uma das duas vítimas de cada processo. Já na segunda maior pena fixada – de 13 anos e 6 meses –, o bem foi apreendido na posse do réu pouco tempo após o cometimento de crime de roubo à residência. Nesse último caso, as vítimas não foram capazes de reconhecer o réu, pois os assaltantes estavam encapuzados.

2.2.2 Análise das sentenças absolutórias

Em todos os casos de absolvição em que o bem foi apreendido na posse do

³⁷ Processo no 0075656-51.2016.8.26.0050.

³⁸ Processo no 0001139-46.2014.8.26.0050.

³⁹ Processo no 0025995-06.2016.8.26.0050.

⁴⁰ Processo no 0040237-38.2014.8.26.0050.

acusado não houve reconhecimento positivo em juízo (5 sentenças). Em dois deles, os réus confessaram ter cometido receptação, negando roubo, tendo sido um deles condenado por aquele delito. Além disso, em outros dois casos em que houve apreensão do bem, a vítima sequer havia reconhecido o réu na delegacia.

Igualmente, todas as sentenças absolutórias em que houve outros indícios de autoria (além do reconhecimento fotográfico da vítima), deram-se pela ausência de reconhecimento positivo em juízo. Nessas situações, os magistrados justificaram a absolvição pela ausência de provas produzidas em juízo, por força do artigo 155 do Código de Processo Penal⁴¹. Assim, nota-se a importância conferida pelos juízes à palavra da vítima e ao seu reconhecimento, já que, muitas vezes, esses são os únicos meios de prova possíveis e existentes na apuração dos crimes de roubo.

Na grande maioria dos casos de absolvição em que o único indício de autoria da fase investigativa foi o reconhecimento fotográfico da vítima (seguido de reconhecimento pessoal ou não), esse reconhecimento não foi reproduzido em juízo. Assim, em comparação com os dados das sentenças condenatórias, observa-se que a reprodução positiva do reconhecimento em juízo é fundamental para determinar se o acusado será condenado ou não, já que, na ausência de provas formadas em juízo, muitos magistrados optarão pela absolvição.

Nesse sentido, calculou-se que se um réu, processado apenas em razão de ter sido reconhecido fotograficamente na delegacia, for reconhecido em juízo, terá **3,4 vezes mais chances**⁴² de ser condenado do que aquele que não o for.

Por outro lado, dizer que o réu pode se abster desse risco, deixando de comparecer à audiência, significa tolher diretamente o seu direito de defesa, o qual abrange o direito de estar presente na audiência, de ser interrogado e de, inclusive,

⁴¹ Art. 155: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”

⁴² O teste do qui-quadrado mostra que há, nos casos em que o reconhecimento fotográfico foi o único indício de autoria da fase policial, associação estatisticamente significativa, ao nível de $P = 0,0001$, entre o reconhecimento positivo em juízo e a prolação de sentença condenatória.

auxiliar seu defensor nas perguntas às vítimas ou testemunhas.

Há, contudo, doze sentenças com repetição do reconhecimento em juízo – e, mesmo assim, os magistrados optaram pela absolvição – que merecem mais atenção. Em três delas, os réus foram reconhecidos em juízo, e, em seguida, na audiência, constatou-se que esses estavam presos na data dos fatos⁴³, sendo impossível que tivessem praticado o delito. Em outros oito casos, os magistrados julgaram o relato da vítima insuficientemente coeso e sem consistência, ou observaram que essa teria visto os acusados apenas de relance, ou com má iluminação, optando, portanto, pela absolvição. Já no último caso⁴⁴, o juiz entendeu pela impossibilidade de decreto condenatório fundado exclusivamente na palavra da vítima, pois não havia qualquer outra prova que a corroborasse.

Ao que tudo indica, os juízes optaram acertadamente pela absolvição em todos esses casos. Contudo, é assustador observar que houve condenação em metade das vezes em que o único indício de autoria da fase investigativa foi o reconhecimento fotográfico da vítima. Essa distribuição equitativa da chance de condenação ou absolvição denota a ausência de um padrão nas decisões dos magistrados ao lidar com esses casos.

Além disso, essa apreensão se explica pela afronta que essas condenações podem apresentar ao princípio da presunção de inocência, ao elevar o risco de insegurança na verdade processual, aumentando a chance de se condenar pessoa inocente. A propósito, BADARÓ (2003, p. 280) salienta: *"Desde os primórdios do processo penal acusatório vigorava a denominada presunção de inocência. Atualmente, a doutrina analisa a presunção de inocência sobre vários enfoques: a) como garantia política do estado de inocência; b) como regra de julgamento no caso de dúvida: in dubio pro reo; c) como regra de tratamento do acusado ao longo do processo"*.

Afinal, além da fragilidade do reconhecimento como meio de prova, vez que

⁴³ Processo no 0063528-04.2013.8.26.0050.

⁴⁴ Processo no 0023243-61.2016.8.26.0050.

intrinsecamente relacionado à memória humana – sabidamente falível –, especificamente o reconhecimento fotográfico, meio de prova atípico, possui ainda maior probabilidade de erro. Isso se deve ao seu maior potencial de induzimento – considerando, ainda, a prática comumente irregular desse tipo de reconhecimento nas delegacias brasileiras (STEIN, 2015) –, e ao fato de limitar a visualização do reconhecedor a uma imagem por vezes não atual e apenas bidimensional do suspeito, privando-o de noções quanto à sua compleição física.

Portanto, nessas condições, havendo motivos suficientes para que haja dúvida quanto à responsabilidade do acusado, idealmente esperava-se encontrar um número maior de casos de absolvição, o que infelizmente não foi observado.

Figura 7 – Quadro de distribuição dos indícios de autoria da fase investigativa e do reconhecimento em juízo nas sentenças absolutórias

Indícios de autoria da fase investigativa que possibilitaram o recebimento da ação penal	Presença do indício em relação ao total de sentenças absolutórias (60)	Corroborado pelo reconhecimento fotográfico na delegacia	Corroborado pelo reconhecimento em juízo	Corroborado por outros indícios de autoria
Apreensão do bem na posse do réu	8,3% (5 sentenças)	60,0% (3 sentenças)	0,0% (zero sentenças)	Perseguição logo após roubo: 40,0% (2 sentenças)
Outros indícios de autoria (sem apreensão do bem) ⁴⁵	11,7% (7 sentenças)	100,0% (7 sentenças)	0,0% (zero sentenças)	
Apenas reconhecimento fotográfico	80,0% (48 sentenças)		25,0% (12 sentenças)	

⁴⁵ Idem nota de rodapé 30.

2.2.3. Análise da relação do reconhecimento com o intervalo de tempo

Por fim, cabem algumas observações sobre a realização do reconhecimento em juízo e sua relação com o intervalo de tempo entre esse e a data dos fatos. Como visto, o lapso temporal influencia diretamente na capacidade de armazenamento da memória, de modo que, quanto maior o transcurso de tempo, maior será a dificuldade em se recordar de fatos anteriores. O mesmo se aplica ao reconhecimento. Tendo isso em mente, foi analisada a relação entre o lapso temporal entre a data da interpelação criminosa e a do reconhecimento em juízo e o resultado positivo desse reconhecimento. A hipótese dessa análise era a de que, quanto maior fosse esse lapso, menor seria o percentual de reconhecimentos positivos em juízo⁴⁶.

Foram excluídas da análise as sentenças em que não foi possível constatar o lapso temporal, ou em que vítima ou réu não compareceram em juízo (total de 26 sentenças). O percentual de condenações, por sua vez, foi incluído no quadro apenas para fins comparativos. Esse não é necessariamente proporcional ao percentual de resultados positivos do reconhecimento em juízo, já que o magistrado pode questionar a validade do reconhecimento, ou entender que, apesar de um reconhecimento negativo, outras provas puderam embasar o decreto condenatório.

⁴⁶ No entanto, deve-se atentar também que, quanto maior esse lapso temporal, maior será a chance de contaminação da memória da vítima e testemunhas e de, conseqüentemente, criação de falsas memórias. Assim, mesmo um reconhecimento positivo realizado muito tempo após a data dos fatos deve ser valorado com cautela.

Figura 8 – Quadro comparativo entre o lapso temporal da data da interpelação criminosa e o reconhecimento em juízo e o seu resultado

Lapso temporal entre a data dos fatos e o reconhecimento em juízo	Percentual de resultados positivos do reconhecimento em juízo	Percentual de condenações
De 2 a 4 meses (16 sentenças)	75% (12 sentenças)	93,7% (15 sentenças)
De 5 a 8 meses (16 sentenças)	75% (12 sentenças ⁴⁷)	62,5% (11 sentenças)
De 9 a 11 meses (12 sentenças)	66,7% (8 sentenças)	33,3% (4 sentenças)
De 1 ano a 1 ano e 6 meses (18 sentenças)	66,7% (12 sentenças)	66,7% (12 sentenças)
De 1 ano e 7 meses a 3 anos (22 sentenças)	59,1% (13 sentenças ⁴⁸)	54,5% (12 sentenças)
De 3 anos e 1 mês a 5 anos (19 sentenças)	89,5% (17 sentenças)	73,7% (14 sentenças)
Acima de 5 anos (16 sentenças)	12,5% (2 sentenças ⁴⁹)	12,5% (2 sentenças)

De modo geral, a hipótese formulada foi verificada. No entanto, salta aos olhos o resultado obtido na penúltima fileira, em que o percentual de resultados positivos do reconhecimento em juízo foi muito elevado. Analisando a fundo os processos dessa fileira, houve uma descoberta interessante. Houve cinco casos de absolvição, mesmo com reconhecimento positivo. Em três deles, constatou-se na audiência que os réus estavam presos na data dos fatos. Por essa razão, os três foram absolvidos⁵⁰.

Esses casos demonstram o perigo em conferir alto valor probatório ao reconhecimento da vítima, especialmente quando realizado muito tempo após os fatos, devido à chance de contaminação da memória e de esquecimento. No entanto,

⁴⁷ Em uma das sentenças o reconhecimento em juízo foi fotográfico.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Processo no 0063528-04.2013.8.26.0050.

não foi possível encontrar, nesta pesquisa, qualquer justificativa para o elevado percentual de reconhecimentos positivos nesse intervalo de tempo “de 3 anos e 1 mês a 5 anos”.

Os dois últimos casos de absolvição dessa fileira ocorreram porque o magistrado entendeu que, apesar de o reconhecimento da vítima ter sido positivo, o seu relato foi inconsistente e ela mesma teria dito que na data dos fatos a iluminação do local estava ruim⁵¹.

Ainda, observou-se que, nos únicos dois casos desse intervalo em que os reconhecimentos realizados em juízo foram negativos, os réus foram condenados. Em um deles⁵², o juiz entendeu que o reconhecimento negativo deu-se pelo medo de represálias da vítima – ignorando o intervalo de tempo transcorrido – e decidiu pela condenação com base no depoimento dos policiais, que interceptaram o celular do réu e acompanharam toda a empreitada criminosa. No outro⁵³, a vítima limitou-se a dizer que o acusado era *semelhante* à pessoa que lhe teria ofendido, o que foi considerado pelo magistrado como um reconhecimento válido e positivo, mesmo se realizado após três anos da data dos fatos e não havendo outros indícios de autoria.

2.3. Análise de argumentos dos magistrados

Dentre os principais recursos tecnológicos colocados à disposição da polícia para identificação de crimes e criminosos, há os sistemas *Ômega*, *Alpha*, *Phoenix*, *Infoseg* e *Infocrim*. Durante a leitura das sentenças, houve inúmeras menções, principalmente, aos sistemas *Alpha* e *Phoenix*, de modo que foi possível coletar algumas informações interessantes sobre a prática de reconhecimento fotográfico nas delegacias da capital.

O sistema *Alpha* é um sistema de gerenciamento de documentos civis e

⁵¹ Processo no 0078788-58.2012.8.26.0050.

⁵² Processo no 0023571-59.2014.8.26.0050.

⁵³ Processo no 0079092-23.2013.8.26.0050.

criminais do Estado de São Paulo e adveio após a digitalização dos mesmos pelo Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD). O sistema *Phoenix*, por sua vez, possibilita a identificação criminal de indivíduos por meio de boletins de identificação digitalizados, além da elaboração de retratos falados. Esse sistema possui, em seu banco de dados, arquivos de vozes, informações pessoais, fotos e digitais dos indiciados pela polícia civil do Estado de São Paulo. Assim, permite a pesquisa de características físicas, incluindo tatuagens, cicatrizes, deformações do corpo, cor da pele, olhos e tipo do rosto da pessoa procurada, além do *modus operandi*⁵⁴ do investigado.

Em diversas sentenças, tanto os policiais como as vítimas descreveram o reconhecimento fotográfico realizado. Nos casos em que não houve flagrante, era comum o acusado ter sido abordado em momento anterior ao reconhecimento em “condições suspeitas”. As condições suspeitas são definidas a critério dos policiais, seja por parâmetros objetivos, como porte de arma de fogo ou simulacro, seja por expressões de ordem mais subjetiva, como “atitude suspeita” ou “andar em bando”. Após a abordagem, o sujeito era fotografado e sua foto, incluída em um álbum de fotografias de “suspeitos”. Muitas vezes, indivíduos com passagem criminal já tinham sua foto inserida no sistema *Phoenix* supra descrito. Em seguida, uma vítima relatava uma ocorrência na delegacia e, conforme a descrição dos agentes do roubo, bem como do *modus operandi* empregado, eram lhe apresentadas várias fotografias para que reconhecesse seus agressores⁵⁵.

Um exemplo claro de reconhecimento por indicação está contido na seguinte

⁵⁴ Modus operandi é uma expressão em latim que significa "modo de operação". Utilizada para designar uma maneira de agir, operar ou executar uma atividade seguindo geralmente os mesmos procedimentos.

⁵⁵ E.g.: “O policial afirmou que chegaram até à pessoa de Gilmar (acusado) porque um mês antes ele havia sido abordado na área da circunscrição policial a cerca de um ou dois quarteirões distante de onde teria havido o roubo”. Contou que “todas as pessoas que têm passagem criminal e são identificadas portando arma de fogo ou simulacro são fotografadas e as imagens são colocadas em um álbum. Quem sofrer roubo na área procede à vista do álbum, que possui cerca de 300 (trezentas) fotos.”(...) Em seguida, “As vítimas foram à delegacia depois do assalto e viram várias fotos, identificado, entre essas, a do réu, que havia sido identificado um mês antes na delegacia. Posteriormente, foram chamadas à delegacia para fazer o reconhecimento pessoal e as três reconheceram o acusado.” (...)“Disse que o modus operandi do réu Gilmar seria atuar em duas ou três pessoas, ficando uma de olheiro e outra(s) fazendo a abordagem com a arma”. (Processo no 0058457-16.2016.8.26.0050).

transcrição de uma declaração da vítima: *“no reconhecimento fotográfico foi mostrada apenas uma fotografia; e o investigador perguntou a ele se o depoente reconhecia o acusado e disse a ele que o acusado não tinha endereço fixo e já tinha histórico de roubos a residências, após isso fez o reconhecimento”*⁵⁶.

Feitas as considerações teóricas do primeiro capítulo, fica evidente o viés potencialmente associado à prática supra descrita, seja porque uma só foto foi apresentada à vítima, seja porque o investigador contou-lhe previamente sobre o envolvimento do suspeito com roubos semelhantes. Apesar disso, não houve qualquer questionamento desse reconhecimento pelo juiz em sua sentença. Inclusive, o magistrado disse que *“a vítima Kennedy reconheceu em juízo a pessoa cuja fotografia lhe foi mostrada pelo policial na Delegacia de Polícia”*. Ora, a própria descrição do reconhecimento em juízo – que foi considerado positivo – revela que a vítima não reconheceu necessariamente o sujeito que lhe ofendeu, mas sim aquele cuja foto lhe foi apresentada na delegacia.

Nesse contexto, observou-se uma variação de posicionamentos dos juízes do Fórum Criminal da Barra Funda durante a pesquisa no tocante à validade do reconhecimento fotográfico e sua eficácia probatória. De modo geral, os juízes pareceram estar inteirados da discussão doutrinária existente sobre a valoração do reconhecimento e da palavra da vítima. Alguns, inclusive, demonstraram ter algum conhecimento a respeito das descobertas científicas na área da psicologia relacionadas ao reconhecimento e suas recomendações. Contudo, diante dessas informações, os juízes se posicionaram de diferentes formas.

Por um lado, alguns magistrados apontaram que o reconhecimento fotográfico tem menor valor probatório em relação ao pessoal, tendo em vista a alta probabilidade de erro no seu resultado. Como o reconhecimento fotográfico não permite a completa visualização de toda a compleição física do indivíduo, poderá legitimar o convencimento do juiz para uma condenação apenas quando corroborado por outras

⁵⁶ Processo no 0052055-21.2013.8.26.0050

provas, em especial pela confissão do réu⁵⁷.

Por outro lado, outros juízes argumentaram que, mesmo nos reconhecimentos em juízo, não há necessidade de seguir o rito do artigo 226 do Código de Processo Penal, já que a expressão “se possível” nele inserida torna suas disposições uma recomendação legal não obrigatória⁵⁸. A partir dessa argumentação, muitos juízes realizaram reconhecimento em juízo por meio de foto do inquérito policial, apenas apresentando-a à vítima para confirmar a autoria⁵⁹.

Houve diversos casos de decretos condenatórios assentados inteiramente na palavra da vítima (66,6% das condenações) e inúmeras citações do entendimento jurisprudencial de que “nos crimes patrimoniais, à palavra da vítima é conferido especial valor probatório”.

⁵⁷ E.g.: 1. “Como se sabe, o poder probatório do reconhecimento fotográfico é relativo. A respeito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes afirmam: ‘Não prevê a lei o reconhecimento fotográfico, o qual pode, contudo, ser efetuado na impossibilidade da reconhecimento pessoal e direta, embora seja menor o seu valor probatório, uma vez que só permite verificação indireta e normalmente deficiente dos traços fisionômicos. Caso realizado, exige as mesmas cautelas previstas no art. 226 do CPP’. No mesmo sentido, Julio Fabbrini Mirabete, expõe: ‘(...) Por ter um valor relativo e possuir caráter precário que pode conduzir a um lamentável engano, o reconhecimento fotográfico, isoladamente, não pode fundamentar uma decisão condenatória. Sendo meio válido de prova que deve, como as demais, sofrer o exame crítico do magistrado, pode, porém, legitimar o convencimento do juiz para condenar o acusado quando estiver corroborado por outras provas diretas e circunstanciais, em especial a confissão extrajudicial do réu, como já se tem decidido’ (“Processo Penal”, 8a edição, 1997, p. 309)” (grifei). (Processo no 0012657-62.2016.8.26.0050).

2. “Os reconhecimentos pessoais, realizados apenas em Juízo, não se prestaram a alicerçar condenação, porque não foram suficientemente seguros. Há muitos indivíduos ‘semelhantes’ aos réus para se concluir que eles seriam dois dos vários roubadores. De outro lado, o reconhecimento fotográfico é sempre prova frágil, a exigir que outras provas ou indícios firmes venham complementá-lo para formar um juízo de certeza necessário para a condenação. E assim é porque a visualização de uma fotografia, em que se mostra um rosto em plano bidimensional, não permite a completa apreensão de todas as características fisionômicas do indivíduo”. (Processo no 0026130-18.2016.8.26.0050).

⁵⁸ E.g.: “o fato de não ter sido colocadas outras pessoas ao lado dos réus, não tem o condão, por si só, de afastar o reconhecimento feito pelas vítimas. Afinal, pelo texto do artigo 226 do Código de Processo Penal, tal disposição não é obrigatória, sendo irrelevante a falta desta formalidade no reconhecimento”. (Processo no 0067683- 45.2016.8.26.0050).

⁵⁹ E.g.:“(…) diga-se que quanto à forma em que se opera o reconhecimento pessoal do agente, é firmado o entendimento de que ‘as disposições insculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade” (HC 134.776/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26.02.2013, DJe 07.03.2013), citado no processo no 0055496-05.2016.8.26.0050.

Por exemplo, um juiz declarou que “a palavra da vítima só deve ser vista com reservas se estiver em desarmonia com o conjunto probatório”⁶⁰. Em outras palavras, a declaração da vítima sequer precisa ser corroborada por outras provas, contanto que não exista prova em contrário – entendimento bastante perigoso ao afrontar o já mencionado princípio da presunção de inocência.

Outros magistrados afirmaram que boa parte da produção científica e doutrinária recentes sobre o reconhecimento e a palavra da vítima tem caráter ideológico, representando uma visão parcial e distante da realidade social⁶¹. Segundo eles, as vítimas que têm seu relato questionado em juízo seriam alvo de preconceito dos operadores do direito. Nesse sentido, alguns magistrados inclusive mencionaram o processo de vitimização secundária, por qual passam as vítimas que têm sua palavra desacreditada⁶².

É preciso ter em mente, contudo, que a prova é uma atividade *científica*, e não *intuitiva*. As provas não podem ficar à mercê da intuição do juiz, porque essa não é motivável e todas as sentenças o precisam ser. Nessa linha, um juiz apontou em sua sentença alguns critérios pertinentes para análise de declarações e depoimentos aplicados nos Tribunais Lusitanos⁶³.

⁶⁰ Processo no 0003235-63.2016.8.26.0050.

⁶¹ E.g.: “(...) em razão da corriqueira discussão a respeito da validade e do valor das provas baseadas em declarações de vítimas, (...) torna-se necessário ponderar que não obstante os respeitáveis entendimentos e argumentos sobre a eventual parcialidade que possa existir em algumas vítimas, testemunhas e policiais, a rejeição de uma declaração ou de um depoimento, deve ser embasada em fatos que estão além de meras deduções aparentemente lógicas, baseadas em uma visão parcial, ideológica e distante da realidade social. (...) Se alguém é indigno de fé, que o seja por questões mensuráveis, ponderáveis e, acima de tudo, conhecidas, sendo tão grave o preconceito contra a vítima, seus prepostos e os policiais, como o é se praticado contra a pessoa do acusado”(Processo no 0019544-62.2016.8.26.0050).

⁶² E.g.: “Colocar em dúvida o teor das declarações da vítima constitui-se o que a doutrina, com extremo acerto, chamou de “vitimização secundária” do ofendido, isto é, na causa de descrédito a que pode ser levado o sujeito passivo da infração penal, ao ver-se questionado sobre sua honradez e palavra, esquecendo-se que, “a priori”, atua como colaborador da Justiça. Por outro lado, desmerecer o conteúdo de material probatório trazido pela vítima aos autos é velha sequela da sempre presente tentativa de tornar o autor do fato vítima social e, o ofendido propriamente, causador indireto do dano que suportou, em supina inversão de valores sociais”. (Processo no 0096484-39.2014.8.26.0050).

⁶³ “A convicção do Tribunal é formada, para além dos dados objetivos fornecidos pelos documentos e outras provas constituídas, também pela análise conjugada das declarações e depoimentos, em função das razões de ciência, das certezas e, ainda, das lacunas, contradições, hesitações, inflexões de voz, (im)parcialidade, ansiedade, embaraço, desamparo, serenidade, olhares para alguns dos presentes, “linguagem silenciosa e

A mesma divergência de posicionamento entre os magistrados foi observada quando do reconhecimento da majorante de emprego de arma de fogo. Como em nenhuma hipótese houve apreensão da arma, seu reconhecimento ficava a critério do juiz e da sua confiança na palavra da vítima ao apontar ou não a existência de arma.

Em alguns processos, tanto o juiz quanto o promotor de justiça posicionaram-se pelo afastamento da majorante de emprego de arma de fogo em razão de sua não apreensão e da inexistência de laudo a comprovar seu potencial lesivo⁶⁴. Em contrapartida, a maioria dos magistrados considerou desnecessária a apreensão da arma ou a confecção de laudo⁶⁵.

Em conclusão, os posicionamentos dos magistrados do Fórum Criminal da Barra Funda cindem-se em relação ao valor probatório que deve ser conferido às declarações das vítimas e testemunhas e aos seus reconhecimentos. Contudo, de modo geral, há uma tendência dos juízes em confiar, sem grandes reservas, na declaração da vítima e seu reconhecimento, especificamente nos delitos de roubo, possibilitando embasar o decreto condenatório fundamentalmente nesses meios de prova, mesmo quando na inexistência de outras provas capazes de corroborá-los.

2. CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos dados e argumentos obtidos durante a pesquisa, pode-se

do comportamento”, coerência de raciocínio e de atitude, seriedade e sentido de responsabilidade manifestados, coincidências e inverossimilhanças que, porventura, transpareçam em audiência, das mesmas declarações e depoimentos”. Sentença proferida em 20 de junho de 2011, nos autos do Processo no 3456/08.0 TBAMD, do Juízo de Média Instância Cível da Amadora, Comarca da Grande Lisboa-Noroeste, e citada no processo no 0056643-66.2016.8.26.0050, do Fórum Criminal da Barra Funda, em São Paulo.

⁶⁴ E.g.: “A majorante do emprego de arma deve ser afastada, acolhendo-se os memoriais do ilustre Promotor de Justiça, registrando-se que nenhuma arma foi apreendida nestes autos, não havendo, assim, laudo pericial que comprove a potencialidade lesiva da arma utilizada. Não está se olvidando a importância e credibilidade segura das palavras da vítima, ocorre que, em tese, não se sabe se o roubador estava utilizando arma de fogo verdadeira ou um simulacro, não se podendo presumir a majorante”. (Processo 0016002-12.2011.8.26.0050).

⁶⁵ “Anota-se que não houve prisão em flagrante delito, motivo pelo qual a não localização da arma de fogo com o réu não afasta a sua existência, devendo e podendo as palavras das vítimas suprirem a falta de apreensão do armamento. Inclusive, a jurisprudência majoritária não exige a apreensão e a perícia da arma de fogo para o reconhecimento da causa de aumento de pena relacionada”. (Processo no 0019544-62.2016.8.26.0050).

concluir que, em geral, os juízes do Fórum Criminal da Barra Funda fundamentam seus decretos condenatórios de crimes de roubo em elementos de prova de escassa eficácia probatória. Das 144 sentenças analisadas, 48 foram condenatórias com base exclusivamente no reconhecimento positivo da vítima, correspondendo a 57,1% das sentenças condenatórias (48 de 84). Considerada a exclusão os réus confessos da investigação e o reconhecimento fotográfico na fase policial, esse percentual é extremamente elevado e preocupante, dada a comprovada alta probabilidade de erro no resultado de um reconhecimento.

Nos casos de apreensão do bem, objeto do roubo, na posse do acusado, o percentual de condenação foi ainda maior: 78,3%, dado indicativo de que a posse pode gerar uma presunção de autoria do crime de roubo em relação à pessoa que a tem. Com efeito, calculou-se que a chance de uma pessoa que teve objeto roubado apreendido em sua posse ser condenada é 2,6 vezes maior do que a daquela sem a posse. Contudo, os casos de apreensão do bem representaram apenas 16,0% do total analisado. Nessas situações, quando houve condenação, o reconhecimento em juízo não pareceu ser fundamental ao embasamento do decreto condenatório, visto que esse foi positivo em somente metade dos casos. Esse dado indica que, em grande parte dos casos, basta a apreensão do bem para o convencimento do juiz quanto à autoria do acusado.

Igualmente, foram poucas as situações em que outros indícios de autoria foram coletados na fase investigativa, além do reconhecimento da vítima e da apreensão de coisa roubada: apenas 17,4% do total de sentenças. O percentual de condenações nesses casos também foi alto: 72,0%; mas, diferentemente dos casos de apreensão do bem, o reconhecimento da vítima pareceu ser decisivo para a prolação de sentença condenatória, tendo esse sido positivo em 88,9% das condenações em que houve outros indícios de autoria.

Em 79 das 84 sentenças condenatórias (94,0%), foi reconhecida ao menos uma causa de aumento do crime de roubo. Considerando as exclusões de réus confessos, bem como a inexistência de casos de apreensão de arma de fogo, em todas essas

situações, a aplicação de causa de aumento deu-se exclusivamente em razão da palavra da vítima.

Há dois motivos centrais que justificaram a decisão de restringir a pesquisa à análise de decisões judiciais em que se imputava o cometimento de delitos de roubo. O primeiro decorre de sua alta incidência quantitativa, posto que, como visto estatisticamente, esse é o grande foco de incidência da tutela penal brasileira. O segundo, por sua vez, é que o sujeito ativo desse delito, como bem apontado por SALVADOR NETTO (2014, p. 2), possui um perfil bem específico: em geral, trata-se do indivíduo “*pertencente às classes populacionais subalternas, caracterizadas pelo desfavorecimento econômico e educacional*”.

Em sua pesquisa, SALVADOR NETTO (2014) aponta que a maior severidade punitiva, no âmbito legislativo, do crime de furto em relação a certos crimes contra a vida, como o delito de autoaborto, lesão corporal leve, abandono de incapaz, maus-tratos, constrangimento ilegal, sequestro ou cárcere privado, dentre outros, que em tese são responsáveis pela proteção de bem jurídico mais relevante do que o patrimônio, deriva da percepção acerca do perfil do indivíduo que pratica o furto, sendo sua conduta um sintoma de sua periculosidade subjetiva. Isso porque o sujeito que pratica um crime patrimonial objetiva “*subverter as relações sociais proprietárias*”, decorrentes da própria estrutura socioeconômica da sociedade (SALVADOR NETTO, 2014, p 161).

Nesse contexto, a indagação que surge dos resultados desta pesquisa é: *por que os juízes se baseiam em elementos de eficácia probatória escassa nos crimes de roubo?* Em outras palavras, por que as decisões dos magistrados analisadas neste estudo, em sua grande maioria, contrapõem-se à doutrina segundo a qual o juiz deveria considerar provada a culpabilidade do imputado somente quando a sua responsabilidade fosse demonstrada “além de qualquer dúvida razoável” (*beyond any reasonable doubt*, em inglês)? Ainda: é possível que a verdade formal exigida nos processos em que se imputa o cometimento de crime de roubo para o convencimento

do juiz⁶⁶ possua menor grau de cognição do que aquela exigida, por exemplo, nos crimes de lavagem de dinheiro ou de corrupção? Dado que 34,9% da população carcerária do Estado de São Paulo foram condenados pela prática de crime de roubo⁶⁷, seria, de fato, esse delito mais praticado no Estado do que aqueles?

O fato de a palavra da vítima ser, na grande maioria das ações em que se imputa o cometimento de crime de roubo, suficiente à condenação – ao menos, como vimos, em primeira instância – pode ser, em verdade, mais uma consequência do problema atual de encarceramento em massa da população brasileira do que uma explicação dele.

A população carcerária brasileira é, atualmente, a terceira maior do mundo. Conforme levantamento realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2012), cerca de 70% de seu todo foram condenados por crimes patrimoniais ou por tráfico de entorpecentes. Há, portanto, um compromisso com uma dinâmica condenatória mais intensa em relação a esses delitos e, conseqüentemente, às pessoas que costumam praticá-los.

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN – 2015), divulgado pelo Ministério da Justiça, a maioria dos presos do País é jovem, negra e pobre. Essa população corresponde à parcela da população brasileira mais vulnerável, com menos condições financeiras de arcar com advogados particulares, menor grau de escolaridade e inserção no mercado de trabalho – e, em consequência, maior dificuldade em articular sua defesa em juízo –, além de maior invisibilidade diante da sociedade em geral. Assim, quanto menor for sua capacidade de defesa, representação e visibilidade, tanto menor será o *standard probatório*⁶⁸

⁶⁶ Tanto no processo civil como no penal, a verdade é verificável dentro de certos limites, em aproximação tanto quanto possível de ideia que leve ao conhecimento de uma certeza perseguida (TUCCI, 1986, p. 143). A hipótese desta investigação é que o nível de certeza perseguido nos processos em que se apura o cometimento de crime de roubo é inferior àquele de processos de outros tipos penais, em que os agentes costumam ter melhores condições socioeconômicas, por exemplo.

⁶⁷ Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo (SAP) (2015).

⁶⁸ Standard probatório: “O grau ou nível de prova exigido em um caso específico, como o ‘além de dúvida razoável’ ou ‘por preponderância de prova’” (GARNER, 1999, p. 1.413).

necessário e exigido para condenar essa parcela da população, visto que maior a chance de “adequação” do isolamento em termos de (ausência de) prejuízo.

Além disso, tem-se nesta investigação a figura específica do crime de roubo, visto como o crime subversível por excelência⁶⁹, “que recrudescer assustadoramente, trazendo intranquilidade à população”⁷⁰. Quando se pensa em um criminoso, não é sequer a representação do assassino que desponta no imaginário popular, mas sim a do ladrão, o sujeito que subtrai objetos comprados e conquistados pela população por meio de seu esforço individual⁷¹.

Conforme expõe SALVADOR NETTO (2014), há algum tempo, o sistema penal gradativamente vem distanciando-se de seu modelo garantista e, em razão disso, privilegiando uma dimensão de segurança social, em que a vítima passa a assumir certo protagonismo, o qual, como destacado por CEREZO DOMINGUEZ (2010, p. 89), gera uma refocalização “*da delinquência sobre os delitos tradicionais, que têm um ofendido direto, imediato e tangível*”. Razão disso, segundo Salvador Netto (2014), é que a criminalidade individual permite um sentimento de afetação direta.

Ao sofrer um dano patrimonial, somado a uma ameaça à sua integridade física, a vítima sentirá uma “*sensação de insegurança e, mais ainda, um ideal de profunda*

⁶⁹ E.g.: 1. “Aliás, o crime de roubo na atualidade constitui uma das mais inquietantes manifestações de criminalidade, deixando a população ordeira e honesta em constante pânico e desassossego, crime este revelador de personalidades deformadas, completamente contrárias aos padrões éticos, sociais e jurídicos, mínimo que se aguarda daqueles que se propõem a viver em sociedade, cujo regime mais severo se impõe como forma de evitar o esvaziamento do conteúdo intimidativo da sentença.”. Em processo no 0084073-61.2014.8.26.0050.

2. “Deveras reprovável que o acusado tenha se especializado no cometimento desse tipo de delito, via que elegera como fonte de subsistência, o que também delinea sua propensão à delinquência, além do seu desajuste aos padrões normais de sociabilidade.”. Em processo no 0051781-52.2016.8.26.0050.

⁷⁰ “À evidência estamos diante de crime de extrema gravidade (roubo), o qual é crescente na capital, assolando a vida diária das pessoas, colocando a comunidade ordeira em verdadeiro pânico, obrigando os comunas a manterem-se atrás das grades das casas e edifícios em verdadeira clausura, na vã tentativa de atravessar o tempo em que vivemos imunes às investidas de personalidades mal formadas que não hesitam em avançar no patrimônio alheio, desapossando as pessoas de seus pertences.”. Em processo no 0076824-88.2016.8.26.0050.

⁷¹ “Cuida-se de roubo de automóvel, bem móvel caro e que exige grandes montantes para sua aquisição e manutenção, além do pagamento de impostos e seguros com preços altíssimos em decorrência da violência que assola a Capital; a conduta, em especial abordagem do ofendido quando trafegava na via pública, causa grande estado de insegurança na população, que vive intranquila e preocupada com seu patrimônio e sua integridade física, motivo pelo qual é bastante reprovável.”. Em processo no 0086094-10.2014.8.26.0050.

injustiça, o qual repercute sem piedade na caracterização do ladrão como arquétipo do criminoso” (SALVADOR NETTO, 2014, p. 171). Esse sentimento de insegurança e injustiça é facilmente empatizável, de modo que os demais cidadãos e operadores do Direito, inclusive os julgadores, conseguirão se identificar com a situação da vítima, compartilhando o mesmo anseio por “justiça”. Esse anseio refletirá diretamente em penas mais severas e regimes mais gravosos, inclusive acima daquele permitido em lei⁷², não obstante a existência de entendimento sumulado em sentido contrário⁷³.

Conclui-se pela existência de um consenso geral, entre os operadores do Direito, de maior necessidade de controle e repressão dos indivíduos que praticam ou que *podem vir a praticar* – note-se que somente um seguimento específico da população se encaixa nessas categorias – esse tipo de crime, em razão do risco que esses podem eventualmente apresentar à ordem socioeconômica e à segurança individual, e sua consequente necessidade de neutralização.

Em síntese, da análise dos resultados obtidos nesta pesquisa, bem como dos índices gerais dos estabelecimentos prisionais nacionais divulgados pelo Ministério de Justiça, além das demais investigações mencionadas neste ensaio, pode-se levantar a hipótese para explicação desses dados de que existe um compromisso com uma agenda condenatória mais rigorosa em relação a pessoas que praticam crimes patrimoniais e, principalmente, o delito de roubo. Esse compromisso político e ideológico possibilitaria que promotores de justiça considerem suficientes os poucos indícios de autoria desse crime coletados na fase policial quando do oferecimento de uma denúncia; bem como que juízes fundamentem suas sentenças condenatórias em meios de prova de escasso valor probatório.

⁷² E.g.: 1. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim) & INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo. São Paulo: RT/IBCCrim, 2005.

⁷³ 2. “Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena, eis que é o único adequado à evidente “perigosidade” dos agentes que praticam esse grave tipo de delito, cada vez mais freqüente e que tanto aterroriza a população desta Cidade.”. (STJ - HC: 318423 SP 2015/0051743-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Publicação: DJ 20/03/2015). Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal (STF) e Súmulas 440 e 443 do Superior Tribunal de Justiça

3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Direito processual penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivahy; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, mar./abr. 2007.

BADDELEY, Alan et al. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BRIGHAM, JC; BENNET, JB; MEISSNER, CA; MITCHELL, TL. The influence of race on eyewitness memory. In: LINDSAY, RCL; ROSS DF; READ, JD; TOGLIA, MP. *The Handbook of Eyewitness Psychology*. Lawrence Erlbaum Associates; Mahwah, NJ: 2007. pp. 257–281.

CEREZO DOMINGUEZ, Ana Isabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboracion de las leyes penales*. Valência: Tirant lo blanch, 2010.

DEAN, Giovanni. In tema di “libertà” e “tassatività” delle forme nell’acquisizione probatoria (a proposito delle “ricognizione fotografica”). *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1989, p. 826- 842.

FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. Edward. *Memory-enhancing techniques in investigative interviewing: The cognitive interview*. Springfield: C.C. Thomas, 1992.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCrim) &
INSTITUTO DE DEFESA

DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). *Decisões Judiciais nos Crimes de Roubo em São Paulo*. São Paulo: RT/IBCCrim, 2005.

INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/>. Acesso em: 19 fev.2017.

LAWSON, V. Z; DYSART, J. E. The lineup identification procedure: An exploration of systematic biases. *Legal and Criminological Psychology*, 19: 54–68, 2014.

LOPES, MARIÂNGELA TOMÉ. Algumas questões controversas acerca do reconhecimento. In: *Temas relevantes de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo: Ed Saraiva, 2012.

LOPES, MARIÂNGELA TOMÉ. O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade de realização antecipada. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: v. 1, p. 06-07, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9 Ed. São Paulo: RT, 2015.

PRADO, Arthur Sodré; BARBOSA, Gustavo Alves Parente. A aplicação do reconhecimento de pessoas pela polícia civil do Município de São Paulo. *Boletim IBCCrim*. São Paulo: nº 284, jul. 2016.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio*. São Paulo: Atlas, 2014.

SAP – Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. *Levantamento presos x delitos*. São Paulo: 2015.

SCHACTER, Daniel L. *Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky. *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Série Pensando o Direito. Brasília: MJ, nº 59, 2015.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

WELLS, Gary L.; LEIPPE, Michael R.; OSTROM, Thomas M. Guidelines for empirically assessing the fairness of a lineup. *Law and Human Behavior*, 1979. v. 3, n. 4, p. 285-293.

WELLS, G. L.; MEMON, A.; PENROD, S.D. *Eyewitness evidence: Improving its probative value*. Psychological Science in the Public Interest. 2006.

PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DE SUA ADMISSIBILIDADE

Roberto Portugal de Biazzi

Resumo: Trata o presente trabalho sobre a prova emprestada no processo penal, chamando a atenção para os requisitos de sua admissibilidade. Para tanto, busca-se apresentar o vínculo entre a prova e a busca da verdade, com o escopo de analisar como deve ser tratado o método probatório no processo penal. Feita esta análise, passa-se ao estudo do direito à prova e de suas limitações, estabelecendo-se premissas necessárias à correta compreensão da admissibilidade da prova emprestada. Por fim, será objeto de estudo o conceito e a natureza jurídica da prova emprestada, bem como os requisitos necessários para sua admissibilidade.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova. Limites à prova. Prova emprestada.

Sumário:	1	INTRODUÇÃO	2	A PROVA E A VERDADE	3	O
		DIREITO À PROVA: NATUREZA E LIMITES	4	A PROVA EMPRESTADA		
	4.1	CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	4.2	REQUISITOS	4.2.1	
		A garantia do juiz natural	4.2.2	A garantia do contraditório	4.2.3	
		Identidade do objeto da prova	4.2.4	Identidade do âmbito de cognição		
	judicial	5	CONCLUSÃO	REFERÊNCIAS		

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca estudar o compartilhamento ou empréstimo de provas no processo penal, verificando a possibilidade ou não de sua admissão à luz das garantias constitucionais.

Especialmente no âmbito das modernas formas de criminalidade, organizada, multinacional, com multiplicidade de ações e de autores, novos métodos probatórios passaram a compor o processo penal, ou então ganharam nova roupagem nesse paradigma atual. É o caso, por exemplo, da prova emprestada: com o aumento da complexidade dos casos, as regras de conexão probatória dão causa a inevitáveis “maxi-processos”, inexecutáveis do ponto de vista prático e inclusive prejudiciais ao direito de defesa. Em lugar disso, ganha corpo a noção de que o aproveitamento das provas em procedimentos distintos pode render maior equilíbrio processual.

Portanto, cumpre analisar a relação entre a verdade (e sua busca) e a prova, bem como a evolução histórica dessa relação, observados os sistemas inquisitório e acusatório. Isso porque, a depender de como compreendida essa relação, revelar-se-á como se opera o método probatório no processo penal brasileiro: se com rigores garantísticos ou com elevada flexibilidade, autorizando inclusive a plena iniciativa probatória do juiz.

A partir disso, pretende-se compreender a natureza, o alcance e a extensão do direito à prova, justamente com o escopo de analisar se a prova emprestada, enquanto exercício desse direito, deve ser irrestrito ou limitado.

Enfim, verificada qual a relação entre a prova e a verdade e as possibilidades do exercício do direito à prova, finalmente será apreciado o compartilhamento ou empréstimo de provas.

A análise se iniciará pela conceituação da prova emprestada, delimitando sua natureza jurídica (se a mesma do processo de origem ou não), as hipóteses de

admissibilidade e os dispositivos legais aplicáveis na espécie, considerando-se inclusive algumas inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil.

Por fim, serão indicados os requisitos para a admissão da prova emprestada, sempre com o olhar voltado para as divergências doutrinárias e para a proposição de soluções satisfatórias a casos concretos.

Destarte, serão analisados os requisitos comumente indicados pela doutrina: (i) a garantia do juiz natural; (ii) a garantia do contraditório; (iii) a identidade do objeto da prova; e (iv) a identidade do âmbito de cognição judicial.

Certo é que, ao fim e ao cabo, o presente trabalho busca apontar como devem ser observados tais requisitos, autorizando-se (ou não) o escoreito empréstimo da prova, à luz das garantias constitucionais e em obediência aos parâmetros ético-legais.

2 A PROVA E A VERDADE

O estudo da relação entre a prova e a verdade no processo penal é certamente complexo e amplo, porém indispensável à análise do tema ora proposto, de tal sorte que algumas premissas precisam ser estabelecidas. Isso porque, o trato dado em matéria de prova, a depender de como compreendida sua relação com a busca da verdade, é capaz de revelar como se opera o processo penal em determinada sociedade – se com viés inquisitório ou acusatório.

Pois bem. Colhe-se da doutrina clássica que o fim da prova é o descobrimento, a verificação da verdade. Malatesta (2009, p. 111) afirma, por sua vez, que “a finalidade suprema e substancial da prova é a verificação da verdade”.

Considerando-se que a persecução penal parte da incerteza, como inclusive decorrência da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República), e que o resultado condenação só pode derivar da superação desse estado, a

prova, inserida no contexto do devido processo, deve ser capaz de dar amparo a uma decisão em um determinado contexto de verdade.

Por isso, observa Geraldo Prado (2014, p. 20) que “os laços que a prova estabelece entre os fatos e o direito pautam a busca da verdade e legitimam o processo penal conforme os paradigmas do estado de direito”.

O principal ponto de divergência nessa temática, entretanto, é o enfoque que se deve dar à busca da verdade: se sujeita a limitações resultantes do respeito às garantias individuais ou se irrestrita, para fins de “defesa social”.

Em um sistema essencialmente inquisitorial, como aquele forjado no Código de Processo Penal (CPP) de 1941 – que, apesar das reformas ocorridas ao longo de décadas e até mesmo da promulgação da Carta Magna, ainda deixa fortes resquícios –, defende-se que no processo penal se busca a verdade real (ou material), de sorte a autorizar quaisquer métodos probatórios capazes de confirmar a culpabilidade do acusado. Em outras palavras, tratava-se de sistema amparado na premissa de que os fins justificam os meios, despindo de complexidade o tema atinente à prova no processo penal. (PRADO, 2014, p. 20-21).

Neste cenário é que o CPP previu, em seu antigo artigo 156, a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício, mantido em certa medida pela Lei 11.690/2008. Ora, era compreensível que se o alcance da verdade material significava o fim maior do processo, o juiz pudesse produzir provas *ex officio*. Tal premissa, contudo, já não corresponde ao sistema acusatório¹.

Sobre a conjuntura político-social da primeira metade do século passado e seu impacto na formação do esquema ideológico que originou o Código de Processo Penal

¹ Sobre o tema, elucidativa é a lição de Aury Lopes Jr. (2016, p. 392): “É, ainda, necessário dar-se conta de que a gestão da prova está vinculada à noção de gestão do fato histórico, e, portanto, deve estar nas mãos das partes. Do contrário, atribuindo-se ao juiz, estamos incorrendo no erro (psicológico) da inquisição de permitir-lhe (re)construir a histórica do crime da forma como lhe aprouver para justificar a decisão já tomada (o já tratado ‘primado das hipóteses sobre os fatos’). Permitir que o juiz seja o gestor do fato histórico é incorrer no mais grave dos erros: aderir ao núcleo imantador do sistema inquisitório”.

em 1941, absolutamente relevante é a análise desenvolvida por Geraldo Prado (2014, p. 15-42).

Em apertada síntese, Prado (2014, p. 25) elucida que o Brasil sofreu forte influência do pensamento autoritário dominante na Europa continental do início do século vinte, o qual se expressava pela superioridade do coletivo sobre o individual, “mas o coletivo não equivalia à sociedade civil e sim ao Estado”. Na temática probatória, o autoritarismo fez com que, no Brasil, o norte da atividade processual fosse a busca desenfreada pela verdade (configuração da razão de estado ou da razão pública), amparado em uma estrutura procedimental flexível para favorecer a pesquisa probatória a qualquer tempo pelo próprio juiz.

Com efeito, o Estado Novo conectou-se a esse projeto, denominado por Prado (2014, p. 29) de doutrina do estado de exceção schmittiano, no qual, em sede processual penal, a verdade real dava suporte à elevação dos poderes judiciais.

Ademais, fazia-se relevante afirmar, em tal contexto, que as decisões judiciais, enquanto emanadas por braço do Estado, representavam uma verdade institucionalizada, de forma a assegurar a ordem social.

Contudo, com os avanços do giro linguístico, e no contexto da denominada pós-modernidade, “o conceito de verdade, junto a muitos outros conceitos, como os de razão, história e conhecimento, foi deixado de lado como um instrumento superado no qual já não era possível confiar” (TARUFFO, 2010, p. 89). Destarte, em diversos campos do saber humano houve um rompimento entre o conhecimento e a realidade, caracterizado pelo papel de intermediação entre linguagem e realidade (BADARÓ, 2016b, p. 383).

Mas esse rompimento não pode ser completo, como um total abandono da verdade no processo penal, uma vez que o padrão de medida da veracidade ou da falsidade dos enunciados fáticos é a realidade externa (BADARÓ, 2016a, p. 219-220). Não sem razão, Ferrajoli (2014, p. 48) afirma que “se uma justiça ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.

Na mesma linha, Rubens Casara (2016, p. 176) sustenta que “a verdade não pode deixar de ser um dos valores da jurisdição; aliás, um saber-poder, que combina conhecimento (*veritas*) e decisão (*auctoritas*)”.

Enfim, a dogmática processual penal passou a reconhecer que o discurso da verdade real, cuja busca é ilimitada e inalcançável, não se enquadrava nos moldes de um sistema acusatório, ético e garantista². Chegou-se a sustentar a adoção de uma verdade formal ou processual³.

De todo modo, houve, por assim dizer, um remanejamento do espaço ocupado pela verdade no âmbito do processo, limitado pela obediência às formalidades legais. Afirma Aury Lopes Júnior (2016, p. 390) que a verdade deve assumir papel contingencial no processo, e não estruturante. Neste sentido, as lições de Grinover (1993, p. 61):

Assim entendido, o rito probatório não configura um formalismo inútil, transformando-se, ele próprio, em um escopo a ser visado, em uma exigência ética a ser respeitada, em um instrumento de garantia para o indivíduo. A legalidade na disciplina da prova não indica um retorno ao sistema da prova legal, mas assinala a defesa das formas processuais em nome da tutela dos direitos do acusado: as velhas regras da prova legal apresentavam-se como regra para a melhor pesquisa da verdade; seu valor era um *valor* de verdade. Hoje, bem pelo contrário, as regras probatórias devem ser vistas como normas de tutela da esfera pessoal de liberdade: seu valor é um valor de garantia.

² Conforme SILVA e FELIX (2014, p. 211): “Ao invés de se adotar a procura sem limites pela ‘verdade’, vigora hoje a regra de que toda a atividade probatória que implique uma intervenção relevante nos direitos individuais postula invariavelmente a necessária legitimação legal. Neste contexto, a liberdade do cidadão, e não a liberdade dos órgãos de persecução penal, que detém o primado”.

³ De acordo com Ferrajoli (2014, p. 48): “Em sentido inverso [ao da verdade material], a verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação é, por sua vez, uma verdade formal ou processual, alcançada pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa”.

Por sua vez, ao criticar a propalada verdade real, explica Badaró (2016b, p. 384) que

não tem sentido procurar distinguir a denominada verdade formal – que se aplicaria ao processo civil – daquela outra que, em contraposição, costuma-se chamar de verdade material – que seria buscada no processo penal. Tanto a verdade formal quanto a material não são verdades absolutas. Do ponto de vista epistemológico, bastaria a conclusão de que a verdade é uma só. Não existem várias verdades, porções de verdade, ou algo parcialmente verdadeiro. A verdade é um conceito absoluto. Algo somente é verdadeiro quando há uma identidade entre o objeto e a representação que o sujeito cognoscente faz desse objeto. Assim, ou há identidade e o conhecimento é verdadeiro, ou não há identidade, e o saber é falso. A falta de identidade entre o objeto e a representação, esta sim, admite graus: um conhecimento pode ser falso em graus ou níveis maiores ou menores.

Diante disso, é possível concluir que, muito embora não faça sentido distinguir a verdade formal da verdade real, o processo deve, sim, estar permeado, ainda que de forma contingencial, pela busca da verdade⁴ – tida por “pressuposto para poder adequadamente decidir qual é a hipótese legal aplicável ao caso concreto” (BADARÓ, 2016a, p. 219-220) –, não como fim último do processo, mas como meio para correta aplicação da lei penal, admitindo-se que ela, no contexto processual, é aproximativa, significando o resultado alcançável no processo, respeitados os limites ético-legais (CASARA, 2015, p. 179).

Por isso, Badaró (2016a, p. 219-220) esclarece que, embora adote um conceito de *verdade como correspondência*, não significa aceitar uma relação de identidade absoluta

⁴ Nas lições de Salah Khaled Jr. (2013, p. 386-387): “De qualquer forma, já podemos dizer que, pelo que exploramos até aqui, a verdade deve ser deslocada de sua posição de cânone supremo do processo, mas não expulsa por completo dele. O abandono da verdade não pode ser considerado, pois o ritual poderia facilmente converter-se em um conjunto de efeitos de sedução voltados para o convencimento do juiz, através de ardilosas argumentações pouco fundamentadas em evidências passíveis de correção, mas que procurar ocultar sua diferença em relação ao passado através de sofisticadas representações”.

entre prova e verdade, o que seria inalcançável. Consequentemente, elucida que o enunciado “p está provado” deve ser entendido como “há elementos de prova suficientes a favor de p”. Vale dizer, o enunciado “p está provado” será verdadeiro quando se fizerem presentes elementos de prova *suficientes* a favor de p, e falso quando tais elementos se fizerem *insuficientes*. Entretanto, ainda que tidos por suficientes os elementos de prova para que p esteja provado, não significará dizer que há efetiva correspondência à realidade dos fatos, pois, como já consignado, a identidade absoluta entre prova e verdade é inatingível.

É à luz dessas premissas que o tema do direito à prova e, por consequência, da prova emprestada será analisado.

3 O DIREITO À PROVA: NATUREZA E LIMITES

É inegável a existência do direito fundamental à prova no processo enquanto elemento essencial à conformação do direito ao processo justo (SARLET; MITIDIERO e MARINONI, 2016, p. 776). Trata-se inclusive de direito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal⁵.

Badaró (2016a, p. 221) anota que não é exagero “afirmar que o reconhecimento do direito à prova é ‘um dos mais significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático’”.

A atividade probatória é imprescindível à tutela dos interesses colocados pelas partes no processo, afinal, é por meio da prova que são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. É possível afirmar-se que o direito à prova é inerente ao exercício do contraditório, sob pena de negativa da própria ação e da defesa. (BADARÓ, 2016a, p. 221)⁶.

⁵ Vide: STF, RMS 28.517, rel. Min. Celso de Mello, j. 01.08.2011, DJe 04.08.2011

⁶ No mesmo sentido: “Salienta-se, assim, o direito à prova como aspecto de particular importância no quadro do contraditório, uma vez que a atividade probatória representa o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade,

Daí a razão pela qual o exercício desse direito deve se estabelecer em um procedimento no qual se desenvolva o contraditório de partes, perante o juiz, constituindo a única fonte de cognição para a jurisdição. (BADARÓ, 2016a, p. 221).

No Brasil, muito embora não haja previsão expressa, segue-se a linha dos países da chamada *civil law*, que reconhecem o direito à prova como de índole constitucional. Assim, em *terrae brasilis*, tal direito é entendido como aspecto insuprimível das garantias da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal, asseguradas constitucionalmente. (BADARÓ, 2016a, p. 222).

No plano da convencionalidade, o direito à prova se extrai do artigo 14.3, *e*, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷, bem como do artigo 8.2, *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁸.

Para Barbosa Moreira (1984, p. 67), são três as exigências fundamentais do direito à prova, visto em correlação com o contraditório: (i) necessidade de “conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas”; (ii) inexistência de “disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento” das ‘provas pelo órgão judicial’; (iii) igualdade, para as partes, de “possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados”.

De acordo com Nereu Giacomolli (2014, p. 161),

O direito fundamental à prova no processo abrange a possibilidade de tanto a acusação quanto a defesa indicarem as fontes de prova e exigirem a sua incorporação ao processo (pessoas a serem ouvidas em juízo, documentos a serem examinados, *v.g.*), de utilizarem os

revestindo-se de particular relevância para o conteúdo do provimento jurisdicional”. (GRINOVER, 2009, p. 113).

⁷ “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe a acusação”.

⁸ “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

mecanismos de prova (arrolar testemunhas, requerer perícias, *v.g.*), a exigência de utilização das metodologias legais na produção da prova (ordem de inquirição das testemunhas, quem pergunta antes, como perguntar, participação na reconstituição do crime, *v.g.*), bem como a exigência de apreciação, valoração dos elementos de prova, de todos os dados fáticos e circunstanciais, pelo julgador.

Por sua vez, Magalhães Gomes Filho (1997, p. 85-89) propõe que o direito à prova engloba: (i) o direito à investigação; (ii) o direito de proposição (indicação, requerimento) de provas; (iii) o direito à admissão das provas propostas, indicadas ou requeridas; (iv) o direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes; o direito sobre o meio de prova (direito de participação das partes nos atos de produção da prova); (v) o direito à avaliação da prova.

Scarance (2012, p. 81) também enumera alguns desdobramentos do direito à prova, tais como: (i) “o direito de requerer a produção da prova”; (ii) “direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova”; (iii) “direito a que, deferida a prova, esta seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para sua produção”; (iv) “direito a participar da produção da prova”; (v) “direito a que a produção da prova seja feita em contraditório”; (vi) “direito a que a prova seja produzida com a participação do juiz”; (vii) “direito a que, realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito”; (viii) “direito a que a prova seja objeto de avaliação pelo julgador”.

Contudo, não obstante sua extensão, o direito à prova não é absoluto, sendo limitado pelo admissível, válido, que tenha trilhado o devido processo, enfim, pela legalidade. O próprio ordenamento jurídico prevê tais limitações em determinadas ocasiões, como quando veda a utilização das provas ilícitas.

Na linha do quanto exposto no capítulo anterior, se a busca pela verdade possui limites ético-legais (daí o abandono da verdade real), considerada a relação teleológica entre prova e verdade, a atividade probatória também está sujeita a essas limitações,

“decorrentes da tutela que o ordenamento confere a outros valores e interesses igualmente dignos de proteção”. (GOMES FILHO, 1997, p. 91).

De tal sorte, a inobservância das regras dos procedimentos probatórios significa ruptura com as premissas do Estado Democrático de Direito, desembocando em intolerável arbítrio judicial. Tais procedimentos devem ser entendidos como um *método probatório judicial*, cuja função garantidora implica em limitações ao *objeto* da prova, aos *meios* de introdução da prova no processo, no estabelecimento de *procedimentos* adequados e inclusive na correta *valoração* da prova obtida. (GOMES FILHO, 1997, p. 92).

Com essas considerações, denota-se que do direito à prova se extrai o direito à exclusão das provas contrárias ao ordenamento, afinal, as restrições do direito à prova asseguram o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada. (GOMES FILHO, 1997, p. 93).

O estudo dessas limitações é demasiado amplo, razão pela qual o presente trabalho se ocupará especificamente do compartilhamento ou empréstimo de provas.

Explica-se: especialmente no âmbito das modernas formas de criminalidade, organizada, multinacional, com multiplicidade de ações e de autores, novos métodos probatórios passaram a compor o processo penal, ou então ganharam nova roupagem nesse paradigma atual. É o caso, por exemplo, do compartilhamento ou empréstimo de provas: com o aumento da complexidade dos casos, as regras de conexão probatória dão causa a inevitáveis “maxi-processos”, inexequíveis do ponto de vista prático e inclusive prejudiciais ao direito de defesa. Em lugar disso, ganha corpo a noção de que o aproveitamento das provas em procedimentos distintos pode render maior equilíbrio processual. (GOMES FILHO, 2016, p. 44).

Neste contexto, pertinente é a análise de Fábio Bechara (2011, p. 317):

A aceitação dos novos métodos de demonstração da verdade a partir do princípio da liberdade da prova, não significa que as disposições legais

que regulam o procedimento passam a ter uma importância secundária. Pelo contrário, simplesmente revela o inevitável reconhecimento da existência de novos mecanismos de descoberta da verdade, dotados de idoneidade e aptidão para este fim, frutos de um mundo globalizado e de uma sociedade em transformação, e que, por tal razão, não podem ser ignorados.

Consequentemente, Bechara (2011, p. 318) conclui que, mesmo no âmbito das provas atípicas ou inominadas – meios de prova não previstos em lei ou sem a regulação do respectivo procedimento, da qual a prova emprestada é exemplo no processo penal –, “os princípios constitucionais incidentes sobre o processo devem constituir o parâmetro de legalidade”.

É com base nessas premissas que, no próximo capítulo, o presente trabalho se dedicará à análise da prova emprestada, seu conceito, sua natureza jurídica, e, principalmente, as restrições à sua admissibilidade.

4 A PROVA EMPRESTADA

4.1 Conceito e natureza jurídica

De acordo com Bentham (2008, p. 333-334), prova emprestada é aquela “que foi produzida juridicamente, mas em outra causa, da qual é obtida para ser aplicada à causa em questão”. No Brasil, é unânime o emprego do conceito no sentido de que a “prova emprestada é a prova produzida em um determinado processo e que depois é trasladada, na forma documental, para outro processo” (NUCCI, 2011, p. 390).

Questiona-se, entretanto, qual seria a natureza jurídica da prova emprestada, se a mesma daquela produzida originariamente em processo distinto (por exemplo, prova

testemunhal ou pericial), ou se possui natureza de prova documental. (CESCA, 2016, p. 45).

Parte da doutrina sustenta que a prova emprestada é formalmente uma prova documental, não perdendo, na essência, sua natureza originária⁹.

Contudo, há nítida confusão entre documento como meio de prova e documentação de determinado meio de prova.

Não há dúvidas de que, ao ingressar no processo, todo meio de prova deve ser documentado, vale dizer, registrado por meio de símbolos, mas isso não altera a natureza jurídica do meio de prova em prova documental¹⁰. Portanto, a prova emprestada, apesar de trasladada na forma documental, manterá seu valor probante originário (CESCA, 2016, p. 46). Neste sentido, Talamini (1998, p. 147) pondera que aspecto essencial da prova emprestada é justamente o de “apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário”¹¹.

Em se tratando de meio de prova sem previsão expressa no Código de Processo Penal, a prova emprestada é atípica ou inominada, ao menos na seara do processo penal. Por outro lado, o Código de Processo Civil (CPC) chega a fazer menção, em seu artigo 372, à “utilização de prova produzida em outro processo”, autorizando o juiz a lhe dar “o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Aqui, a situação em muito se assemelha com a denominada “reprodução simulada de fatos”, prevista no artigo 7º do Código de Processo Penal e mais conhecida como “reconstituição do crime”: muito embora haja nominação do meio de prova, inexistente a previsão de um procedimento probatório típico.

⁹ Neste sentido: (ARANHA, 2006, p. 225); (INELLAS, 2000, p. 117). Para Demercian e Maluly (2009, p. 316-317), a prova emprestada constitui prova documental.

¹⁰ Neste sentido: “documento é meio de prova pré-constituído, no qual se materializa a representação de um fato estranho e, normalmente, anterior ao processo. Outra coisa bem distinta é a documentação dos atos processuais, isto é, o seu registro por meio de símbolos. Enquanto o documento representa algo que está fora do procedimento, sendo extraprocessual, a documentação representa um ato do próprio procedimento, sendo, portanto, endoprocessual”. (BADARÓ, 2005, p. 350-351).

¹¹ No mesmo sentido: (VIEIRA, 2016, p. 389-390).

Com efeito, ainda que se repute, no processo civil, a prova emprestada como prova típica pelo simples fato de ser nominada, e que, portanto, ela se trataria de prova típica do processo civil analogicamente aplicada no processo penal, fato é que permanece incumbindo à doutrina a fixação do procedimento probatório adequado e dos requisitos necessários para sua admissão e valoração.

De todo modo, a aplicação analógica do artigo 372 do CPC, por força do artigo 3º do CPP, é salutar e estabelece parâmetro ainda mais claro de obediência ao contraditório como requisito para a admissão da prova emprestada.

É de se ressaltar que o Projeto de Lei do Novo Código de Processo Penal propõe, em seu artigo 169¹², a regulamentação da prova emprestada, de modo que ela passaria a ser considerada prova típica no processo penal.

4.2 Requisitos

Inicialmente, é preciso elucidar que há quem sustente que o tema do empréstimo de provas refere-se apenas às provas denominadas constituídas – que se formam no âmbito do processo –, e não às provas pré-constituídas – que existem fora do processo, em procedimentos extraprocessuais. (DINAMARCO, 2009, p. 96).¹³

Talamini (1998, p. 147) sustenta que a prova pré-constituída vale por si própria e pela eficácia que tiver: “a circunstância de já ter prestado utilidade em um processo não altera nem influi em seu poder de convicção”.

¹² “Art. 169. Admite-se a prova emprestada quando produzida em processo judicial ou administrativo em que tenha participado do contraditório aquele contra o qual será utilizada. § 1º Deferido o requerimento, o juiz solicitará à autoridade responsável pelo processo em que a prova foi produzida o traslado do material ou a remessa de cópia autenticada. § 2º Após a juntada, a parte contrária será intimada a se manifestar no prazo de 3 (três) dias, sendo admitida a produção de prova complementar”.

¹³ Em igual sentido: (DIDIER JR.; BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 131). Contra, admitindo o empréstimo de documentos: (SANTOS, 2009, p. 377).

Em verdade, ainda que se esteja a tratar de prova pré-constituída, se for ela trasladada de um processo para outro diverso, terá efetivamente ocorrido o empréstimo ou compartilhamento de prova. Isso não significa, é claro, que o método probatório será o mesmo que aquele exigido no caso das provas constituídas.

Enfim, tanto as provas constituídas quanto as pré-constituídas são, em tese, passíveis de empréstimo ou compartilhamento de prova, bastando se constatar as diferenças quanto ao exercício do contraditório em cada uma delas (se diferido ou não).

No entanto, Aury Lopes Jr. (2016, p. 395) entende que a prova documental (pré-constituída) só será suscetível de compartilhamento quando se tratar de documento público ou particular que não envolva qualquer tipo de sigilo, não se encaixando nessa situação os extratos bancários, documentos fiscais etc., pois seu traslado para outro processo significaria desvio da finalidade da prova.

Portanto, a partir dessa premissa, as autorizações para quebra de sigilo bancário e fiscal estariam limitadas ao processo em questão, não os transformando em “públicos” para serem utilizados em outros processos. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 395).

Neste ponto, Brenno Cesca (2016, p. 48) propõe solução satisfatória ao problema: em se tratando de documento sigiloso, seu transporte será feito após decisão judicial que autorize o empréstimo, tanto do magistrado que preside o novo feito (que deve decidir também pelo cabimento da quebra de sigilo neste processo) quanto do juiz do feito anterior (que deve autorizar o compartilhamento, estendendo a obrigação de sigilo).

Note-se que, com tal proposição, o documento sigiloso de forma alguma é tornado público, havendo rigoroso controle de acesso, viabilizando o transporte escorreito da prova.

Quanto ao empréstimo de denúncias, sentenças ou acórdãos proferidos em outros processos contra o mesmo réu, muito embora sejam documentos públicos, se sua finalidade não ultrapassar a intenção de suposta degradação da imagem do acusado ou outras ilações semelhantes, deve ser inadmitido pelo juiz, sob pena de consagração de

verdadeiro direito penal do autor, em oposição ao direito penal do fato. É essencial que o empréstimo probatório esteja voltado à comprovação de fatos, para que não se subverta a lógica do processo. (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 395).

Passa-se agora à análise dos requisitos da prova emprestada.

4.2.1 A garantia do juiz natural

Um dos requisitos exigidos para o válido empréstimo de provas no processo penal é o de que a prova tenha sido produzida na presença do juiz natural¹⁴.

De acordo com Figueiredo Dias (2004, p. 322-323), o conceito da garantia do juiz natural se desdobra em três regras de proteção:

a) ele põe em evidência, em primeiro lugar, o plano da fonte: só a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência; b) em segundo lugar, procura ele explicitar um ponto de referência temporal, através deste afirmando um princípio de irretroatividade: a fixação do juiz e da sua competência tem de ser feita por uma lei vigente já ao tempo em que foi praticado o facto criminoso que será objeto do processo; c) em terceiro lugar, pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdições de exceção, i.é., jurisdições ad hoc criadas para decidir um caso concreto ou determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; o que não obstará a válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como a suspensão discricionária por qualquer autoridade.

¹⁴ Sobre o princípio do juiz natural, sugere-se a leitura da obra de Gustavo Badaró (BADARÓ, 2014).

Para Grinover (1993, p. 60-69), a partir da análise da terceira regra, a admissão da prova emprestada estaria condicionada à necessidade de que “o contraditório no processo originário tenha sido instituído perante o mesmo juiz, que também seja o juiz da segunda causa”, pois apenas a presença concomitante das partes e do juiz pode validar a prova e porque, especialmente em se tratando de prova originariamente oral, o princípio da imediação torna indispensável o contato direto do juiz com a fonte de prova para corretamente proceder à sua valoração.

Contudo, boa parte da doutrina adota posição distinta. Sob o argumento de que não se está a tratar de identidade física do juiz, mas sim do princípio do juiz natural, entendido como sinônimo de autoridade judiciária ou de sujeito legalmente investido de poder jurisdicional, sustenta-se que com tal requisito se está a garantir que a prova originária tenha sido produzida perante um juiz – não necessariamente o mesmo do segundo processo –, de tal sorte que inadmissível o compartilhamento de provas produzidas perante autoridades não jurisdicionais. (ALENCAR, 2012, p. 289).

Claro que, em se tratando de prova (ou elemento de informação) pré-constituída, é viável seu empréstimo de um processo administrativo para um processo jurisdicional, pois sua produção não se dá perante o juiz, mas sim fora do processo (extraprocessual). (CESCA, 2016, p. 68-69).

4.2.2 A garantia do contraditório

De acordo com Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner (2014, p. 79), o contraditório

É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do

interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

Para W. Goldschmidt, também serve para justificar a face igualitária da Justiça, pois ‘quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la otra’. Trata-se não só de um eficaz instrumento técnico que utiliza o Direito para obter a descoberta dos fatos relevantes para o processo, constitui o que Guasp chama de uma verdadeira exigência de justiça que nenhum sistema de Administração de Justiça pode omitir. É autêntica prescrição do direito natural, dotada de inevitável conteúdo imperativo. Talvez seja o princípio de direito natural mais característico, dentre todos que fazem referência à Administração da Justiça.

No que toca à prova emprestada, o contraditório deverá passar por uma dupla filtragem: terá de ser exercido pela parte tanto no processo de origem quanto no processo ao qual se destina a prova. Então, as partes dos dois processos necessariamente precisam ser as mesmas, ou ao menos que “a parte contra a qual será utilizada a prova tenha sido parte no primeiro processo” (BADARÓ, 2014, p. 164). De acordo com Gomes Filho (2016, p. 52), “em hipótese alguma poderá a prova emprestada gerar efeitos contra quem não tenha participado da prova no processo originário”.

Especificamente quanto à prova testemunhal como prova emprestada, ensina Badaró (2016b, p. 396-397) que

é da essência da prova testemunhal a sua produção em contraditório, com imediatidade das partes. Aliás, a CADH assegura, em seu art. 8.2, *f*, entre as garantias processuais mínimas dos acusados: “o direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Em suma, para que seja assegurado o direito de inquirir as testemunhas, no caso de prova testemunhal

emprestada, é fundamental que a defesa tenha participado, inclusive com direito a reperguntas, da oitiva no processo originário, posto que, no segundo processo, o testemunho será juntado na forma de documento, sendo inviável a inquirição. Sem a possibilidade de inquirição no processo originário e no processo que recebeu a prova emprestada, a violação ao art. 8.2, *f*, da Convenção Americana de Direitos Humanos é evidente.

Por outro lado, Aury Lopes Jr. (2016, p. 396-397) entende ser inadmissível o empréstimo de prova testemunhal, pois há limitação insuperável: se há interesse probatório no empréstimo da prova testemunhal, seria o caso de julgamento simultâneo por conexão probatória ou de indicação da testemunha para que seja ouvida no processo a que se pretende a produção da prova. Alega-se também a clara violação ao contraditório, afinal, a prova produzida em um processo está vinculada a um determinado fato e réu, de modo que, ao ser trasladada automaticamente, olvida-se da especificidade do contexto fático que a prova pretende reconstruir.

De todo modo, considerando-se a possibilidade de emprego analógico da previsão contida no artigo 372 do CPC/2015 sobre compartilhamento de provas, o contraditório certamente deverá ser observado à luz das novas disposições trazidas em aludido diploma legal, que melhor elucidou o alcance desse princípio (artigos 9º e 10 do CPC).

Em termos de garantismo, é relevante a colocação de Américo Bedê Freire Júnior (2016, p. 262) no sentido de que “é inconcebível que o processo civil proteja de modo mais eficiente as partes do que o processo penal”, uma vez que as normas processuais que densificam direitos fundamentais são heterotópicas e devem ser aplicadas em todas as searas jurídicas.

Neste contexto, sustenta-se que, salvo nos casos em que legalmente descabida a manifestação prévia da parte (como na interceptação telefônica ou na busca e apreensão, em que o elemento surpresa é essencial), é imprescindível que tenha havido a

oportunidade de exercício do direito de influência/confronto em todas as etapas probatórias (requerimento, produção e valoração), sob pena de tornar a prova ilegítima e, portanto, inadmissível no processo¹⁵.

Ora, a prova emprestada demanda maior rigor para sua utilização no processo penal, na medida em que ela sempre significará, em alguma medida, compressão do direito de defesa, pois a estratégia defensiva muda segundo o crime que lhe é atribuído (FERRUA, 2015, p. 180). Daí o estabelecimento de requisitos que tragam restrição minimamente razoável ao uso da prova emprestada.

No caso das provas pré-constituídas (por exemplo, um contrato ou uma carta), em que o contraditório é diferido, basta que tenham sido submetidas ao posterior contraditório de partes, já que não são produzidas em contraditório judicial. (BADARÓ, 2016b, p. 397).

4.2.3 Identidade do objeto da prova

Conforme Badaró (2016b, p. 397-398), o terceiro requisito da prova emprestada é que “o objeto da prova seja o mesmo em ambos os processos”. Por exemplo, não se pode emprestar uma prova produzida em um processo civil no qual se comprovou que o pai não poderia ter a guarda do filho por ser usuário de substância entorpecente, para demonstrar que o acusado era usuário de drogas em um processo penal.

Em sentido diverso, Aranha (2006, p. 197) entende que basta a existência de fatos semelhantes, sendo desnecessária a identidade de objeto.

¹⁵ De acordo com Grinover (1993, p. 65), “por provas ilegítimas entendem-se as produzidas contra normas de índole processual, ainda que inseridas na Constituição: é o caso das provas produzidas fora do contraditório”. Continua, afirmando que, “como bem alerta Júlio Fabbrini Mirabete, ‘a partir do início da vigência da nova Carta Magna, pode-se afirmar que são totalmente inadmissíveis no processo civil e penal tanto as provas ilegítimas, proibidas pelas normas de direito processual, quanto as ilícitas, obtidas com violação das normas de direito material’”.

Talamini (1998, p. 153), por outro lado, considera que este pressuposto não se trata de requisito específico de admissibilidade da prova emprestada, mas de questão ligada à pertinência e relevância do meio de prova, que são exigências genéricas aplicáveis a todos os meios de prova.

O presente requisito, de fato, se faz necessário para a admissão da prova emprestada, como forma de inviabilizar o desvio da finalidade da prova.

4.2.4 Identidade do âmbito de cognição judicial

Para o compartilhamento da prova, não basta a mera participação em processo anterior. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido tão intenso quanto o que haveria no segundo processo. (TALAMINI, 1998, p. 153).

Está vedado, portanto, o compartilhamento de prova produzida em processo cautelar, com cognição sumária, na medida em que no processo penal condenatório a cognição é plena. Esse requisito não abarca as medidas cautelares de produção antecipada de prova, nem os chamados meios de obtenção de prova, como a busca e apreensão e a interceptação telefônica, cuja destinação estará vinculada a outro processo (principal). (BADARÓ, 2016b, p. 398).

Em sentido contrário, Brenno Cesca (2016, p. 75) entende ser desnecessário esse requisito, pois importaria apenas e tão somente que as partes tenham efetivamente exercido o contraditório, explorando-o a contento. Argumenta ser “possível que, em um processo condenatório, um meio de prova não tenha sido suficientemente explorado pela defesa, e o contrário pode ocorrer em um processo de natureza cautelar”.

Tal posicionamento deve ser rechaçado. Em verdade, no processo de natureza cautelar, por mais que a defesa insista em exercer profundo contraditório, o juízo permanecerá limitado a uma cognição sumária, restringindo o devido exercício do direito

de defesa. Outrossim, o fato de a defesa técnica do acusado elaborar trabalhos mais ou menos qualificados em um ou outro procedimento não encontra relação com a efetiva oportunização do exercício do contraditório pleno.

Destaque-se, entretanto, que mesmo se admitida uma prova emprestada por se entender que ela preenche tais requisitos, nada impede que a parte pleiteie a repetição ou complementação da prova, desde que fundamentada a sua necessidade. Pode-se demonstrar, por exemplo, que remanescem algumas dúvidas quanto ao fato que se pretende provar no processo de destino da prova, fazendo-se necessária nova oitiva do perito.

Além disso, para se garantir a plena cognição das partes atuantes no processo a que se destina a prova emprestada, deverá ser ela trasladada em sua integralidade, e não apenas parte dela, o que impediria sua completa valoração. Como explica Badaró (2016b, p. 398):

Assim, por exemplo, no caso de transporte de uma prova pericial, não se pode levar apenas o laudo inicial, deixando de transportar a resposta aos quesitos complementares ou os esclarecimentos orais dos peritos. No caso de uma prova testemunhal, não será admissível juntar apenas o termo em que consta o depoimento, mas não juntar a parte em que houve a contradita e o seu resultado. Se houve a instauração de um incidente de falsidade documental em relação a um documento juntado aos autos, não se pode trasladar para outro processo apenas o documento em si.

De tudo isso, depreende-se que o questionamento acerca da validade da prova (se lícita e legítima) poderá ser reiterado pela parte no processo a que se destina o empréstimo, ainda que já haja decisão a respeito no processo originário. Pode-se dizer que há, de certa forma, dupla possibilidade de impugnação da prova. Como já apontado acima, a prova emprestada representa, em alguma medida, certa compressão do direito de

defesa em homenagem à economia processual, de modo que sua admissibilidade deve estar condicionada a rigorosos parâmetros que compensem esse ônus defensivo.

5 CONCLUSÃO

Apesar dos avanços do giro linguístico e do contexto da denominada pós-modernidade, não se pode abandonar por completo a verdade no processo penal, sob pena de se prestigiar o decisionismo e o intolerável arbítrio judicial.

Ao mesmo tempo, não pode a verdade ser o fim último do processo, abandonando-se de vez o mito da verdade real, típico dos sistemas inquisitórios. Deve ela, isso sim, ser o meio para a correta aplicação da lei penal, respeitados os limites ético-legais de um Estado que se afirme democrático e de direito.

Assim sendo, o vínculo entre prova e verdade foi redimensionado ao longo do século passado, de sorte que a verdade passou a ter, por assim dizer, um papel contingencial e aproximativo no processo, muito embora seu liame com a prova seja teleológico.

Por isso, para que seja considerado verdadeiro no processo, o enunciado “p está provado” deve ser entendido como “se fazem presentes elementos suficientes a favor de p”.

Com base nessas premissas, foi possível verificar que o direito à prova possui *status* constitucional, sendo entendido como aspecto insuprimível das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Tal direito possui, ainda, proteção no plano da convencionalidade, sendo extraído do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

De fato, inquestionável a relevância do direito à prova em um regime processual democrático.

Contudo, referido direito não é absoluto, encontrando limites. Isso porque, como constatado anteriormente, a busca da verdade esbarra em restrições ético-legais, e não por um acaso o próprio ordenamento jurídico prevê vedações em determinadas ocasiões.

Destarte, do direito à prova se extrai o direito à exclusão das provas contrárias ao ordenamento, afinal, as restrições do direito à prova asseguram o direito da parte contrária a uma prova corretamente obtida, produzida e valorada.

A prova emprestada, enquanto meio de prova autorizado como medida de exercício do direito à prova, conseqüentemente está limitada por certos requisitos de admissibilidade.

Sobre sua natureza jurídica, respeitados os requisitos de admissibilidade, poderá ser o mesmo da prova produzida na origem (pericial, por exemplo), sendo certo que seu traslado se dará na forma documental.

É admissível o compartilhamento tanto de provas pré-constituídas quanto de provas constituídas, observadas as diferenças que incidem sobre cada uma delas no que toca ao exercício do contraditório (se diferido ou não).

Quanto às provas pré-constituídas, em se tratando de documento sigiloso, seu transporte será feito apenas após decisão judicial que autorize o empréstimo, tanto do magistrado que preside o novo feito, que deverá decidir também pelo cabimento da quebra de sigilo do documento, quanto do juiz do feito anterior, que deverá autorizar o compartilhamento da prova, estendendo a obrigação de sigilo.

No tocante aos requisitos da prova emprestada, tem-se que o primeiro deles é a obediência à garantia do juiz natural, devendo esta ser entendida não como a identidade física do juiz, mas sim como autoridade judiciária legalmente investida de poder jurisdicional.

O segundo requisito é o respeito à garantia do contraditório. A parte afetada pela prova emprestada deverá ter sido parte não apenas no processo a que ela se destina, como também no processo de onde ela se origina. Necessário, ainda, que tenha havido efetivo exercício do contraditório nos dois processos.

Como o compartilhamento de provas está previsto no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 372, é possível sua aplicação analógica, tornando certa a necessidade do contraditório como requisito de admissibilidade. Aliás, por essa razão também deverão ser observados os artigos 9º e 10 do CPC no que couber, na medida em que densificam a garantia do contraditório.

O terceiro requisito é a necessidade de identidade do objeto da prova, ou seja, a prova deverá estar dirigida ao mesmo fim em ambos os processos, devendo ser consideradas, ainda, a pertinência e a relevância de seu compartilhamento. Trata-se de requisito necessário para evitar-se o desvio de finalidade da prova.

Por fim, o quarto e último requisito é a imprescindibilidade da identidade do âmbito de cognição judicial da prova. Não basta que a parte tenha participado também do processo originário. É preciso que o grau de contraditório e de cognição do processo anterior tenha sido tão intenso quanto o que haveria no segundo processo.

Com efeito, é inadmissível o compartilhamento de prova produzida em processo cautelar, com cognição sumária.

Para garantir essa ampla cognição, deve a prova ser trasladada em sua integralidade, e não apenas uma parte dela, o que impediria sua completa e esmerada valoração.

De tudo isso, pode-se afirmar que há, em certa medida, dupla possibilidade de impugnação no compartilhamento de prova, o que de modo algum caracteriza exagero ou excesso de restrições. A prova emprestada ocasiona certa compressão do direito de defesa em nome da economia e celeridade processuais, de modo que sua admissão deve estar amparada em rigorosos parâmetros que compensem esse ônus causado à defesa.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Claudio Demczuk de. O uso da prova emprestada no processo penal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 193, p. 285-295, 2012.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. **Da prova do processo penal**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Luis Flavio; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: José Roberto dos Santos Bedaque; Lia Carolina Batista Cintra; Elie Pierre Eid. (Org.). **Garantismo Processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo**. 1ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, v. 1, p. 219-260.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova emprestada no processo penal e a utilização de elementos colhidos em Comissões Parlamentares de Inquérito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 157-179., jan./fev. 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Temas de direito processual** (terceira série). São Paulo: Saraiva, 1984

BECHARA, Fábio Ramazzini. Prova emprestada e a preclusão do contraditório. **Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo, v. 8, n. 14, p. 315-343., jan./jun. 2011.

BENTHAM, Jeremias. **Tratado de las pruebas judiciales**. 2. Ed. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2008.

CASARA, Rubens R. R.. **Mitologia processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CESCA, Brenno Gimenes. **Prova emprestada no processo penal**. Curitiba: Juruá, 2016.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, J. A. . **Curso de Processo Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo Malheiros, 2009, v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. rev.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FERRUUA, Paolo. **La prova nel processo penale**. Torino: Giappichelli, 2015, vol. 1.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Reimpressão da 1ª edição (1974). Coimbra: Coimbra, 2004.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **Repercussões em matéria probatória do novo CPC no processo penal brasileiro**. In: Antonio Passo Cabral; Eugênio Pacelli; Rogerio Schietti Cruz. (Org.). **repercussões do novo CPC**. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 13, p. 261-276.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; LOPES JUNIOR, A. C. L. **Investigação Preliminar no Processo Penal** – 6ª edição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 43-61., ago. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova emprestada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 60-69., out./dez. 1993.

INELLAS, Gabriel Cezar Zaccaria de. **Da prova em matéria criminal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

KHALED JR, Salah H.. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **Lógica das provas em matéria criminal**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhen. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, D. F.; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional - 5ª Edição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Jardel Luís da; FELIX, Yuri. Dos limites à atividade probatória no processo penal: ilicitude e compartilhamento de provas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 111, p. 209-226., nov./dez. 2014.

TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n. 140, out./dez. 1998.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**: el juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

VIEIRA, Renato Stanziola. Art. 8º, parágrafo único, da lei 9.296/96: considerações sobre sigilo, prova compartilhada, admissibilidade e valoração de elementos de informação. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. **Interceptação telefônica**: os 20 anos da lei nº 9.296/96. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 369-403.



Área 2: Processo Penal Pena e Prisão

O CONTROLE PENAL SOBRE MULHERES EM SITUAÇÃO DE MATERNIDADE NO RIO DE JANEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Aline Pancieri

Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas, na linha Direitos Humanos Sociedade e Arte (UFRJ) e pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos (LADIH) da UFRJ, vinculada ao “Grupo de Pesquisas Drogas e Direitos Humanos”.

Luciana Boiteux

Doutora em Direito Penal (USP/2006). Professora associada I, em dedicação exclusiva, de Direito Penal e Criminologia da Faculdade Nacional de Direito (UFRJ). Bolsista de Produtividade em Pesquisa nível 2 do CNPQ, coordenadora do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da mesma Instituição e pesquisadora associada ao Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ e Professora do Corpo Permanente do PPGD/UFRJ.

Resumo: Este artigo pretende investigar o controle penal sobre mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro e as opressões estruturais a que estão submetidas. Tal fenômeno será analisado a partir da mudança nos processos de criminalização feminina no Brasil, que se relacionam diretamente a um contexto socioeconômico marcado pela divisão sexual e racial do trabalho, pela feminização da pobreza (DEL OLMO, 1996), como também pela política de guerra às drogas (BOITEUX, 2009). Esta conjuntura repercutiu no acelerado aumento do encarceramento feminino, que, percentualmente, até supera o masculino (DEPEN, 2014). Diante deste cenário, busca-se analisar como se dá a operacionalidade concreta da seletividade penal nas grávidas e puérperas encarceradas, e em que medida tal operacionalidade pode se revelar ainda mais severa se comparada aos homens e mulheres presos no sistema penitenciário em geral. Para tanto, se realizou uma investigação empírica articulada em dois eixos metodológicos: o primeiro que se refere a pesquisa de campo, realizada nos meses de junho e julho de 2015, em que se entrevistou 41 mulheres gestantes e puérperas na penitenciária Talavera Bruce e na

Unidade Materno Infantil, localizadas no Complexo de Gericinó, no Rio de Janeiro, a fim de mapear o perfil socioeconômico, a situação jurídica e as experiências relacionadas à maternidade no cárcere, a partir de um questionário semiestruturado. O segundo se refere à análise de decisões interlocutórias e sentenças condenatórias de 23 processos de mulheres presas na UMI em junho de 2016, buscando tecer reflexões sobre os fundamentos que concedem ou não medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, como a prisão domiciliar, além da rigidez das condenações impostas às mulheres grávidas e puérperas. O marco teórico é a Criminologia Crítica – autores como Baratta, Vera Andrade e Rosa del Olmo, e a perspectiva feminista interseccional.

Palavras Chave: Encarceramento Feminino; Tráfico de Drogas; Maternidade.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos vinte anos verificou-se o aumento do encarceramento feminino em toda a América Latina, sobretudo em razão de uma política criminal de guerra às drogas, como apontam Chernicharo (2014) e Boiteux (2011). No Brasil, dados do Departamento Penitenciário Nacional apontam para um crescimento da população carcerária feminina de 567% entre os anos de 2000 e 2014, crescimento este que, percentualmente, supera o masculino, o qual foi de 267% no mesmo período (DEPEN, 2014).

O maior encarceramento das mulheres em nosso país, em consonância com o marco latino americano, está estritamente relacionado à política de drogas proibicionista e repressiva, que obedece a uma lógica violadora de garantias individuais e de princípios constitucionais, como a presunção de inocência e a proporcionalidade das penas, dentre outros. De maneira geral, o recrudescimento das leis e de sua aplicação pelo Poder Judiciário pode ser verificado nesse aumento do número de presos e de presas, que tem como base o discurso do traficante como inimigo público e alvo preferencial do sistema penal (BOITEUX, 2009). Neste sentido, construiu-se a categoria do inimigo como aquele *não-sujeito* de direitos, sendo que tal discurso repressivo também parece se aplicar às

mulheres, inclusive as mães e puérperas, quando estas são acusadas pelo crime de tráfico de drogas, como iremos analisar nessa pesquisa.

O modelo proibicionista de guerra às drogas vai se servir de tal ideologia para consolidar o seu discurso e suas práticas autoritárias, dando efetiva continuidade à tradição brasileira de controle social da pobreza, ao selecionar os mais pobres e vulneráveis (BOITEUX, 2009). No caso da mulher traficante, sua criminalização também passa pela seletividade dos mais descartáveis dentre os vulneráveis, já que sua inserção no tráfico se dá geralmente nos níveis hierárquicos mais baixos (HELPS, 2014, CHERNICHARO 2014, GIACOMELLO, 2013).

Assim, esse aumento do encarceramento feminino também deve ser observado a partir da divisão *sexual e racial* do trabalho, além das complexas condições sociopolíticas da região. Esse cenário está diretamente ligado à desigualdade social e aos altos níveis de pobreza de grande parte da população na América Latina, o que leva à ampliação da economia informal na qual, por sua vez, estão inseridas em grande parte as mulheres. Por este tipo de economia envolver mercados ilegais, elas acabam imersas em um contexto criminal desde cedo, o que faz com o que os limites entre o lícito e o ilícito sejam ampliados (SOARES e ILGENFRITZ, 2000).

Diante deste cenário, não é de se estranhar que a mulher latino americana insira em seus modos de sobrevivência um tipo de trabalho considerado ilegal, como o tráfico de drogas, pois, em momentos de crise as mulheres são ainda mais afetadas pela pobreza do que os homens. É nessa perspectiva estrutural que o presente trabalho busca analisar o controle penal sobre as mulheres em situação de maternidade acusadas pelo crime de tráfico de drogas no Rio de Janeiro. Com o sistema de justiça criminal, especificamente no Rio de Janeiro, perpetua a invisibilidade das mulheres em situação de maternidade, sobretudo daquelas que respondem pelo crime de tráfico de drogas?

A análise aqui desenvolvida se dá a partir de dois eixos metodológicos principais: o primeiro deles consiste em entrevistas realizadas com 41 mulheres grávidas e puérperas encarceradas no Talavera Bruce e na Unidade Materno Infantil, em julho e agosto de

2015; e o segundo deles, a investigação de decisões interlocutórias e sentenças condenatórias de 23 mulheres que se encontravam presas na UMI em junho de 2016¹.

O acesso a estes casos se deu através da lista oficial com o nome completo das mulheres encarceradas na UMI, solicitada à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro². A partir da lista com os nomes completos, foi realizada uma busca *por nome* no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da qual se localizou vinte e três processos do total das vinte e quatro presas.

2. GRAVIDEZ NA PRISÃO: GRAVIDEZ DE RISCO

A maternidade vivenciada na prisão se revela como uma das facetas mais perversas do cárcere, pois envolve violências, contradições e sofrimentos intensos tanto para as mulheres presas quanto para os seus filhos. Neste sentido, alguns estudos apontam que as condições sociais das mães que dão à luz encarceradas são precárias, tanto no que se refere à deficiente assistência pré-natal, alimentação, condições de abrigo, stress psicológico, etc., além do uso de algemas durante o trabalho de parto, no parto e no pós-parto (LEAL, AYRES, PEREIRA, SÁNCHEZ, LAROUZÉ, 2016).

No cárcere, se verifica que os direitos reprodutivos das mulheres e aqueles relacionados à sua saúde são amplamente desrespeitados, o que está em desacordo com o disposto na Constituição Federal no sentido de que as presas devem ter o mesmo tratamento e acesso à saúde que a população livre.

¹ É importante salientar que a escolha por restringir o universo pesquisado à UMI se explica pelo intuito de investigar somente os casos das presas que deram à luz enquanto estavam dentro do sistema penitenciário. Ademais, salienta-se que haviam 24 mulheres presas na época, porém não conseguimos encontrar um dos casos pelo site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

² O grupo de pesquisa Política de Drogas e Direitos Humanos do Laboratório de Direitos Humanos da UFRJ solicitou à Defensoria o nome de todas as mulheres que se encontravam presas no sistema penitenciário do Rio de Janeiro, em junho de 2016, para fins da realização de uma pesquisa.

Outra questão importante gira em torno da separação da mãe de seus filhos, seja pela prisão em flagrante que os separa, seja nos casos em que os bebês, após os seis meses de nascimento, são retirados de suas mães que voltam para as unidades regulares do sistema carcerário. Tal situação tem implicações na saúde psicológica de ambos, e mais parece um beco sem saída: se de um lado a convivência com o filho dentro da prisão possui consequências nefastas, a sua separação prematura da mãe também tem repercussões avassaladoras.

Tais elementos, por si só, já denotam que toda a gravidez no cárcere é uma gravidez de risco, pois existe de fato um aprisionamento parental³ (CANAZARO, 2014). Os efeitos da pena⁴ (que em muitos casos se dão de maneira antecipada, em prisão provisória, sem condenação transitada em julgado) claramente se estendem para além da mulher encarcerada, afetando toda a sua estrutura familiar. Este fato nos leva, inevitavelmente, a pensar que a atual prática judiciária de manter mulheres grávidas e mães encarceradas desrespeita frontalmente um dos princípios constitucionais norteadores da democracia, qual seja, da intranscendência da pena, ou da pessoalidade, o qual garante que somente a pessoa condenada, e, ninguém mais poderá responder pelo fato praticado (artigo 5º, XLV da CF).

De fato, são diversas as contradições que permeiam o tema da maternidade na prisão, a começar pela não consideração dos efeitos da pena na vida que está por vir, ao contrário do que se dá, por exemplo, na criminalização do aborto. É o Estado dizendo quais vidas importam e quais vidas não importam. Se a criminalização do aborto é socialmente um desastre⁵, é igualmente uma tragédia permitir que a vida de tantas mulheres e crianças sejam afetadas de forma tão intensa por meio do encarceramento.

³ Neste sentido, um estudo foi realizado pela Universidade de Princeton constatou que crianças com pais privados de liberdade têm 44% mais chances de apresentar comportamento agressivo (Fragile Families Research Brief, 2008).

⁴ Na pesquisa realizada no Brasil e em Portugal, Canarazo (2014) constatou que em ambas as realidades o aprisionamento acaba se estendendo aos filhos, que, segundo ela, se submetem as prisões de forma direta. Mesmo na experiência portuguesa, que conta com mais infraestrutura e com uma unidade projetada para as crianças, a autora afirma que os efeitos do aprisionamento são visíveis nas crianças, evidenciados pela sua forma de agir.

⁵ A pesquisa realizada pela antropóloga Debora Diniz em 2010 revela que mais de uma em cada cinco mulheres entre 18 e 29 anos já recorreu a um aborto na vida (DINIZ e MEDEIROS, 2010). A cada dois

Vê-se, então, que tudo gira em torno do não reconhecimento da autonomia da mulher pobre, e sobretudo negra, e o bem-sucedido controle dos seus corpos por parte do poder punitivo formal e informal, com a manutenção da mulher em um lugar passivo. E uma das melhores formas de explicitar tais contradições é verificar empiricamente quem são as mulheres grávidas e puérperas encarceradas, de forma a visibilizar suas trajetórias de vida e suas experiências dentro do sistema penitenciário.

Neste sentido, o perfil socioeconômico das presas grávidas e puérperas entrevistadas revela a seletividade concreta do sistema de justiça criminal: em primeiro lugar, tem-se que as presas entrevistadas são, em sua vasta maioria, jovens (78% entre os 18 e 27 anos), percentual este superior à tendência geral demonstrada por outras pesquisas, as quais indicam que a população penitenciária se constitui, em grande parte, por pessoas jovens. Essas mulheres jovens estão sendo encarceradas sem critério, e suas vidas (e a de seus filhos) possivelmente arruinadas. Frente às elevadas taxas de desemprego e a descartabilidade da mão de obra, as mulheres jovens em situação de maternidade entram para a mira do poder punitivo por necessidade.

No tocante à raça, a maior parte das entrevistas se declarou parda (41%), seguido por boa parte que se declarou negra (37%), frente a apenas 17% que se declararam branca. Frente a isto, observa-se que a questão racial é central nos processos de criminalização feminina, especialmente em situação de maternidade, e que o sistema penal, tanto formal, quando subterraneamente, é orientado para o controle dos negros, sobretudo da juventude negra. O racismo é estrutural e estruturante em nossa sociedade (GOÉS, 2014), de maneira tão intrínseca que se tenta velá-lo pelo mito da democracia racial, e por isto a demonstração empírica é tão importante para afastar os mitos e evidenciar o projeto político de extermínio da população negra (FLAUZINA, 2014).

Sobre o estado civil, a larga maioria das entrevistadas se declarou solteira: 82,9% o que indica que se tratam de mães solteiras, universo semelhante ao que já se verificou

dias uma mulher (pobre) morre por aborto inseguro no Brasil. Disponível em:
<http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>.

em outras investigações sobre mulheres presas (ANGOTTI e BRAGA, 2015; HELPES, 2014; INFOPEN, 2014).

No que diz respeito à escolaridade, 75,6% das entrevistadas afirmaram não terem o ensino fundamental completo. Além disso, metade delas alegou estar trabalhando na época em que se deu a prisão: 51,2%, e, deste percentual, a vasta maioria (85,7%) afirmou trabalhar sem carteira assinada. Este dado indica que as mulheres podem estar imersas em uma economia informal desde cedo, economia esta comandada majoritariamente pelo setor feminino, nas quais os limites entre o lícito e o ilícito são turvos, facilitando a entrada da mulher no tráfico de drogas, que se organiza em meio a outras ocupações informais.

Aqui é importante enfatizar que o fator socioeconômico deve ser visto como o ponto nevrálgico nos processos de criminalização feminina, uma vez que a “escolha” em entrar para o crime, em muitos casos, aparece como uma estratégia de sobrevivência, e, uma das poucas possibilidades de conciliação entre os papéis reprodutivos e produtivos (GIACOMELLO, 2013). Neste sentido, podemos perceber que o sistema de justiça criminal não só deixa de levar em consideração a trajetória de vida das mulheres, e as restritas possibilidades de vida que possuem, mas que reforça suas vulnerabilidades, o que muitas vezes torna do cárcere um destino inevitável (DAVIS, 2009).

Frente ao perfil socioeconômico aqui verificado das mulheres presas em situação de maternidade, percebe-se que a população carcerária concentra os piores estigmas e condições de vida, de forma muito mais acentuada que a população brasileira total. Neste sentido, as entrevistadas não só acompanham a tendência da população carcerária nacional (ANGOTTI e BRAGA, 2015), como também denotam vivências ainda mais extremadas. Diante disto, fica a questão: como defender uma pretensa ressocialização dessas mulheres, que tiveram pouquíssimas oportunidades de se inserirem socialmente com dignidade? A ressocialização aparece mais como uma “lenda conveniente”, já que para os pobres, pretos, consumidores falhos, aqueles “novos desajustes inúteis do empreendimento neoliberal” (BATISTA, 2001) e cada vez mais as mulheres, o sistema carcerário aparece como legitimador do “apodrecimento em vida”, o que no caso das

gestantes e puérperas têm implicações não só com a sua vida em particular, como também com a vida que está por vir.

O tema da violência é também de extrema relevância: do total das entrevistadas, 41,5% afirmaram já terem sido vítima de crime ou violência. São muitas as mulheres que compartilharam episódios de violência doméstica e gravíssimas agressões físicas, que se deram até mesmo quando estavam grávidas, de resguardo, e em outras situações especiais. Tudo isto indica a urgente necessidade de romper com a tradição legitimadora e banalizadora da violência contra à mulher.

Como afirma Baratta (1999) as mulheres já possuem um sistema de controle dirigido diretamente exclusivamente a seu desfavor, qual seja, o controle informal que se realiza na esfera privada, dentro de casa. Este sistema de controle se exercita através do domínio patriarcal e tem como última garantia a violência física contra as mulheres. Assim, tem-se que o sistema de justiça criminal atua de forma complementar com o sistema de controle informal: são múltiplas as facetas da violência vivenciadas pela mulher, que partem do ambiente doméstico, se estendem ao mercado de trabalho, à estrutura do mercado de drogas e, por fim, ao cárcere.

Há que se falar ainda na violência institucional, que é parte constituinte e prática corriqueira no sistema prisional. Neste sentido, diversas pesquisas que abordam a questão da violência interna dos presídios como algo inerente ao seu cotidiano, o que também foi verificado em nossa investigação (HELPE, 2014). Foram vários os relatos de abuso de autoridade, de agressões verbais e físicas, os quais parecem fazer parte não só do dia-a-dia da Penitenciária Talavera Bruce, mas sobretudo, do delicado momento do trabalho de parto das mulheres, e o seu trajeto até o hospital.

O tratamento desumano e o abuso de autoridade foram relatados na maioria dos casos relatados, e parecem ser, via de regra, na relação entre os agentes penitenciários e as mulheres encarceradas. Conforme narram as presas, há referências a tratamento humilhante e ilegal a elas dispensado, por meio de xingamentos, ameaças, agressões verbais e até mesmo físicas. Suas queixas foram mais intensas em relação aos agentes SOE, mas também se falou sobre o tratamento recebido dos agentes no presídio Talavera

Bruce. Os xingamentos relatados tinham, inclusive, um viés sexista, o que se percebe pelo uso de expressões como “loucas”, “mentirosas”, “mocreias”.

O fato de serem mulheres e “criminosas” é usado pelos agentes como forma de punição, reafirmando a elas que o papel feminino não é aquele. Além disto, há um flagrante desrespeito à intimidade das presas, que pode ser observado nos relatos em que os agentes do sexo masculino observaram os partos das entrevistadas. Ocorrências como estas revelam o controle da sexualidade das mulheres, sendo este controle uma das práticas e políticas que corroboram com a subordinação feminina ao poder masculino (CHESNEY-LIND, 2006).

Por conseguinte, o tema da saúde se apresenta como um dos mais problemáticos: do total das entrevistadas, a maioria (53,7%) afirmou não receber atendimento ginecológico. Frise-se que 26,8% delas afirmaram não saber, não lembrar, ou não responderam a essa questão. Soma-se a isto o fato da maior parte das entrevistadas não ter realizado o exame pré-natal completo: 70,7% delas. Além disto, outra queixa muito frequente foi a respeito do não recebimento do resultado dos exames feitos. A precariedade na realização dos exames pré-natal e do atendimento ginecológico em geral é certamente um dos problemas mais graves enfrentados pelas mulheres gestantes encarceradas.

Os dados sobre a situação jurídica das mulheres também são de extrema relevância, pois a partir deles se pode denotar um flagrante desrespeito a lei em diversos sentidos. Em primeiro lugar, tem-se que 70,7% das entrevistadas se declararam primárias. Também se observou que a vasta maioria das entrevistadas eram presas provisórias: 73,2% delas ainda estava aguardando julgamento no momento da entrevista. A partir disto, verifica-se a pífia aplicação da lei de medidas cautelares, e especificamente da prisão domiciliar, o que será aprofundado também no próximo tópico.

A esmagadora maioria delas afirmou que após o nascimento do filho atual, ou, após a separação do mesmo, o filho ficará com a avó (61%), frente ao pequeno percentual que disse que quem cuidará é o companheiro (7,3%), ou o pai (2,4%). Tais dados revelam a predominante participação feminina no tocante aos cuidados maternos, e refletem o ranço da sociedade patriarcal em que vivemos, já que as funções reprodutivas e a

maternidade são atribuídas quase que inteiramente às mulheres. Deste modo, afirma Chauí (1985) que a maternidade é um nó duplo, pois segundo os padrões da sociedade patriarcal, é tida como a essência da mulher, e quando a mulher se vê mãe (sobretudo aquela marcada pela pobreza), ela se depara com o desemprego, ou com o trabalho informal, entre outros aspectos de uma dura realidade.

O que se percebe é que o exercício da maternidade dentro do cárcere é uma forma muito efetiva de controle dos corpos das mulheres e da sua sexualidade. A sexualidade aqui não deve ser apenas entendida como a troca sexual, a qual também se vê extremamente cerceada frente a todos os impedimentos da visita íntima, mas de forma mais ampla, como o impulso vital, a força de vontade, a possibilidade de uma ação transformadora de si. A maternidade experimentada no cárcere tem por escopo tornar as mulheres disciplinadas, e, portanto, mais adequadas às normas institucionais, “evitando envolvimento em conflitos disciplinares” (SANTA RITA, 2006), o que reforça o estereótipo da mulher comportada e em seu “devido lugar”, que, por essência, é o de ser mãe. É realmente altíssimo o grau de repressão em seus corpos e suas vidas, repressão esta promovida através do controle informal pelos patriarcados, e cada vez mais através do controle formal pelo cárcere.

3. OPERACIONALIDADE CONCRETA DO CONTROLE PENAL NAS DECISÕES JUDICIAIS

Do total dos 23 casos analisados, 14 mulheres respondiam por crimes relacionados ao tráfico de drogas, enquanto que as outras 9 foram processadas por crimes contra o patrimônio, como se pode perceber a partir das duas tabelas que seguem em anexo (Anexo 01). Ou seja, em um lapso temporal diferente da pesquisa de campo, tem-se que a maior parte das mulheres encarceradas que estava na UMI lá se encontravam por crimes relacionados ao tráfico.

Entre as sete mulheres que conseguiram a conversão da prisão preventiva em alguma medida cautelar dentre elas, a prisão domiciliar, 4 delas respondiam por crimes contra o

patrimônio, e 3 por tráfico. Em contrapartida, tem-se que entre as 16 mulheres que estavam presas preventivamente, 11 estavam respondendo por tráfico, enquanto que 5 por crimes contra o patrimônio. Diante disto, pode-se dizer que nos casos que envolvem o delito de tráfico parece ser mais difícil conseguir a substituição da preventiva por medidas cautelares, indicando uma maior rigidez por parte dos juízes neste sentido.

As mudanças operadas pelas Lei n. 12.403/11 e 13.257/16 parecem não ser observadas, ao menos dentro do universo pesquisado. Isto porque a Lei n. 12.403/11, estabelece que a custódia cautelar é uma medida excepcional, ao elencar diversas outras medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, o que possui respaldo constitucional na presunção de inocência. Neste sentido já se posicionou o STF, no HC n. 94.157⁶: a privação cautelar da liberdade somente se legitima quando existirem razões reais de necessidade, e quanto as medidas cautelares não forem efetivamente adequadas.

Entre os três casos de mulheres em situação de maternidade que estavam respondendo pelo crime de tráfico e conseguiram o relaxamento da prisão preventiva⁷, destaca-se o caso de T., que foi presa em 20/07/15, e só conseguiu o relaxamento em 04/10/16, ou seja, mais de um ano após a sua prisão em flagrante. Até efetivamente conseguir a ordem, foram formulados três pedidos de conversão da preventiva em prisão domiciliar. Em um primeiro momento foi proferido um raro despacho, no qual o juiz pede que seja oficiada a direção da unidade prisional em que se encontrava a ré, a fim de saber se ela estava recebendo os devidos cuidados após o parto.

Considerando o requerido pela Defensoria Pública às fls. 67/68 e o parecer ministerial de fl. 80, oficie-se à direção da unidade penitenciária onde se encontra acautelada a denunciada, **visando a saber sobre a situação da mesma após o parto e se o recém-nascido está recebendo os cuidados necessários.** -Venham aos autos os

⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-ju/privacao-liberdade-medida-excepcional-reafirma-stf>. Acesso em 05/08/17.

⁷ Além do caso de T., que conseguiu o relaxamento da preventiva devido ao (raro) reconhecimento do excesso de prazo, o que se deu apenas após três tentativas, tem-se o caso de D. que conseguiu o relaxamento porque seu bebê estava doente e se encontrava internado há alguns meses, e de H., que conseguiu através da via do *habeas corpus*.

Mandados de Notificação, devidamente cumpridos (grifo nosso; processo n. 0007873-31.2015.8.19.0063).

Apesar do despacho poder ser visto de forma positiva, em razão de denotar uma preocupação atípica do juiz, questiona-se a visão ali implícita, no sentido de que em alguma medida, a mulher e seu filho poderiam estar recebendo os cuidados devidos dentro do cárcere. É importante salientar, como bem já foi dito, que toda gravidez na prisão é uma gravidez de risco, já que o cárcere é um local violador de direitos por essência, neste caso não só à mulher, como também ao bebê, implicando em inúmeros problemas de saúde física e psicológica para ambos (ITTC, 2016)⁸.

Na maior parte dos casos é notório o entendimento de que a prisão domiciliar, como as demais medidas cautelares, não seriam o direito da mulher em situação de maternidade, mas sim uma medida excepcional. Este posicionamento, apesar de inconstitucional, é o que vigora na maior parte das decisões analisadas, e se relaciona diretamente à concepção dominante de que cabe à defesa demonstrar que a prisão preventiva não se faz necessária. A seguir, tem-se outro caso em que o magistrado inverte a presunção de inocência, postulando que a defesa não foi capaz de afastar a necessidade da custódia cautelar:

Frise-se que os argumentos lançados pela defesa técnica da acusada não foram capazes de afastar a incidência dos mencionados requisitos, não se vislumbrando que a acusada esteja sofrendo risco à saúde/integridade física/vida da mesma ou de seu filho. Intime-se. No mais, aguarde-se a audiência designada (grifo nosso; processo n. 0015956-11.2015.8.19.0007)

De fato, o magistrado declara, sem provar (ou sem conhecer a realidade) que o sistema prisional consegue atender a todas necessidades da mulher enquanto grávida, ou, ainda, de seu bebê, como se percebe na decisão transcrita abaixo.

⁸ Disponível em: <http://ittc.org.br/toda-gravidez-na-prisao-e-uma-gravidez-de-risco/> Acesso em 04/08/17.

Assim, e até porque o sistema prisional irá oferecer condições para que a acusada dê a luz ao filho que espera, INDEFIRO o pedido de prisão domiciliar (grifo nosso; processo n. 0003287-63.2015.8.19.0026)

É evidente que o Estado não consegue cumprir suas promessas, o que torna as funções da pena apenas discursos vazios. Como ordenar a custódia cautelar sob o fundamento de que o sistema prisional irá fornecer condições mínimas para que a acusada dê à luz? As decisões beiram o absurdo, e demonstram, no mínimo, o desconhecimento dos juízes da precariedade da realidade prisional, a qual deveriam inclusive fiscalizar.

Neste sentido, os resultados da pesquisa de campo demonstraram que a vasta maioria das mulheres encarceradas grávidas não conseguiu sequer realizar os exames pré-natal, que estão submetidas a condições extremamente débeis dentro do cárcere, e a um tratamento desumano por parte dos agentes penitenciários, o que resultou em situações esdrúxulas, como os casos em que uma das entrevistas deu à luz na cela e outra no veículo a caminho do hospital.

O discurso da segurança jurídica continua a iludir, pois é conveniente. A ilusão consiste em legitimar uma “função racionalizadora/garantidora” da dogmática penal, que seria capaz de uniformizar as decisões judiciais, e promover uma aplicação igualitária do direito penal (ANDRADE, 2015). Na verdade, tais decisões só demonstram quão afastada está a dogmática penal da realidade social, o que também é muito funcional, como coloca Vera Andrade (1997, p. 169): “a dogmática penal encontra-se cognoscitivamente distanciada da realidade social, as funcionalmente não. E que sua sobrevivência histórica somente pode ser explicada a partir das funções realmente cumpridas na realidade social”.

Vale destacar ainda a questionável decisão que não concedeu a prisão domiciliar a uma mulher grávida sob o fundamento de que ela já estava próxima de dar à luz, o que, na visão do magistrado, justifica a custódia cautelar, como se percebe na transcrição abaixo:

Deixo de conceder a prisão domiciliar por entender não ser a mais indicada para o crime em questão, **sendo certo que a acusada já se encontra próxima de dar à luz e o que justificaria a concessão seria sua condição de gestante** (processo n. 0072427-51.2015.8.19.0038)

Esta decisão é mais um exemplo do entendimento dominante de que tanto a mãe presa quanto seu filho poderiam ter seus cuidados mínimos atendidos dentro do cárcere. No entanto, o uso da prisão como mecanismo que pode vir a assegurar qualquer tipo de direito ou garantia ao exercício da maternidade é infactível. Permitir que grávidas deem à luz encarceradas significa consentir em que uma série de violações em suas vidas de fato aconteçam, como se observou na pesquisa de campo.

Para além do recorte de gênero, também se notam graves problemas no que se refere à falta de fundamentação apta a explicar concretamente a necessidade da prisão preventiva. Em muitos casos a prisão preventiva se fundamenta através de conjecturas e de critérios genéricos: utilizam-se palavras indicadas na lei processual penal, não se apontando concretamente a situação específica da acusada que corresponda ao requisito, como se dá no caso da “garantia da ordem pública”, que se percebe no caso abaixo:

Não se pode ignorar que a segregação provisória, no caso concreto, deverá subsistir como forma de **garantir a ordem pública**, haja vista a **periculosidade presumida do agente infrator, a manifesta gravidade do crime** supostamente praticado e a necessidade de tutelar o bem jurídico ameaçado com a continuidade do comércio de drogas ilícitas, impedindo, assim, a **disseminação da prática deletéria e extremamente nociva ao meio social**. (grifo nosso; processo n. 0003287-63.2015.8.19.0026)

O caso fala ainda em “periculosidade presumida” como fundamento da prisão cautelar. Com esse tipo de argumento, toda e qualquer situação de flagrante já justificativa a prisão

preventiva, pois se presume a culpa e se coloca a prisão preventiva como forma de impedir a continuidade do crime.

Neste sentido, Aury Lopes e Alexandre Moraes da Rosa (2015) afirmam que estas cláusulas genéricas, e toda a imprecisão e indeterminação decorrente delas, é muito conveniente na manutenção e na ampliação dos poderes discricionários do julgador, a fim de atender as crescentes e inesgotáveis demandas punitivas⁹.

A conversão da preventiva baseada no fundamento da gravidade do delito, outro critério apontado pela decisão acima transcrita, também entra neste viés, e muitas vezes está diretamente conectada com a repercussão social negativa que possui o crime – que no caso do delito de tráfico se funda na construção social (operada sobretudo pela mídia) da ideologia da periculosidade do traficante de drogas. A mídia constrói todo o clamor público e a repercussão social negativa do crime, o que é posteriormente utilizado como pressuposto da prisão cautelar (LOPES e ROSA, 2015).

De fato, a periculosidade do traficante de drogas e a gravidade do delito de tráfico são os elementos que mais aparecem nas fundamentações que negam o relaxamento da preventiva: a periculosidade é mencionada em 29% dos casos (4 do total dos 14 casos de tráfico), e a gravidade do delito de tráfico em 42% dos casos (seis do total dos 14). O traficante de drogas é presumidamente perigoso, e a mulher traficante grávida também, como se vê neste trecho destacado de um caso: “**ante a periculosidade social das acusadas** e a preservada, configurando-se, desta forma o periculum libertatis necessário à manutenção da preventiva”¹⁰

Abaixo segue mais um exemplo da abordagem que se faz sobre o crime de tráfico como o grande responsável pela calamidade social, e do uso abstrato da categoria da periculosidade para se referir de maneira genérica e homogênea a figura do traficante de drogas. A mulher é aderida por tal homogeneidade, e não se leva em consideração as peculiaridades do seu caso, nem o fato de estarem grávidas.

⁹ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-cri-se-identidadeordem-publica-fundamento-prisao-preventiva> . Acesso em 04/08/17.

¹⁰ Trecho da decisão interlocutória do processo n. 0007873-31.2015.8.19.0063.

Consigne-se que, em circunstâncias como as narradas nos autos, a **ordem pública deve ser resguardada**. Como sabido por todos, é público e notório que **o crime de tráfico ilícito de entorpecentes se mostra como o mais veemente elemento catalisador da violência social, da desagregação familiar e fragilização do Estado**. Nas comunidades onde atua, dissemina o medo, o terror e a opressão. Ressalte-se que a indiciada já responde, neste juízo, pelo crime de tráfico. Assim (...) converto a prisão em flagrante do indiciado em prisão preventiva (processo n. 0004478-13.2015.8.19.0037).

Este caso é um dos poucos em se pode perceber um claro aspecto moralista na decisão, que se relaciona com a condição de gênero da mulher grávida: o juiz fundamenta a necessidade da prisão cautelar no risco de desagregação familiar que a liberdade da acusada poderia causar. Neste sentido, pode-se dizer que o fato da mulher em situação de maternidade ser “criminosa”, não estar em casa cuidando dos filhos, e, portanto, romper com os papéis sociais a ela impostos, revela uma severidade na aplicação da lei penal. A mulher nestas condições é considerada perigosa, e causadora de “desagregação familiar” já que não está no seu lugar passivo, como deveria. Na verdade, o maior fator de desagregação familiar nesse caso parece ser o próprio encarceramento antecipado, que separa famílias, e não o crime em si.

Zaffaroni ressalta que o conceito da periculosidade utilizado como critério para qualificar a cautelar, provém do positivismo e da “individualização ôntica do inimigo” (2011, p. 110). Para ele, na medida em que se trata alguém como algo meramente perigoso e que necessita imediatamente de contenção, retira-se o seu caráter de pessoa. É exatamente sob a perspectiva de que as mulheres acusadas de tráfico são tidas como perigosas, ainda que grávidas, que se dá o seu assujeitamento, e a completa falta de reconhecimento da sua condição específica, tanto no que se refere a sua trajetória de vida, quanto a situação da maternidade em si. A prisão preventiva é utilizada como um instrumento para lutar contra a “delinquência” e pela neutralização da periculosidade, funcionando comumente como uma pena antecipada, o que contraria a sua própria

natureza. O problema é que o nível de periculosidade do(a) inimigo(a) não tem limites, sendo tais “limites” estabelecidos por quem exerce o poder, ou seja, pelo julgador, a depender diretamente do seu juízo de valor e da sua subjetividade.

Porém, nesses processos analisados, o inimigo da ordem é a mulher grávida que, como já se afirmou, muitas vezes possui a sua situação de maternidade silenciada e desconsiderada pelos juízes – o que se deu em vários julgados analisados. Neste sentido, pode-se dizer que o ranço etiológico é alto nas decisões, e a contenção da periculosidade por meio da custódia cautelar se funda na “ideologia da defesa social” (BARATTA, 2002), em que a criminalidade se equipara à “violência individual de uma minoria perigosa de sujeitos e um conceito de pena de prisão alicerçado na ideologia do tratamento do criminoso” (ANDRADE, 2009, p. 4).

Vera Andrade (2009) recorda que segurança pública nas sociedades capitalistas se traduz no controle e na criminalização das condutas visíveis as ações policiais, sendo a delinquência construída com a criminalização de rua, ou seja, a criminalização da pobreza. Assim a criminalidade está identificada com os baixos estratos sociais (pobres, pretos, e cada vez mais mulheres), e a ideologia da periculosidade é o ponto nevrálgico na consolidação dos estereótipos.

Por conseguinte, a respeito da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pode-se dizer que em geral ainda vigora um entendimento equivocado e contra garantista, no sentido de que não se pode fazer a substituição em razão da natureza hedionda do crime de tráfico de drogas. Tal entendimento vai na contramão do STF, que já decidiu pela inconstitucionalidade da vedação à conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nos crimes de tráfico de drogas em 2012, mas diversos magistrados parecem decidir conforme o seu próprio entendimento.

A exemplo disso destaca-se o caso de E., que teve sua pena fixada em três anos de reclusão e não obteve a conversão em restritiva de direitos.

O caso de E. merece destaque como um todo: não foi mencionada a gestação em nenhum momento do processo (nem nas decisões interlocutórias, nem na sentença), não foi possível verificar qualquer decisão fundamentando a conversão do flagrante em

preventiva, e a sentença proferida na Audiência de Instrução e Julgamento se deu nos seguintes termos:

(...) Por fim, considerando que a **acusada encontra-se no nono mês de gravidez, em caso de condenação, requer seja garantido à mesma o direito de apelar em liberdade**, substituindo-se a prisão preventiva pela prisão domiciliar, na forma do artigo 318, IV do CPP. PELA MM JUÍZA FOI PROFERIDA A SEGUINTE SENTENÇA: (...) a) A Acusada, consoante sua FAC de fls. 44/48, **é primária e não possuidora de maus antecedentes(...)** Deixo de conceder a prisão domiciliar por entender **não ser a mais indicada para o crime em questão, sendo certo que a acusada já se encontra próxima de dar à luz e o que justificaria a concessão seria sua condição de gestante**, além do que a mesma cumprirá a pena em regime aberto, não sendo caso, portanto, de aplicação do artigo 107, IV da LEP. **Deixo de conceder a substituição por uma pena restritiva de direitos ante a expressa vedação do artigo 44, da Lei de Drogas**. Ainda que assim não fosse, **entendo que por se tratar de crime praticado por integrante de organização criminosa que atua com extrema violência e emprego de forte armamento, a acusada não faz jus ao referido benefício, ao tempo em que este não se mostra suficiente à reprimenda penal**, na forma do artigo 44, III, do Código Penal, ao contrário sensu (grifo nosso; processo n. 0072427-51.2015.8.19.0038).

E, encontrava-se no nono período de gestação no momento em que foi proferida a sentença, além de ser primária, e ter sido condenada à pena inferior a quatro anos. Diante disto, não havia qualquer impedimento para que apelasse à sentença em liberdade, pelo contrário, todos os critérios estavam a seu favor. Ainda assim, o magistrado achou plausível que ela desse à luz encarcerada (ainda que em regime aberto), o que revela mais uma vez a severidade em que são julgadas as mulheres gestantes.

Outro aspecto que chama atenção nas sentenças, e que está para além das questões de gênero, é o fato de os depoimentos policiais figurarem como a única prova a embasar a autoria do delito. A base legal para fundamentar este posicionamento é a Súmula 70 do TJRJ, a qual diz que a condenação está autorizada mesmo quando a prova oral se restringe aos depoimentos das autoridades policiais¹¹.

Deste modo, os depoimentos dos policiais gozam de uma presunção de veracidade, ou de idoneidade, e sua fragilidade não é posta à prova em nenhum dos casos analisados. Abaixo segue um exemplo transcrito:

Em regra, **não há que se colocar em dúvida o relato dos policiais**; do contrário, vários crimes deixariam de ser solucionados. Não faria sentido considerar de outro modo, já que, pela condição de agentes públicos que **ostentam, seus depoimentos gozam de presunção de idoneidade**, além do que sua atividade é fomentada pelo Estado. (processo n. 0004478-13.2015.8.19.0037).

Claramente a referida Súmula é extremamente arbitrária, inconstitucional, e até mesmo ilegal, no sentido de ir contra toda a teoria da prova determinada pela Constituição Federal. No entanto, é através dela que se baseiam as condenações de grande parte das sentenças analisadas.

As próximas duas decisões que seguem são exemplos de como a fala das mulheres grávidas é esvaziada. No primeiro caso, a acusada salienta que realizou o trabalho de mula pela segunda vez para pagar uma dívida que possuía com o tráfico, pois quando realizou o primeiro trabalho foi presa em flagrante. Em razão disto, a defesa pugnou pela inexigibilidade de conduta diversa, o que foi rechaçado pelo juiz sob o argumento de que a ré não conseguiu comprovar que estava sendo ameaçada pelo dono da droga apreendida. Ainda que na teoria do delito e também na teoria processual penal esta situação configure uma excludente de culpabilidade, e, portanto, a prova deve ser

¹¹ Diz a Súmula 70 do TJRJ *in verbis*: "O fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação."

produzida pela defesa, é praticamente impossível pleitear que a ré consiga demonstrar que o traficante que a contratou a estava ameaçando.

Quanto à autoria delitiva, a meu sentir, não merece acolhimento a tese sustentada pela Defesa Técnica da ré, de inexigibilidade de conduta diversa, ao argumento de que a acusada transportou o material entorpecente apreendido, da cidade do Rio de Janeiro para Itaperuna, **por medo, eis que devedora de uma carga de drogas anteriormente transportada e igualmente apreendida (70 pedras de crack), uma vez que, se de um lado, a acusada efetivamente foi abordada em data anterior,** quando transportava outra quantidade de drogas (70 pedras de crack), já condenada por tráfico de drogas, lado outro, é de **se afirmar que a ré não produziu provas idôneas no sentido de que vinha sendo cobrada com ameaças contra sua integridade física pelo 'dono' da droga antes apreendida, se vendo forçada a realizar novo transporte de drogas para saldar a dívida.** (grifo nosso; processo n. 0003287-63.2015.8.19.0026).

No caso que segue abaixo, a acusada alegou ter aceitado realizar o trabalho de mula porque se encontrava em uma situação de desespero, já que possui uma filha pequena e precisava do dinheiro. Sem pretensões de buscar a “verdade real” do caso, não se pode negar que a assertiva da acusada representa a realidade de muitas mulheres pobres e em sua maioria negras, o que foi constatado inclusive pela nossa pesquisa de campo, em que a maior justificativa fornecida pelas entrevistadas para o cometimento do crime são as dificuldades financeiras. É notório que a criminalidade acaba funcionando como uma estratégia de sobrevivência dessas mulheres, o que também se verificou em outras pesquisas nacionais (HELPE, 2014; MOURA, 2005; SOARES, 2000).

Esclareceu, ainda, que pegou o ônibus na cidade de Uberlândia/MG e que a droga teria como destino a comunidade de Antares, no Rio de Janeiro e destacou que foi contratada por uma pessoa, a qual não soube declinar o

nome e que iria receber R\$ 1.000,00 por tal transporte. Defendeu, finalmente, **que foi a primeira vez que realizou tal tipo de transporte e justificou que aceitou tal ‘serviço’ por estar precisando de dinheiro e ter uma filha pequena, tendo agido por desespero** (processo n. 0022227-53.2015.8.19.0066).

Os processos de *feminização da pobreza*, *divisão sexual e racial* do trabalho, apontados por diversas investigações acadêmicas são desvinculados dos julgamentos, em razão de uma dogmática penal pretensamente neutra e pura. Deste modo, o Direito tenta se isolar no universo do “dever ser” para não ter o constrangimento de dialogar com a realidade tal como é. Neste sentido, Baratta esclarece como um jurista socialmente desinformado é interessante para o estabelecimento de regimes reacionários: “os regimes fascistas mostraram também preferirem um tipo de jurista socialmente desinformado e portador de uma ideologia atrasada, compatível, embora nem sempre idêntica, com a ideologia oficial do fascismo” (BARATTA, 2002, p.196).

Assim, se percebe que “o que está no mundo não está nos autos” (JESUS, 2016), e que enquanto o depoimento dos policiais goza de uma presunção de veracidade quase absoluta e muito difícil de ser refutada, o depoimento das mulheres grávidas, ao contrário, carrega uma presunção de falsidade. Assim, as narrativas das mulheres grávidas presas são ocultadas, e elas são colocadas em um lugar assujeitado, ao passo que se torna muito difícil conhecer, efetivamente, a forma como as informações que são arroladas como prova se produzem pela polícia.

Outro aspecto importante a ser destacado é a baixa aplicação do §4 do artigo 33 da Lei 11.343/06, que apenas foi concedido em dois casos¹² do total dos dez casos sentenciados. Entretanto, verificou-se que o mesmo poderia ter sido aplicado em outros casos que preenchem os requisitos elencados pela lei (bons antecedentes, primariedade, não se dedicar à atividade criminosa e nem integrar organização criminosa). No entanto, os magistrados presumem que as rés integram organização criminosa pela quantidade da

¹² Os casos são: processo n. 00022227-53.2015.8.19.9966 e processo n. 000012622.2016.8.19.9987.

droga apreendida com elas, o que se trata de mera conjectura sem respaldo legal, já que a referida lei não elenca o critério da quantia da droga como requisito para se aplicar ou não o tráfico privilegiado. Ademais, presume-se que as réas “vivem da traficância”, por existir o comércio ilegal de drogas na região em que residem, ou, ainda, por não haver comprovação de atividade laborativa lícita. Novamente, trata-se de meras presunções, ou ainda de critérios inventados, que servem para coibir que as mulheres grávidas encarceradas tenham o seu direito de ficar em liberdade reconhecido.

Além disto, a natureza hedionda do crime de tráfico é o que serve de fundamento na fixação do regime inicial fechado para cumprimento de pena, o que se observou em 80% dos casos¹³. Frise-se que a obrigatoriedade do regime inicial fechado para crimes hediondos também já foi declarada inconstitucional desde 2013, o que parece não ter sido adotado por muitos juízes nos casos analisados, já que continuam a embasar o regime inicial fechado no argumento do crime de tráfico ser hediondo.

Diante de todo o exposto, pode-se dizer que as mulheres em situação de maternidade são julgadas de forma severa: a primariedade e a condição de gestante ou mãe não são fatores considerados em seus julgamentos. A maior parte delas possui bons antecedentes, praticou crimes sem violência, e mesmo diante da situação de maternidade seu direito à prisão domiciliar e a apelar à sentença em liberdade são sistematicamente desrespeitados. A prisão aparece como regra, e não como exceção, tanto a nível cautelar quanto a nível condenatório, vez que foi possível constatar que a substituição pela restritiva de direitos não é feita, mesmo quando todos os critérios são preenchidos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a todo o exposto, observa-se que os processos de criminalização são extremamente seletivos, o que se evidencia tanto pela fala das mulheres presas entrevistadas, quanto pela análise

¹³ Os processos que foram sentenciados com regime inicial fechado para cumprimento de pena são: processo n. 0003287-3.2015.8.19.0026; processo n. 0022890-52.2016.8.19.0038; processo n. 0000126-22.2016.8.19.0087; processo n. 0015956-11.2015.8.19.0007; processo n. 0022227-53.2015.8.19.0066; processo n. 0402313-36.2015.8.19.0001; processo n. 88.2009.8.19.0014; processo n. 0027185-20.2010.8.19.0014

das decisões. Na realidade, a partir da dialética entre os resultados da pesquisa de campo e a análise dos discursos presentes nas decisões judiciais é possível desmistificar as funções declaradas da pena, que buscam legitimar o sistema penal, e revelar as funções ocultas, que funcionam de modo a manter o controle dos corpos das mulheres e do exercício da maternidade. A mulher “criminosa”, justamente por não aderir aos papéis sociais à ela impostos pela nossa sociedade machista, racista e capitalista, parece receber um julgamento ainda mais rígido, no qual a sua condição de mãe é completamente desconsiderada, mesmo que a lei determine o contrário.

O crime de tráfico de drogas, tal como está disposto na lei, é o delito que permite maior abertura a arbitrariedades, que se iniciam na abordagem policial e vão até a maneira pela qual os juízes decidem. O controle penal sobre as mulheres se dá nesta seara, em meio a discursos extremamente moralistas, que se baseiam, sobretudo, no fundamento da periculosidade do traficante de drogas, e na gravidade do delito de tráfico, através de uma abordagem androcêntrica, que não leva em consideração as complexidades que envolvem a mulher em situação de maternidade. Deste modo, percebe-se que cada vez mais o controle penal formal vem operando sobre a mulher, em paralelo ao controle informal, mas com objetivos comuns, no sentido da sua manutenção em um lugar secundário, passivo e calado.

De fato, os crimes cometidos pelas mulheres grávidas não guardam em si tanta violência, mas a realidade que as conduz até o cometimento desses delitos é, por sua vez, extremamente violenta, o que é ocultado pela abstração da lei e pela enorme vagueza dos critérios pelos quais são julgadas, tanto no que se refere a manutenção da prisão preventiva, quanto ao processo de aplicação da pena. As maneiras como são julgadas, por meio da presunção de veracidade dos depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante, em contraposição à presunção de falsidade das suas narrativas, o que culmina na imposição da prisão, apenas perpetua a violência que é uma constante em suas vidas.

Neste sentido, o sistema de justiça criminal parece ser ainda mais duro sobre as mulheres em situação de maternidade, pois em razão de serem consideradas “criminosas” e, mais especificamente, “traficantes”, significa que não incorporaram os papéis sociais impostos a elas, de “cuidadora do lar”, de “boa mãe” ou de “mulher submissa”. Elas desafiam a estrutura do patriarcado, e justamente por isto, parecem sofrer um múltiplo apenamento, que se reflete na antecipação da pena, através da conversão quase que indistinta da prisão em flagrante em preventiva, e no desrespeito aos poucos direitos positivados que possuem na condição de gestantes e de mães.

Por fim, é importante salientar que o tema da maternidade no cárcere tem ganhado visibilidade, e em função disso, avanços importantes aconteceram, tanto a Lei federal n. 13.257/16 que ampliou notadamente as possibilidades de concessão da prisão domiciliar, como as leis estadual e federal que proíbem o uso de algemas no trabalho de parto e no pós-parto. O terceiro avanço foi o Indulto de Dia das Mães publicado em 12.04.17 pelo “governo federal”, que alcança mães e avós com filhos ou netos de até 12 anos ou portadores de deficiência, grávidas com gestação de alto risco, e mulheres com mais de 60 ou menos de 21 anos ou deficientes. Apesar de reconhecer a importância de todos estes avanços, é necessário salientar que toda gravidez na prisão é uma gravidez de risco e que, portanto, as mulheres em situação de maternidade não devem chegar a ser presas, devendo ser concedida a prisão domiciliar nos termos na lei, por ser um direito de todas elas.

Ademais, deve-se dizer ainda que tais avanços a nível legislativo se deram em meio a um cenário em que a truculência da política de combate às drogas só aumenta. Além do extermínio cotidiano de jovens negros e negras, o crescimento do encarceramento feminino pelo crime de tráfico só cresce, e é por isto que se pode dizer que a guerra às drogas também é uma guerra contra às mulheres. Possivelmente, a política de regulamentação e legalização das drogas poderá diminuir o fenômeno do acelerado aumento do encarceramento feminino, e sobre as mulheres presas em situação de maternidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Violência Sexual e Sistema Penal: Proteção ou Duplicação da Vitimação Feminina?* In: DORA, Denise Dourado (Coord.). *Feminino, Masculino: Igualdade e Diferença na Justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997.

_____. *Flagrando a ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia – penalismo crítico?* Revista Sequência, no 59, p. 161-192, dez. 2009

_____. *A Ilusão da Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

ANGOTTI, Bruna; BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*.

Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. 92 p.: il. – (Série Pensando o Direito, 51).^[1]

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*: Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. (1999). *O Paradigma do Gênero: da Questão Criminal à Questão Humana*.

In: CAMPOS, Carmen Hein de. *Criminologia e*

Feminismo. pp. 19-80. Porto Alegre: Sulina.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução Crítica à Criminologia Brasileira*.

Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BOITEUX, Luciana, FERNANDES, Maíra, CHERNICHARO, Luciana,

PANCIERI, Aline. *Mulheres e crianças encarceradas: um estudo jurídicosocial sobre as experiências da maternidade no sistema prisional do Rio de Janeiro, mimeo*, 2015.

BOITEUX, Luciana, WEICKO, Ela (Coord). *Tráfico de Drogas e*

Constituição: Um estudo Jurídico-Social do Art. 33 da Lei de Drogas Diante dos Princípios Constitucionais-Penais. Brasília: Ministério da Justiça. Série Pensando o Direito, vol. 1, 2009.

CANAZARO, D.; *A prisão feminina: gravidez e maternidade: um estudo da realidade em Porto Alegre – RS/Brasil e Lisboa/Portugal*, 2014, 32 f., Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

CHAUÍ, M. *Participando do debate sobre mulher e violência*. In: FRANCHETTO, B. et al. (Org.). *Perspectivas antropológicas da mulher 4*. São Paulo: Zahar Editores, 1985.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

CHESNEY-LIND, Meda. *Patriarchy, Crime, and Justice: Feminist Criminology in an Era of Backlash. Feminist Criminology*. Vol. 1. N. 1. p. 6-26, University of Hawaii at Manoa, 2006.

DAVIS, Angela Y. *Mulheres, Raça e Classe*. Tradução Hecci Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

_____. *A democracia da abolição: para além do império, das prisões e da tortura*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DEL OLMO, _____. *Reclusión de mujeres por delitos de drogas reflexiones iniciales*. Reunión del Grupo de Consulta sobre el Impacto del Abuso de Drogas en la Mujer y la Familia. Organización de los Estados Americanos O.E.A. Fundación José Félix Ribas: 1996. Disponível em http://www.cicad.oas.org/reduccion_demanda/esp/Mujer/venezuel.pdf.

FLAUZINA, A. L. P. *Corpo Negro Caído no Chão: o Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

GIACOMELLO, Corina. (2013b). *Género, drogas y prisión: experiencias de mujeres privadas de su libertad en México*. México: Tirant lo Blanch.

GOÉS, Luciano. *Racismo, Genocídio e Cifra Negra: Raízes de uma Criminologia Antropofágica*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=64600a36d09f4960> . Acesso em 05/04/17.

HELPE, SINTIA SOARES. *Vidas em jogo: um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas*. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

INFOPEN, Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) – dezembro de 2014*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparenciainstitucional/estatisticas-prisonal/levantamento-nacional-de-informacoespenitenciarias>>. Acesso em: 10/06/17.

JESUS, MARIA GORETE MARQUES DE. “*O que está no mundo não está nos autos*”: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2016.

LAROUZÉ B., SÁNCHEZ, A.R., PEREIRA, A. E., AYRES, B. V., LEAL, M. C. *Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil*. *Ciência & Saúde Coletiva*, 21(7): p. 2061-2070, 2016.

MOURA, MARIA JURUENA. *Porta fechada, vida dilacera - mulher, tráfico de drogas e prisão: estudo realizado no presídio feminino do Ceará*. Dissertação de Mestrado. Programa de pós-graduação em Políticas Públicas e Sociedade. Universidade Estadual do Ceará. 2005.

PANCIERI, ALINE CRUVELLO. *Traficantes grávidas no banco dos réus: um estudo feminista crítico do controle penal sobre as mulheres em situação de maternidade no Rio de Janeiro*. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2017.

SANTA RITA, Rosângela Peixoto. *Mães e crianças atrás das grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana*, 2006. 162 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Política Social da Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

SOARES, Bárbara, ILGENFRITZ, Iara. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002

ZAFFARONI, E.R; *O inimigo no Direito Penal*. Tradução: Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Anexo 01

Tabela 1: Casos de mulheres que respondiam por tráfico de drogas

Processo	Crime	Data da distribuição	Data da decisão	Data da sentença
0027185-20.2010.8.19.0014	Tráfico	01/09/10	13/12/10	20/07/11
0037316-88.2009.8.19.0014	Tráfico	16/11/09	27/11/09	04/08/10
0007873-32.2015.8.19.0063	Tráfico	20/07/15	27/01/16 e 04/10/16	-
0007353-53.2015.8.19.0037	Tráfico	01/06/15	05/08/15	-
0008416-26.2015.8.19.0066	Tráfico	04/04/15	07/07/15	-
0003287-63.2015.8.19.0026	Tráfico	22/04/15	27/04/15 e 18/08/15	15/10/15
0015956-11.2015.8.19.0007	Tráfico	15/09/15	12/01/16	25/01/17
0022227-53.2015.8.19.0066	Tráfico	10/08/15	13/08/15	22/03/16
0072427-51.2015.8.19.0038	Tráfico	05/10/15	-	18/10/15

0402313- 36.2015.8.19.0001	Tráfico	29/09/15	29/09/15	18/03/16
0022890- 52.2016.8.19.0038	Tráfico	26/01/16	29/01/16	02/08/16
00004478- 13.2015.8.19.0037	Tráfico	06/04/15	07/04/15	21/08/15
0031551- 67.2015.8.19.0066	Tráfico	26/11/15	30/11/15 e 04/03/16	-
0000126- 22.2016.8.19.0087	Tráfico	06/01/16	21/11/16	13/03/16

Tabela 2: Casos de mulheres que respondiam por crimes contra o patrimônio

Processo	Crime	Data da distribuição	Data da decisão	Data da sentença
0134561- 62.2014.8.19.0002	Roubo	28/11/14	07/12/15	15/03/17
0033851- 91.2015.8.19.0004	Latrocínio	10/08/15	27/08/15	09/05/16
0007415- 83.2015.8.19.0202	Roubo	23/03/2015	12/05/16 e 04/10/16	-
0212653- 23.2015.8.19.0001	Roubo	10/05/15	28/05/15	08/10/15
0000147- 93.2016.8.19.0023	Roubo	08/01/16	12/01/16	27/06/16
0271775- 64.2015.8.19.0001	Roubo	28/06/15	28/06/15	22/02/16
0000445-	Latrocínio		23/02/16	-

77.2016.8.19.0058				
0028343- 80.2012.8.19.0066	Furto		15/08/12	29/06/16
0323118- 75.2010.8.19.0001	Roubo		14/10/10	02/12/10

O CORPO NEGRO CRIMINALIZADO NOS CÁRCERES BRASILEIROS

Andrea Almeida Torres

Adeildo Vila Nova

Resumo: Um extenso e histórico processo de exclusão sofreram e continuam sofrendo os descendentes de negros africanos escravizados nas Américas. Historicamente, a população negra brasileira sofre processos de criminalização que se arrastam desde o período escravocrata até os dias atuais, seja pela sua religião, música, dança, origem ou condição socioeconômica. As maiores atrocidades no Brasil desde colônia se deram no âmbito penal (Batista, 2004, p. 106). Mas esta população sempre resistiu e resiste às estratégias de opressão e dominação engendradas pelo Estado para sua exclusão e posterior eliminação. Dados apontam que entre os anos 2000 e 2014, a população carcerária teve um aumento de mais de 167%, especialmente após a aprovação e aplicação da Lei 11.343/2006, conhecida como Lei Antidrogas. O problema desta pesquisa trata de estudar os fundamentos sócio históricos, culturais, políticos e econômicos que explicam as estratégias de controle e de criminalização da população negra, sobretudo os jovens, empobrecidos e moradores das periferias. O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN/2014) registra que mais de 61% da população carcerária é composta por negros. O caráter punitivo e seletivo do sistema penal brasileiro contribui para que, cada vez mais estes sejam violentados nos seus direitos humanos fundamentais, levados para averiguações judiciais sem ao menos uma suspeita qualquer, pelo simples fato de serem negros e pobres. Como parte da fundamentação teórica envolvida, podemos dizer que os problemas de raça e classe se imbricam nesse processo de encarceramento no país, pois parte do interesse das classes dominantes trata de estabelecer o controle e a exploração das classes de baixa renda. (Nkosi, 2012). Como aspectos metodológicos principais, a pesquisa busca apresentar o levantamento de dados recentes no sistema prisional brasileiro e paulista, sobre o cruzamento entre idade, raça/cor, sexo, renda, escolaridade. Assim como politizar os aspectos históricos, sociais, políticos da criminalização da pobreza na sociedade brasileira contemporânea. Importante frisar que

após a implementação da lei de drogas que entrou em vigor no ano de 2006, o número de pessoas presas por tráfico subiu de 12% para 27,2%. Podemos constatar a princípio que essa medida policial de tratar a questão social e suas manifestações, desencadeou o encarceramento em massa no Brasil. O alvo da “guerra as drogas” são os mais vulneráveis, os pobres, marginalizados, os negros, os desprovidos de poder (Karam, 2015).

Palavras-chave: negros, prisões, Brasil

INTRODUÇÃO

Um extenso e histórico processo de exclusão, sofreram e continuam sofrendo os descendentes de negros africanos escravizados nas Américas. Historicamente, a população negra brasileira sofre processos de criminalização que se arrastam desde o período escravocrata até os dias atuais, seja pela religião, música, dança, origem ou condição socioeconômica.

As maiores atrocidades no Brasil desde seus tempos de colônia, se deram no âmbito penal (Batista, 2004). Mas esta população sempre resistiu e resiste às estratégias de opressão e dominação engendradas pelo Estado capitalista burguês, quer seja para sua exclusão, quer para sua posterior eliminação.

Esta pesquisa trata de estudar os fundamentos sócio históricos, culturais, políticos e econômicos que explicam as estratégias de controle e de criminalização da população negra, sobretudo os jovens, empobrecidos e moradores das periferias. Dados nacionais oficiais também apresentam uma realidade comprovada empiricamente: o encarceramento em massa da população negra no Brasil. De acordo com o levantamento do MJC, do total das pessoas cumprindo pena de privação de liberdade, ou seja, 607.700 pessoas em números absolutos, 67% são negros, equivalendo a um total de 407.767 de negros/as encarcerados no Brasil (de acordo com os dados coletados em junho de 2014 pelo Ministério da Justiça).

O caráter punitivo e seletivo do sistema penal brasileiro contribui para que, cada vez mais, estes sejam violentados nos seus direitos humanos, levados para averiguações judiciais sem ao menos uma suspeita qualquer, pelo simples fato de serem negros e pobres. Como parte da fundamentação teórica envolvida, podemos dizer que os problemas de raça e classe se imbricam nesse processo de encarceramento no país, pois parte do interesse das classes dominantes trata de estabelecer o controle e a exploração das classes de baixa renda (Faustino, 2012).

Como aspectos metodológicos principais, a pesquisa busca apresentar o levantamento de dados recentes no sistema prisional brasileiro e paulista, cruzando idade, raça/cor, sexo, renda, escolaridade; assim como politizar os aspectos históricos, sociais, políticos da criminalização da pobreza na sociedade brasileira contemporânea.

Importante ressaltar que a prisão, em suas origens ocidentais, foi criada como uma forma de punir sujeitos que cometessem algum delito, sem diferenciá-los por classe social ou raça/cor. O que se percebe na contemporaneidade é que esta voltou-se especialmente para os/as pobres, pretos/as e moradores periféricos/as (e agora, presos/as), com uma acentuada prevalência para os mais jovens, entre 18 e 24 anos de idade e com baixa escolaridade.

Ela não surgiu com um propósito humanitário de substituição às antigas penas de suplício, como espartelamentos, torturas e execuções sumárias (até porque essa realidade permanece socialmente), mas sim, para disciplinar setores excluídos do sistema capitalista de produção que surgia e precisava dar respostas aos donos dos grandes capitais. Surgiu para segregar e combater os que contrariavam os interesses e as leis desse sistema.

O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2015), elaborado e publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, informa que o crescimento da população carcerária brasileira entre 1999 e 2014 foi de 213,1%. Dados do Ministério da Justiça e Cidadania (MJC) indicam que entre 2004 e 2014, a população carcerária brasileira aumentou 80% em números absolutos, saindo de 336.400 para 607.700.

De acordo com o mesmo levantamento, em 2004 o Brasil tinha 185,2 presos para cada 100 mil habitantes e que em 2014 essa proporção aumentou para 299,7 presos para

cada 100 mil habitantes. O estudo aponta ainda que, mantido esse ritmo, em 2030 o Brasil terá alcançado uma população prisional de quase 2 milhões de presos adultos, num país que, segundo o Anuário, tem 1424 unidades prisionais. No estado de São Paulo, mais populoso em contingente prisional, em 2017 conta-se com quase 170 unidades penais.

Esses dados do INFOPEN/MJC nos revelam que o Brasil tem a quarta maior população carcerária do mundo com 607.700 pessoas encarceradas, atrás apenas da Rússia, com 673.800, em terceiro lugar; a China, com 1,6 milhão, em segundo lugar e os Estados Unidos, com 2,2 milhão, ocupando a primeira colocação. Segundo o MJC, nesse mesmo levantamento, se a taxa de prisões continuar no mesmo ritmo, no ano de 2075 teremos um preso para cada 10 brasileiros.

Sob a perspectiva da criminologia crítica de análise dessa realidade criminal e carcerária, podemos afirmar que as prisões não estão “suspensas” no ar, fora da realidade concreta das sociedades, abstraídas da ordem social e econômica, em todo o mundo. Como aponta Carvalho (2010) a criminologia crítica é o principal movimento teórico de desconstrução do modelo prisional carcerário e do paradigma correccionalista – disciplinar – moralizador.

Disciplina e controle social são a base da constituição dessa instituição que encarcera massivamente sujeitos (homens e mulheres) que sobrevivem à desigualdade social. Desta forma, a perspectiva abordada nesses estudos considera a estrutura social, política, econômica e cultural que compõe a sociedade capitalista em sua “luta de classes por trás dos processos de criminalização” (Batista, 2011:90).

A prisão é uma das instituições do controle social das classes pobres e perigosas (que amedronta e ameaça as classes dominantes). Como afirma a autora, “a prisão é uma máquina de infligir dor para certos comportamentos entre certas classes sociais e também entre os resistentes de cada ordem social” (idem: 91). Relatamos a seguir uma realidade que é retratada pela referida autora, como característica do século XIX, mas que no entanto permanece muito presente nos retrocessos penais do século XXI:

O aumento dos delitos contra a propriedade, as manifestações populares, vão impor a volta das

penas mais severas; (...) voltam os castigos físicos e as mutilações e a prisão se converte na pena mais importante de todo o mundo ocidental, com seu sistema de disciplinas e a difusão do isolamento celular (idem: 93).

Estudiosos críticos e marxistas das penas e prisões já sistematizaram historicamente sobre o capitalismo em suas fases de acumulação (entre os séculos XV e XX) e as relações com o mundo do trabalho, as questões entre criminalidade e o sistema penal. Ressalta ainda Batista (idem:92) que os métodos punitivos se transformaram, com o aumento da exploração da mão de obra na prisão e estas, no capitalismo industrial, atingiram os camponeses expulsos das terras. Portanto as “casas de correção” passam a ser lucrativas, habitadas por trabalhadores sobrantes e a serem explorados em sua mão de obra.

1. DA SENZALA ÀS PRISÕES

Segundo Rassi (2010), os mais de trezentos anos de escravidão no Brasil não foram apenas de aceitação e submissão, mas também foram de muitas lutas e resistências, sendo Zumbi dos Palmares o símbolo dessas lutas e resistências. Milhões de negros e negras escravizados foram assassinados pelo poderio dos colonizadores brancos portugueses durante batalhas - enquanto escravos e também enquanto rebeldes, tendo como um dos exemplos dessa incansável luta dos negros pela sua liberdade e contra os abusos e atrocidades praticadas pelos seus colonizadores brancos, a Revolta dos Malês, mobilização de escravos de origem islâmica, ocorrida na noite de 24 para 25 de janeiro de 1835 na cidade de Salvador.

Posteriormente, ocorre a Revolta da Chibata, importante movimento social, na cidade do Rio de Janeiro em novembro de 1910, tendo como seu principal líder o marinheiro João Cândido, o Almirante Negro que, revoltado com os castigos recebidos pelos negros no interior dos navios, rebela-se e convoca seus irmãos negros a integrar a rebelião.

Com a “Abolição da Escravatura” a atenção dos senhores se volta especialmente para seus próprios interesses, eximidos da responsabilidade pela manutenção e segurança dos libertos e também sem que o Estado, a Igreja ou outra qualquer instituição assumissem encargos especiais. A produção se encontrava em níveis baixos; como os antigos libertos, os trabalhadores escravizados tinham de optar, na quase totalidade, entre a reabsorção no sistema de produção, em condições substancialmente análogas às anteriores e à degradação de sua situação econômica, incorporando-se à massa de desocupados e semi desocupados do país. Os trabalhadores escravizados tinham de concorrer com os chamados “trabalhadores nacionais” que constituíam um verdadeiro exército de reserva (mantidos fora das atividades produtivas). Com o novo regime de trabalho, o país importou mão de obra da Europa constituída por trabalhadores mais acostumados ao novo regime econômico e social. Prevaleceram interesses dos fazendeiros, especialmente os sulistas, que ao recorrer à imigração, resolveram a questão da mão de obra, alijando do trabalho, os ex-escravos.

Os efeitos dessa concorrência foram altamente prejudiciais aos antigos escravos, que não estavam preparados para enfrentá-la. Perdendo a sua importância privilegiada como mão de obra exclusiva, os negros perderam todo o interesse que possuía para as camadas dominantes. A legislação, os poderes públicos e os círculos politicamente ativos da sociedade, se mantiveram indiferentes e inertes, largando-se aos negros, um penoso destino. Num período em que as famílias dos fazendeiros paulistas começavam a fixar residência em São Paulo e em que se acentuava a diferenciação do sistema econômico da cidade, o liberto competiu com o imigrante europeu, mesmo nas mais modestas atividades, como a de engraxate, vendedor de jornais ou verduras; transporte de peixe ou outras utilidades, como o comércio de quinquilharias. Em relação a esta correlação de forças Florestan Fernandes acentua que: “estabeleceu-se uma correlação que fez com que a intensificação do crescimento econômico passasse a beneficiar o branco – predominantemente, o branco de origem estrangeira – e não o negro os o mulato ‘livres’” (Fernandes, 2007:171).

O crescimento econômico da cidade de São Paulo, ainda nos fins do século XX, focalizou na economia artesanal e no pequeno comércio urbano, que eram monopolizados

pelos brancos e serviam como trampolim para as mudanças bruscas de fortuna, que abrilhantavam a crônica de muitas famílias estrangeiras. Eliminado para os setores residuais daquele sistema, o negro ficou à margem do processo do crescimento econômico do país. São Paulo era a capital menos propícia à absorção imediata do elemento recém egresso da escravidão; porém se apresentava como o primeiro centro urbano especialmente burguês. E com o crescimento econômico, o afã do lucro, ambição do poder e o acúmulo da riqueza, a liberdade humana era ingrediente do “progresso” no Brasil. E com essa ideologia predominante, os negros encontraram acolhimento (no período final de desagregação do regime servil), sob o manto das relações paternalistas entre as famílias tradicionais e em ascensão. Porém os negros não conseguiram se inserir no sistema produtivo de ocupações. E com isso os estrangeiros começaram a fomentar e acumular riquezas, como artesãos ou comerciante de vendas. O mundo que surgia posteriormente, em virtude do crescimento urbano-comercial e industrial, não corrigiria essa situação; para que ele viesse a contar, para o “negro” e o “mulato”, era preciso que estes se transformassem previamente, assimilando atitudes e comportamentos do homem da cidade, da era do trabalho livre e do capitalismo (idem). Nessa fase de transição, viver na cidade pressupunha, para os negros, condenar-se a uma existência ambígua e marginal. Em resumo, a sociedade brasileira deixou os negros ao seu próprio destino e sobre seus ombros, a responsabilidade de se transformar para corresponder aos novos padrões e ideais, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo.

A urbanização e a europeização se refletiram na transformação da cidade, alterando por completo os antigos quadros de absorção regular dos negros, como agente de trabalho. Com a competição e a consolidação do regime de classes sociais em São Paulo, os grandes fazendeiros excluíram quase que totalmente a mão de obra dos negros para a absorção maciça de mão de obra estrangeira. No período imediatamente posterior à Abolição, as oportunidades foram monopolizadas pelos brancos das antigas camadas dominantes e pelos imigrantes (idem:114). O censo demográfico de 1890 nos permite apreciar esse contraste, na composição da população segundo a cor entre a capital e o estado de São Paulo. Compreendendo quase 30% de negros livres, o nosso vasto mundo rural diluía os contingentes “estrangeiros” (convertidos em 5,4% no cômputo geral) e não

destacava muito do padrão tradicional de composição racial da população brasileira. Os 10.842 negros da cidade de São Paulo competiam contra 14.303 estrangeiros (ou seja, 22% da população local) que não chegava a 17% do aglomerado humano. Esses dados sugerem que as informações históricas sobre a concentração de negros na cidade, logo após a abolição, são provavelmente verdadeiras (o aumento em 1893 seria em números brutos: de 4.284 indivíduos, em relação ao censo de 1886). A população branca foi muito maior (em 1893 seria, em números brutos, de 79.392 indivíduos, em relação ao censo de 1886).

A organização do trabalho livre no começo do século XX passou a ser, por excelência, ocupada por imigrantes. A população descrita como branca correspondia a quase cinco vezes a população negra. Existiam até mais imigrantes italianos na cidade de São Paulo do que brasileiros natos. O negro foi eliminado das posições que ocupavam no artesanato urbano pré-capitalista ou no comércio das miudezas, com tendência a confiná-los em tarefas ou ocupações brutas, mal retribuídas e degradantes.

Como se o passado se reproduzisse continuamente no presente, a concentração racial da renda, do prestígio social e do poder engendra um arcabouço social que nada (ou muito pouco) ostenta de competitivo, igualitário e de democrático em termos raciais. Os brancos desfrutam de uma hegemonia completa e total, como se a ordem social vigente fosse, literalmente, uma combinação híbrida do regime de castas e do regime de classe (idem: 117).

O impacto da competição com os “estrangeiros” foi aniquilador para os negros. Os brancos da camada dominante conseguiam se proteger melhor, seja na sua posição na estrutura do poder econômico, social e político da cidade. Enquanto o imigrante trocava sucessivamente de ocupações, de áreas de especialização econômica, de posições estratégicas para a conquista de riquezas, de prestígio social e de poder; os negros tinham de disputar eternamente pois ou não serviam para outra coisa ou começavam bem por baixo.

Os fazendeiros paulistas tiveram a habilidade de converter uma transformação violenta e profunda, suscetível de se tornar uma “catástrofe econômica”, numa política oficial empenhada em solucionar a questão da mão de obra agrícola, de acordo com os

interesses e as conveniências da grande lavoura do café e a transplantação maciça de trabalhadores europeus. Sem as garantias de reparações materiais e morais justas e eficazes, a “abolição” condenou os negros a estarem excluídos do mercado competitivo de trabalho, longe de equiparar-se ao trabalhador assalariado branco, estrangeiro ou nacional.

No Brasil, último país no mundo a “abolir” a escravidão, as discussões sobre criminalidade não podem estar deslocadas das discussões sócio históricas desse passado cruel e desumano, marca indelével do nosso país, haja vista a relação estreita que existe entre esse passado escravocrata e as consequências sociais, econômicas, educacionais, políticas e criminais. Analisar um país de origem colonial é perceber que durante séculos vivemos os horrores de uma pátria escravista que tratou parte dos seus filhos com extrema crueldade. Esse passado escravocrata deixou marcas que se expressam das mais diversas maneiras na sociedade contemporânea. Além desse histórico de escravização e de violência contra a população negra à época, várias teorias contribuíram para que a população negra fosse estigmatizada, excluída e privada de seus direitos humanos.

A relação dos negros brasileiros com a legalidade e a justiça inicia-se antes mesmo da abolição da escravatura. Eram leis que, em tese, seriam para proteger os negros escravizados, vítimas dos traficantes ilegais. A Lei 581, de 04 de setembro de 1850 estabelecia medidas para a repressão do tráfico ilegal de negros e consistia na apreensão das embarcações e punição para todos que eram flagrados nessas embarcações, traficando pessoas escravizadas, que eram apreendidas e reenviadas para seus portos de origem. Passados vinte e um anos, surge a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, conhecida como a Lei do Ventre Livre, que declarava livre os filhos de escravas nascidos a partir dessa data; contudo a guarda/tutela era determinada ao Senhor de sua mãe, que tinha que criar a criança até os seus 8 anos de idade e depois desse período entregá-lo. Exatos 14 anos após, o Império promulga a Lei nº 3.270 de 28 de setembro de 1885, conhecida como a Lei dos Sexagenários, permitindo aos negros escravizados, maiores de 60 anos, não mais exercer trabalhos forçados. O fato é que aos 60 anos de idade, dada as péssimas condições de trabalho e a exploração excessiva da força de trabalho escravo, a maioria morria muito antes dessa idade.

Enfim, chega a Lei Áurea, nº 3.353 de 13 de maio de 1888, que declarava extinta a escravidão no Brasil. Mas os negros escravizados e agora “livres”, antes da “abolição” da escravatura, ao menos tinham um teto, a senzala para se abrigar e os restos de comida dos seus senhores, com os quais faziam a feijoada. Com a promulgação da Lei Áurea, os negros passaram a vagar sem destino certo e passaram a ocupar espaços de difícil acesso, como os morros. O Brasil foi o último país no mundo a abolir a escravidão e esta abolição não veio acompanhada de políticas sociais ou de medidas de reparação aos danos morais, físicos, materiais e psicológicos que os negros sofreram por todos esses anos de escravização. Os negros foram, literalmente jogados à margem da sociedade e do pacto republicano brasileiro. Os negros, agora libertos, passaram a ser os marginais, os degenerados, vadios, transformando-se num alvo de constante ataques pelas autoridades da época. Muitos negros saíram da senzala e foram parar atrás das grades em prisões. Tendo como base de suas ações a eugenia, estabelece-se que a raça negra seria uma raça inferior à branca e, portanto, poderia ser submetida a práticas autoritárias e discriminatórias, pela política, justiça e academia; legitimaram essas violências contra o povo negro. Pensamento que justificava o período da escravidão e legitimava a perseguição que os povos negros sofreram nos anos subsequentes à abolição e que ainda sofre.

2. FORMAÇÃO SÓCIO HISTÓRICA BRASILEIRA, CRIMINALIZAÇÃO DOS/AS NEGROS/AS E SISTEMA PENAL

A formação sócio histórica brasileira, aponta Batista (2004), nos apresenta importante contextualização sobre a configuração da cultura punitiva e seu poder, que o autor denomina de “impregnação do penal nas relações sociais” (idem: 105). Trata-se, desde a sua origem, de um sistema penal embasado no positivismo criminológico, na vigilância e controle social das classes empobrecidas, desde o século XVI no Brasil.

A realidade penal brasileira, retrato da América Latina, possui um histórico de punitivismo e instituições, próprias da sociedade de controle datado desde os tempos coloniais e mercantis, do capitalismo tardio neste continente. Para o referido autor, entre

os séculos XVI e XVIII, herdamos da nossa tradição ibérica, as práticas punitivas do degredo, das galés, dos açoites, dentre outras, que se caracterizaram pelo castigo e tortura, aos negros e indígenas escravizados.

Enquanto que no Brasil do século XIX, ainda reinava o império e a escravidão, o sistema penal europeu, das execuções públicas transitou para

O controle urbano dos pobres iniciado no século XVI por sua internação em casas de correção na Inglaterra e casas de trabalho – especialmente raspagem de madeiras, entre as quais o pau-brasil – na Holanda, se generalizaria por toda a Europa: essas casas de pobres, de trabalhos, reformatórios e hospícios correspondem à invenção moderna da pena de prisão. O encarceramento viria a ser a pena por excelência do capitalismo industrial, e se isso não entrasse pelos olhos nas afinidades arquitetônicas da fábrica e da prisão, bastaria pensar no controle social penal do proletariado, no adestramento penal de seu exército de reserva e na criminalização da vadiagem e da greve. (idem: 109)

Esse modelo certamente fará a migração para o Brasil. Porém, durante o império, foram abolidos os açoites, na Constituição de 1824, porém “as luzes se refletiram apenas nos corpos brancos, pois aos escravos só eram aplicáveis as penas de morte, galés e açoites” (idem: 110). Portanto o Brasil não conheceu, por concreto, os “frutos do iluminismo jurídico-penal” (idem: 111). No início do século XIX começa a surgir um problema que conhecemos bem: as cadeias já não comportam o número de pessoas encarceradas, causando assim a superlotação. Em 1890, segundo o Código Penal, os presos de bom comportamento deveriam ser transferidos para presídios agrícolas, o que legalmente perpassa até os dias atuais.

Já na “república-positivista”, ainda segundo o autor, entre os finais do século XIX e as primeiras décadas do século XX, inaugura-se a fábrica-prisão, articulada ao positivismo criminológico: a periculosidade, a ciência e legislação criminal, qual seja, um novo sistema penal de privação de liberdade.

Portanto, um extenso e histórico processo de exclusão, sofreram e continuam sofrendo os descendentes de negros africanos escravizados nas Américas. Historicamente, a população negra brasileira sofre processos de criminalização que se arrastam desde o período escravocrata até os dias atuais, seja pela sua religião, música, dança, origem ou condição socioeconômica. As maiores atrocidades no Brasil desde colônia, se deram no âmbito penal (idem: 106). Mas esta população sempre resistiu e resiste às estratégias de opressão e dominação engendradas pelo Estado para sua exclusão e posterior eliminação.

3. OU PRESOS OU MORTOS

A perseguição aos negros não parou e o encarceramento em massa de negros e negras foi mais um passo dado na direção do embranquecimento da população brasileira. O ápice do encarceramento do povo preto no Brasil se deu a partir de 2006 quando foi sancionada a já mencionada Lei de drogas, que deixa a cargo da polícia avaliar se um cidadão que está portando droga é usuário ou traficante. Lei que levou e leva milhares de jovens negros para atrás das grades ou para um fim mais perverso. E esse racismo não parou por aí. De acordo com os dados do Mapa da Violência, realizado desde o ano de 1998, a partir dos dados oficiais do Sistema de Informações de Mortalidade do Ministério da Saúde, todo ano, 23.100 jovens negros de 15 a 29 anos são assassinados. São 63 por dia. Um a cada 23 minutos.

O Mapa da Violência de 2014 contabiliza os homicídios de 2012, sendo cerca de 30 mil jovens de 15 a 29 anos assassinados por ano no Brasil, com 77% de origem negra (soma de pretos e pardos). O Mapa da Violência de 2016 informa que de acordo com as estatísticas, enquanto no período compreendido entre 2003 e 2014, o número de homicídios por arma de fogo dentre a população branca diminuiu 26,1%, dentre a

população negra aumentou 46,9%. Enquanto no ano de 2003 morriam, proporcionalmente, 71,7% mais negros do que brancos, em 2014 esse número saltou para 158,9%; ou seja, morrem 2,6 mais negros do que brancos no país.

Dados do Mapa da Violência apontam que dos jovens assassinados só em 2012, 73% eram negros. O/a negro/a foi obrigado historicamente a disputar a sua sobrevivência social, cultural e mesmo biológica, numa sociedade secularmente racista, na qual as técnicas de seleção profissional, são feitas para que estes/as permaneçam imobilizados nas camadas mais oprimidas, exploradas e subalternizadas.

4. A LEI DE DROGAS E O ENCARCERAMENTO EM MASSA DA POPULAÇÃO NEGRA NO BRASIL

A Lei Federal nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, conhecida como Lei de Drogas, está completando uma década de sua implantação e, desde então, o número de pessoas presas aumentou significativamente em relação aos anos anteriores à sua aplicação, especialmente o número de negros e negras. Esta lei, que substituiu a Lei 6.368 de 21 de outubro de 1976, instituiu o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas no Brasil, trazendo como novidade a diferenciação entre usuários e traficantes, já que a anterior não trazia esta diferenciação, mas alguns de seus dispositivos legais são questionados por reproduzirem um modelo ineficaz de “guerra às drogas”. Com as alterações trazidas nessa nova lei, o usuário não pode ser preso em flagrante, como ocorria antes, e sua pena é alternativa, ou seja, advertência, prestação de serviços à comunidade ou obrigação de cumprir medidas educativas, deslocando essas pessoas do âmbito penal para o âmbito da saúde pública. Já o traficante é punido com pena de reclusão que variam de 5 a 15 anos.

A grande questão que se coloca pela legislação atual, especialmente no seu artigo 28, parágrafo 2º, é sobre como diferenciar um usuário de um traficante, pois a referida lei aponta critérios subjetivos que, na prática, atribui a cada juiz decidir quem é enquadrado e em qual categoria, se de usuário ou traficante. Para determinar isso, o juiz considerará a natureza e a quantidade da droga apreendida, o local e as condições em que a ação foi

desenvolvida, as circunstâncias sociais e pessoais, além da conduta e os antecedentes criminais da pessoa apreendida:

Art. 28 – Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será submetido às seguintes penas:

§2º - Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

O usuário não pode ser preso em flagrante, como ocorria antes, e sua pena é alternativa: advertência, prestação de serviços à comunidade ou obrigação de cumprir medidas educativas. O objetivo é deslocar essas pessoas do âmbito penal para o âmbito da saúde pública. O usuário também deve assinar um termo circunstanciado, uma espécie de boletim de ocorrência para crimes de menor gravidade, perante um juiz ou, na ausência deste, diante da autoridade policial no local da abordagem. Já o considerado traficante é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. Importar, exportar e guardar drogas e cultivar matéria-prima para o tráfico acarretam a mesma penalidade. Dispositivos anteriores à Lei de Drogas, como a Constituição e a Lei de Crimes Hediondos, estabelecem que os condenados por tráfico não podem ser beneficiados com a extinção de suas penas (anistia, graça ou indulto).

Uma das principais estratégias de contenção dos/as negros/as, vai ser dar por meio da guerra as drogas; importantíssimo frisar que após a implementação da lei de drogas que entrou em vigor o número de pessoas presas por tráfico subiu de 12% para 27,2% essa lei que tinha como prerrogativa aumentar a pena do traficante em contrapartida descriminalizar o usuário, mais que estranhamente ao invés de diminuir o número de prisões por tráfico, esse delito constatou um aumento de mais de 100% nos casos,

entendemos que essa medida policialesca de tratar a questão social foi o que desencadeou o encarceramento em massa no Brasil. A “guerra as drogas” não é propriamente uma guerra contra as drogas não se trata de uma guerra contra coisas, como quaisquer outras guerras, dirige-se sim contra pessoas os produtores, comerciantes e consumidores das substancias proibidas. Mas não exatamente todos eles. Os alvos preferenciais da guerra as drogas são os mais vulneráveis dentre os produtores, comerciantes e consumidores. O “inimigo” nessa guerra são os pobres, marginalizados, os negros os desprovidos de poder (Karam, 2015).

Como parte da fundamentação teórica envolvida, podemos dizer que os problemas de raça e classe se imbricam nesse processo de encarceramento no país, pois parte do interesse das classes dominantes trata de estabelecer o controle e a exploração das classes de baixa renda. (FAUSTINO, 2012). Importante frisar que após a implementação da lei de drogas que entrou em vigor no ano de 2006, o número de pessoas presas por tráfico subiu de 12% para 27,2%. Podemos constatar, a princípio que essa medida policialesca de tratar a questão social e suas manifestações, desencadeou o superencarceramento no Brasil.

CONCLUSÕES

As prisões são a expressão, a exteriorização do conflito de classes, haja vista o perfil das pessoas que estão nesses presídios. Basta uma aproximação com a realidade social do contingente da população carcerária que veremos uma população extremamente marginalizada, pobre, jovens e negros. Há que se observar ainda as questões acerca dos crimes cometidos por esse contingente de trabalhadores privados do seu direito humano fundamental, que é a sua liberdade.

O sistema prisional brasileiro representa hoje uma das mais graves expressões da questão social – uma realidade em toda a América Latina. Seus dilemas e conflitos estão presentes desde sempre e os poderes do Estado democrático de direito, as políticas governamentais, há décadas, não são competentes para a resolução de seus problemas, haja vista o grau de encarceramento em massa nas últimas décadas.

Há vários interesses econômicos, sociais, políticos e ideológicos quando se trata da questão prisional no países latino-americanos de capitalismo neoliberal: a indústria do medo social e seus sensacionalismos; o imenso mercado da política de segurança privada e o avanço das privatizações; o conservadorismo social presente em todas as classes sociais que legitima o recrudescimento penal e o poder encarcerador do Poder Judiciário. Mesmo que amplamente também se veicule que a prisão não combate criminalidade e não evita reincidência estas se proliferam e superlotam o que a desigualdade produzida pela sociedade capitalista excluí.

A situação caótica dos presídios na latino-américa, em particular os brasileiros, de violências e descaso com os direitos, não é novidade. Presídios extremamente lotados, sem assistência aos detentos é uma realidade, reconhecida pelas autoridades, responsáveis pela política de execução penal. Na maioria dos estados não há investimento, o que nos leva a um sistema prisional sem condições mínimas de habitabilidade e sobrevivência. O que vemos nesta política pública é a precariedade; o velho calabouço revestido de modernidade, sob o argumento dos recursos públicos insuficientes, que vem fundamentando as privatizações, ou seja, prisões como um “novo negócio”.

O sistema prisional brasileiro é o 4º. que mais encarcera no mundo. Isso representa hoje uma das mais graves expressões da questão social brasileira. Pesquisas demonstram que a maior parte dessa população é proveniente dos segmentos mais pobres da classe trabalhadora, em especial a juventude negra/pardos (18-29 anos); homens, pobres, não brancos, baixa escolaridade, sem qualificação profissional, em sua maioria presos por crimes contra o patrimônio.

O recrudescimento penal e o poder encarceratório do Poder Judiciário há décadas vem construindo uma sociedade do superencarceramento, que atinge também crianças e adolescentes. A proposta pública é cada vez mais punir, em detrimento de políticas sociais para os trabalhadores empobrecidos, com pouquíssimas oportunidades sociais. Mesmo que amplamente se veicule que a prisão não combate criminalidade e não evita reincidência. A situação caótica dos presídios brasileiros é violenta e de descaso com os direitos.

Para a elite brasileira, “bandido bom é bandido morto”. As prisões brasileiras não incomodam as classes dominantes, muito pelo contrário: representam o lugar de vingança e sofrimento desejado. Neste momento, no Brasil, qual seria o resultado de um plebiscito sobre a “oficialização” da pena de morte ou prisão perpétua? Já temos tido vários linchamentos, prisões e justiça pelas próprias mãos. Para a maioria da população, o sistema prisional deve ser sinônimo de sofrimento, uma espécie de vingança que não respeita os direitos fundamentais de cada indivíduo condenado e/ou tutelado pelo Estado no cumprimento de suas penas.

As barbáries cometidas no sistema carcerário, de violação dos direitos humanos, tornam-se o “cadinho das expiações” das chamadas “classes perigosas” - aqueles que “não deram certo” aos olhos dos padrões dominantes da sociedade burguesa capitalista. E a existência das prisões cumprem um exímio papel nessa sociedade, pois, o que acontece dentro de muros e grades é a punição que o senso comum espera como vingança e não como justiça.

Segundo Faustino (2010) além da máquina infernal de aprisionar, o Estado penal persegue sistematicamente os pobres e amplia o sistema penal, intensificando os preconceitos, sua criminalização, ampliando a repressão, buscando enquadrar essa classe, no perfil desejado das classes dominantes. Para isso, o uso do Estado policial. Assim o Estado pune para conter os efeitos de sua omissão e desresponsabilização. Um Estado (ainda que democrático e de direitos) que não pode prescindir da violência.

A criminalização dos pobres, responsáveis por sua condição ou situação de pobreza; a violência estatal contra pretos e pobres que ameaçam a harmonia e hegemonia da branquitude social, ameaça o controle capitalista da ordem burguesa sob a chamada “classe perigosa” ou a classe dos criminosos em potencial: uma classe /massa de desassistidos, desempregados, destituídos da capacidade de consumo; os chamados “vagabundos” inúteis, sobrantes, dispendiosos para o Estado: os “matáveis”, negros, negras (racismo), ameaçadores dos “cidadão de bem”.

Essas características sociais, econômicas e morais-conservadoras e higienistas, vem justificando as ações violentas do Estado nas ruas, nas prisões, nas políticas públicas (ou melhor, o desmonte delas). Para Davis (2015),

A prisão acaba por ser um “efeito magia”, ou melhor, as pessoas que defendem a prisão e tacitamente parecem favoráveis a uma rede de proliferação de prisões e cadeias, são levadas a acreditarem na magia do aprisionamento. Mas nas prisões não desaparecem os problemas, elas desaparecem com os seres humanos. E a prática de desaparecer um grande número de pessoas pobres, imigrantes e comunidades racialmente marginalizadas, literalmente se tornou um grande negócio. A magia das prisões cria uma ausência de esforço para compreender os problemas sociais, escondendo assim, a realidade por trás do encarceramento em massa. As prisões desaparecem com os seres humanos afim de transmitir a ilusão e resolver os problemas sociais. Infraestruturas penais devem ser criadas para acomodar uma população em rápido crescimento para serem criadas em gaiolas.

A questão do tratamento penal-prisional, como responsabilidade do poder público, enquanto tutor desta realidade nos âmbitos federal e estadual tem desafiado a sociedade brasileira sobre as mudanças mais do que urgentes do sistema e não apenas ações reformadoras (ou ampliadoras da penalização) do que já existe, mas sim, de inovações e superações dessa lógica.

Iniciamos o século XXI, no olho do furacão do crescimento do Estado Penal e de uma sociedade que apoia o Estado punitivo e encarceratório, cada vez mais rígido, em detrimento das políticas neoliberais, neoconservadoras, do Estado social cada vez mais desmontado, da desproteção, da “insegurança” aos trabalhadores (Torres, 2010).

Como bem afirma Carvalho (2003), o aparato de controle penal-penitenciário, na atuação da ordem e segurança, vem assumindo cada vez mais seus papéis punitivo-

repressivos para os “não-cidadãos”, excluídos da ordem social econômica e destituídos de seus direitos. A penalização da miséria via o encarceramento dos pobres do qual fala Wacquant (2001) são características crescentes dos governos neoliberais e da atuação do Estado social mínimo, penal e encarceratório.

A aprovação da Lei Antidrogas inaugurou, no Brasil, uma estratégia de “guerra às drogas”, copiando o modelo dos Estados Unidos, guerra esta que tinha alvo e endereço certo: a população negra das periferias pelo Brasil afora. Mas como muito bem observou a ativista negra americana Deborah Small, a guerra às drogas americana não funcionou para o Brasil, pois em vez de reduzir o consumo e o abuso no uso das drogas, a erradicação do cultivo, a interdição de laboratórios de produção e outras abordagens pela via da oferta, levaram a mais violência, sofrimento, miséria e morte.

Essa “guerra” tem como principal objetivo a exclusão da população negra, confinando-a cada vez mais longe dos grandes centros, com caráter higienista e a manutenção do racismo na nossa sociedade, criminalizando de forma cada vez mais ostensiva a população pobre, negra e periférica. A professora Beatriz Abramides, em Editorial da Revista PUCVIVA nº 39, de 2010 já alertava que por trás da retórica da guerra, há uma estratégia de criminalização dos pobres pela limpeza étnico-racial e de contenção social.

Um dos aspectos mais nefastos dessa lei é a relação entre o sistema econômico a política criminal que, como nos lembra muito bem o professor Abramovay, na introdução do livro “Depois do Grande Encarceramento”, organizado por ele e pela professora Vera Malaguti Batista, de que esta relação é tão profunda que não se pode olhá-las de forma separada. Com o crescimento da população carcerária há a necessidade de construção de mais presídios, o que justifica a contratação de entidades privadas, atendendo aos interesses do capital, com as privatizações das unidades penitenciárias.

Torna-se urgente que o Brasil busque estratégias realmente eficazes para conter o grande encarceramento provocado por uma política criminal cada vez mais excludente e seletiva, especialmente para a população negra, pobre e periférica. Precisamos combater as práticas punitivas, repressoras e coercitivas que são comuns no âmbito penal brasileiro e que só contribui para aumentar cada vez mais o contingente de pessoas presas e em sua

maioria com um perfil socioeconômico e étnico-racial pré-determinado como já mencionado no corpo deste artigo.

Precisamos rever a política criminal vigente e pensarmos numa política pública efetiva que reduza a população carcerária, especialmente no que se refere à política sobre drogas, incentivo à política de penas alternativas e às audiências de custódia, afim de apurar a legalidade da prisão e evitar a prática de abusos e torturas, garantindo a dignidade e o respeito à pessoa humana, seja qual for a sua raça/cor, religião, origem, gênero ou orientação sexual.

O estado caótico do cumprimento de pena privativa de liberdade hoje no Brasil, pode ser também caracterizado, além de vários outros fatores, como parte de uma “desassistência” generalizada. É possível identificar a não-correspondência entre o que está disposto na Lei de Execução Penal vigente (LEP) e o que é praticado nos estabelecimentos prisionais; e mesmo que cumprida, por sua desatualização, a LEP não contempla uma política de seguridade social garantidora de direitos sociais/cidadania, para quem está preso.

Por fim, a garantia de uma política social de âmbito transnacional para a instituição prisão deve ser a prioridade em matéria de reformulações. Uma política pública que garanta a participação da sociedade civil, na fiscalização e controle social. Para uma possível superação desta realidade se faz necessário minimamente investir numa mudança cultural-institucional, a partir dos profissionais, para que se proponha uma nova práxis nessas instituições.

Sabemos que tanto a prisão quanto os dispositivos que a constituem estão bem vivos e nada indica que haverá mudanças significativas a curto ou médio prazo. Uma “nova práxis” nestes espaços socioocupacionais, que superem o burocratismo do cotidiano, desvelando a conjuntura nacional, na área sociojurídica e nas respectivas instituições, principalmente a política de execução penal, tendo como estratégia a articulação com os movimentos sociais e categorias profissionais.

Concordamos com Conde (idem), em suas reflexões críticas sobre as prisões na atualidade e a possibilidade de uma sociedade sem prisões: que devemos seguir lutando por mudanças no sistema prisional, principalmente na barbárie de suas condições de

violação de direitos (ainda que isso se apresente como uma grande contradição, pelas funções precípua da prisão). Dificilmente esta transformação ocorrerá no sistema capitalista e na produção das desigualdades sociais, mas podemos seguir construindo transições. Porém uma luta é de hoje e urgente: que aqueles que passam pelas prisões, quando libertados, depois de cumprirem sua condenação, não saiam em piores condições humanas para seguirem a vida em liberdade.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVAY, Pedro Vieira. BATISTA, Vera Malaguti (orgs). **Seminário Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro, RJ. Revan, 2010, 1ª reimpressão, 2015.
- BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BEHRING, Elaine Rossetti. **Política Social: fundamentos e história**. – São Paulo, SP: Cortez, 2006.
- BRASIL. **Banco de dados mostra situação da população negra do Brasil**. Brasília: SAE, 2012. Disponível em: <<http://www.sae.gov.br/imprensa/noticia/materias/banco-de-dados-mostra-situacao-da-populacao-negra-do-brasil/>>. Acesso em: 6 jun. 2015.
- BRASIL. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência e desigualdade racial 2014**. Brasília: SNJ, 2015. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002329/232972POR.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015.
- CARDOSO, Costa Rosilene. **Relações sociais na sociedade escravista: Cotidiano e criminalidade em Juiz de Fora - 1870-1888**. Juiz de Fora, 2011. Disponível em <http://www.ufjf.br/ppghistoria/files/2011/01/Rosilene-Costa-Cardoso1.pdf>, Acesso em 10/10/2014.
- CARVALHO, Salo de. **Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Novo Diagnóstico de Pessoas Presas. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. Brasília, junho de 2014.** Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf.

Acesso em 30/10/2014

CONCEIÇÃO, Ísis Aparecida. **Racismo Estrutural no Brasil e Penas Alternativas: Os limites dos Direitos Acríticos.** Curitiba, PR: Ed. Juruá, 2010.

DAVIS, Angela. **Mulheres, Raça e Classe.** São Paulo: Boitempo, 2015

DEPEN, **Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Ministério da Justiça. Brasília.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BD82B764A-E854-4DC2-A018-450D0D1009C7%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> . Acesso em 30/10/2014.

DUARTE, Evandro Piza. **Criminologia & Racismo.** Curitiba: Juruá, 2011.

FAUSTINO, Deivison Mendes. O encarceramento em massa e os aspectos raciais da exploração de classe no Brasil. **Revista PUCVIVA – encarceramento em massa, símbolo do Estado Penal.** São Paulo: APROPUC-SP no. 39, 2010.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes: uma difícil via crucis ainda a caminho da redenção. Resenhado por: Gilcerlândia Pinheiro de Almeida Nunes (UFRN), Cronos, Natal-RN, v.9, n.1, p.247-254, jan./jun. 2008.** Disponível em: <http://www.cchla.ufrn.br/cronos/pdf/9.1/r1.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2010.

_____. **O negro no mundo dos brancos - apres. Lilia Moritz Schwarcz** 2. ed. Revista, São Paulo, ed. Global, 2007.

_____. **A integração do negro na sociedade de classes** (no limiar de uma nova era) vol. 2, São Paulo, ed. Globo, 2008.

FILHO, Adauto Martins Soares. Vitimização por homicídios segundo características de raça no Brasil. Brasília, 2011. In **Rev Saúde Pública** 2011;45(4):745-55. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/viewFile/33011/35653> . Acesso em 30/10/2014.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública** - 7ª edição. São Paulo, 2013. Disponível em <http://www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao> . Acesso em 01/11/2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 29ª Ed., 2004.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Retrato das desigualdades de gênero e raça. Brasília, 2013.** Disponível em http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_pobreza_distribuicao_desigualdade_renda.html. Acesso em 28/10/2014.

JUSTIÇA GLOBAL, Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua e Organização Mundial Contra Tortura. A criminalização da pobreza. **Relatório sobre as causas econômicas, sociais e culturais da tortura e outras formas de violência no Brasil, [s.i.]: 2009.** Disponível em: <http://www.omct.org/files/2010/10/20938/addressing_the_criminalisation_of_poverty_brazil_por.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2015.

KARAM, Bruno. J. **Invisibilidade e negação de direitos: a realidade do egresso prisional em situação de rua**. Trabalho de Conclusão de Curso. São Paulo: UNIFESP/BS, 2015.

LIMA, Cleidemar Pereira, PEREIRA, Manoel Eustáquio Neto e SILVA, Neemias Oliveira da, **Historiografia e democracia racial no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/18767323/historiografia-e-democracia-racial-no-brasil>>. Acesso em: 11 Abr. 2010.

MELO, Doriam L. B. de; CANO, Ignácio. Índice de homicídios na adolescência: IHA 2012. Rio de Janeiro: **Observatório de Favelas, 2014**. Disponível em: <http://prvl.org.br/wp-content/uploads/2015/01/IHA_2012.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica – As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PESQUISA de Emprego e Desemprego (PED). **Os negros no trabalho**. São Paulo: DIEESE, 2013. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/analiseped/2013/2013pednegrosmetEspecial.pdf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

PNUD. **Relatório de desenvolvimento humano: racismo, pobreza e violência. Brasília, 2005**. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/brazil_2005_po.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

POST, Fabiano. **Entenda o que são os “autos de resistência” no Brasil – e o que está sendo feito para acabar com eles. [s.i.]: Global Voices, 2015**. Disponível em: <<http://pt.globalvoicesonline.org/2015/02/10/entenda-o-que-e-o-auto-de-resistencia-no-brasil-e-o-que-esta-sendo-feito-para-acabar-com-eles/>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

RASSI, Sarita Taleb. **O negro e o racismo de exclusão**. Flash UCG. Disponível em: <<http://www2.ucg.br/flash/artigos/0506negro.html>>. Acesso em: 8 nov. 2010.

SALES, Ana P. C. de. **A criminalização da juventude pobre no Brasil e a ascensão de um estado de direito penal máximo**. Espanha: USAL, 2012. Disponível em: <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/121138/1/DSC_CorreadeSalesAnaPaula_%20Tesis.pdf>. Acesso em: 20 maio 2015.

SERAFIM, Flaviana. **Extermínio da juventude negra brasileira é maior do que mortes em guerra**. São Paulo: CUT, 2013. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/noticias/exterminio-da-juventude-negra-brasileira-e-maior-do-que-mortes-em-guerra-477f/>>. Acesso em: 3 jun. 2015.

SENASP. **Pesquisa nacional de vitimização**. Data Folha, Minas Gerais, 2013. Disponível em: <http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

TORRES, Andrea Almeida. Direitos Humanos e sistema penitenciário brasileiro: desafio ético e político do Serviço Social. **Revista Serviço Social e Sociedade no. 67**. São Paulo: Cortez, 2001.

WACQUANT, Loic. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

_____. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da Violência 2012: A cor dos homicídios do Brasil**. Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012. Disponível em http://mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_cor.pdf . Acesso em 30/10/2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2013: homicídios e juventude no Brasil**. Rio de Janeiro: FLACSO Brasil/CEBELA, 2013.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2014: Os jovens do Brasil**. Brasília: FLACSO Brasil, 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: mortes matadas por arma de fogo**. Brasília: UNESCO, 2015.

**ENCARCERAMENTO FEMININO E OS IMPACTOS DO ESTATUTO DA
PRIMEIRA INFÂNCIA**

Carolina Sichetti Antunes

Eduarda Ribeiro Monteiro

Wilson Clayton Massamoto Goya

Resumo: A mulher sofre discriminação das mais variadas formas há séculos e graças a diversas revoluções, movimentações sociais e até mesmo alterações legislativas, o cenário começa a se alterar. Porém, infelizmente, a igualdade almejada ainda não é plena, o que se revela, por exemplo, pelas diferenças nos salários ou no tempo despendido em tarefas domésticas entre os gêneros, havendo ainda grande estigma ao sexo feminino que lhe confere a responsabilidade de cuidar da família de modo amplo e irrestrito. Ao constatar a carga de responsabilidade atribuída às mulheres em situação de liberdade acrescidas de preconceito e exclusão, a depender de sua cor e classe social, essencial refletir sobre a carga ainda maior das encarceradas que se colocam em situação de exclusão e estigmatização social. Não bastasse o fato de serem mulheres, carregam muitas vezes o etiquetamento conforme sua renda e escolaridade, fatos estes que se tornam praticamente inalterados após a soltura, já que o rótulo de criminosa se perpetua como já bem preconizado pela “teoria do etiquetamento” (BARATTA, 2002), dificultando sua reinserção social, familiar e profissional. Com a alteração do artigo 318 do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.257/2016, o chamado Estatuto da Primeira Infância, essa parcela excluída da sociedade vislumbra uma esperança de ver seus direitos fundamentais garantidos e também os de sua família, já que os impactos da prisão não atingem somente a vida da mulher presa, mas de seus filhos e de outras mulheres, já que as encarceradas, quando não têm seus descendentes encaminhados para adoção, dependem de suas mães ou outras conhecidas para zelar pela sua prole. Partindo da perspectiva da punição do gênero o presente artigo analisa o avanço legislativo em

relação ao encarceramento feminino e a utilização das alternativas à prisão como mitigação dos efeitos produzidos pelo cárcere às mulheres e sua prole. Se objetiva refletir sobre os impactos trazidos pelo Estatuto da Primeira Infância tanto na sua aplicabilidade pelas decisões judiciais, quanto na conscientização coletiva do papel feminino na sociedade. A metodologia do presente trabalho abarca uma verificação teórica e histórica do contexto do aprisionamento feminino assim como uma análise jurídica empírica sob a ótica da aplicabilidade ou não da conversão da prisão preventiva em domiciliar para mulheres gestantes no Estado de São Paulo. O presente trabalho tem por escopo defender o fato de que a antecipação da punição quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva, muitas vezes ocorridas em audiência de custódia, faz com que os efeitos do cárcere não recaiam somente sobre a mulher presa, mas se estendam a todo seu círculo familiar.

Palavras-chave: Encarceramento feminino. Prisão Domiciliar. Estatuto da Primeira Infância.

INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado de pesquisa que analisou a aplicabilidade do artigo 318 do Código de Processo Penal e suas alterações em 2016 pela Lei 13.257, também conhecida como Estatuto da Primeira Infância. Se objetiva analisar e compreender o grupo de decisões que envolveram o tema da prisão domiciliar e o artigo 318 do CPP, refletindo brevemente sobre a exposição de motivos do aludido Estatuto, assim como a racionalidade e retórica das decisões que a ele se referem. Partindo da análise de jurisprudência foi possível identificar a posição majoritária dos julgadores, organizando as decisões proferidas no contexto do tema abordado e verificando a coerência decisória por meio dos argumentos trazidos nos processos encontrados. Tal norma alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal modificando o inciso IV e incluindo os V e VI, sendo os casos que gestante, mulher e homem - este caso seja o único responsável -, com filho

de até 12 anos de idade incompletos, respectivamente, possam ter sua prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar.

A relevância do tema se justifica pela necessidade de identificar a busca pela efetivação ou não dos direitos da mulher e mãe presa, já que a política penal encarceradora acentua cada vez mais a desigualdade de gênero. É possível se verificar uma tendência de um expressivo aumento de 567,4% da população carcerária feminina, no intervalo de 2010 e 2014, ao passo que a masculina teve um aumento de 220,20%, segundo o DEPEN.¹

Segundo o relatório do Departamento Penitenciário Nacional os problemas do sistema penal devem nos conduzir a reflexões que ampliem esforços na busca de soluções estratégicas principalmente em uma conjuntura que o perfil majoritário dos indivíduos presos é de jovens, negros, de baixa escolaridade e baixa renda. Além disso, se acrescenta o fato de que seis em cada dez pessoas privadas de liberdade tem filhos. A melhoria a ser alcançada vai além da busca pela criação de vagas e atinge questões estruturais do sistema penal como mudança nos protocolos institucionais utilizados, humanização e modernização da legislação e das decisões de seus aplicadores.²

A imprescindível busca por alternativas penais mais eficientes que o encarceramento depende diretamente da atuação dos órgãos do sistema judiciário e o presente texto busca aclarar se o caminho trilhado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo segue esse sentido. As decisões por alternativas ao encarceramento provisório são aqui analisadas sob a ótica judicial, ainda que a transformação das condições carcerárias dependa da promoção de direitos surgida por intermédio de políticas públicas que deveriam ser implementadas pelos gestores governamentais.

¹ Conforme dados das “Diretrizes para a Convivência Mãe-Filho/a no Sistema Prisional” - Departamento Penitenciário Nacional Diretoria De Políticas Penitenciárias Coordenação De Políticas Para As Mulheres e Promoção Das Diversidades. (Documento resultado do workshop “Convivência Mãe- Filho/a no Sistema Prisional”, realizado em Brasília-DF nos dias 1 e 2 de março de 2016).

² Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - Dezembro de 2014.

Neste contexto, é necessário que se tenha uma visão e tratativa específica para o caso feminino já que além da questão de gênero a realidade pode ser agravada por episódios de violência doméstica, uso de drogas ou dependência financeira, fazendo com que sejam parte de um grupo extremamente vulnerável. Tais especificidades são legalmente reconhecidas no artigo 318 do Código de Processo Penal (atualizado em 2011 e 2016):

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - maior de 80 (oitenta) anos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
IV - gestante ; (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)
V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ; (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)
Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). (grifo nosso)

Além disso é possível identificar a proteção à gestante na Lei de Execução Penal em seu artigo 117:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- I. condenado maior de 70 (setenta) anos;
- II. condenado acometido de doença grave;
- III- condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV - condenada gestante.

Ainda no sentido de proteger a gestante, existem as Regras de Bangkok³ que visam combater a realidade negligenciada com olhar diferenciado às especificidades em relação ao tratamento de mulheres presas. Embora aderido a tal normativa internacional, o Brasil ainda não possui políticas públicas alternativas à aplicação das penas privativas de liberdade, de forma que a estrutura física dos presídios e os procedimentos ainda estão distantes de se adaptar à realidade feminina.

O objeto do presente estudo é composto de decisões colegiadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que versam sobre pedidos de conversão de prisão preventiva em domiciliar, de modo que possa se mensurar empiricamente se as medidas não encarceradoras são ou não aplicadas pelos magistrados.

1. RETROSPECTIVA LEGAL

Extrapolando as fronteiras do encarceramento feminino, a inovação trazida pelo artigo 318 objetiva impactar especialmente o interesse das crianças e dependentes de pais privados de liberdade, abarcando inclusive homens, que sejam os únicos responsáveis por eles.

Através do marco legal da primeira infância e da condição da criança como pessoa e cidadã em desenvolvimento é necessário que se imponha prioridade na garantia de direitos e proteção integral. Por intermédio da Lei 13.257 foram estabelecidos princípios

³ Regra nº 64 das Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, ratificada pelo Brasil.

norteadores para a criação de políticas públicas que visassem garantir e fortalecer os direitos da criança na primeira infância.

Deixando de lado o questionamento acerca das razões do legislador, assunto que não é o objeto do presente estudo, em 2011 foi observada a necessidade de se alterar o diploma legal para ampliar as possibilidades de concessão de medidas cautelares diversas da prisão. Assim, com a Lei 12.403/2011, modificou-se diversos artigos do Código de Processo Penal no que concerne ao tema de cautelares, fiança, prisão processual e afins.

Dentre as alterações, houve a inclusão do artigo 318, - aqui falamos em inclusão porque a redação anteriormente dada tratava de efeito suspensivo na apelação, tema que em nada se relaciona com o tema da prisão domiciliar objeto do atual dispositivo - no qual foram incluídas algumas possibilidades de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

O texto, publicado em maio de 2011, trazia em sua redação a possibilidade de concessão de prisão domiciliar nos casos em que o agente: tivesse mais de 80 anos; quando debilitado por doença grave; ou nos casos em que essencial aos cuidados de criança menor de 6 anos ou pessoa com deficiência. Foi ainda prevista a possibilidade às mulheres gestantes, a partir do sétimo mês, ou nos casos de gestação de alto risco.

Fato é que a alteração legislativa não garantiu uma efetivação dos direitos ali previstos. Em estudo feito após a entrada em vigor da Lei de 2011 verificou-se uma notável resistência dos julgadores na concessão da prisão domiciliar. Para justificar a sua negativa, apegaram-se, dentre outros argumentos, à letra da lei, fundamentando suas decisões no fato de que a mulher estava no sexto mês de gestação, e não no sétimo, como dispunha a lei, por exemplo (BRAGA, FRANKLIN, 2016).

Com as modificações trazidas pelo Estatuto da Primeira Infância, no ano de 2016, o leque de possibilidades para a conversão da prisão preventiva em domiciliar se expandiu, retirando o limite de sétimo mês de gestação do inciso IV, e incluindo, ainda, outras duas possibilidades de concessão: à mulher com filhos de até 12 anos, e ao homem com filhos de até 12 anos, desde que comprovado que seja o único responsável pelos seus cuidados.

O estatuto da primeira infância, aprovado em 2016, que altera diversos dispositivos em diferentes diplomas legais, tenta, no plano teórico, mitigar os efeitos maléficos do cárcere a mulher em estado gravídico, de maneira indireta, pois a proteção é toda fundamentada na proteção da criança.

O que foi possível observar a partir do presente estudo é que os julgadores continuam indeferindo os pedidos, mas com base em outros argumentos. Se antes a sua justificativa era de que a mulher não havia completado ainda o sétimo mês de gestação, sob a atual normativa o argumento é pautado no parágrafo único do artigo 318, ao dizer que não há nos autos provas idôneas do que é requerido, ou ainda, no fato de que o dispositivo legal não vincula o magistrado, uma vez que o caput traz a expressão “poderá” e não “deverá” quanto à substituição a prisão preventiva por domiciliar.

As decisões aqui tratadas, assim como aquelas analisadas no artigo “Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011”, são repletas de julgamentos morais, e de presunções com base na realidade social e moral do magistrado. Injusto seria dizer que isso acontece na totalidade delas, pois, de fato, há uma pequena parcela de juízes que interpretam o artigo 318 de forma mais abrangente, como nos casos que a lei não explicitou, mas que ao analisar o caso concreto, vislumbram alguma violação de direito das mães ou das crianças.

É verdade que o artigo 318 não vincula o julgador a sempre que a pessoa esteja em algumas daquelas situações ali descritas converter a prisão em domiciliar. Porém, o que vem ocorrendo desde a publicação da Lei 13.257 é o extremo oposto disso: os pedidos são em sua maioria indeferidos, sob argumentos nem sempre jurídicos. Em vários dos casos analisados o juiz afirma que a unidade tem ala especial para a gestante e para a mãe, ou que o tratamento médico que aquela grávida necessita deve ser ofertado na própria unidade (ainda que faticamente isso não ocorra), sendo desnecessária, portanto, a conversão daquela prisão em domiciliar.

Ainda no que se refere à saúde, é conhecido o elevado índice de morte dentro do cárcere em virtude de doenças tratáveis. Segundo dados do DEPEN, “pessoas privadas de liberdade têm, em média, chance 28 vezes maior do que a população em geral de contrair tuberculose”, por exemplo.

Além disso, diferentemente do que foi afirmado por inúmeros juízes em suas decisões, o atendimento de saúde prestado à população privada de liberdade é precário e os remédios oferecidos se resumem basicamente a analgésicos e calmantes.⁴

Sob a égide do pilar socioeconômico, a pobreza, a ausência de cuidados, nutrição inferior ao mínimo exigido, quando impostas de maneira coercitiva ao infante, dificultam o acesso à sociedade globalizada. No momento que este cidadão se depara com outro que não foi exposto a tais mazelas, as diferenças tornam-se mais evidentes quando analisadas sob a ótica do binômio educação-emprego, externado pela defasagem corporal e mental, oriunda daquelas carências.

Na fase escolar, as crianças expostas tendem a ter um desempenho inferior às demais, não alcançando bons índices de desenvolvimento. No campo profissional, eles são capazes de desempenhar apenas trabalhos que requerem menos habilidades e obter salários mais baixos, quando eles têm filhos, um ciclo de herança de pobreza recomeça – e isso se repete pelas gerações, conforme Mary Young (2016) aponta.

Neste sentido, a diminuição do lapso econômico-financeiro entre as pessoas é primordial para a ruptura do ciclo ofertado ao carente. Continua Mary Yong (2016):

Desse modo, o desenvolvimento humano é um poderoso gerador de equidade. Os investimentos na Primeira Infância conduzem a benefícios significativos em longo prazo, que reduzem a lacuna entre alta e baixa renda familiar. Investir em crianças novas em situação de desvantagem promove justiça e equidade social e, ao mesmo tempo, promove produtividade na economia e na sociedade como um todo.

Em âmbito mundial diversas nações têm se voltado à proteção da primeira infância, focando principalmente no chamado período de mil dias, que se estende da

⁴ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/14/massacre-silencioso-mortes-por-doencastraveis-superam-mortes-violentas-nas-prisoas-brasileiras.htm>

gestação até os dois anos de idade, já que durante esta fase, como demonstram diversos estudos científicos, se predomina a aprendizagem socioemocional, cognitiva e física do ser humano, fato que garante uma melhor desenvoltura social e escolar. Para tanto, avanços legislativos e decisões políticas sobre proteção, cuidado e educação das crianças têm sido implementados de maneira gradativa buscando o desenvolvimento humano, focando principalmente na atenção e educação de qualidade na primeira infância, bem como, a aplicação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

No Brasil a primeira infância é a etapa do ciclo vital que abrange desde o nascimento até os seis anos, apesar de alguns pesquisadores estenderem esse período até os oito anos de idade. As bases fundamentais do desenvolvimento humano, tanto físicas como psicológicas, sociais e emocionais são desenvolvidas justamente nesta fase da vida e se consolidam e aperfeiçoam-se nas seguintes⁵.

Segundo Gardner (1998), durante a primeira infância, a criança tem um período de desenvolvimento pautado em experiências e oportunidades de aprendizagem, desde que, sejam oferecidas pelos pais.

Neste mesmo sentido, Mustard (2017) ensina que desde a gestação, os estímulos fornecidos durante esta fase, são de suma importância para o desenvolvimento de um adulto, pois naquela fase, o cérebro do feto goza de grande plasticidade. Por decorrência lógica, a proteção à gestante por meio de cuidados em relação a sua saúde, bem como alimentação adequada, garantem a criança uma base sólida para o desenvolvimento físico e mental.

Feitas tais considerações acerca da imprescindibilidade de uma gestação segura e saudável, que certamente acarretará em um adulto que poderá contribuir como cidadão, sujeito ativo de direitos e deveres, em relação ao meio em que está inserido, um ponto salta aos olhos: como uma gestante que está no cárcere em razão do cometimento de um

⁵ Primeira Infância - Avanços do Marco Legal da primeira infância, *apud* CRC/C/GC/7/Rev.1, OBSERVAÇÃO GERAL Nº 7 (2005). “Definição da primeira infância. (...) varia nos diferentes países e regiões, segundo suas tradições locais e a forma em que estão organizados os sistemas educacionais. Em alguns países, a transição da etapa pré-escolar à escolar ocorre pouco depois dos 4 anos de idade. Em outros países, esta transição ocorre por volta dos 7 anos”.

crime poderá garantir ao seu bebê as condições que os estudiosos afirmam serem primordiais ao desenvolvimento do feto, se o estado, detentor do direito de punir, é incapaz de fornecer condições mínimas a custódia de ambos?

2. MÉTODO DE PESQUISA E ANÁLISE DE DADOS

A relevância do problema aqui analisado é tratada de modo que se observe a eficácia da inovação legislativa e a adesão ao avanço legal pelos seus aplicadores. Deste modo, escolheu-se como recorte institucional o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já que é considerado o maior tribunal do mundo em volume de processos correspondendo a 34% do total de processos em andamento na Justiça Brasileira.⁶

Atualmente, dos 357 magistrados integrantes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 331 são homens e 26 são mulheres.⁷ Dentre a composição específica da seção de direito criminal existem 79 desembargadores que compõem as câmaras criminais no TJ-SP, sendo que apenas 3 são mulheres.⁸

Segundo dados do Infopen (2014, p. 17) São Paulo é o estado responsável pela custódia de mais de um terço da população prisional brasileira, possuindo o maior número absoluto de pessoas presas sob sua responsabilidade em relação a outras unidades federativas. Por esses motivos, justifique-se a pertinência do recorte analítico do presente estudo.

A metodologia empírica qualitativa aqui utilizada busca compreender o direito como instrumento potencialmente transformador da realidade da justiça criminal e de suas políticas excludentes e seletivas. Com esta análise é possível organizar informações relativas a decisões proferidas em um contexto assim como verificar coerência decisória e produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de uma interpretação social.

⁶ Conforme dados do relatório “Justiça em Números 2016” produzido pelo Conselho Nacional de Justiça.

⁷ <http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/desembargadoras-representam-20-composicao-tjs>

⁸ <http://www.tjsp.jus.br/SecaoDireitoCriminal/SecaoDireitoCriminal/ComposicaoMagistradosOrdemAnti-guidade>

Para a pesquisa foi feita consulta eletrônica no sítio do Tribunal de Justiça de São Paulo (eSAJ, link: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/consultaCompleta.do>) em banco de dados para consulta completa de jurisprudência disponível ao público. A consulta envolveu decisões colegiadas do TJSP, tendo sido utilizadas as palavras-chave: “prisão domiciliar” e “artigo 318” no campo pesquisa livre. De tais registros foram analisados os acórdãos e as decisões interlocutórias que continham estes termos de modo que fosse observada a tendência decisória⁹.

Nos demais campos específicos de pesquisa foi feita uma procura por data de modo que o recorte temporal da análise fosse a aplicabilidade da prisão domiciliar em decisões deste tribunal no primeiro ano de vigência da Lei 13.257/2016, desde sua entrada em vigor, 9 de março de 2016, que implementa as políticas de primeira infância.

Como data do julgamento, portanto, escolheu-se o intervalo de 09/03/2016 a 08/03/2017. Deste intervalo foram localizados 430 acórdãos. A ferramenta de busca, após a localização dos resultados, informa, a título de aprimorar a pesquisa, os termos mais utilizados nas decisões trazidas, sendo que neste período se observou que o quarto termo mais encontrado foi “**denegado**”, o que já indica o caminho das decisões do tribunal.

Para análise dos acórdãos obtidos por meio da referida ferramenta, foi criado banco de dados contendo as seguintes informações: número do processo, tipo penal, decisão liminar, acórdão, fundamento usado no pedido, gênero do paciente, fundamento usado na decisão e observação relevante. Os preenchimentos dos referidos campos foram realizados resultando numa base de dados sólida para o estudo das decisões proferidas pelo tribunal.

Com o intuito de delimitar o objeto de pesquisa proposto neste estudo, foram eliminadas as duplicidades encontradas em três casos. Vencida esta etapa, foram removidos os casos cujo gênero fosse masculino, para que situações que comportam ao menos uma mulher fossem melhor consideradas para a análise. Deste modo, o universo analisado para a presente pesquisa foi de 253 decisões.

⁹ É importante salientar que as pesquisas por termo são feitas apenas no teor das decisões e não em todos os documentos do processo. Assim, pode ser que o advogado de defesa tenha pleiteado o benefício, mas o juiz não tenha utilizado exatamente os termos procurados.

Desta forma, se elencam abaixo os procedimentos analisados conforme grupos de crimes, decisões, fundamentação do pedido e incisos do artigo 318 do CPP:

1. Universo amostral: 253 procedimentos
 - a. Por bens jurídicos tutelados:
 - i. Pessoa: 4
 - ii. Patrimônio: 56
 - iii. Administração Pública: 1
 - iv. Saúde Pública: 1
 - v. Legislação especial - Tráfico de drogas: 186¹⁰
 - vi. Legislação especial - ordem tributária: 2
 - vii. Legislação especial - estatuto do desarmamento: 1
 - viii. Legislação especial - tortura: 2
 - b. Por decisão liminar:
 - i. Deferida: 17
 - ii. Deferida parcialmente: 2
 - iii. Indeferida: 227
 - iv. Não encontrada: 7
 - c. Por decisão colegiada:
 - i. Concedido: 21
 - ii. Denegado: 211
 - iii. Não conhecido: 3
 - iv. Prejudicado: 18
 - d. Por fundamentação do pedido (quanto a utilização dos incisos):
 - i. Houve utilização específica de inciso do art. 318: 229
 - ii. Não houve utilização específica de inciso do art. 318 (sem especificação): 24

¹⁰ Todas são primárias e podem vir a ser beneficiárias do §4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006.

- e. Por fundamentação do pedido: (gestante)
 - i. Na fundamentação, foi utilizado do inciso IV isolada ou cumulativamente com outros: 44
 - ii. Não menciona o inciso IV isolada ou cumulativamente: 209
- f. Quanto às gestantes (44)
 - i. Em relação a liminar:
 - 1. Deferida: 7
 - a. Tráfico de drogas: 6
 - b. Furto: 1
 - 2. Indeferida: 37
 - ii. Em relação ao acórdão:
 - 1. Concedido: 7
 - 2. Denegado: 32
 - a. Confirmada a liminar: 30
 - b. Cassada liminar: 2
 - 3. Prejudicado (perda de objeto): 5
 - a. Já condenadas: 2 (2089566-67.2016.8.26.0000 - “Gestante em Franco da Rocha que deixou de fazer o pré-natal presa com mais 22 mulheres na mesma cela”).
 - b. Juiz a quo: 2
 - c. Tribunal superior: 1
- g. Quanto à fundamentação do pedido: (mães)
 - i. Na fundamentação, foram utilizados incisos III ou V isolada ou cumulativamente com outros: 194
 - ii. Não menciona os incisos III ou IV isolada ou cumulativamente: 59
- h. Quanto às mães (194)
 - i. Em relação a liminar:
 - 1. Deferida: 12

2. Deferida parcialmente: 2
 3. Indeferida: 174
 4. Não encontrada: 6
 - ii. Em relação ao acórdão
 1. Concedido: 17
 2. Denegado: 161
 3. Indeferido o processamento: 2
 4. Não conhecido: 1
 5. Prejudicado: 13
 - a. Sentenciada: 8 (1 delas foi concedido os sursis)
 - i. Fechado: 3* (sursis)
 - ii. Semiaberto: 2
 - iii. Aberto: 3
 - b. Tribunal superior: 3
 - c. Juiz *a quo*: 2
2. Quanto aos pedidos por incisos (acrescidos os homens, totalizando o universo amostral em 357)¹¹
 - i. Sem especificação: 55
 - ii. Inciso I: 4
 - iii. Inciso II: 37 iv. Inciso III: 107
 - v. Inciso IV: 44
 - vi. Inciso V: 120
 - vii. Inciso VI: 19

Dentre os casos analisados, inúmeros fatores merecem destaque, dentre eles a repercussão dos casos e a identificação do julgador com os réus como motivos que levam

¹¹ A quantidade de pedidos segmentada por incisos não guarda relação direta com os números de casos analisados, tendo em vista, que em muitos deles, o pleito foi alternativo ou ainda cumulativo. Tais números são válidos apenas para verificar como a nova regra está sendo utilizada pelos operadores do Direito.

à decisão da concessão ou não do pedido de conversão para a prisão domiciliar. Nos casos analisados para a presente pesquisa em sua quase integralidade se tratavam de delitos cometidos por mulheres pobres e mães, que muitas vezes tem mais de um filho, fazendo com que sejam mais do que afirmados os requisitos para a conversão de sua prisão. Apesar disso, na esmagadora maioria dos casos não foi observada a concessão da prisão domiciliar pela “mera” subsunção normativa.¹²

Nesse sentido, a despeito do julgamento moral, travestido de argumento jurídico, e a identificação pessoal dos julgadores com os réus, caso que trouxe a público a existência e aplicabilidade do artigo 318 do CPP ocorreu na 7ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro em processo pertencente à operação policial de nome Calicute, atrelada à Operação Lava Jato, que tem como principal alvo o ex governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, que é acusado de crimes como lavagem de dinheiro, corrupção e associação criminosa.¹³ Durante o processo, Adriana Anselmo, esposa de Cabral, também ré do processo, teve sua prisão preventiva decretada em dezembro de 2016.

Entretanto, três meses após sua prisão o juiz converteu, **de ofício**, a prisão preventiva em prisão domiciliar sob o argumento de que não poderia privar simultaneamente os filhos de 11 e 14 anos do convívio com os pais, ambos presos.

Durante a pesquisa efetuada na jurisprudência paulista foram encontrados três *habeas corpus*¹⁴ similares que trataram sobre a possibilidade da conversão da preventiva

¹² "Observa-se, a respeito, que embora as pacientes cumpram os requisitos previstos no artigo 318, inciso V, de mencionado texto legal (são mulheres, primárias e possuem filhos menores com até 12 anos de idade), a concessão do benefício é facultativa e depende da análise das peculiaridades de cada caso, não se mostrando adequada à hipótese." (TJSP; HC 2194620-22.2016.8.26.0000; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Jose dos Campos- 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 24/11/2016)

¹³<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-07/mpf-pede-condenacao-de-sergio-cabral-no-processoda-operacao-calicute>

¹⁴ (TJSP; Habeas Corpus HC 2191690-31.2016.8.26.0000 ; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Capão Bonito- 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 10/11/2016; Data de Registro: 16/11/2016); (TJSP; Habeas Corpus HC 0009318-17.2017.8.26.0000; Relator (a): Airton Vieira; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Amparo- 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 07/03/2017; Data de Registro: 08/03/2017) e (TJSP; Habeas Corpus HC 220797769.2016.8.26.0000; Relator (a): Jaime Ferreira Menino; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto; Data do Julgamento: 31/01/2017; Data de Registro: 03/02/2017)

para domiciliar em que os réus do mesmo ou outro processo são genitores e se encaixam nos requisitos II, IV ou VI do artigo 318 do CPP. Em dois deles houve o indeferimento liminar e reiterado em decisão colegiada e noutro indeferido liminarmente e concedido em acórdão.

O primeiro deles se trata de dois réus casados, primários, com residência fixa e ocupação lícita que possuíam juntos filho com três anos de idade que foram detidos em flagrante pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico por guardarem e manterem em depósito seis porções de crack. Foi argumentado no julgamento a falta de demonstração da necessidade excepcional da presença dos pais mediante prova idônea, trazendo inclusive julgado anterior da mesma Câmara que retoma o depoimento dos réus na fase policial ao informarem que a criança ficaria sob os cuidados de uma tia, portanto, não havendo imprescindibilidade dos pais.

O segundo caso trata de mãe reclusa sob acusação de associação para o tráfico em que o pai de seu filho também se encontra detido, por outro processo. Neste procedimento o pedido fora feito de próprio punho e foi alegada dentre seus apontamentos a convivência com presas já condenadas ao regime fechado, ainda que exista expressa determinação, conforme artigo 84 da Lei de Execuções Penais, que presos provisórios devem ficar separados de presos condenados. Suas decisões se deram no sentido de que não haviam elementos documentais consistentes e pré-constituídos para que fosse convertida sua prisão preventiva.

No terceiro caso similar, mas único em que houve deferimento, ocorreu crime contra a ordem tributária, vez que a ré, proprietária de empresa, se utilizou de documentos que sabia ou deveria saber inidôneos suprimindo quantias devidas à Fazenda do Estado de São Paulo. Em liminar houve indeferimento e, ainda que tenha sido trazida prova emprestada de processo trabalhista sofrido pela ré apontando que “apesar de ter filho menor, não lhe dedicava atenção necessária”, conforme testemunho, o magistrado restabeleceu a prisão domiciliar da ré, já que o HC informou que o juízo *a quo* teria lhe suspenso a prisão domiciliar sem que houvesse alteração fática, após pedido do Ministério Público neste sentido.

A benevolência para a concessão nos casos de grande repercussão e de trato diverso de acordo com o crime ou classe social dos envolvidos pode ser observada sob uma perspectiva crítica, de modo que observamos que ao se identificarem socialmente com os réus, os julgadores concedem a medida desencarceradora e ao não se observarem no papel de agentes do delito de tráfico, por exemplo, indeferem.

Para além dos casos de similitude aprofundada apresentado, inúmeros procedimentos analisados na pesquisa se tratavam de mulheres que foram detidas ao tentar ingressar no sistema prisional com alguma quantidade de droga no momento de visita a seus companheiros presos. Em tais casos ao indicar ter filhos ou estar gestante, não tiveram, nenhuma delas, abordadas em suas decisões o fato de que haveria a privação de convívio dos filhos com os pais, ainda que estivessem ambos também presos, como no caso de Adriana Ancelmo e Sérgio Cabral.

É possível observar que o julgamento é feito através da compreensão subjetiva do magistrado, que destaca a ordem pública e a gravidade abstrata do delito, dissociada de elementos individualizados e concretos para a não concessão dos pedidos. A moralidade é elemento apresentado inclusive nos poucos casos em que houve a aplicação do artigo 318, onde o desembargador destaca a possibilidade de reconfiguração moral da presa ao dizer que "(...) espera-se que a inserção em prisão domiciliar, inspire essa mãe a adotar novos valores morais, para que possa melhor gerir suas vidas, e proporcionar a sua pequena filha uma vida digna." ¹⁵

Por intermédio das narrativas trazidas nos procedimentos analisados é possível confirmar que atuação das mulheres se dá primordialmente em posições subalternas dentro do tráfico, como mulas ou guardadoras de drogas. Ainda que se observe o papel passivo assumido dentro das organizações criminosas, estas presas têm seus direitos de conversão suprimidos, já que sua residência e o local do crime se sobrepõem.

Outra questão importante a ser ressaltada é a morosidade do Judiciário. Nesse sentido, tal adjetivação implica por vezes na perda do objeto, já que no momento de

¹⁵ (TJSP; Habeas Corpus HC 2204049-47.2015.8.26.0000; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de São Jose dos Campos- 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 21/11/2016; Data de Registro: 24/11/2016)

decisão definitiva do *habeas corpus* impetrado já há condenação em primeiro grau. Das 13 situações analisadas em que a mulher se declarou mãe de ao menos um filho, 8 delas, ou seja, 61,5%, tiveram seus pedidos prejudicados, por já possuírem sentença registrada.

O motivo pelo qual se opta pela impetração do HC é a restrição imposta pela autoridade tida como coatora, sendo esta o juiz de primeiro grau, que negou ou suspendeu a prisão domiciliar. Constatada esta restrição, alegada indevida ou arbitrária, cabe à defesa procurar todos os meios necessário para garantir a efetivação dos direitos da pessoa que sofre o constrangimento.

O instrumento estabelecido em lei que permite a revisão desta decisão objetivando proteger o direito de liberdade de locomoção é o *habeas corpus* que será analisado pelo órgão imediatamente superior. Ao alegar o impedimento de posicionamento acerca de determinado feito, em razão da fase processual já ter sido superada se verifica a falha e inobservância do direito tutelado.

Sob o viés processual é possível rememorar a possibilidade de antecipação do provimento jurisdicional quando preenchidos os requisitos da “fumaça do bom direito” e do “perigo da demora” de modo que o direito pudesse ser garantido.

Ao analisar tal possibilidade nos casos de mulheres gestantes foram localizados 44 pleitos liminares em razão do estado gravídico, havendo a concessão da prisão domiciliar em detrimento da preventiva em 7 casos, o que corresponde a 15,9% das situações. Se aplicarmos o mesmo raciocínio àquelas que se declaram mães, a situação se agrava em relação ao pedido liminar, já que em apenas 12 casos houve o deferimento liminar contra 173 indeferimentos. Sendo assim, em apenas 8,97% das situações submetidas ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o pedido foi acolhido.

Evidente que a decisão liminar comporta caráter excepcional e incidental e está sedimentada nas provas trazidas pelo impetrante, entretanto se observa com muita frequência justificativas padrões e genéricas para o indeferimento, como quando "A análise do pedido se revela inadequada à esfera da cognição sumária, haja vista confundir-

se com o mérito, reservando-se à Colenda Turma Julgadora a solução da questão em toda a sua extensão"¹⁶

Feita esta breve pontuação acerca do cunho incidental do pedido liminar, retornemos a questão trazida anteriormente: casos em que o acórdão foi prejudicado em razão da perda de objeto.

Afirmamos que das 13 situações analisadas por esta fundamentação, 8 receberam esta denominação, por já possuírem sentença registrada em relação às mulheres que se declaram mães. No que toca ao regime imposto às mulheres que foram condenadas, constatamos que o regime inicial de cumprimento da pena imposta seria inicialmente o fechado em 3 situações fáticas, 2 no semiaberto e 3 no regime aberto. Sendo assim, em metade das oportunidades analisadas, 4 de 8 casos, a mãe deixou de estar com seus filhos pela ineficiência do poder Judiciário.

Durante os trâmites processuais foi comum observar que a permanência sob a custódia do estado foi utilizada como regra e não como exceção, ainda que a mulher presa tenha sido condenada ao regime aberto, fator que permitiria seu recolhimento domiciliar desde o início.¹⁷

Além da flagrante inobservância da lei, outro ponto salta aos olhos: quem permanece com a criança durante a custódia cautelar da mãe? Sob esta perspectiva, entende o magistrado, ao decidir um caso analisado, que "Uma vez que o flagrante ocorreu em 13/10/2015, ou seja, há mais de seis meses; é crível que as crianças estejam sob cuidados de terceiros, sem que haja, até o momento, comprovação da necessidade da presença da averiguada".

Dos resultados analisados, foi possível observar momentos em que foi pleiteada a conversão do regime fechado ou semiaberto para a prisão domiciliar já na fase de execução da pena. E sua negativa se dá de modo que o artigo mais restritivo prevaleça.

¹⁶ (TJSP; Habeas Corpus 2228371-97.2016.8.26.0000; Relator (a): Gilberto Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Jaú - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/02/2017; Data de Registro: 02/03/2017)

¹⁷ Nesse sentido, ao ser alegado pela defesa a provável condenação em regime aberto, os desembargadores alegam que concessão da prisão domiciliar sob essa justificativa seria mero exercício de futurologia.

Assim, as mulheres condenadas com filhos menores de 12 ou de 6 anos e homens com filhos menores de 12 anos, desde que seja o único responsável, teriam menor probabilidade de soltura que os presos ainda provisórios. Entretanto, nos casos em que não houve condenação em segundo grau podem ser abarcados pelo artigo 318 do Código de Processo Penal.

É por vezes até prejudicial ao réu caso sua vara de sua condenação em primeiro grau seja célere já que chegando à fase de execução ele “perderá” a oportunidade de se enquadrar nos incisos V e VI do 318 do CPP.¹⁸ Além disso, na hipótese de acometimento de doença grave (situação prevista no inciso II do 117 da LEP) é comum que o inciso II do artigo 318 do CPP seja citado para seu não deferimento, já que dispõe a necessidade de extrema debilidade além da doença grave. Demonstrando assim, que a aplicação legal das disposições processuais penais são feitas na imensa maioria dos casos femininos (apenas 21 casos em um universo de 253 analisados) de modo restritivo, dissolvendo o sistema jurídico humano para dar lugar a uma compreensão do direito de modo repressivo e odioso cada vez mais distante de seu objetivo ressocializador. Segundo Gibin (2010):

A expressão das mulheres presas reflete a máxima opressiva de um Estado Penal e Patriarcal, que rege por práticas totalitárias de controle dos corpos e da subjetividade. No cárcere, expressão central da política penal, as mulheres são oprimidas sequencialmente por carregarem estereótipos que as desqualificam enquanto sujeitos sociais. São as expressões de opressão por serem pobres, negras, jovens, mulheres, mães e presas.”

¹⁸ Contrário disso, foi localizada decisão em que o magistrado concedeu a prisão domiciliar ainda que a presa já tivesse sido condenada em regime fechado. (TJSP; Habeas Corpus 2148761-80.2016.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Comarca de Cordeirópolis; Data do Julgamento: 17/08/2016; Data de Registro: 20/08/2016).

Resta evidenciado, portanto, que o estatuto da primeira infância, mesmo garantindo à criança o status de cidadã e buscando proteger seus direitos quando o pai e ou a mãe encontram-se presos provisoriamente, é violado de modo direto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa pode-se extrair conclusões em relação a aplicabilidade da inovação legislativa que busca garantir os direitos à saúde, convivência familiar e social dos indivíduos aprisionados, em especial as mulheres, e seus filhos. Observa-se que a atuação majoritária do poder judiciário paulista se deu em oposição às medidas desencarceradoras, se afastando dos motivos legitimadores da norma e obedecendo a modelos patrimoniais, patriarcais e estigmatizadores.

A defesa da propriedade, da existência de um “bem comum”, como a saúde pública, que é o sujeito passivo no delito de tráfico de drogas, o âmbito moral e a prisão cautelar como regra, em contradição flagrante ao texto constitucional, ainda são os pontos de maior destaque nas decisões analisadas o que indica que a tendência decisória está na contramão de medidas desencarceradoras. Mulheres pobres e negras são aprisionadas por membros de organizações majoritariamente masculinas, brancas e de classes alta e média.

O encarceramento desse grupo específico revela a faceta de um estado racista que segrega pessoas, dividindo-as em categorias, fato que se agrava considerando que a condição de igualdade é realizada apenas no papel. A política do encarceramento em massa que optamos em adotar ao buscar a repressão dos crimes, se mostra extremamente ineficaz, considerando que os números de criminalidade só aumentam. Remover os considerados criminosos dos olhos da sociedade trancafiando-os em locais destinado a tudo, menos a famigerada reinserção social, nada mais é que retrocesso humano, adotando àquela mesma política segregacionista (escravista) no atual estado democrático de direito.

É ponto pacífico, apontado pelo próprio Ministério da Saúde, que a população privada de liberdade se encontra em situação de maior vulnerabilidade quanto à contração de doenças, devido às condições de vida e saúde a que estão expostas. As mulheres

gestantes estão mais vulneráveis ainda e não dispõem de tratamento adequado, podendo ter complicações irreversíveis, prejudicando sua saúde e até mesmo a vida de seu bebê, razão da existência da lei da primeira infância, que busca garantir a efetivação do princípio da intranscendência da pena.

No entanto, contrariando essa realidade, encontramos diversas decisões judiciais denegando pedido de conversão da prisão preventiva em domiciliar, sob o argumento de que eventuais doenças, ou que a própria gestação de risco poderá ser assistida por médicos e profissionais capacitados dentro da unidade prisional.

O hábito de encarcerar se evidencia com os novos argumentos trazidos pelo poder judiciário em resposta à alteração legislativa de 2016, pois essa é mais permissiva e agora faz cair por terra muitas das justificativas antes utilizadas para manutenção dessa população específica no cárcere.

O ápice de violência estatal se dá quando, além de sofrerem com a falta de saúde, estrutura e dignidade, as presas mães têm seus filhos retirados e enviados para algum familiar ou para adoção sem a sua autorização ou conhecimento.

O sistema penal existente está interligado de forma visceral ao sistema social, compartilhando os pontos benéficos e os maléficos. A excessiva racionalização acerca do sistema penal em busca do bem comum, delimita ainda mais eventuais alterações. Quando mudanças legislativas são implementadas, lembrem-se que estas externam a vontade da sociedade, os responsáveis pela sua aplicação, simplesmente criam interpretações, das mais diversas, desfigurando o espírito da norma. Valores morais pessoais se sobrepõe a vontade da sociedade cristalizada em lei, tudo em prol da busca de um alegado “bem-estar social”.

No Brasil a política do encarceramento em massa gerou uma série de problemas à sociedade: O aumento exponencial de mulheres presas nos últimos anos, aliado a estabelecimentos prisionais que não foram concebidos para custodiá-las, bem como, a antecipação da pena pelo não uso de cautelares diversas da prisão, a morosidade na condução dos feitos processuais, o ativismo recente do Judiciário na aplicação das leis, o grande volume de processos nos tribunais, a não “reabilitação” da pessoa presa durante o cumprimento de sua pena, o medo crescente da sociedade em relação ao crescente número

de crimes cometidos fornecidos pelos governantes, as implicações do gênero que as mulheres sofrem em razão de viver numa comunidade machista e patriarcal, o abandono emocional e financeiro, a pobreza e o racismo.

ANEXO - TABELA DE CRIMES

	TOTAL
Grupo: Crimes contra a pessoa	4
Homicídio	4
	TOTAL
Grupo: Crimes contra o patrimônio	56
Furto	11
Roubo	38
Extorsão	1
Extorsão mediante sequestro	1
Estelionato	4
Sequestro e cárcere privado	1
	TOTAL
Administração pública	1
Corrupção passiva	1
	TOTAL
Sáude pública	1
Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais	1
LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA	
	TOTAL
Grupo: Drogas	186
Tráfico	143
Associação para o tráfico	6

Ambos	37
TOTAL	
Grupo: Estatuto do desarmamento	1
TOTAL	
Ordem Tributária	2
TOTAL	
Grupo: Tortura	2
TOTAL	
TOTAL	
253	
<i>*Não foi considerada a diferenciação entre as supostas tentativa ou consumação dos delitos. No caso de múltiplas condutas foi considerada a imputação de maior pena máxima em abstrato</i>	

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 11ªed., 2007.

BECKER, Howard S.. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. São Paulo: Ed. Zahar. 2008.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes, ANGOTTI, Bruna. Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere feminino brasileiro. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos. 2015. v.12, n. 22.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes, ANGOTTI, Bruna. Dar à luz na sombra: Pensando o direito e as reformas penais no Brasil: condições atuais e a possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. São Paulo: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Programa de Pesquisa para o Desenvolvimento Nacional, 2014.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes, FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. Quando a casa é a prisão: uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, v.9, nº 1, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen

CASTRO, Lola Anyar de. Criminologia da reação social. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

FREITAS FILHO, Roberto e LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

GARDNER, H., Kornhaber, M. L., & Wake, W. K. (1998). Inteligência: múltiplas perspectivas. Porto Alegre: Artes Médicas.

GIBIN, Camila. O Estado Patriarcal e o Estado Penal: filhos do mesmo homem. In: Encarceramento em massa - Símbolo do Estado Penal. PUCVIVA 39. Setembro/Dezembro, 2010.

INFOPEN/MJ. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Dezembro de 2014. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf

Mulheres - Junho de 2014. Departamento Penitenciário Nacional, Ministério da Justiça> Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-terca-feira-relatorio-depen-versao-web.pdf>

MUSTARD, F; MC CAIN, M.; SHANKER, S. Early Years Study 2. Putting Science into Action. Canadian Council for Early Childhood Development, 2007.

RUSCHE, Greog e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social / Greog Rusche e Otto Kirchheimer. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

YOUNG, Mary. Por que investir na primeira infância. In: **Primeira Infância: Avanços do Marco Legal da Primeira Infância**. Coordenação de Ivânia Ghesti-Galvão. Brasília: Senado Federal, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. Vol.1. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DETRAÇÃO E SUA APLICABILIDADE DECORRENTE DE FATO DELITUOSO POSTERIOR AO ENCARCERAMENTO CAUTELAR INDEVIDO

Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna

Advogada. Doutoranda em Ciências Penais, pela PUCMINAS. Mestre em Direito e Instituições
Políticas, pela Universidade FUMEC.

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

Advogada. Mestranda em Ciências Penais, pela PUCMINAS. Especialista em Direito Público.

Resumo: A Execução Penal é uma das áreas das ciências criminais em que mais controvérsias se encontram controvérsias estas que demandam urgência em sua solução, especialmente diante da situação de sujeição dos cidadãos perante o Estado sancionador. Uma das questões que demandam vasta discussão refere-se à Detração, especificamente à possibilidade de se aplicar à execução por crime praticado posteriormente ao fato que ensejou a prisão provisória. Detração é “o abatimento na pena a ser cumprida do tempo de prisão já cumprido pelo condenado” (FRAGOSO, 1995, p.303). Embora o Artigo 42, do Código Penal, não faça qualquer restrição temporal à aplicação do instituto, a jurisprudência pátria, bem como parte da doutrina (PRADO, 2011), tem negado o cômputo da detração a condenações ocorridas por fatos posteriores. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento segundo o qual apenas será possível o cômputo de tempo de prisão provisória no mesmo processo, havendo condenação; ou em processo por delito praticado anteriormente ao acautelamento, ao fundamento de que o inverso geraria uma “conta-corrente” em favor do Réu, crédito que o incentivaria a delinquir. Posição contrária, entretanto, se verifica em autores como BRANDÃO (2010), BRITO (2011) e DOTTI (2001). Para esta corrente, não haveria proibição quanto ao abatimento, em

execução por crime praticado posteriormente àquele pelo qual o indivíduo cumpriu prisão provisória, sendo, ao final, absolvido, não verificando condicionante temporal à atribuição do benefício ao apenado, posição que nos parece mais adequada. O Estado, conforme o art.5º, LXXV, da Constituição da República, tem dever de indenizar as vítimas de erro judiciário, como é o caso do indivíduo submetido a prisão provisória em processo criminal que enseje absolvição. Esta indenização tem por objetivo restaurar o status quo, tanto quanto possível. Desta forma, apenas deverá haver indenização monetária diante da impossibilidade de se restaurar o bem jurídico abalado. Contudo, havendo a possibilidade de que o dano causado à liberdade do cidadão seja efetivamente reparado, restaurando-se sua liberdade, deverá ser esta a forma de indenização, pois que a indenização financeira terá mero caráter compensatório, não ressarcitório do bem violado. Além disto, não havendo qualquer restrição legal à aplicação do instituto da detração, seja qual for a ordem dos fatos, não se pode admitir a vedação ao cômputo do período de indevido cumprimento de prisão provisória, em execução oriunda de fato delituoso ocorrido posteriormente, diante de mera suposição, de ordem prática – política e não jurídica – que indevidamente restringe direito do condenado criminalmente. Serão analisados, para tanto, a disposição legal acerca da detração, bem como doutrina e jurisprudência relativas ao tema, de forma a demonstrar a evolução do tema e a necessidade de adequá-lo ao Direito Penal de garantias do cidadão e limitador do poder punitivo estatal. Proibicionismo penal e encarceramento feminino brasileiro, Franciele Silva Cardoso e Isabella Dias Martins. O presente artigo busca identificar o aumento da população carcerária feminina nos últimos anos em razão de envolvimento com o tráfico de drogas e relacionar o período de maior crescimento de tal população com as normas penais e a realidade social vigentes à época, analisando as condições a que estão submetidas as mulheres presas no Brasil. A população carcerária brasileira apresenta um crescimento acelerado, que vai à contramão da trajetória dos demais países de maior contingente prisional. Segundo dados do DEPEN, no período de 2000 a 2014, o aumento da população feminina foi de 567,4%, enquanto a média de crescimento masculino foi de 220,2%, refletindo, assim, a curva ascendente do encarceramento em massa de mulheres no Brasil. Nota-se que o encarceramento feminino obedece a padrões de criminalização

extremamente distintos. Enquanto 28% dos crimes pelos quais o total da população carcerária responde estão relacionados ao tráfico, para as mulheres essa proporção alcança a ordem de 64%. Esse crescimento no encarceramento de mulheres está diretamente ligado à política contra as drogas e sua analogia com a guerra, que priorizou a política repressiva em detrimento da política preventiva (SHECAIRA, 2014). Tal política proibicionista tem por base um discurso de proteção da saúde pública e de intensificação da punição, desafiando princípios básicos como o da proporcionalidade das penas e das garantias processuais (CARVALHO, 2014). A dureza das penas, as normas penais amplas, as prisões cautelares e as restrições de direitos e garantias individuais influenciam de maneira direta o aumento da população de presas. Desta feita, visa-se ainda um estudo das causas sociais informais de seleção da mulher para o cárcere, e, analisa-se então, a inserção do feminino no ambiente prisional e a maneira como a mulher, dotada de necessidades específicas não asseguradas pela ótica masculina no contexto prisional, é submetida a uma dupla punição (LEMGRUBER, 2015). A pesquisa possui uma proposta de análise transdisciplinar, atravessando campos como os da criminologia, da política criminal e das ciências jurídicas e sociais. Além disso, apoia-se numa metodologia prioritariamente dialética e utiliza-se da pesquisa bibliográfica e do levantamento de dados. O marco teórico da pesquisa é a Criminologia Crítica, que assume a seletividade penal como característica estrutural do poder punitivo (BARATTA, 2002), além de um apoio na Criminologia Feminista. Na sistemática da nossa Lei de Drogas de 2006 a mulher, e especialmente a mulher negra e pobre, sofre em maior grau os efeitos do sistema criminal, embora sua participação na rede do tráfico seja na maioria das ocorrências em posições periféricas e facilmente substituíveis (BOITEUX, 2006). Isto posto, analisa-se propostas alternativas ao modelo proibicionista como forma de obter melhores resultados tanto para a saúde quanto para a segurança públicas e a gestão carcerária, de maneira a beneficiar a toda a população, mas em especial o gênero feminino, tão afetado pela sistemática de combate às drogas à qual estamos submetidos.

Palavras-chave: Detração – delito posterior – conta-corrente penal

INTRODUÇÃO

O instituto da detração está, há muito, incorporado no Direito Penal brasileiro, contudo, muitas incertezas ainda remanesçam acerca de sua aplicação, entre doutrinadores e julgadores, como se apresentará neste estudo.

Conforme adverte CERNICCHIARO (1998, p.04), a detração penal, embora esteja incorporada ao sistema penal brasileiro, presente desde a original redação do atual Código Penal, “*ainda não mereceu o devido registro da doutrina e da jurisprudência*”, mantendo-se dúvidas e discussões antigas ainda sem resposta adequada, muitas das quais serão expostas no presente trabalho.

A detração é o instituto jurídico mediante o qual computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória no Brasil ou no estrangeiro, bem como de prisão administrativa e internação em estabelecimento de saúde, nos termos em que dispõe o art. 42¹, do Código Penal, como adiante se pormenorizará.

Em Direito Penal, prevalece a regra da liberdade, presumindo-se inocente, o acusado, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória apenas quando, então, deverá a liberdade do condenado sofrer eventual restrição.

Desta forma, tendo-se em vista o princípio constitucional da presunção da inocência, tem-se que a privação da liberdade antes da sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, deve ser excepcional e apenas possível diante da justificada e estrita necessidade.

¹ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

A detração é, assim, medida de justiça penal. Não se considera que a pena aplicada tenha sido menor, mas que o tempo da prisão cautelar foi computado como de cumprimento de pena.

Conforme ensina GRECO (2012, p.509), “*é lógico e razoável que aquele que estava preso, aguardando julgamento, se ao final vier a ser condenado, esse período em que foi privado de sua liberdade deva ser descontado quando do cumprimento de sua pena*”, devendo-se considerar as três espécies de pena, assim como a medida de segurança, mas também outros efeitos, como os relativos ao regime de cumprimento de pena, a serem posteriormente analisados.

1. CONCEITO

A detração significa “*o ato judicial (a) de reduzir da pena privativa de liberdade aplicada, o tempo de prisão provisória (...) ou de prisão administrativa cumprida pelo condenado, ou (b) de reduzir da medida de segurança, o tempo de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou em outro estabelecimento adequado*” (SANTOS, J., 540).

Conforme já mencionado, a prisão provisória, que abrange as prisões em flagrante, preventiva, temporária, por pronúncia e decorrente de sentença condenatória recorrível, é medida de exceção.

Estas medidas apenas se justificam diante da absoluta, estrita e justificada necessidade, devendo estar fundamentadas “*concomitantemente em dois postulados, que são os princípios norteadores das medidas cautelares: o fumus boni juris (que é a aparência do bom direito) e o periculum in mora (que é a probabilidade de dano causado pela manutenção da liberdade)*” (BRANDÃO, 2010, p.337/338)

Havendo, contudo, a decretação de quaisquer das medidas supra referidas, no curso do processo, ou seja, “*ocorrendo a medida excepcional, verdadeira antecipação do sofrimento a ser imposto pela pena, nada mais justo que ser descontado da pena aplicada*

o tempo de privação de liberdade sofrido antes da condenação” (GALVÃO, 2017, 654). O mesmo raciocínio se aplica à medida de segurança, evitando-se, desta forma, o *bis in idem*; ou que o condenado sofra restrição de liberdade por prazo superior ao fixado na sentença.

Explica René Ariel Dotti (2012, p.711) que *“a detração visa impedir que o Estado abuse de poder-dever de punir, sujeitando o responsável pelo fato punível a uma fração desnecessária da pena sempre que houver a perda da liberdade ou a internação em etapas anteriores à sentença condenatória”*.

Muitos são os questionamentos existentes acerca do instituto em análise. Entretanto, importante que se tenha em mente, conforme nos adverte ROIG (2017, p.501), que, *“na qualidade de instituto benéfico ao acusado, todo o seu regramento deve ser interpretado de maneira extensiva e ampliativa de direitos”*, como se pretende frisar no presente trabalho.

2. HIPÓTESES LEGAIS

Considerando-se a expressa previsão legal e sua aplicação prática, a forma mais comum de detração ocorre dentro de um mesmo processo, cuja decisão condenatória ou absolutória imprópria sofre o abatimento do período de encarceramento ou internação provisórios.

2.1 Pena Privativa de Liberdade

Aquele que, durante o curso do processo penal, tem decretada sua prisão provisória e, ao final, é condenado, por sentença irrecurável, a uma pena privativa de liberdade, deve ter descontado, do *quantum* fixado no decreto condenatório, todo o período de restrição provisória de sua liberdade.

Tem-se considerado, também, a possibilidade de detração, da pena, do tempo em que o condenado houver permanecido internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou outro estabelecimento congênere de atenção à saúde.

Pondera CERNICCHIARO (1998, p. 59) que embora a internação “*não se confunda com a sanção penal, do ponto de vista material, constitui restrição ao direito de liberdade. Praticamente, produz os mesmos efeitos da condenação, sendo de recomendar-se o mesmo tratamento*”.

Desta forma, o período em que o condenado permanecer internado, ou seja, o tempo em que restar sobrestada a execução da pena, por doença mental superveniente, deverá ser computado do total da pena que deve ser cumprida.

Embora a Lei fale em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, BITENCOURT (2008, p. 470) entende que “*a internação em casas de saúde, com finalidade terapêutica também deve ser contemplada com a detração penal*” afirmando não fazer sentido “*suspender a execução da pena durante o período em que o condenado fosse obrigado, por motivos de saúde, a permanecer hospitalizado*”.

2.2 Medida de Segurança

A detração, conforme previsto no art. 42, também deverá ser observada na hipótese de sentença absolutória imprópria. Havendo fixação, por sentença irrecorrível, de medida de segurança, deverá ser abatido o período de internação ou prisão provisória prévios.

Conforme ensina DOTTE (2012, p. 711), a detração em medida de segurança não estava prevista originalmente, no Código Penal, tendo sido incluída com a reforma de 1984.

Se é certo, por um lado, que o levantamento da medida de segurança não depende do decurso do tempo, porém das condições pessoais do agente, também é correto que o tempo de internamento aplicado em caráter provisório deve ser considerado para a contagem do prazo mínimo necessário à perícia de avaliação. Com efeito, diz o §1º, do art. 97 do Código Penal que a internação e o tratamento ambulatorial terão tempo indeterminado enquanto persistir a periculosidade. O prazo mínimo a ser determinado varia entre 1 (um) a 3 (três) anos. A perícia médica de verificação de periculosidade deverá ser realizada no prazo mínimo fixado pelo juiz e repetida de ano em ano ou quando o determinar o juiz da execução. Embora tal determinação possa ocorrer a qualquer tempo, ainda no decorrer do prazo mínimo de duração da medida de segurança (LEP, art. 176), a regra ora em estudo se justifica para o efeito de se computar o tempo de internamento provisório no prazo mínimo do exame obrigatório de avaliação de periculosidade.

Nesta situação, o prazo cumprido, de prisão provisória ou de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou estabelecimento similar, deverá ser considerado para redução do período mínimo, estabelecido na sentença, *“não para o fim de cessar a medida de segurança, mas no prazo mínimo necessário à realização obrigatória do exame de verificação de cessação de periculosidade”*. (MIRABETE, 2007, 270)

Assim, a realização do primeiro exame de verificação de cessação de periculosidade deverá ocorrer antes do prazo estabelecido na sentença – entre 01 e 03 anos, conforme o art. 97, §1º, do Código Penal, pois que será diminuído deste o prazo de duração do encarceramento provisório.

Embora tenha sido incluída, no Código Penal, como acima se mencionou, a possibilidade de detração em medida de segurança, prevalece que não é cabível a

execução provisória da medida de segurança², em virtude da redação do art. 171, da Lei de Execução Penal, que condiciona a expedição da guia para a execução ao trânsito em julgado da sentença que aplicar a medida de segurança.

Não obstante esta visão, de acordo com Rodrigo Duque Estrada Roig (2017, p.516),

a execução provisória da medida de segurança somente deve ser vedada se o réu estiver em liberdade. Estando o réu preso, deve ser admitida a execução provisória da medida de segurança para garantir – antes do trânsito em julgado da sentença – a retirada do indivíduo submetido à medida de segurança do ambiente carcerário ordinário, assegurando-lhe acesso ao devido tratamento psiquiátrico, sempre apropriado à sua condição. É justamente nesse sentido que aponta o art. 4º, da Resolução n.12/2009 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Finalmente, não há dedução, por óbvio, do tempo em que o sujeito ficará internado ou em tratamento ambulatorial. Pela natureza da medida, o prazo deverá ser indeterminado, perdurando enquanto não averiguada, mediante perícia médica, a cessação de referida periculosidade, razão pela qual não há se falar em redução de prazo não fixado.

² HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. RÉU INIMPUTÁVEL. MEDIDA DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO. MANDADO DE CAPTURA CUJA EXPEDIÇÃO FOI DETERMINADA INCONTINENTI NO JULGAMENTO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ATO DESPROVIDO DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO NO PONTO. MEDIDA QUE SÓ PODE SER APLICADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ART. 171 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Na hipótese, a Corte a quo, ao julgar recurso em sentido estrito interposto contra a sentença que impronunciou o Paciente, determinou incontinenti, sem qualquer fundamentação no ponto, a expedição de mandado para captura do Paciente, inimputável, para imediata aplicação de medida de segurança de internação. 2. A medida de segurança se insere no gênero sanção penal, do qual figura como espécie, ao lado da pena. Se assim o é, não é cabível no ordenamento jurídico a execução provisória da medida de segurança, à semelhança do que ocorre com a pena aplicada aos imputáveis, conforme definiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU. 3. Rememore-se, ainda, que há regra específica sobre a hipótese, prevista no art. 171, da Lei de Execuções Penais, segundo a qual a execução iniciar-se-á após a expedição da competente guia, o que só se mostra possível depois de "transitada em julgado a sentença que aplicar a medida de segurança". Precedente do Supremo Tribunal Federal. 4. Ordem de habeas corpus concedida. (HC 226.014/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 30/04/2012)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, há entendimento, acertando em nossa análise, no sentido de aplicação do instituto da detração aos procedimentos submetidos ao Estatuto da Criança e do Adolescente³.

2.3 Prisão Administrativa e Prisão Civil em Sentido Estrito

Além da mencionada prisão provisória, que possui natureza penal, também deve entrar no cômputo da detração, de acordo com o art. 42, o período de prisão administrativa, havendo quem entenda pela extensão, por analogia, da detração do tempo de cumprimento de prisão civil *stricto sensu*.

No que se refere à prisão administrativa, há quem questione a sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro, diante da exigência constitucional (art. 5º, LXI), para realização de privação de liberdade, da ocorrência de flagrante delito ou ordem escrita de autoridade judiciária competente, ressalvando apenas os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

De acordo com Miguel Reale Júnior (2009, p.360), a previsão constitucional “*extirpou-se de nosso Direito a figura da prisão administrativa, de vez que a privação da liberdade apenas pode decorrer de ordem escrita de autoridade judiciária*”.

Finalizando a questão, Brandão (2010, p. 338) ensina que “*a prisão administrativa, que tem natureza extrapenal, também enseja a detração*”, e, embora não mais seja possível sua decretação, senão pela autoridade judiciária, poderá ser “*solicitada pela autoridade administrativa ao órgão judiciário competente, que decidirá*”.

³ RECURSO EM HABEAS CORPUS. ECA. INTERNAÇÃO. FUGA DO MENOR. MAIORIDADE PENAL. RESTABELECIMENTO DA MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Ajustada a execução da medida sócio-educativa de internação ao artigo 122, parágrafo 5º, da Lei 8.069/90, não há falar em constrangimento ilegal, devendo, contudo, ser computado no seu tempo, aquele em que o infrator esteve privado de sua liberdade. 2. Recurso parcialmente provido. (RHC 12.924/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2002, DJ 04/08/2003, p. 425)

fundamentadamente pela decretação ou não da prisão”, exemplificando, ainda, a questão com a previsão contida no Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6815/80), nos procedimentos de extradição, deportação ou expulsão.

DOTTI (2012, p. 712), citando divergências interpretativas, aponta decisões em ambos sentidos, asseverando a existência de “*orientação de que a prisão administrativa, decretada com fundamento no art. 319 do CPP, deixou de existir (STF, RTJ 128/228 e TJPR, RT 639/330)*” bem como “*entendimento diverso e oriundo do próprio STF, no sentido de admitir a subsistência dessa modalidade de prisão quando imposta por autoridade judiciária, em decisão fundamentada (RHC 3.040, DJU de 28.02.1994, p. 2.901)*”.

Desta forma, reconhecendo-se a impossibilidade da decretação administrativa da prisão, mas a manutenção da permissão de decretação judicial de prisão por ilícito de natureza administrativa, não há dúvidas acerca da necessidade do cômputo desta em eventual condenação.

Contudo, não se encerra aqui a questão, havendo dúvidas acerca da detração de tempo de prisão civil *stricto sensu*, o que não foi expressamente previsto na legislação penal, gerando a situação abaixo explicada por MIRABETE (2007, p.268):

Referindo-se a lei somente à prisão administrativa, excluiria injustificadamente da detração a prisão civil em sentido estrito. Permitir-se-ia apenas a detração nas hipóteses de fatos que constituem crimes contra a Administração Pública (peculato, emprego irregular de verbas públicas etc), não se computando, porém, o tempo de prisão civil por fato que constitui, por exemplo, o crime de abandono material. Como a finalidade da prisão administrativa e da prisão civil em sentido estrito são, em geral, a mesma, ou seja, a de compelir o devedor ao cumprimento de obrigação, acredita-se que a interpretação extensiva se impõe, considerando-se para os fins do dispositivo, que a prisão

administrativa é todas a prisão que não deflui da prática do ilícito penal, devendo ser computada para efeito da detração.

No mesmo sentido, embora condicionando o instituto à correlação entre as matérias tratadas, André Estefam (2010, p. 315) aponta que “*a jurisprudência tem admitido detração com o tempo de prisão civil, muito embora a lei não a preveja, desde que haja nexos entre o fato que ensejou a prisão civil e a condenação criminal (ex.: prisão civil do devedor de alimentos e processo crime por abandono material)*”.

Importa ressaltar que a prisão civil, anteriormente possível ao devedor de alimentos e ao depositário infiel, é hoje proibida na última hipótese, conforme a Súmula Vinculante n.25, do STJ, segundo a qual “*é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

3. QUESTÕES DIVERGENTES

O instituto da detração penal, como advertido acima, desafia os aplicadores do direito com algumas questões extremamente relevantes, sejam de ordem teórica ou prática.

Não há respostas definitivas em sobre a aplicação da detração em relação às penas restritivas de direitos e de multa; de sua consideração para fins de prescrição, bem como sua aplicação referente ao *sursis*, os quais serão tratados a seguir.

Finalmente, será estudada a questão, objeto deste trabalho, relativa à possibilidade de detração em crimes diferentes, ou seja, de se descontar da condenação, por um crime, o tempo de prisão cautelar decretada em função de outro crime, processados nos mesmos autos ou não.

3.1 Penas restritivas

Um primeiro questionamento refere-se à possibilidade de detração do tempo de cumprimento de penas restritivas de direitos, seja para a hipótese de sua fixação inicial, seja em eventual conversão para a pena privativa de liberdade.

Em que pese não prevista, no art. 42, do Código Penal, a detração em penas restritivas de direitos, a melhor doutrina⁴ orienta à realização de interpretação extensiva, a fim de que se possa realizar o cômputo de eventual medida restritiva de liberdade, imposta provisoriamente, para fins de abatimento do tempo de cumprimento das penas restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, bem como em interdição temporária de direitos.

Segundo Luiz Regis Prado (2010a, p. 546), *“embora não se refira o mencionado artigo ao tempo de execução de penas restritivas de direitos (sobretudo nas modalidades de limitação de fim de semana e de prestação de serviços à comunidade), o entendimento dominante – e mais coerente – é o de que também nessa hipótese é perfeitamente cabível o reconhecimento da detração penal”*, complementado por Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 470), segundo o qual *“as interdições temporárias de direitos também devem ser contempladas com o mesmo tratamento que for dispensado às outras duas espécies de penas restritivas de direitos”*.

Solução diversa à supra defendida implica tratamento mais severo a quem recebeu da lei o tratamento mais benigno, ou seja, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Ora, *“se na pena mais grave a ser cumprida (privativa de liberdade) incide a detração, não há razão para excluí-la das penas que a substituem (restritivas de direitos)”* (DELMANTO et al, 2010, p. 238).

Outro aspecto referente à detração e às penas restritivas, quando da conversão em pena privativa de liberdade da pena restritiva de direitos, foi resolvida com advento da Lei n. 9.714, que, alterando o art. 44, determina que *“no cálculo da pena privativa de*

⁴ Vide DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120*. ESTEFAM, André. *Direito penal. V. 1*, entre outros.

liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos”, havendo quem não admita a parte final do dispositivo, que determina o “saldo mínimo de trinta dias detenção ou reclusão”. Contudo, tal assunto foge ao objeto do restrito estudo.

3.2 Pena de multa

De forma semelhante à questão supra, discute-se a aplicação do instituto da detração na pena de multa. Embora não haja previsão legal, parte da doutrina entende pela sua possibilidade, seja na diminuição dos dias-multa, seja na extinção da própria pena, quando for a única fixada e o condenado houver cumprido tempo de encarceramento provisório, havendo quem não a admita em qualquer hipótese.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 430), *“aplica-se, por analogia, no desconto da pena de multa o tempo de prisão provisória. Assim, quem foi preso preventivamente para, ao final, ser condenado apenas à pena pecuniária não terá nada a cumprir”*.

Fernando Galvão (2017, p.657/658), embora não admita a posição supra, entende ser possível a diminuição proporcional dos dias-multa fixados na sentença condenatória, computando-se os dias de restrição de liberdade, decretados provisoriamente.

Finalmente, em posição oposta, encontra-se Celso Delmanto (2010, p. 238), para quem não é possível a aplicação da detração à pena de multa, *“já que a mesma é considerada dívida de valor, não podendo mais ser convertida em pena privativa de liberdade, conforme nova redação conferida ao art. 51, do CP”*.

Resta clara, assim, ainda que a título de exemplo, e tendo em vista objeto de estudo bastante específico, a enorme divergência que é gerada pelo instituto da detração e sua aplicabilidade prática, nas mais variadas hipóteses.

3.3 Prescrição

Ratificando o que se afirmou acima, também sobre a prescrição pelo restante do tempo de pena a cumprir, prevista no art. 113⁵, do Código Penal, dividem-se doutrina e jurisprudência.

A situação demanda cuidadosa análise, diante da eventual necessidade de cálculo da prescrição, calculada sobre o restante da pena a cumprir, quando da fuga do condenado. Por exemplo, alguém que, condenado a 06 (seis) anos, tenha passado 1 (um) ano preso preventivamente e, após a sentença, tenha cumprido mais um ano e meio de pena. Ocorrendo sua fuga, a prescrição prevista no art. 113 poderá se dar em 04 (quatro) ou 08 (oito) anos, conforme incisos III e IV, do art. 109⁶, do Código Penal, a depender da interpretação adotada.

Conforme ensina Bitencourt (2008, p. 470), o tempo de detração deve ser considerado “*tempo de pena efetivamente cumprido*” e, assim, na esteira dos ensinamentos de Capez (2005, p. 387), Galvão (2017, p. 655) e Mirabete (2007, p. 269), a prescrição pelo restante da pena a ser cumprida deverá levar em conta o tempo abatido pela detração, ou seja, deverá ser proporcional ao tempo de pena a ser realmente cumprido.

⁵ Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena.

⁶ Art. 109, III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito; IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

Contudo, verificam-se decisões, como proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC 193.415/RS⁷, e pelo STF, no HC 69.865-4/PR⁸ que vedam a utilização da detração para o cálculo da prescrição. Entretanto, não nos parece ser este o melhor entendimento.

Importa verificar-se a fundamentação das decisões apontadas ou, melhor dizendo, a ausência de fundamentação legal para referido entendimento. Ora, se o art. 113, do CP, diz expressamente que o cálculo da prescrição deve ser feito pelo restante da pena a ser cumprida; e se da pena fixada, o condenado deverá cumprir apenas o quantum aferido após computado o prazo de prisão provisória, não há qualquer vedação ao cálculo a partir do resultado operado após a detração.

Justificam os Tribunais Superiores que não se deveria realizar interpretação extensiva ou analógica da norma contida no art. 113, em que pese ser a interpretação favorável ao réu, ou seja, desprezam-se os mais basilares princípios de Direito Penal, adotando-se interpretação que contraria frontalmente o que dispõe o Princípio da Legalidade, bem como a natureza do próprio instituto.

⁷ CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. TENTATIVA. TEMPO DE PRISÃO PROVISÓRIA. DETRAÇÃO. FINS DE CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 113 DO CÓDIGO PENAL. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ORDEM DENEGADA. A aplicação do art. 113 do Código Penal é restrita às situações por ele especificadas, quais sejam, evasão de condenado ou revogação de livramento condicional. Impossibilidade de aplicação extensiva ou analógica. O período de prisão provisória do réu é levado em conta apenas para o desconto da pena a ser cumprida, sendo irrelevante para fins de contagem do prazo prescricional, que deve ser analisado a partir da pena concretamente imposta pelo Julgador e, não, do restante da reprimenda a ser executada pelo Estado. Precedentes. Ordem denegada. (HC 193.415/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011)

⁸ E M E N T A - HABEAS CORPUS - PRISÃO PREVENTIVA - CONDENAÇÃO - DETRAÇÃO PENAL (CP, ART. 42) - EVASAO - PRESCRIÇÃO REGULADA PELA PENA RESIDUAL (CP, ART. 113) - IMPOSSIBILIDADE DE COMPUTAR, PARA EFEITOS PRESCRICIONAIS, O TEMPO DE PRISÃO PROVISORIA - PEDIDO INDEFERIDO. - O tempo em que o réu esteve sujeito a prisão cautelar somente deve ser computado para os fins e efeitos do cumprimento da sanção penal. A prisão provisória e apenas computável na execução da pena privativa de liberdade. - A norma inscrita no art. 113 do Código Penal não admite que se desconte da pena in concreto, para efeitos prescricionais, o tempo em que o réu esteve provisoriamente preso. Precedentes do STF. (HC 69865, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 02/02/1993, DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-02 PP-00304)

A fim de evitar a equivocada interpretação supra, com a devida vênia, entende-se, com apoio em balizada doutrina⁹, pela necessidade de observância do tempo abatido em função da detração, considerado tempo de pena efetivamente cumprida, para que se realize o cálculo da prescrição pelo restante da pena a ser cumprida, ou seja, o cálculo dever ser feito com base no tempo de pena que o condenado teria, ainda, que cumprir, na hipótese de sua captura.

3.4 Sursis

Questões que se colocam, também, dizem respeito ao *sursis* e à possibilidade de detração do tempo de cumprimento de prisão provisória, bem como do desconto do prazo de cumprimento dos requisitos – medidas restritivas de direitos, durante o cumprimento da suspensão condicional da pena, na hipótese de haver a revogação deste.

Uma primeira advertência é feita por NUCCI (2011, p. 431): na hipótese de haver o cumprimento de prisão provisória e, após condenação, seja a execução penal suspensa, “o desconto deve operar-se na pena privativa de liberdade fixada, se vier a ser cumprida, caso revogado o *sursis*, mas não no tempo de suspensão”, ou seja, não se diminui o prazo fixado para a suspensão da execução, aplicando-se a detração apenas se, na hipótese de revogação do *sursis*, venha o condenado a cumprir a pena fixada.

Por exemplo, caso o réu que, tendo ficado preso provisoriamente por 06 (seis) meses, seja condenado a dois anos de reclusão. Recebendo a suspensão condicional da pena, deverá cumprir integralmente prazo do *sursis*, não havendo o abatimento dos 06 (seis) meses de prisão. Contudo, na hipótese de revogação do *sursis*, ao invés de cumprir dois anos, cumprirá somente um ano e seis meses.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, p. 470; CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*, p. 387; GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 655; MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP*, p.269.

Uma segunda questão, também bastante relevante, surge na análise da possibilidade de que, suspensa a execução da pena, o condenado seja submetido ao cumprimento de condições¹⁰ que, na prática, equivalem ao cumprimento de penas restritivas de direitos, como se verifica, mais especificamente, do §1º, do art. 78, do Código Penal.

Diante desta situação, conforme nos ensina Galvão¹¹, caso ocorra a revogação do *sursis* e o necessário cumprimento da pena privativa de liberdade até então suspensa, deverá ser detraído desta pena o tempo durante o qual o apenado cumpriu as condições equivalentes a penas restritivas de direitos.

4. POSSIBILIDADE DE DETRAÇÃO ENTRE CRIMES DIVERSOS

Este é o aspecto que levanta maiores discussões, no que se refere ao instituto da detração, e o principal objeto deste breve estudo.

A princípio, como dito anteriormente, o instituto da detração teria a função de abater, da pena imposta ao autor de um crime, o tempo por ele cumprido de prisão provisória, decretada em função do mesmo fato. Entretanto, discussões surgem acerca da possibilidade de cômputo do prazo de prisão provisória, para detração da pena imposta em função de delito distinto.

Há doutrinadores que entendem pela impossibilidade de cômputo, em pena privativa de liberdade fixada em condenação por um crime, de tempo de prisão provisória

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 2848/40. Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz. § 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

¹¹ “Na verdade, o condenado cumpre pena não privativa de liberdade para suspender a execução da pena privativa de liberdade. (...) havendo cumprimento de pena restritiva de direitos, no caso de posterior revogação do *sursis*, o tempo de cumprimento deverá ser abatido da pena privativa de liberdade a ser cumprida pelo condenado”. (GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*, p. 656/657.)

cumprida em função de crime diverso, do qual tenha sido o autor absolvido, sejam eles conexos ou não, sejam processados nos mesmos autos ou em autos diversos.

Outros defendem que somente seria computável na duração da pena a ser aplicada o tempo de prisão que se relacionasse com o fato pelo qual o réu está sendo processado, ou seja, apenas se houvesse conexão ou continência entre o fato que gerou a prisão provisória, pelo qual foi o réu absolvido, e o fato que gerou a condenação. “*Contudo, quando os crimes não se relacionam, não se tem admitido o desconto da detração*” (GALVÃO, 2017, 655).

No mesmo sentido, CHIRSTIANO SANTOS (2007, p.128) afirma que “*para que haja a detração penal, deve haver conexão entre a prisão provisória e a prisão determinada pelo édito condenatório. Ou seja, deverá a primeira estar relacionada com o processo da segunda*”.

Para GRECO (2012, p. 509), é necessária a simultaneidade entre os processos em que a prisão preventiva haja sido decretada, processo este de que tenha decorrido absolvição, e o processo de que tenha advindo decreto condenatório. Para o referido autor, admite-se possa o período do encarceramento provisório ser descontado da condenação em outros processos, fundamentando seu entendimento na previsão do art. 111, da Lei de Execução Penal, que determina a detração quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, mas, em seu entendimento, desde que tenham estes transcorrido simultaneamente.

Dentro deste entendimento, há quem defenda a necessidade de processamento nos mesmos autos, bem como quem aceite a detração, ainda que os fatos tenham sido processados em apartado.

Segundo ZAFFARONI. ALAGIA E SLOCAR (2002, p. 942),

3. Cuando el sujeto sea procesado simultaneamente por dos o más delitos, por el mismo o por diferentes tribunales, y resultase condenado

por uno o unos y absuelto del o de los restantes, el tempo de prisión preventiva sufrida por todos o por alguno o algunos de ellos, debe computarse en la pena impuesta, incluso cuando haya sufrido la prisión preventiva por un delito del que resultasse absuelto. Ello es así por razones processales y de fondo. (a) Em lo procesal, no puede admitirse que la absolución pueda perjudicar al procesado. (b) El derecho penal material dispone para el concurso real una única condenación, que debe materializarse en una única sentencia condenatoria.

Em obra mais recente, em que Zaffaroni conta com a coautoria de Pierangeli (2011, p.649/650), os doutrinadores realizam uma interpretação histórica do instituto e ensinam que

Um critério antigo estabelecia que o tempo de prisão provisória computável era tão somente aquele que decorria do delito em que era condenado. Todavia, este critério, muitas vezes, resulta arbitrário e injusto. Para resolve-lo, o art. 42 do Código de 1969 dispunha que se computava “o excesso de tempo, reconhecido em decisão judicial irrecurível, no cumprimento da pena por outro crime, desde que a decisão seja posterior ao crime de que se trata. O texto vigente nada diz a respeito, mas a lógica indica que quando uma pessoa está privada da liberdade, em razão de uma cautelar decorrente de um crime e, ao mesmo tempo, sujeita a processo por outro crime, sem estar neste submetida a uma cautelar, desde que a submissão a processo por um dos delitos e a medida cautelar pelo outro sejam coetâneos, total ou parcialmente, deve-se computar esse tempo na pena privativa de liberdade fixada no processo em que não estava submetido a cautelar, se absolvido no outro. Isto decorre do fato de que, em um momento, o sistema penal está exercendo uma ação coetânea sobre a pessoa que, embora responda por dois delitos diversos, estes não podem ser considerados inteiramente independentes porque a pessoa é única

Finalmente, há uma tendência a se admitir a detração por prisão em processo diverso, independentemente da existência de conexão ou continência entre eles ou de sua simultaneidade.

Contudo, mesmo entre os doutrinadores que admitem a detração entre crimes e processos diversos, há algumas divergências quanto à ordem cronológica dos fatos. Há quem não faça distinção quanto ao tempo dos fatos, bem como aqueles que apenas admitem a hipótese de detração quando o crime, pelo qual o agente tenha sido condenado, haja sido praticado antes do encarceramento provisório. Finalmente, há aqueles que entendem pelo cabimento da detração, ainda que o crime que tenha gerado a condenação seja posterior ao aprisionamento provisório, por fato pelo qual tenha o agente sido ao final absolvido ou tido sua punibilidade extinta.

Dentre os doutrinadores que admitem a detração entre processos diversos, contudo, prevalece o entendimento¹²¹³ de que apenas seria possível o cômputo do prazo de prisão provisória se, decretada a medida restritiva em processo resolvido em absolvição ou extinção da punibilidade, fosse posterior ao crime pelo qual foi o sujeito condenado, posição defendida por Fragoso, Delmanto, Damásio de Jesus, entre outros.

Para CAPEZ (2005, p.387) “*a Constituição da República, em razão da magnitude conferida ao status libertatis (CF, art. 5º, XV), inscreveu no rol de direitos e garantias*

¹² EMENTA: HABEAS CORPUS. DETRAÇÃO PENAL. CÔMPUTO DO PERÍODO DE PRISÃO ANTERIOR À PRÁTICA DE NOVO CRIME: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO. 1. Firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que "não é possível creditar-se ao réu qualquer tempo de encarceramento anterior à prática do crime que deu origem a condenação atual" (RHC 61.195, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 23.9.1983). 2. Não pode o Paciente valer-se do período em que esteve custodiado - e posteriormente absolvido - para fins de detração da pena de crime cometido em período posterior. 3. Habeas Corpus indeferido. (HC 93979, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/04/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-04 PP-00707)

¹³ PENAL E EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 42 DO CÓDIGO PENAL. DETRAÇÃO. CRIME COMETIDO POSTERIORMENTE À PRISÃO CAUTELAR. IMPOSSIBILIDADE. Na linha de precedentes desta Corte, é inviável aplicar-se a detração em relação aos crimes cometidos posteriormente à custódia cautelar. (Precedentes). Recurso especial provido. (REsp 848.531/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 03/09/2007, p. 213)

individuais regra expressa que obriga o Estado a indenizar o condenado por erro judiciário ou quem permanecer preso por tempo superior ao fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV), situações essas equivalentes à de quem foi submetido a prisão processual e posteriormente absolvido”.

Entretanto, sua fundamentação não atribui a mesma conclusão à hipótese de ser a condenação imposta a crime posterior à prisão provisória.

No mesmo sentido, aqueles que defendem a impossibilidade de se aplicar a detração à hipótese em que o crime pelo qual foi o agente condenado tenha sido praticado após a prisão provisória em processo que tenha se encerrado em absolvição ou extinção da punibilidade, justificam de forma, a nosso ver, meramente prática, afirmando que, ao se permitir a detração em crime posterior, estar-se-ia admitindo uma espécie de conta corrente em favor do réu, que, absolvido no primeiro processo, ficaria com um crédito contra o Estado, a ser usado para a impunidade de posteriores infrações penais.

PRADO (2010b, p.547) ressalta que o entendimento supra seria corroborado pelo fato de ter sido suprimido o parágrafo único do art. 42 do Código Penal, que declarava: *‘computa-se, igualmente, o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial irrecorrível’*”.

ESTEFAM (2010, p. 315) deixa bem clara a incongruência, ao nosso ver, que existe nesta última corrente, que fundamenta juridicamente a possibilidade de detração, caso a condenação se dê por crime anterior, mas a impede, com razões puramente práticas, sem qualquer fundo jurídico, caso a condenação se dê por crime praticado após o encarceramento provisório.

Outro tema de difícil solução consiste na possibilidade de utilizar o tempo de prisão provisória cumprido em um processo-crime, no qual o réu foi absolvido, para desconto na condenação proferida em outro. Por um lado, seria uma maneira de reparar uma injustiça; afinal, no processo em que esteve preso, o acusado foi absolvido. Contra-argumenta-se,

porém, com o risco de se estabelecer um absurdo, consistente na formação de uma “conta corrente” do agente para com o Estado, na qual ele possuiria como “crédito” seu tempo de prisão provisória, de modo que poderia, a partir de então, praticar impunemente qualquer crime cuja pena não ultrapassasse o montante de seu “crédito”. Apesar das várias opiniões a respeito, afigura-se correta a que permite a detração por tempo de prisão em outro processo, *desde que referente a um fato praticado antes do início da prisão provisória*, evitando-se a formação da indesejada “conta corrente”. (ESTEFAM, 315)

Aos adeptos deste entendimento, a detração na primeira hipótese se justificaria por razões constitucionais (*status libertatis*), por vedação ao *bis in idem*, por obediência ao art. 111, da LEP, entre outros, contudo, para a vedação da detração, diante da condenação por crime praticado posteriormente aos fatos que geraram a prisão provisória, basicamente o único argumento é “impedir-se a formação de uma conta corrente”, basta que se verifique o que ensinam NUCCI¹⁴ (2011), MIRABETE¹⁵ (2007), CAPEZ (2005), entre outros. até mesmo em função da revogação de dispositivo que, abisme-se, vedava,

De forma pontual, há quem mencione um outro argumento, para vedar a supra referida detração, a qual foi utilizada pelo STF, no julgamento do HC 93979, transcrito acima, bem como, em edição revista por terceiro, na obra Lições de Direito Penal¹⁶, qual

¹⁴ O que não se pode aceitar de modo algum, é a aplicação da detração quando o fato criminoso pelo qual houve condenação tenha sido praticado posteriormente ao delito que trouxe a prisão provisória e a absolvição. Seria o indevido “crédito em conta corrente”. Ex.: o sujeito pratica um roubo pelo qual é preso em flagrante mas é absolvido; depois comete um furto, pelo qual vem a ser condenado. Se pudesse descontar o tempo do flagrante de roubo na pena do furto, estaria criando um “crédito” contra o Estado para ser utilizado no futuro, o que é ilógico. (p. 430)

¹⁵ Numa posição liberal, todavia, tem-se admitido tanto na doutrina como na jurisprudência a detração por prisão ocorrida em outro processo, desde que o crime pelo qual o sentenciado cumpre pena tenha sido praticado anteriormente à sua prisão. Seria uma hipótese de fungibilidade da prisão. Evidentemente não se pode admitir a contagem do tempo de recolhimento quando o crime é praticado posteriormente a ele. Admitir-se outro entendimento conduziria a estabelecer uma espécie de conta corrente com o criminoso. (MIRABETE, 269)

¹⁶ Quando se trata de prisão em processo diferente, por outro crime imputado à mesma pessoa, de que tenha ela sido absolvida, a jurisprudência se orienta no sentido de admitir a detração sempre que se trate de outro crime anteriormente cometido. Ou seja: se alguém é processado por um crime, sendo preso preventivamente e afinal absolvido, computa-se na pena do processo pelo crime anterior à prisão preventiva imposta no segundo. Se o crime é posterior à sentença absolutória, não há detração. **Nesse sentido havia texto expresso**

seja, a revogação de disposição que previa, no parágrafo único do art. 42, a possibilidade de se computar “*o tempo indevidamente cumprido, relativo à condenação por crime posterior, invalidada em decisão judicial irrecurável*”.

Ou seja, a revogação de um dispositivo que condicionava a detração, entre crimes diversos, à cronologia, expressamente permitindo apenas quando o crime que houvesse gerado condenação fosse anterior ao tempo a ser computado, é a fundamentação para que impeça o benefício à hipótese que restaria, implicitamente, vedada pelo dispositivo não mais vigente.

Poder-se ia entender, embora não se considere hermeneuticamente apropriado, que, diante da expressa permissão do referido parágrafo, a *contrario sensu*, houvesse a vedação ao cômputo de tempo indevidamente cumprido, relativo a condenação por crime anterior, para diminuir a pena aplicada em razão de crime praticado posteriormente.

Entretanto, ausente a vigência de tal dispositivo, ou seja, do condicionamento cronológico entre os fatos, não é razoável a interpretação segundo a qual seria exatamente este o fundamento para se vedar o que a Lei não veda.

Necessária a observância de princípios básicos de origem constitucional-penal. Impositivo que não se interprete restritivamente norma que beneficia o réu, hermenêutica que contraria o que determina o Princípio da Legalidade, que impõem os Princípios da Reserva Legal, da Taxatividade, da Irretroatividade, proibindo-se interpretação conforme os costumes, analogia, ou qualquer outra forma, quando se deem *in mallam partem*; ao passo que exige a observância dos mesmos institutos, ausentes disposição expressa de Lei, em favor do réu.

no CP de 1969 (art. 42), que passou ao vigente CPM (art. 67). Cf. Fragoso, “Jur. Crim.” n.200. Decisões antigas excluíam a detração quando se tratasse de processo diferente, sem qualquer conexão, sendo irrelevante o fato de referir-se a condenação a crime anteriormente praticado. (FRAGOSO, 376)

A este respeito, acerca da aplicabilidade da detração, ensina Roig (2017, p.501) que “*na qualidade de instituto benéfico ao acusado, todo o seu regramento deve ser interpretado de maneira extensiva e ampliativa de direitos*”, conforme determinam os princípios gerais de Direito Penal, em especial a Legalidade.

O Supremo Tribunal Federal, porém, firmou entendimento segundo o qual apenas será possível o cômputo de tempo de prisão provisória no mesmo processo, havendo condenação; ou em processo por delito praticado anteriormente ao acautelamento, ao fundamento de que o inverso geraria uma “*conta-corrente*” em favor do Réu, crédito que, hipoteticamente, o incentivaria a delinquir.

6. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PARA CRIMES POSTERIORES À PRISÃO PROVISÓRIA

Apesar da prevalência do entendimento retro, é possível buscar socorro em doutrina balizada, para se atestar a autorização da detração, pelo ordenamento jurídico-penal, às hipóteses em que haja o cumprimento de restrição de liberdade, em processo de que decorra absolvição ou extinção da punibilidade, descontando este tempo em eventual condenação por crime posterior.

Ensina Brandão (2010, p. 338) que, “*como o Estado não pode retroagir a flecha do tempo para restituir a liberdade indevidamente tolhida no processo de que resultou a absolvição, o tempo que deixou de ser gozado com a prisão, no qual o preso esteve à disposição do Estado em uma “instituição total” não pode ser inócuo. Por isso, nada obsta a detração nesta hipótese*”.

Em que pese tratar de situação jurídica referente a ordenamento distinto, importante observar-se os ensinamentos de Zaffaroni (2002, p. 942), segundo o qual “*por lo demás, resulta claro que cualquier privación de libertad sufrida durante la sustanciación del proceso y antes de la condena, es una pena, lo que hace que deba*

impurtarse a la pena impuesta en la sentencia todo el tiempo cronológico de duración de la pena anticipada.

Expressamente se manifesta em prol da detração, em clara e fundamentada explicação, René Ariel Dotti (2012, p. 712) expõe que

Não colhe a objeção fundada no argumento de que em tal hipótese haveria um tipo de *conta corrente* pela qual o réu absolvido em um processo teria um crédito contra o Estado relativamente à prática de uma infração futura (DAMÁSIO DE JESUS, Direito Penal, p. 524-525). Com efeito, se a imputação pelo fato anterior tenha sido julgada improcedente, por falta de justa causa ou outro fundamento, ou se, antes mesmo da denúncia, o inquérito foi arquivado pela demonstração da inocência ou causa diversa, a prisão cautelar caracterizou um erro judiciário que obriga o Estado a pagar uma indenização (CF, art. 5º, LXXV). Essa responsabilidade objetiva é fiadora da admissibilidade da detração, não houvesse outros argumentos a justifica-la, como o precedente do STF relatado pelo Min. Rodrigues de Alkmin e colecionado por Silva Franco (Código Penal, p. 787). Também o STF em decisão relatada pelo Min. Vicente Leal, abriga o mesmo entendimento (RT 733/537).

Não bastassem as fundamentações supra, fundadas no princípio da Legalidade e demais argumentos basilares do direito penal, necessário que se verifique a necessidade do implemento da detração, por exigência constitucional de indenização, pelo Estado, por erros judiciários, entre os quais se encontra o encarceramento provisório por fatos pelos quais o agente não é, ao final, condenado, pois que verificada a ilegalidade da restrição da liberdade do indivíduo.

Conforme ensina CERNICCHIARO (1998, p. 05), embora não concorde com a conclusão que ora se apresenta, “*o erro judiciário traduz a ideia de julgamento divergente da verdade real. Seja a decisão escorada em juízo de certeza, ou bastante o juízo de*

probabilidade. Em ambos os casos, há inadequação norma/fato. (...) não resulta só da prisão sem justa causa. Compreende qualquer situação jurídica sem o respaldo do Direito”, como ao final de um processo, com decisão absolutória, se verifica o provisório encarceramento.

Além disso, continua o mesmo autor (p. 06), *“a indenização, em Direito Penal, não deve ser recebida nos padrões do Direito Civil, com a simplicidade contabilística de somar danos emergentes e lucros cessantes. (...) Em Direito Penal, a regra principal é esta: restituir a liberdade; em segundo lugar, compensar, com a liberdade, o erro judiciário”.*

Em Direito Penal, antes de se pensar a compensação financeira, necessário se pensar o abatimento do tempo ilegal de prisão, não havendo qualquer fundamento jurídico, senão prático e de incorreta política criminal, que condicione o dever do Estado à cronologia dos fatos, impedindo a restituição da liberdade, quando possível fazê-lo, especialmente diante da inexistência de qualquer vedação legal à detração, em quaisquer das hipóteses.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo o que se viu, em que pese a relevância do tema, bem como a antiguidade de sua previsão legal, o instituto da detração ainda levanta discussões referentes aos mais diversos aspectos.

A detração, nos termos do art. 42, do Código Penal, significa a redução da pena privativa de liberdade ou da medida de segurança, em virtude do cumprimento de prisão provisória, prisão administrativa ou internação em hospital de custódia ou estabelecimento congênere.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência não têm sido unânimes, ou sequer coerentes, em sua interpretação e aplicação, ampliando a interpretação da norma, em

algumas oportunidades, bem como a restringindo, em outras, mantendo um constante estado de incerteza acerca de norma penal que tem por objetivo o benefício do réu, razão pela qual deveria ser interpretado sempre de forma extensiva.

Neste aspecto, entende-se caminhar bem ao se determinar a detração nas hipóteses de prisão civil, por analogia à prisão administrativa, ressaltando que ambas apenas se impõem por decisão judicial devidamente fundamentada, nos termos do que dispõe o art. 5º, LXI, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, correta é a interpretação segundo a qual deve-se aplicar a detração às penas restritivas de direitos, tanto quando da sua aplicação, em substituição da pena privativa de liberdade, abatendo-se o tempo de privação provisória de liberdade; quanto na hipótese de sua conversão em privativa de liberdade, quando deverá ser descontado o prazo de cumprimento de prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana e interdição temporária de direitos.

Também se mostra acertada a prática que permite a detração em pena de multa, em que pese a divergência na forma, ou seja, diminuindo-se os dias-multa ou entendendo por extinta a pena, quando a multa tenha sido a única condenação em processo em que tenha sido restrita provisoriamente a liberdade do indivíduo.

Quanto à prescrição, no caso de evasão do condenado ou revogação de seu livramento condicional, em que pese entendimento jurisprudencial contrário, deve a doutrina majoritária ser aplaudida, ao defender o cômputo do prazo de prisão provisória ou internação, no cálculo da pena restante a ser cumprida, pois que medida lógica, haja vista as previsões legais dos arts. 42 e 113, do Código Penal, sendo o período considerado, para detração, pena efetivamente cumprida.

Importante, ainda, a interpretação segundo a qual dever-se-á aplicar a detração ao *sursis*, tanto no que se refere ao abatimento da prisão provisória, na hipótese de revogação da suspensão condicional da pena, quanto ao cômputo do período de cumprimento de pena restritiva de direitos, como condição do *sursis*, também na eventualidade de sua

revogação, abatendo o tempo de pena restritiva do total de pena a ser cumprida, extinta a suspensão.

De tudo o que se verificou, porém, o assunto que mais discussões gera é a possibilidade de detração relativa a fatos diversos, geradores da prisão provisória e da condenação.

Como dito, há quem defenda apenas ser possível a detração quando referente a um mesmo crime, bem como quem entenda ser necessário haver conexão ou continência, entre o fato que gerou a prisão cautelar e o crime pelo qual tenha havido a condenação, ou a simultaneidade dos procedimentos, podendo, a depender do doutrinador, ser tais fatos processados nos mesmos autos ou em autos diversos.

Contudo, entre os que entendem não ser necessária a conexão ou continência entre os fatos, surge o debate acerca da sua cronologia, prevalecendo o entendimento de que seria possível a detração, desde que o crime, pelo qual o agente tenha sido condenado e cuja pena sofrerá a detração, tenha sido praticado antes do encarceramento provisório por fato pelo qual foi o agente absolvido ou teve extinta a punibilidade.

Entretanto, como se analisou, a doutrina e a jurisprudência não fazem uso de fundamentação jurídica para vedar a situação oposta, ou seja, quando o crime seja praticado após o encarceramento provisório que gera a detração, mas simplesmente se veda o benefício legal para se evitar a “conta corrente” ou o “crédito” do indivíduo perante o Estado.

Por tudo o que se verificou, tem-se por mais acertada a doutrina que defende a possibilidade da detração “para a frente”, ou seja, também quando o crime for posterior ao fato que tenha provocado a prisão cautelar, pois que atende aos fins do dispositivo legal de benefício ao condenado, devendo ser adotada interpretação extensiva, especialmente diante da inexistência de qualquer vedação no ordenamento jurídico a tal concessão.

Além disso, tem-se que esta providência cumpre a determinação constitucional, para que Estado indenize a vítima de erro judiciário, indenização esta que deverá ser, sempre que possível, em forma de restituição de liberdade, em que pese argumentos contrários, de ordem meramente prática.

BIBLIOGRAFIA

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 2003 8ª ed. p.441
- BRANDÃO, Cláudio. Direito penal: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120). V.1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Questões Penais. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- DELMANTO, Celso et. al. Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Braitia Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- ESTEFAM, André. Direito penal. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 8. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado: parte geral. V. 1.
- MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. V. 1. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 18ª Edição. Revista e ampliada. São Paulo, Atlas, 2014.

PALLOTI JUNIOR, Osvaldo. Direito penal: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120. V.1. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao código penal: doutrina, casuística, conexões lógicas com os vários ramos do direito. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Curso de direito penal brasileiro. 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal: teoria crítica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Chistiano Jorge. Direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007

SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito penal: parte geral. 3. ed. rev. e ampl. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal: parte geral. V. 1. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

**PROIBICIONISMO PENAL E ENCARCERAMENTO FEMININO
BRASILEIRO**

Franciele Silva Cardoso e Isabella Dias Martins

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar e discutir a política proibicionista de drogas atualmente em vigor no Brasil e como esse sistema atinge com maior força os grupos vulneráveis, trazendo análise em especial da mulher como grupo oprimido. Nossa Lei de Drogas de 2006 traz diversos dispositivos que ocasionam uma condenação extremamente mais severa para os traficantes se comparados aos usuários, e ademais, faltam mecanismos de tratamento proporcional entre os diversos perfis de traficantes. Nessa sistemática, a mulher, e especialmente a mulher negra e pobre sofre em maior grau os efeitos do sistema criminal, embora sua participação na rede do tráfico seja na maioria das ocorrências em posições periféricas e facilmente substituíveis. Isto posto, analisa-se propostas alternativas ao modelo proibicionista em vigência há mais de cem anos, propondo ações em via oposta à proibição como forma de obter melhores resultados tanto para a saúde quanto para a segurança públicas e à gestão carcerária.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Proibicionismo. Encarceramento Feminino. Vulnerabilidade. Políticas Alternativas.

Abstract: The present article aims to analyze and discuss the prohibitionist drug policy currently in force in Brazil and how this system reaches with greater force the vulnerable groups, bringing analysis in the woman particularly as an oppressed group. Our Drug Law of 2006 brings several devices that cause a lot more severe condemnation for the traffickers are compared to the users, and in addition, the mechanisms of proportional treatment between the different profiles of traffickers are lacking. In this system, women, and especially black and poor women, suffer to a greater degree the effects of the criminal system, despite their participation in the trafficking network in most of the peripheral and

easily replaceable situations. Thus, alternative proposals to the prohibitionist model that have been in force for more than 100 years are analyzed, proposing actions against prohibition as a way to obtain better results for both health and public safety and prison management.

Keywords: Drug Law. Prohibitionism. Female Imprisonment. Vulnerability. Alternative Policies.

1.1 INTRODUÇÃO – QUEM CONFORMA A POPULAÇÃO PRISIONAL NO BRASIL

A existência das drogas ilícitas é questão muito antiga, e durante muito tempo o homem viveu em contato com essas substâncias de forma costumeira e pacífica. Foi sob o poderio dos Estados Unidos da América que se iniciou uma política de repressão ao uso de certas substâncias selecionadas e a taxação da droga como um mal a ser combatido com todos os meios disponíveis, incluso o sistema criminal.

A droga em si não é algo bom ou ruim, e seu conceito é de formulação bastante problemática, como relata o antropólogo Gilberto Velho, pois, a depender dos critérios utilizados pelo próprio investigador, podem-se obter resultados diferentes para sua definição.

Etimologicamente também a origem da palavra é problemática, não existindo consenso quanto à definição. De todo modo, o conceito de drogas mais aceito atualmente é o formulado pela Organização Mundial da Saúde, que define droga como qualquer substância autoingerida que atua no sistema nervoso central, provocando alterações de percepção ou função.

Seja como for, o que se nota é que a ampla gama de definições traz em si pré-conceitos subjetivos que assumem ser a droga uma substância ruim. E isso reflete o sistema no qual nos inserimos atualmente e que vigora por mais de cem anos. A proibição

do uso, da compra e da venda de drogas foi adotada inicialmente pelos EUA e então imposta aos demais países do mundo.

O delito de tráfico de drogas está previsto em nossa Constituição Federal, e no mesmo dispositivo é equiparado aos crimes hediondos. Na trajetória jurídica brasileira, tivemos diversos dispositivos que criminalizavam o porte de drogas para consumo pessoal e a venda dessas substâncias. O ponto em comum entre toda essa legislação acerca do tema é o proibicionismo.

O paradigma proibicionista de controle de drogas, marcado pela guerra às drogas, foi implantado globalmente no seu formato atual a partir da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, sob a coordenação da ONU. Esse modelo proibicionista se diferencia das demais políticas de drogas por seu fundamento jurídico-moral conjuntamente com o sanitário-social, e constitui hoje o modelo internacional imposto a todos os países pelas Nações Unidas por meio de tratados internacionais vinculantes. Caracteriza-se pelo controle da oferta, da produção e do consumo. Busca dissuadir o uso de determinadas substâncias através da coação e da ameaça de punição, em especial com pena de prisão, e tem por objetivo alcançar o ideal da abstinência (BOITEUX, 2006).

Sua expressão mais recente em nosso país, a Lei 11.343/2006, reforça a divisão entre o sistema aplicável ao consumidor e ao traficante de substâncias entorpecentes. Como o limite entre tal enquadramento não é bem definido, não havendo critérios claros de classificação da conduta, devendo o juiz atender “à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal (art. 28, §2º), diversos casos que deveriam ser considerados como consumo passam a ser enquadrados como tráfico, tendo em vista a expansão do senso comum punitivo (CARVALHO, 2014).

Nossa atual Lei de Drogas é dotada ainda de normas penais em branco (art. 1º, Parágrafo único; e art. 66), de expressões genéricas e imprecisas – tipos penais abertos – (art. 33, parágrafo 1º, inciso III; art. 38), com punição de diversos atos meramente preparatórios, e forma pluriverbal das incriminações, o que revela uma discricionariedade

enorme por parte dos agentes do Estado, prejudicando em demasia o princípio da legalidade. E dessa forma, reforça-se o fato de que aquele que é flagrado portando determinada quantidade de droga fica à mercê de circunstâncias nada objetivas para se determinar se será considerado usuário ou traficante. De um lado, um crime de menor potencial ofensivo, processado perante os Juizados Especiais Criminais. De outro, um crime hediondo.

Toda essa sistemática resultou num considerável aumento do número de pessoas presas. No primeiro semestre de 2014 a população prisional brasileira era de 607.731 presos, sendo que a referida quantidade era de 401.236 em 2006. Dessa forma, após a implementação da nova Lei de Drogas a população carcerária em geral apresentou um total de 51,4% de crescimento. No que concerne ao incremento das prisões por tráfico, no entanto, de 2005 a 2013 a taxa de crescimento alcançou 344,8%. De acordo com dados do DEPEN, divulgados no Infopen de dezembro de 2014, em números absolutos nosso país tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia. E se observada a taxa de aprisionamento desses países, constata-se que também em termos relativos a população prisional brasileira é a quarta maior.

O que chama muito a atenção é a taxa de crescimento do encarceramento feminino, sendo que de 2005 a 2014, essa taxa cresceu numa média de 10,7% ao ano. Em termos absolutos, a população feminina saltou de 12.925 presas em 2005 para 33.793 em 2014. Enquanto que a população prisional brasileira como um todo cresceu no ritmo de 7% ao ano, aproximadamente, conforme dados do DEPEN.

Além da taxa de crescimento maior, outro dado impressiona na população carcerária feminina: 64% dos crimes pelos quais elas respondem são crimes de drogas, categoria composta por tráfico de drogas e associação para o tráfico. Enquanto que, no total da população carcerária, esses delitos correspondem a cerca de 28%.

Do total de mulheres presas, 50% tem até 29 anos, 57% são solteiras, 68% são negras, 50% não concluíram o ensino fundamental, e apenas 1% possui ensino superior completo. E quanto às suas penas, 35% possuem condenações a penas entre 4 a 8 anos, e 45% delas cumprem pena em regime fechado. Sendo que, de acordo com dados de junho de 2014, 11.269 mulheres se encontravam custodiadas no sistema prisional brasileiro sem

condenação, o que equivale a 3 em cada 10 mulheres presas (Infopen Mulheres, junho de 2014). Ou seja, o perfil da mulher brasileira encarcerada é o da mulher em situação de vulnerabilidade, negra, pobre, com baixa escolaridade.

Nosso país possui a 5ª maior população de mulheres encarceradas do mundo, e em relação à população prisional de estrangeiros, em junho de 2014 tínhamos 2.778 estrangeiros aprisionados, sendo 21% mulheres e a maior parte delas, 53%, provenientes do continente americano. E, embora o DEPEN não tenha divulgado esse tipo de informação, de acordo com dados da publicação do “Colectivo de Estudios Drogas y Derecho”, 80% das mulheres presas são mães e são, em geral, as chefes de suas famílias, responsáveis pelo sustento de seus filhos. Visualiza-se então que são na maioria mulheres que buscam o comércio ilícito de drogas para prover sustento à família, ou mulheres que são presas ao levar drogas para os presídios (BOITEUX, 2016), quando não se tratam de “mulas” do tráfico internacional.

Quanto à destinação dos estabelecimentos por gênero, segundo dados do Infopen Mulheres, tem-se que o maior número de presídios são masculinos, enquanto apenas 7% são voltados ao público feminino e outros 17% são mistos.

Outro dado importante se refere à estrutura dos presídios para contemplar a maternidade. Segundo informações do DEPEN, dos dados coletados, apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes, enquanto que nos estabelecimentos mistos essa porcentagem é menor ainda, apenas 6% das unidades dispõe desse espaço específico. Em relação à existência de berçário ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas dispõe do espaço, enquanto nas unidades mistas essa proporção cai para apenas 3%. Já quanto às creches, apenas 5% das unidades femininas possuem este espaço, não existindo, conforme dados coletados pelo DEPEN, nenhuma creche nas unidades mistas.

Neste cenário, num momento em que o discurso feminista ganha força, não foi por acaso que a UNGASS 2016 atribuiu destaque sem precedentes à questão de gênero na política de drogas, com algumas recomendações específicas para as mulheres em seu documento final, apesar da falta de direcionamentos mais concretos. Torna-se necessária uma investigação mais aprofundada sobre a situação desse contingente de encarceradas,

bucando-se soluções para frear esse crescimento acelerado frente a vigência da Lei 11.343/2006.

1.2 Política de drogas e gênero

A partir da década de 80 se verificou no Brasil, e na América Latina como um todo, uma mudança nos processos de criminalização da mulher. Se antes prendia-se mulheres devido principalmente à prática de crimes relacionados à sua condição de gênero, como o aborto, o infanticídio, a prostituição, e os delitos passionais, a partir da referida década ganhou expressividade a prática por mulheres de crimes considerados “masculinos”, como o tráfico de drogas (BOITEUX; CHERNICHARO, 2014), delito que atualmente mais encarcera mulheres não só no Brasil, mas em toda a América Latina.

Não é aleatório o fato de que em 1976 entrou em vigor para os países signatários a Convenção sobre Substancias Psicotrópicas de 1971, num contexto de recrudescimento das leis em matéria de entorpecentes através da imposição pelos EUA e absorção pelos demais países da ideologia de guerra às drogas. Tal Convenção foi marcada por um espírito de endurecimento das penas e pela sobreposição do combate aos delitos de drogas à prevenção ou ao cuidado. É em meados da década de 80 também que se tem a intensificação do movimento de feminização da pobreza¹⁷ (MEDEIROS; COSTA, 2008), como apurado pelo gupo de trabalho Sistema Penitenciário e Direitos Humanos:

No contexto latino-americano, as manifestações da criminalidade feminina devem ser examinadas a partir das complexas condições sociopolíticas da região, aguçadas pela crise econômica que aumentam

¹⁷ Conforme o Centro Internacional de Pobreza, feminização da pobreza seria um aumento na diferença de níveis de pobreza entre as mulheres e os lares chefiados por elas em relação aos homens e domicílios chefiados por eles ou por casais. E dessa forma, deve ser entendida como um processo, uma mudança nos padrões e não como o estado ou a simples prevalência de lares pobres chefiados por mulheres. É termo relativo, já que se baseia numa comparação, e desse modo, não quer dizer necessariamente piora absoluta na pobreza entre as mulheres. Significa que a pobreza persiste em maior grau entre a parte feminina da população.

os níveis de pobreza e o crescente desenvolvimento da economia informal, controlada em grande parte pelo setor feminino, agravando o processo conhecido como *feminização da pobreza* (Del Omo, 1996:15). Este processo leva em conta não só os índices acirrados de pobreza entre as mulheres (maior em relação aos homens pobres), mas também o aumento de lares pobres chefiados por elas. (PANCIERI; SILVA; CHERNICHARO, 2014)

Segundo dados do CEPAL, os esforços de redução da pobreza na América Latina não beneficiaram de maneira igualitária a homens e mulheres, de maneira que os lares pobres concentram uma maior proporção de mulheres em idade de maior demanda produtiva e reprodutiva. De acordo com dados coletados em 2013, para cada 100 homens vivendo em lares pobres na América Latina, havia 117 mulheres nesta mesma situação, o que evidencia a falta de autonomia econômica das mulheres, mais propensas a estarem em situação de pobreza frente a ausência de rendimentos provenientes de outros membros da família, o que se agrava em lares com maior quantidade de crianças.

A forma como as mulheres se inserem no mundo do tráfico e a sua seleção pelo poder punitivo formal estão diretamente ligados à sua vulnerabilidade, social e de gênero. No geral, as mulheres estão nas posições mais subalternas, “como mula, avião, bucha, vendedora, ‘fogueteira’, vapor, etc. Estas posições são também as mais vulneráveis, pois demandam contato direto com a droga, e como, em geral, estas mulheres são pobres, a margem de negociação [...] com os policiais é muito limitada” (BOITEUX, CHERNICHARO, 2014).

Com a dita feminização da pobreza na América Latina, processo que ganha destaque nos anos 90 do século passado no contexto neoliberal, muitas mulheres entram no mundo do tráfico nas atividades principalmente de “mula” ou de microtraficantes como forma de subsistência e de manutenção de seus lares, já que com a modificação da estrutura familiar, elas passam a assumir uma maior proporção de chefes de família. Em pesquisa de 2016 realizada pelo Fórum Econômico Mundial com 144 países participantes, o Brasil está na 79ª posição no ranking que mede o índice mundial de

desigualdade de gênero. O relatório analisa a participação de homens e mulheres em quatro principais áreas: participação econômica, educação, saúde e poder político. E quanto à primeira especificidade, nosso país ocupa a 91ª posição.

É necessário entender esse contexto aliando à questão socioeconômica a condição de gênero e do papel que é imposto socialmente à mulher no âmbito privado, como nos informa a criminologia feminista. O que se verifica então é que a mulher passando por um processo de intensificação da pobreza encontra no tráfico uma forma de exercer aquele papel reservado a ela no âmbito privado, de cuidado da casa e dos filhos, e ao mesmo tempo, cumprir um novo papel de “provedora do lar”, apesar da ilegalidade a que se submete. O tráfico provém retorno financeiro imediato e além do mais, representa “um mercado predominantemente informal, no qual estas mulheres já estão inseridas ou encontram menos barreiras para a sua inserção.” (PANCIERI; SILVA; CHERNICHARO, 2014).

Como alerta Boiteux e Chernicharo, é necessário que se enxergue todo esse contexto num sentido de seletividade do sistema penal e não através do viés positivista que consideraria todos esses fatores como simplesmente a causa do delito. Dizem as autoras:

É preciso, ainda, que não se caia nas armadilhas positivistas de considerar que tais fatores possam determinar a “causa” dos delitos mas, ao contrário, a análise das dinâmicas que operam nos processos de criminalização e do contexto em que se inserem revelam a estrutura seletiva do sistema penal. No processo de seletividade que envolve a mulher, entretanto, não parece ser suficiente apontamentos epistemologicamente construídos apenas a partir da condição socioeconômica. Para analisar os processos de criminalização feminina é preciso que se considere crenças, condutas, atitudes, modelos culturais (informais), assim como as agências punitivas estatais (formais). Este contexto exige dupla tarefa e o olhar para esta dicotomia permite compreender o desinteresse da(s) criminologia(s) pela família, não só como núcleo primário de agregação e convivência, mas das relações de

poder. As relações sociais, as funções, as atividades, as formas de comportamento, as crenças, as normas que regem a vida da mulher devem ser analisadas nestes processos. (BOITEUX, CHERNICHARO, 2014, p. 04)

Entendendo que a mulher, e especialmente a mulher pobre, é submetida a um controle, seja no aspecto de vigilância ou no de punição, que adentra no momento em que a ordem patriarcal “falha” e a mulher se insere no espaço reservado ao homem, tem-se que o controle penal é apenas uma forma de ação através do aspecto de punição, agindo de maneira a constranger, a punir duplamente àquela que ousar se desviar do papel que deveria exercer na sociedade capitalista. Ao praticar o crime de tráfico de drogas a mulher rompe não só com a lei penal, mas com a ordem de gênero vigente, e assim, violando duplamente as normas também recebe punição em dobro. A mulher presa sofre maior discriminação e abandono. E em reflexo, elas recebem bem menos visitas que os homens, sejam familiares ou visitas íntimas.

Em nosso país, a ausência de uma melhor definição para diferenciar o usuário do traficante e a falta de proporcionalidade na punição daqueles que participam do tráfico de maneiras diferentes levam pessoas com pouca influência na rede do tráfico, que não são elementares para o negócio, a cumprir penas desmedidas. A Lei de Drogas serve, no geral, para o aprisionamento em massa de usuários, enquadrados como traficantes, e de microtraficantes, que recebem penas elevadas em descon sideração à realidade existente em descompasso com a norma jurídica. Tal como na anedota de Hegel, “pior para a realidade”. Nesse sentido os resultados de pesquisa realizada no Rio de Janeiro pelo grupo de trabalho sistema penitenciário e Direitos Humanos.

De acordo com o referido levantamento, mais de 60% dos presos por tráfico respondem individualmente ao processo, a maioria das prisões foi feita em situação de flagrância; entre os condenados, 66,4%, é de réus primários e em 60,4% das condenações não há concurso material entre o crime de tráfico e outros. Todo este quadro indica que a maioria dos traficantes selecionados pelo sistema punitivo formal atua de maneira individual, não integra organização criminosa e são presos sem uma investigação prévia.

E, apesar disso, recebem penas elevadas, desproporcionais à sua atuação na estrutura do tráfico, além de ser presumida pelos juízes sua participação em organização criminosa, a fim de se negar a redução da pena prevista no art. 33, parágrafo 4º da lei de drogas. Observou-se, ainda, que é regra a valoração da quantidade de droga apreendida apenas para elevar a pena aplicada, além da inflição da prisão provisória, diversas vezes de forma desnecessária ou sem fundamentação idônea (PANCIERI; SILVA; CHERNICHARO, 2014).

Dessa forma, enxerga-se a grande importância da aplicação da Criminologia Feminista aliada à Criminologia Crítica visando identificar o fenômeno de criminalização da mulher, os abusos e negações de seus direitos. A política atual de drogas, por trás da pretensa proteção à saúde pública, tem sido mecanismo de contenção e de controle dos pobres em geral. A humanidade inteira tem perdido mais do que ganhado durante esses mais de cem anos de proibição. No entanto, a mulher encarcerada, durante muito tempo colocada à sombra da generalização androcêntrica, sofre de maneira acentuada através da institucionalização da opressão de gênero. Os direitos por muito tempo não têm sido pensados a partir das necessidades da mulher. É urgente a mudança desse estado de coisas.

1.3 Da violência à violência

Como aduz Vivien Stern (2010), no que tange àqueles que militam para erradicar a violência e a discriminação contra as mulheres, muitas vezes eles se esquecem das mulheres encarceradas, deixando-as em lugares planejados por homens, construídos por homens e a cargo de homens, com políticas feitas por homens e regras carcerárias escritas por homens. Esses movimentos feministas se esquecem do que ocorreu às mulheres presas, do que as levou ao cárcere e do que acontece com elas quando estão nesse lugar. E ela diz entender porque isso ocorre. Em todas as partes do mundo as mulheres encarceradas são sempre uma pequena minoria em relação a todos os prisioneiros em qualquer país, sendo fácil se esquecer deste grupo pequeno, triste, abandonado e tratado injustamente.

Entre suas particularidades, raramente as mulheres encarceradas estão presas em razão de delitos violentos. Elas são muito mais vítimas de violência do que pessoas violentas. Só que ao chegar às prisões elas sofrem diversos tipos de agressões. Apesar de as cadeias femininas serem no geral mais seguras e não violentas do que as masculinas, aduz Stern que não é assim em todo lugar, não é assim sempre. O tratamento das prisioneiras pode ser desumano e violento.

A autora reconhece, no entanto, que algumas mudanças estão ocorrendo, apesar de lentamente. O primeiro passo, segundo ela, é pensar sobre a ideia do cárcere, que é feito para prisioneiros homens. Então, a primeira grande mudança é deixar de tratar os prisioneiros homens e as prisioneiras mulheres da mesma forma, com a mesma ideia do que é um prisioneiro, com as mesmas regras, os mesmos castigos e o mesmo treinamento para os guardas. Só que isso não basta.

Nesse sentido, ela dá um exemplo acerca de uma prisão na Austrália na qual algumas mulheres que trabalhavam na administração do lugar efetuaram diversas mudanças. Neste local as mulheres aprisionadas vivem em pequenas casas próprias e possuem um grande jardim. Existe um supermercado e um restaurante na cadeia, sendo que no último as mulheres são capacitadas para alguns trabalhos. Neste restaurante as mulheres podem comer quando suas famílias as visitam. A cadeia também possui uma boa biblioteca e um centro de saúde convencional. Quando elas chegam à prisão, não são revistadas, elas entram e vão para uma sala de espera onde ocorre uma reunião que as explicará como funciona o lugar.

Segundo Stern, este é o melhor que pode ser um cárcere de mulheres e ela parabeniza os australianos por isso. No entanto, as questões subjacentes não são resolvidas. Um novo modelo de cadeia não consegue eliminar todas as formas de injustiça. Existe a injustiça de que quase todas as mulheres encarceradas são pobres. Existe a injustiça de que entre as mulheres presas, muitas pertencem a minorias étnicas. Logo, a injustiça está em condenar uma mulher a uma pena, em enviá-la a um lugar de castigo, quando as causas do problema poderiam ser resolvidas de outro modo. A injustiça está em enviar mães para a prisão sem pensar nos efeitos sobre os seus filhos.

Nesse sentido, a questão da hipermaternidade e da hipomaternidade, comentada no minidocumentário realizado pela Pastoral Carcerária intitulado “Tortura e encarceramento em massa no Brasil: As mulheres e o cárcere”.

Como retrata o vídeo, após o nascimento dos filhos as mulheres encarceradas passam a viver numa situação em que são obrigadas a serem mães 24 horas por dia. E em razão disso, muitas vezes tem-se uma pausa na contagem do tempo de remissão de pena, isso porque tendo que se dedicar exclusivamente e o tempo todo aos filhos, elas deixam de trabalhar ou de estudar. E quando os filhos completam 6 meses (prazo mínimo, mas que é tratado como máximo), eles são abruptamente retirados das mães, causando danos físicos e psicológicos a elas e aos bebês. Além do mais, situações como as registradas na penitenciária feminina Dra. Marina Marigo Cardoso de Oliveira, Butantã, São Paulo/SP, através da pesquisa intitulada “Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” são bastante comuns. Segue o relato:

Dentro do prazo de seis meses, a mãe tem que indicar à assistente social da unidade uma familiar que ficará com a criança. Caso a presa não indique ou a assistente social não a encontre, o caso é encaminhado à Vara da Infância e Juventude que determinará o abrigo da criança. Uma vez determinado o abrigo e passados os seis meses do nascimento, um oficial de justiça vai à Penitenciária retirar a criança da mãe sem qualquer aviso prévio, e sem que ela tenha tido qualquer chance de ser ouvida no processo que decidiu o destino de sua filha ou filho. O que causa aumento na ansiedade dessas mulheres que sofrem esperando a separação certa e de surpresa. (BRASIL: Ministério da Justiça, 2015)

Ainda na questão da maternidade, tem-se como novidade o Projeto de Lei 5654, que visa fazer algumas alterações na Lei 7.210/84. Tal projeto, que no presente momento aguarda Parecer do Relator na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, busca alterar os arts. 14 e 199 da referida lei, para assegurar tratamento

humanitário à mulher em trabalho de parto, bem como assistência integral a sua saúde e a do nascituro, promovida pelo poder público, e para vedar a utilização de algemas em mulheres durante o trabalho de parto.

O uso de algemas durante o parto, conduta que inclusive tem vedação expressa nas Regras de Bangkok (regra 24), ainda ocorre na realidade das mulheres privadas de liberdade. Ressalta-se que o documento referente às Regras de Bangkok, que data de 2010, somente foi traduzido oficialmente em 08/03/2016. Juntamente com a tradução, o CNJ apresentou importante decisão do STF, na qual o ministro Ricardo Lewandowski decidiu, em caráter de urgência durante o plantão de recesso do STF no início de 2015, citando expressamente tais regras, que a acusação de tráfico de entorpecentes não era suficiente para sustentar a prisão provisória da gestante do caso em análise, analisando as condições pessoais da acusada e do próprio nascituro, ao qual considerou que não se pode estender os efeitos de eventual e futura pena.

No tocante ainda à questão dos filhos das mulheres encarceradas, a recente Lei 13.257/2016 estabeleceu que a presa gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos tem direito a requerer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, alterando assim o art. 318 do Código de Processo Penal. Apesar de ser vista como um grande avanço, a doutrina entende que as hipóteses previstas no referido artigo não são obrigatórias em qualquer situação.

Renato Brasileiro, por exemplo, entende que “(...) a presença de um dos pressupostos indicados no art. 318, isoladamente considerado, não assegura ao acusado, automaticamente, o direito à substituição da prisão preventiva pela domiciliar” (BRASILEIRO, 2015). No mesmo sentido Eugênio Pacelli, Douglas Fischer e Norberto Avena. Assim, na prática, como já se demonstrou, a tendência é de que o juiz, ao analisar a situação da pessoa acusada por tráfico de drogas, acabe por não conceder a medida cautelar, já que não é raro o estigma imposto àquele que se vê repreendido pelo sistema penal por praticar ações envolvendo o comércio de drogas.

Prosseguindo na análise de instrumentos que visem garantir tratamento mais humano às presas, a partir da década de 90 se intensificaram os esforços dos sistemas

internacionais de proteção dos direitos humanos para colocar em evidência a violência contra a mulher e a necessidade dos Estados adotarem medidas decisivas para garantir a vigência dos direitos das mulheres. Nesse sentido, tem-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); a Recomendação nº 19 do Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW); e a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, entre outros.

Por sua vez, no campo internacional dos direitos humanos, também se desenvolveram tratados destinados a proteger os direitos das pessoas privadas de liberdade. Entre eles, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo; as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio) e o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.

No entanto, todos esses tratados foram insuficientes para garantir os direitos das mulheres presas, o que levou ao desenvolvimento de normas específicas, dentre elas a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, a qual reconhece como ponto de partida que as mulheres privadas de liberdade se encontram em uma situação de especial vulnerabilidade o que obriga aos Estados signatários a adotar medidas especiais para proteger esse grupo, como disposto no art. 9º, da Convenção de Belém do Pará. Em sequência, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas não privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Dentre suas disposições mais importantes, as Regras de Bangkok trazem comandos no sentido de implementação de medidas efetivas para se assegurar a dignidade e o respeito às mulheres presas durante as revistas pessoais, as quais deverão ser conduzidas apenas por funcionárias que tenham sido devidamente treinadas em métodos adequados e em conformidade com procedimentos estabelecidos (regra 19). A regra 20 dispõe que devem ser desenvolvidos outros métodos de inspeção, tais como escâneres,

para substituir revistas íntimas e revistas corporais invasivas, de modo a evitar os danos psicológicos e possíveis impactos físicos dessas inspeções corporais invasivas.

A regra 22 estabelece que não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação. A 23, que sanções disciplinares para mulheres presas não devem incluir proibição de contato com a família, especialmente com crianças. A 24 dispõe que os instrumentos de contenção jamais deverão ser usados em mulheres em trabalho de parto, durante o parto e nem no período imediatamente posterior. A 25 traz que as mulheres presas que relatarem abusos deverão receber imediatamente proteção, apoio e aconselhamento, e suas alegações deverão ser investigadas por autoridades competentes e independentes, com pleno respeito ao princípio de confidencialidade. Medidas de proteção deverão considerar especificamente os riscos de retaliações.

A regra 29 estabelece que a capacitação dos/as funcionários/as de penitenciárias femininas deverá colocá-los em condição de atender às necessidades especiais das presas para sua reinserção social, assim como a operação de serviços e equipamentos seguros e com foco na reabilitação. As medidas de capacitação de funcionárias deverão incluir também a possibilidade de acesso a postos superiores com responsabilidades determinantes para o desenvolvimento de políticas e estratégias em relação ao tratamento e cuidados com as presas.

A 30, que deverão ser elaborados e aplicados regulamentos e políticas claras sobre a conduta de funcionários/as, com o intuito de prover a máxima proteção às mulheres presas contra todo tipo de violência física ou verbal motivada por razões de gênero, assim como abuso e assédio sexual. E ainda nesse sentido, estabelece a regra 32 que as servidoras mulheres do sistema penitenciário feminino deverão ter o mesmo acesso à capacitação que os servidores homens e todos os/as funcionários/as da administração de penitenciárias femininas receberão capacitação sobre questões de gênero e a proibição da discriminação e o assédio sexual.

Apesar de todo o arcabouço de regras que amparam a mulher encarcerada, na tentativa de se preservar a dignidade da presa, sabe-se que a realidade é muito diferente.

Quanto à questão das agentes penitenciárias, por exemplo, registra-se que somente a partir de 2009, nosso país instituiu o parágrafo 3º ao art. 83 da Lei de Execuções Penais, através do qual se estabeleceu que os estabelecimentos femininos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas.

Outra questão necessária de se comentar referente às particularidades do aprisionamento feminino é o tema da tortura. Registra-se que em pesquisa realizada pela Pastoral Carcerária com apoio do Fundo Brasil de Direitos Humanos e a Oak Foundation, na qual se analisaram 105 casos de torturas e maus tratos, casos acompanhados desde a realização das denúncias, passando pelo processo de apuração, até o seu encerramento, 43% das denúncias envolverem vítimas mulheres, o que chama muito a atenção, uma vez que elas correspondem a apenas 5,8% da população carcerária total, segundo dados do DEPEN.

Após todo o exposto, pode-se concluir que o cárcere atua como forma de violência contra a mulher aprisionada, seja em casos de maus tratos, seja na negação de direitos básicos como a assistência e acompanhamento de uma gravidez (o que não deixa de ser uma forma de mau trato), seja na negação da identidade da mulher, que na prisão passa por um processo de criação de estigmas e de modelação de identidades.

Nega-se a identidade anterior para se construir uma nova que se amolde às expectativas da sociedade. No âmbito masculino, molda-se a personalidade do indivíduo para adequá-lo à ordem do trabalho, já no feminino, ocorre uma dupla submissão, busca o sistema penal readequar o comportamento delitivo da mulher. O trabalho feminino, como visto, em muito remete aos trabalhos domésticos, relegando a mulher mais uma vez ao espaço privado. O trabalho dentro dos presídios busca adequá-las às expectativas da classe dominante detentora dos meios de produção, mas, de forma mais forte, busca ensinar a mulher a ser mulher segundo uma ótica androcêntrica, ou seja, voltar ao espaço privado. (FRUTUOSO, 2011, p. 87)

E como visto, não é só na reafirmação do trabalho doméstico, na reinserção da mulher no espaço privado de cuidado do lar que se encontra a violência sobre a dominação do feminino. O cárcere, ao sujeitar a mulher a um ambiente não planejado a ela, impossibilita que alguns direitos básicos sejam respeitados, como no caso da maternidade e das visitas íntimas.

Homens e mulheres sofrem com a lógica do sistema capitalista de se aproveitar dos segmentos mais vulnerabilizados como forma de obter lucro. No entanto, há particularidades na forma de exploração feminina e a solução não é adotar políticas paternalistas, que cristalizam sua condição de segmento explorado. É preciso aplicar um enfoque de gênero, de maneira a enfrentar as desigualdades entre homens e mulheres num contexto conjunto das desigualdades sociais, e não optar simplesmente por políticas de centralidade na mulher, que ignoram sua relação com o todo, que ignora suas particularidades ao deixar de analisá-la como um ser humano que adquire maiores dificuldades e barreiras quando inserida numa sociedade patriarcal. Não há maneira de encontrar solução para a problemática da mulher, seja em qual âmbito for, pretendendo retirá-la de sua realidade social, num contexto de relações entre os gêneros e seus antagonismos.

Dessa maneira, no caso específico da política penal e do crescimento do encarceramento feminino, é necessária uma reanálise do papel da prisão, e a constatação de que esse papel não é e nunca foi de ressocialização. Nesse passo, enxergar o porquê de tantas mulheres serem presas a cada dia mais em nosso país em razão de crimes relacionados ao tráfico de drogas, e visualizar que o motivo é de seleção do sistema, que corta e pune a parte mais fraca no comércio ilícito, já é um avanço para nos livrar de discursos hipócritas. Já é um passo para contrabalancear se o encarceramento é realmente a melhor opção. E no mais, num mundo em que o cárcere ainda é uma realidade, compreender todo o exposto, já é um caminho para a adoção de mecanismos que possam prover à mulher ao menos aqueles direitos que a condenação por uma pena privativa de liberdade não retira, especialmente no que tange à sua dignidade como pessoa humana e como mulher.

1.4 Alternativas ao modelo proibicionista

Conforme se pronunciou o DEPEN, não há registros de que o encarceramento em massa esteja produzindo qualquer resultado positivo: seja na redução da criminalidade, ou na construção de uma sociedade melhor. Não houve redução na incidência de crimes violentos, muito menos melhoria na sensação de segurança por parte da sociedade, o que talvez justificasse o altíssimo custo social e financeiro do encarceramento. Ao contrário, “o cárcere tem reforçado mecanismos de reprodução de um ciclo vicioso de violência que, como padrão, envolve a vulnerabilidade, o crime, a prisão e a reincidência e, por vezes, serve de combustível para facções criminosas.” (INFOPEN, 2014, p. 06 e 07).

De acordo com dados do World Drug Report de 2016, apesar de serem altos os índices de pessoas presas em razão de crimes relacionados a drogas, não só no Brasil como no mundo todo (em torno de um a cada cinco presos sentenciados), a taxa de consumo não decaiu, pelo contrário, de 2006 a 2014, período de amostra do levantamento, ela apresentou uma elevação.

Assim, apesar da sistemática proibicionista ter causado um aumento do número de pessoas presas, um aumento da taxa de drogas confiscadas, não tivemos um sucesso da política adotada. Nunca aprisionamos tanto, e mesmo assim, nunca tivemos tantas pessoas envolvidas com drogas ilícitas.

Está na hora de aceitar a mudança. Como disse Cristiano Maronna no Seminário de 10 anos da Lei de Drogas, realizado no dia 22 de setembro de 2016, os critérios para a avaliação da política de drogas adotada devem ser mudados (bem como a própria política), pois indicadores como número de pessoas presas e quantidade de drogas apreendidas não indicam muita coisa. Deve-se avaliar sob outros aspectos como aumento da violência, corrupção, e superencarceramento os quais, sabemos, não demonstram outra coisa a não ser o fracasso da nossa atual política de drogas.

Diante do exposto e reconhecendo a ineficácia da pena privativa de liberdade quanto ao objetivo de ressocialização, e mais, sabendo-se que a prisão na verdade atua no

sentido de dessocialização, infligindo aos encarcerados diversas formas de violência, é necessário repensar a forma de atuação do nosso sistema criminal.

Um mundo livre de prisões é algo que ainda parece distante de nossa sociedade. No entanto, isso não significa que nada possa ser feito. No contexto atual, em que o cárcere ainda é uma dura realidade, é necessário buscar alternativas, de forma que as prisões recebam somente pessoas para as quais o sistema penal não admita outra resposta. E no mais, que mesmo para estas pessoas, o sistema não atue de forma a puni-las para além da privação de sua liberdade.

E, no caso abordado, de mulheres encarceradas em razão de envolvimento com o tráfico de drogas, mudanças devem ser promovidas no sentido de “mudar a política de drogas atual, para uma mais humana, eficaz e humanitária, investir em redução de danos, descriminalizar o uso e o cultivo, e regular (legalizar) todo o mercado produtivo das substâncias hoje ilícitas”. (BOITEUX, 2014, p.101).

A proibição tem nos causado malefícios diversos, e nesse ponto, há que se perguntar não se estamos prontos para implementar uma política de legalização ou de descriminalização, por exemplo, mas sim se estamos dispostos a arcar com todos os custos materiais e humanos que a continuidade da proibição nos causará.

O proibicionismo falhou, seu maior feito foi o estrondoso crescimento no número de presos em todo o mundo e o agravamento das condições impostas aos encarcerados. A guerra às drogas e seu alto custo não conseguiu atingir o objetivo declarado de reduzir o consumo ou de proteger a saúde e a segurança públicas. E como acontece quanto à meta falaciosa de ressocialização através da pena privativa de liberdade, a saída não é ignorar a ineficácia do meio, e sim, assumir o erro e buscar melhores soluções. Ignorar o fiasco da guerra às drogas não melhora a realidade e beneficia apenas os altos postos do tráfico. E assim, defender um modelo alternativo ao proibicionismo e ao encarceramento em massa de populações vulneráveis, como a das mulheres, “não é afastar o Estado do problema, mas discutir seu papel para que ele atue com mais eficiência dentro de limites democráticos.” (FIORE, 2014, p. 151). Analisa-se então, em seguida, alguns modelos alternativos de destaque.

1.4.1 A legalização controlada

A legalização, medida alternativa ao controle penal de drogas, não deve ser confundida com a liberação total, a qual defende a extinção de todas as leis restritivas, sem exceções. A liberalização não aceita nenhum tipo de contenção, enquanto que a legalização prevê um mínimo de controle na regulamentação legal das drogas. A legalização pode se dividir ainda em legalização liberal, legalização estatizante e legalização controlada (BOITEUX, 2006).

A primeira seria a mais próxima da liberação e defende que a droga seja tratada como uma mercadoria a ser regulada pelas leis de mercado, permitindo-se, no entanto, alguma forma de controle estatal semelhante ao que se adota nos casos do álcool e o tabaco, mantendo também programas como os de redução de danos, sobre os quais se tratará adiante. Nesse cenário, a lei só atuaria no ponto em que o consumo por um indivíduo causasse prejuízos a outro.

A segunda se baseia no controle pelo Estado da distribuição e venda das drogas, enquanto que a terceira tem essas atividades apenas orientadas pelo Estado. Conforme defende Boiteux, a legalização controlada seria a melhor forma de ação dentre os tipos de legalização, já que seria um meio termo entre a proibição e a descriminalização irresponsável, sendo um modelo que objetiva substituir o atual proibicionismo por uma política de regulamentação da produção, do comércio e do uso das drogas, sempre visando coibir o abuso prejudicial.

Tal modelo assume que as drogas existem desde tempos remotos, e que a meta de eliminação do uso ou da oferta são objetivos fantasiosos, vindo na guerra às drogas uma guerra perdida. A legalização controlada se aproxima do proibicionismo no que tange à abrangência do circuito da droga como um todo, “do produtor ao consumidor e, como a estratégia de redução dos riscos, luta contra os efeitos perversos da proibição (overdose, AIDS, delinquência, abuso) em relação a todos os tipos de drogas, lícitas e ilícitas” (BOITEUX, 2006, p.94). De outro lado, aproxima-se da descriminalização quando reconhece ao usuário o direito de consumir as substâncias entorpecentes, mas submete

esse uso ao controle estatal, ainda mantendo algumas condutas mais graves no rol do direito penal, como no caso de contrabando, por exemplo.

Esse modelo alternativo defende que se rompa com os tratados internacionais sobre drogas, permitindo-se a comercialização de todas as substâncias atualmente consideradas ilícitas seja para uso medicinal ou recreativo. A sociedade legalizaria as drogas e o usuário controlaria o abuso. O modelo assim, não defende a permissão do uso descontrolado: certas substâncias ainda são vistas como perigosas para a saúde e, portanto, devem ser consumidas de forma equilibrada. Ademais, ainda seriam proibidas atitudes como o uso de drogas em locais públicos e ao volante, além da vedação do consumo por menores. Com a abrangência de todo o circuito da droga, a legalização controlada propõe também a descriminalização de toda a rede de comércio, inclusas a produção e a revenda, visando o combate ao tráfico. E, uma vez que o Estado deixa de se ocupar com a guerra às drogas, ele pode se direcionar a dar efetividade a programas de contenção do abuso de substâncias entorpecentes.

Ressalta-se que no sistema em análise, o Estado ainda tem interferência no campo das drogas, mas como aduz Boiteux, a atuação daquele se dá numa concepção minimalista e garantista, já que o direito penal é usado para estabelecer limites entre o uso “normal” e o abuso prejudicial ao indivíduo e à sociedade. Porém, o Estado deixa de atuar de maneira central, exercendo apenas ações periféricas, condenando apenas algumas exceções. O direito penal se substitui pelas outras áreas do direito, como o administrativo, o comercial e o tributário.

A legalização controlada além de poder proporcionar um desencarceramento em massa traria diversas vantagens econômicas, pois além da economia feita com a diminuição do número de presos, desestruturaria o mercado ilícito e o sistema de lavagem de dinheiro proveniente da venda de drogas, passando a ser do Estado a renda obtida com taxações, por exemplo, a qual poderia ser revertida em benefício de programas sociais de combate ao abuso das substâncias agora legais, por exemplo. Criariam-se mais empregos no novo mercado formal das drogas, em suma, haveria diversos benefícios.

O usuário de drogas passa a ser visto como um consumidor, um indivíduo normal, que se viciado poderá se submeter a um tratamento, mas este não será imposto pelo Estado.

Atualmente, diversos estados dos EUA adotam um modelo de legalização da maconha, porém restrito ao uso medicinal. E quanto ao uso recreativo, nove estados votaram em novembro de 2016 para decidir sobre a legalização. Como resultado, os estados da Califórnia, onde o uso medicinal já é permitido desde 1996, Massachusetts, Nevada e Maine votaram pela legalização do uso recreativo acompanhando o que já ocorre nos estados do Colorado, Oregon, Washington e Alasca. Embora chamada por alguns de legalização e por outros de descriminalização, seja como for, o fato é que mudanças vêm ocorrendo, e elas estão partindo de dentro do mesmo país que outrora era irreduzível em cessar a guerra às drogas.

O modelo em análise, apesar das críticas que sofre da sociedade, há de ser considerado no sentido de evitar aqueles efeitos mais perversos da proibição, os quais acabam sendo mais danosos do que a droga em si mesma (BOITEUX, 2006). Não se quer afirmar que o modelo de legalização controlada deva ser implementado o quanto antes em nosso país. Pesquisas devem ser realizadas em diversos campos para se poder afirmar com mais certeza qual o sistema mais adequado para o momento em que vivemos. No entanto, é uma opção a ser pensada, pois por mais que não possamos prever todas as consequências, o que já se sabe é que o nosso modelo vigente fala por si mesmo, e ele grita por mudanças.

1.4.2 Política de redução de danos

A política de redução de danos deve ser entendida como estratégia para diminuir os danos à saúde ocasionados pelas drogas, sem esquecer que algum nível de consumo é inevitável no meio social. Originalmente uma estratégia da saúde pública, aplicada no meio das drogas na forma de programas de distribuição de seringas aos viciados visando diminuir a quantidade de pessoas infectadas pelo HIV e outras doenças em razão do compartilhamento de seringas, foi ampliada e atualmente se caracteriza por um conjunto de ações voltadas a reduzir os efeitos e os riscos decorrentes do uso de drogas em geral (BOITEUX, 2006).

Reafirma-se que essa política, apesar do modo em que se deu seu surgimento, não é restrita à questão da redução dos riscos quanto à transmissão de doenças através do compartilhamento de seringas. Hoje ela está presente no tratamento conferido pelos médicos aos dependentes, nas medidas substitutivas nas quais se troca o consumo de drogas mais lesivas por outras mais leves, na substituição do consumo de crack e cocaína pela maconha ou da heroína pela metadona. Além de estar presente nos projetos educacionais que visam alertar, em casas noturnas sobre os riscos do consumo de drogas, por exemplo (MORAIS; LEITE; VALENTE, 2014).

As ações dessa política são voltadas para o desestímulo do consumo, mas de maneira a preservar “o protagonismo do paciente-usuário, ou no mínimo fazer com que o consumo ocorra em um ambiente mais seguro e controlável, além de evitar danos maiores como o contágio de doenças transmissíveis” (MORAIS; LEITE; VALENTE, 2014, p. 190).

Constata-se então que a política em questão não tem na abstinência do uso de drogas uma condição para a ação, ela pretende reduzir as possíveis consequências danosas do uso e do abuso dessas substâncias, enfatizando a prevenção e o tratamento voluntário dos usuários, sem obrigá-los a se absterem das drogas como condição para receberem ajuda.

A redução de danos seria então uma segunda etapa na prevenção ao uso indevido de drogas, aparecendo após já ter ocorrido contato com a droga, procurando frear o abuso de entorpecentes. Ela é estratégia de prevenção, e dessa forma, atua em caráter oposto ao sistema proibicionista, focado na repressão, defendendo assim o controle médico-sanitário sobre as drogas. É proposta alternativa à proibição, mas que, apesar disso, pode atuar em conjunto com a mesma, na medida em que aja numa modalidade menos radical. Mostrando-se assim política flexível e adaptável, capaz de salvar vidas e de proteger de fato a saúde pública.

Ressalta-se uma vez mais que o fundamento dessa estratégia não é o ideal de abstinência, ela preconiza a ideia de moderação, através do uso controlado e de substituição de drogas mais letais por outras. A redução de danos reconhece que as

pessoas continuarão a usar drogas, sejam estas proibidas ou não, como ocorre atualmente. Atua então com foco nos efeitos adversos da droga no usuário ou no dependente, os quais não são vistos como um doente apenas, mas como seres humanos que fizeram escolhas adversas àquilo que a sociedade taxa como uma atitude correta, buscando a reinserção social daquele que se encontra perdido e quer ajuda.

Uma barreira muito forte que essa política sofre é a ideia de que sua atuação seria uma forma de incentivo ao consumo de droga. Quando a redução de danos, promovendo o uso seguro, realiza ações como a distribuição de seringas ou o tratamento da desintoxicação através de programas de substituição de drogas ilícitas por outras substâncias menos perigosas, numa linha de atuação que prima pelo cuidado nos casos em que o usuário não consiga abrir mão de seu vício, isso é visto por grande parte das pessoas como incentivo ao viciado, como “passar a mão na cabeça” dos desregrados sociais, como apologia ao uso.

Especificamente em nosso país, essa característica de desnecessidade da abstinência vem sendo deixada de lado fazendo com que tal política perca caráter essencial, transmutando-se em outra coisa, apesar de continuar recebendo o nome de ação de redução de danos. Nesse sentido, Luís Fernando Tófoli (2015) diz que no sistema atual, calcado na erradicação da demanda e onde o usuário assume a posição de inimigo, característica inicialmente imposta às drogas, as estratégias de redução de danos vêm sendo mitigadas em sua essência, continuando como redução de danos apenas no papel.

O que Tófoli visa demonstrar é que apesar da redução de danos poder abarcar tratamentos pautados na abstinência, “não se pode dizer que um espaço que trate basicamente de usuários em busca de abstinência possa ser considerado um local voltado à redução de danos” (TÓFOLI, 2015, p. 12). Nesse quadro de descaso do poder público com a política real de redução de danos, tem-se que a maioria das ações passam a ser financiadas por iniciativas locais, até mesmo por ONGs ou organizações privadas, e os serviços que não exigem abstinência dos usuários são escassos, quando não derrubados pelo governo, como o programa De Braços Abertos, iniciado em 2014, que previa como ação central ajuda aos usuários problemáticos de crack na cidade de São Paulo.

Assim, com o crescimento das forças políticas conservadoras, dificulta-se o progresso e a expansão da proposta de redução de danos, apesar desta constar como política oficial do Estado, e mesmo diante de resultados bastante positivos das experiências implementadas.

1.4.3 O modelo português

Portugal é um país que adota a descriminalização do uso de todas as drogas desde 2001. O consumo de substâncias entorpecentes não é mais visto como crime, no entanto, ainda existe uma interdição do uso, não sendo caso de legalização, já que a Lei 30/2000 estabelece um regime contraordenacional para o consumo de todas as drogas, dispondo que o usuário não pode ser pego com quantidade de droga superior à quantidade média de consumo individual por 10 dias. De maneira contraditória ao espírito da descriminalização, o acórdão 8/2008 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entendeu que constitui crime se o usuário for encontrado na posse de quantidade de droga superior à média de consumo de 10 dias, mantendo em vigor o crime de consumo neste caso.

A experiência portuguesa de ampla descriminalização obteve como resultado um ligeiro aumento do consumo no período inicial que se seguiu a nova política adotada, seguida por uma estabilização no nível de consumo e de redução do uso problemático coincidindo com redução também dos danos do consumo. Dessa forma, confirmou-se na prática que a modificação na lei não tem efeito relevante no consumo de drogas e na toxicod dependência. Descriminalizar o consumo não promove por si só crescimento desenfreado do uso de substâncias entorpecentes (QUINTAS, 2014).

Retirar do usuário a taxação de criminoso, estabelecer critérios mais definidos quanto aos limites entre o uso e o tráfico vêm se mostrando alternativas muito benéficas porque são um passo maior rumo à retirada do Estado do poder de sancionar atos de escolha pertencentes à vida privada do ser humano. A experiência portuguesa nos mostra

que devemos ter menos pavor das consequências que possam advir de uma política mais liberal.

1.4.4 A descriminalização espanhola: aplicação e resultados

Como em Portugal, a Espanha apresenta interessante modelo alternativo à irrestrita proibição de drogas. Em 1983, ela inovou ao ser o primeiro país ocidental a descriminalizar, pela lei, o uso e posse de todas as drogas, mas essa descriminalização não foi acompanhada de uma política consolidada de redução de danos, frente a grande relutância que normalmente se tem com esse sistema, que por muitas vezes é visto como uma forma de incentivar o uso de drogas.

Nesse sentido, a experiência espanhola serve também como exemplo de como não se deve proceder quando se estabelece políticas de transição entre a proibição e a descriminalização. Ela pagou um enorme preço por ignorar a importância de medidas de redução de danos, pois se tornou o país com o maior número de infectados pelo HIV em toda a Europa devido ao uso de drogas injetáveis.

Visando frear os danos, em 1988, a Espanha alterou sua legislação de forma a regulamentar o uso, passando a penalizar algumas circunstâncias mediante sanções administrativas e aumentando a repressão ao tráfico, que hoje tem uma das políticas de combate mais repressivas da Europa, já que é tida como rota de tráfico.

No entanto, é um dos países mais liberais quanto ao uso de drogas, “sendo permitido o plantio doméstico de *cannabis* e o uso privado de drogas, muito embora a venda e a compra da droga continuem previstos como crime” (BOITEUX, 2006).

A lei espanhola estabelece tolerância para com o usuário de drogas desde que o consumo seja feito em ambiente privado, já que enxerga o uso como um mal restrito ao usuário, não se punindo penalmente nem a posse e nem o uso em locais privados. O modelo espanhol é então de descriminalização do uso, bastante parecido com o sistema português. No entanto, aqueles limites legais de porte de drogas estabelecidos pela lei portuguesa são apresentados na Espanha apenas na jurisprudência. Destaca-se que essa mesma jurisprudência considera atípica a conduta de uso compartilhado e a cessão

gratuita da droga, bem como a de compras realizadas em grupo para uso pessoal de cada um de seus integrantes.

Assim, no modelo espanhol estabelecem-se referenciais de quantidade para diferenciar desde a conduta atípica até a forma qualificada de extrema gravidade. Como explica Salo de Carvalho (2014), esses critérios, construídos através de pesquisas, de análises jurisprudenciais, e de cálculo realizado pelas agências sanitárias do consumo médio diário que necessitaria o dependente, variam conforme o tipo de droga analisada, e uma vez definida a média diária de cada droga, o resultado obtido é multiplicado por três, referente ao consumo previsto para uma média de três dias.

No caso específico brasileiro, não existem construções jurisprudências nesse sentido, embora pareça pertinente essa implementação com adaptações para os níveis de uso em nosso país, já que possuímos uma variação muito desproporcional entre o mínimo e o máximo de pena aplicada aos casos de uso e de tráfico.

É importante, no entanto, a ressalva que faz o autor. Ele diz que o fato de enxergar como propício a adoção de critérios quantitativos, não significa tentativa de objetificação dos elementos do tipo. O elemento subjetivo deve ser o principal definidor da classificação da conduta. Ou seja, a intenção de uso pessoal ou a verificação do dolo de mercancia é que devem direcionar a tipificação. Os demais elementos, como o mínimo e máximo de quantidade da droga, são informativos e indiciários acerca da convicção judicial sobre a natureza da ação.

No mais, a adoção de limites quantitativos seria um avanço no sentido de que possibilitaria, a priori, a exclusão da discussão acerca de quando um caso seria típico ou não, ajudaria na gradação do tráfico e excluiria a possibilidade de um usuário ser indiciado como traficante, sofrer todo um processo criminal, como uma prisão cautelar, por exemplo, para apenas no término desse longo percurso processual se reconhecer que a ação era de porte para uso pessoal, logo não passível de pena de privação de liberdade. A adoção de medidas como a espanhola ajudaria, entre outras coisas, a diminuir a grande quantidade de presos provisórios que temos em nosso sistema.

CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS: OS CAMINHOS PARA ALTERAÇÕES NA ATUAL LEI DE DROGAS

Ante a exposição de alguns direcionamentos acerca de políticas alternativas, cabe agora apontar algumas alterações e direcionamentos possíveis e necessários de serem instituídos dentro do próprio modelo brasileiro hoje instituído, até que ocorram maiores mudanças.

Nesse sentido, o Guia Mulheres, Política de Drogas e Encarceramento, do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, prevê a necessidade de se abordar o uso de drogas como matéria de saúde pública e não criminal, e assim sendo, a urgência na descriminalização do uso de entorpecentes, a qual já vem sendo discutida, tendo em vista que a estigmatização do usuário, mesmo diante da despenalização, ainda é uma realidade.

Recomenda-se a descriminalização do uso, porte e o cultivo de drogas para uso pessoal acompanhada de maiores investimentos em programas de redução de danos e em serviços de saúde em geral, com a previsão de tratamentos voluntários seja para o consumidor ocasional ou para o dependente.

No tocante à proporcionalidade, fundamental também alterações na lei ou construções jurisprudenciais urgentes de forma a distinguir os diversos níveis de participação no tráfico de drogas, não mais sujeitando todas as condutas às mesmas altas penas. Nesse sentido, a grande maioria das mulheres poderia ser beneficiada já que conforme visto, elas compõem apenas a ponta mais fraca do tráfico, não sendo, no geral, grandes traficantes.

Desse modo, é necessário garantir que a privação de liberdade seja restrita às situações de real necessidade, não sendo a regra, e que as penas sejam proporcionais aos delitos, ao dano efetivo ocasionado pela infratora, à sua atuação na rede do tráfico e seu verdadeiro risco para a sociedade. Indispensável também o fortalecimento das defensorias públicas tendo em vista que a grande maioria do contingente prisional é de grupos vulneráveis. E da mesma forma, adoção de perspectivas de gênero quando da análise dos dados futuramente coletados e da aplicação da lei, sendo necessária a previsão de

dispositivos legais que melhor permitam a redução das penas e a promoção de alternativas ao encarceramento, não apenas nos casos de consumo próprio.

A necessária concessão de indulto principalmente às mulheres gestantes, lactantes ou responsáveis por crianças e outros dependentes, diante do reconhecimento de que não há restrição constitucional à concessão de indulto às pessoas condenadas por tráfico de drogas, não se admitindo interpretação restritiva.

E no mais, a não exclusão das pessoas condenadas por delitos de drogas da possibilidade de se beneficiarem de indultos, anistias, comutação ou reduções retroativas da pena.

Quanto às mulheres estrangeiras presas em nosso sistema, a maioria também por crimes relacionados ao tráfico de drogas, e sendo a maior parte composta de sul-americanas, tem-se a necessidade de facilitar o cumprimento da sentença dessas mulheres estrangeiras em seu país de origem, se isso for do interesse delas.

E enfim, quanto à prisão provisória, frisa-se a compatibilidade entre o delito de tráfico de drogas e a permanência em liberdade do acusado até o seu julgamento. Prisão provisória não deve ser a regra em qualquer caso de acusação por tráfico de entorpecentes, e decisões como a da Ministra Laurita Vaz do STJ, no entendimento de que a posse de droga, por si só, não justifica prisão preventiva, deveriam ser mais recorrentes.

No mais, é necessário que se garanta um melhor acesso a dados penitenciários com enfoque no gênero, servindo de base para a elaboração de políticas públicas efetivas, as quais devem contar com a colaboração das experiências daqueles mais afetados pelo sistema, dos grupos vulneráveis a quem recai diretamente o sistema criminal. Nesse sentido, deve-se garantir e ampliar a participação das mulheres no debate sobre políticas de drogas, especialmente das mulheres usuárias de drogas, e das encarceradas em razão do envolvimento com o tráfico. Direções para uma melhor política de drogas nós temos, elas só precisam ser implementadas.

Não há como admitir que o sistema proibicionista atual perdue no tempo, ele é um sistema prejudicial a todos, exceto para o núcleo econômico do narcotráfico, uma vez

que o “aparato repressivo do Estado só chega à ponta do negócio: a distribuição. A polícia não consegue mais do que prender jovens que o narcotráfico contrata para correr todos os riscos em seu lugar e/ou usuários que vendem para sustentar o próprio vício” (TEIXEIRA, 2014, p. 132), além das mulheres, muitas mulheres, historicamente vulneráveis e violadas em razão de seu gênero, violência esta que estamos permitindo que se propague cada vez mais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOITEUX, Luciana. **Controle Penal sobre Drogas ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. 2006. 273 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.

__. **Drogas e Cárcere: Prepressão às Drogas, Aumento da população Penitenciária Brasileira e Alternativas**. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Org. **Drogas uma Nova Perspectiva**. São Paulo:

IBCCRIM. 2014.

__. **Mujeres y encarcelamiento por delitos de drogas**. *Colectivo de Estudios Drogas y Derecho*, 2015. Disponível em <http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana_v08.pdf>.

Acesso em 20/07/2017.

__; CHERNICHARO, Luciana. **Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma Perspectiva Feminista Crítica**. 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Série Pensando o Direito, nº 51, Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodivm, 2015.

CARVALHO, Salo de, **A política Criminal de Drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006, [recurso eletrônico], 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FIORE, Maurício. O Lugar do Estado na Questão das Drogas: O Paradigma Proibicionista e as Alternativas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Org. **Drogas uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

FRUTUOSO, Igor. **A Mulher e o Poder Punitivo: o sistema penal e o cárcere como formas de negação e controle do feminino**. Brasília, 2011.

INFOPEN MULHERES – Junho de 2014. Disponível em <
<https://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-nobrasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em 20/07/2017

INFOPEN – Dezembro 2014. Disponível em < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal>>. Acesso em 20/07/2017.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. **O que Entendemos por “Feminização da Pobreza”?**. Centro Internacional da Pobreza, out. 2008, nº 58.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Alvares; Valente, Sílvio Eduardo.

Breves Considerações Sobre a Política Criminal de Drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Org. **Drogas uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

PANCIERI, Aline Cruvello; SILVA, Bruna Banchik Mota; CHERNICHARO, Luciana. **Mulheres**

Encarceradas, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas no Rio de Janeiro. VIII Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos. Faculdade de Direito, USP, São Paulo, SP, abr. 2014.

QUINTAS, Jorge. Estudos sobre os impactos da descriminalização do consumo de drogas em Portugal. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Org. **Drogas uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Criminologia e Feminismo**. In: CAMPOS, Carmen Hein de, Org. Criminologia e Feminismo. Porto Alegre: Sulina. 1999.

STERN, Vivien. **De la violencia a la violencia. La situación de las mujeres en prisión**.

In:

Discriminación y Género. Las Formas de la violencia. Encuentro Internacional sobre Violencia de Género. Caba, jun. 2010.

TEIXEIRA, Paulo. Uma nova estratégia para a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão, Org. **Drogas uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM. 2014.

TÓFOLI, Luís Fernando. Políticas de drogas e saúde pública. In: **Dossiê sur sobre drogas e direitos humanos**. Revista Sur, v. 12, n. 21, ago, 2015.

A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS EM CRIMES AMBIENTAIS

Geisa Mariah Bomfim Felício

Fernando Andrade Fernandes

Resumo: O presente estudo tem por objetivo analisar a divergência acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O meio ambiente é extremamente importante para a sobrevivência da humanidade e é essencial para a qualidade de vida. Por este motivo ele foi elevado à bem jurídico constitucionalmente tutelado, sendo considerado como crime as condutas e atividades lesivas cometidas por pessoas físicas ou jurídicas e que podem sujeitar-se a sanções penais e administrativas, além da responsabilidade por reparar os danos causados. O legislador constitucional estendeu a responsabilidade penal às pessoas jurídicas, como forma de coibir as condutas lesivas ao meio ambiente e punir os agentes delituosos. Muitas vezes os delitos ambientais são cometidos com fins econômicos, motivo pelo qual se tornam cada vez mais comuns e apresentam proporções e consequências gigantescas. Entretanto, apesar da aceitação da maioria da doutrina, ainda remanescem alguns doutrinadores que não admitem a responsabilização penal de pessoas jurídicas. Os favoráveis à responsabilização penal alegam que o ente jurídico é capaz de cometer o ilícito, pois ele foi criado pela vontade dos seus dirigentes, e as decisões tomadas por ele atingem não somente os dirigentes, mas o ente jurídico como um todo. Assim, se a pessoa jurídica pode sofrer sanções civis, ela também poderá receber sanções penais. Já os contrários a esta argumentação não admitem a sua responsabilização por crimes cometidos contra o meio ambiente uma vez que a pessoa jurídica é desprovida de vontade própria e tem caráter meramente fictício. Mediante tais divergências o presente estudo pretende analisar os argumentos contrários e a favor da responsabilização penal do ente jurídico utilizando artigos, doutrina e jurisprudência, fazendo uma análise dos crimes ambientais e da legislação em vigor. Assim, embora a controvérsia sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja um

tema recorrente, objeto de ampla discussão científica, nesta investigação o tema será focado especificamente em relação aos crimes ambientais, visando analisar se as específicas características de que se revestem, particularmente em relação à sua densidade axiológica, justificam a responsabilidade penal dos entes coletivos, ao ponto de contar com uma previsão a este respeito na Constituição Federal. A hipótese de que se parte é se as características específicas de um determinado ente, particularmente de natureza axiológica, são (também) argumentos a justificar a intervenção penal em se tratando de fatos imputáveis aos entes coletivos. Para tanto será utilizado tanto o método dedutivo como o indutivo, a partir da análise das diversas fontes que abordem o tema. Através do método sistemático e argumentativo será analisada a conduta da pessoa jurídica e sua capacidade de atuação de modo diverso, motivo pelo qual poderá sofrer uma sanção penal.

Palavras chaves: Responsabilidade Penal; Pessoa Jurídica; Meio Ambiente; Conduta;

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a divergência acerca da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O meio ambiente é extremamente importante para a sobrevivência da humanidade e é essencial para a qualidade de vida. Por este motivo ele foi elevado à bem jurídico constitucionalmente tutelado, sendo considerado como crime as condutas e atividades lesivas cometidas por pessoas físicas ou jurídicas e que podem sujeitar-se a sanções penais e administrativas, além da responsabilidade por reparar os danos causados.

O legislador constitucional estendeu a responsabilidade penal às pessoas jurídicas, como forma de coibir as condutas lesivas ao meio ambiente e punir os agentes delituosos. Muitas vezes os delitos ambientais são cometidos com fins econômicos,

motivo pelo qual se tornam cada vez mais comuns e apresentam proporções e consequências gigantescas.

Entretanto, apesar da aceitação da maioria da doutrina, ainda remanescem alguns doutrinadores que não admitem a responsabilização penal de pessoas jurídicas. Os favoráveis à responsabilização penal alegam que o ente jurídico é capaz de cometer o ilícito pois ele foi criado pela vontade dos seus dirigentes, e as decisões tomadas por ele atingem não somente os dirigentes, mas o ente jurídico como um todo. Assim, se a pessoa jurídica pode sofrer sanções civis, ela também poderá receber sanções penais. Já os contrários a esta argumentação não admitem a sua responsabilização por crimes cometidos contra o meio ambiente uma vez que a pessoa jurídica é desprovida de vontade própria e tem caráter meramente fictício.

Mediante tais divergências o presente estudo pretende analisar os argumentos contrários e a favor da responsabilização penal do ente jurídico. Assim, embora a controvérsia sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja um tema recorrente, objeto de ampla discussão científica, nesta investigação o tema será focado especificamente em relação aos crimes ambientais, visando analisar se as específicas características de que se revestem justificam a responsabilidade penal dos entes coletivos, ao ponto de contar com uma previsão a este respeito na Constituição Federal.

A hipótese de que se parte é se as características específicas de um determinado ente, particularmente de natureza axiológica, são (também) argumentos a justificar a intervenção penal em se tratando de fatos imputáveis aos entes coletivos. Para tanto será utilizado tanto o método dedutivo como o indutivo, a partir da análise das diversas fontes que abordem o tema. Através do método sistemático e argumentativo será analisado a conduta da pessoa jurídica e sua capacidade de atuação de modo diverso, motivo pelo qual poderá sofrer uma sanção penal.

2. CONCEITO DE CRIMES AMBIENTAIS E A TUTELA PENAL

O meio ambiente é indispensável para a vida humana, e tanto a sua manutenção como sua proteção são temas atuais e recorrentes, que atraem olhares de diversas pessoas

e entidades com diferentes interesses. O homem depende da natureza desde o seu surgimento e além de explorá-la deve cuidar e manter não somente para si, mas para toda a coletividade e também para as futuras gerações.

Desde o momento em que o homem desenvolveu técnicas para plantio e colheita, o meio ambiente se tornou uma das suas principais fontes de subsistência. Começa assim a dominação das técnicas de agricultura, pecuária e pesca. Porém, a exploração da terra em tempos remotos era realizada em escala menor, e podemos listar como causa o baixo número populacional, uso de ferramentas rudimentares e de difícil manuseio.

Mas com o início da Revolução Industrial¹, o homem deixa de depender da vulnerabilidade da natureza, e começa a explorá-la em larga escala, desenvolvendo técnicas mais modernas de agricultura, utilizando fertilização e pesticidas, tudo para maximizar a produção no menor espaço e tempo possível. Neste momento, o meio ambiente deixa de ser um recurso natural e passa a ser um objeto de exploração.

Com a modernidade veio também o uso desregrado desses recursos. Empresas e agricultores exploravam sem consciência todos os recursos naturais, como se fossem renováveis em curto prazo. Porém o tempo provou que não são. A natureza não se renova com a mesma rapidez na qual é explorada, e ela também não se limpa e se reequilibra de modo rápido.

... a sempre abundante oferta de recursos naturais levou a considerá-los como bens livres e gratuitos. Entretanto, a partir do momento em que o crescimento populacional e o desenvolvimento econômico alcançaram grandes proporções, tornou-se evidente que os recursos naturais, essenciais à existência humana, são finitos. (BUSQUÊ, 2012, p. 35)

Assim o mundo começa a se preocupar com o meio ambiente, e percebe que a poluição, desmatamento e degradação devem ser evitados, para que a qualidade de vida

¹ A Revolução Industrial é considerada o período de transição para novos processos de manufatura, substituindo os trabalhos artesanais pelos assalariados e com uso de máquinas, que ocorreu entre os anos de 1760 e 1840.

se mantenha e também para que não se esgotem todos os recursos naturais. Começa assim o controle das atividades exploratórias e a punição de quem viola tais preceitos.

Mesmo assim, o que se verifica nas últimas décadas é que os danos ambientais são cometidos em grande escala e principalmente por empresas que não medem esforços para se desenvolverem economicamente, mesmo que para isso destruam o bioma.

Interessante notar que em 1985 o sociólogo alemão Ulrich Beck (BECK, 2011) previu a mudança da sociedade industrial para a sociedade de risco, na qual se verifica que os danos que se causam ao meio ambiente são universais, irreversíveis e atingem a todas as pessoas indistintamente, independentemente de classe social e faixa etária, assim como também as todas as gerações futuras. Ou seja, os danos extrapolam as realidades individuais e as fronteiras territoriais e temporais.

Para o sociólogo os riscos são uma antecipação de catástrofes, criadas pela ação humana. Ninguém de sua consciência nega que a própria vida em sociedade é um risco, pois não é possível uma sociedade sem riscos, de igual forma ninguém pode negar que o dia-a-dia implica a criação de novos riscos e o incremento de outros, isso como resultante da nova realidade socioeconômica e cultural dos novos tempos, decorrentes dos avanços tecnológicos da modernidade, sobretudo, do eletrônico, da informática etc.

Nesta moderna sociedade de risco, aprendemos que o meio ambiente é um direito difuso, supraindividual e coletivo, pertencente a toda a humanidade, cabendo à todos a sua proteção e preservação, pois os riscos que cada um cria para o meio ambiente afetará toda a humanidade de alguma forma.

Neste contexto em que a sociedade percebe a importância do meio-ambiente leis são criadas e alteradas para que sua proteção seja efetivamente realizada. O Direito Penal se altera para proteger este bem jurídico abstrato, pois ele não pode somente resguardar os direitos individuais. Neste ponto, todos os riscos que não são socialmente permitidos e que são incrementados devem ser evitados e punidos.

Inicialmente, o meio ambiente passa a ser uma garantia constitucional de todos. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo n. 225 (BRASIL, 1988), preceitua que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo de uso comum

do povo e indispensável à qualidade da vida, e é dever não só do Poder Público, como de toda a coletividade a sua defesa e proteção.

O Direito Ambiental Constitucional apresenta duas vertentes: por um lado, o efeito negativo, no sentido de não se destruir o meio ambiente, devendo-se sempre buscar sua preservação; e, de outro, o dever positivo de atuação perante outras pessoas, físicas ou jurídicas (de direito público ou privado), para que se abstenham em favor do meio ambiente, surgindo o Direito Penal como um instrumento coercitivo frente à ineficácia de outros meios de proteção ambiental. (FIORILLO, 2012, p. 21)

Desta forma, são considerados crimes ambientais todas aquelas condutas que causem poluição de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em danos à saúde ou que provoque a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

A agressão ambiental é um tipo de crime ambiental no momento em que ela ultrapasse os limites legalmente permitidos, ou seja, desde que não incremente ou crie riscos que não são aceitos. Para que se caracterize um crime ambiental há a necessidade de tipificar a infração, enquadrando a intensidade da agressão (risco) aos parâmetros legais. Porém tais agressões não decorrem somente de condutas isoladas, e sim como resultado, na maioria das vezes, de atividades exploratórias de grandes empresas.

O direito penal ambiental é autorizado pela norma constitucional a criar normas de criminalização, conforme vemos no artigo 225, parágrafo 3º, que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e sadia qualidade de vida. Nele há um mandamento expresso de criminalização no momento em que o dispositivo determina que *“as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”* (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo não somente autoriza, como vincula o legislador à produção de normas que protejam o meio ambiente, sob um sistema jurídico penal. A determinação

constitucional não define a conduta incriminadora, não estabelece sanção, mas apenas define de forma geral, aquilo que se deve ser considerado crime.

Para o direito ambiental, todos os riscos não socialmente aceitos são considerados crimes, pois a necessidade de proteção é do meio ambiente como um todo, e não somente uma parte sua. A tutela penal ambiental se adapta ao direito penal tradicional por diversos meios, como por exemplo com a Teoria da imaterialidade de alguns bens supraindividuais, na qual os bens imateriais transindividuais servem de escudo para os individuais (FIORILLO, 2012, p. 25).

Também para ajudar a tutela penal do meio ambiente, surgiu a teoria que possibilita a existência da culpabilidade da pessoa jurídica na prática destas infrações penais, também conhecida como teoria da dupla imputação, na qual imputa-se a conduta não somente à pessoa jurídica, mas também à pessoa física responsável por ela. Em relação ao problema da imaterialidade ou transcendência dos bens supraindividuais, a doutrina estrangeira vem dando diferentes respostas, como com a teoria da imputação objetiva e a criação de crimes de perigo abstrato.

Nossa Magna Carta (BRASIL, 1988, art. 225, § 3º) define a tríplice responsabilidade tanto da pessoa jurídica como da física, estabelecendo sanções administrativas, civis e penais, que podem ser aplicadas cumulativamente.

A lei n. 9.605/98 (BRASIL, 1998) traz ordenados todos os crimes ligados ao meio ambiente, consolidando as penas não somente para os cidadãos comuns, como também para as pessoas jurídicas que cometem crimes ambientais.

Importante notar que antes da criação da lei acima, a proteção ao meio ambiente era muito desafiadora, pois as leis anteriores eram esparsas e de difícil aplicação, e muitas vezes não havia coerência entre os diversos mandamentos que regulamentavam a punição criminal. Com o surgimento da lei a proteção ao meio ambiente ficou mais centralizada, apresentando as penas uma uniformização e gradação adequadas e as infrações são definidas com maior clareza.

Também se tornam crimes ambientais as condutas que ignoram normas ambientais, mesmo que não ocorram danos ao meio ambiente, e as penas passam a ser

aplicadas conforme a gravidade da infração, ou seja, quanto mais reprovável a conduta, maior o risco criado, mais severa será a punição.

Com o advento da lei, os crimes ambientais são divididos em cinco tipos diferentes: os crimes contra a fauna (art. 29 a 37, que são não somente aquelas agressões cometidas contra animais, mas também contra seu habitat natural); crimes contra a flora (art. 38 a 53, que são aqueles que causam dano ou destruição da vegetação); de poluição e outros crimes ambientais (art. 54 a 61, que são as atividades humanas que produzem poluentes acima do limite estabelecido em lei); crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (art 62 a 65, pois para a lei meio ambiente não limita apenas aos elementos naturais, e protege também os artificiais); e crimes contra a administração ambiental (art.66 a 69-A, que incluem afirmações falsa ou enganosas, bem como sua sonegação ou omissão e também ações realizadas com a intenção de dificultar ou obstruir a fiscalização do Poder Publico) (BRASIL, 1988).

Cumprе ressaltar as características peculiares do direito penal ambiental

dentre as quais destacamos a prospecção ou caráter preventivo (e não apenas retrospectivo/repressivo, isto é, que surge somente após o dano), o que leva à antecipação da tutela penal, vale dizer à criação de crimes de perigo concreto e, principalmente, de perigo abstrato, de mera conduta, de normas penais em branco, à existência de elementos normativos) dos tipos (para a caracterização dos delitos ambientais), etc (FIORILLO, 2012, p. 17)

Importante ressaltar o caráter preventivo da lei de crimes ambientais, pois seguindo uma tendência mundial referente às normas de punição destes crimes, a lei tenta evitar danos irreversíveis ao meio ambiente e também priorizou a reparação de eventuais danos causados a partir da conduta tipificada.

Com este forte caráter preventivo e de ressocialização, a lei demonstra o compromisso da adoção de medidas alternativas à privação de liberdade, substituindo-se a pena de prisão pela restritivas de direitos. Assim também as infrações de menor

potencial ofensivo podem sofrer aplicação imediata das penas restritiva de direitos ou multa. Nota-se também a preocupação social da referida lei, uma vez que o baixo grau de escolaridade ou instrução do agente é causa que atenua a pena (BRASIL. Lei 9.605, 1998, art. 14, inc. I).

Cometido um crime ambiental, o instrumento jurídico apropriado para a proteção do meio ambiente é a ação civil pública (BRASIL, Lei. 7.347, 1985). O objetivo da ação é a reparação do dano onde ocorreu a lesão dos recursos ambientais. Podem propor esta ação o Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estado, Município, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações com finalidade de proteção ao meio ambiente.

Importante ressaltar que o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio*, sempre atento às mudanças sociais da modernidade, adequando-se as novas realidades. Por isso ele deve ser atuante frente à criminalidade empresarial contra o meio ambiente, uma vez que o direito tenta proteger bens que dizem respeito à toda a coletividade. Diante deste cenário, a lei deixa explícita a punibilidade tanto de pessoas físicas como de pessoas jurídicas.

A Lei n. 9.605/98, no entanto, adotou a teoria da realidade, adaptando-se aos preceitos constitucionais para atender à necessidade de prevenção e repressão dos delitos que atingem bens jurídicos ambientais, sobretudo diante do incremento dos danos causados e dos crimes cometidos no âmbito das empresas. (FIORILLO, 2012, p. 36)

Mesmo a lei não determinando expressamente a competência para analisar e julgar os delitos e crimes ambientais, a norma constitucional já determina que é de responsabilidade comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal a proteção do meio ambiente e o combate à poluição (Brasil, 1988).

3. A PESSOA JURIDICA E O MEIO AMBIENTE

Conforme observamos, o meio ambiente é extremamente importante, pois além de propiciar uma boa qualidade de vida, muitos segmentos da sociedade dependem dele para sua subsistência. Não há necessidade de reiterar o uso que as pessoas fazem da natureza, porém o que pretendemos analisar agora é a relação entre ela e as pessoas jurídicas.

Inegável é que há segmentos da indústria que exploram diretamente a natureza. E muitas vezes estas indústrias interferem diretamente no meio ambiente para poder praticar suas atividades. Podemos citar como exemplos o setor calçadista, que utiliza couro de animais para a confecção de sapatos. Há também os segmentos de alimentação, com plantações de grãos. O próprio combustível que é utilizado em carros depende exclusivamente da natureza, seja por meio da extração do petróleo, ou pelo cultivo, como no Brasil, da cana-de-açúcar.

Na sociedade moderna a produção em larga escala de bens de consumos, em sua grande maioria, são realizados por empresas. As empresas podem ser grandes e ter um grande impacto social e ambiental, gerando emprego para várias pessoas e alterando a natureza ao seu redor para sua devida exploração.

Vários são os casos de desmatamento de áreas de floresta para o plantio ou criação de gado, inundação de grandes áreas para construção de usinas hidroelétricas, escavação em minas para extração de pedras preciosas e outros diversos exemplos.

A humanidade continua sem ter praticamente nenhum conhecimento do impacto que causa no meio ambiente. Para comprar um simples pacote de macarrão, houve a necessidade de movimentar não somente a fabricante deste pacote como também as empresas que distribuem os ingredientes, ou seja, foi acionada a empresa que fabrica a farinha de trigo, que por sua vez acionou o produtor rural que plantou o trigo. Esta cadeia de dependência pode ser enorme, variando de acordo com o que cada pessoa compra.

Com a globalização e a facilidade de transporte de pessoas e produtos, a exploração de riquezas tomou grandes proporções, e uma das maiores responsáveis por

estas explorações são os conjuntos de pessoas que se afiliaram para um fim em comum, as pessoas jurídicas.

Empresas são, em sua grande maioria, os únicos meios que sem tem para adquirir determinados produtos, e por este mesmo motivo, não se pode alegar que os atos praticados por empresas não sejam socialmente relevantes, e que não podem ser denominado de atos de qualquer maneira, pois como muitos afirmam, pessoa jurídica não pode agir, não pode ter um movimento corporal voluntario que causa modificação no mundo exterior (CAPEZ, 2012, p. 124).

Tem-se um problema complexo quando se questiona esta capacidade ou não que a pessoa jurídica tem de ação, principalmente no âmbito penal, considerando-se as teorias do delito e da ação, na perspectiva finalista, quando o que mais importava era a intenção do agente de modificar o mundo exterior. O que não se pode é negar que as pessoas jurídicas causam uma alteração no mundo exterior, sendo esta alteração um movimento, voluntário ou não. Muitas destas alterações são nocivas e causam a poluição, o que deve ser observado pelo direito penal.

Se levarmos em consideração uma reflexão filosófica do conceito ação, vemos que a mesma não pode ser considerada somente a partir do sujeito que pratica um ato, e sim como algo que transmite um significado, algo que será interpretado pela sociedade. Busato (BUSATO, 2010, p. 147) afirma que o conceito de ação não pode ser visto como um conceito ontológico, pois não está fundamentada no ser naturalista. Para ele ação não pode ser vista somente com algo que os homens fazem, que esta localizada no plano da intenção subjetiva e individual, pois muitas vezes a finalidade subjetiva não é suficiente para delimitar o significado atribuído às ações.

A ação deve ser vista pela ideia da interpretação, e seu sentido não se projeta de dentro da mente do individuo para fora, e sim de fora para dentro, ou seja, da vida social para a mente do individuo. Assim a finalidade subjetiva, a vontade de agir, não é o que deve ser analisado no conceito de ação para o direito penal, e sim o significado social desta ação. Ela passa a ser considerada como interpretação que pode ser atribuída ao comportamento, de acordo com as regras sociais.

Sendo a ação algo que transmite um significado, algo que é concebido como interpretações que podem ser dadas ao comportamento humano, serão penalmente punidas aquelas ações que contenham um significado de não observação da norma, seja ela um movimento voluntário, ativo, ou omissivo.

Ora, se a ação de um ser humano tem um significado, as decisões de uma empresa que modificam o mundo exterior também podem ser tidas como ação. O que deve ser observado é o significado da ação. Assim, uma pessoa jurídica que não observa as normas de segurança ambiental, que polui o meio ambiente, também pratica uma ação, pois inegável é que tais atitudes significam alguma coisa para a sociedade.

A sociedade não aceita derramamento de petróleo no oceano, queimada de florestas, poluição dos mares, vazamento de partículas tóxicas e cancerígenas no ar. Todas estes fatos significam algo socialmente, significam a deterioração do meio ambiente, a diminuição da qualidade de vida das pessoas, o aumento do acometimento de doenças. Se tudo isso significa algo socialmente, algo que é reprovado, não se pode afirmar que não sejam ações.

Assim, todas as decisões de empresas que venham a causar qualquer uma das situações acima descritas, serão consideradas ações, principalmente pelo significado que têm para a sociedade. E se significam algo para a sociedade, se criam um risco ou incrementa um que é aceitável, devem ser penalmente responsabilizadas.

Se utilizarmos nestes casos o pensamento dedutivo, partimos do geral de que todos os atos praticados por quaisquer pessoas são considerados ação, e o direito penal considera como ação os atos praticados que signifiquem o descumprimento de uma determinada norma ou regra, e que modifiquem o mundo. Se aplicarmos esta visão geral ao individual, não se nega que uma única pessoa que pratique uma ação que mude o meio ambiente, desrespeitando uma norma deve ser penalmente punida. Se mudarmos somente o agente que praticou essa ação, sendo uma pessoa jurídica, a mesma penalidade logicamente se aplicará. Se a norma vale para todos, deve valer também para os entes coletivos.

4. REPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURIDICA EM CRIMES AMBIENTAIS

Conforme visto anteriormente, os atos praticados por uma pessoa jurídica têm um significado socialmente relevante. Não podemos ignorar que as práticas empresariais causam impacto não somente na vida humana, como também no meio ambiente.

Uma pessoa jurídica que não cumpre com o seu dever de inspecionar corretamente suas instalações, e por isso causa poluição e desastres na natureza tem responsabilidade pelos seus atos, independentemente de ser uma ficção jurídica e não poder praticar os atos de poluição com “suas próprias mãos”.

Assim, se uma pessoa jurídica é capaz de agir e causar poluição, ela também deve ser capaz de sofrer as consequências de seus atos e ser penalizada.

Desde o direito romano eram concedidos direitos subjetivos a alguns conjuntos de pessoas, fazendo-se a distinção entre os direitos e deveres do conjunto de pessoas e dos membros que as compunham. Mas estas corporações só começaram a ter certa importância econômica e política na Idade Média. Os glosadores² (SANTOS. 2001, p. 106) da época iniciaram a discussão daquilo que viria a ser a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

Em algum momento a igreja reelabora a questão das entidades formadas por várias pessoas, e sustentam que os titulares dos direitos eclesiásticos não são os membros da comunidade religiosa, mas sim Deus, na figura de seu representante terrestre, nascendo assim o conceito de instituição eclesiástica que são sujeitos de direitos e obrigações, diferente do conceito definido pelos glosadores.

Neste momento tem-se pela primeira vez a distinção entre o conceito de pessoa jurídica e de pessoa humana. Neste rompimento inicia-se a origem de pessoa jurídica, que por ficção passou a ter capacidade jurídica, sendo assim um ser capaz porém sem alma.

² Antigos gramáticos e juristas que comentavam textos legais por meio de glosas. (SANTOS. 2001, p. 106)

Todos os institutos da igreja foram reputados entes ideais, fundados por uma vontade superior. Assim, qualquer ofício eclesiástico, dotado de um patrimônio, é tratado como uma entidade autônoma, e a cada novos ofícios criados correspondem outras tantas entidades independentes. Desse conceito surge o de uma fundação também autônoma, como o *pium corpus, o hospitalis e a sancta domus*. A *universitas* passa a representar um *corpus mysticum, um nomem iuris*. (LOPES, 1996, p. 359)

Os pós-glosadores tinham uma concepção semelhante aos religiosos, entendendo que a corporação ou conjunto de pessoas era fictícios, e tinham a capacidade de praticar delitos, fundamentando tal entendimento na necessidade que havia de responsabilizar penalmente as corporações, o que era uma medida inevitável à prática da vida estatal e eclesiástica da Idade Média.

Com o nascimento do Iluminismo o autoritarismo estatal perde sua influência e altera o modo de pensar da época. Assim a responsabilidade coletiva torna-se incompatível com as liberdades e direitos adquiridos pelos indivíduos, por meio de conquistas democráticas e burguesas que ocorreram durante a revolução francesa (HOBSBAWM. 2003).

A mudança filosófica acerca do indivíduo, da sociedade e estado conduziu a um entendimento acerca da responsabilidade individual em prejuízo da responsabilidade coletiva. Atualmente, a necessidade da vida em sociedade a fez criar grupos de pessoas com certos objetivos em comum, com a finalidade de facilitar esta convivência, tornando-se necessária a atribuição de personalidade a estes agrupamentos para que não haja confusão entre o grupo de pessoas e os indivíduos, que muitas vezes podem ter diferentes intenções.

Assim, temos que pessoas jurídicas

São aquelas, que não nascendo da natureza, como pessoa natural, resulta, de uma ficção jurídica, uma criação imaginária da lei, do

direito: primeira teoria (representação): É atribuída à pessoa jurídica, não a personalidade verdadeira, mas uma representação da personalidade consubstanciada no órgão representativo dessa pessoa fictícia; segunda teoria (personificação): A atribuição é dada a personalidade do próprio ente fictício, criação deliberativa do legislador. (SANTOS, 2001, p. 187)

Pessoa jurídica é um sujeito de direito criado artificialmente com um objetivo comum, e sua finalidade deve ser lícita, evitando assim o seu uso pelos dirigentes para fins ilegais, que caso ocorra, deverá gerar a sua exclusão da corporação.

Sua classificação se divide em Pessoa Jurídica de Direito Público, que podem ser internas (União, Estados, Municípios entre outras entidades de caráter público criadas por lei) e externo (Estados estrangeiros e aquelas regidas pelo Direito Internacional) e Pessoa Jurídica de Direito Privado (que é a vontade humana das pessoas se unirem).

A Constituição Federal previu em seu art. 225, § 3º, a tríplice responsabilidade ambiental do poluidor, que pode ser tanto a pessoa física como a pessoa jurídica, ou seja, a pessoa poluidora poderá sofrer uma sanção administrativa aplicada em decorrência da responsabilidade administrativa, uma sanção civil em decorrência da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente, e por fim a sanção penal por conta da responsabilidade penal.

A infração administrativa ambiental ou responsabilidade administrativa é a que resulta da não observação de uma norma da administração estabelecida em lei, regulamento ou até mesmo por contrato. Ela impõe um ônus para as partes que a descumprirem e é independente das demais responsabilidades, sendo de caráter pessoal, e nem sempre é de execução personalíssima, caso em que pode transmitir-se aos sucessores do infrator, quer sejam pessoas físicas ou jurídicas, como ocorre com as multas e encargos tributários.

A administração pública sempre deverá ser regida pelos princípios da legalidade, moralidade, eficiência, impessoalidade, publicidade, segurança pública e interesse jurídico, principalmente ao se tratar da tutela administrativa ambiental, em razão do valor

do objeto a ser protegido e da relevância dos interesses socioeconômico envolvidos. Vale lembrar que o meio ambiente é um bem essencialmente difuso, de interesse comum e possui valores intangíveis e imponderáveis.

Segundo Fiorillo:

Sanções administrativas são penalidades impostas por órgãos vinculados de forma direta ou indireta aos entes estatais (União, Estados, Municípios e mesmo Distrito Federal), nos limites de competências estabelecidas em lei, com o objetivo de impor regras de conduta àqueles que também estão ligados à Administração no âmbito do Estado Democrático de Direito. (FIORILLO, 2009, p.80).

Assim a responsabilidade administrativa tem a finalidade de obrigar os órgãos citados acima a preservar os bens ambientais para as próximas gerações.

Na esfera civil, haverá a responsabilidade ambiental do agente infrator quando o mesmo deixa de cumprir o dever de proteger o meio ambiente, como nos casos em que não adota as precauções necessárias para a prevenção de danos, e sua negligencia causa lesão ou ameaça de lesão a integridade do bem jurídico ambiental.

A responsabilidade por dano ambiental é objetiva em razão da importância dos bens tutelados, sendo independente da existência de culpa do agente. Porém tanto as repressões ocorridas na esfera civil como na administrativa não provoca os efeitos esperados, motivo pelo qual o Direito Penal procura uma forma mais rígida de repressão.

A responsabilidade penal nada mais é do que a obrigação de sofrer castigo ou sanção penal imposta ao agente poluidor, e seu fundamento á a imputabilidade ao ato criminoso, a indicação do agente a quem se deve atribuir esta responsabilidade.

Conforme visto anteriormente, nossa Carta magna sujeita qualquer infrator às sanções penais ambientais, seja ele pessoa física ou jurídica, ficando a cargo do legislador definir e fixar os tipos de sanções adequadas.

No intuito de preservar o meio ambiente definido com o direito fundamental do cidadão, o legislador infraconstitucional elaborou a Lei 9.605/98, implementando a forma mais severa de punição de nosso ordenamento através da sanção penal.

Em se tratando de responsabilidade penal da pessoa jurídica que comete um ilícito a situação se torna peculiar, pois no direito penal a pena não pode passar da pessoa do delincente, e a natureza da pessoa jurídica é coletiva.

Por este motivo parte da doutrina defende que a pessoa jurídica não comete crime, primeiro por que a culpa tem fundamento na consciência potencial da ilicitude do ato praticado e segundo por que a imputabilidade é individual. E por não ser a pessoa jurídica dotada de consciência, lhe falta uma característica eminentemente humana, sendo incapaz de delinquir.

Porém algumas considerações devem ser feita acerca desta consciência.

a pessoa jurídica possui vontade, não somente porque tem existência real, não constituindo mito, mas porque “elas fazem com que se reconheça, modernamente, sua vontade, não no sentido próprio que se atribui ao ser humano, resultante da existência natural, mas em um plano pragmático-sociológico, reconhecível socialmente. Essa perspectiva permite a criação de um novo conceito denominado ‘ação delituosa institucional’ ao lado das ações humanas individuais”. Ainda que não tivesse vontade própria, passível de reconhecimento através do dolo e da culpa, é preciso destacar existirem casos de responsabilidade objetiva no direito penal. (NUCCI, 209, p. 877)

Vale ressaltar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica não é aceita pelo sistema jurídico pacificamente, residindo ainda muita controvérsia quanto ao assunto. E grande parte do inconformismo da doutrina penal clássica se baseia no fato de não haver ação humana na pessoa jurídica.

Independentemente do que acha a doutrina, a lei de crimes ambientais, em seu artigo 3º da que regulamentou o instituto em nosso ordenamento jurídico, e prevê a

responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, e não relaciona o termo “conduta” no momento em que menciona tal responsabilidade. Ademais o parágrafo 3º do artigo 225 da constituição se refere às atividades da pessoa jurídica, e não a conduta, que seria reservada à pessoa física.

Assim está claro que a constituição, bem como a legislação infraconstitucional, responsabiliza efetivamente a pessoa jurídica por crimes ambientais cometidos por suas atividades, afastando a discussão relativa à capacidade ou incapacidade de um ente coletivo praticar certa conduta ilícita, bastando apenas que ele exerça determinada atividade, em determinado momento, causando um dano ambiental.

Certamente que, para a punição da pessoa jurídica, não se poderá trabalhar com as tradicionais noções de culpabilidade, tipicidade e ilicitude, que se referem à conduta individual da pessoa humana. Na nova lei de crimes ambientais, a estrutura tradicional da teoria do delito foi preservada, mas a responsabilidade recebeu ampliação para alcançar a pessoa moral. *A responsabilidade penal dos entes coletivos não pode ser entendida à luz da responsabilidade penal tradicional, baseada na culpa, na responsabilidade individual, subjetiva, mas deve ser entendida à luz de uma responsabilidade social.* A pessoa jurídica age e reage através de seus órgãos, cujas ações e omissões são consideradas como da própria pessoa jurídica. Dessa forma, não é necessário rebater um por um os argumentos desenvolvidos pelos que entendem não ser possível a sua responsabilização, pois que o ponto de partida é distinto. (FIORILLO, 2012, p. 34)

No mais também sustentam que se a pessoa jurídica é detentora de direitos e obrigações separadamente de seus sócios dirigentes e possui personalidade distinta destas mesmas pessoas, então ela pode expressar vontade coletiva, tornando-se assim possível a tipificação de conduta, a caracterização de personalidade e a individualização da pena.

Ainda sobre as discussões em torno da responsabilidade penal da pessoa jurídica, duas teorias foram criadas: 1) teoria da ficção, de Savigny, segundo a qual a pessoa jurídica não seria dotada de capacidade de ação (consciência e vontade), característica inerente apenas à pessoa física, único sujeito ativo possível de delito; 2) teoria da realidade, orgânica ou da personalidade real, concebida por Otto Gierke, que atribui à pessoa jurídica autonomia, vontade e capacidade de ação. A Lei n. 9.605/98, no entanto, adotou a teoria da realidade, adaptando-se aos preceitos constitucionais para atender à necessidade de prevenção e repressão de delitos que atingem bens jurídicos ambientais, sobretudo diante do incremento dos danos causados e dos crimes cometidos no âmbito das empresas. (FIORILLO, 2012, p. 36)

Importante notar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais não exclui a responsabilidade da pessoa física, adotando deste modo a teoria de dupla imputação, que consiste na responsabilização criminal não apenas da pessoa jurídica, mas também a da pessoa física que agiu em seu nome, permitindo assim a responsabilidade simultânea tanto da pessoa física como da jurídica.

Outro tema importante abordado na lei ambiental em questão trata da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, conforme disposto no artigo 4º que informa que *poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados a qualidade do meio ambiente* (BRASIL, 1988).

Assim, a distinção e separação entre o ente coletivo e seus membros, estabelecidas pela lei, serão desconsideradas quando a personalidade da pessoa jurídica for utilizada como resguardo da fraude e abuso de direito.

A pena não passará da pessoa do delinquente. Logo não se poderia *desconsiderar* a pessoa jurídica, buscando-se o ressarcimento *penal* diretamente dos sócios [...] Se a pessoa jurídica, no entanto, em razão do ilícito penal, ficar obrigada a repará-lo civilmente, há possibilidade

de se desconsiderar a pessoa jurídica, voltando-se a cobrança dos sócios, conforme o caso. Deste modo, atinge-se direta, pessoal e ilimitadamente o patrimônio dos sócios da empresa condenada criminalmente, desde que provada a fraude na utilização da independência patrimonial. (NUCCI, 2009, p.882)

No mais, responsabilizar penalmente é o mesmo que imputar autoria de um crime que deverá ser punido com uma sanção, e fazer com que o delinquente responda pelos seus atos que violaram uma lei penal.

A aplicação da lei penal à pessoa jurídica não deve ser feita da mesma forma que se faz com a pessoa física, pois é impossível uma pena restritiva de liberdades para uma empresa, não tendo assim qualquer tipo de aplicabilidade. Porém

a lei que disciplina os crimes ambientais estabeleceu no art. 21 as sanções próprias aplicáveis às pessoas jurídicas, em atendimento às suas peculiaridades. Além do art. 10 da referida lei, que impõe como interdição temporária de direitos *a proibição de contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos*, previsão bastante eficaz e atemorizante para as grandes empresas que desejam negociar com o Estado. (FIORILLO, 2012, p. 37)

Assim, como sanções típicas temos as penas de multa, restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade. Já os crimes de menor potencial ofensivo estão regulamentados nos artigos 27 e 28 da lei, e também na lei dos juizados especiais, sendo possível a possibilidade de transação penal e também a declaração da extinção da punibilidade diante da constatação da reparação ambiental.

A reparação do dano ambiental encontra seu maior respaldo no princípio do poluidor-pagador. Importante notar que tal princípio

Não traz como indicativo “pagar para poder poluir”, “poluir mediante pagamento” ou “pagar para evitar a contaminação”. Não se podem buscar através dele formas de contornar a reparação do dano... O seu conteúdo é bastante distinto. Vejamos. Podemos identificar no princípio do poluidor-pagador duas órbitas de alcance: a) busca evitar a ocorrência de danos ambientais (*caráter preventivo*); e b) ocorrido dano, visa à sua reparação (*caráter repressivo*). (FIORILLO, 2012, p. 59)

A reparação ambiental é um princípio geral sobre o dano ambiental e encontra respaldo no artigo 225, §3º da Constituição Federal, sendo um reflexo da necessidade de reparação do dano ambiental causado.

Caso não seja possível o retorno do meio ambiente ao *status quo ante*, ou sua substituição por outro, deverá o infrator a sanção de indenização, que atua como forma de compensar o dano ecológico.

Vemos assim uma hierarquia de prioridades estabelecida pela legislação, na qual primeiro tenta-se recuperar o bem lesado ou substituí-lo por outro equivalente, e caso isso não seja possível a indenização será aplicada. Ou seja, a legislação tenta primeiro proteger o meio ambiente, tentando retornar ao seu estado anterior, privilegiando a prevenção dos danos ecológicos.

Importante notar que após ocorrida a poluição, o meio ambiente nunca mais voltará a ser o mesmo, pois não é possível que o infrator consiga restaurar tudo de forma a ficar igual ao que estava. Por isso a necessidade tão grande de privilegiar a prevenção de danos.

Ademais a necessidade de prevenção também vem do fato de ser muito difícil e complexo quantificar em valores o dano ambiental. É praticamente impossível colocar em cifras o quanto vale a água potável, ou o ar puro se respira, e tratar o meio ambiente como valor monetário é mais uma vez rebaixa-lo à situação de coisa.

Assim, optar sempre pelo equilíbrio ecológico é a finalidade do direito do ambiente, sua orientação fundamental, uma síntese do seu fundamento dogmático. Por esta razão quando já acontece o dano, o melhor é que seja feita a recuperação ambiental do que a indenização em dinheiro.

Produzido o dano então, primeiro é necessário saber se este é recuperável e possível de fazê-lo. A reparação somente será completa caso, suprimindo o dano, o meio ambiente possa retornar à situação anterior, se dentro do sistema ecológico há capacidade de auto regeneração. se ele conseguir, será procedida sua recuperação, e caso esta não seja possível ou seja parcial, subsidiariamente será aplicada a indenização pecuniária.

Portanto caso uma empresa viole o meio ambiente estará violando uma norma ambiental, sua atitude significa algo para a sociedade, significa a não observação das normas e o desrespeito ao meio ambiente, e diante da necessidade de prevenção de danos, será possível sua penalização, não importando qual seja a corrente doutrinária majoritária em relação a este assunto.

5. PUNIÇÃO DA PESSOA JURÍDICA E SUA EFETIVIDADE

Conforme visto anteriormente, a pessoa jurídica é sim capaz de cometer ilícitos penais, e por isso ser penalmente responsável caso polua o meio ambiente. Porém também deve ser verificado se essa responsabilização é capaz de prevenir futuros ilícitos.

Não há como negar que a fiscalização ambiental brasileira é muito frágil pela sua falta de estrutura, e por ser o Brasil um país imenso e dos mais megadiversos

deixar a ação preventiva e repressiva apenas na esfera administrativa e por conta apenas dos órgãos ambientais é relegar a proteção do meio ambiente à falta de efetividade. Ao contrario, agentes do Ministério Público e juízes, com suas garantias constitucionais e plena autonomia no exercício de suas funções, podem exercer, com os poderes da Lei Penal Ambiental, um papel relevante na preservação do meio ambiente. (FREITAS, 2012, p. 25)

Responsabilizar penalmente a pessoa jurídica pela infração ambiental é um instrumento de política criminal que tem a capacidade de concretizar o princípio ambiental da prevenção, que determina a necessidade de medidas que visem afastar ou minimizar os danos causados ao meio ambiente, garantindo assim a sadia qualidade de vida das gerações humanas e da natureza, antecipando-se ao processo de degradação ambiental com riscos e impactos já conhecidos pela ciência.

Além disso, a efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. [...]

Uma legislação severa que imponha multas e sanções mais pesadas funciona também como instrumento de efetivação da prevenção. (FIORILLO, 2013, p. 68)

Esses delitos causam danos incalculáveis dentro de sua potencialidade destrutiva. E apesar da dificuldade de investigar e individualizar as condutas nos crimes de autoria coletiva e a consequente aplicação da pena, a criminalização de ofensas ambientais tem coibido muitas das condutas lesivas ao meio ambiente.

Pode-se verificar diversas ocorrências de crimes tipificados pela lei de proteção ambiental praticados por pessoas jurídicas e que aceitando a atribuição da autoria, efetuam transação penal nos termos da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995) e aceitam a imediata imposição de medida alternativa (restritiva de direitos ou multa) para que em contraparte não ocorra a instauração de processo criminal com possível condenação e aplicação de pena. Ressalta-se que esta transação é possível apenas nos crimes com penas de até dois anos (BRASIL, 1995, art. 61 e art. 76).

Também se tem registrado casos tipificados como crimes contra o meio ambiente no qual as pessoas jurídicas efetuam acordo de suspensão do processo, trazidas pelo nosso ordenamento jurídico pela Lei dos Juizados Especiais, em seu artigo 89 (que

determina que a suspensão é possível apenas para os crimes em que pena aplicável não seja superior a um ano). Nesta situação, após o oferecimento da denúncia o processo fica suspenso nos termos das condições acordadas, e transcorrido seu prazo e cumpridas as condições (cumprimento este vinculado à constatação mediante laudo de reparação do dano ao ambiente) é declarada extinta a punibilidade.

Essas medidas podem proporcionar uma rápida solução para os casos, e são instrumentos de efetiva tutela ambiental, uma vez que a transação penal somente ocorrerá se houver previa composição do dano causado, e a suspensão do processo a extinguirá a punibilidade somente após a constatação da reparação do dano.

Além disso é preciso considerar que a condenação na esfera penal – pouco importando se a pena é somente restritiva de direitos ou multa – é, moralmente, mais efetiva que pronunciamentos judiciais em outras áreas.(NUCCI, 2009, p. 877)

Para que a lei ambiental seja eficaz é necessária a adoção de medidas de controle pelo poder público, evitando-se, assim, a ocorrência de abusos de autoridade e corrupção, sendo que a investigação tenha a finalidade de apurar objetivamente os indícios de participação dos órgãos decisórios das empresas na conduta criminosa, uma vez que a prova testemunhal poderá ser viciada pela interferência de conflitos trabalhistas e pessoais, e exigir destas empresas a utilização de procedimentos gerenciais e preventivos mais rigorosos.

Muito ainda se discute acerca da conveniência da legislação ambiental. Com a sociedade se transformando em cada vez mais ecologicamente correta e consciente, e as pessoas almejando uma vida sustentável, essas medidas sancionadoras das pessoas jurídicas tornaram-se necessárias. E serão eficazes conforme a sociedade consuma estes produtos fabricados por estes entes jurídicos que atuam de modo a respeitar o meio ambiente, disseminando os ideais de sustentabilidade, ressaltando-se que muitas das empresas que não são “amigas” do meio ambiente sofrem uma retaliação de seus consumidores, que deixam de comprar seus produtos.

Atualmente, os consumidores em geral procuram produtos que não agridam o meio ambiente e que sejam extraídos de forma consciente, motivo pelo qual as empresas ecologicamente corretas vendem mais e possuem uma imagem aprovada pela opinião pública.

Não se desconsiderar também o que atualmente é chamado de *compliance* e governança. Muitas das empresas são grandes ou até mesmo multinacionais. As multinacionais geralmente dependem de um sistema de controle que é exercido de fora, da matriz, e este controle determina certas regras de conduta que não podem ser desobedecidas, sob pena até mesmo da perda dos investimentos.

Uma destas regras de conduta é não ter ações jurídicas contra as empresas, sendo elas penais, civis ou trabalhistas. Assim, os gestores das empresas têm que agir de modo a não verem ações jurídicas serem movidas contra as empresas. Este acaba sendo um meio muito eficaz de prevenção de danos ambientais, pois a perda de investimentos para uma empresa pode ser um castigo até maior do que a prisão.

Por esta razão muitas empresas buscam uma imagem responsável, propagando ideias de sustentabilidade e ecobusiness como estratégia dos negócios, associada a uma série de preocupações com padrões éticos e comportamentais como, por exemplo, a redução de lançamento de resíduos ou a utilização de fontes alternativas de energia que atua positivamente na diminuição de gastos das empresas, sempre procurando novas tecnologias que permitam a exploração da natureza.

Em uma sociedade ecologicamente consciente, cada vez mais bancos somente concedem empréstimos caso a empresa que o solicite não seja condenada por crime ambiental amparada pelo devido processo legal e a ampla defesa, pois essa pessoa jurídica possui uma maior repulsa social com a condenação penal do que com uma multa administrativa ou condenação civil de danos. Isso ocorre pois as entidades financeiras não querem ser associadas a empresas que poluem, tornando as relações deste ente muito mais difíceis. Por este motivo muitas empresas procuram o Poder Público voluntariamente para que haja a formalização do termo de ajustamento de conduta, evitando assim um processo penal.

6. CONCLUSÕES

O meio ambiente é extremamente importante para a vida humana. Ela proporciona não somente formas de subsistência como também é responsável pela saudável qualidade de vida. Após a Revolução Industrial sua exploração passou a se dar de forma desordenada e descontrolada, sem preocupação com o dia de amanhã.

Após a ocorrência de inúmeros desastres que transformaram radicalmente e eternamente os biomas, as pessoas perceberam a necessidade de protegê-lo, pois ele por si só não consegue se defender, sendo assim a parte mais fraca na sua relação com a sociedade. Vários são os casos de alteração de toda uma sociedade em razão de catástrofes que poderiam ser evitadas.

Atualmente a sociedade é uma sociedade de riscos, e alguns deles são toleráveis pois é impossível conceber a vida coletiva sem qualquer tipo de riscos. Deste modo, alguns riscos cometidos contra o meio ambiente são toleráveis. Desmatar uma parte de uma floresta para a criação de gado é um risco permitido, já queimar toda a floresta não.

Com a preocupação social nasceram as normas e formas de controle ambiental, surgindo assim a punição às pessoas que descumprissem tais preceitos gerando riscos que são socialmente inaceitáveis ou incrementando outros. Foram criadas leis ambientais que determinem a punição em casos de poluição, degradação, matança de animais silvestres entre outros.

No Brasil, em 1998 foi promulgada a Lei n. 9.605, conhecida como Lei de Crimes Ambientais. Ela dispõe sobre as condutas lesivas ao meio ambiente, determinando sanções penais e administrativas, além das sanções civis cabíveis.

Uma vez violado, o meio ambiente nunca mais voltará a ser o mesmo, o que significa que mesmo que a pessoa que causou algum dano ambiental tente repará-lo, ele nunca conseguirá fazer com que aquele local volte a ser exatamente como era antes. Plantas que morreram não nascerão mais, assim como os animais.

Poderá até mesmo haver o retorno do bioma sustentável após a ocorrência do dano. E a cada dano causado ao meio ambiente, em qualquer parte do planeta, menos ele

se recupera, e nunca voltará a ser o que era antes. Por este motivo as legislações ambientais se preocupam tanto com a prevenção, e a lei brasileira não é exceção.

Um detalhe tem que ser observado quando se trata de crimes ambientais. É muito fácil imaginar a punição e prisão de uma pessoa que derrama óleo em rios e oceanos. Já o mesmo não pode ser dito quando se trata de pessoas jurídicas.

Pessoas jurídicas são um conglomerado de pessoas que se unem com uma finalidade em comum, são um ente fictício criado por lei para que se possa separá-las das pessoas que a integram, separando assim seus atos e vontades. E não há como negar que a grande maioria dos produtos consumidos pela humanidade foram fabricados ou processados por uma pessoa jurídica, uma empresa.

Empresas são muito comuns em nosso cotidiano, sendo praticamente impossível a existência de uma sociedade na qual não haja uma empresa, assim como também é muito improvável uma cidade na qual não haja muitas delas. Com esta finalidade em comum, todos são muito dependentes das empresas uma vez que é muito difícil encontrar uma pessoa que sozinha consiga fabricar seu macarrão, sua pasta de dentes e seus sapatos.

Diante desta dependência e da sociedade capitalista, cada vez mais estas empresas atuam visando sempre o lucro, tentando minimizar todos os gastos, atuando quase que irresponsavelmente em relação ao meio ambiente, com um pensamento de que não importa aonde serão lançados os lixos, desde que não se gaste muito com isso. Por isso várias são as empresas que causam danos ambientais, poluindo rios e oceanos, liberando partículas prejudiciais no ar. mesmo assim muitos não a consideram como um ente passível de punição penal pois não pode praticar nenhum ato, não tem vontade própria, somente a de seus dirigentes.

Não se pode considerar ato e ação somente como um movimento corporal. Hoje muito se discute acerca das teorias do delito e da ação, que muitas vezes não conseguem explicar o conceito de ação, o que gera muita dificuldade em definir crimes omissivos, por exemplo. Mas ação não é somente um movimento corporal, ação é algo que muda o mundo exterior, a sociedade, e determinada ação será penalmente relevante no momento em que a sociedade olha para ela e a desaprova.

Assim ação não é o que se faz, e sim o significado do que se faz. A ação não é a intenção subjetiva do agente que a praticou, e sim a dimensão social desta atuação humana. Desta forma, determinadas ações serão consideradas penalmente relevantes pois elas comunicam à sociedade o descumprimento de normas e leis. Estes atos serão penalmente imputáveis uma vez que a sociedade reprova tal ato, julga-o com valor negativo e que não deverá mais acontecer, devendo assim ser reprimido.

Conforme visto as pessoas jurídicas causam alteração no mundo exterior, suas atividades, de alguma forma alteram não somente a sociedade como também o bioma. Assim uma empresa que não observa as regras ambientais e despeja lixo em rios está passando uma mensagem para a sociedade, mensagem esta que não é aceita e deve ser punida, independentemente da sua vontade.

Se as atividades praticadas por uma empresa podem ser socialmente relevantes a ponto de ser desaprovadas, não há como falar que ela não praticou uma ação. Pode não ter sido um movimento corporal em razão da ausência de corpo, mas foi uma ação, o que gera a tutela penal e sua penalidade.

Muito ainda se discutem acerca disso em nosso ordenamento jurídico, sendo que a doutrina não é unânime em relação a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. O que não se pode negar é que pessoas jurídicas também poluem o meio ambiente, e tanto a Lei de Crimes Ambientais como a Constituição Federal previu sua responsabilidade penal.

Assim, independentemente de qual corrente doutrinária se siga, a verdade é que a pessoa jurídica é penalmente responsável pelos seus atos que acarretaram poluição, e são instaurados inquéritos e ações penais contra as empresas.

O que se verifica é que muitas vezes as empresas tentam realizar acordos com o Ministério Público, firmando um Termo de Ajustamento de Conduta para que não seja realizada a ação penal, independentemente de qual será o tipo de punição.

Ademais também tem os casos de *compliance* e governança que não admitem que as empresas tenham contra si qualquer tipo de ação, seja ela penal, trabalhista ou civil, sob pena de perda de investimentos, e nada funciona melhor do que a ameaça de perda de dinheiro na atual sociedade capitalista.

Desta forma, a responsabilidade penal de pessoas jurídicas atua sim como uma inibidora de crimes e ofensas, o que gera uma sociedade mais equilibrada e saudável. Se a utopia mundial é a existência de uma sociedade equilibrada, que conviva em harmonia com um meio ambiente sustentável, penalizar empresas cumpre com o seu papel de ajudar a atingir este objetivo.

7. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamen Juris, 2010.

BOSQUÊ, Alessandra Figueiredo dos Santos. **Biopirataria e Biotecnologia: a tutela penal da biodiversidade amazônica**. Curitiba: Juruá, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 1, parte geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de. FREITAS, Gilberto passos de. **Crimes contra a natureza**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

HOBBSAWM. Eric J. **A era das revoluções 1789 - 1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996. v. 1, p. 359.

LOURES, Sérgio Lopes; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza et al. **Considerações acerca da nova Lei de Crimes Ambientais**. Teresina: Revista Jus Navigandi, 1998. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1705>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Autores: Helvécio Damis de Oliveira Cunha e

Jaqueline O. da Silva Damis Cunha¹

RESUMO

O artigo 28 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), em que pese sua longa vigência temporal no ordenamento jurídico pátrio, já deveria ter sido objeto de uma releitura crítica após a entrada em vigor da Constituição de 1988. O trabalho, a partir do que se encontra expresso no capítulo II do Título II da CR-1988, passou a ser considerado um direito social fundamental para brasileiros e estrangeiros que se encontrem em nosso território. A descrição dos direitos dos trabalhadores apresentada de modo exaustivo no artigo 7º, não prescrevem qualquer tipo de limitação no seu exercício para os indivíduos que estão inseridos no sistema prisional. O núcleo dos direitos garantidos aos trabalhadores e trabalhadoras definidos na Constituição da República é tratado a nível infraconstitucional na Consolidação das Leis do Trabalho, que também descreve em seu art. 7º, os limites de aplicação desses direitos a determinadas pessoas. Salienta-se que neste rol, não se encontram as pessoas que estão encarceradas. Porém, a despeito da ausência de qualquer limitação constitucional, o legislador infraconstitucional no art. 28

¹ Considerações sobre os Autores: *Helvécio Damis de Oliveira Cunha* - Mestre em Direito das Relações Sociais (Sub-área Direito Penal) PUC/SP - Doutor em Educação *Universidad de la Empresa*-Uruguai - Instituição de Origem: Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” – Universidade Federal de Uberlândia - Correio Eletrônico: damishelvecio@yahoo.com.br e *Jaqueline Oliveira da Silva Damis Cunha* - Mestranda em *Derecho de las Relaciones Internacionales y de la Integración en América Latina* - Instituição de Origem: *Facultad en Ciencias Jurídicas* – *Universidad de la Empresa*-Uruguai - Correio Eletrônico: jaquelineoliveira2@yahoo.com.br

da LEP regulou o trabalho do condenado e, prescreveu, a não aplicabilidade do expresso na CLT, e conseqüentemente na CR, aos presos trabalhadores e presas trabalhadoras. A presente disposição normativa encontra-se em conflito com o texto constitucional. Entre as finalidades da sanção, e mais precisamente da pena, não conseguimos *prima facie* vislumbrar qualquer razão intrínseca ou extrínseca advinda da prática de qualquer delito, que justifique a limitação dos direitos trabalhistas para aqueles e aquelas que se encontram na situação de cárcere. Em nosso entendimento, como possível observar, existe um claro conflito entre o estabelecido na Constituição que define o trabalho e os direitos a ele inerentes, como um direito social fundamental não submetido a qualquer restrição em seu texto, e o que está insculpido no art. 28 da Lei de Execução Penal, fundamentalmente, o que expressa o seu parágrafo segundo, ao prescrever que “*o trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho*”. Para elaboração do presente texto, utilizamos o método de abordagem hipotético-dedutivo, no qual partiremos dos modelos teóricos que estudam os princípios e normas constitucionais para aplicá-los na hipótese formulada e apresentada neste resumo. Como procedimentos metodológicos de pesquisa, empregamos os métodos histórico, sociológico e monográfico jurídico.

Palavras-chave: Direitos Sociais – Trabalho do Preso – Inconstitucionalidade do art. 28 da LEP

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Dos Direitos Sociais Fundamentais. 2.1 Surgimento das Políticas Sociais Públicas. 2.2 Direitos Sociais Fundamentais na Constituição de 1988. 3 Conflito entre princípios-normas constitucionais e a Lei de Execução Penal. 4 Estudo Preliminar da Lei de Execução Penal. 4.1 Considerações Propedêuticas sobre a Execução Penal. 4.2 Dos Princípios Gerais da Execução Penal. 5 Da Inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Execução Penal. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Há vários anos e por que não dizer décadas, o Brasil tem convivido com inúmeros problemas no sistema carcerário. O descaso e a inércia do poder público em cumprir a Constituição e a legislação infraconstitucional agravam mais ainda a caótica situação carcerária vigente. Existem violações de toda ordem e podemos citar como exemplos: a manutenção de presos em celas superlotadas e em condições insalubres; a existência de inúmeros presídios sem qualquer tipo de estrutura para atendimento da saúde dos encarcerados; e a situação carcerária das mulheres, visto que nossas prisões não foram pensadas e preparadas para recebê-las. Diante de tantas dificuldades e do descumprimento sistemático dos deveres que o Estado brasileiro tem é que resolvermos abordar uma dessas diversas violações.

O problema a ser analisado no presente artigo é do conflito constitucionalidade estabelecido, a partir da entrada em vigência da Constituição de 1988, que não apresentou de forma expressa no art. 5º e seguintes, qualquer limitação expressa ou tácita ao exercício pleno dos direitos trabalhistas pelos presos que se encontrem na condição de trabalhador.

O presente trabalho será dividido em quatro partes. Na primeira estudaremos os aspectos gerais e introdutórios das políticas públicas de caráter social e como elas aparecerem e foram modeladas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No segundo momento, analisaremos as principais questões inerentes a conceituação e diferenciação entre princípios e normas jurídicas, assim como estabeleceremos os critérios que serão usados para a verificação da inconstitucionalidade do parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Execução Penal. No capítulo seguinte, apresentaremos alguns conceitos e princípios gerais que estruturam a LEP. Por fim, aprofundaremos na discussão e análise do artigo 28 da Lei de Execução e das justificativas para nossa compreensão de sua inconstitucionalidade.

2 DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Neste capítulo faremos uma análise preliminar concernentemente ao nascimento e desenvolvimento histórico dos direitos sociais nos planos concretos e normativos, bem como, um estudo de como foram estruturados na Constituição de 1988.

2.1 SURGIMENTO DAS POLÍTICAS SOCIAIS PÚBLICAS

As políticas sociais públicas, de acordo com Cunha (2011, p. 79), surgiram na Inglaterra e na Alemanha. O sistema assistencialista inglês foi o precursor em a Europa possuindo como exemplos o *Speenhamland Act* de 1796, a *Poor Laws* de 1601 e a *Poor Law Act* de 1834, que perdurou até 1929.

Em relação a Alemanha, os historiadores identificaram a relação existente entre a nova legislação bismarckiana com a finalidade frear o movimento socialista em amplo desenvolvimento no país. O Estado alemão instituiu práticas permanentes que tinham como linha mestra a concentração das políticas nos trabalhadores do sexo masculino, determinando-os a realizar uma contribuição de financeira compulsória, com critérios diversos dos empregados pelo assistencialismo inglês. O sistema de políticas alemão também influenciou vários países do continente europeu, assim como da América Latina, principalmente aqueles de perfil conservador/liberal.

De forma, positivada os direitos sociais fundamentais aparecem inicialmente nos textos das Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 (conhecida como Constituição de Weimar). No caso do Brasil, eles surgem a partir da década de 1930. É importante ressaltar que os direitos sociais tiveram sua efetiva expansão e desenvolvimento, fundamentalmente após o final da Segunda Guerra Mundial, sob a influência de Keynes e outros teóricos. Em relação desenvolvimento do Estado do Bem Estar Social no Brasil, Cunha (2011, p.154) afirma que não adotamos de forma efetiva um modelo “puro” do *Welfare State*, em que pese sua forte influência em inúmeras

políticas públicas promovidas em nosso país. Como exemplos, podemos indicar a Consolidação das Leis do Trabalho e nosso sistema universal de seguridade social.

2.2 DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

No estudo do desenvolvimento dos direitos fundamentais, a principal teoria aplicada divide estes em gerações ou dimensões de direitos². A primeira dimensão engloba as liberdades, o direito de propriedade e direitos políticos e são considerados como direitos negativos, pois possuem a premissa de que o Estado deve abster-se de intervir em tais direitos para que possam ser plenamente exercidos. Por outro lado, os direitos sociais são enquadrados nos direitos de segunda dimensão, e definidos como direitos “positivos”, visto que exigem a atuação estatal para sua verdadeira promoção.

A respeito disso, Lenza (2012, p. 1076) afirma que os direitos sociais se enquadram nos denominados direitos de segunda dimensão, apresentando-os como “prestações positivas” que precisam ser implantadas pelo Estado de modelo do Bem Estar social com o escopo de concretizar o princípio da igualdade substancial³.

² Marmelstein (2008, p. 42) apresenta a origem da teoria das gerações ou dimensões dos Direitos: “o jurista tcheco Karel Vasak formulou, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estraburgo, baseando-se na bandeira francesa que simboliza a liberdade, a igualdade e a fraternidade teorizou sobre “as gerações – evolução – dos direitos fundamentais”, da seguinte forma: a) primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; b) a segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; c) por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.”

³ Ainda a respeito dessa dimensão dos Direitos trazemos as lições de Robert Alexy (2008, p. 434) sobre o tema: “De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles

Por fim, os direitos de terceira dimensão estão vinculados aos direitos difusos, coletivos, internacionais e de fraternidade/solidariedade.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu artigo 6º um rol de Direitos Sociais Fundamentais de caráter exemplificativo e, que inclusive, foi ampliado através da Emenda Constitucional 90 de 2015. Diz a nova redação do supra-referido dispositivo: *Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.* Nos artigos 7º e seguintes estão relacionados os dispositivos relacionados à proteção mais pormenorizada do Direito Social ao Trabalho.

Guilherme Peña de Moraes (2009, p. 575) apresenta uma interessante classificação para os direitos sociais estabelecidos pela Constituição. Ele os classifica em:

a) Direitos Sociais em Sentido Estrito que englobam o direito à moradia, seguridade social (incluindo a saúde, previdência social e assistência social) e o que denomina de “direitos particulares de instituições da sociedade e categoria de pessoas” (direitos da família, crianças, adolescentes, idosos e pessoas com deficiência);

b) Direitos Sociais de Natureza Econômica são os direitos relativos ao direito do trabalho e dos trabalhadores; e,

são direitos de defesa do cidadão contra o Estado". Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia e à educação. Como será demonstrado, esses direitos constituem, de fato, uma importante parte daquilo que é denominado "direitos a prestações", mas o âmbito desses direitos a prestações é mais amplo".

c) *Direitos Sociais de Natureza Cultural* que compreendem o direito à cultura, desporto e educação.

Em virtude da temática estabelecida para o presente trabalho, voltaremos nossa atenção mais detalhada para trazer alguns conceitos estabelecidos na classificação dos *Direitos Sociais de Natureza Econômica*.

Segundo definido por Peña de Moraes (2009, p. 581), o direito ao trabalho

(...) é exposto pela proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sob pena de indenização compensatória, que se afigura proibida nas hipóteses do empregado eleito para o cargo de direção de entidades sindicais e comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato, e da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Ele também inclui neste rol de situações não permissivas de demissão arbitrária, aos trabalhadores segurados da previdência social que sofreram acidente do trabalho pelo prazo mínimo de 12 meses, após a cessação do auxílio doença acidentário.

Também são protegidos dentro dos Direitos Sociais de Natureza Econômica os direitos sociais individuais e coletivos dos trabalhadores.

O art. 7º da CR traz um rol de direitos sociais individuais dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º, *caput*), assim como também tutela os direitos dos trabalhadores avulsos (art. 7º, inciso XXXIV) e domésticos (art. 7º, parágrafo único). Ressalta-se ainda,

que vários desses direitos são garantidos aos funcionários públicos, em conformidade com o disposto no § 3º do art. 39 da Constituição⁴.

Conforme descrevemos, a Constituição de 1988 não estabeleceu qualquer delimitação de forma expressa ao exercício dos Direitos Sociais Econômicos aos presos que exerçam qualquer atividade laboral remunerada. A ausência de tal limitação permite-nos à discussão do aspecto chave do nosso trabalho (item 5), que é a análise da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Execução Penal, entendendo-se que não poderia uma lei ordinária estabelecer limitação de exercício de direito fundamental (individual ou social) que a Constituição não trouxe de forma expressa.

Antes, mister se faz destacarmos e transcrevermos os principais direitos sociais individuais tutelados pela CR e descritos no art. 7º: - *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;* - *seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;* - *fundo de garantia do tempo de serviço;* - *salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;* - *piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;* - *irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;* - *garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;* - *décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;* - *remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;* - *proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;* - *participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa,*

⁴ Art. 39, § 3º da CR-1988. *Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.*

conforme definido em lei; - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; - aposentadoria; - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; - proteção em face da automação, na forma da lei; - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

É importante ressaltar que alguns dos direitos acima poderiam ser plenamente gozados pelos trabalhadores em situação de cárcere, enquanto outros, evidentemente, não teriam como ser exercidos, mas não por uma limitação meramente legal, mas, sim, devido às condições que a privação de liberdade inexoravelmente restringe. No caso dos direitos que podem ser plenamente exercidos pelos presos, podemos citar a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, o fundo de garantia por tempo de serviço e o recebimento do salário mínimo. Em contrapartida, haveria restrições para a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno (salvo se o trabalho realizado no âmbito da unidade prisional possibilitasse tal situação), a licença gestante e paternidade e o direito de férias (que entendemos ser possível a efetivação dos seus efeitos financeiros, mas não do seu pleno exercício)⁵.

No mesmo sentido ao que acabamos de esposar, verificamos em Espinoza (2004, p. 103-104) o questionamento a respeito da injustificada limitação no plano concreto e normativo ao amplo exercício dos direitos trabalhistas não afetados pelo cárcere:

No âmbito previdenciário, o art. 39 do CP determina que “o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhes garantidos os benefícios da previdência social”. No mesmo sentido, a Lei Orgânica Geral Penitenciária espanhola sustenta que o trabalhador ou a trabalhadora encarcerados desfrutarão da proteção dispensada na legislação vigente em matéria de segurança social, direito não dependente dos interesses econômicos da administração. Apesar da garantia

⁵ Ressalta-se que a flexibilização dos direitos trabalhistas trazidas pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, conhecida como “reforma trabalhista”, também atingiria os trabalhadores presos em vários aspectos que não é objeto deste trabalho apreciar.

previdenciária destacada tanto na legislação nacional como na estrangeira, nada justifica a restrição do exercício dos demais direitos trabalhistas adotados pela Constituição Federal, porquanto se trata de atividade que deveria ser desenvolvida sob condições semelhantes à da vida em liberdade, e que não é limitada na sentença de condenação, razão pela qual não deveria ser limitada em seu reconhecimento de direito passível de ser integrado e protegido pelo corpo normativo das leis trabalhistas.

(...)

O trabalho deve ser interpretado como dever/direito, mas nos termos válidos extensivamente para toda a população, o que significa dizer que não pode implicar obrigações mais onerosas que no mundo livre. As restrições explicitadas na legislação penitenciária devem constituir um limite ante potenciais abusos e não uma justificativa para incrementar as condições de exclusão e de aflição durante o período que se passa na prisão.

Finalmente, gostaríamos de descrever os artigos 8º ao 11 da Constituição que delimitam os direitos sociais coletivos dos trabalhadores que são⁶: - *direito de associação profissional ou sindical (art. 8º); - direito de substituição processual (art. art. 8º); - direito de greve (art. 9º); - direito da participação (art. 10); e, - direito de representação classista (art. 11).*

Finalizada o exame dos direitos sociais fundamentais na Constituição, passamos a apreciar as questões relativas à aplicação dos princípios e regras, com o objetivo de analisar a inconstitucionalidade, em nosso entendimento existente em relação

⁶ Apenas citaremos os direitos sociais coletivos trabalhistas, visto que estes direitos também merecem uma análise mais aprofundada em relação às pessoas inseridas no sistema prisional e que a nosso ver também demandariam a elaboração de outro texto com essa finalidade de apreciação.

ao art. 28 da Lei de Execução Penal, mais especificamente no texto do parágrafo segundo do dispositivo.

3 CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS-NORMAS CONSTITUCIONAIS E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

O estudo da sanção penal na Parte Geral do Código Penal é denominado de Teoria da Pena⁷. Conforme o entendimento majoritário da doutrina pátria em relação às finalidades da pena, tem-se exposto que esta estaria dividida em duas teorias diferentes.

A primeira nomeada de Teoria Absoluta ou Retributiva entende que a pena tem o caráter de expiação, isto é, seu fundamento é o de que o Estado deverá impor ao autor do delito a sanção como forma de retribuição, em virtude da conduta delituosa por ele realizada, no qual resulta na lesão de um bem jurídico penalmente protegido.

A segunda teoria que procura delimitar a finalidade da pena recebe o nome de Teoria Relativa ou Preventiva. Esta corrente teórica é apreciada sob dois aspectos diversos, dividindo-a em prevenção geral e prevenção específica. A prevenção será geral, por dirigir-se a todos os indivíduos, e tem como objetivo estimular na coletividade o respeito à legislação penal, evitando-se a prática de delitos. Por outro lado, a prevenção especial é aquela dirigida ao indivíduo que violou a norma penal e visa, a partir de um caráter positivo, ressocializá-lo⁸.

⁷ Na realidade existe uma impropriedade técnica na denominação da “teoria das penas” considerando-se que nela se estuda as penas, mas, também, as medidas de segurança, outra modalidade de sanção penal.

⁸ A atual situação carcerária brasileira não traz qualquer tipo de perspectiva de sucesso na finalidade de prevenção específica positiva da pena. Nosso modelo tem buscado apenas cumprir o caráter retributivo, visando fazer com que o autor do delito “pague” por ele, e retirando este indivíduo por um tempo do convívio social.

Considerando que o presente texto tem como objeto a comprovação da inconstitucionalidade do § 2º do artigo 28 da Lei de Execução Penal, é necessário realizarmos um estudo a respeito dos conceitos gerais de princípios e regras e, também, dos conflitos entre normas jurídicas.

Como base para a descrição dos conceitos e da distinção existente entre princípios e regras, apresentamos a lição de Luiz Roberto Barroso (2012, p. 226-230) sobre o assunto:

Diante disso, a doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a distinção entre princípios e regras. Por simplificação, é possível reduzir esses critérios a apenas três, que levam em conta: a) o conteúdo; b) a estrutura normativa; e c) o modo de aplicação. (grifo nosso)

(...)

No tocante ao conteúdo, o vocábulo "princípio" identifica as normas que expressam decisões políticas fundamentais - República, Estado democrático de direito, Federação -, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética - dignidade humana, segurança jurídica, razoabilidade - ou fins públicos a serem realizados -, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, busca do pleno emprego. Como consequência de tais conteúdos, os princípios podem referir-se tanto a direitos individuais como a interesses coletivos.

As regras jurídicas, ao revés, são comandos objetivos, prescrições que expressam diretamente um preceito, uma proibição ou um permissão. Elas não remetem a valores ou fins públicos porque são a concretização destes, de acordo com a vontade do constituinte ou do legislador, que não transferiram ao intérprete - como no caso dos princípios - a avaliação das condutas aptas a realizá-los.

(...)

Com relação à estrutura normativa, princípios normalmente apontam para estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida. Há muitas formas de respeitar ou fomentar o respeito à dignidade humana, de exercer com razoabilidade o poder discricionário ou de promover o direito à saúde. (...) Já com as regras se passa de modo diferente: são elas normas descritivas de comportamentos, havendo menor grau de ingerência do intérprete na atribuição de sentidos aos seus termos e na identificação de suas hipóteses de aplicação. Em suma: princípios são normas predominantemente finalísticas, e regras são normas predominantemente descritivas. (grifo nosso)

(...)

É, todavia, no modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade tudo ou nada: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto. Exemplos: implementada a idade de 70 anos, o servidor público passa para a inatividade; adquirido o bem imóvel, o imposto de transmissão é devido. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valoração por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante subsunção: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são mandados ou comandos definitivos: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos.

Estabelecidos tais conceitos e distinções, observa-se que os direitos sociais fundamentais elencados no art. 6º e seguintes, dentre outros, são princípios de proteção

aos trabalhadores e que foram positivados pelo legislador constituinte. Por outro lado, o legislador mais especificamente no art. 28 da LEP, prescreve uma regra que limita o exercício dos direitos trabalhistas pelas pessoas em situação de cárcere. O que se observa, portanto, é um conflito entre os princípios-normas constitucionais que tutelam os direitos sociais fundamentais trabalhistas definidos pela Constituição de 1988 e o dispositivo do § 2º do artigo 28 da LEP.

Diante desta contradição, entendemos que será imprescindível o emprego do tradicional modelo kelseniano para o conflito que normas, que traz os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia das normas jurídicas como instrumentos eficientes para resolvê-los.

Especificamente em nossa temática, poderíamos utilizar os critérios da cronologia e, principalmente, o da hierarquia das normas jurídicas para solucioná-lo. Concernentemente ao primeiro, a Lei de Execução Penal (n. 7.210/1984) é anterior a Constituição de 1988, tendo sido estruturada e compatibilizada com uma ordem constitucional diversa da presente, em que os direitos sociais ainda não haviam alcançado a condição de fundamental e constitucional que a partir do atual texto passaram a possuir.

Por sua vez, com a constitucionalização dos direitos sociais transformando-os em direitos sociais fundamentais individuais e coletivos, conferiu a eles um *status* constitucional de cláusulas pétreas⁹ que não podem ser modificados na atual ordem constitucional. Da mesma forma, as normas infraconstitucionais necessariamente precisam ser criadas, interpretadas e aplicadas a partir dos limites estabelecidos por tais cláusulas. No caso em tela, isso é justamente o que não ocorre, visto que o parágrafo segundo do art. 28 da LEP estabelece limites ao exercício dos direitos trabalhistas das

⁹ Art. 60, § 4º CR-1988. *Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.*

pessoas encarceradas ao estabelecer que não pode ser aplicado a elas o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, o que esta não faz em seu artigo 7^o¹⁰.

4 ESTUDO PRELIMINAR DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Nosso escopo neste capítulo é apresentar alguns conceitos introdutórios acerca da execução penal e destacar os princípios gerais aplicáveis a ela, a fim de oferecer as idéias necessárias para a sua compreensão, entendendo o caráter contraditório que o parágrafo segundo do artigo 28 da LEP possui em relação à ordem constitucional vigente e, também, ao buscar compatibilizá-lo com outras disposições da própria Lei n. 7.210/1984, como, por exemplo, seu o art. 3^o.

4.1 CONSIDERAÇÕES PROPEDÊUTICAS SOBRE A EXECUÇÃO PENAL

O processo penal de conhecimento na jurisdição penal tem como finalidade apurar a efetiva responsabilidade penal do indivíduo denunciado pelo detentor do direito/dever de persecução penal, seja de iniciativa privada ou pública. Encerrada esta etapa, se a decisão de mérito resultar no julgamento procedente da pretensão punitiva

¹⁰ Art. 7^o da CLT. *Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam : a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas; b) aos trabalhadores rurais, assim considerados aqueles que, exercendo funções diretamente ligadas à agricultura e à pecuária, não sejam empregados em atividades que, pelos métodos de execução dos respectivos trabalhos ou pela finalidade de suas operações, se classifiquem como industriais ou comerciais; c) aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios e aos respectivos extranumerários em serviço nas próprias repartições; d) aos servidores de autarquias paraestatais, desde que sujeitos a regime próprio de proteção ao trabalho que lhes assegure situação análoga à dos funcionários públicos.*

descrita na queixa-crime ou na denúncia, o querelado/denunciado será condenado a uma das penas previstas em nosso ordenamento jurídico penal.

Conforme estabelece o Código Penal brasileiro, em seu artigo 32, no caso de condenação do acusado, poder-se-á ser aplicada as penas de privação de liberdade, restritivas de direito e pecuniária (multa). Encerrada esta fase da persecução penal, inicia-se o momento da efetivação do cumprimento de uma das sanções estabelecidas da através da decisão penal condenatória, que recebe a denominação de execução penal. Em nosso ordenamento jurídico penal, a execução penal possui sua regulamentação geral expressa através da Lei n. 7.210/1984, nominada de Lei de Execução Penal.

Outro ponto importante é o de se definir a natureza jurídica do processo de execução. Diferentemente do processo civil que possui natureza exclusivamente judicial, vez que o cumprimento de sentença se processa no Poder Judiciário, conforme estabelecido no Título II do Novo Código de Processo Civil. O processo de execução na esfera penal possui natureza híbrida, ou seja, ele é em parte promovido pelo Estado-Juiz e em outra pelo Estado-Administração, responsável pela parte “logística” do cumprimento da pena, fundamentalmente tratando-se da privativa de liberdade.

A respeito desta condição híbrida do processo de execução, Guilherme Nucci (2016, p. 950-951) assim a descreve:

É, primordialmente, um processo de natureza jurisdicional, cuja finalidade é tornar efetiva a pretensão punitiva do Estado, envolvendo, ainda, atividade administrativa. Nessa ótica, esta a posição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem ‘a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o Judiciário e o Executivo, por intermédio,

respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos Estabelecimentos penais' (...).

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam dos estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento.

A competência legislativa do processo de execução penal é concorrente entre a União e os Estados, conforme definição dos artigos 22, inciso I c/c 24, inciso I ambos da Constituição da República de 1988¹¹.

4.2 DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA EXECUÇÃO PENAL

A análise dos princípios regentes da Execução Penal é bastante variável na doutrina pátria. Desta forma, apresentaremos alguns princípios que consideramos como essenciais para a estruturação desta, a partir de uma aplicação conjunta entre os diversos ramos do Direito (Direito Penal, Processual Penal e Penitenciário) que a orienta e influencia. Todos os princípios que serão abordados devem ser considerados como

¹¹ Art. 22 da CR-1988. *Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (grifos nossos).*

garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e também estão amparados pelo vigente texto constitucional de 1988 (art. 5º).

Princípio da Legalidade: O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Discutido por Cesare Bonesana, conhecido como Marquês de Beccaria, na obra dos “*Dos Delitos e Das Penas*” (1764), foi consagrado por Feuerbach, no início do século XIX, através do brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O princípio da reserva legal deve ser considerado como um imperativo que não admite desvios e nem exceções, representando uma conquista da consciência jurídica que obedece a exigências de efetiva justiça. O princípio está consagrado em nossa Constituição no art. 5º, incisos II (*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*) e XXXIX (*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*).

Princípio da Igualdade: Segundo Cunha (2011, p. 190),

o princípio da isonomia aparece expressamente pela primeira vez num texto constitucional brasileiro, no caput do art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. A igualdade dentro do estudo do direito constitucional, divide-se em igualdade formal e igualdade material. A primeira refere-se à isonomia legal, ou seja, que todos devem ser tratados de forma igualitária perante a lei. Relativamente à segunda classificação, a igualdade material existe quando os indivíduos recebem tratamento isonômico, respeitando suas diferenças no plano concreto, isto é, que os iguais sejam tratados de forma igualitária, e os desiguais tratados desigualmente na medida de suas desigualdades.

Princípio da Humanização da Pena ou da Dignidade da Pessoa Humana:

O princípio de humanidade ou da dignidade humana impede que em nosso sistema jurídico sejam adotadas penas de caráter capital, cruel, difamante ou de duração perpétua (art. 5º, XLVII). O presente princípio, portanto, garante que o poder punitivo estatal não pode ser aplicado violando a dignidade da pessoa humana ou que lesionem a constituição físico-psíquica (corpo e mente) dos condenados (art. 1º, III - a dignidade da pessoa humana - e art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante - ambos da CR/1988). Evidentemente que no plano concreto, nosso sistema carcerário está muito distante dessa realidade.

Princípios do Devido processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa:

Expressos na Constituição de 1988, nos incisos LIV (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*) e LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*), eles garantem que mesmo no processo de execução, os condenados somente possam sofrer punições e o agravamento das condições de seu cumprimento de pena desde que respeitados tais princípios (art. 118 § 2º da LEP)¹².

Princípio da Individualização da Pena: A Constituição de 1988 fez previsão expressa do princípio da individualização da pena, conforme se verifica no art. 5º, inciso XLVI, quando diz: "*a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação da liberdade; b) perda dos bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão e interdição de direitos*". Também é possível verificar a

¹² Art. 118 da LEP. *A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II - sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111). § 1º O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta. § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, deverá ser ouvido previamente o condenado. (grifo nosso)*

preocupação do legislador constitucional com a individualização do cumprimento da pena, nos incisos XLVIII, (*a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado*) e L (*às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação*).

Finalizada a apresentação dos princípios gerais da execução penal, passamos a análise do artigo 28 da Lei de Execução Penal.

5 INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Neste último capítulo realizaremos algumas discussões introdutórias relativamente a manifesta inconstitucionalidade prevista no parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Execução Penal¹³.

É interessante ressaltar que o objetivo principal da LEP, como definido em vários dispositivos de seu texto e em sua base principiológica exposta no capítulo anterior, é o de oferecer um arcabouço de direitos e deveres dos presos durante o cumprimento de suas penas de forma a reintegrá-lo ao convívio social. Isso está inclusive expresso em seu art. 1º: “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

¹³ Art. 28 da LEP. *O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva. § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene. § 2º **O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.** (grifo nosso)*

Essa intencionalidade de proteção do legislador também é destacada por Espinoza (2004, p. 96-97):

A LEP é considerada legislação de vanguarda por integrar os princípios e as garantias estipulados nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Para autores como Mirabete, trata-se de obra extremamente moderna de legislação, uma vez que reconhece o respeito aos direitos humanos dos presos, e seu conteúdo abarca várias previsões que ordenam o tratamento individualizado, protegem os direitos substantivos e processuais de presos e presas e garantem assistência médica, jurídica, educacional, social, religiosa e material. Como um todo, o foco dessa norma não é punir, mas ressocializar os condenados. Além da preocupação com a humanização do sistema prisional, incita os juízes a sentenciar penas alternativas como fianças, serviços comunitários e suspensão condicional da pena

Outro dispositivo da LEP que também reafirma a função de tutela dos direitos dos presos é o artigo 3º: “*Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*”.

A mensagem do legislador é muito clara, o Estado é obrigado a conservar durante o cumprimento da pena, todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do preso.

E aqui também encontramos uma importante questão que demonstra a existência de um conflito no âmbito interno da LEP. Ao vedar a sujeição do trabalho do preso à CLT, conforme expresso no § 2º do art. 28, o legislador criou uma contradição interna. Não conseguimos vislumbrar de que forma a sentença penal condenatória produz

efeitos limitadores ao amplo exercício dos direitos trabalhistas pelas pessoas encarceradas. Diferentemente do exercício dos direitos políticos, em que a Constituição expressamente o estabelece¹⁴, não há no texto constitucional qualquer determinação ao juiz no momento de decidir, limitar ou vedar o trabalho e os direitos a ele inerentes, muito pelo contrário.

Aqui novamente retornamos ao que Espinoza (2004, p. 102-103):

No Brasil, segundo a Lei de Execução Penal, o trabalho é ao mesmo tempo direito e dever. Existiria uma contradição ou as legislações estariam retrocedendo e desconsiderando as conquistas humanistas no campo da evolução dos sistemas penitenciários? É possível interpretar a LEP sob o ponto de vista garantista e afirmar que o exposto na norma infraconstitucional não pode se opor à Constituição Federal nem ao tratado de direitos humanos, que reconhecem o trabalho como um direito de todo o cidadão, mas também um dever social. Acreditamos que o descumprimento do dever do trabalho ocasiona não a imposição de uma sanção legal, mas simplesmente uma sanção moral. Quando os legisladores da LEP incorporaram a referência ao dever de trabalho, poderíamos deduzir que o fizeram pensando que ele não poderia ser utilizado como argumento adicional para infringir sofrimento ao condenado. Todavia a interpretação garantista não corresponde a intenção real do legislador, visto que a norma penitenciária indica que a recusa injustificada ao trabalho constitui falta disciplinar de natureza grave, sujeito os presos a sanções, tais como o isolamento (na própria cela ou em local adequado) ou a suspensão ou restrição de direitos (como a perda dos dias remidos pelo trabalho), além de

¹⁴ Art. 15 da CR-1988. *É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.*

provocar a elaboração de laudos com conclusões negativas a respeito da ressocialização.

Reforça-se, portanto, duas questões fundamentais, a primeira é de que o trabalho não pode ser entendido como uma obrigação do preso, e a segunda, de que não há limitação expressa ou implícita a não aplicação dos direitos fundamentais sociais trabalhistas aos indivíduos submetidos à privação de liberdade, em face de uma condenação criminal e que se encontram em uma relação de trabalho. Além de ser injusto a nosso ver é inconstitucional que o trabalho do preso lhe seja aproveitado apenas para efeitos de remição penal (art. 126 da LEP¹⁵), não gerando efeitos de outra ordem, ou mesmo, que esse seja compreendido como uma obrigação sujeita a punição no caso de seu descumprimento.

Por fim, como destacado anteriormente, a contradição deverá ser solucionada através dos critérios tradicionais de solução de conflito de normas jurídicas, considerando-se que o § 2º do art. 28 da LEP fora concebido em uma ordem constitucional anterior a de 1988, caracterizada por ser um simulacro de proteção dos direitos e garantias fundamentais, visto que sua construção ocorre durante o período de ditadura civil-militar vivido em nosso país, em que as violações de direitos humanos foram constantes. Sob o ponto da cronologia, entendemos que deverá sobrepor a lógica não restritiva do pleno exercício do direito ao trabalho expressa na Constituição da República de 1988.

Além da avaliação por meio da cronologia do dispositivo supramencionado da LEP, em face da tutela principiológica e normativa da Constituição, também será passível de solução o presente conflito através da análise da hierarquia das normas jurídicas. O § 2º do art. 28 da LEP é parte do texto da Lei n. 7.210/1984 tratando-se,

¹⁵ Art. 126 da LEP. *O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*

portanto, de uma norma de caráter infraconstitucional. Por outro lado, as normas e princípios de pleno exercício do direito ao trabalho definidos na CR-1988, não trazem como amplamente ressaltado ao longo do presente artigo, qualquer limitação expressa ou implícita ao seu exercício pelas pessoas encarceradas. Desta forma, deve-se entender que não poderia o legislador infraconstitucional estabelecer qualquer restrição no âmbito normativo ao seu pleno exercício. Ao impedir que a atividade laboral do preso se sujeite ao exposto na Consolidação das Leis do Trabalho, a disposição legal vedou o gozo pleno dos direitos trabalhistas insculpidos na Constituição para situações que não poderiam ser limitadas constitucionalmente.

6 CONCLUSÃO

A situação do cárcere devido aos efeitos que possui expõe os indivíduos a ela submetidos a uma série de limitações nos planos concreto/normativo. Por tais razões, procuramos no presente texto expor um pouco mais de tais mazelas, demonstrando que não há justificativa constitucional ou prática, para impedir o pleno aproveitamento pelos encarcerados dos direitos e efeitos produzidos pela atividade laboral por eles realizada. Apesar de a disposição estar vigente em nossa ordem jurídica desde a metade da década de 1980, poucos autores e a própria jurisprudência nacional tem sido silentes em face desta situação de violação e desrespeito aos direitos dos encarcerados. Entendemos que o problema precisa ser enfrentado e esse seria apenas um início para essa discussão.

7 REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao

/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 jun. 2014.

_____. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CUNHA, H. D. de O. **Os princípios éticos das políticas públicas de ingresso nas instituições de ensino superior do Brasil**. 2011. 354 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Educação). *Universidad de la Empresa*, Montevideo, Uruguai, 2011.

DALEPRANE, C. P. **O direito do trabalho do preso como instrumento de ressocialização penal**. Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 27 mar. 2017.

DEMO, P. **Metodologia científica das ciências sociais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FUCHS, A. M. S.; FRANÇA, M. N.; PINHEIRO, M. S. de F. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas.** Uberlândia-MG: EDUFU, 2013.

HUMBERTO, A. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Malheiros, 2014.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado.** 16. ed., rev., atual., e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008. p 42.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho.** 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, G. P. de. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, G. de S. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 13. ed., rev., atual., e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

REY, F. G. **Pesquisa Qualitativa e Subjetividade:** os processos de construção de informação. Trad. Marcel Aristides Ferrada Silva. São Paulo: Thomson, 2005.

SILVA, H. C. da. **Manual de Execução Penal.** 2. ed. Bookseller: Campinas, 2002.

SOCAS, F. P. **O trabalho no sistema prisional como fator de reinserção social do preso e combate a violência.** [s.l.] : [s.e.], [s.d.].

O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E OS SEUS REFLEXOS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Jeferson Brito Gonçalves

Advogado criminalista, pós-graduado em Direito Marítimo e Portuário pela Universidade Católica de Santos, Mestrando em Direito Internacional pela mesma instituição. E-mail: jeferson.advocacia@hotmail.com

Resumo: O Estatuto da Primeira Infância representou um grande avanço em termos específicos de legislação voltada para crianças menores de 12 (doze) anos. Seu arcabouço normativo formalizou as diretrizes e marcos de políticas públicas voltadas para o atendimento a esse segmento da sociedade. O amplo debate viabilizou importantes atualizações na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e fincou no ordenamento de a imperatividade do direito da criança em sua amplitude, passando pelo início de sua existência, acompanhando seus primeiros anos e a preparação para seu futuro ingresso no mercado de trabalho, assegurando-lhes as oportunidades necessárias para que essas se desenvolvam em condições de igualdade a todas as demais. Em matéria penal, o Estatuto trouxe importantes modificações no Processo Penal Brasileiro, em especial à criação de uma flexibilização da prisão preventiva direcionadas às pessoas que correlacionadas em grau de parentesco as crianças desse país. Tais modificações na Lei Adjetiva Penal passa a ser matéria de estudo, no sentido de se analisar o impacto de tais mudanças frente à atuação dos atores do Direito. É preciso identificar se os operadores da ordem legal nacional, em especial os magistrados, a quem compete decidir em matéria de encarceramento x liberdade ou a imposição de qualquer outra medida restritiva. Longe de se pretender esgotar a problemática, se consideramos que se trata de uma novidade legislativa (Lei aprovada em março de 2016), entretanto propõe-se um amplo debate para se tentar estabelecer se o país vai se valer de um ato normativo de forte teor humanitário.

Palavras-chave: estatuto, prisão, prisão domiciliar, encarceramento, processo penal.

INTRODUÇÃO

Fruto de um processo de avanço a implementação de políticas públicas de âmbito nacional de proteção à criança, trazendo importantes alterações na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros diplomas legislativos.

Destaque-se em especial as alterações que impôs ao Decreto Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal), criando um modelo de proteção á criança que envolve pais e mães investigados ou processados em condição de encarceramento.

A Lei 13.257/2016, denominada pelo Legislador de Estatuto da Primeira Infância, traz em seu cerne uma consolidação de políticas públicas, partindo desde o desenvolvimento, salvaguarda do interesse da criança nos seus primeiros anos de existência.

O espírito da lei trouxe também em favor dos infantes viabilidades no sentido de ampliar a sua participação nas políticas de estado, implantando desde os primeiros anos o conceito de cidadania e participação, sem prejuízo de propor a médio e longo prazo a redução das desigualdades sociais, garantindo condições mínimas de dignidade para que a criança tenha acesso à saúde, educação, alimentação, nutrição, convívio familiar, e em sociedade, amplo acesso a cultura, lazer, passando pela proteção de gestante (protegendo os direitos do nascituro) até o estágio de transição para a adolescência, onde encontrará abrigo no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nessa esteira, exsurge como objeto de análise a proposição de um debate acerca da recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.257/16 (Estatuto da Primeira Infância) sobre o Decreto Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal), com enfoque no

artigo Art. 317, incisos IV, V e VI que contemplou agentes específicos para aplicação de uma medida diversa (prisão domiciliar) da prisão preventiva em estabelecimento prisional. São estes: gestante, mulher com filho de 12 (doze) anos de idade incompletos e homem, como único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

As referidas e recentes mudanças que alterou os dispositivos do Código de Processo Penal serão enfrentadas objetivando contribuir para a Ciência do Direito, em especial o Direito Processual Penal, no que tange a questão do encarceramento em massa, contribuindo para os avanços de análise e interpretação legislativa atinente à proteção de menores com pais em situação de investigado ou processado criminalmente.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRISÃO PREVENTIVA, O ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E AS ALTERAÇÕES DO ARTIGO 317, INCISOS IV, V E VI DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Inicialmente para abrir a explanação sobre o instituto da prisão preventiva, na lição de Guilherme de Souza Nucci o conceito de prisão preventiva, é delineado como uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei (Código de Processo Penal Comentado, p.648).

Alexandre Cebrian Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves, esboça a prisão preventiva, como a modalidade de prisão processual decretada exclusivamente pelo juiz de direito quando presentes os requisitos expressamente previstos em lei. Por se tratar de medida cautelar, pressupõe a coexistência do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (Direito processual penal esquematizado, p.342). O ilustre processualista, nesse conceito traçou o referido instituto esboçando o antecedente “*fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*”), que traz como consequente a própria prisão preventiva.

Preciosa para o enriquecimento da problemática é a vertente defendida pelo doutrinador Fernando Capaz destaca que é uma prisão de natureza processual decretada

pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal, antes do trânsito em julgado, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores. A prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória, possuindo natureza tipicamente cautelar, pois visa garantir a eficácia de um futuro provimento jurisdicional, o qual poderá tornar-se útil em algumas hipóteses, se o acusado permanecer em liberdade até que haja um pronunciamento jurisdicional definitivo (Código de Processo Penal Comentado, p.313)

A exposição doutrinária por certo não estabelece *nuerus clausus* em relação ao conceito, no entanto as posições expostas quanto ao instituto da prisão processual estabelecem os ditames necessários para a perfeita compreensão.

O conceito de prisão preventiva, trata na essência de uma prisão antes da sentença transitada em julgado, decretada tem por condãoos requisitos do artigo 312, *caput*, do Código de Processo Penal (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria) e sendo uma prisão cautelar, que traduz a compreensão de proteção a pessoas, provas, a ordem (pública e econômica) e do *ius puniendi* do Estado, ao passo que, o não respeito a tais requisitos torna de plano a prisão irregular, configurando um contrangimento ilegal, passível de impetração de *habeas corpus*.

Néstor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar em sua obra Curso de Direito Processual Penal, trata também do conceito de prisão preventiva, externando a seguinte vertente: é a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual (Curso de Direito Processual Penal, cap. ix, p.916).

É matéria de discussão que a prisão preventiva poder-se-ia considerar uma antecipação de pena, ao contrário de outra corrente, que a enxerga como medida judicial necessária para atacar a prática delitiva na raiz, fazendo-a cessar.

O Diploma Adjetivo Penal estabelece um rol taxativo de exigências quanto aos requisitos de sua decretação. É mister trazer os apontamentos de Távora e Alencar em relação as previsões legais expressas no artigo 312, *caput*, CPP fazendo as seguintes ponderações:

“Não basta para a decretação da preventiva, a comprovação da materialidade e os indícios de autoria. Além da justa causa, simbolizada pela presença obrigatória destes dois elementos, é necessário que se apresente o fator de risco a justificar a efetividade da medida. As hipóteses de decretação da preventiva dão razões para a deflagração da constrição à liberdade”
(Curso de Direito Processual Penal, cap. ix, p.917).

E mais: *Vejam assim quais os fundamentos legais para a preventiva (art. 312, caput, CPP), que se consubstanciam no **periculum libertatis**, integralizando o binômio da medida cautelar¹.*

O artigo 312, *caput*, do CPP trouxe como requisitos intrínsecos e indissociáveis da prisão preventiva:

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)².”

Por seu turno, o Estatuto da Primeira Infância originou-se no Projeto de Lei nº 6998/2013, de autoria dos Deputados Federais Osmar Terra, do PMDB do Rio Grande do Sul, Nelson Marchezan Júnior, do PSDB, também do Rio Grande do Sul e Eleuses Paiva, do PSD de São Paulo, dentre outros, enfrentando todo o processo legislativo até a sua publicação e conseqüente entrada em vigor.

¹ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal: Salvador: E. JusPodium, 2016.

²http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acessado em 08/08/17,

No site camara.gov.br, acessado em 08 de agosto do presente ano, consta a seguinte indexação do PL, tratando de permissa do presente Estatuto: “Alteração, Estatuto da Criança e do Adolescente, promoção, participação, criança, direito da criança e do adolescente, política pública, primeira infância, prioridade, atendimento público, responsabilidade, família, comunidade, sociedade, Estado, proteção integral, prevenção, violência, publicidade, mídia, criação, Política Nacional Integrada pela Primeira Infância, Plano Nacional da Primeira Infância. _Inclusão, composição, conselho, direito da criança e do adolescente, representante, organização, atuação, primeira infância”.³ Aqui está em primeira mão as diretrizes primárias do presente estatuto, onde se estabelece, ao menos em rol exemplificativo o que o legislador ordinário quis propor como meta a ser alcançada pelo Estado brasileiro como política de proteção à criança.

No Senado Federal, o projeto de Lei tramitou sobre o número 14, de 2015⁴, expondo como explicação a seguinte ementa: “estabelece princípios e diretrizes para a formulação e implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e na formação humana”. Enfrentado o processo legislativo, convém tecer algumas considerações sobre a lei em especial.

A Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, abre o seu tratado no seu artigo 1º trazendo a seguinte expressão:

“Art. 1º Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);

³<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>. Acessado em 08/08/2017.

⁴<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120182>. Acessado em 08/08/2017.

altera os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); acrescenta incisos ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; altera os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008; e acrescenta parágrafos ao art. 5º da Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012”.

Com base nessa primeira exposição, observa-se o que o Estatuto propôs um plano de diretrizes e princípios na busca de proteger uma classe específica de cidadãos, a saber as crianças. Nessa esteira, seu escopo é acrescido de diversas alterações legislativas, propiciando alterações no sistema legal pátrio, contemplando outros Diplomas alcançando o direito dos infantes em todo arcabouço legal.

Está claro que a intenção do legislador passa por englobar o direito da criança, em seu período inicial de vida.

O artigo segundo, por sua vez, apresenta o conceito de primeira infância, partindo do fator temporal, ou seja, a idade do indivíduo como fator positivo do entendimento de criança, como se destaca a seguir:

“Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança”.

Esse conceito delimitador verbaliza uma condição objetiva de quem é o sujeito de alcance da norma, A partir de então, lança-se por base a questão de assegurar a prioridade absoluta em salvaguardar os direitos da criança como dever do Estado, o respeito a faixa etária e a garantia do seu desenvolvimento integral.

A partir do Art. 41, parágrafo 4º vem o impacto direto sobre o Código de Processo Penal para lhe imputar as mudanças ao grupo específico, trazendo a seguinte redação:

“§ 4º Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.” (NR)

Art. 318. (...)

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.”⁵

É de bom alvitre realçar o novo paradigma no processo penal com as referidas alterações, passando a aclarar a importância do parecer doutrinário e jurisprudencial quanto à matéria, especialmente afluindo a humanização do sistema prisional, destacando que o Estatuto quando insere no Diploma Processual, a proteção dos menores de 6 anos que porventura necessite de cuidados especiais ou portador de deficiência, gestante, mulher com filhos de 12 anos incompletos e homem, como sendo único responsável pelos filhos menores de 12 anos incompletos.

A estes, o Código de Processo Penal passou a propor aos presos preventivos, nas condições especificadas em lei, a possibilidade de cumprir a medida cautelar segregatória em regime domiciliar, afastando ao menos neste momento processual, a permanência do indiciado ou processado, fora do cárcere.

Convém, nesse diapasão de análise, traçar o conceito e a natureza jurídica da prisão domiciliar.

Para tal, recorre-se a obra do ilustre doutrinador Cezar Roberto Bittencourt, em sua obra Tratado de Direito Penal⁶, exaure-se a seguinte concepção:

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acessado em 09/08/2017.

⁶ BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1 – 22 ed., ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva 2016, pág. 624 e 625.

“Segundo a orientação da Reforma Penal de 1984, o regime aberto, como gênero, deverá ser cumprido em (a) *prisão – albergue*, (b) *prisão em estabelecimento adequado* e (c) *prisão domiciliar* (arts. 33, §1º, c, do CP e 117 da LEP). Fácil é concluir que a *prisão domiciliar* constitui somente *espécie* do gênero aberto e, como exceção, exige a presença de mais requisitos para a sua concessão.”

E mais:

A *prisão domiciliar*, indiscriminadamente concedida durante a vigência da lei anterior, com graves prejuízos à *defesa social*, recebeu restrições na Reforma Penal de 1984. Mas, apesar da crise pelo seu mau uso antes da Reforma Penal, o legislador brasileiro não a suprimiu. A contrário, adotou-a. Porém, restringiu e estabeleceu com precisão as suas hipóteses(...). A exposição de motivos foi incisiva nesse particular, “reconhecendo que a prisão-albergue não se confunde com a prisão domiciliar.”

Na preleção de Néstor Távora e Rosmar Rodrigues, a prisão domiciliar barca a seguinte compreensão:

“A prisão domiciliar é medida cautelar cerceadora de liberdade prevista expressamente nos artigos 317 e 318 do Código, e tem lugar toda vez que a execução da prisão preventiva expressamente não seja recomendada em cadeia pública (para os presos provisórios) ou em prisão especial (para os acusados que

detém essa prerrogativa por força de lei), em razão de condições especiais mormente as relacionadas à idade e à saúde do agente.”⁷

E prossegue...

“A prisão domiciliar é decretada em substituição da preventiva, sempre por ordem judicial. Consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela se ausentar por ordem do juiz. Para seu deferimento é exigida prova idônea evidenciando a situação específica que a autorize.”

A partir da análise dos doutrinadores supracitados, podemos esboçar que a prisão domiciliar representa o enclausuramento do indivíduo em sua própria morada em substituição ao centro de detenção ou da Delegacia de Polícia que tem o espaço físico para comportar pessoas detidas.

Além das questões meramente conceituais, o conteúdo da norma traz um considerável avanço no sentido de criar mecanismos estatais de trabalhar a contraposição ao encarceramento em massa, que por sua vez, não tem se revelado o método mais eficaz de ressocialização de agentes delituosos, e por via de consequência, a sua reinserção no seio social e combate aos crescentes indicadores de criminalidade. Ao Estado, propõe-se como interessante, tentar ao máximo evitar a reincidência delitiva e o convívio no cárcere, podendo configurar o fim dessa estratégia de política criminal.

PRESOS PREVENTIVOS SUJEITOS DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

⁷ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal: Salvador: Ed. JusPodium, 2016. ix.p.940.

As alterações sofridas pelo Código de Processo Penal oriundas do Estatuto da Primeira Infância, tratando de forma detida sobre agentes presos preventivamente, contemplou algumas classes de pessoas que estão em estado de gravidez, ou seja, salvaguarda de nascituros ou crianças no conceito legal do artigo inicial da destacada lei. Está claro que os sujeitos de proteção, ao menos em uma análise perfunctória, são os nascituros, as crianças de 12 (doze) anos incompletos.

Não se quer nessa análise discutir o grau de culpa ou periculosidade do agente, ou, ainda o perigo em abstrato do delito que lhe são imputados, ao contrário, a inovação legislativa vem a lume para proteger quem não tem, ao menos em tese, absolutamente, nenhum envolvimento com ato praticado pelo genitor.

Com base nesse introito, passemos a analisar detidamente quem são os sujeitos de direito contemplados pela reforma do Diploma Adjetivo Penal.

GESTANTES

Segundo o Dicionário *Online* de Português⁸ o significado de gestante traz em seu escopo “quem tem em si o embrião, que está em gestação” ou “a mulher em período de gravidez”.

Em suma, na previsão do artigo 318, IV, do CPP, é possível por decisão judicial a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Não sem razão, no período de gestação, tanto o feto como a mãe, precisam de cuidados específicos, ao passo que os cuidados à saúde da genitora, tem reflexos diretos no desenvolvimento do nascituro.

Para respaldar tal questão é importante trazer à baila o preceito esculpido no artigo 2º, do Código Civil Brasileiro, que contempla a figura do feto ainda no ventre materno:

⁸ <https://www.dicio.com.br/gestante/>. Acessado em 10/08/2017.

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”⁹

A expressão “a lei põe a salvo os direitos do nascituro”, representa a preocupação do ente estatal em prover o necessário para que mãe e feto tenham a proteção necessária para que vivam de forma digna, respaldando o artigo 1º, III, da Carta da República que traz como fundamento da República a “dignidade de pessoa humana”.

Discorrendo sobre a prisão domiciliar Néstor e Osmar, trazem a seguinte proposição:

“Nos termos do art. 318, do CPP, o juiz poderá substituir a preventiva pela prisão domiciliar quando o agente: (1) contar com mais de oitenta anos; (2) estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave. (3) for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos de idade ou com deficiência; e (4) for gestante a partir do sétimo mês de gestação ou se sua gravidez for de alto risco.”¹⁰

Não concordamos com a proposição dos autores, no sentido de restringir a aplicação da prisão domiciliar a gestantes “no sétimo mês de gravidez” ou “se a sua gravidez for de alto risco”. Isso porque, se considerarmos a interpretação gramatical, teleológica e sistemática do inciso IV, vamos detectar que as exposições dos processualistas tornam a aplicação da norma muito mais restritiva, considerando que o texto diz “gestante”, sem impor qualquer outra condição para a concessão a não ser o fato da mulher enclausurada preventivamente estar grávida.

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em 10/08/2017.

¹⁰ TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal: Salvador: Ed. JusPodium, 2016. ix.p.940.

Portanto, a inclusão do inciso IV, no artigo 318, do Código de Processo Penal contemplou mães e filhos no ventre, na salvaguarda de sua integridade física e psíquica, relativizando a imposição do cárcere ao menos no período de gestação e nos primeiros meses de vida da criança.

MULHER COM FILHO DE ATÉ 12 ANOS DE IDADE INCOMPLETOS

Outra classe de sujeitos acrescidos pela Lei nº 13.257/16 são as mulheres com filho Ed até 12 (dozes) anos incompletos.

Essa compreensão de um tratamento mais humano a mães presas preventivamente e que poderiam receber um tratamento diferenciado junto à legislação ordinária.

O precedente teve em seu nascedouro na 65ª Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, propondo as Regras de Bangkok, com o fim de propor, segundo dispõe o Anuário Brasilina ONU 2010/2011¹¹ “regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (regras de Bangkok)”.

No resumo, ficou estabelecido o seguinte compromisso aos estados membros: “a resolução adotou as 70 Regras, desenvolvidas em um encontro de especialistas em Bangcoc em novembro de 2009. Elas cobrem questões como a provisão de serviços de saúde específicos por gênero, orientações e tratamento de crianças que vivem com suas mães em prisões, preocupações específicas a respeito de mulheres prisioneiras e desenvolvimento de programas pré e pós-libertação que levem em conta a estigmatização e discriminação que as mulheres enfrentam quando saem da prisão.”

A proposição de ONU sob nenhum enfoque estabelece um salvo conduto para a prática de crimes por parte das mulheres, mas apontam os caminhos que trabalham

¹¹ http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Anu%C3%A1rioBrasilnaONU_2010_2011.pdf. Acessado em 10/08/2017.

adversamente contra ao que se convencionou denominar “Direito Penal do Inimigo”, sendo um importante progresso da civilização concernente a busca da ressocialização.

Tratando especificamente de mães com filhos, classificado na legislação de até 12 (doze) anos, fica clarividente que o legislador quis contemplar as mulheres presas preventivamente, mas com atenção especial aos seus filhos para que as futuras gerações não se adaptem a realidade do cárcere nesse período de primeira infância as portas de entrada da adolescência.

Para atender ao conceito etário de criança, recorreremos ao artigo 2º, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”¹²

A Lei nº 13.257/16, por sua vez, propôs o enfoque no que é a primeira infância, também recorrendo a questão etária: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança.”

Portanto, ao menos no conceito legal, temos como primeira infância os primeiros anos 6 (seis) anos do infante, de sorte que, se considera criança, a pessoa de até 12 (doze) anos incompletos. O inciso V, do artigo 318, absorve a criança na amplitude ofertada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Importante trazer a opinião da jornalista Nana Queiroz em entrevista ao site do Conselho Nacional de Justiça¹³ sobre a questão da prisão das mulheres e as Regras de Bangkok ao qual convém consignar:

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acessado em 10/08/2017.

¹³ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-de-genero-do-sistema-penal-diz-autora>. Acessado em 10/08/2017.

“As Regras de Bangkok abordam muito bem a questão da maternidade de forma humana, para garantir que a criança tenha contato com a mãe não só porque é bom para a ressocialização da mãe, mas porque é bom para a psique da criança e para o desenvolvimento dela. Se ela vai conviver com a mãe, ela precisa de um ambiente de estímulo educativo, tem de ter fim de semana com a família quando possível, tem de socializar com outras crianças, conviver com animais, ter banho de sol, cuidado médico, uma série de coisas que são abordadas nas Regras de Bangkok e são muito importantes para essas crianças. É por desconsiderar as especificidades de gênero que o Brasil comete as maiores violações de direitos humanos no sistema carcerário feminino do Brasil.”

Embrionariamente, o Brasil começou a colocar em prática as Regras de Bangkok justamente com a promulgação do Estatuto da Primeira Infância, mas ainda se observa uma extensa distância entre o contexto teórico da lei a prática na vivência das mulheres nos presídios brasileiros.

O contexto desumano a que são submetidas mães e filhos revela o atraso que vive o país no seu processo de desencarceramento em massa e a ineficácia e resistência de trabalhar como medidas alternativas ao enclausuramento, surgindo como opção à possibilidade de prisão domiciliar, que não configura convivência com o crime ou anuência à impunidade.

Diante disso se impõe um conflito de direitos. É direito e dever do Estado punir quem comete um delito, que rompe com a perenidade social, por outro lado, é direito de uma mãe conviver com seu filho.

HOMEM, CASO SEJA O ÚNICO RESPONSÁVEL PELOS CUIDADOS DO FILHO DE 12 ANOS DE IDADE INCOMPLETOS

Nesse tópico muda-se o gênero em análise. Os dois primeiros incisos se debruçaram sobre a mulher grávida e a mulher, mãe de filho de até 12 (doze) anos incompletos, passemos a analisar a situação de pais como único responsável por filhos de até 12 (doze) anos incompletos.

O enfoque sobre o homem preso preventivamente exige uma condição específica para a concessão de eventual benefício da prisão preventiva.

A lei exige que esse seja o único responsável pela criança. Tal condição aponta para o homem divorciado e que tem a guarda dos filhos, acrescentando que nesse período de custódia cautelar fosse inviável deixar as crianças com as respectivas mães ou avós. Para um pleito de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar perante o juiz competente, exigiria desse sujeito de direito um extenso arcabouço probatório, observando que a concessão do benefício processual não é automática, devendo ser submetido à autoridade judiciária que avaliará se defere ou não o requerimento, fazendo-o de maneira fundamentada (Art. 93, IX, da CF).

Outra situação envolve o homem em estado de viuvez. Nesse caso, também poderia entrar no critério do magistrado que se debruçará sobre o caso se existe ou não outros parentes que poderiam ficar a cargo de cuidar das crianças no período em que o pai restará preso preventivamente.

A condição do homem de pai de filho na primeira infância ou menor de 12 (doze) anos incompletos, por certo, tem uma natureza mais árdua em comparação à mulher, para a concessão do benefício. Contudo, pode-se enxergar de forma clara que o legislador mais uma vez contemplou a proteção ao direito da criança de conviver com seu genitor nos seus primeiros anos de existência.

MEDIDA LEGISLATIVA COMO AÇÃO ESTATAL DE COMBATE AO ENCARCERAMENTO EM MASSA

O Brasil tem na atualidade a 4ª maior população carcerária do mundo. Dados do Ministério da Justiça divulgados no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Junho de 2014 demonstra que o Brasil alcançou a marca de 607.731 presos. No país, cerca de 222.190 mil presos, são presos provisórios, ou seja, encarcerados que não teve contra si uma sentença penal condenatória transitado em julgado, segundo relatório do SISDEPEN.¹⁴

Diante de números tão alarmantes, detecta-se uma desídia do Poder Público quanto ao enfrentamento da temática. O direito positivo pátrio já tem mecanismos suficientes para tratar de forma frontal esse mal social. Tem se consolidado no direito pátrio adesão do instituto da audiência de custódia, a aplicação das medidas alternativas ao encarceramento e recentemente as alterações legislativas no Código de Processo Penal, possibilitando a prisão domiciliar de pais com filhos menores ou mães em estado de gestação, preparando a nação para honrar o compromisso assumido perante as ONU em reunião em 5 de Maio de 2017 de até 2019 reduzir em 10% a sua população carcerária.¹⁵ Ao contrário do que defendem os propagadores do “Direito Penal do Inimigo” e os adeptos da “Vingança Penal”, o encarceramento em massa tem reflexos precípuos no seio social, de sorte que, o Brasil pode começar a tratar da questão fazendo cumprir a legislação vigente e conferir e estes excluídos a possibilidade do exercício ao seu pleno direito à liberdade, quando a decretação ou manutenção da prisão for desnecessária.

Na análise da legislação vigente que garante a certos agentes elencados no Diploma Adjetivo Penal a viabilidade de prisão domiciliar. Tal instrumento exsurge como novidade no arcabouço legal pátrio, mas pode se revelar um instrumento eficaz na

¹⁴ <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 10/08/2017.

¹⁵ <http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/47213-proposta-demagogica>. Acesso em 17/07/2017.

tentativa de minimizar o aumento exacerbado do encarceramento em massa e quem sabe até tentar reverter essa condição, desenvolvendo uma política eficaz de ressocialização, sendo esse um dos objetivos do exercício do *ius puniendi* estatal, além de coibir novas práticas delituosas.

O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR COM BASE NOS INCISOS IV, V E VI, DO ARTIGO 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Por tratar-se de um tema relativamente novo não possibilita não é possível, ao menos nesse primeiro momento, ter-se uma jurisprudência consolidada sobre a temática.

Há posicionamentos para todas as correntes de interpretação possíveis, tanto para concessão da prisão domiciliar com base em critérios meramente objetivos, ou seja, estando a mulher grávida, ser mãe de criança menor de 12 (doze) anos incompletos ou homem como único responsável pelos cuidados de criança menor de 12 (doze) anos incompletos, é o azo necessário para a conversão da prisão processual em cadeia pública em prisão domiciliar.

Por outro lado há julgadores que ignoram o espírito da norma e se prevalecem de um equívoco na redação do artigo 318, quando diz “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pelo domiciliar do agente”, tornando a conversão da restrição de liberdade sob critérios objetivos (requisitos exigidos em lei) e subjetivos (condições relacionadas ao agente), tais como, gravidade do delito, periculosidade do investigado ou processado, repercussão do delito praticado no seio social, a opinião e o clamor público, dentre outros fatores influenciadores.

Trataremos de forma escalonada em termos de instâncias judiciais, apresentando alguns posicionamentos atinentes à matéria.

No interior de São Paulo, especificamente na Comarca de Pacaembú, foi requerido o benefício em favor de uma ré que tinha dois filhos menores de 12 (anos), tendo a seguinte resposta:

“Trata-se de pedido de concessão de prisão domiciliar formulado pela co-ré A. P. C. Em suma, invoca o preceito do artigo 318, V, do C.P.P., ou seja, fundamento seu pedido, alicerçado na condição de: "V – mulher com filho até 12 (doze) anos de idade incompletos". Pois bem, a existência de proles infantis estão comprovadas pelas Certidões de Nascimentos de A.C.D.S., juntada as fls. 412 e A. C. S., encartada as fls. 413. Contudo, numa análise ampla do benefício concedido pelo citado artigo, observa-se que no inciso posterior, ou seja, VI, estabelece: "VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos". Pois bem, de forma harmônica, deve se entender que tanto no caso do homem (VI) quanto no da mulher (V), que sejam os únicos responsáveis pelo cuidado dos filhos. Nesse passo, destaco que a própria acusada assevera que as crianças estão sendo cuidadas pelos avós maternos (fls. 410), alegando ausência de condições econômicas e psicológicas deles para tal fim. Ora, tais elementos devem estar acompanhados de prova idônea da assertiva, de forma que sequer sabemos a idade dos avós maternos e muito menos a incapacidade alegada. Repiso, no caso específico da acusada o benefício é concedido em caráter excepcionalíssimo, ou seja, diante da inexistência de outros responsáveis, nos mesmos moldes do homem (art. 318, V, do C.P.P.). Diante desse quadro, ausentes elementos que indiquem a incapacidade dos avós

materno ventiladas no petitório, a improcedência do pedido é medida de rigor. Posto isso, indefiro o pedido de prisão domiciliar formulado por A. P. C.”¹⁶

Nota-se de forma evidente, que o magistrado que enfrentou a matéria utilizou-se do inciso aplicável ao homem (VI), para negar o benefício a uma mulher, negando a vigência de uma norma aplicável aos menores.

Ainda no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça Bandeirante que decidiu dessa forma:

“Denega-se o “writ”. Consoante se extrai das informações prestadas pela douta autoridade apontada como coatora, a paciente foi presa em flagrante em 20 de novembro de 2016 e denunciada por suposta infração ao artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06. Trata-se, o tráfico ilícito de entorpecentes, de crime equiparado aos hediondos, a desmerecer qualquer tratamento ameno. Com efeito, presente qualquer das hipóteses que autorizam a prisão preventiva, estabelecidas pelos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, ou assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria -, é o quanto basta para a decretação da cautelar. Essa avaliação é de ser feita pelo Juiz da causa, não se podendo exigir dele, nesse momento, por óbvio a mesma certeza que se exige para a condenação. Também não pode ser acolhida a alegada falta de fundamentação da r. decisão impugnada (fls. 17/18). O MM. Juiz de Direito, ao contrário

¹⁶ <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.doProcesso=0005078.47.2016.8.26.0411>

do alegado pelo digno impetrante, apontou, ainda que de forma sucinta, os motivos ensejadores de tal medida. O tema em questão vem sendo enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça em seus julgados e apontam que o Magistrado precisa analisar em primeiro plano os elementos do caso concreto para verificar se é caso, ou não, de substituir a prisão preventiva pela domiciliar. Anote-se, ainda, que a Lei nº 13.257/16 não obriga o Magistrado a substituir a prisão preventiva pela segregação domiciliar. Com efeito, a lei utiliza o verbo “poderá”, e não “deverá”, deixando a critério do julgador aplicar tal substituição ao caso concreto, se o caso. A custódia cautelar da paciente revela-se, assim, imprescindível não só para a manutenção da ordem pública e no interesse da instrução criminal, como, ainda, para a garantia da eventual aplicação da lei penal. Em suma, não há, ao menos por enquanto, qualquer constrangimento ilegal a ser afastado. Denega-se, dessarte, o “writ”.¹⁷

Denota-se o entendimento exarado tendo-se por base o equívoco de redação do artigo 318, que externa “poderá” ou invés de “deverá”, conforme mencionado em linhas anteriores, considerando que uma norma que visa proteger as crianças tem caráter cogente e não pode ficar ao alvedrio do julgador de plantão.

Ademais, trata-se de uma norma de caráter humanitário, e os aumentos dos índices de violência urbana fazem com que os membros do Poder Judiciário interpretem normas dessa vertente de forma muito restritiva, ao passo que distancia o país do compromisso

¹⁷TJSP 15ª Câmara de Direito Criminal. Habeas Corpus nº 2092022-53.2017.8.26.0000 – Pacaembu/SP, rel. Des. Poças Leitão, j. 27.07.2017

assumido na 65ª Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas que propôs às regras de Bangkok, configurando um contrassenso.

No Superior Tribunal de Justiça há uma ponta de esperança em termos de uma interpretação mais humanitária quanto à temática. O Ministro Nefi Cordeiro nos autos de HC nº 362.922/PR ministrou uma aula em seu voto, percorrendo a estrutura do Direito Internacional em seus tratados internacionais, bem como, traz uma luz quanto a interpretação do Estatuto da Primeira Infância e as alterações que impôs ao Código de Processo Penal, nos termos da ementa em destaque:

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS . TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PROCESSUAL. FILHO EM PRIMEIRA INFÂNCIA. PROTEÇÃO DIFERENCIADA À MÃE. PRESUNÇÃO LEGAL DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E CUIDADOS. MOTIVAÇÃO DE EXCEPCIONAMENTO NÃO RAZOÁVEL. ILEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), a partir das Regras de Bangkok, normatizou diferenciado tratamento cautelar em proteção à gestante e à criança (a mãe com legalmente presumida necessidade de cuidar do filho, o pai mediante casuística comprovação - art. 318, IV, V e VI do Código de Processo Penal), cabendo ao magistrado justificar a excepcional não incidência da prisão domiciliar - por situações onde os riscos sociais ou ao processo exijam cautelares outras, cumuladas ou não, como o monitoramento eletrônico, a apresentação judicial, ou mesmo o cumprimento em estabelecimento prisional. 2. Decisão atacada que exige descabida prova da necessidade dos cuidados maternos, condição que é legalmente presumida, e não justifica concretamente a

insuficiência da cautelar de prisão domiciliar. 3. Paciente que é mãe de duas crianças, com dois e seis anos de idade, de modo que o excepcionamento à regra geral de proteção à primeira infância pela presença materna exigiria específica fundamentação concreta, o que não se verifica na espécie, evidenciando-se a ocorrência de constrangimento ilegal. 4. Concedido o habeas corpus para fixar a prisão domiciliar à paciente, ressalvada a sempre cabível revisão judicial periódica de necessidade e adequação, inclusive para incidência de cautelares mais gravosas.”¹⁸

É bem da verdade, que esse entendimento não é unanimidade no Tribunal Superior, de sorte que, o fortalecimento e consolidação da tese humanitária vai exigir muita perseverança dos operadores do Direito, principalmente dos defensores.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar de *Habeas Corpus* nº 141.874 de São Paulo, do qual se traz um trecho de liminar concedida:

“Penas não privativas de liberdade serão preferíveis às mulheres grávidas e com filhos dependentes, quando for possível e apropriado, sendo a pena de prisão apenas considerada quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do filho ou filhos e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado”. A necessidade de observância das Regras de Bangkok, acrescente-se, foi apontada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 126.107/SP, e tem sido constantemente invocada pelo

¹⁸ STJ. 6ª Turma. Habeas Corpus nº 362.292/PR, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 06.04.2017

Ministro Celso de Mello em seus pronunciamentos orais na Segunda Turma. Sobre o tema, menciono também as seguintes decisões monocráticas de membros da Primeira Turma do STF: Ministro Barroso – nos HCs: 134.979/DF, DJe 1º.8.2016; 134.130/DF, DJe 30.5.2016; 133.179/DF, DJe 5.4.2016 e 129.001/SP, DJe 3.8.2015. E do Ministro Marco Aurélio – no HC133.532/DF, DJe 12.5.2016. Por fim, observo que o crime supostamente praticado pela paciente não envolve violência ou grave ameaça à pessoa. Por todo o exposto, após o exame dos documentos acostados aos autos pela impetrante, constato a existência dos requisitos autorizadores da concessão da liminar pleiteada (*fumus boni juris* e *periculum in mora*). Assim, nos termos do art. 318, inciso V, do CPP (mulher com filho de até 12 anos incompletos), defiro o pedido liminar nos termos requeridos, para determinar a imediata substituição da segregação preventiva da paciente F. C. B. por prisão domiciliar, até o julgamento do mérito do presente habeas corpus, sem prejuízo de ulterior decisão do Juízo processante no que concerne ao disposto no art. 316 do Código de Processo Penal.”¹⁹

Pela inovação do texto legal, precisaremos ver com a submissão dos casos ao Judiciário qual será a real posição a se consolidar de um destacável avanço legislativo em matéria humanitária.

CONCLUSÃO

¹⁹ STF. HC 141874 MC / SP - relator(a): Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 31/03/2017

Trata-se de um desfecho inconclusivo, até porque não se tem a pretensão de esgotar a temática apresentando-a como método único de diminuição da população carcerária, no entanto, como parte de um complexo sistema legislativo e um árduo trabalho de convencimento da sociedade, pode-se encontrar nas alterações legislativas apresentadas, um importante canal de desafio ao sistema prisional que beira concorrer para uma falência da função do Estado em mitigar a criminalidade, bem como de ressocializar os agentes que incorreram em ferir a paz social.

O Brasil precisa amadurecer em relação às normas processuais penais humanitárias. Pode-se observar a relutância entre alguns magistrados em conceder algum benefício que represente o desencarceramento, negando vigência aos compromissos brasileiros com os tratados internacionais, em especial à atenção que deve ser conferida às mulheres em condição de enclausuradas.

Acrescente-se a isso, propor questionamentos ao plano estratégico atual e, em uma análise intrínseca discutir se a República brasileira tem ao menos se esforçado a atender ao clamor destes excluídos e se debruçar de forma séria quanto ao cumprimento dos compromissos internacionais recepcionados no direito doméstico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal: Salvador: Ed. JusPodium, 2016.

BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1 – 22 ed., ver., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva 2016.

SITES DA INTERNET

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acessado em 08/08/17.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=604836>.

Acessado em 08/08/2017.

<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120182>. Acessado em 08/08/2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acessado em 09/08/2017.

http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Anu%C3%A1rioBrasilnaONU_2010_2011.pdf. Acessado em 10/08/2017.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acessado em 10/08/2017.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-de-genero-do-sistema-penal-diz-autora>. Acessado em 10/08/2017.

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Aceso em 10/08/2017.

<http://www.conectas.org/pt/acoes/politica-externa/noticia/47213-proposta-demagogica>. Acesso em 17/07/2017.

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirPastaProcessoDigital.doProcesso=0005078.47.2016.8.26.0411>

**FEMINIZAÇÃO DA POBREZA E O TRÁFICO DE DROGAS:
ENCARCERAMENTO EM MASSA DA MULHER POBRE BRASILEIRA**

Jéssica Santiago Cury

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP; Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito de Franca – FDF.

Matheus de Araújo Alves

Mestrando em Direito pela Universidade FUMEC; Especialista em Ciências Penais pelo
IEC - PUC Minas; Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-
Uniderp; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas – UNIPAM.

Resumo: Este trabalho visa analisar o crescente número de encarceramentos femininos pelo crime de tráfico de drogas que, a partir o início dos anos 90, se tornou o principal delito no processo de criminalização da mulher. Quando remetemos à criminalidade feminina no contexto latino-americano é necessário, primeiramente, examinar as complexas condições socioeconômicas da região, pois a desigualdade social na América Latina é uma característica marcante em seu território. E são as mulheres as mais atingidas por esse processo de desigualdade, uma vez que, segundo relatório do PNUD (2013), estima-se que 1,57 bilhão de pessoas vivem em estado de “pobreza multidimensional”, sendo 70% destas, do sexo feminino. É nessa perspectiva que Rosa Del Olmo (2004) afirma que o crescente aumento das mulheres envolvidas no tráfico de drogas ocorre paralelamente à “quebra da estrutura sócio ocupacional”, isto é, mudanças nas relações de trabalho, grandes modificações nas estruturas familiares e o aprofundamento do processo conhecido como “feminização da pobreza”. Este conceito usado pela autora, conforme NOVELLINO (2004), foi utilizado pela primeira vez por Diane Pearce em 1978, fazendo referência à ideia de que “a pobreza está rapidamente se tornando um problema feminino”. Tal afirmação é corroborada pelos altos níveis de pobreza em que se encontram as mulheres ou as casas chefiadas por elas. Nesse ínterim, a pesquisa procura demonstrar como tal fenômeno propicia a entrada das mulheres pobres no

narcotráfico, bem como a facilitação de sua seleção pelo sistema de justiça criminal. Para a realização da pesquisa foram usadas diversas ferramentas: a princípio, se fez necessário um aprofundamento bibliográfico acerca do tema e dos conceitos que constituem o objeto estudado (mulheres e tráfico de drogas) com o propósito de reunir ainda mais conhecimento para fundamentar a pesquisa, além de uma análise de dados quantitativos e de fontes oficiais. Por fim, analisamos os resultados de pesquisas empíricas realizadas na área, que foram estruturadas a partir de questionários e entrevistas semiestruturadas. Com os resultados preliminares do presente trabalho, percebe-se como a população feminina está sofrendo de forma gradativa com a política de repressão às drogas, na qual obedece a uma lógica de violência e intensa restrição de direitos, além das alterações no processo de criminalização das mulheres que vem sofrendo alterações, não mais em conotações de gênero, mas sim na criminalização da pobreza e na seletividade da justiça criminal em relação à população de baixa renda.

Palavras-chave: Feminização da Pobreza. Tráfico de Drogas. Encarceramento em Massa.

1 INTRODUÇÃO

A falta de discussão a respeito do tema do aprisionamento feminino se baseia no fato de que a estrutura punitiva e a prisão são de matriz recente, idealizada no século XIX a partir das Casas de Correção que, desde 1555, na Europa, tinham a função de “recolher” das cidades determinados indivíduos, tais como: mendigos, desempregados, prostitutas, marginalizados e ladrões e, simultaneamente, explorar a mão de obra destes, de preferência do sexo masculino, no trabalho interno forçado e pesado.

A partir destes métodos de controle social, as necessidades do capitalismo fizeram com que, com o passar dos séculos, os detentores do poder punitivo aprimorassem esse modelo correcional para aprisionar os agentes de crimes praticados contra o patrimônio da classe dominante e explorassem de sua mão de obra.

Ao observar o atual perfil das pessoas encarceradas no Brasil, é possível corroborar com essa mesma visão, uma vez que há uma clara desproporção entre a programação legal do sistema penal e a capacidade operacional das agências de controle, para perseguir e punir os agentes que cometem crimes, a qual é muito inferior ao verdadeiro número de crimes praticados.

A seletividade do sistema penal e das agências de controle também alcançam o universo prisional feminino, uma vez que o número de aprisionamento de mulheres de baixa renda vem aumentando a cada dia no Brasil. A crescente participação feminina no tráfico de drogas é um dos principais fatores para o aumento deste índice, não pelo fato delas serem aliciadas ou influenciadas por seus companheiros e familiares envolvidos no tráfico, mas, principalmente, pela feminização da pobreza.

Nas últimas décadas as mulheres vêm se tornando cada vez mais referência nos lares brasileiros, muitas vezes como a única responsável pelo sustento das famílias monoparentais. Um dos reflexos da feminização da pobreza é a dificuldade de inserção destas no mercado de trabalho lícito e formal, comprometendo o sustento de seus dependentes e orientando suas escolhas de vida. Esta vulnerabilidade social contribui, não exclusivamente, mas como muito afimco, para a inserção das mulheres no tráfico de drogas e, conseqüentemente, para sua criminalização.

2. O SISTEMA CARCERÁRIO SOB A ÓTICA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Para a Criminologia Tradicional, o crime decorreria, exclusivamente, das condições patológicas de seu agente, o qual possuiria características inerentes que o levariam a praticar determinada infração penal. Essa criminologia, especialmente a Positivista, examina a sociedade de forma “igualitária”, onde todos são iguais e apresentam as mesmas características perante o Sistema Penal. Nesse sentido, Arguello (2005, p. 9) afirma que:

A criminologia positivista tradicional caracteriza-se por um paradigma etiológico, pelo qual a criminalidade se torna um atributo de

determinados indivíduos (“anormais”), cuja propensão a delinquir pode ser determinada pelas suas características biológicas e psicológicas (diferenciando-os dos indivíduos “normais”), ou pelos fatores socioambientais a que estão submetidos. Essa criminologia etiológica (individual ou socioestrutural) parte das seguintes questões, entre outras: quem é o criminoso? Por que pratica o crime? Quais fatores socioambientais influenciam nas taxas de criminalidade? Enfim, busca as causas ou os fatores da criminalidade com o objetivo de individualizar as medidas adequadas para eliminá-los, intervindo sobre o comportamento do autor. A ideologia da defesa social ainda predomina na criminologia contemporânea, embora tenha sido questionada e praticamente substituída por um outro paradigma, o do *labeling approach* (paradigma da reação social).

Este outro paradigma, o *labeling approach*, também chamado de “etiquetamento social”, se manifestou como desenvolvimento da Criminologia Clássica e inaugurou a denominada Criminologia Crítica, onde a criminalidade seria um *status* atribuído a alguns indivíduos pertencentes às classes sociais economicamente inferiores. Essa atribuição seria levada a efeito pelas classes sociais dominantes, aquelas que detém o poder econômico e que imputariam aos pobres, negros e demais indivíduos desfavorecidos pela sociedade de consumo, a condição de criminalizados e marginalizados.

Para a teoria do etiquetamento social, as complexas relações sociais e de controle de poder influenciam na seleção das condutas a serem criminalizadas e a reação social para com cada uma delas. Isso, através das agências formais de controle, caracterizando-se pela jurisdicionalização penal (criminalização primária) e agentes públicos inseridos na cadeia de atos processuais penais (criminalização secundária), além das instituições informais de controle, como a família, a igreja, a imprensa, etc. O questionamento de “quem é o criminoso?” é substituído por “quem é definido como criminoso?”. Bauman (2005, p.1), nesse sentido, indaga: "as coisas são descartáveis por sua feiura, ou são feias por terem sido destinadas ao lixo?". Neste sentido, Baratta (2002, p. 86) afirma que:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não pode compreender a criminologia se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”.

Por tais motivos que a Criminologia Crítica entende que a prisão, na verdade, é uma necessidade do sistema capitalista, funcionando como um pilar de manutenção desta estrutura excludente. Isso devido o fato do sistema penal, dentro do qual se insere a prisão, permite a perpetuação do sistema social, possibilitando e incentivando as desigualdades sociais e, conseqüentemente, a marginalidade. Com isso, o sistema penal atua como um facilitador da verticalidade social, impedindo possíveis ascensões das classes mais baixas e potencializando sua criminalização/estigmatização.

A Criminologia Crítica não consegue explicar toda a fenomenologia de um crime, já que o delito também envolve aspectos individuais do agente que merecem ser considerados. Porém, sua contribuição, através da *labeling approach theory*, é indispensável para que se entenda o funcionamento do sistema penal. Seguindo esta linha de raciocínio, os chamados “etiquetados”, ou seja, aqueles marginalizados e criminalizados pelas classes sociais dominantes, passam a ser aqueles que ocupam, em sua grande maioria, as prisões de todo o Brasil, enquanto esses dominantes, além de serem responsáveis pelo controle político e legislativo, também acabam sendo responsáveis pelos meios de investigação e comunicação, controlando, assim, a opinião majoritária. Portanto, a lei penal não é igual para todos. “O status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 162).

Com isso, é mister observar que a população carcerária brasileira é composta, predominantemente, por jovens negros e pobres, que não tiveram acesso à educação básica, corroborando, cada vez mais, pela tendência brasileira de encarcerar e criminalizar aqueles que não interessam à lógica do capital, o que constitui como um claro exercício do autoritarismo punitivista direcionado aos excluídos. O Sistema Penal, junto a essa ideologia, cria características excludentes, maniqueístas e seletivas, que se refletem com grande veemência nos cárceres. Estes, geralmente, representam a ponta do iceberg, que nada mais é do que a representação do cárcere como fim de um longo processo excludente e a consolidação definitiva de uma carreira criminosa (BARATTA, 2002, p. 167).

Sobre o conceito de “pobreza”, Paugam (2003, p.45) discorre que:

Por consequência é importante ressaltar que nas sociedades modernas a definição da pobreza não é uma dimensão absoluta, senão que a sua expressão conceitual se apresenta na comparação da distribuição da renda, geralmente vinculando sua extinção ou redução como decorrência natural do aumento da riqueza. Desta forma “a pobreza não é somente o estado de uma pessoa que carece de bens materiais; ela corresponde, igualmente, a um status social específico, inferior e desvalorizado.

Entretanto, parte da doutrina afirma que o discurso da seletividade economicista do sistema penal já se encontra obsoleto e desgastado, porquanto temos presenciado, atualmente, diversas intervenções penais em casos de criminalidade econômica, como na Operação Lava-Jato, em que sujeitos, como políticos e empresários, jamais figuraram como partes integrantes do sistema penal e hoje são vistos criminalmente condenados. Apesar da grande repercussão que estas condenações geram em todo o país, tal criminalidade representa uma parcela muito pequena no sistema penal brasileiro, onde há, sem dúvidas, um hiperencarceramento de um determinado perfil de pessoas.

Após esse processo de inserção destas pessoas nas cadeias, se inicia uma nova prática fundamentada em atitudes de extrema crueldade e brutalidade. Essas punições

aplicadas à população carcerária são conhecidas como Penas Extralegais, ou seja, penas que estão além do lícito, do previsto em lei, tendo um caráter extremamente desumano e desrespeitoso da norma suprema de uma nação (ASSAIANTE, ASSIS, 2009).

Neste contexto, não há como negar a triste realidade do sistema prisional brasileiro e nem como continuar insistindo no Direito Penal como sendo a principal solução no combate à criminalidade e aos demais problemas de ordem social, cultural e econômica em que vive o país. Historicamente, quanto mais ativo e operativo o sistema penal (Direito Penal Máximo), menos presente é a liberdade e a “saúde” do respectivo regime político, tal como a Alemanha de Hitler, a Itália de Mussolini, a Espanha de Franco, o Chile de Pinochet e Portugal de Salazar. Foram comuns a esses regimes autoritários o excesso de prisões e diligências policiais, além das torturas e do agigantamento dos sistemas penal e processual penal.

3. FEMINIZAÇÃO DA POBREZA

Como se observa o presente trabalho tenta explicar como o termo “feminização da pobreza” está intimamente ligado à entrada da mulher no comércio ilegal de drogas e como consequência o aumento do encarceramento da mulher pobre brasileira. Dessa forma, deve-se conceitualizar o termo e mostrar como foi realizado o estudo que o definiu.

O conceito “feminização da pobreza” foi criado pela escritora Diane Pearce no ano de 1978 (BUVINIC e GUPTA, 1994), apresentado em um trabalho publicado na *Urban and Social Change Review*, com o nome “Feminização Pobreza: mulher trabalho e assistente social”. No artigo a autora afirma que “a pobreza está rapidamente se tornando um problema feminino” (1978). Esta também faz um paralelo com esse processo de empobrecimento da população feminina com um aumento de famílias monoparentais, cujo o “chefe” da família seria representado por uma mulher. Pearce, reconhece que existem famílias que possuem um adulto do sexo masculino e que são pobres, mas centraliza sua pesquisa nas mulheres “que são pobres porque são mulheres” (1978).

De acordo com a autora, existem diversas consequências econômicas e sociais pelo simples fato de ser mulher e acabam a leva-las à pobreza. Para tanto, a autora analisa

a pobreza da população feminina sob as seguintes perspectivas: fonte de renda e políticas públicas de redução da pobreza.

No que concerne as fontes de renda ela separa em: salarial, transferência privada, transferência pública (por exemplo: em casos de licença ou direito a seguridade social, bem como mulheres que recebem algum benefício de programas de redução de desigualdades econômicas, na qual constituem políticas públicas oferecidas pelo Estado). Pearce faz análise no que tange as políticas públicas, pois em sua opinião é primordial verificar se tais benefícios ajudam na diminuição da pobreza extrema enfrentadas pelas mulheres que mantem sua família ou é uma forma de propaga-la ou perpetua-la.

A respeito dos salários, a autora percebe que mesmo tendo o número de mulheres no mercado de trabalho aumentado, sua renda ainda é substancialmente menor quando comparado com o homem. Ademais, os espaços ocupados por elas ainda constituem tarefas tipicamente femininas, nas quais exigem menos treinamento profissional.

Quando faz referência a transferência privada, significa a transferência de renda realizada pelo marido ou ex cônjuge a mulher para despesas com os filhos e casa. Porém, quando a mulher se separa de seu marido, geralmente a renda ganhada por ela é menor do que quando estava casada. Ou, ainda pior, muitas não recebem nenhum tipo de transferência de renda, devido a condição social do marido ou por serem ignoradas por ele ou ainda pela falta de acesso.

Por fim, a transferência pública consiste em qualquer renda de teor não-salarial concedida pelo Estado. Pode ser de várias formas, mas geralmente implicada em dois tipos: uma percebida em consequência de seu esforço no mercado de trabalho, como por exemplo: licenças, seguro desemprego, etc; outra quando existe programa social de redução de desigualdade social.

De maneira geral, a teoria apresentada por Pearce traz a tona que os índices mais intensos de pobreza se concentram em mulheres ou em casas em que assumem o papel de “chefe” da família, mais especificadamente, a feminização da pobreza se refere ao incremento nos níveis de pobreza entre mulheres em relação ao homem, ou entre famílias sustentadas por elas, bem como um indica um aumento da pobreza por causa das desigualdades de gênero.

Esse fenômeno é evidenciado na América Latina, na qual os lares chefiados por mulheres aumentaram em 22% nos anos 90 para 31% em 2008 e possuem renda menor aos lares chefiados por homens ou por mais de um adulto (CHERNICHARO, 2014). Isso se justifica devido à discriminação de salários em que a mulheres sofrem, além da irresponsabilidade da figura paterna em apoio aos filhos, conforme o estudo do instituto América Latina Genera/ONU (2011).

No tocante a realidade brasileira, conforme os dados informados pelo IPEA (2015), 53% das famílias chefiadas por mulheres são pobres, enquanto 23% das famílias chefiadas por homens enquadram na situação de pobreza. Essa realidade vem aumentando e passa de 22,9% em 1995, para 40,5%, em 2015.

Na década de 90 foi implementado na América Latina um grupo de políticas econômicas e reformas nas quais transformaram as formas de organização de trabalhos o que gerou altos níveis de desempregos e precariedade no trabalho, conforme CON (et al, 2003). Tal cenário afetou de forma sistemática os lares de mulheres empobrecidas que se viram obrigadas em aceitarem subempregos ou empregos precarizados.

Nesse contexto, Rosa Del Olmo (1996), afirma que houve uma dificuldade da mulher adentrar nos meios formais de trabalho e nasce na América Latina a “economia informal”, na qual o setor feminino que se vê de forma mais afetada, essa economia abarca os mercados ilegais e informais, como o narcotráfico. Tal afirmação também é corroborada pela Giacomello (2013, p. 2) na qual afirma a situação socioeconômicas na América Latina são os motivos para que a mulher “escolha” uma atividade suscetível de punição. O encargo de cuidar de seus filhos concomitantemente de exercerem duplas ou triplas jornadas de trabalho, encontram no tráfico uma forma de exercerem essas múltiplas obrigações.

No mesmo sentido, aduz Torres Angarita (2007, p. 65), que a “feminização da pobreza” tem servido como uma ferramenta poderosa para explicar os processos de precarização do nível de vida de mulheres latino-americanas e sua inserção em atividades informais.

Como explanado no presente artigo, desde o ponto de vista das elaborações provindas da CEPAL – Comissão de Estudos para América Latina – a pobreza, de acordo com Arriagada (2005), pode ser compreendida como sendo:

“Una síndrome al que se asocia el infraconsumo, la desnutrición, las precarias condiciones de vivienda, los bajos niveles educacionales, las malas condiciones sanitarias, una inserción inestable en el aparato productivo, actitudes de desaliento y anomia, poca participación en los mecanismos de integración social, y quizás la adscripción a una escala particular de valores, diferenciada en alguna medida de la del resto de la sociedad” (ARRIAGADA, 2005, p.102-103).

Dessa forma, ao se estudar a questão da pobreza é necessário compreendê-la como uma categoria que pode apresentar vários desdobramentos, entre os quais é preciso evidenciar que suas tendências dinâmicas mantêm relações com as mudanças no mercado de trabalho e com o processo de urbanização. Dessa forma, a conceituação tradicional de pobreza identifica as modalidades de pobreza que os matizes contemporâneos permitem analisar (Prá, 2004).

Mas é importante ressaltar que a relação pobreza-criminalidade tem que ser vista com bastante cuidado, o processo de criminalização feminina não ser pensado somente nas questões socioeconômicas, estereotipando a mulher como sujeito incapaz de promover seu bem-estar, estagnada e presa à uma situação imutável (CHERNICHARO, 2014, p.77).

É necessário, além da análise econômica, refletir sobre as questões estruturais que circundam a criminalização feminina, bem como compreender as experiências vividas pelas mulheres. Não se pode pensar a questão da pobreza e criminalização, sem repensarmos sobre a condição de gênero e do papel ensejado socialmente pela mulher, bem como seu maior grau de vulnerabilidade, por terem expectativas limitadas e visualizam nos empregos informais e ilegais maneiras de exercer seus papéis produtivos reprodutivos e as normativas estabelecidas socialmente.

Portanto, Chernicharo (2014) considera que o processo de feminização da pobreza e a seletividade de gênero nos crimes ligados tanto a drogas como crimes patrimoniais possuem uma forte ligação, pois são fortalecidos neste contexto tanto de condição de vulnerabilidade (de gênero e de classe social), além da relação envolvendo tráfico de drogas, como a construção e manutenção do papel feminino.

Assim, em um primeiro momento, pode-se afirmar que o processo da feminização da pobreza é acentuado pelas formas de precarização do trabalho e, em um segundo momento, o setor feminino que enfrenta a pobreza é inserido no sistema penal para serem controladas, não somente sob a justificativa da pobreza, mas também para exercerem o papel passivo, função típica do gênero feminino.

4 FEMINIZAÇÃO DA POBREZA, TRÁFICO DE DROGAS E A SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL.

O crime de tráfico ilícito de drogas é previsto na lei 11.330/2006 e possui como bem jurídico tutelado a saúde pública. Constitui crime conforme o artigo 33 da referida lei: “importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Porém, quando se retira o véu do discurso criminalizante, a prática do delito se resume em uma forma tradicional de comércio, na qual constitui em um comerciante que propõe a venda de um produto consumível que agrega uma demanda que está em crescimento.

A lógica que circunda o tráfico e sua persistência na prática por parte do comerciante se resume em uma única palavra: o lucro. Na era do capitalismo transnacional, o lucro continua sendo o velho fermento que potencializa a prática de um comércio de alto risco, que trabalha com substâncias declaradas como ilícitas (CORTINA, 2015). Como uma das consequências desse comércio é a dependência de parte dos consumidores.

Porém, uma parcela significativa dos problemas ligados ao tráfico é gerado não pelo “comércio ilegal”, mas sim pela política proibicionista que o fomenta, de matriz norte-americana que foi importada pelo Brasil e por todo o ocidente. Essa política, se baseia na determinação de quais substâncias são consideradas ilícitas, mesmo não obedecendo a rígidos critérios científicos e muito menos a padrões conceituais; além da falsa crença de que cabe ao Direito Penal o papel de desestimular e repreender as figuras do usuário e do traficante, sendo este último considerado como um dos principais “inimigos” da sociedade atual.

No que concerne a prática desse crime pelas mulheres, o eixo temático principal do artigo, vários são os fatores que levaram elas a cometerem este delito que hoje é o de maior incidência pelo setor feminino, como demonstra as pesquisas realizadas pelo DEPEN (2014) , na qual afirma que “68% das mulheres presas hoje são devido ao comercio ilegal de entorpecentes”.

O crescimento do setor feminino no tráfico de drogas, não se pode limitar na leitura rasa de que as mulheres foram influenciadas pelo seu cônjuge ou parceiro, bem como qualquer familiar que já estava envolvido com o narcotráfico, mesmo tal motivação existir (BARCINSKI, 2009).

Conforme Barcinski (2009) a entrada da mulher no mundo do crime pode ser também escolha pessoal, como forma de reconhecimento e status social. Por outro lado, a mesma autora relata que as relações discriminatórias de gênero também circundam o ambiente do tráfico ilícito, já que as mulheres são destinadas geralmente as atividades secundárias ou inferiorizadas. Em suma, o papel feminino no comércio ilegal reproduz tarefas associadas ao gênero feminino, como embalar drogas, realizar vendas menores, limpas, entre outras.

Ademais várias pesquisas realizadas na área apresentam como uma forte motivação na entrada da mulher nesse ambiente é a dificuldade em sustentar seus filhos e a falta de oportunidade na inserção no mercado formal de trabalho. Ou seja, grande parcela das mulheres que optam por traficar é para obtenção de dinheiro e veem nesse comercio uma fonte de renda.

Assim, nesse aspecto uma justificativa do ingresso da mulher no tráfico de drogas seria uma consequência da feminização da pobreza, termo estudado no tópico acima, que significa que a pobreza está atingido de forma sistemática e significativa as mulheres.

Alguns dados estatísticos apontam que nos últimos anos as mulheres estão sendo consideradas o indivíduo referência das casas brasileiras, bem como as únicas responsáveis pelo sustento das famílias (WOLFF; MORAES, 2010). Com isso as mulheres tem que exercerem duplas e triplas jornadas de trabalho para sustentar o lar, bem como executarem as normativas sociais ensejadas ao gênero feminino.

Nesse contexto, o crime do tráfico é um delito de alto lucro, em relação as remunerações ofertadas pelo mercado de trabalho formal ou lícitos, principalmente para pessoas com baixa escolaridade, além disso, este crime permite ser praticado dentro do ambiente domiciliar o que o torna uma alternativa viável para que elas possam aliar o trabalho com o cuidado dos/as filhos/as (CORTINA, 2015).

Ademais, tem uma questão que tem que analisada, é a naturalização do tráfico de drogas para todos que convivem no ambiente familiar em que existe esse comércio, assim a traficância passa a ser vista como atividade comum e aceita por todos os membros da família, portanto é retirado seu estigma criminal e visto como uma geração de renda normal.

Por meio dessa percepção das particularidades do tráfico de drogas fica fácil vislumbrar uma relação com o processo de feminização da pobreza, que significa a constatação de que mulheres jovens, com filhos e responsáveis pela renda familiar representam um dos perfis de vulnerabilidade social mais difundido no cenário internacional (CORTINA, 2015). Cabe ressaltar que não é mera coincidência que conforme dados de pesquisas o perfil de mulheres em situação de privação de liberdade seja composto em sua maioria de mães e que em sua maioria são chefes de famílias.

Além disso, observa-se que a questão não se resume somente pelo fato de mulheres chefiarem famílias, mas pela cultura da “ética do cuidado” como parte de uma das normativas sociais impostas ao gênero feminino que diz que as mulheres são as responsáveis pelo cuidado e sustentos de seus filhos.

Porém, é importante frisar que o processo da feminização da pobreza e sua tese apresentada nesse artigo, na qual apoia-se na ideia do empobrecimento das famílias monoparentais, em que a referência de adulto é a mulher, não pode ser vislumbrada como uma verdade absoluta, pois é bastante reducionista diante da complexidade do tema abordado, uma vez que excluem diversos fatores que não podem ser dissociados do estudo da criminalidade feminina, como por exemplos a questão da raça, classe, escolaridade.

Assim, a chefia feminina nas famílias atuais não pode ser vista isoladamente como base do processo da feminização da pobreza. Mas, por outro lado a ideia aqui apresentada pode servir de alicerce e uma das formas de compreensão do incremento das mulheres no âmbito do comércio ilegal de drogas e sua criminalização, enquanto forma do exercício de controle e exclusão social que nosso sistema penal é concebido.

Tal afirmativa é corroborada pelos dados apresentados pelo DEPEN (2014), ao definirem como perfil das mulheres encarceradas hoje no Brasil, em sua maioria jovens, mães e que praticaram o crime de tráfico. Analisando esses dados, Pat Carlen e Anne Worrall (2004) observam que os traços da criminalidade feminina selecionada nas prisões demonstram que os crimes praticados por elas geralmente são menos graves do que os dos homens, e a maioria delas pertence a grupos étnicos minoritários e passou boa parte da vida na pobreza. Neste sentido, Cortina (2015, p. 770) explana:

Refletindo sobre esses dados, constata-se que os estudos atuais sobre a criminalidade feminina consideram que a taxa de encarceramento feminino não é equivalente à masculina porque as mulheres ainda são subjugadas pelos controles informais do Sistema Penal, em processos educativos/persuasivos, muito mais do que os homens. Assim como os homens, nem todas as mulheres que cometem crimes são punidas, porque o sistema penal seleciona para o cárcere pessoas em situação de vulnerabilidade social, sejam homens ou mulheres, não somente no Brasil, mas em vários países do ocidente.

Além disso, a maioria das mulheres presas hoje cometem o crime que é visto como a causa de todos os males sociais e são intensamente perseguidas pelas instituições de exercício e controle penal sob a falsa crença que a repressão do crime de tráfico traria o fim da violência urbana enfrentada no Brasil e atingiria a desejada paz social. Porém, é notório o fracasso do combate às drogas, pois de acordo com Salo de Carvalho:

(a) não logrou os efeitos anunciados (idealistas) de eliminação do comércio ou de diminuição do consumo, (b) provocou a densificação no ciclo de violência com a produção de criminalidade subsidiária (comércio de armas, corrupção de agentes estatais, conflitos entre grupos, p. ex.) e (c) gerou a vitimização de grupos vulneráveis (custo social da criminalização), dentre eles consumidores, dependentes e moradores de áreas de risco. (CARVALHO, 2010)

Com o crescente número de famílias chefiadas por estas mulheres e as dificuldades enfrentadas por elas para garantir seu sustento, sem a participação dos pais, e a dificuldade de se inserir e manter-se no mercado de trabalho formal, a figura feminina tem se tornado cada vez mais presente no mundo do tráfico de drogas, como alternativa para conciliar o cuidado dos seus dependentes e a geração de renda. Nesse sentido, afirma Cortina (2015, p. 773):

O incremento numérico do aprisionamento feminino alia ao crime de tráfico de drogas outros indicativos do perfil dessa população, tais como: baixa escolaridade, ser mãe, jovem (menos de 35 anos), desempregada, relatar histórico de abuso de drogas e não possuir companheiro. A análise do conjunto desses dados da pesquisa, feita sob a perspectiva da criminologia feminista, resulta na relação entre o perfil da população prisional feminina e as condições estabelecidas como decorrentes da feminização da pobreza.

Além de ser subjugada em sociedade, a mesma lógica se intensifica no cárcere, uma vez que o tratamento recebido pelas mulheres nas prisões brasileiras é repleto de violações aos direitos humanos, ainda além do que tem vivido os homens. Isso ocorre, principalmente, devido a lógica organizacional das prisões ter se gerido através da perspectiva de controle masculina, fundado no século XIX para manter homens no cárcere, e não mulheres. “Isso se confirma pelo fato de que a estrutura prisional precisou, paulatinamente, passar por adaptações arquitetônicas para atender as especificidades femininas, como a criação de creches, até hoje inexistentes nas penitenciárias masculinas, reforçando o padrão cultural de que a tarefa de cuidar dos/ as filhos/as ainda é quase que exclusivamente feminina” (CORTINA, 2015, p. 771).

5 O SISTEMA PENAL PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO FEMININA

Nesta parte da pesquisa será analisada como ocorre o processo de criminalização feminina, como atua o sistema penal e como tais processos e sistema perpetuam na desigualdade de gênero.

Para melhor compreender como funciona esse processo de criminalização, nas palavras de Mendes (2012) o foco não pode ser, exclusivamente, o sistema penal, mas o sistema anterior a ele, na família, na escola, na Igreja, no trabalho. A criminologia, em especial feminista e inserção de gênero como categoria analítica, ajudam a guiar essa questão.

A análise em questão não é sobre se houve aumento no número de crimes praticados pelas mulheres, mas como o sistema penal passa a agir sobre as mulheres criminalizadas. Desta forma, os delitos praticados por elas passam a ser localizados na chamada “criminalidade da pobreza” (ESPINOZA, 2004) atrelado a vulnerabilidade de gênero e a seletividade penal.

Em relação as mulheres envolvidas no tráfico de drogas, eixo principal da pesquisa, cabe ressaltar a extrema importância da análise das relações e representações de gênero, imprescindíveis para o entendimento do papel da mulher, seu lugar e o controle exercido sobre ela na sociedade machista.

A forma como o sistema penal se constitui e a forma de visualizar o feminino (reproduzindo e produzindo desigualdades) vão desde a criação do Direito até a aplicação das normas.

Em suma, o Direito tem em seus pilares características masculinas, como a racionalidade, objetividade e universalidades e ideologias machistas desde a criação de normas que discriminam a mulher até a aplicação destas de maneira discriminatória, justificando-as como instrumento “neutro” (CHERNICHARO, 2014).

O Direito Penal como sistema formador de opinião, criador de sujeitos, não se resume somente em normas e leis, mas como criador de discursos sociais e produtor de processos discriminatórios e instrumento de manutenção de estereótipos e desigualdades de gênero. Assim, conforme Ruiz (2001), cada vez que o Direito consagra alguma ação ou omissão está dizendo onde está o poder e quem tem condição de dizê-lo.

O Direito como instituto de uma sociedade machista e patriarcal, na qual cria e mantém papéis e desigualdades sociais, age como controle social informal e reproduz os papéis assegurados as mulheres. Ele é um meio de controlar as relações de poder já existentes e reproduz toda a ordem estabelecida, com isso conserva os ideais das instituições tradicionais.

Nesse ínterim, o sistema penal é completamente ineficaz no que concerna a proteção das mulheres, pois é um instrumento de controle social que ao invés de sanar violências, pode criar novas e duplicar as velhas. Ou seja, ele duplica a violência ao questionar a mulher em diversos setores e cria e reforças as velhas violências por ser um instrumento que age conforme o que a sociedade requer.

O sistema de justiça criminal ao atuar sobre a população feminina representa a culminação de um processo de controle que começa de maneira informal, com a família e vai até a polícia, os juízes, Ministérios Públicos (CHERNICHARO, 2014). Assim, o setor feminino torna-se vítima de uma violência institucional do sistema.

Quando a mulher entra no mundo do crime, o sistema atua de forma mais perversa ainda, pois contradiz os juízos de valores e morais e adentra em um espaço que não foi pensado para ela que tem um papel social a cumprir. Giacomello (2013) afirma que a mulher ao cometer um crime cruza três espaços proibidos: primeiro afronta a lei e como

consequência a punição; o segundo, infração das normas sociais e o terceiro a inserção a um espaço público que não lhe pertence. A punição por ter infringido tais locais vai além da punição formal, mas também a moral que vimos várias vezes mulheres abandonadas tanto no âmbito familiar como pelo seu parceiro.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve como proposta analisar o aumento do encarceramento feminino e sua crescente criminalização devido ao crime de tráfico de drogas partindo da análise do fenômeno chamado “feminização da pobreza”.

Conforme uma pesquisa realizada na América Latina a desigualdade de renda permanece um dos traços característicos da região, e neste processo de desigualdade a população feminina é a que sofre de forma mais intensa, representando mais de um bilhão de pessoas sendo que em torno de 70% são mulheres, assim pode-se afirmar que a pobreza tem o rosto de uma mulher. Nesse ínterim, que Del Ohmo (1996) afirma que a entrada da mulher na comercialização de drogas ocorre paralelamente com a “quebra da estrutura sócio-ocupacional, isto é, mudanças nas relações de trabalho, grandes modificações nas estruturas familiares e o aprofundamento do processo conhecido como ‘feminização da pobreza’”.

O termo “feminização da pobreza” de acordo com a pesquisa realizada é introduzido por Diane Pearce em 1978, na qual afirma que a pobreza estava tornando um problema feminino e que esta intimamente ligada ao aumento de famílias chefiadas por mulheres. Este termo faz referência a alta incidência de pobreza entre mulheres em relação aos homens, ou entre famílias chefiadas por elas em comparação daquelas chefiadas pelo homem, além disso, pode-se atribuir ao crescimento da pobreza por causa das desigualdades de gênero.

Mesmo essa análise voltada para a questão socioeconômica ser de grande importância, tem que ser sempre pensada juntamente com as condições de gênero, raça e o papel social atribuído a mulher (exemplo: dona de casa, mãe, mulher), que perante as desigualdades socioeconômicas veem no tráfico uma maneira de realizarem

concomitantemente seus papéis produtivos e reprodutivos bem como desempenhar as normativas socialmente determinadas. Dessa forma, percebe-se que no delito do tráfico a mulher consegue cumprir suas múltiplas tarefas aos comercializarem drogas por conta própria e até mesmo dentro de sua própria residência.

Assim, conclui-se que o estudo sobre a feminização da pobreza é de extrema importância, mas não pode ser pensado isoladamente mas analisado juntamente com um conjunto de fatores que levam a criminalização feminina, bem como serve como meio de compreensão de como o sistema penal age e seleciona sua clientela prisional.

É necessário também compreender o funcionamento do tráfico de drogas e como ele age de forma hierárquica reproduzindo a desigualdade e a discriminação de gênero, deixando a mulher em posição de maior vulnerabilidade para prisão. Além disso, depois de presas as mulheres continuam sofrendo violências tanto no âmbito estrutural como institucional das prisões, pelo simples fato que estes estabelecimentos não foram pensados para elas, e por isso continuam vivendo sob a lógica masculina.

Portanto, para que haja uma quebra no encarceramento em massa da mulher por causa do tráfico bem como uma diminuição nas discriminações e desigualdades de gênero, é necessário a construção, implementação e monitoramento de políticas públicas transversais, pensadas para mulheres. Diante de todo o estudo realizado é perceptível que as mulheres que se encontram em situação de prisão, em especial devido a comercialização de drogas, sofreram diversas violências, discriminações e exclusões sociais e para que elas se fortaleçam e quebrem essa lógica perversa são necessárias políticas públicas voltadas para esse interesse, para que assim as mulheres com condições sociais desfavorecidas saiam das margens da sociedade e possam exercer plenamente sua cidadania.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ARGUELLO, Katie. **Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem.** Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ARRIAGADA, Irmã. **Dimensiones de la pobreza y políticas desde una perspectiva de gênero.** Revista de la Cepal, n.85, Abril de 2005, p.101-113.

ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. **O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica: O suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12677/o-sistema-penal-subterraneo-sob-a-otica-da-criminologia-critica>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho; ASSIS, Isabella Bogéa de. O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica. O suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12677>. Acesso em: 10 ago. 2017

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito penal: introdução à sociologia do direito penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de criminologia, 2002.

BARCINSKI, Mariana. **Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidas na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro.** Ciência & Saúde Coletiva, v. 14, n. 2, p. 577-586, mar./abr. 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232009000200026&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 ago. 2017

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Trad. Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro. Editora Rio, 1979.

BRASIL. Decreto-Lei n 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2017.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. (v. 1).

CHERNICHARO, Luciano Peluzio. **Sobre Mulheres e prisões:** seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

COLARES, Leni Beatriz Correia; CHIES, Luiz Antônio Bogo. **Mulheres nas so(m)bras:** invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos. Revista Estudos Feministas, v. 18, n. 2, p. 407-423, ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v18n2/07.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. 328 p.

DEPEN, Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** Infopen Mulheres - Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2017.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

ESPINOZA, Olga. **A Mulher Encarcerada em Face do Poder Punitivo.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2007.

GALEANO, Eduardo. **De pernas pro ar:** a escola do mundo ao avesso. Trad. de Sergio Faraco. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GIACOMELLO, Corina. **Gênero, drogas y prisión:** experiencias de mujeres privadas de su libertad en México. México: Tirant Lo Blanch, 2013. 262 p.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2003.

GUERRA, João Pedro. **A população carcerária brasileira sob a ótica da criminologia crítica.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44597/a-populacao-carceraria-brasileira-sob-a-otica-da-criminologia-critica>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal.** Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

IPEA. **Retrato das Desigualdades de Gênero de Raça.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_chefia_familia.html>. Acesso em: 02 ago. 2017.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução.** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAVINAS, Lena; NICOLL, Marcelo. **Pobreza, transferências de renda e desigualdades de gênero: conexões diversas.** Parcerias Estratégicas, v. 11, n. 22, p. 39-75, 2006. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/280/274.

Acesso em: 27 ago. 2013.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação.** Uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes, 1997.

MACEDO, Márcia dos Santos. **Mulheres chefes de família e a perspectiva de gênero: trajetória de um tema e a crítica sobre a feminização da pobreza.** Caderno CRH, v. 21, n. 53, p. 385-399, ago. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792008000200013&script=sci_arttext. Acesso em: 10 ago. 2017.

MANO AXÉ. **Paraíso Carandiru. Intérprete:** Império z/o. Arquivo: Só as Melhores. São Paulo, Sky Blue, Faixa 10.

MARRA, Lívia; BUOSI, Milena. **Massacre do Carandiru, que deixou 111 mortos, completa 10 anos.** 2002. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u60163.shtml>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re) Pensando a Criminologia: Reflexões sobre um Novo Paradigma desde a Epistemologia Feminista.** . Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.: UNB, 2012.

NOVELLINO, Maria Salet Ferreira. **Os estudos sobre feminização da pobreza e políticas públicas para mulheres.** Trabalho apresentado no XIV Encontro Nacional de Estudos Populacionais, ABEP: Caxambú – MG. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/site_eventos_abep/pdf/abep2004_51.pdf> Acesso em: 25 jun. 2017.

OLIVEIRA, Guacira César de. **Gênero, raça e classe:** Contribuições para a erradicação da pobreza. IN: BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Externa da Feminização da Pobreza no Brasil. Por um Brasil sem desigualdades. Relatório final, seminário internacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005, p.295-299.

PAUGAM, Serge. **Desqualificação Social:** Ensaio sobre a nova pobreza. São Paulo: Cortez, 2003. 331p.

PRÁ, Jussara reis. **Pobreza, Gênero e Políticas Públicas.** IN: BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Externa da Feminização da Pobreza no Brasil. Por um Brasil sem desigualdades. Relatório final, seminário internacional. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005, p. 277-294.

PRADE, Péricles. **Revista dos tribunais.** Direito Constitucional e Ciência Política. Limitação Constitucional das penas Cruéis. Instituto brasileiro de Direito Constitucional. Ano 4, n. 16- julho – setembro de 1996. p. 117,118.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD) – **Relatório do desenvolvimento humano 2013** – Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-hdr_portuguese-2013.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2017.

RUIZ, Alicia. **De cómo el Derecho nos hace mujeres y hombres.** Curitiba: Revista da Faculdade de Direito da UFPR, 2001. 7 a 15 p. v. 36.

SCOTT, Joan W. **A Mulher trabalhadora.** IN: DUBY, Georges; PERROT, Michele. História das Mulheres no ocidente. Século XIX. Porto: Edições Afrontamento, 2001, v.4, p.443-475.

SCOTT, Joan W. **Gênero**: uma categoria útil de análise histórica. Tradução da versão francesa de Guacira Lopes Louro. Educação & Realidade, v. 15, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SORJ, Bila. **Percepções sobre esferas separadas de gênero**. IN: ARAÚJO, Clara; SCALON, Celi (ORG). Gênero, família e trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.79-88.

TOLEDO, Cecília. **Mulheres: O gênero nos une, classe nos divide**. 2 ed. São Paulo: Instituto José Luis e Rosa Sundermann, 2003. 148p.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política, Burke, Kant, Hegel, Tocqueville, Stuart Mill, Marx**. 10. ed. Editora Ática: São Paulo, 2004. V. 2.

WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **Mulheres e tráfico de drogas**: uma perspectiva de gênero. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 87, p. 375-395, 2010.

WOLFF, Maria Palma; MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **Mulheres e tráfico de drogas: uma perspectiva de gênero**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 18, n. 87, p. 375-395, 2010.

ZAFFARONI, Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

REINCIDÊNCIA CRIMINAL SOB A ÓTICA DAS TEORIAS DAS PENAS

Lisandra Moreira Martins

Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

E-mail: lisandrmm.adv@hotmail.com

Isael José Santana

Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos; Pós-Graduação em Educação e do Curso de Ciência Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

E-mail: leasijs@hotmail.com

Resumo: A reincidência criminal é um instituto previsto no inciso I do artigo 61 Código Penal como uma circunstância agravante da pena, em quantidade indeterminada dentro dos limites da sanção cominada, e sempre esteve presente no ordenamento jurídico pátrio. Além de influenciar na dosimetria da pena, está inserida em diversas regras que refletem no decorrer do processo penal, como por exemplo: impede que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto ou semiaberto, salvo quando a pena for de detenção; impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos ou multa, quando o crime for doloso; pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade, dentre outras. Desta forma, a reincidência criminal acompanha o sujeito que está sendo processado e gera inúmeras restrições ou efeitos processuais penais. O réu considerado reincidente possui tratamento processual mais rigoroso, desde a investigação criminal à execução penal. Nesse contexto, é importante abordar a finalidade desse instituto relacionando-o a própria finalidade da pena, uma vez que está inicialmente atrelada a esta. Em cada teoria da pena é possível extrair um fundamento para a reincidência, contudo, dentre as principais, faz-se necessário identificar qual fundamento corresponde ao panorama democrático insculpido pela

Constituição Federal de 1988, eis o objetivo principal do presente estudo. Por meio do método dedutivo-indutivo com pesquisa bibliográfica, análise de doutrina, legislação e recentes decisões dos tribunais superiores a respeito, será apresentada a origem da reincidência criminal na legislação brasileira, realizado o estudo dos fundamentos que embasaram a constitucionalidade desse instituto, algumas controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias. Como conclusão inicial, ver-se-á que os fundamentos preponderantes destoam da necessária humanização da pena e se justificam com base na política de controle social e maior ênfase na pena como rigoroso combate ao fenômeno da criminalidade.

Palavras-Chaves: Reincidência criminal; Efeitos penais e processuais; Finalidade da pena.

INTRODUÇÃO

A reincidência criminal é um instituto previsto no ordenamento jurídico brasileiro como uma circunstância agravante da pena no inciso I do artigo 61 Código Penal. Tem o efeito principal de aumentar a pena do condenado e em quantidade indeterminada dentro dos limites da sanção cominada.

A análise histórica demonstra que essa agravante sempre esteve presente no Direito Penal brasileiro e que, além de influenciar na dosimetria da pena, é aplicada em diversas regras que acarretam consequências diretas e gravosas no cumprimento da pena.

O artigo 63 do Código Penal define a reincidência criminal, configurando-se quando o réu comete uma nova infração penal, após a condenação definitiva por outra. Como regra geral, o legislador adotou a chamada reincidência ficta, ou seja, basta a condenação definitiva e não o cumprimento da sanção penal para caracterizá-la.

A reincidência criminal traz consequências gravosas ao réu não só na dosimetria da pena, mas em vários momentos processuais, sem qualquer efeito prático, o que agrava uma realidade social que clama por mudança. Sob a justificativa primeira da necessidade de reduzir e combater a criminalidade, com maior reprimenda àquele que se

recusou em receber a ressocialização proposta pelo Estado e insistiu na prática delitiva, há décadas vem sendo aplicado esse instituto.

Por isso, é importante abordar a finalidade desse instituto relacionando-o a própria finalidade da pena, uma vez que em cada teoria da pena é possível extrair um fundamento para a reincidência, contudo, dentre as principais, faz-se necessário identificar qual embasamento corresponde às exigências abrangidas com a inauguração do Estado Democrático de Direito na Constituição Federal de 1988.

Além disso, serão expostos alguns entendimentos jurisprudenciais que se destacam na discussão de como esse instituto vem sendo analisado nos casos práticos, principalmente considerando que os vieses da execução penal.

O método utilizado é dedutivo-indutivo, com pesquisa bibliográfica, análise de doutrina, legislação e recentes decisões dos tribunais superiores a respeito. Inicialmente será apresentada a origem da reincidência criminal na legislação brasileira, apontando-se as principais inovações. Na sequência, será exposto um estudo sobre os argumentos de constitucionalidade da reincidência criminal para, após, expor a relação com os fundamentos da pena e destacar a jurisprudência recente em que se identifica controvérsia quanto à consideração da agravante nos casos práticos.

1. O SURGIMENTO DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A reincidência criminal é identificada no ordenamento jurídico brasileiro desde o direito penal no período colonial, com disposições nas Ordenações Filipinas (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004), promulgadas em 1603, com um direito penal seletivo, medieval e que não distinguia o direito da moral e da religião. Punia-se desde os hereges aos degredados e consideravam-se crimes vários “pecados”. A reincidência trazia consequências ainda mais severas ao criminoso, como a previsão no Título XXVIII – Dos [barregueiros casados e de suas barregãs](#), em que estabelecia que o homem casado que tivesse barregã (PIERONI, n.p.) deveria ser degradado pela primeira vez por três anos

para a África, com a quarentena de prisão de seus bens, tirando a parte que pertencia à esposa. Contudo, se reincidisse, a quarentena seria em dobro; e na terceira vez em triplo do dobro.

Com a proclamação da independência, em 1823, o então imperador D. Pedro I outorgou a Constituição em 23.03.1824, com ideias mais liberais, o que influenciaria na elaboração do Código Criminal de 1830. Nesse primeiro Código já se inseriu a reincidência no artigo 16, §3º, prevendo que uma das circunstâncias agravantes era: “3º Ter o delinquente reincidido em delicto da mesma natureza”. E, ainda, no artigo 282 do Capítulo II da Parte Quarta intitulado Sociedades Secretas com a previsão de dobro da pena no caso de reincidência:

O Código inaugurou o instituto da reincidência no direito penal brasileiro, porém recebeu diversas críticas já que não definiu as modalidades de aplicação, nem o que seria ‘delitos da mesma natureza’. Como o Código Francês de 1810 já disciplinava a reincidência no artigo 56 de forma mais clara, as críticas foram pontuais (CHIQUEZI, 2009, p. 43). Conforme Foucault (2009, p. 96), o Código Penal de 1810 indicava ao reincidente o máximo da pena, ou a pena imediatamente superior.

Com a proclamação da República colocando fim ao Império, vê-se a necessidade de adaptar as legislações vigentes da época de acordo com as exigências da burguesia urbana e da aristocracia. Desta forma, os novos detentores do poder partem para substituir o Código do Império.

Cria-se, então, o Código Penal Republicano de 1890, encomendado pelo Ministro Campos Sales ao Conselheiro Baptista Pereira, que o entregou em prazo curtíssimo, pouco mais de três meses (TOLEDO, 1994). Esse instrumento não teve boa recepção e foi duramente criticado por se entender arcaico e defeituoso, o que gerou a elaboração de propostas de reformas pouco tempo após entrar em vigor. Essa insatisfação dá-se ao fato de o Código não corresponder à ideologia positivista e o momento vivenciado pelas influências da escola criminológica italiana que rechaçava o liberalismo presente do Código de 1890 (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 190).

A reincidência estava prevista nesse Código que representava um instrumento de repressão e controle social. No artigo 39, §19, a reincidência era considerada uma

circunstância agravante. No artigo 40, o legislador esclarece: “a reincidência verifica-se quando o criminoso, depois de passada em julgado sentença condenatória, commette outro crime da mesma natureza e como tal entende-se, para os efeitos da lei penal, o que consiste na violação do mesmo artigo”. Trazia, assim, a reincidência específica nos moldes transcritos, ou seja, quando houvesse o cometimento de outro crime inserido no mesmo artigo do anterior (BRASIL, Código Penal Republicano de 1890).

Na sequência histórica da legislação penal, foi aprovada a Consolidação das Leis Penais pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, que não constituía um novo Código, porém, para Basileu Garcia (1980, p. 126), “passou a ser o novo estatuto penal brasileiro: eram assim enfeixados em um só corpo o Código de 1890 e as disposições extravagantes”, ou seja, representou uma transição para a grande reforma penal que se consolidaria no Estado Novo com o Código Penal de 1940 (TOLEDO, 1994, p. 62).

A Consolidação referida conservou a redação do artigo 40 do Código Penal Republicano, e no seu artigo 178 trouxe a previsão de que há reincidência “sempre que o criminoso, depois de condenado por sentença irrecorrível cometer crime eleitoral, embora não infrinja a mesma disposição de lei”, isto é, estabeleceu outra modalidade de reincidência, a genérica, quando da violação de artigo diverso quando se tratasse de crime eleitoral (ALMEIDA, 2012, p. 34).

O Código Penal de 1940, que recebeu influência determinante do Código italiano de 1930 – Código de Rocco e do suíço de 1937, pode ser definido como “um estatuto de caráter nitidamente repressivo, construído sobre a crença da necessidade e suficiência da pena privativa de liberdade (pena de prisão) para o controle do fenômeno crime” (TOLEDO, 1994, p. 64). O projeto de Alcântara Machado foi entregue ao governo em abril de 1940 e o código foi sancionado na vigência da Carta Política de 1937, claramente autoritária. O Código de Processo Penal (Decreto-lei nº3.689, de 03 de outubro de 1941) foi elaborado na mesma época, e acompanhou as reformas posteriores.

Por conta disso, já naquela época, a insuficiência de estabelecimentos penais necessários e adequados deu início à marginalização de uma massa socioeconômica menos favorecida, cuja sobrevivência estava na prática de novos delitos.

Evidencia-se a semente de problema carcerário vivenciado até os dias atuais, com nítidos índices de reincidência, de acordo com o Relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA). Desta forma, conforme Francisco de Assis Toledo (1994, p. 65), já era vivenciada a superpopulação e a falta de condições mínimas a um tratamento penal adequado, os quais “transformavam o período de execução da pena em um verdadeiro estágio para o incremento das tendências deliçquenciais”.

Nesse contexto, o instituto da reincidência, pela primeira vez dividido nas modalidades genérica e específica, está ancorado no ordenamento jurídico brasileiro como um instituto que, logo no início da história do direito penal, pouco apresentava os resultados práticos esperados.

A reincidência estava prevista em diversos artigos, já revogados: artigo 44, I, como circunstância que sempre agravava a pena; artigo 46 com a explicação de que a reincidência era verificada quando o agente cometia novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tivesse condenado por crime anterior; §1º, I e II, do artigo 46, estava a definição de que a reincidência era genérica, quando os crimes fossem de natureza diversa; e específica, quando os crimes são da mesma natureza. Além disso, o §2º explicava o que era crime da mesma natureza e o artigo 47 previa os efeitos da reincidência, aplicando pena mais rígida ao reincidente específico. De acordo com Débora de Souza Almeida (2012, p. 40), não houve menção a um prazo prescricional para a reincidência, o que levou a um sistema de perpetuidade. Da mesma forma, presumia-se que o reincidente em crime doloso era perigoso, conforme artigo 78, IV, e por isso deveria ser segregado por meio de medida de segurança, conforme previsão do artigo 76, constituindo-se no sistema penal binário da época.

Como previa que apenas crimes geravam a reincidência, no ano seguinte, com o Decreto-lei nº3.688 de 03.10.1941 (Lei de Contravenções Penais), no artigo 7º, previa que também haveria a reincidência “quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção”.

Já em 1963, Nelson Hungria apresentou um novo projeto de Código Penal, materializado pelo Decreto-lei nº1.004, de 21 de outubro de 1969, o qual jamais entrou em vigor, devido ao trâmite bastante conturbado e alvo de inúmeras críticas pela manutenção do conteúdo repressivo do Código de 1940. O texto que deveria entrar em vigor em 01.08.1970 foi revisado e reformado pela Lei nº6.016/73, teve a vigência prolongada e, pela Lei nº6.578/75 foi derogado. Foram quase dez anos de possível vigência (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2004, p. 193).

No entanto, o Código Penal de 1969 trazia importantes reformas e complementações no instituto da reincidência. No artigo 57 conceituou reincidência eliminando a diferença entre genérica e específica; no §1º acabou com o sistema da perpetuidade ao prever o período de cinco anos da data do cumprimento ou extinção da pena e do crime posterior; e no §2º passou a não considerar para efeito de reincidência os crimes puramente militares ou políticos.

Já no artigo 64 e §§ distinguiu o criminoso habitual do criminoso por tendência, regulamentando uma forma de punição mais gravosa. Considerou o criminoso habitual aquele que,

reincidente pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade em período de tempo não superior a cinco anos, descontado o que se refere a cumprimento de pena (alínea 'a') – com a presença aqui da reincidência específica –, e aquele que embora não tivesse condenação anterior, cometesse sucessivamente, em período de tempo não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da mesma natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, quando demonstrada, pelas suas condições de vida e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, acentuada inclinação para tais crimes (alínea 'b') – (BRASIL, Código Penal de 1969. Decreto-lei nº1.004, de 21 de outubro de 1969).

O Código Penal de 1969 foi considerado natimorto e no percurso de sua *vacatio legis* surgiu a Lei nº 6.416/77 que incorporou várias alterações no Código Penal de 1940. Consoante Francisco de Assis Toledo (1994, p. 66), as modificações, ainda que bem vistas no meio jurídico, não passavam de uma providência urgente e de transição na busca por eficiência na execução penal em curto prazo.

Desta feita, sob a influência do Código Penal de 1969, inseriu a prescrição da reincidência, passou a desconsiderar para efeitos de reincidência os crimes militares ou puramente políticos; extinguiu a distinção entre reincidência específica e genérica, revogando assim os §§1º e 2º do artigo 46 do Código Penal de 1940. Passou também a exigir tempo maior de cumprimento de pena pelo reincidente para o livramento condicional e proibiu a este a suspensão condicional da pena (ALMEIDA, 2012, p. 43).

Finalmente, a Lei nº 7.209/84 reformulou a Parte Geral do Código de 1940, “humanizou as sanções penais e adotou penas alternativas à prisão” (BITENCOURT, 2007, p. 47), modificando o instituto da reincidência. No mesmo ano foi promulgada a Lei nº 7.210/84 (Execução Penal), a qual fazia parte dos projetos e discussões dos vários Congressos em torno da reforma penal.

Essas alterações refletiam a política criminal pensada na época. Conforme Francisco de Assis Toledo, integrante das Comissões Revisoras dos anteprojetos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal, quando a sociedade se transforma também mudam as regras de comportamento. Era um momento em que havia sido superada a ideia de pena-compensação do mal pelo mal, eis que a pena justa era aquela necessária (TOLEDO, 1994, p. 70).

No que se refere à reincidência, a reforma trouxe algumas novidades: para cessar os efeitos da reincidência o período de prova do *sursis* ou do livramento condicional entrou na contagem (artigo 64, I); foi adotado o sistema vicariante, excluindo a medida de segurança ao reincidente, ou seja, imputável, rechaçando a periculosidade presumida do reincidente em crime doloso; vedou-se a suspensão condicional da pena apenas aos reincidentes em crimes dolosos.

De todo o percurso traçado, conclui-se que o instituto da reincidência se impregnou no ordenamento jurídico pátrio, nunca estando ausente das legislações penais.

Apesar de muito se discutir sobre a falácia do sistema penitenciário, como aplicador da pena retribuição e não a necessária, pouco se abordava sobre os reflexos práticos da reincidência, seja em âmbito penal ou processual penal.

Agravava-se o fato de, por muito tempo, ter-se aplicado medida de segurança ao reincidente, presumindo sua periculosidade e não aferindo sua culpabilidade. Desta forma, os condenados que recebiam medida de segurança já estavam condenados há mais de 30 anos de prisão, prazo mais que suficiente para a prevenção e assistência. Outrossim, a maioria dos casos de aplicação de medida de segurança era nos crimes de roubo, em que o condenado dificilmente parava no primeiro crime, fato que ainda hoje perdura.

Assim, a concepção de reincidência construída no decorrer histórico não se desvincula da legislação atual, a qual conserva implicitamente um caráter meramente repreensor e inquisitorial que influencia num juízo de valor subjetivo sem apresentar requisitos precisos para sua aplicação.

2. ARGUMENTOS SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA CRIMINAL

Vários são os argumentos que embasam a existência e a manutenção da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro. A origem da reincidência, como visto, está impregnada desde as primeiras legislações penais e nunca foi excluída no Brasil, passando apenas por algumas alterações.

Com tantos anos de aplicação desse instituto, diversas são as razões que o fundamentam. Um primeiro argumento é o de que a reincidência constitui a prova de que o criminoso tem maior periculosidade, já que reiterou na prática delituosa (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 717), por isso a reincidência pode ser “entendida como maior possibilidade de o indivíduo praticar novamente um ilícito, sendo, pois, necessária em defesa da sociedade contra o infrator” (ASSIS, 2008, p. 74). Esse argumento exposto está relacionado também como da prevenção especial da pena, que se subdivide em especial positiva e especial negativa.

É muito criticado por se entender que a periculosidade deve ser analisada em cada caso prático, não podendo ser presumida (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 717). Conforme Eugenio Raúl Zaffaroni (1996, p. 121), essa explicação, que se afasta do direito penal de garantias, reduz o homem a uma “coisa” dirigida mecanicamente, retirando sua qualidade de pessoa, além de cair no julgamento por meio de presunções. A presunção de que o agente irá cometer mais crimes, apenas poderia ser mantida se houvesse a investigação de fatores atrelados tanto à personalidade do agente como sua história de vida (emprego, relações familiares, sociais, etc.). Esse método ultrapassaria o campo da culpabilidade, pois seria a expectativa de como o réu deve ser levada em consideração para a aplicação da pena e não o que ele fez (TEIXEIRA, 2015, p. 167). Além disso, a atual situação do sistema carcerário brasileiro vai de encontro à ressocialização, já que a pena privativa de liberdade possui um caráter muito mais destrutivo do que edificante na vida do condenado.

Um segundo fundamento era o de que a reincidência demonstrava ter o autor do crime uma vontade mais forte e maior permanência. Porém, essa conclusão não podia ser demonstrada, uma vez que não respondia bem aos casos em que os delitos são completamente diferentes (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 717).

Outro fundamento leva à interpretação de que se a condenação anterior não foi suficiente para evitar que o autor praticasse um novo crime, deve-se reforçar a segunda. Na Alemanha, doutrina e jurisprudência dominantes denominam esse argumento de “teoria ou modelo do alerta” (*Warnungsmodell*) (TEIXEIRA, 2015, p. 159). Se o réu possui uma energia criminal intensa e uma maior consciência sobre a proibição da conduta praticada, merece reprimenda mais rigorosa, eis que possui, então, culpabilidade elevada e conhecimento mais apurado da proibição. Várias são, porém, as críticas a esses fundamentos do acréscimo de pena.

A chamada “ação criminógena do cárcere” reduz as chances do condenado ter uma vida conforme às normas do ordenamento jurídico formal. Desta feita, a personalidade do agente é deformada pela prisão e o leva a maior insensibilidade da função de alerta mencionada. Eis a culpabilidade menor que justificaria a reincidência como atenuante e não agravante da pena (TEIXEIRA, 2015, p. 160).

Esse argumento de alerta é duramente criticado tanto na reincidência ficta quanto na real. Na primeira, é evidente que uma mera intimação de uma condenação não é capaz de fazer qualquer efeito e, na segunda, há muito a pena vem demonstrando ser um desvio da pessoa sem qualquer função de reintegração do sujeito que a sofre. No mesmo fundamento adentra a reprovação da personalidade da pessoa, o que levaria a um direito penal do autor.

Outrossim, o conhecimento mais apurado da proibição não advém apenas da reincidência, visto que, a depender do caso concreto, um réu primário pode ter muito mais conhecimento do que o reincidente, como é o caso de agentes policiais, juízes, funcionários da justiça, que possuem alto grau de consciência. Isso, por si só, justificaria o aumento de pena? Crê-se que não. Da mesma forma, um reincidente que pratica um novo delito, porém com consciência da ilicitude enfraquecida, não merece maior reprimenda, a exemplo do reincidente em lesão corporal que pratica delito econômico com a dúvida sobre a proibição (TEIXEIRA, 2015, p. 160). Eis a importância da análise caso a caso.

Além disso, a reincidência se fundamentaria na prevenção geral positiva e negativa. A prevenção geral positiva traz a necessidade de confirmar a vigência da norma na sociedade com uma pena mais severa; e se dirige a todos os cidadãos, inclusive os que nunca cometeram delitos; e na prevenção geral negativa para inibir as pessoas que cometeram um ou mais delitos no passado, ou seja, não primários (TEIXEIRA, 2015, p. 163).

O grande problema apontado em relação a esses fundamentos é que a linha preventiva pode levar às últimas consequências, com aplicação de penas exorbitantes, como por exemplo, “a punições de pequenos delitos patrimoniais com penas privativas de liberdade superiores a uma década, como infelizmente sói ocorrer nos EUA e no Reino Unido” (TEIXEIRA, 2014, p. 530). Soma-se a isso, o fato de o fim da prevenção por meio da pena e, conseqüentemente, do aumento da reincidência, não ser alcançado, o que coloca em xeque a eficácia empírica dessa agravante.

Por fim, a reincidência possui como fundamento a necessidade de manter a imagem do Estado enquanto provedor de segurança pública. Desta forma, o reincidente

merece uma pena mais gravosa por ter violado a norma penal e obstado a função estatal, havendo, portanto, um maior conteúdo do injusto no delito posterior.

Esse fundamento parte da premissa de que a conduta criminosa reiterada “intensifica a gravidade do injusto atual”, porém, deve-se analisar o conceito de injusto. Se injusto penal significar dano à validade da norma ou perturbação da paz jurídica, a reiteração de delito exigiria uma resposta mais contundente do Estado (TEIXEIRA, 2015, p. 161).

Por isso afastar-se-ia qualquer violação ao princípio do *ne bis in idem*, exposto no capítulo anterior. Nessa senda, na tentativa de fundamentar a reincidência sem violar esse princípio, foi elaborada uma teoria por Armin Kaufmann, ao entender que cada tipo penal tutelaria dois bens jurídicos. A reincidência estaria ofendendo bem jurídico diverso do segundo delito cometido. O autor do crime estaria violando o segundo delito e o primeiro que proíbe cometer o segundo (TEIXEIRA, 2015, p. 162).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1996, p. 121), ao abordar a justificação da reincidência pela dupla lesão, observa que: “Por la misma senda puede ubicarse la tesis que ve em todo tipo dos normas: uma que prohíbe la conducta típica y outra que impone la abstención de cometer otros delitos em el futuro (Armin Kaufman)” - . “Da mesma forma, pode localizar a tese de que vê em todo tipo duas normas: uma proibindo a conduta típica e outra impondo a abstenção a de cometer outros crimes no futuro (Armin Kaufmann).” (Tradução livre).

A reiteração criminosa configura-se, nesse sentido, à desconsideração dos bens jurídicos em geral e dos especificamente selecionados na conduta criminosa, havendo, pois, uma dupla violação: do delito que se pune e da proibição de reiteração da prática criminosa.

Contudo, a difícil compreensão dessa teoria também a afastou (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 719):

Esta estaria ligada à pergunta sobre qual seria esse outro bem jurídico, e a conclusão que se chegaria é de que não pode ser outro que não o geral sentimento de segurança jurídica, mas, o geral sentimento de

segurança jurídica provém da efetiva segurança jurídica de todos os bens jurídicos, que não é nenhum bem jurídico independente e nem concreto, mas a somatória de todos os bens jurídicos.

Vale, ainda, ressaltar que “afrenta a ideia de legalidade postular um dever de obediência ou uma proibição adicional, *para além do bem ou do direito protegido pela norma do tipo penal realizado*” (TEIXEIRA, 2015, p. 162).

Assim, os fundamentos que mantêm a reincidência no ordenamento jurídico são questionáveis e abrem a reflexão sobre a reformulação da forma como vem sendo aplicada.

3. FINALIDADE DA REINCIDÊNCIA A PARTIR DAS TEORIAS DAS PENAS

A origem da reincidência no Brasil está arraigada a uma cultura extremamente punitivista e remete-se à finalidade da própria pena no ordenamento jurídico. De acordo com a finalidade da pena tem-se também a da reincidência, já que esse instituto tem por escopo inicial agravar a pena.

Dessa forma, não é demais analisar a finalidade da reincidência de acordo com as principais teorias das penas, as quais desvendam como a pena pode ser considerada e o porquê de sua existência.

Da mesma forma que a pena deve ser estudada e aplicada se distanciando da vingança e do castigo para de fato atingir a prevenção e a ressocialização, a reincidência, como um elemento desta, compõe uma política criminal que deve responder aos anseios sociais com uma finalidade conceptiva, não podendo ser um mero instrumento inócuo no sistema penal.

A história da pena é redundante no sentido desta sempre ter um caráter vingativo, ora bem transparecido como no tempo primitivo com a vingança por sangue, ora com a institucionalização da vingança por um poder central como na Antiguidade e a

suposta evolução na Idade Medieval, em que eram oferecidas ao condenado oportunidades de meditar e de se arrepender.

Partindo da época moderna (séculos XV e XVIII), quando ocorreram diversas transformações na estrutura da sociedade europeia ocidental, com a transição do feudalismo para o capitalismo, a pena estava no contexto do absolutismo, em que o poder era derivado de Deus e o monarca não devia prestar contas a qualquer pessoa (MARQUES, 2008, p. 73).

Como o conceito de pena está diretamente ligado ao de Estado, a pena nessa época transparecia o modelo estatal absolutista que se caracterizava pela “identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus” (BITENCOURT, 2007, p. 82).

Por conta disso, quando havia um crime, a punição era severa como forma de intimidar as demais pessoas para que cumprissem as ordens do rei. O criminoso, além de ofender a vítima, também atingia o soberano, por isso tornava-se inimigo do sistema estabelecido. Vê-se que intuito vingativo, e dessa vez público, estava presente na aplicação da pena.

O rei se vingava do inimigo, mas a sociedade também se satisfazia com o sentimento de punição legalizada, com a forte justificativa religiosa. A pena era, então, considerada para a teoria absoluta uma retribuição pelo mal causado e por assim ser era justa.

Conforme os ensinamentos de Ferrajoli (2010, p. 236), “as doutrinas absolutas ou retributivas fundam-se todas na expressão de que é justo “transformar mal em mal””. A pena possuía um fim em si mesmo com o escopo de alcançar a justiça devido ao mal causado.

Immanuel Kant (2007) e Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997) foram os principais precursores das teorias absolutas. Para Kant, a pena deveria ser aplicada pelo simples fato de o delinquente ter cometido um crime, não haveria qualquer outra utilidade, pois o homem não poderia servir como instrumento. Nas palavras de Kant (2007, p. 68): “O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo,

não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.” Seria eticamente proibido castigar o delinquente em supostas razões de utilidade social, pois o homem não pode ser instrumentalizado, é, pois, um fim em si mesmo (BITENCOURT, 2007, p. 85).

Já para Hegel a fundamentação não seria ética, mas de ordem jurídica, ou seja, a pena deve ser imposta para reafirmar o Direito, já que esse foi negado pelo delinquente. Nessa concepção, a pena seria a melhor forma de recuperar a ordem jurídica atingida pelo delito, ou seja, uma verdadeira reconciliação para alcançar a própria validade da norma. Conforme Hegel:

Do ponto de vista objetivo, há reconciliação mediante a supressão do crime e nela a lei se restabelece a si mesma e realiza a sua própria validade. Do ponto de vista subjetivo, que é o do criminoso, há reconciliação com a lei que é por ele conhecida e que também é válida para ele, para protegê-lo. Na aplicação da lei, sujeita-se ele, por conseguinte, à satisfação da justiça; sujeita-se, portanto, a uma ação que é sua (1997, p. 190).

De acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 98-99), para Hegel: “[...] o crime é a negação do direito, enquanto a pena, como negação do crime, reafirma o direito.” E, ainda: “A pena é, assim, a negação da negação caracterizada pelo crime, com o objetivo de reafirmar o direito e atualizar a justiça”.

No entanto, Kant e Hegel sofrem críticas, destacando-se as de Ferrajoli (2010, p. 237), o qual entende que as teorias por eles apresentadas são insustentáveis, pois há uma confusão entre direito e natureza, como uma tentativa de fazer valer crenças mágicas. Destaca-se também a crítica elaborada por Claus Roxin (2004, p.17-20), o qual entende que é necessária uma fundamentação para se afirmar que a pena deve ser aplicada; devem existir limites na faculdade estatal de aplicar sanção. Ademais, não se entende como é possível eliminar um mal com outro, por isso as teorias por eles delineadas são teorias de expiação, já que não fixam os pressupostos da punibilidade. Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 98-99) entende que a concepção retributiva da pena pode levar à falta

de limites na quantidade e na qualidade da pena e que essa, na verdade, deveria ter sim uma “[...] finalidade construtiva e não encontrar um fim em si mesma” (2008, p. 101).

Outros autores também representam o desenvolvimento da teoria retribucionista, como Francesco Carrara (1956, p. 211-212), defensor da ideia de que a pena retribui o mal causado e restabelece a ordem externa social violada pelo mal do delito que gera insegurança à sociedade. De acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 102), “a pena, para Carrara, é consequência do desejo de reação ante a violação do direito. Não se destina a promover a emenda do condenado, mas a desempenhar seu papel de tutela jurídica”.

Considerando as ideias das teorias absolutas, a reincidência seria um instituto tendente a retribuir o mal do delito com o mal da pena, porém agravada ou, ainda, um instituto para restaurar a ordem social. Entender-se-ia que o mal causado pelo reincidente fora maior, portanto, o mal da pena deve ser agravado, a fim de que o direito fosse revalidado e a segurança social preservada. Pensar dessa forma, contudo, retira qualquer utilidade desse instituto, sonogando-se a função social da pena. Desta forma, entende-se rechaçável o argumento de que a reincidência tem um caráter retributivo.

Na sequência, podem ser relacionadas as teorias relativas ou preventivas, as quais pregam que a utilidade da pena seria evitar a ocorrência de fatos delitivos futuros, evitando-se a reincidência para preservar a convivência social. De acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 89), “a função preventiva da pena divide-se – a partir de Feuerbach – em duas direções bem definidas: prevenção geral e prevenção especial.” Conforme Massimo Pavarini e André Giamberardino (2011, p. 146), “enquanto nas hipóteses de prevenção geral se persegue o fim de impedir a coletividade de delinquir, na prevenção especial se quer evitar a reincidência de quem violou as leis.”

Na linha da teoria da prevenção geral, a única finalidade da pena seria prevenir a prática de delitos, isto é, intimidar a sociedade, sob a ameaça da lei. A pena seria uma motivação para não cometer delitos (BITENCOURT, 2007, p. 123).

Conforme Francisco Muñoz Conde e Winfried Hassemer (2011, p. 234-235), para essa teoria:

o delito futuro não só se pode esperar de quem já o tenha cometido alguma vez e que deve, por isso, ser ressocializado ou inocuizado para evitar que volte a cometê-lo, mas também dos demais, sobre os quais deve incidir, para evitar que cheguem a cometê-lo (prevenção geral).

Por essa concepção, contudo, há lacunas na justificativa sobre o fim da pena. De modo geral, pois são diversos os problemas apontados em torno dessa teoria. Não é considerado o aspecto psicológico do delinquente, ou seja, que o criminoso pode entender ser capaz de praticar um crime sem ser descoberto. Além disso, desconsidera que nem todos os homens são influenciados pela ameaça da pena e, ainda, que as penas, por essa ideia, podem ser altamente elevadas para chegar à finalidade de prevenção, superando a medida da culpabilidade do autor do delito (BITENCOURT, 2007, p. 126), como por exemplo, dos traficantes de drogas, dos terroristas, dos que poluem o meio ambiente e, acresce-se, dos reincidentes.

Desta forma, a teoria da prevenção geral da pena deve ser rechaçada pelo fato de menosprezar a pessoa, mecanizar a pena, não considerar a racionalidade do homem e, sobretudo, não demonstrar qualquer utilidade do direito penal no contexto social.

Importante destacar que a teoria da prevenção geral é subdividida em negativa e positiva. A prevenção geral negativa diz respeito à “capacidade dissuasiva dos castigos legais” (PAVARINI; GIAMBERARDINO, p. 146), cuja intimidação é voltada ao homem considerado *homo aecomicus*, aquele que sabe calcular as vantagens e as desvantagens da sua conduta. E a prevenção geral positiva ou prevenção-integração que justifica a pena a partir da concepção de que essa é um instrumento de estabilização do sistema social. Ambas compõem os argumentos que defendem a necessidade da existência da reincidência, seja como necessidade de inibir as pessoas que já cometeram delitos como também para confirmar a vigência da norma na sociedade por meio de uma pena agravada. Perceber-se-á, mais adiante, que a teoria da prevenção geral passou por uma modificação com o intuito de combater os inconvenientes das teorias mistas ou unificadoras, surgindo, pois a prevenção geral positiva.

Antes, porém, é preciso abordar o conteúdo da teoria da prevenção especial, que se volta ao criminoso com a preocupação latente de que ele não volte a cometer delitos. Defende-se que deve haver um bom modo de aplicar a sanção penal em prol da disciplina do delinquente. De acordo com Massimo Pavarini e André Giamberardino (2011, p. 148), “quando a finalidade do castigo legal é impedir a reincidência e, portanto, o destinatário é quem violou a lei penal, fala-se em prevenção especial.” Essa teoria influencia de forma veemente a justificativa da necessidade do instituto da reincidência.

Dentre os defensores da prevenção especial (BITENCOURT, 2007, p. 92), Franz Von Liszt (2003) foi o penalista que enraizou a ideia dessa corrente apresentando três pressupostos para a aplicação da pena: ressocialização e reeducação do delinquente, intimidação daqueles que não precisam se ressocializar e neutralização dos incorrigíveis. Tese resumida em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

Conforme Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 120), “essa crença no poder intimidativo das sanções penais tem servido de arrimo aos aumentos de penas até os dias de hoje, inclusive, à manutenção da pena capital em diversos Estados.”

Interessante notar que por meio dessa teoria, o delinquente pode de fato ser ressocializado, portanto, a pena é extremamente útil para evitar a reincidência, ao corrigir a pessoa condenada. De acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 122), para Lizst a execução penal pode converter o delinquente num membro útil à sociedade (adaptação artificial), como também segrega o delinquente retirando a possibilidade dele cometer novos delitos.

Ainda que a teoria da prevenção especial, atenta ao delinquente, pareça palpável, argumentos contrários são levantados a esta tese. Em primeiro lugar, há casos em que o delinquente não tem a menor probabilidade de reincidir, ainda que tenha cometido um crime grave (BITENCOURT, 2001, p. 134). Em segundo, é possível chegar a penas desproporcionais e indefinidas ao caso concreto, considerando que o delinquente apenas será recolocado ao convívio social depois de emendado (MORAES, 2009, p. 149).

As teorias da prevenção especial se subdividem em negativa e positiva. De forma concisa, a teoria da prevenção especial negativa (GUIMARÃES, 2007, p. 161) pode ser traduzida por uma palavra: neutralização ou inocuização. Já a teoria da

prevenção especial positiva, remete à ideia de ressocialização (GUIMARÃES, 2007, p. 154).

Relacionando esses aspectos à reincidência, nega-se o caráter ressocializador da reincidência, pois seria contraditório acreditar que o cumprimento de uma pena agravada atingiria esse fim, quando a anterior já não alcançou. De outra banda, se nem a pena consegue a intimidação, tampouco a reincidência traz esse efeito. E a neutralização por meio da reincidência colidiria com a proporcionalidade da pena, deixando o condenado à mercê dos falhos métodos inseridos na execução penal.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2002, p. 75) analisa a prevenção especial a partir da seguinte classificação: a) prevenção especial negativa de inocuidade; e b) prevenção especial positiva, subdividida em quatro espécies – intimidadora, curativa, ressocializadora (programa máximo) e de fortalecimento de condições de não reincidência (programa mínimo).

Destaca-se essa última, por reforçar a necessidade de serem adotadas medidas a fim de evitar a reincidência, contudo, a realidade mostra a ausência de respeito dos direitos do sujeito submetido ao poder punitivo estatal. “Apenas o respeito – ainda que não a concordância – por parte do agente, em face dos bens jurídicos alheios, é o verdadeiro e legítimo objetivo particular da pena para com o criminoso” (JUNQUEIRA, 2002, p. 84). Por isso, longe de prevenir a reincidência, o atual sistema penitenciário caminha em descompasso com a ressocialização, pois não fornece meios eficazes para transmitir ao preso valores supremos como dignidade e liberdade.

Já as teorias mistas ou ecléticas tentam unificar os argumentos mais coesos das teorias absolutas e das relativas, diferenciando o fundamento da finalidade da pena. O fundamento deve se voltar apenas ao crime e dessa forma não pode ultrapassar além do merecido pelo fato praticado. Já a finalidade da pena estava relacionada à forma de prevenção. As teorias unificadoras, então, “aceitam a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado” (2001, p. 96).

Na sequência, a teoria da prevenção geral positiva surge como uma tentativa de sanar os inconvenientes da junção das proposições retributivas e preventivas. Tem-se, inicialmente, uma confusão entre direito e moral ou direito e natureza na fusão das teorias retributivista e utilitarista da prevenção especial, o que leva à conclusão de que o delito e o delinquente são um mal em si mesmo, um pecado (FERRAJOLI, 2010, p. 255).

Conforme Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 141):

Essa nova teoria não vê na pena a ameaça destinada a intimidar possíveis delinquentes, nos termos preconizados pelos defensores da chamada “coação psicológica”, ou segundo os teóricos do absolutismo, que propõem a reafirmação do poder soberano por meio do exemplo do castigo. Ela a vê, antes, como possibilidade de reafirmar a consciência social da norma ou confirmar sua vigência, mediante a imposição de sanções penais. (grifo nosso)

Desta feita, desenvolveu-se um modelo para dar explicação legitimadora do direito penal com foco ideológico e prevenção geral positiva fundamentadora, tendo como principais representantes Welzel (1956, p. 8-9) e Jakobs (2003, p. 12). E, em contrapartida, outro modelo da prevenção geral limitadora, destacando-se o expoente Roxin (1997).

Para Welzel a pena tem um papel ético-social, ou seja, deve garantir a vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A pena deveria buscar o fortalecimento ético-social do cidadão e, ainda, influenciar na atitude interna deste frente ao Direito (JUNQUEIRA, 2002, p. 65). O castigo representa, como consequência da prática do ilícito, a maneira de fortalecer a fidelidade ao Direito, mantendo a vigência de valores fundamentais (BITENCOURT, 2007, p. 97).

Günther Jakobs (2003), inspirando-se nas ideias sistêmicas de Niklas Luhmann (2009, p. 121), entende que a pena pode reestabelecer a confiança da população atingida pelos crimes, trazendo estabilidade ao ordenamento. “A pena deve restabelecer/confirmar na sociedade a confiança na ordem normativa” (JUNQUEIRA,

2002, p. 66). É, pois, um fator de coesão do sistema político, ou seja, o direito penal garante a função orientadora das normas jurídicas. A pena dá credibilidade à norma.

A teoria de Jakobs, contudo, permite a aplicação da pena quando desnecessária a proteção dos bens jurídicos, negando a função limitadora, inclusive, do princípio da proporcionalidade, de acordo com Santiago Mir Puig (1994, p. 139). Conforme Gustavo Octaviano Diniz Junqueira (2002, p. 66-67), Jakobs não faz qualquer referência a limites ou a bens jurídicos. Ele não adota limites como o da culpabilidade na aplicação da pena. Sobre a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, portanto, “é criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado Social e Democrático de Direito” (BITENCOURT, 2007, p. 99). A principal crítica a essa teoria se refere, conforme Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p. 98), à contrariedade ao direito penal mínimo, uma vez que por meio de seus preceitos há a possibilidade de ampliar a tendência da resposta penal diante dos problemas sociais.

Por fim, a teoria da prevenção geral limitadora, a qual surge diante das críticas à fundamentadora, defende que a pena “deve manter-se dentro dos limites do direito penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais” (BITENCOURT, 2007, p. 100).

Para Claus Roxin (1997, p. 92-93), a pena tem como escopo, além do fortalecimento da consciência jurídica, tutelar bens jurídicos no caso concreto a fim de restabelecer a paz jurídica atingida e reforçar a confiança no Estado (JUNQUEIRA, 2002, p. 68). A pena seria ainda considerada como a última medida para punir as lesões aos bens jurídicos, ou seja, atenderia a um direito penal mínimo, desde a escolha das cominações penais, com respeito aos limites da reprovabilidade da conduta do infrator (MARQUES, 2008, p. 145).

A crítica em torno dessa teoria se refere aos efeitos produzidos no âmbito legislativo, de acordo com Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, 148-149), visto que pode levar ao arbítrio na escolha dos bens jurídicos penais com uma verdadeira simbologia do direito penal. Não obstante, afirma também que o artigo 59 do Código

Penal, se interpretado de acordo com os princípios constitucionais, estabelece a pena na concepção da teoria da prevenção geral positiva limitadora.

A reincidência, inserida na concepção das teorias da prevenção geral positiva, pode ser entendida, na linha de Welzel, como parte da pena. É um castigo que reforça de forma mais gravosa a fidelidade à norma e mantém a mensagem de que em caso de valores fundamentais serem atingidos pelo criminoso reiteradamente, esse terá uma pena ainda maior. Já na visão de Jakobs sobre a pena, poder-se-ia fundamentar a reincidência como uma forma mais incisiva de reafirmar a norma jurídica ou de demonstrar que essa será aplicada em caso de transgressão, ou seja, enalteceria na sociedade a confiança na ordem normativa. E, dentro da limitação que fundamenta a ideia de Roxin a respeito, a reincidência deveria ser aplicada apenas nos casos em que fosse necessária a atuação do direito penal, com respeito aos limites mencionados.

De todo o exposto sobre as teorias das penas, conclui-se que o fundamento da reincidência está também atrelado ao da pena. Ocorre que, diante de tantas teorias sobre a finalidade da pena, a dificuldade é identificar qual prevalece no ordenamento jurídico brasileiro e se esta é compatível com os preceitos constitucionais. A pena, bem como a reincidência, não pode ser vista como fator isolado, mas deve integrar o sistema jurídico avançado pelo Estado Democrático de Direito.

Desta forma, como circunstância agravante da pena, analisada no contexto atual, a finalidade da reincidência deve estar de acordo com os objetivos da própria pena. Em todas as teorias ora delineadas é possível encontrar um fundamento para a reincidência, contudo, entende-se que somente uma pena voltada a reintegrar socialmente o condenado, respeitando valores supremos e conservando a humanização do delinquente, seria capaz de manter essa medida justificável dentro do panorama democrático insculpido pela Constituição Federal de 1988. Quanto à reincidência, deveria acompanhar esse modelo não sendo apenas um instrumento retributivo e prejudicial ao condenado. As restrições ao condenado oriundas de sua aplicação, justificadas em tese a partir da proporcionalidade, buscam um resultado de difícil concretude. Parece que a crise do direito penal, a sobrecarga dessa ramificação jurídica, atinge todos os institutos dispersos e descontextualizados no âmbito do Estado Democrático de Direito.

O fato é que a pena “[...] é impotente para conjurar uma grande percentagem de reincidentes, assim como não impede a delinquência primária. A ilação a tirar-se daí não é que a pena seja *ineficiente*, mas, sim, em certos casos, *insuficiente*” (BRASIL, Ordenações Filipinas *on-line*). E não no sentido quantitativo da pena, mas na qualidade da sua aplicação que poucos, quiçá, nenhum efeito prático apresenta. Da mesma forma é o instituto da reincidência, o qual é aplicado demasiadamente no decorrer do processo penal, todavia, sem critérios precisos nem resultados positivos que justifiquem todo o agravamento da pena e do maior rigor com o condenado.

4. APLICABILIDADE PRÁTICA E CONTROVÉRSIAS

Em que pese o reconhecimento da constitucionalidade do instituto da reincidência criminal (STF - RE 453.000/RS), é de bom alvitre salientar que, enquanto instituto processual de agravamento da pena, é mesmo uma carga negativa que pesa sobre a pessoa a quem foi imputada a prática de um crime, não podendo ser considerada de forma objetiva e sem que hermeneuticamente se possa refletir sobre a finalidade do estado garantista, para a aplicabilidade de repressão social representada pelo direito penal e processo penal.

Nesta esteira, o principal objetivo dos instrumentos é a efetividade da norma em vigência, mas não afasta a necessidade de que as garantias se façam sobrepostas ao dogmatismo repetitivo e decomposto da reflexão social. Não se discorre sobre a suposta falência do sistema penal, e se diz suposta, pois não se pode deixar de observar que a cultura punitivista deseja a imputação da dor, conforme se pode constatar, e, ainda deslegitima o sistema como um todo, considerando uma íntima ligação.

A reincidência criminal aprofunda um processo de maior encarceramento, no entanto, sua finalidade deve ser a mesma que toda a esfera da intervenção estatal na liberdade, mínima e necessária, assim estabelece o Estado Democrático de Direito que se funda na condição do cidadão com a perspectiva harenditiana do direito a ter direitos.

Não basta obviamente os direitos positivados, mas e essencialmente efetivados, assim a reincidência criminal, com os reflexos já mencionados, constitui-se

em forma de conflito entre o destinatário e os direitos de liberdade como primordial para o exercício da cidadania.

O destinatário da reincidência teve passagem pelo sistema prisional, ou pelo menos com condenação que o leva a condição de estar destinado ao aumento da pena, considerando que a reprimenda anterior foi insuficiente (quantitativamente ou qualitativamente) para que reintegrasse a pessoa à sociedade.

É de se frisar que as formas de aplicação da pena são formadas com observância ao pressuposto da lei de execução penal, que tem como finalidade esta reintegração social do condenado e o cumprimento do disposto na sentença. Logo, o caráter dúplice da execução envolve a reprimenda e em especial a ressocialização.

A reincidência aí está, porém, para demonstrar que a segurança desejada não é atendida pela simples segregação nem mesmo pelo aumento quantitativo de lapso temporal, conforme se vê estampado nos elevados números de reincidentes do sistema prisional. Tais dados deveriam nortear uma política criminal que visasse à reintegração do egresso, que não ocorre, no mais das vezes, na prática. De acordo com Thompson (1993, 8-9):

Toda vez que um detento escapa das grades será, necessariamente, instaurado um inquérito, visando a descobrir as causas e as responsabilidades referentes ao fato. Ninguém se lembrou de adotar medidas semelhantes para o caso em que um indivíduo, posto em liberdade, após submeter-se ao trabalho intimidativo e curativo da prisão, a ele retorna por força da reincidência.

Com relação à retribuição do mal, não se pode negar a eficiência da pena, mas no que diz respeito à prevenção de novas práticas de infrações, pois, se de fato a lei não possui expressões inúteis, nenhuma dúvida pode haver da total (in)eficiência do sistema, neste aspecto, que tem o seguinte pressuposto: “Segregar para que a pessoa infratora aprenda a viver em sociedade” (SANTANA, 2004, p. 204), partindo do pressuposto de que a restrição do ir e vir dará noção da importância da liberdade, esta de estar em

circulação sem estar inserido no direito de ser na expressão do sujeito social no Estado assim denominado de direito.

Nesta linha de raciocínio, a reincidência é processo de comprovação da incapacidade do sistema prisional em realizar aquilo para o qual, positivamente, foi estabelecido, ou seja, pune-se a parte que não teve assegurada os pressupostos, que pela análise dos dados pode-se notar, afastaria, em grande parte, os inclusos do sistema punitivo.

O Estado, consoante Amilton Bueno de Carvalho, em acórdão proferido e publicado de forma unânime pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), não pode ser a parte que se mantém como exigente de condutas sem que ela mesma não cumpra para com suas funções:

Assim, vê-se, com obviedade, que o Estado deve punir aquele que agride a lei penal e, numa outra ponta, deve cumprir rigorosamente com as normas estabelecidas para o cumprimento das penas que ele impõe. Ou seja, a legalidade tem dois vieses: um que determina a prisão (contra o cidadão) e outro que protege o apenado.

Todavia, tem acontecido – máxime no Estado Gaúcho – verdadeira autofagia sistêmica: com base na lei se condenam pessoas a pena de prisão (para prejudicar) mas no momento em que se deve beneficiá-las (condições prisionais), nega-se a legalidade. Algo intolerável, beirando a hipocrisia.

Todos, absolutamente todos, sabemos que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E mesmo assim confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados.

Nos últimos tempos tudo é desvelado pela imprensa: juiz da execução penal, às lágrimas, denuncia que tem vergonha de ser gaúcho, ante o que acontece nos presídios; tentativa de responsabilização de juízes e promotores pelas condições prisionais; os presídios gaúchos estão como os piores da nação – **o pior entre os piores do mundo!**

A dor é tão antiga, tão denunciada, tão presenciada, tão acomodada, tão escamoteada, que é de pasmar que nunca tenha sido superada – e tudo aponta no sentido de que nunca será. E aqui a Câmara faz “mea culpa” por ter sido conivente com o sistema prisional.

É momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão). Não se trata de se pregar anomia, mas sim de cumprir com a lei.

Há, repito, contradição insuportável em se condenar alguém com base na lei e, depois, negá-la no momento da execução da pena! Aliás, Ferrajolli já denunciou que a história dos presídios é a mais degradante que a história dos crimes! [...] (TJRS n° 70029175668).

O desembargador, agora aposentado, finaliza o raciocínio mencionando Rui Barbosa, para o qual não há salvação para um juiz covarde. Nesse sentido, o juiz nada mais é que o representante do Estado, que fosse o caso de mensurar a covardia com aqueles que não fazem parte do sistema produtivo, embora seja mecanismo dele, não seria a prisão, mas o todo que levaria à prisão.

Toda reincidência somente poderia ser aplicada com base na análise dos fatos (oportunidades e meios concedidos pelo Estado, com a finalidade de ressocializar o cidadão que infringiu a norma), e deixar de ser norma objetiva que apenas considera o lapso temporal.

Em regra se pode dizer que adotamos o direito penal do fato, onde o objetivo não é especificamente quem o fez, mas o que se fez e o resultado produzido como forma de buscar no ordenamento a pena correspondente. Quando falamos em reincidência pode afirmar que estamos se referindo ao direito penal do autor, não é apenas o fato, mas quem é o autor fundado na inteligência do artigo 59 do Código Penal, assim determina e neste caso entra a questão não pacificada nos tribunais superiores.

Em decisão do ministro Lewandowski do Supremo Tribunal Federal foi desconsiderada a reincidência para fins de reconhecimento do princípio da insignificância, e assim vem se consolidando na segunda turma tal posicionamento, mesmo considerando a reiteração delitiva. Nesse sentido é HC 137422/SC:

(...) Ainda que a análise dos autos revele a reiteração delitiva, o que, em regra, impediria a aplicação do princípio da insignificância em favor da paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento, não posso deixar de registrar que o caso dos autos se assemelha muito àquele que foi analisado por esta Turma no HC 137.290/MG, Redator para o acórdão Ministro Dias Toffoli, na assentada do dia 7/2/2017. No ponto, esta Turma, por maioria de votos, concedeu a ordem de habeas corpus para reconhecer a atipicidade da conduta da paciente que tentou subtrair de um supermercado 2 frascos de desodorante e 5 frascos de goma de mascar, avaliados em R\$ 42,00 (quarenta e dois reais), mesmo possuindo registros criminais pretéritas. Assim, ainda que aqueles fatos pretéritos indicassem certa propensão à prática de crimes, esta Segunda Turma concedeu a ordem para reconhecer a atipicidade da conduta, seja pela aplicação do art. 17 do Código Penal (ineficácia absoluta do meio empregado), seja pela aplicação do princípio da insignificância. Destarte, ao reconhecer que o presente caso guarda consonância com aquele analisado no HC 137.290/MG, tanto pelo *modus operandi* (tentativa de furto de produtos de um supermercado) e *res furtiva* (valor e tipo de produto) como pela conduta minimamente ofensiva do agente, em que pese constarem duas condenações criminais por tentativa de furto no rol de antecedentes criminais (pág. 24 do documento eletrônico 2), entendo que ao caso em espécie, ante inexpressiva ofensa ao bem jurídico protegido, a ausência de prejuízo ao ofendido e a desproporcionalidade da aplicação da lei penal, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Consigno, ademais, que a manifestação do Ministério Público Federal foi no seguinte sentido: “14. Nesse contexto, considerando que, no caso, não

houve prejuízo material à vítima e que a conduta não causou relevante lesividade ao bem jurídico tutelado, visto que as mercadorias do estabelecimento comercial totalizaram pouco mais de 7% do salário mínimo vigente à época, é de se reconhecer a aplicabilidade do princípio da insignificância” (págs. 3-4 do documento eletrônico 12). Dessa maneira, tenho que os fatos narrados não demonstram a necessidade da tutela penal, haja vista a insignificância da conduta sob exame. Portanto, vislumbro, no caso sob exame, a existência de manifesto constrangimento ilegal, que autoriza a concessão da ordem. Isso posto, concedo a ordem para trancar a ação penal. É como voto. (Brasil, Supremo Tribunal Federal, Segunda turma, HABEAS CORPUS 137.422 SANTA CATARINA. Julgado em 28/03/2017)

Doutra banda, não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que em conflito com tal decisão tem tomado caminho oposto, considerando que a reincidência é motivo para o não reconhecimento da insignificância e, portanto, a continuidade ou mesmo pela confirmação da sentença.

No presente caso, há notícia nos autos de que o acusado já responde a outros procedimentos administrativos, comprovada pelo histórico de autuações aduaneiras, pela prática do crime de descaminho. Dessa forma, o afastamento do princípio da insignificância, como causa de não recebimento da denúncia, é medida que se impõe.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1.647.127/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 27/3/2017)

[...]

1. A habitualidade na prática do crime do art. 334 do CP denota o elevado grau de reprovabilidade da conduta, obstando a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido da não incidência do princípio da insignificância nos casos em que o réu é reiteradamente autuado em processos administrativo-fiscais, como é o caso dos autos, sem que isso caracterize ofensa à orientação da Súmula 444/STJ (AgInt no REsp 1601680/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2016, DJe 23/08/2016).

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp n. 492.434/PR, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 29/11/2016)

Conforme se observa, nem mesmo a Súmula 444/ STJ é aplicável tendo em vista que ela não pode ser considerada para fins do referido artigo 59 do Código Penal, mas pode servir como forma de afastar a insignificância que não se dá pelo valor dos bens, mas pela conduta anterior do réu.

CONCLUSÃO

A reincidência criminal sempre esteve presente na legislação brasileira como uma forma de agravar a pena do condenado e apresenta regras bastante peculiares, as quais exigem atenção quando da averiguação e aplicabilidade nos casos concretos.

Foi julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 453.000, e vários são os argumentos que sustentam a sua constitucionalidade, como a necessidade de defesa social devido ao alto grau de periculosidade do condenado, a insuficiência da condenação anterior, o alerta social e maior periculosidade do condenado, além daqueles ligados à prevenção geral. Por outro lado, não faltam argumentos que rechaçam a legitimidade da reincidência criminal, baseados no entendimento de violação a diversos princípios constitucionais: individualização da pena, *ne bis in idem*, legalidade, proporcionalidade, igualdade, presunção de inocência e dignidade da pessoa humana.

A finalidade da reincidência criminal no ordenamento jurídico brasileiro está relacionada à própria finalidade da pena, identificada a partir do estudo das teorias da pena. A pena como reintegração social do condenado, respeitando os valores supremos e

a humanização do condenado, é a melhor forma de se aplicar a política criminal constitucional. Além disso, afasta a reincidência criminal como mera retribuição e sua aplicação desproporcional.

Inúmeros os reflexos da reincidência criminal no processo penal, contudo, não deveria ser aplicada desconsiderando a análise detida dos fatos. Afastando-se da automática objetividade pode se verificar de forma mais contundente os objetivos da pena para a ressocialização do cidadão, com um direito penal do fato, sem a estigmatização de uma maioria reincide até mesmo intramuros do sistema penitenciário.

A reincidência não é um instituto de que deva desaparecer, mas deve ser utilizado com parcimônia e atendendo os direitos fundamentais, sempre fundando na necessidade que se adequa a *ultima ratio*, devendo ser aplicada quando se entender que maior lapso na reprimenda atenderá os fins da pena. Em que pese nossas restrições as formas de cumprimento das penas e suas incontestáveis violações dos direitos humanos, em seara diferente podemos abordar que o instituto teria espaço considerando a pessoa e quando o Estado garantisse a efetividade dos direitos fundamentais.

Por fim, é necessário frisar que a reincidência poder-se-ia ser considerada como um instituto a demandar novos e profundos estudos que visem à garantia do processo penal como instrumento de direitos fundamentais sem que nenhum de seus elementos se dirija em sentido diverso, como é o caso de uma igualdade – de aplicação da reincidência – que se configura como desigual e desproporcional, o que podemos afirmar, é que a busca de um Estado Democrático de Direito exige uma postura firme e segura contra as demandas violadoras da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Débora de Souza de. **Reincidência criminal**: reflexões dogmáticas e criminológicas. Curitiba: Juruá, 2012.
- ASSIS, Rafael Damaceno de. Análise crítica do instituto da reincidência criminal. **Revista CEJ**, Brasília, ano XII, nº40, p.73-80, jan.-mar., 2008.

BRASIL, Código Penal Republicano de 1890. Disponível em: <legis.senado.gov.br/legislação>. Acesso em: 2 jul. 2017.

_____. Código Penal. Decreto-lei nº2.848 de 07.12.1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>, Acesso em: 3 ago. 2017.

_____. Código Penal de 1969. Decreto-lei nº1.004, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-1004-21-outubro-1969-351762-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 28 jul. 2017.

_____. Lei de Contravenções Penais. Decreto-lei nº3.688, de 03.10.1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm> Acesso em: 7 ago. 2017.

_____. Ordenações Filipinas *on-line*. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1179.htm>>. Acesso em: 5 ago. 2017.

_____. Código Criminal do Império de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 7 ago. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. v.1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara. Apelação Crime nº 70029175668. Rafael Santos Jesus. Ministério Público. Desembargador Dr. Amilton Bueno de Carvalho. Porto Alegre, 2009.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal: parte geral**. Tradução. Jose Luiz V. de A. Franceschini, J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.

CHIQUEZI, Adler. **Reincidência criminal e sua atuação como circunstância agravante**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Tradução, apresentação e notas de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 36.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p.96 Código Criminal do Império de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 3 jul. 2017.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v.I. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Tradução de Norberto de Paula Lima. Adaptações e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v.III.4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.19.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em: 9 ago.2017.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luis Callegari; Lucia Kalil. São Paulo: RT, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **A necessidade de um fim preponderante para a pena no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2002.

KANT, Immanuel. **A fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. EDIÇÕES 70, LDA, set.2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Atual. e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Comentários e tradução de José Higino Duarte Pereira. Campinas, SP: Russel, 2003.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito penal do inimigo**: a terceira velocidade do direito penal. Curitiba: Juruá, 2009.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PIERONI, Geraldo. **A pena do degredo nas Ordenações do Reino**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11658-11658-1-PB.htm>. Acesso em: 1º ago. 2017.

PUIG, Santiago Mir. **El derecho penal em el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Ariel S.A, 1994.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3.ed. Lisboa: Vega, 2004.

_____. **Derecho penal**: parte general, t.I. Tradução da 2.ed.alemã e notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, S. A., 1997.

SANTANA, Isael José. **Liberdade, cidadania e cárcere**. 2004. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2004.

TOLEDO Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. O papel da reincidência criminal na aplicação da pena – reflexões a propósito do acórdão do RE 453.000 do STF. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 2014, RBCCrim 108.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Tradução de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. v.1 – parte geral. 6.ed. São Paulo: RT, 2004.

_____. Reincidência. **Revista de Ciências Penales**: Montevideo, v.2, 1996.

PRIVAÇÃO DE LIBERDADE E MATERNIDADE: UMA ANÁLISE DA LEP À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Maíra Fattorelli

Resumo: Diante do cenário de flagrantes violações de direitos humanos perpetradas no interior de nossos presídios, questiona-se a adequação da opção legislativa pela permanência no cárcere das crianças que nascem durante o cumprimento de pena privativa de liberdade por suas mães. Nos termos da normativa penal, tais crianças poderão permanecer seus primeiros meses ou anos de vida no interior do universo prisional (BRASIL. Lei 7.210, arts. 83, §2º e 89). O legislador pátrio preocupou-se em garantir a primordial relação entre mãe e filho, mas parece ter se esquivado de considerar todas as implicações que a estadia no interior dos muros das penitenciárias brasileiras seriam capazes de provocar nas crianças de tenra idade que nele vivenciam seus primeiros contatos com o mundo. Partindo desta inquietação, o presente trabalho pretende abordar os aspectos relacionados com a estadia das crianças no cárcere, identificando seus limites e possibilidades. Nosso olhar se voltará para o universo materno e infantil intramuros, indagando sua compatibilidade com os direitos das crianças e das mulheres firmados no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Atenta-se às especificidades de gênero presentes na temática, na medida em que, de acordo com o Relatório do PNUD, 96% das mulheres privadas de liberdade na América Latina são mães (LOPEZ, Marcela Briseño. Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión. Instituto Nacional de las Mujeres do México e PNUD, 2006, p. 60.), o que demonstra que a maternidade é um dos pontos mais caros às mulheres encarceradas. Considerando o direito à especial proteção garantido pela normativa internacional à criança e à mulher nos períodos de gestação e amamentação e tendo em vista os enunciados das Regras de Bangkok (ONU. Regras de Bangkok. Resolução A/RES/65/229, Regra 49.) e do Comitê dos Direitos da Criança (ONU. Comité de los Derechos del Niño. Examen de los Informes Enviados por los Estados

Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño, parágrafo 52.), que concluem que crianças apenas podem permanecer com suas mães no presídio se esta estadia refletir o interesse superior da criança, conclui-se pela absoluta inadequação da permanência de crianças no cárcere. O presídio, ainda que habitado por crianças não deixa de ser caracterizado como instituição total, que inibe a construção de novos horizontes e permite, tão somente, a reprodução de enraizada lógica pautada pela disciplina e pela segurança. As crianças aprisionadas terminam por dividir com suas genitoras as angústias próprias da privação de liberdade. De modo a garantir os direitos das crianças e das mulheres, o Escritório Argentino da UNINCEF elencou a prisão domiciliar da mulher enquanto mãe como a saída capaz equacionar os direitos em pauta, priorizando o interesse superior infantil (UNICEF. Escritório da Argentina. Mujeres presas: la situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad, 2008, p. 7.). Partindo desta premissa e de avanços constatados no direito comparado, defende-se a prisão domiciliar da mulher mãe como meio capaz de harmonizar nosso ordenamento jurídico com as diretrizes firmadas pelo direito internacional.

Palavras-chave: Cárcere, maternidade, criança, direitos humanos.

INTRODUÇÃO:

O presente ensaio, partindo da análise da realidade do sistema penitenciário brasileiro, debruça-se sobre a condição das crianças que nascem no cárcere, filhas das mulheres que encontram-se privadas de liberdade. Considerando a opção da Lei de Execução Penal pela permanência destas crianças no presídio, na companhia de suas genitoras, o trabalho abordará as consequências que esta estadia é capaz de provocar nos infantes de tenra idade que acabam compartilhando com suas mães as angústias próprias da privação de liberdade.

Após serem verificadas as especificidades atreladas à maternidade vivenciada no cárcere, o ensaio abordará os direitos das crianças e das mulheres nos períodos de gestação e amamentação, no intuito de contrastá-los com a experiência vivenciada nos

presídios. Serão delineadas, deste modo, as implicações jurídicas e psicológicas que a experiência maternal no meio carcerário é capaz de provocar, a fim de que se possa anunciar um novo caminho jurídico, capaz de equacionar os direitos das crianças e mulheres com o interesse do Estado no exercício do *ius puniendi* penal. Pretende-se, com a análise, contribuir para uma harmonização do ordenamento jurídico pátrio com as disposições firmadas no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

CÁRCERE E DIREITOS HUMANOS:

Presencia-se a partir do contexto instaurado após a Guerra Fria uma trajetória de afirmação dos direitos humanos, evidenciada a partir da efervescente formulação de tratados e convenções internacionais de proteção do homem e da humanização das constituições nacionais. Nesta perspectiva, os direitos humanos parecem despontar como um símbolo unificador da sociedade contemporânea. Conforme indica Costas Douzinas, “vivemos em uma cultura dos direitos humanos” (DOUZINAS, 2009, p. 253). Entretanto, apesar de concebidos enquanto elemento de crítica e de emancipação do homem, os direitos humanos, na medida em que não estão atrelados a conceitos determinados, também podem ser mobilizados como mecanismo capaz de legitimar as relações de força e de dominação que teriam, inicialmente, se proposto a atacar.

Em meio a esta percepção, verificam-se realidades fáticas que representam a negação de direitos e a absoluta ausência de efetividade das normas positivas, mostrando-se capazes de colocar em colapso toda a teoria humanística formalmente concebida. As violações de direitos humanos, longe de figurarem como exceção, ditam vidas e parâmetros sociais. Diante deste cenário depreende-se, como aponta Boaventura de Sousa Santos, a fragilidade dos direitos humanos enquanto gramática da dignidade humana (SANTOS, 2013, p. 8). A distância da prática em relação à teoria positiva faz com que uma grande contradição coloque em xeque nossa definição de sociedade intitulada democrática e protetora dos direitos fundamentais.

Dentre as situações de fato hábeis a revelar a falência acima anunciada, merece destaque o cotidiano dos 622.202 cidadãos brasileiros que se encontram privados de

liberdade no sistema penitenciário pátrio, disputando por espaço e dignidade, na medida em que este tem capacidade para abrigar apenas 371.884 de seus internos (DEPEN, 2014a, p. 18). Concentrar o olhar sobre os presídios nos faz descobrir um mundo onde as subjetividades são desbotadas, as capacidades políticas são dissolvidas e as carências mais generalizadas são evidenciadas. Um processo de acentuada vulnerabilidade é firmado sobre os detentos, que usualmente são tratados como seres com humanidade reduzida, como o excedente de uma sociedade comprometida com a afirmação dos direitos humanos.

A partir do desenvolvimento de uma política penal estéril e inapropriada, que em nome da ordem e da segurança pública tem insistido no encarceramento sistemático da pobreza, atesta-se um crescimento exponencial da população carcerária nacional, que hoje representa a quarta maior do mundo. Nesta ótica, o Estado muitas vezes acaba por considerar seus cidadãos apenas a partir de uma perspectiva criminal, disponibilizando às classes vulneráveis, no lugar de sérias políticas sociais e culturais, vagas no inchado sistema prisional. A liberdade é substituída pela segurança e a dignidade é substituída pela ordem, em um espetáculo social confeccionado de modo a dar conta do medo produzido pelas agências de comunicação, que forjam a assimilação entre o criminoso e a desestruturação social. Como indica Loïc Wacquant, a segurança pública é executada com o intuito de ser exibida, teatralizada, promovendo o discurso da ordem e a ânsia social por repressão criminal (WACQUANT, 2007, p. 11).

Despontando o presídio como o local próprio do “outro”, daquele que instaura a desordem social e recebe a rotulação de inimigo do direito penal, nele são atestadas as mais severas violações de direitos fundamentais sem que estas importem um maior questionamento acerca de seus efeitos ou significados. Nos dizeres de Zaffaroni, aos inimigos “é negado o direito de ter suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente” (ZAFFARONI, 2007, p. 11). Nossa estrutura de proteção dos direitos humanos e nosso Estado Democrático de Direito não parecem, *a priori*, serem abalados pelas violações observadas cotidianamente no cárcere.

Ao tolerar e institucionalizar a violência para com o sujeito penal, nossa máquina estatal apresenta-se, principalmente do ponto de vista criminal, mergulhada em um duplo regime, que mistura teoria democrática com prática ditatorial. Conforme afirma Nilo Batista, “muita pena sinaliza pouco oxigênio democrático, sinaliza autoritarismo” (BATISTA, 2013, p. 1) e estas penas, ao associarem-se à violência e repressão, nos remetem aos sórdidos períodos ditatoriais e nos fazem presenciar, nas palavras de João Ricardo Dornelles, “um passado obscuro que reaparece no presente” (DORNELLES, 2012, p. 435). Privados de liberdade, de direitos e de valor, aqueles que compõem nosso inflado contingente carcerário recebem, junto com a punição penal, a tolerância da sociedade para com a violação de seus direitos e a autorização para que o Estado lhes subtraia parte de sua humanidade, reduzindo-os e pulverizando, a cada brutalidade, suas subjetividades.

No bojo deste cenário, destaca-se uma questão marcada por acentuada vulnerabilidade. Trata-se da situação enfrentada pelas mulheres que vivenciam a maternidade em meio ao ambiente carcerário e por seus filhos que nascem durante o período de prisão provisória ou de cumprimento de pena, que têm assegurado por lei o direito de permanecerem no cárcere durante seus primeiros meses ou anos de vida. Questiona-se se esta opção legislativa é, de fato, capaz de salvaguardar os direitos das crianças e de suas mães ou se, ao contrário, se deveria analisar medidas diversas que se mostrassem hábeis a proteger tais crianças da violência que dita a vida intra muros e a compatibilizar a situação por elas enfrentada com os *standards* de proteção dos direitos humanos.

A MATERNIDADE NO CÁRCERE:

Considerando-se que em 2005 se contava com um total de 12.925 mulheres cumprindo pena privativa de liberdade e que em 2012 este número havia passado para 37.380, observa-se um aumento de mais de 180% dos índices de encarceramento feminino em apenas sete anos (DEPEN, 2014a, p. 39 e 40). Este crescimento, ao alterar substancialmente o gênero de nosso universo prisional, impõe o enfrentamento de novas

problemáticas, que requerem um olhar diferenciado à compreensão da condição das mulheres encarceradas.

Estudos demonstram que as mulheres alvo do sistema repressor penal pátrio obedecem a um perfil pré delineado, sendo em grande maioria jovens negras que possuem entre dezoito e trinta anos de idade, com baixa escolaridade e profissionalização quase inexistente (GOMES, 2010, p. 51). A maior parte das condenações femininas, 64%, está associada a crimes envolvendo drogas, notoriamente o tráfico de drogas ou a associação para o tráfico (DEPEN, 2014a, p. 40).

A análise da inserção da mulher no presídio pressupõe, inicialmente, a consideração da temática a partir de uma perspectiva de gênero. As diferenças sociais existentes entre homens e mulheres fazem com que estas, quando encarceradas, convivam com a vulnerabilidade própria do gênero feminino, ao lado da condição inferiorizada que recai sobre os presos em geral. A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher reconhece, neste sentido, a condição específica de vulnerabilidade que incide sobre as mulheres privadas de liberdade (OEA, 1994, art. 9). Mercedes Jabardo, antropóloga madrilena, ao averiguar os desdobramentos do encarceramento feminino, ressalta a análise de gênero:

Na prisão a problemática das mulheres envolve dois aspectos distintos, diferentemente significativos, cuja consideração nos coloca em um ponto de partida mais compreensivo frente à realidade que nos ocupa. Estes dois aspectos estão inter-relacionados e, geralmente, não podem ser separados, eles seriam: a própria condição de mulher e a de mulher presa. Cada um destes inclui características tanto pessoais como sociais distintas, que determinam a forma de ‘estar’ da mulher na prisão. (JABARDO, 1993, p. 94)

A apreciação das particularidades femininas se mostra ainda mais importante ao se considerar que o Brasil, de acordo com pesquisa realizada pelo Fórum Econômico Mundial, é um dos países com pior índice de igualdade de gênero na região latino-

americana (FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL, 2016, p. 1). Esta lamentável constatação nos convida a analisar os distintos reflexos que nosso modelo penitenciário, notoriamente constituído a fim de atender à criminalidade masculina, é capaz de provocar nas mulheres aprisionadas.

No anunciado panorama deve-se considerar, ao lado das mazelas estruturais, da superpopulação e da violência, as necessidades do gênero feminino, dentre as quais destacam-se o acesso a tratamento ginecológico e a atenção à maternidade, sendo a demanda relacionada ao exercício da maternidade no âmbito carcerário especialmente cara já que de acordo Relatório do PNUD da ONU 96% das mulheres privadas de liberdade na América Latina são mães (LOPEZ, PNUD, 2006, p. 28). Esta expressiva estatística nos leva a questionar a repercussão que a pena é capaz de provocar nos filhos das mulheres encarceradas, principalmente naqueles que nascem durante o cumprimento de suas sanções.

A análise deste impacto torna-se ainda mais importante na medida em que se reconhece que as mulheres alvo de nosso sistema repressor penal, via de regra provenientes de baixas classes sociais, usualmente são as únicas responsáveis pelo sustento de suas casas e pela criação de seus filhos (GOMES, 2011, p. 50). Dados fornecidos pela Fundação Nacional de Assistência aos Presos demonstram que apenas 20% dos pais responsabilizam-se por seus descendentes diante aprisionamento materno, o que vulnera os filhos das apenadas e desequilibra sua estrutura familiar (CEJIL, 2007, p. 40). Compreende-se, deste modo, que a apreciação da questão demanda a ponderação dos direitos das presas enquanto mães e os direitos de seus filhos, indivíduos que em nada se relacionam com os delitos praticados por suas genitoras.

Nosso legislador, ao enfrentar o delicado tema da experiência da maternidade no meio carcerário, atendendo à exigência constitucional referente à permanência dos filhos das presidiárias com suas mães durante o período de aleitamento (BRASIL, 1988, art. 5, L) e considerando a importância desta relação para o desenvolvimento infantil, optou pela manutenção das crianças no cárcere, na companhia de suas mães. Nestes termos, determinou a criação de berçários e creches nas unidades penais femininas e previu a permanência dos filhos das detentas gestantes no cárcere pelo período mínimo de seis

meses, para amamentação o, indicando que esta estadia poderia prolongar-se até os sete anos da criança, na hipótese desta não ter outra pessoa, além da mãe, para responsabilizar-se por ela (BRASIL, 1984, arts. 83 e 89).

O período de permanência, no entanto, longe de ser pautado pela diretriz legal, segue padrões próprios em cada Estado, a depender da estrutura física dos presídios e, muitas vezes, da determinação dos diretores dos estabelecimentos prisionais (SIMONE, 2013, p. 20). Deste modo, verifica-se que o tema é abordado de forma distinta nas diferentes unidades federativas. À título de exemplo, tem-se que enquanto em Curitiba as crianças podem continuar no presídio até os seis anos, em Minas Gerais esta estadia é admitida apenas durante os dois primeiros anos de vida e, diferentemente, em Brasília e no Rio de Janeiro esta permanência é admitida tão somente durante os primeiros seis meses de vida dos bebês (PRATES, MELLO, RIZZO, 2011, p. 1). O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, atentando à temática, editou em julho de 2009 a resolução CNPCP n. 3, que dispõe que o tempo de manutenção das crianças ao lado de suas mães nos presídios não deve ser inferior a um ano e meio, determinando, ainda, que após este lapso temporal deve ser iniciado um processo gradual de separação (CNPCP, 2009, arts. 2 e 3).

Considerando a realidade do Complexo Gericinó (RJ) – universo escolhido para aprofundamento do presente trabalho –, verifica-se que em seu interior o tempo de permanência dos bebês junto às suas mães mantêm-se em torno de seis meses (ADADD, SANTOS, NASCIMENTO, 2010, p. 3). Em Bangu, a estadia das crianças é verificada na Unidade Materno Infantil, que conta com berçário, mas que não possui creche ou espaço adequado para crianças que ultrapassem os primeiros meses de vida. A referida Unidade, acoplada à Penitenciária Talavera Bruce, centro de referência às presas gestantes do Estado, foi construída para atender às especiais exigências infantis.

Diferentemente das demais Unidades, a UMI possui, no lugar dos altos muros com arames farpados, pequena mureta pintada com temas infantis. Em seu interior, encontra-se dois alojamentos com capacidade para abrigar vinte internas e seus respectivos filhos, mobilhados com camas unidas a berços (GOMES, 2010, p. 57). Apesar das particularidades e da aparente leveza, a Unidade não escapa, em todo, à regra

que dita os presídios em geral. O controle permanente, as carências emocionais e estruturais e a vulnerabilidade das internas são aspectos que continuam evidentes, ditando o dia-a-dia das mães e dos bebês. Neste sentido, Cristiana Addad e Maricy dos Santos, psicólogas da SEAP/RJ e pós-graduadas pela UERJ, afirmam que:

A Unidade Materno Infantil, portanto, não escapa ao perfil de uma instituição total, com sua rotina rígida, engessada, prefixada, onde também são investidas expectativas quanto à manifestação de comportamentos considerados desejáveis. A espontaneidade das risadas, choros e descobertas dos bebês é encompassada por uma suposta ordem que deve ser mantida e monitorável através do comportamento das mães. (ADADD, SANTOS, NASCIMENTO, 2010, p. 3).

Percebe-se que embora planejada para abrigar crianças de tenra idade, a UMI não desponta como ambiente ideal para o desenvolvimento sadio dos bebês que ali residem e experimentam seus primeiros momentos de vida. A influência das normas, a obediência às autoridades, a ausência de espontaneidade e, sobretudo, a carência de convívio com familiares e com o mundo externo fazem com que a estrutura da Unidade acabe produzindo efeitos negativos em seus pequenos internos.

Elementos basilares distinguem o exercício da maternidade dentro e fora dos limites do cárcere, sendo eles i) o acompanhamento pré-natal, ii) o parto, iii) a rotina institucional do presídio e iv) a separação das mães e bebês. O acompanhamento pré-natal no âmbito do Complexo Gericinó deve ser realizado na Penitenciária Talavera Bruce. Contudo, apesar de eleita pela SEAP/RJ como centro de referência às gestantes, a Unidade não passou a contar com médico próprio ou com equipamentos especializados para garantir a realização de exames pré-natais.

Esta constatação fez com que tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público tentassem intervir na problemática, encaminhando no final de 2012 as exigências por médicos e por acompanhamento gestacional ao judiciário. No Procedimento Especial

apresentado pelo Núcleo de Sistema Penitenciário da Defensoria Pública a instituição relatou a carência plena de atendimento pré-natal na Penitenciária Talavera Bruce. A petição inicial destaca que “pesquisa por amostragem realizada pela Defensoria Pública com alguma das presas grávidas mostra que 100% das 9 entrevistadas não recebe acompanhamento pré-natal. As que responderam que sim, fizeram a observação de que o acompanhamento recebido se deu antes da prisão” (NUSPEM, 2012, p. 2).

O anunciado quadro também levou o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública a ajuizar, em 2014, ação civil pública a fim de garantir efetiva assistência médica às mulheres custodiadas no Estado do Rio de Janeiro. A ação foi acolhida na segunda instância em março de 2017, tendo o Estado carioca sido condenado a prestar assistência médica especializada e emergencial para as mulheres grávidas privadas de liberdade (DPERJ, 2017, p. 1).

A ausência de atendimento pré-natal encontra-se atrelada à carência de médicos ginecologistas. O relatório do DEPEN disponibilizado em junho de 2014 afirmou a inexistência na época de médicos ginecologistas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro para atendimento das detentas e relatou a existência de apenas 37 médicos ginecologistas distribuídos a nível nacional (DEPEN, 2014, p. 109). Nos termos anunciados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, atualmente o Estado carioca consta com um médico ginecologista, mas este quantitativo mostra-se absurdo frente à demanda de mais de 2.100 detentas por assistência (DPERJ, 2017, p. 1).

Espera-se que diante da condenação judicial o Estado do Rio de Janeiro altere o panorama até então vivenciado por suas gestantes, que não recebem o atendimento pré-natal devido e experimentam um quadro de absoluta negação de direitos relacionados à saúde da gestante e do bebê. A carência de atendimento pré-natal, marca da maternidade vivenciada no cárcere no Rio de Janeiro, também mostra-se presente nas outras unidades federativas. Estudo realizado pela Fiocruz em todas as capitais e regiões do Brasil demonstrou que 55% das gestantes privadas de liberdade tiveram menos consultas pré-natais do que o recomendado (FIOCRUZ, 2017, p.1).

Em relação ao momento do parto, cumpre inicialmente indicar que este no âmbito do Estado carioca deve ocorrer em hospital da rede pública próximo ao Complexo

Gericinó. Uma vez identificado o início do trabalho de parto de uma interna a direção da Unidade deve acionar o SOE – Serviço de Operações Externas –, órgão responsável por realizar o transporte da gestante até a unidade hospitalar. Este momento, considerado único e de vital importância para as mães, muitas vezes acaba perdendo seu esplendor quando vivenciado por mulheres no âmbito do cárcere.

O desvirtuamento do fascínio que deveriam estar atrelados ao nascimento de uma nova vida é atestado em razão do tratamento desumano e degradante que usualmente é fornecido pelos agentes do SOE e pela equipe médico-hospitalar às mulheres presas grávidas. Trata-se da reprodução da lógica anteriormente anunciada, que associa os internos de nossas penitenciárias à inimigos que não seriam merecedores de cuidados especiais na hora de dar à luz.

As educadoras Carmem Mattos, Sandra Almeida e Paula Castro, da UERJ, ao debruçarem-se sobre a realidade prisional do Estado do Rio de Janeiro identificaram o horror comumente vivenciado pelas presas gestantes neste evento. De acordo com as autoras:

Uma das situações recorrentes nos relatos das jovens e mulheres é quando do parto. Relatam que viveram ‘momentos de terror’ uma ‘realidade à parte’ durante a ida ao hospital para o parto e durante o nascimento de seus filhos. São submetidas, por parte das autoridades hospitalares, dos motoristas dos veículos de transporte das presas e dos agentes que as acompanham à condições, consideradas por elas, ‘desumanas’. (MATTOS, ALMEIDA, CASTRO, 2013, p. 42)

Relatos fornecidos às educadoras Almeida, Araújo e Mattos, que entrevistaram em 2010 vinte internas da Unidade Materno Infantil, demonstram com clareza o cenário acima apresentado. Joelma, uma das entrevistadas, mãe de dois filhos, vivenciou duas vezes a experiência do parto enquanto cumpria pena, tendo perdido um bebê em razão da falta de diligência médica. De acordo com a interna, seu parto deveria ter sido realizado por

meio de uma cirurgia cesariana, o que não foi de pronto atendido pela equipe médica. Nas palavras da gestante:

Na hora do parto tudo deu errado. (...) Eles tavam tentando normal, né, quando eles viram que eu não ia conseguir, já era tarde, a criança já tava vinte minutos sem respirar dentro da minha barriga (...) aplicaram anestesia em mim, a primeira não pegou, aplicaram a segunda, quebrou a agulha; aí na terceira pegou. Ai a criança teve uma parada cardíaca; ai por consequência ele deu oito paradas cardíacas e depois entrou em coma (...) ele ficou quatro meses internado, ai a ultima parada cardíaca ele não resistiu. (ALMEIDA, ARAÚJO, MATTOS, 2014, p. 10)

Joelma ressalta, ainda, ter sido discriminada no hospital em razão de sua condição de gestante presa. Nos seus dizeres: *“pra senhora ter noção, eu sentindo dor, eu fui me apoiar no médico, no braço dele, ele virou pra mim e falou assim: ‘Tira a mão de mim presa!’. Entendeu? Então aquilo ali foi horrível pra mim. Foi horrível! Sentindo aquela dor toda...”*. (ALMEIDA, ARAÚJO, MATTOS, 2014, p. 7).

Outro depoimento, fornecido por Edna, mãe de sete filhos, demonstra a negligência dos servidores que atuam no SOE. Estes, considerando-a como objeto e desprezando suas demandas, mostraram-se incapazes de encaminhá-la com prontidão à unidade hospitalar e fizeram com que a gestante desse à luz ao seu filho no interior da viatura de transporte, algemada e sem amparo.

Quando foi no sábado, eu já amanheci passando mal legal, dia cinco. Aí as meninas lá pediu p chamar o SOE, que faz o transporte da gente aqui, de preso, pra poder me levar. Aí demorou muito! Aí quando eu saí pra poder ir, a mulher me algemou; eu passando muito mal, que eu já tava gelada... Ela me algemou; me botou atrás, não me levou na frente. (...) Invés de me levar direto, não, me levou num outro presídio por aqui (...) pra pegar um preso que tava passando mal... (...) Aí ficava um tempão lá dentro do presídio conversando... Que eu escutava eles conversando

do lado de fora. Aí, quando ele entrou num outro presídio, eu comecei a bater na porta. Bater, bater, bater, porque a neném tava coroando. Aí eu algemada, coloquei a algema pra frente, tirei a bermuda, e comecei a bater: “Moço, abre aqui, moço”! Aí ele abriu e eu falei: “Moço, minha filha tá coroando, pelo amor de Deus, me tira daqui, tô com falta de ar”! Aí ele pegou e falou assim: “Não”! Bateu e me deixou trancada lá dentro. Eu tive ela trancada... (ALMEIDA, ARAÚJO, MATTOS, 2014, p. 8)

Ressalta-se que Edna teve seu filho dentro do veículo do SOE, trancada e algemada. O uso de algema nesta circunstância representa em si flagrante violação à dignidade da pessoa presa e significa sua desqualificação enquanto sujeito de direitos. Longe de representar um caso isolado, o uso de algemas no parto é atestado, conforme pesquisa realizada pela Fiocruz no país, em mais de um terço dos partos vivenciados por mulheres presas (FIOCRUZ, 2017, p.1). O desrespeito descomunal com que gestantes em conflito com a lei são tratadas por profissionais da área da saúde levou à aprovação, em 2017, da Lei 13.434, que proíbe a utilização de algemas no parto.

As estatísticas e os depoimentos acerca do momento do parto acima anunciados demonstram apenas pequeno fragmento do universo de abusos e maus tratos perpetrados pelos agentes públicos contra as mulheres encarceradas no exercício da maternidade. No momento do parto as presas gestantes encontram-se em estado de vulnerabilidade agravada, o que demanda, no lugar da frigeidez e da discriminação verificadas, amparo estatal redobrado. Após dar à luz, as mulheres são encaminhadas no âmbito do Estado do Rio de Janeiro para a Unidade Materno Infantil, onde permanecem com seus filhos no período de lactação.

Durante a estadia na Unidade, espera-se que as detentas sejam mães em tempo integral. A vigilância, a disciplina e o controle encontram-se, nestes termos, revestidos pelo discurso da maternidade, uma vez que a mulher apenas pode permanecer na companhia de seu filho se mostrar ser uma mãe dedicada. a expectativa institucional acerca do papel das mães, nos termos firmados pelas psicólogas Cristina Addad e Maricy

Santos, pressupõe que estas “estejam voltadas para a criança durante todo o dia, atendendo de pronto às suas necessidades, sob um olhar vigilante e crítico” (ADADD, SANTOS, NASCIMENTO, 2010, p. 4).

O exercício da maternidade no cárcere, neste sentido, exige exclusividade, sendo vedado à presa mãe o empenho de função que desvirtue a demanda por atenção integral à prole. Diante da exigência de dedicação exclusiva à função de mãe, as mulheres acabam sendo obrigadas a abrir mão de direitos inerentes aos presos em geral. Deste modo, a atuação laboral carcerária e a atividade educacional – ações que de acordo com a LEP são fatores de remição de pena (BRASIL, 1984, art. 126) – são vedadas às internas da UMI. A anunciada antinomia, ao colocar em choque direitos relacionados à maternidade e direitos das pessoas privadas de liberdade, faz com que algumas mulheres, priorizando sua rápida saída do presídio, optem por não permanecerem com seus filhos no cárcere, abrindo mão da influência nos primeiros meses de vida de seus bebês.

Atesta-se, nestes termos, que o dilema existente entre o exercício da maternidade e a diminuição do tempo de pena faz com que as mulheres encarceradas sejam obrigadas a enfrentar um duro processo decisório, que envolve, invariavelmente, a perda de um direito em razão da sobreposição de outro, em um contexto em que os direitos de mãe e de presa não são adequadamente equacionados. Compreende-se, com isto, que a submissão das mulheres a esta decisão pressupõe uma interferência estatal indevida na vida privada e na autonomia reprodutiva das detentas e gera, nos termos firmados por Aline Gomes e Anna Paula Uziel, uma ambivalência acerca da assunção ou não do papel de mãe. Nas palavras das autoras:

O confinamento e a condição de dar à luz a um filho que permanecerá “preso” durante seus primeiros meses de vida provocam reações ambivalentes quanto a aceitar ou rejeitar a maternidade. Expressam, justamente, o antagonismo entre o ambiente de privação de liberdade, que nega radicalmente qualquer manifestação subjetiva, e o processo de geração de uma nova vida. (GOMES, UZIEL, SANTOS, p. 6)

Integra a decisão acerca da permanência das crianças no cárcere a análise da rotina institucional da UMI, rotina esta que, de acordo com Cristina Addad e Maricy Santos, caracteriza-se pelo ócio. Nas palavras da autora, as internas relatam “uma experiência subjetiva de imobilismo, retratado na circularidade da vivência temporal: nada muda, todo dia é igual, a rotina se repete” (ADADD, SANTOS, NASCIMENTO, 2010, p. 6). Evidencia-se, assim, a passividade que rege o local e a pobreza de estímulos e de descobertas atestadas na Unidade. As crianças que ali residem vivenciam experiências limitadas, longe de animais, brincadeiras e elementos lúdicos que estimulem suas potencialidades. Seguem o rito institucional que, conforme apontado, se repete, não concedendo espaço para criações e espontaneidades próprias do mundo extramuros.

A análise da rotina da UMI pressupõe, ainda, o enfrentamento do momento da separação entre mães e bebês, possivelmente um dos mais delicados e traumáticos tanto para as genitoras, quanto para seus filhos. Nos seis meses de permanência na Unidade, uma equipe técnica formada psicólogo e assistente social acompanha as relações firmadas entre mães e bebês e elabora relatórios de avaliação. Estes pareceres são encaminhados para a Vara da Infância, que atentando à situação concreta de cada família, determina se a criança ficará a) sob os cuidados de um guardião, b) de uma família substituta ou se c) será abrigada em uma instituição.

A opção pelo guardião, mais recomendada, depende no caso da específico do Rio de Janeiro do comparecimento periódico do candidato ao cargo à Unidade, no período de permanência da criança, para responder a entrevistas com a equipe técnica. Em geral, é eleito como guardião pessoa da família da genitora ou de sua família estendida, também denominada família em rede, o que inclui pessoa próxima do seio familiar. Não sendo verificado sujeito apto a assumir a função de guardião, tem-se optado pela inserção da criança em família substituta, a fim de se evitar o acolhimento institucional (UZIEL, 2008, p. 39 e 40).

O momento da separação é permeado por angústias e incertezas, que são vivenciadas com mais intensidade no caso de mulheres que não possuem familiar para responsabilizar-se por seu filho, o que alimenta o medo de uma institucionalização indesejada. Uma vez questionadas acerca do prazo de permanência de seis meses, as

internas dividem opiniões, havendo aquelas que afirmam ser muito pequeno o tempo de permanência, e outras que entendem que as crianças não poderiam ficar no cárcere por mais tempo. Neste sentido, Daffyny, de 21 anos, afirma que: *“a gente fica mal com o prazo de seis meses, mas tem que pensar na criança, ver o lado dela. Não é legal criança ficar dentro da cadeia”* (GOMES, 2011, p. 68). De forma distinta, uma interna afirma que: *“acho que deveria ficar um ano, seis meses é muito pouco. É muito difícil ter que pensar em me separar dela, porque todos os dias vejo minha filha, não sei quanto tempo vou ficar na cadeia”* (ADADD, SANTOS, NASCIMENTO, 2010, p. 6 e 7).

Ser mãe dentro da prisão, conforme evidenciado, pressupõe desafios, superações e adaptações que nem sempre se compatibilizam com os direitos das crianças e das pessoas privadas de liberdade. Após a identificação dos principais pontos que circundam a maternidade na UMI, serão analisados os *standards* jurídicos de proteção da criança, no intuito de contrastá-los com a experiência do aprisionamento por tabela.

PERMANÊNCIA DE CRIANÇAS NO CÁRCERE E AS PROSPECTIVAS DOS DIREITOS HUMANOS:

Atesta-se ao longo das últimas décadas a consolidação dos direitos da criança no cenário jurídico interno e internacional. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, são erguidos como instrumentos essenciais à afirmação de um novo paradigma, que deixa de enxergar as crianças como mero objeto, passando a firmar seus direitos e sua condição de ser em desenvolvimento, merecedor de uma especial proteção.

Consagra-se, nos termos anunciados, o direito das crianças a medidas especiais de proteção, que devem ser garantidas pela família, pela sociedade e pelo Estado (OEA, 1969, art. 22), passando este a ocupar uma posição de garante frente às crianças de sua jurisdição, o que o obriga a adotar medidas específicas para atender à diferenciada proteção infantil (OEA, 2013, p. 13 e 14). A CIDH versa sobre os fundamentos deste cuidado especial, indicando que:

O dever de proteção especial se fundamenta no reconhecimento das condições especiais que as crianças possuem em razão do desenvolvimento progressivo de todas as suas facetas – em níveis físicos, cognitivos, emocionais, psicológicos e sociais –, o que as leva a depender dos adultos para o efetivo acesso e desfrute de todos os seus direitos, assim como para o exercício das ações judiciais destinadas a exigir os mesmos. (OEA, 2013, p. 13 e 14)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, reproduz a prioridade absoluta que deve ser concedida às crianças pela família, sociedade e Estado, no intuito de que os direitos fundamentais dos infantes venham a ser efetivados. O ECA, na mesma esteira, anuncia a proteção integral e prioritária às crianças e adolescentes como um de seus princípios norteadores (BRASIL, 1990, art. 100) e a Convenção sobre os Direitos da Criança ressalta, em seu preâmbulo, a preocupação do direito internacional dos direitos humanos com a garantia de uma proteção diferenciada para as crianças (ONU, 1989, preâmbulo).

A aludida proteção especial infantil também deve ser estendida às mulheres nos períodos de gestação e amamentação. Esta é a disposição dos artigos VII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e 10.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirmam, respectivamente, que “toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais” e que “deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto”.

Imperioso ressaltar que a proteção fornecida para as mulheres necessita, nos termos firmados pela Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, especialmente no artigo 12.2, estar livre de qualquer modalidade de discriminação. Neste teor, mulheres em liberdade e mulheres que encontrem-se cumprindo pena são merecedoras de cuidados especiais nos momentos atrelados à maternidade, notadamente a gestação e a amamentação.

Atendendo a esta especificidade, a Constituição Federal de 1988 ressaltou, no rol dos direitos fundamentais – art. 5, inciso L –, o direito das presidiárias de permanecerem com seus filhos no período de amamentação e o ECA determinou, em seu artigo 9, o dever do poder público de propiciar condições adequadas para o aleitamento materno também para mulheres presas.

A efetivação dos direitos das mulheres e dos direitos de seus filhos deve, invariavelmente, caminhar de forma conjunta. Não se pode abrir mão da plenitude de um, a fim de atender à garantia de outro, já que ambos são merecedores de especial tutela jurídica. Deste modo, no intuito de analisar se o exercício do direito à lactação no cárcere preserva os direitos das crianças, é preciso debruçar-se sobre os postulados que norteiam a especial proteção infantil, quais sejam: a) o direito à família, b) o direito ao desenvolvimento integral e c) o princípio do interesse superior da criança.

O direito à família, amplamente consagrado no plano interno e internacional, é considerado um direito fundamental, intimamente ligado ao desenvolvimento psicossocial infantil. A Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece, nos termos acima destacados, que a “criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão” (ONU, 1989, preâmbulo).

Trata-se de direito primário que, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “encontra-se intimamente relacionado com a efetiva vigência de todos os direitos da criança em função do lugar que a família ocupa na vida da criança e em seu rol de proteção e carinho” (OEA, 2013, p. 21). Neste sentido, a família é eleita como núcleo central de proteção infantil.

Compõe o âmago do direito à família o direito da criança de crescer e se desenvolver no seio familiar e o direito de ser criada por seus pais. O referido direito encontra-se elencado no art. 7.1 da Convenção temática das Nações Unidas, que determina o direito da criança de “conhecer seus pais e ser cuidada por eles”. Ao lado deste direito, encontra-se o dever do Estado de apoiar a família para que esta possa desempenhar integralmente suas funções (OEA, 2013, p. 18). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, neste panorama, afirma que “em princípio, a família deve proporcionar a melhor proteção para

as crianças (...). E o Estado tem a obrigação não apenas de dispor e executar diretamente medidas de proteção às crianças, mas também favorecer, de maneira ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar” (OEA, 2002, par. 66).

Muito embora existam situações sociais e jurídicas capazes de abalar a garantia plena do direito da criança à família, a Convenção sobre os Direitos da Criança consagra no art. 9 que pais e filhos apenas podem ser afastados se esta medida for recomendada em nome do melhor interesse infantil. Neste contexto, a separação verificada em razão da condenação criminal de um dos genitores deve ter sua validade apurada em função dos direitos da criança.

Evidencia-se, nestes termos, uma vinculação entre os direitos da criança e a atuação do Estado. Este, tendo o dever de zelar pela atenção prioritária infantil e de efetivar medidas legislativas e governamentais que amparem plenamente as crianças, está proibido de levar a cabo qualquer ação que importe em uma relativização dos direitos infantis, ainda que esta esteja atrelada ao exercício regular de sua pretensão punitiva penal. Neste enredo, ressalta-se pronunciamento da Corte IDH, que indica que “a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, a menos que existam razões determinantes, em função de seu interesse superior, que determinem sua separação da família” (OEA, 2002, par. 77).

Deste modo, compreende-se que os direitos da criança ao convívio família e aos cuidados paternos apenas podem ser flexibilizados se a separação entre pais e filhos, operada em razão de condenação criminal, mostrar-se favorável à garantia dos demais direitos infantis, como o direito ao desenvolvimento integral e ao princípio de seu interesse superior.

O direito ao desenvolvimento integral, consagrado no art. 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança, engloba todos os aspectos da vida do infante: o físico, o mental, o espiritual, o moral e o social. Trata-se de direito que possui uma concepção holística, atrelado ao desenvolvimento multifacetado das crianças, que demanda cuidados e concepções relacionados a cada uma das parcelas do psiquismo infantil. Sua análise é de extrema importância no enfrentamento dos reflexos que o cárcere é capaz de provocar nas crianças de tenra idade que nele residem. Se não se pode admitir, em nome do direito

à família, uma separação que não atenda ao melhor interesse da criança, também não se pode deixar de aferir as consequências multipolarizadas que as experiências vivenciadas nos primeiros momentos de vida nos presídios são capazes de provocar em todos os aspectos do desenvolvimento infantil.

Assim, deve-se analisar os direitos à convivência familiar e ao desenvolvimento integral tendo em vista o principal postulado do sistema de proteção infantil, que deve irradiar a interpretação de todas as suas normas: o princípio do interesse superior da criança. Este, consagrado no art. 100 do ECA e no art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, pressupõe a priorização do interesse infantil sobre todos os demais interesses e direitos em pauta. Nos termos firmados pela Corte IDH, o referido princípio encontra-se intimamente relacionado com a efetivação plena dos direitos dos infantes, o que o leva a nortear a formulação e a aplicação de todas as normas que produzam efeitos sobre a vida das crianças. Nas palavras da Corte:

A Convenção sobre os Direitos da Criança alude ao interesse superior da criança (arts. 3, 9, 18, 20, 21, 37 e 40) como ponto de referência para assegurar a efetiva realização de todos os direitos contemplados no instrumento, cuja observância permitirá ao sujeito o mais amplo desenvolvimento de suas potencialidades. A este critério devem aderir as ações do Estado e da sociedade no que diz respeito à proteção das crianças e à promoção e preservação de seus direitos. (OEA, 2002, par. 62)

Nestes termos, atesta-se que observância dos reflexos da privação de liberdade nos filhos das apenadas pressupõe um estudo pormenorizado de todos os direitos infantis afetados e a primazia do interesse superior da criança. O Comitê dos Direitos da Criança ao apreciar a temática ponderou que “quando a acusada tenha a responsabilidade de cuidar de um filho, o Comitê recomenda que profissionais competentes considerem cuidadosa e independentemente o princípio do interesse superior da criança (art. 3) e que este seja

levado em conta em todas as decisões relacionadas com a detenção, em particular com a detenção provisória e com a condenação” (ONU, 2006, par. 48).

Ainda acerca do aprisionamento materno e do encarceramento infantil por tabela, o Comitê recomenda que “o Estado Parte examine a atual prática que prevê que as crianças vivam com seus pais no cárcere, no intuito de que esta estadia se limite aos casos em que o interesse superior da criança seja atendido, e que vele para que as condições de vida sejam propícias ao desenvolvimento harmonioso de sua personalidade” (ONU, 2006, par. 52). No mesmo sentido dispõe a regra 49 das Regras de Bangkok, adotadas pela ONU, que indicam que “toda decisão que permitir que as crianças permaneçam com suas mães no cárcere deverão se basear no interesse superior da criança. As crianças que se encontrem no cárcere com suas mães não serão tratadas como reclusos”.

Conclui-se, nos termos firmados pelo Comitê das Nações Unidas e pelas Regras de Bangkok, que mulheres aprisionadas apenas podem permanecer com seus filhos no cárcere se esta prática atender ao interesse superior das crianças encarceradas, ou seja, se for comprovado que esta é a medida mais adequada para garantir os direitos infantis. Considerando as mazelas próprias do sistema penitenciário brasileiro e a importância dos primeiros meses de vida para o desenvolvimento infantil, tem-se pela absoluta incompatibilidade entre a permanência de crianças no cárcere e o postulado do interesse superior infantil, conforme se passará a demonstrar.

INADEQUAÇÃO DA PERMANÊNCIA DE CRIANÇAS NO CÁRCERE:

As crianças, merecedoras de cuidados diferenciados, de estímulos lúdicos e de especial proteção, quando fadadas a perderem seus primeiros meses ou anos de vida no interior dos muros de nosso sórdido sistema prisional tornam-se incapazes de desenvolver, de forma sadia, suas potencialidades. A rotina institucional, as normas, a obediência hierárquica, a frieza e a passividade que regem todos os presídios marcam a construção da personalidade dos pequenos infantes encarcerados por tabela. Neste panorama, o juiz Luciano André Losekann, afirma que seria utópico considerar que os presídios brasileiros seriam capazes de oferecer um espaço adequado às exigências

infantis, indicando ainda que “deixar meninos e meninas crescendo dentro de unidades prisionais, por melhor que elas sejam, é estigmatizá-los” (MARIZ, 2010, p. 1).

O presídio, ainda que habitado por bebês ou crianças, não deixa de ser caracterizado como instituição total, que inibe a construção de novos horizontes e permite, tão somente, a reprodução de enraizada lógica pautada na disciplina e na segurança. Nestes termos, as crianças aprisionadas terminam por dividir com suas genitoras as angústias próprias da privação de liberdade. Rosângela Santa Rita, assistente social, assevera acerca do tema que “as crianças acabam, na prática, ficando presas também, com horários até para banho de sol e muitas vezes sem critérios que garantam o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoa em processo de desenvolvimento, como determina o Estatuto da Criança e do Adolescente” (ROMERO, 2007, p. 1).

Imperioso, nesta perspectiva, analisar os reflexos que o meio carcerário é capaz de produzir nos filhos das apenadas. De acordo com a LEP, crianças menores de seis meses devem permanecer em berçários e crianças com até sete anos devem permanecer em creches no interior de nossos presídios. A apreciação da referida norma causa espanto. Afinal, como admitir a privação de liberdade de uma criança, um ser que é altamente impactado pelo ambiente que o rodeia?

Laura Noemí Lora, professora e investigadora da Universidade de Buenos Aires, ressalta, nos termos acima anunciados, que quando encarceradas na companhia de suas mães, as crianças são obrigadas a conviverem com noções incompatíveis com o universo infantil. Neste sentido, a autora indica que as relações que envolvem a lei, a exclusão, o delito, os agentes carcerários, dentre outros, são capazes de causar um verdadeiro estigma na formação dos infantes aprisionados, chegando a representar um tratamento degradante, inumano e cruel (LORA, 2012, p. 8).

Analisando o tema a partir de uma abordagem Winnicottiana apresentada pelo psicanalista Carlos Plastino, compreende-se os reflexos do cárcere nos filhos das apenadas de uma forma ainda mais séria e decisiva, já que se identifica, nos termos firmados por Winnicott, a complexidade afetiva e perceptiva da vida emocional dos bebês (PLASTINO, 2014, p. 44). Carlos Alberto Plastino, ao debruçar-se sobre o

pensamento do autor inglês, chama atenção à capacidade das crianças de apreender a realidade. Nos seus dizeres:

Muito antes de tornar-se capaz de se relacionar com o mundo através das construções significantes da cultura a que pertence, o bebê possui complexas formas de percepção, de apreensão, de registro de experiências – memória – e de pensamentos. Nesses processos iniciais são construídos e reconstruídos, através do incessante processo imaginário, os conteúdos de sentido fundamentais à constituição do psiquismo. (PLASTINO, 2014, p. 44)

Constata-se, deste modo, que o ambiente em que a criança está inserida influencia de forma determinante no processo de construção de sua subjetividade. Um ambiente suficientemente bom, com a presença cuidadora materna e com estímulos externos positivos mostra-se crucial para a formação de uma base positiva, que permitirá o desabrochar dos potenciais infantis.

Atesta-se, nesse sentido, que o meio carcerário, ao contrário do esperado pelas disposições legais, demonstra-se apto tão somente a imprimir marcas indeléveis na construção do psiquismo daqueles que nele constroem suas estéreis lembranças associadas à infância. A determinação em prol da atenção do melhor interesse da criança parece ter sido negligenciada por nossa lei de execução penal, que ao mostrar-se condizente com a prática do aprisionamento por tabela demonstrou-se preocupada apenas em acentuar a invisibilidade que historicamente recai sobre as crianças pobres de nosso país, estigmatizando-as perante a sociedade e violando basilares direitos que tanto no plano interno, quanto no plano internacional lhe são assegurados.

Analisando os direitos que são negados às crianças no cárcere, sublinha-se: i) o direito à liberdade, que de acordo com o art. 16 do ECA compreende o direito de ir, vir e estar nos espaços públicos e comunitários, além do direito de participar da vida familiar e comunitária, sem qualquer modalidade de discriminação; ii) o direito à dignidade, analisado sobre o prisma do direito a um tratamento digno e atencioso às múltiplas

necessidades infantis; iii) o direito à vida privada e intimidade familiar, uma vez que às internas é vedada a autodeterminação maternal, devendo elas seguirem as normas institucionais acerca do modo que devem cuidar de seus filhos; iv) o direito a manter laços com familiares; v) o direito à saúde, que nos termos firmados pela Observação Geral 14 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU abrange o direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental; vi) o direito à educação, violado uma vez que o ECA determina o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis meses e que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação estabelece a alfabetização a partir dos seis anos e vii) o direito à atividades recreativas e culturais, que são substituídas pelo ócio total nos presídios.

Ao lado da violação dos direitos acima destacados, a estadia no cárcere parece ser capaz de comprometer o direito à vida das crianças encarceradas, já que repercute no desenvolvimento dos infantes e produz cicatrizes que ficarão entranhadas no psiquismo destes. Neste sentido, o escritório argentino da Unicef indica que: “de forma complementar deve levar-se em conta que a privação de liberdade de uma criança junto com sua mãe afeta o seu direito à vida, uma vez que não é garantido na máxima medida possível seu desenvolvimento, devido a sua permanência em um meio onde é vulnerável a sofrer prejuízos ou abusos” (UNICEF, 2008, p. 7).

Outro importante direito que se encontra frontalmente violado com a permanência de crianças nos presídios é o direito à igualdade. Na medida em que os filhos das detentas são encaminhados aos presídios em razão de atos praticados por suas genitoras, passando, em virtude destes, a ter uma infância marcada por conceitos e experiências absolutamente inapropriados ao desenvolvimento infantil, atesta-se que estas crianças estão sendo preteridas, quando comparadas com as demais crianças, filhas de mães que não encontram-se privadas de liberdade.

Por fim, imperioso ressaltar que a prática do encarceramento por tabela viola direito fundamental previsto no artigo 5, XLV de nossa Constituição Federal, que afirma que a pena não pode passar da pessoa do condenado. Trata-se, pois, do princípio da intranscendência penal, que uma vez desrespeitado, nos termos firmados por Eugênio Zaffaroni, importa na inconstitucionalidade da pena imposta. Nas palavras do autor:

Embora exista um consenso no sentido de que é inevitável que parte da pena seja sofrida pela família e por outras pessoas, o nível tolerável de transcendência é ultrapassado em alguns casos concretos, como quando a pena aplicada se traduz em uma situação de desamparo para terceiros, produzindo consequências pessoais praticamente irreversíveis. Entende-se que nestes casos de transcendência extraordinária a terceiros, o princípio da intranscendência deve prevalecer, caso contrário a pena imposta seria inconstitucional. (ZAFFARONI, 1999, p. 955).

Conclui-se, a partir do exposto, que a permanência de crianças no cárcere na companhia de suas genitoras não atende ao princípio do interesse superior infantil. Nestes termos, atesta-se a incompatibilidade da nossa Lei de Execução Penal com os *standards* jurídicos de proteção da criança e anuncia-se uma saída, já identificada no direito internacional, capaz de equacionar os direitos das crianças e das mulheres com o cumprimento de pena: a imposição de prisão domiciliar.

PRISÃO DOMICILIAR COMO MEDIDA NECESSÁRIA PARA GARANTIR O MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA:

A situação vivenciada pelos filhos das mulheres privadas de liberdade, longe de ser facilmente solucionada, depende de uma análise séria de todos os direitos e interesses que envolvem a questão. Se de um lado temos o interesse do Estado em exercer sua pretensão punitiva diante do cometimento de um delito por uma mulher, de outro temos uma gama de direitos infantis e gestacionais, que não podem ser esvaziados. Assim, imperioso admitir-se que no momento em que a mulher presa passa a acolher em seu ventre uma nova vida, novos interesses, direitos e prioridades entram em jogo e devem ser apreciados. Nestes termos, mais do que conceder um desfecho para a causa, mostra-se imprescindível que se encontre a saída que represente o melhor interesse da criança e que atenda de forma integral os direitos dos infantes.

Inicialmente, destaca-se a inviabilidade da separação das detentas mães e de seus filhos em estágios iniciais de vida. O direito à lactação da mulher privada de liberdade, além de positivado na Constituição Federal e no ECA, deriva dos postulados firmados no direito internacional, relacionados à especial proteção infantil. Neste sentido, ressalta-se posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que têm entendido que situações em que crianças se veem separadas de seus genitores em virtude de uma atuação atribuível ao Estado, como é o caso da privação de liberdade em razão do *ius puniendi* penal, geram uma violação não apenas ao direito à proteção familiar, mas também ao direito à identidade das crianças (OEA, 2013, p. 23).

Depreende-se, nesta conjuntura, a importância da relação entre mãe e bebê para a construção da identidade da criança e para a garantia de seus direitos. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, neste caminho, afirma em sua Resolução n. 3 de 2009 que “a presença da mãe (...) é considerada fundamental para o desenvolvimento da criança, principalmente no que tange à construção do sentimento de confiança, otimismo e coragem, aspectos que podem ficar comprometidos caso não haja uma relação que sustente essa primeira fase do desenvolvimento”.

Firma-se a partir da perspectiva acima anunciada conclusão acerca da imperiosa relação entre mãe e bebê, que é inclusive privilegiada pela Lei de Execução Penal. Esta, contudo, prevê que o convívio materno deve se dar no interior dos muros das penitenciárias nacionais, contrariando o postulado do interesse superior infantil e violando inúmeros direitos fundamentais das crianças.

Compreende-se que o legislador deixou de priorizar o interesse infantil, agindo de forma contrária aos postulados do direito internacional dos direitos humanos. O escritório argentino da Unicef, ao abordar o tema, ressalta que “toda tensão existente entre os direitos da criança e o interesse público – neste caso, o interesse do Estado no cumprimento da pena ou medida cautelar no meio carcerário – deve ser solucionada aplicando o standard jurídico do interesse superior da criança, que levará sempre a privilegiar os direitos dos menores de idade” (UNICEF, 2008, p. 7). Esta posição, assim como todos as outras ratificados no âmbito internacional, encontra-se, todavia, frontalmente desrespeitado pela legislação pátria, que insiste no aprisionamento como

solução para a conflitividade da sociedade, independentemente do peso social que este caminho possa importar.

Diante da busca por alternativas para a abordagem legal da temática vislumbra-se uma solução defendida no âmbito do direito internacional dos direitos humanos que garante a relação entre mãe e filho – longe do universo prisional e do estigma social a ele associado – e, ao mesmo tempo, permite o cumprimento de pena por parte da mulher que cometeu um delito. Trata-se, pois, da concessão de prisão domiciliar para a mulher que deu à luz, a fim de que esta possa permanecer em sua residência durante o período de cumprimento de pena e que seu filho possa ter garantido o direito ao convívio e aleitamento materno, sem que para isso precise abrir mão de direitos fundamentais como, como exemplo, o direito à convivência familiar, à liberdade e à educação.

Na busca pela solução para a temática deve-se levar em conta a atual realidade brasileira, na qual 31% das mulheres encarceradas são chefes de família (FIOCRUZ, 2017, p. 1). A desigualdade de gênero que assola o país merece ser identificada como fator basilar para guiar a formulação de propostas de alteração legislativa voltadas para a questão das mulheres privadas de liberdade. Considerando os dados disponibilizados pela Fundação Nacional de Assistência aos Presos que indicam que apenas 20% dos pais responsabilizam-se por seus filhos frente ao encarceramento materno (CEJIL, 2007, p. 40), tem-se que a privação de liberdade da mulher mãe vulnera diretamente a estrutura de cuidado de seus filhos. Enquanto este quadro de desigualdade não for alterado mostra-se imprescindível a concessão de prisão domiciliar para a mulher que ostentar a condição de mãe de uma pequena criança que necessite exclusivamente de seus cuidados.

Nesta direção, a regra 2.2 das Regras de Bangkok, aprovadas no âmbito da ONU, ao versarem sobre o tratamento a ser concedido às mulheres privadas de liberdade, reconhecem a possibilidade da suspensão da reclusão da detenta que possui filhos menores, por um período razoável, em função do interesse superior da criança. A partir desta disposição, diversas outras passaram a ser firmadas no âmbito internacional, delineando a prisão domiciliar, no lugar da suspensão da pena, como o meio de melhor solucionar a questão.

Resgatando-se as disposições do art. 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança temos que o encarceramento de uma criança apenas pode ser admitido como medida de último recurso, na hipótese de não haver nenhum outro meio menos gravoso para equacionar a temática. Ora, sendo viável a concessão de prisão domiciliar para a detenta não pode-se cogitar a colocação uma criança no meio carcerário. O escritório argentino da Unicef, na mesma esteira, concluiu que “não se justifica a privação da liberdade de uma criança junto com sua mãe no intuito de proteger seu direito à família e a proibição de separação dos pais, uma vez que é possível a adoção de outra medida estatal menos lesiva que assegure estes fins” (UNICEF, 2008, p. 8).

O escritório argentino da Unicef elenca, então, a prisão domiciliar como a medida mais adequada para garantir os direitos das crianças e adequar os ordenamentos jurídicos nacionais às disposições do direito internacional dos direitos humanos. Nos termos firmados pelo órgão:

Sempre que mostrar-se necessária a aplicação de uma pena privativa de liberdade ou de uma medida cautelar a mulheres grávidas ou mães de crianças menores de idade, deverá ser outorgada prisão domiciliar ou outra medida alternativa à prisão. Este é o caminho que deve ser perseguido a fim de que se resguardem as normas do direito internacional dos direitos humanos, como o direito à vida, à saúde, à intranscendência da pena, bem como os princípios que exigem cuidados especiais às crianças. (UNICEF, 2008, p. 8)

Assevera-se a importância da conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar a fim de que se garanta a dignidade das crianças encarceradas e das mulheres que experimentam a maternidade no cárcere. A anunciada medida, muito além de equacionar os direitos das mulheres e de seus filhos e os interesses estatais, desponta como técnica imprescindível para garantir a plenitude dos direitos infantis, sua especial proteção e, conforme destacado, primar pela dignidade dos envolvidos. O princípio da dignidade humana, fundamento de nosso Estado Democrático de direito, requer que se

atente às especificidades dos infantes e, acima de tudo, se reconheça a incompatibilidade entre nossos presídios, marcados por severas violações de direitos fundamentais, e o desenvolvimento de uma nova vida, relacionada a novos sonhos e novos anseios. Nestes termos, admitir a permanência de crianças no cárcere importa em negar-lhes dignidade e direitos.

Alguns avanços no tocante à temática são identificados na legislação pátria. Recentemente a Lei 13.257, conhecida como Estatuto da Primeira Infância, alterou o Código de Processo Penal, passando a reconhecer o cabimento de substituição de prisão preventiva por prisão domiciliar sempre que o agente for gestante, mulher com filho de até 12 anos incompletos ou homem no caso de ser o único responsável por filho de até 12 anos incompletos. Paralelamente, a Lei de Execução Penal admite, em seu artigo 117, IV, a concessão de prisão domiciliar para a mulher condenada gestante que encontrar-se de regime aberto. Estas disposições, adstritas à prisão preventiva e à prisão no regime aberto, embora representem importante progresso na luta pelos direitos das mulheres e das crianças, não dão conta da problemática já que a maioria das mulheres hoje são presas em virtude de tráfico de drogas (FIOCRUZ, 2017, p. 1), crime que impõe pena de reclusão de mais de quatro anos de privação de liberdade e que é incompatível com o regime aberto.

Depreende-se, a partir dos dispositivos acima destacados, que nosso legislador inclina-se à proteção das mulheres gestantes e preocupa-se com a situação das crianças menores que possuem genitoras privadas de liberdade. Contudo, na medida em que este cuidado apenas recais sobre as mulheres presas preventivamente ou, quando condenadas, beneficiárias de regime aberto, conclui-se que os avanços legislativos apontados ainda são muito tímidos e que na maioria dos casos as mulheres continuam tendo seus direitos flagrantemente desrespeitados.

Ao se analisar o ordenamento jurídico dos nossos vizinhos latino-americanos nota-se que diversos países já consagram medidas especiais às mulheres privada de liberdade gestantes e com filhos pequenos. Atesta-se, nestes termos, que embora a prisão domiciliar como regra geral para mãe com filhos pequenos ainda encontre-se distante da realidade brasileira, em absoluto esta saída não pode ser tida como uma medida utópica ou

inalcançável. Serão destacadas, neste sentido, cinco realidades jurídicas – da República Dominicana, do Peru, da Colômbia, da Argentina e da Bolívia – comprometidas com as perspectivas anunciadas no direito internacional, que devem servir de norte para a alteração da legislação penal pátria.

No plano da República Dominicana, observa-se que o Código Processual Penal foi alterado, em 2002, pela Lei n. 76/02, de modo que seu ordenamento se curvasse à especial proteção que deve recair sobre as mulheres grávidas e mães de filhos pequenos. Nestes termos, seu artigo 342 passou a dispor que o juiz, ao conceder uma ordem de prisão para uma mulher em período de gestação ou lactância, deve determinar o seu cumprimento total ou parcial no domicílio da imputada, levando em consideração suas condições particulares. Frisa-se acerca da norma trecho firmado pela Suprema Corte de Justiça dominicana:

De acordo com o Art. 342 do Código de Processo Penal, a fixação da pena por parte do tribunal de mérito deve estar sujeita a condições especiais de cumprimento, determinadas em razão das características individuais do imputado ou imputada, em conformidade com o princípio orientador da humanização da pena, que determina a imposição de um regime especial para o cumprimento da pena nos seguintes casos: (...) Quando a imputada encontra-se em estado de gestação ou lactância; (...) O cumprimento da pena imposta nos casos mencionados pode ser total ou parcialmente realizado como indicado na sentença como são: no domicílio do condenado ou condenada; em um centro de saúde mental, geriátrica ou de desintoxicação, conforme ordene a sentença condenatória irrevogável. (REP. DOMINICANA, 2005, p. 12)

O artigo 234, por sua vez, proíbe a decretação de prisão preventiva contra mulheres grávidas ou em estado de amamentação. Esta disposição representa louvável iniciativa do Estado dominicano, na medida em que reproduz *standard* firmado no direito internacional, que indica que o uso de medida privativa de liberdade em desfavor de mulheres gestantes e lactantes deve ser restritivo. Neste sentido, ressalta-se

direcionamento firmado no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção de Delitos e o Tratamento de Delinquentes, que dispõe que “uso da pena de prisão para pessoas de certas categorias, como as mulheres grávidas ou mães de bebês pequenos, deve ser restritivo e deve ser feito um esforço especial para evitar-se o uso de prisão como sanção para tais categorias” (ONU, 1990, Res. 19).

O Código Processual Penal do Peru também foi alterado, pelo Decreto Legislativo n. 957, em 2004, de modo que o direito peruano se adequasse às exigências dos direitos humanos das mulheres gestantes e lactantes. Nesse contexto, seu artigo 290 passou a determinar, em seu inciso I, letra “d”, a imposição de prisão domiciliar, ainda que se trate de medida preventiva e não definitiva, para a mulher gestante. Neste panorama, a norma prevê que: “Será imposta prisão domiciliar quando, ainda que a prisão seja preventiva, o imputado: (...) d) For uma mulher gestante”.

No âmbito da Colômbia igualmente verifica-se disposições legislativas atentas aos cuidados especiais que devem ser atribuídos à mulher no exercício da maternidade. Neste cenário, o Código de Procedimento Penal colombiano, alterado pela Lei n. 1.142 de 2007, passou a firmar, em seu artigo 314, a substituição da prisão preventiva por recolhimento domiciliar para as mulheres grávidas que estiverem a dois meses do parto, para aquelas que tiverem dado à luz há menos de seis meses e, ainda, para aquelas que tiverem filhos menores de doze anos que dependam de seus cuidados. A lei firma, nesta última hipótese, o cabimento de prisão domiciliar também para o homem que for responsável pelos cuidados de um filho menor.

O ordenamento jurídico argentino também sofreu recentes alterações a fim de que passasse a atender aos direitos das mulheres aprisionadas que ocupem o papel de mães. Nestes termos, a Lei de Execução da Pena Privativa de Liberdade da Argentina, com a aprovação da Lei 26.472 no ano de 2008, passou a indicar, em seu artigo 32, o cabimento de prisão domiciliar para a mulher grávida ou mãe de filho menor de cinco anos de idade que dependa de seus cuidados.

Por fim, ressalta-se as disposições do Código de Procedimento Penal da Bolívia que, a partir da aprovação da Lei 316 em dezembro de 2012, passou a indicar em seu artigo 431 que o juiz da execução penal, diante da determinação do cumprimento de uma

pena privativa de liberdade por parte de mulheres gestantes ou mães de filhos menores de um ano, deverá dispor das medidas cautelares convenientes, de modo que a prisão não venha a se caracterizar. Ademais, seu artigo 232 passou a indicar que a determinação de uma prisão preventiva em desfavor de mulheres gestantes ou mães de crianças de até um ano de idade apenas pode ser levada a cabo quando nenhuma outra medida alternativa – dentre elas a prisão domiciliar – puder ser aplicada. Trata-se da positivação do uso restritivo da privação de liberdade das mulheres gestantes e em exercício de maternidade, nos termos delineados pelo direito internacional dos direitos humanos.

A partir da análise do panorama legal dos países da América Latina, bem como das disposições firmadas no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, impõe-se urgente alteração da legislação pátria, de modo a admitir a prisão domiciliar como regra geral para todos os casos de prisão de mulher em estado de gravidez ou que possua filho menor de seis anos que dependa de seus cuidados. Ademais, sublinha-se a importância do uso restritivo da prisão preventiva para as mulheres gestantes e mães de filhos pequenos, sendo imperioso que a privação de liberdade antes do trânsito em julgado apenas se verifique em casos excepcionalíssimos. Propugna-se, neste sentido, que os direitos das mulheres gestantes e de seus filhos menores passem a ser valorizados e garantidos em sua plenitude pelo ordenamento brasileiro.

CONCLUSÃO:

Ao identificar o sistema penitenciário pátrio como o *locus* da ausência de direitos humanos, como o aposento de seres com humanidade reduzida, caracterizados pela invisibilidade e pela marginalização, atenta-se à extrema vulnerabilidade que dita seus interiores. Neste contexto, evidencia-se uma distância abissal entre os direitos formalmente concebidos, atentos a todos os pormenores da vida intramuros, e a realidade fática, capaz de corromper e negar todas as garantias consagradas legalmente.

Apesar das mazelas e do potencial destrutivo, presídios brasileiros, de acordo com a LEP, devem acolher os filhos das apenadas que derem à luz no cárcere, crianças que ao nascerem serão encaminhadas para o interior dos muros do universo prisional, sendo

obrigadas a conviverem com a rigidez e a disciplina inerentes ao cumprimento de pena privativa de liberdade. A despeito da existência de um firme posicionamento atestado no plano internacional dos direitos humanos e no direito comparado, que determina a sobreposição dos direitos da criança sobre o direito do Estado de exercer o *ius puniendi* penal, a legislação pátria insiste em perpetuar o encarceramento e estendê-lo aos filhos das detentas que vivenciam a maternidade em meio ao universo carcerário.

Abordar de forma séria a problemática das crianças que nascem no presídio, nos termos firmados, importa em relativizar o interesse estatal atrelado ao cumprimento de pena de prisão por parte da mulher que cometeu um delito, a fim de garantir os direitos das crianças, que merecem destaque e prioridade. Neste sentido, imperioso que nossa legislação penal seja alterada, de modo a conceder prisão domiciliar para a mulher em exercício da maternidade, curvando-se à especial proteção que a esta deve ser concedida nos momentos do pré-natal, parto e lactação.

Deseja-se, pois, que as crianças sejam consideradas em sua plenitude, que fiquem livre de discriminações e que, assim, deixem de “por tabela” receberem a imposição de uma pena que não é a elas direcionada. Assim, pugna-se pelo resguardo dos direitos das crianças de brincar, de crescer e de inventar o universo que as rodeia, sem deixar que este, ao contrário, lhes imponha linguagens de mundo relacionados à estéril perspectiva da segurança e do crime.

BIBLIOGRAFIA:

ADADD, Cristina; SANTOS, Maricy e NASCIMENTO, Tuane. *Tempo de ser mãe – reflexões sobre a experiência da maternidade no sistema prisional do Estado do Rio de Janeiro*. Diásporas, diversidade, deslocamentos, 23 a 26 de agosto de 2010, 2010. Disponível em: [http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278445643_ARQUIVO_Tempo_de_Ser_Mae .pdf](http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278445643_ARQUIVO_Tempo_de_Ser_Mae.pdf). Acesso em: 10/08/17.

ALMEIDA, Sandra; MATTOS, Carmem, e ARAUJO, Adriane. *Filhos e filhas de mulheres presas e vulnerabilidade socioeducacional: um estudo de abordagem*

etnográfica. VIII Encontro Nacional da ANDHEP, 2014. Disponível em:
<http://andhep.org.br/anais/arquivos/VIIIencontro/GT13.pdf>.

Acesso em: 10/08/17.

ARGENTINA. *Lei de Execução da Pena Privativa de Liberdade*. Disponível em:
<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/145000-149999/149566/norma.htm>

Acesso em: 10/08/17.

BATISTA, Nilo. *Entrevista: Nilo Batista – ‘Muita Pena sinaliza pouco oxigênio Democrático, sinaliza autoritarismo’*. Revista Poli. Edição n. 29, de jul/ago. 2013.

Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/EdicoesRevistaPoli/R36.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

BOLIVÍA. *Código de Procedimento Penal*. Disponível em:
<http://www.lexivox.org/norms/BO-LN316.xhtml>. Acesso em: 10/08/17.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

_____. *Lei n. 7.210 de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal.

_____. *Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

CEJIL, *Relatório sobre as Mulheres Encarceradas no Brasil*. Fevereiro de 2007, p. 6.

Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2013/02/Relatório-para-OEA-sobre-MulheresEncarceradas-no-Brasil-2007.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

CHERNICHARO, Luciana; PENCIERI, Aline e SILVA, Bruna. *Mulheres encarceradas, seletividade penal e tráfico de drogas no Rio de Janeiro*. VIII Encontro da ANDHEP, USP. São Paulo, 2014.

CNJ. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*, de junho de 2014. Disponível em:
http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf. Acesso em: 10/08/17.

CNPCP. *Resolução número 03, de 15 de julho de 2009*. Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&ur>

[l=http%3A%2F%2Fwww.defensoria.sp.gov.br%2Fdpesp%2FRepositorio%2F30%2FD](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio)

documentos

%2FRESOLU%25C3%2587%25C3%2583O%2520CNPCP%2520N%25C2%25BA%25203%2C%

2520DE%252015%2520DE%2520JULHO%2520DE%25202009%2520mulher%2520encarcerada

%2520e%2520filhos.doc&ei=HvcyVLTtCYyrggTi1YHwCw&usg=AFQjCNEjcEimDXLQRCpEu

Kdt37iPZ1APew&sig2=dDZMeQh6DXd82vfw6CNxZg&bvm=bv.76802529,d.eXY.

Acesso em:

10/08/17.

DEPEN. *Relatório do DEPEN de junho de 2014*. 2014. Veiculado pelo Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nestaterca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

_____. *Relatório do DEPEN de dezembro de 2014*. 2014a. Veiculado pelo Ministério da Justiça.

Disponível

em:

https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj82P2ct9rVAhUFQpAKHRUqA-YQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justica.gov.br%2Fseus-direitos%2Fpoliticapenal%2Fdocumentos%2Finfopen_dez14.pdf&usg=AFQjCNEmtu24yIRe-Jno1HZR_1XUJo3IUQ.

Acesso em: 10/08/17.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DORNELLES, João Ricardo W. *Direitos humanos, violência e barbárie no Brasil: uma ponte entre o passado e o presente*. In: *Direitos humanos: justiça, verdade e memória*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2012.

DPERJ. Estado terá que fornecer atendimento médico especializado a presas. Sítio oficial da

Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

Disponível em:

<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3917-Estado-tera-que-fornecer-atendimentomedico-especializado-a-presas>. Acesso em: 10/08/17.

FIOCRUZ. *Nascer nas prisões: gestação e parto atrás das grades no Brasil*. Escola Nacional de

Saúde Pública, 2017. Disponível em:

<http://www.ensp.fiocruz.br/portalsensp/informe/site/materia/detalhe/42015>. Acesso em: 10/08/17.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *Relatório e ranking do Global Gender Gap*, 2016.

Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2016/rankings/>. Acesso em: 10/08/17.

GOMES, Aline. *As prisões do feminino e as mulheres nas prisões: um recorte sobre a maternidade encarcerada*. Niterói, 2010. 111 p. Dissertação (mestrado em psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal Fluminense.

GOMES, Aline, UZIEL, Anna Paula, SANTOS, Maricy e outras. *Reflexões sobre a maternidade no sistema prisional: o que dizem técnicas e pesquisadoras*. Convênio de Cooperação Técnica entre a

UERJ e a SEAP/RJ. Disponível

em:http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/366.%20reflex%20sobre%20a%20maternidade%20no%20sistema%20prisional.pdf.

Acesso em: 10/08/17.

JABARDO, Mercedes. *La mujer y sus hijos en prision*. IN: Eguzkilore. Número 7. San Sebastián,

1993. Disponível em:

[http://www.ehu.es/documents/1736829/2169056/10+-](http://www.ehu.es/documents/1736829/2169056/10+-+La+mujer+y+sus+hijos+en+prision.pdf)

[+La+mujer+y+sus+hijos+en+prision.pdf](http://www.ehu.es/documents/1736829/2169056/10+-+La+mujer+y+sus+hijos+en+prision.pdf). Acesso em: 10/08/17.

LOPEZ, Marcela Briseño. *Garantizando los derechos humanos de las mujeres en reclusión*. Instituto Nacional de las Mujeres do México e Programa das Nações Unidas para o

Desenvolvimento (PNUD), 2006. Disponível em:
http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100793.pdf. Acesso em:
10/08/17.

LORA, Laura Noemí. *Niños y madres que permanecen en establecimientos carcelarios: escenarios de conflito*. XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho, 2012. Disponível em:
<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-ninos-y-madres-quepermanecen-en-establecimientos-carcelarios-escenarios-de-conflito.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

MARIZ, Renata. *Dúvida sobre o período que um bebê pode ficar com a mãe na cadeia sem prejuízo à criança persiste*. Correio Braziliense Online, publicado em 10 de agosto de 2010, p. 1. Disponível em:
http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2010/08/10/interna_brasil,206879/index.shtm. Acesso em: 10/08/17.

MATTOS, Carmen; ALMEIDA, Sandra e CASTRO, Paula. *Educação e vulnerabilidade: um estudo etnográfico com jovens e mulheres em privação de liberdade*. Revista Eletrônica de Educação, v. 7, n. 1, 2013. Disponível em:
<http://www.reveduc.ufscar.br/index.php/reveduc/article/viewFile/615/231>. Acesso em: 10/08/17.

NUSPEN. Procedimento Especial apresentado pelo Núcleo do Sistema Penitenciário da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro à VEP no dia 09/11/2012. Protocolo VEP: 2012/0181213-6.

OEA. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Assinada em 22 de novembro de 1969.

_____. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 09 de Junho de 1994.

____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

____. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. *Direito da Criança à Família. Cuidado Alternativo. Ponto fim à Institucionalização nas Américas*. Aprobado em 17 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/Informe-derecho-nino-a-familia.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

ONU. *Convención sobre os Direitos das Crianças*. Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

____. Comitê dos Direitos das Crianças. *Observação Geral n. 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, 2003.

____. Comitê dos Direitos das Crianças. *Examen de los Informes Enviados por los Estados Partes en virtud del artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Observaciones finales: Tailandia, Informe CRC/C/THA/CO/2, 2006.

____. Comitê Direitos Econômicos Sociais e Culturais. *Observação Geral n. 14*. Aprobada no 22 período de Sessões das Nações Unidas em 2000.

____. *Regras de Bangkok*. Adotada pela Assembleia Geral em 16/03/11. Resolução A/RES/65/229.

Disponível em:
https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/20102019/2010/General_Assembly/A-RES-65-229.pdf. Acesso em: 10/08/17.

____. *Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção de Delito e o Tratamento do Delinquente*. La Habana, 27 de agosto a 7 de setembro de 1990. Documento ONU A/Conf. 144/28,

Rev. 1, Cap. C, Resolución 19, (c) 5 (f). Disponível em:

http://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/8th_Congress_1990/028_ACON

F.144.28.Rev.1_Report_Eighth_United_Nations_Congress_on_the_Prevention_of_Crime_and_the_Treatment_of_Offenders.pdf. Acesso em: 10/08/17.

PERU. *Código Processual Penal do Peru*. Disponível em:
<http://concurso.ceperj.rj.gov.br>. Acesso em: 10/08/17.

PLASTINO, Carlos Alberto. *Vida, criatividade e sentido no pensamento de Winnicott*. Rio de Janeiro: Garamond, 2014.

PRATES, Maria Clara; MELLO, Alessandra e RIZZO, Alana. Filhos do cárcere. *Correio Brasiliense Online*, 11 dezembro de 2011. Disponível em:
<http://cnj.myclipp.inf.br/default.asp?smenu=noticias&dtlh=204957&iABA=Not%EDcias&exp>.

Acesso em: 10/08/17.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Lei n. 76/02, que estabelece o Código Processual Penal da*

República Dominicana. Disponível em:
<http://ojd.org.do/Normativas/PENAL%20ORDINARIO/Reglamentos/Res.%20No.%202962005,%20Reglamento%20Juez%20de%201a%20Ejecución%20CPP.pdf>. Acesso em: 10/08/17.

_____. *Extratos de las Resoluciones de Interés General de la Suprema Corte de Justicia 2005*. República Dominicana: Editora Gaceta, 2006. Disponível em:
http://www.suprema.gov.do/documentos/PDF/publicaciones/libros/2005/extractos_resoluciones_scj_2005.pdf. Acesso em: 10/08/17.

ROMERO, Thiago. *Infância comprometida*. FAPESP Online, 2007. Disponível em:
http://agencia.fapesp.br/infancia_comprometida/6623/. Acesso em: 10/08/17.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus Fosse um Ativista dos Direitos Humanos*. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.

SIMONE, Vanessa Fusco Nogueira. *Filhos do cárcere: limites e possibilidades de garantir os direitos fundamentais dos filhos das mulheres privadas de liberdade no Brasil*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

UNICEF. Escirtório da Argentina. *Mujeres presas: la situación de las mujeres embarazadas o con hijos/as menores de edad*. Edição de out. de 2008. Disponível em:

http://www.unicef.org/argentina/spanish/Libro_Mujeres_Presas.pdf. Acesso em:
10/08/17.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

VIGIAR E PUNIR AINDA?: UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DAS FALTAS DISCIPLINARES GRAVES NO ENCARCERAMENTO DE MULHERES

Patrícia Bocardo Batista Pinto

Resumo: A pesquisa pretende observar o encarceramento de mulheres a partir da análise jurisprudencial, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, das faltas disciplinares graves ocorridas durante a execução da pena, a fim de compreender quais comportamentos são alvos dos procedimentos disciplinares, a forma como são apuradas e quais são os argumentos que baseiam as decisões judiciais. A partir da pesquisa jurisprudencial qualitativa, o estudo irá dialogar, de maneira indutiva, com a dogmática penal no que se refere à ideologia ressocializadora e às finalidades da pena, bem como com os aportes teóricos da criminologia crítica feminista. Na pesquisa jurisprudencial exploratória preliminar, foi possível perceber que a administração penitenciária segue uma racionalidade punitiva e disciplinadora própria, apoiada num processo de normalização e moralização de condutas (FOUCAULT, 2008), visando ao declarado fim ressocializador da pena e à assimilação dos valores da tal “terapêutica penal”. A atribuição das faltas é o principal mecanismo disciplinador empregado pela autoridade prisional para manter a ordem e obediência. Desse modo, a execução penal almeja a reintegração do indivíduo no convívio social ao mesmo tempo em que promove seu isolamento sob condições precárias e o submete a uma disciplina rígida que visa coibir comportamentos triviais. Nos agravos de execução analisados, há pouca relação entre a gravidade da conduta praticada e a gravidade da sanção aplicada que, em raros casos, não é aplicada em seu máximo legal, notadamente em relação à perda dos dias remidos. A decisão não é fundamentada no caso concreto e, tampouco, é exigida a oitiva, nesta fase judicial, da pessoa presa, que só é imprescindível durante o procedimento administrativo. Ademais, a conduta tentada é punida com sanção correspondente à falta consumada.

Quando pensada no contexto das mulheres presas e suas especificidades, as faltas disciplinares indicam algo já conhecido: o sistema prisional foi pensado por homens para neutralizar homens presumidamente violentos (CHESNEY-LIND, 2003). São normas vagas que proíbem desrespeito, desobediência, “manifestações coletivas de reivindicação ou reclamação”, “atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade”, “dificultar vigilância”, “divulgar notícia que pode perturbar a ordem ou disciplina”, entre diversas outras. Diante desse cenário, o estudo acerca do tratamento judicial conferido às faltas disciplinares graves é relevante, pois a sanção gera consequências sérias no cumprimento da pena, a saber: o seu aumento, o adiamento da progressão de regime, a regressão do regime, revogação de autorização de saída ou o isolamento. Apesar destes efeitos, os pressupostos do devido processo legal não são observados, razão pela qual parte da comunidade jurídica defende a “adequação da sistemática de apuração e punição de faltas disciplinares à Constituição Federal” (IBCCRIM, 2017).

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta parte de uma pesquisa mais abrangente, ainda em construção, acerca da execução da pena de mulheres encarceradas.¹ A pesquisa pretende abordar o tema a partir da análise empírica das decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, especificamente nos agravos de execução, a fim de compreender como as faltas disciplinares graves são julgadas, seus efeitos no cumprimento da pena e quais comportamentos são punidos.

¹ Trata-se de pesquisa de mestrado desenvolvida na FGV-SP, sob orientação da Prof^a. Máira Rocha Machado, com término previsto para o fim de 2018.

A disciplina é entendida institucionalmente como o “principal pilar que estrutura o sistema de execução penal”². Se, nos 1940 e 1950, a execução da pena tinha caráter religioso e visava resgatar a docilidade e feminilidade das mulheres “desviadas”³, atualmente é maquiada por propósitos pedagógicos e humanistas e almeja, além de efetivar o quanto disposto na sentença, prover as condições para a “harmônica integração social”⁴. Entretanto, o que se observa, na realidade, é um sistema punitivo que pretende, por meio de uma instituição total⁵, neutralizar e normalizar mulheres selecionadas como criminosas pelo direito penal, tranquilizando a sociedade que pede uma resposta estatal rigorosa diante do aumento da criminalidade.

Diante deste cenário, se faz importante analisar o regime disciplinar e as práticas de controle empregadas durante a prisão, a configurar verdadeira punição dupla, dado o seu rigor excessivo e arbitrariedade punitiva.

Para tanto, o artigo irá, em um primeiro momento, tratar das especificidades relacionadas ao encarceramento de mulheres a partir do levantamento legislativo e bibliográfico pertinente ao tema. Em seguida, será apresentado o procedimento das faltas disciplinares para, então, prosseguir à análise dos agravos de execução selecionados. Por fim, o trabalho tentará dialogar com o instrumental analítico da obra “Vigiar e Punir” de Michel Foucault. Conclui, ao final, que a aplicação das sanções disciplinares é justificada, abstratamente, na necessidade de manutenção da ordem e disciplina na unidade prisional e no bom andamento do trabalho dos funcionários e, não, em argumentos jurídicos relacionados à conduta praticada. Assim, sujeita as mulheres presas a um regime

² Agravo nº 0201695-54.2013.8.26.0000, da 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Marco Antônio Marques da Silva, julgado em 27/02/2014.

³ ANGOTTI (2011).

⁴ Artigo 1º da Lei nº 7.210/1984 (LEP).

⁵ Segundo Erving Goffman (1974), em uma instituição total, todas as atividades diárias são realizadas em um mesmo local e sob a mesma autoridade, programadas e regidas por normas formais explícitas e fiscalizadas por um corpo de funcionários, de modo a atingir objetivos específicos da instituição. A partir do tratamento homogeneizado e do isolamento completo, a identidade e personalidade dos apenados passa por um processo de desindividualização.

disciplinar meritório que condiciona o reconhecimento de direitos subjetivos, quase que exclusivamente, ao bom comportamento, como se fossem verdadeiros “favores legais”.

1. ENCARCERAMENTO DE MULHERES

De acordo com dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN Mulheres), produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em junho de 2014, o Brasil conta com a quinta maior população de mulheres encarceradas no mundo, totalizando 607.731 pessoas privadas de liberdade, sendo 37.380 mulheres. O número de homens presos cresceu 220,20% entre 2000 e 2014, enquanto que o de mulheres, neste mesmo período, foi de 567,4% revelando que, apesar de pequena quando comparada ao total de homens presos, a população prisional de mulheres aumentou quase que três vezes mais. Contudo, apenas 7% dos estabelecimentos prisionais são exclusivamente femininos, ou seja, 103 de 1.411 unidades.

O encarceramento da mulher tem um custo social e econômico alto, sobretudo quando considerado o seu perfil: jovem, mãe, solteira, pobre, negra, de baixa escolaridade, condenada, pela primeira vez, por crimes não violentos, como tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio, e responsável pelo sustento da família.⁶ Essas mulheres têm especificidades de gênero, que vão muito além da maternidade, relacionadas aos seus direitos sexuais, à saúde e higiene, situações abusivas sofridas antes da prisão, dependência de drogas, condição econômica precária e vulnerabilidade social. Daí se nota que a prática de crimes está mais relacionada à situação de desvantagem econômica e social e à falta de oportunidades – estas, por sua vez, ligadas à desigualdade de gênero – do que propriamente a comportamentos violentos. São fatores que precisam ser considerados quando da aplicação e execução da pena e que levantam a seguinte reflexão: qual função quer atingir a pena privativa de liberdade imposta a estas mulheres?

⁶ INFOPEN Mulheres (2014).

Analisando os efeitos colaterais da política de encarceramento em massa de mulheres, Beth Richie (2003, p. 243) afirma que a prisão da mulher, com frequência responsável pelo sustento de sua família, provoca uma reorganização no núcleo familiar, acentuando a situação de vulnerabilidade econômica e exclusão social de seus filhos e de outros sob seus cuidados. Devido à falta de unidades prisionais femininas e de estabelecimentos prisionais adequados ao regime prisional imposto, as mulheres são, muitas vezes, mantidas distantes de sua comunidade, o que dificulta as visitas e contato com a família, ou são obrigadas a permanecer com seus filhos recém-nascidos em espaços precários de onde são subitamente retirados após o período de amamentação, conforme relatado pela rica pesquisa “Dar à luz nas sombras” sobre as condições de exercício da maternidade no cárcere (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA; IPEA, 2015).

Diante deste cenário, evidente é o caráter androcêntrico do sistema penitenciário que não leva em conta as especificidades de gênero da mulher presa, em outras palavras, foi “pensado por homens para abrigar homens presumidamente violentos” (CHESNEY-LIND, 2003, p. 116, tradução nossa). A Lei de Execução Penal (LEP) entrou em vigor em 1984, ao tempo em que as mulheres representavam parcela considerada insignificante da população prisional. Estabeleceu, especificamente em relação às mulheres, apenas ensino profissional adequado à sua condição (artigo 19, parágrafo único) e estabelecimento prisional próprio e adequado (artigo 82, § 1º), onde só se permite “o trabalho de pessoal do sexo feminino, salvo quando se tratar de pessoal especializado” (artigo 77, § 2º) e possibilidade de cumprimento do regime aberto em residência particular para mulheres gestantes, com filho menor ou deficiente físico ou mental (artigo 117). Somente em 2009, com a Lei nº 11.942, foram adicionadas alterações na LEP para melhor assistir às mães presas e recém-nascidos, como acompanhamento médico no pré-natal e no pós-parto (artigo 14, § 3º), unidades prisionais dotadas de berçários para que a mulher possa permanecer com seu filho e amamentá-lo até, no mínimo, seis meses de idade, onde só deverá trabalhar agentes do sexo feminino (artigo 83, § 2º e § 3º), bem como alas para gestantes, parturientes e creches (artigo 89). Além disso – conquanto ainda não se trate

de uma sentença condenatória transitada em julgado e, bem por isso, não se cuide de execução da pena – a Lei nº 13.257, de 2016, conhecida como Marco Inicial da Primeira Infância, alterou o artigo 318 do Código de Processo Penal (CPP), para permitir a substituição da prisão preventiva por domiciliar à mulher gestante ou que tenha filhos de até 12 anos, enquanto que a Lei 13.434 de 2017 alterou o artigo 292 do CPP para proibir o uso de algemas durante o parto.

Nesse contexto, o debate acerca do encarceramento feminino vem, ainda que timidamente, ganhando espaço na esfera pública e no meio acadêmico. No âmbito internacional, o principal marco normativo a abordar a problemática foram as Regras de Bangkok da ONU, de 2010, que propõem prioritariamente, como alternativa à prisão, a adoção de medidas não privativas de liberdade, considerando os efeitos especialmente negativos da prisão sobre as mulheres. Em relação às faltas disciplinares, determina que não se deve proibir o contato com a família e, tampouco, impor sanções de isolamento a mulheres grávidas ou com filhos (Regras 22 e 23). Seguindo a agenda do desencarceramento promovida pelas Regras, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) formulou, em 2016, Orientações para uma Política de Desencarceramento de Mulheres e, em 2017, o relatório Mulheres sem Prisão, destacando a necessidade de observância das especificidades de gênero e de redução das taxas de encarceramento.

Nessa esteira, o Ministério da Justiça, juntamente com a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República, instituíram a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE), de 2014, reforçando a necessidade da criação de um banco de dados nacional atualizado com informações específicas sobre mulheres presas; incentivos para o fortalecimento dos vínculos familiares, incluindo contato telefônico com a família; estabelecimento de normas e procedimentos de segurança diferenciados, de acordo com o perfil das mulheres, especialmente quando grávidas ou com filhos; capacitação e qualificação de funcionários, entre outras.

Contudo, ainda hoje, de acordo com os documentos supramencionados, muitos dos estabelecimentos prisionais femininos são adaptações de antigas unidades masculinas, que não contam com berçários ou creches, não disponibilizam postos suficientes de trabalho ou estudo, não garantem acesso a médicos especializados ou itens básicos de higiene, ou seja, não garantem as condições mínimas de assistência à saúde, material, jurídica, educacional e social que são dever do Estado (artigos 10 e 11 da LEP).

Vale salientar que este quadro não é uma exclusividade do sistema prisional feminino. O sistema prisional brasileiro, como um todo, padece das mesmas mazelas como a superlotação, insalubridade, tratamento desumano, falta de vagas de trabalho e estudo, etc. Por esta razão, já foi alvo, em 1976, 1993, 2009 e 2015, de quatro Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs)⁷ e foi declarado “estado de coisas inconstitucional” pelo STF, na ADPF 347/2015, diante da violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais e a inércia das autoridades públicas, incapazes de modificar a situação. Apesar das propostas, políticas públicas e alterações legislativas formuladas, pouco se fez de concreto para alterar esta realidade. Mesmo a aplicação de penas alternativas à prisão é ainda tímida, considerando que a taxa de encarceramento no Brasil, ao contrário de países como EUA, Rússia e China, segue crescendo.⁸

Todavia, o objetivo do presente artigo não é fazer um *gap study*, isto é, explorar o distanciamento existente entre a letra da lei (*law in books*) e a realidade das prisões brasileiras (*law in action*),⁹ mas, antes, entender como o judiciário, especificamente o Tribunal de Justiça de São Paulo, observa as faltas disciplinares graves e, assim, contribuir para a produção de conhecimento sobre o sistema prisional feminino. Em

⁷ RUDNICKI, Dani; SOUZA, Monica Franco de. Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs dos sistemas penitenciários de 1976 e 1993. Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 186, p. 107-115, abr./jun. 2010.

⁸ WALMSLEY, Roy. World Prison Population List, eleventh edition (2015). Disponível em: http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em 21/07/2017.

⁹ HALPERIN (2011)

pesquisa na literatura acadêmica, não foram encontrados estudos sobre a jurisprudência das faltas disciplinares no âmbito do encarceramento de mulheres.¹⁰

2. PROCEDIMENTO DAS FALTAS DISCIPLINARES

A disciplina é o principal mecanismo de controle empregado pela administração penitenciária para manter a ordem e o bom funcionamento nos presídios, visando, como já apontado, a integração social. A legislação dispõe que o cumprimento das normas disciplinares é indicativo de bom comportamento carcerário, o qual, por sua vez, é requisito subjetivo para a progressão do regime, livramento condicional, indulto e comutação das penas (artigos 85 a 92 da Resolução nº 144 da SAP).

O descumprimento das normas disciplinares, classificadas em leves, médias e graves, pode acarretar, de acordo com o artigo 53 da LEP, sanções que vão da advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela até a inclusão em regime disciplinar diferenciado (RDD). Todas as sanções devem ser aplicadas por ato motivado do diretor do presídio. As três últimas são previstas em caso de cometimento de falta grave, sendo que a inclusão no RDD deverá ser autorizada e fundamentada por decisão de juiz competente (artigo 54 da LEP), garantida a ampla defesa e o contraditório, em face da obrigatoriedade da intervenção de um defensor técnico.

Ao contrário, o bom comportamento pode ser reconhecido por meio de recompensas, consistentes em elogios e concessão de regalias (artigos 56 da LEP e 29 da Resolução), tendo em vista “o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho” (artigo 55 da LEP), com a finalidade de “motivar o bom comportamento, desenvolver o senso de

¹⁰ A pesquisa foi realizada, em 28/06/2017, no banco de teses nos sítios eletrônicos da CAPES, da FAPESP e da USP, bem como na ferramenta de busca do Google Scholar, com as palavras-chave “falta disciplinar grave”, “procedimento disciplinar jurisprudência”, “agravo de execução penal”, “sistema prisional feminino disciplina” e “normas disciplinares execução penal”.

responsabilidade e promover o interesse e a cooperação do preso” (artigo 28, parágrafo único, da Resolução nº 144). São elencadas, no artigo 31 da Resolução, de forma exemplificativa, regalias como bens de consumo trazidos por visitantes, participação em atividades coletivas de lazer, possibilidade de recebimento de visitas além das previstas, entre outras a critério da administração prisional.

O procedimento de apuração das faltas tem curso, inicialmente, no plano administrativo, conduzido pela direção da unidade (artigos 47 e 48 da LEP). Será jurisdicionalizado (ao juízo da execução penal em primeira instância) quando houver controvérsia em relação ao procedimento administrativo ou quando se tratar de falta grave, uma vez que, neste caso, impõe efeitos concretos no cumprimento da pena, a saber: regressão de regime, isolamento, perda dos dias remidos ou emissão de atestado de má conduta carcerária. Tais circunstâncias impactam diretamente na possibilidade de progressão de regime e na concessão de outros direitos previstos na LEP. O recurso cabível contra a decisão do juízo da execução é o agravo, que deve seguir o mesmo rito do recurso em sentido estrito (artigo 581 do Código de Processo Penal).

Há divergências, na doutrina e na jurisprudência, sobre o papel do juiz na execução penal. Por um lado, entende-se que a função do juiz é meramente homologatória ou declaratória, cabendo a ele, portanto, somente apreciar os aspectos formais relacionados à legalidade e legitimidade em sentido amplo do procedimento disciplinar, visto que a LEP delegou à administração prisional a tipificação da falta e a aplicação das sanções.¹¹ Daí se afirmar que o juiz na execução penal não se reconheceria “como um dos atores sociais que atua ativamente no jogo” (CHIES, 2008, p. 146).

Posição contrária defende que ao juiz é conferido o poder-dever de reexaminar, inclusive quanto ao mérito, as decisões administrativas, posto que a medida aplicada tem o condão de modificar a forma de cumprimento da pena, afetando, com isso, o direito de liberdade. Seria, assim, passivo de controle jurisdicional amplo, não configurando

¹¹ Conforme TJSP, Agravo de execução n. 9000116-37.2015.8.26.0482, Rel. Otavio Rocha, julgado em 18/08/2016.

Neste sentido também é o entendimento de NUCCI (2010, p. 493).

invasão de competência legislativa.¹² Segundo Roig (2005, p. 172), o reconhecimento da prática de falta disciplinar grave pela administração prisional deveria gerar efeitos puramente administrativos, cumprindo que as consequências materiais da sanção imposta fossem examinadas e conhecidas pelo judiciário, em um processo que assegure todos os princípios previstos na Constituição Federal, como devido processo legal, legalidade em sentido estrito, presunção de inocência, ampla defesa, contraditório, vedação à dupla punição e garantia de um juiz natural e imparcial.

Ainda de acordo com o autor, é indispensável a observância aos princípios da execução penal vez que se constituem, essencialmente, em “meios de limitação racional do poder executório estatal sobre as pessoas” (ROIG, 2017, p. 31). Nessa perspectiva, não podem nunca ser empregados em prejuízo das pessoas presas, e sua interpretação deve tender no sentido de ampliar direitos e garantias, bem como atenuar o rigor punitivo estatal. Além dos já mencionados, o autor acrescenta os princípios da humanidade, da não discriminação das pessoas presas, da individualização da pena, da intervenção mínima, da culpabilidade, da lesividade, da proporcionalidade e do *numerus clausus*¹³.

A LEP prevê exaustivamente oito condutas caracterizadoras de falta grave (artigo 50), enquanto delega às legislações estaduais a definição das faltas médias e leves. No Estado de São Paulo, a tarefa é competência da Secretaria de Administração Penitenciária (SAP) que, em sua Resolução nº 144, de 2010, afirma que “a disciplina visa preservar a ordem, a segurança, o respeito, bons costumes e princípios morais” (artigo 35), estabelecendo, para tanto, 23 condutas caracterizadoras de falta média (artigo 45) e 11 de falta leve (artigo 44).

¹² Conforme defende SCHMIDT (2007, p. 72); CARVALHO (2007, p. 489).

¹³ Chamado também de princípio do número fechado ou da capacidade prisional taxativa, estabelece que “cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução” a fim de superar a superlotação carcerária (ROIG, 2017, p. 98).

São, ao todo, 42 normas disciplinares que proíbem os mais diversos e, algumas vezes, triviais comportamentos, como: inobservância aos deveres de “obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (artigos 50, VI, e 39, II, da LEP) e “execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas” (artigos 50, VI, e 39, V, da LEP), “provocar acidente de trabalho” (artigo 50, IV, da LEP), “atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade” (artigo 45, I, da Resolução), “divulgar notícia que pode perturbar a ordem ou disciplina” (artigo 45, VI, da Resolução), “dificultar vigilância” (artigo 45, VII, da Resolução), “praticar autolesão ou greve de fome como atos de rebeldia” (artigo 45, VIII, da Resolução), “provocar perturbações com ruídos, vozerios ou vaias” (artigo 45, IX, da Resolução), “faltar ao trabalho sem causa justificada” (artigo 45, XXI, da Resolução), “transitar indevidamente pela unidade prisional” (artigo 44, I, da Resolução), “estar indevidamente trajado” (artigo 44, IX, da Resolução), etc.

A Resolução da SAP estabelece, respectivamente, para faltas leves, médias e graves, o prazo de 3, 6 e 12 meses para reabilitação administrativa do comportamento carcerário (artigo 89).

Sendo assim, mesmo que, a princípio, preveja sanções menos severas, tais como advertência verbal e repreensão – as quais, de acordo com o artigo 82, §1º e 2º, da Resolução, têm caráter educativo – as faltas leves e médias geram impactos negativos no atestado de conduta carcerária (classificado como ótimo, bom, regular ou mal) que, por sua vez, pode impedir a concessão de livramento condicional, indulto, comutação de penas, saída provisória e a possibilidade de progressão de regime. As consequências das sanções leves e médias podem, então, extrapolar o quanto previsto na legislação com a possibilidade de alterar o atestado de conduta carcerária e dificultar a obtenção desses direitos.

3. NOTAS METODOLÓGICAS SOBRE A PESQUISA JURISPRUDENCIAL

O procedimento das faltas disciplinares graves suscita questionamentos que só podem ser bem compreendidos à luz de casos concretos. Por este motivo, optou-se por uma pesquisa jurisprudencial qualitativa para identificar quais comportamentos são alvo dos procedimentos disciplinares e as implicações da falta grave no cumprimento da pena.

O lócus escolhido para a pesquisa é o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), pois é o Estado que conta com o maior número de mulheres encarceradas e, conseqüentemente, mais unidades prisionais femininas. Optou-se, também, por selecionar somente este tribunal na medida em que especificação das condutas passíveis de sanção disciplinar leve ou média varia conforme a unidade da Federação e é definida pelas legislações estaduais, o que dificultaria, devido aos limites temporais da pesquisa de mestrado, a seleção de tribunais de outros Estados. A opção pela análise em segunda instância se deu porque, a partir dos julgados do TJ-SP, é possível observar também, ainda que com menor grau de detalhe, a atuação do juízo da execução e da administração prisional.

Em pesquisa jurisprudencial exploratória, realizada em 27/06/17, no sítio eletrônico do TJSP, na ferramenta *busca de jurisprudência*, foram encontrados 441 acórdãos com as palavras-chave “falta grave” e “penitenciária feminina”.¹⁴ A expressão “penitenciária feminina” foi eleita por ter gerado o maior número de resultados relacionados ao tema buscado, já que se pretende analisar aqui precisamente o sistema prisional composto por mulheres. Esta escolha exclui as faltas disciplinares ocorridas em unidades prisionais denominadas centros de progressão, centros de detenção provisória e centros de ressocialização. Tendo em vista que o Estado de São Paulo tem 22 unidades

¹⁴ Com as palavras-chave “desobediência” e “penitenciária feminina” foram encontrados 102 acórdãos; as palavras-chave “falta média” e “penitenciária feminina” resultaram em 66 acórdãos; “falta leve” e “penitenciária feminina” resultaram em 11 acórdãos; “sanção disciplinar” e “penitenciária feminina” resultaram em 90 acórdãos e, finalmente, com “procedimento disciplinar” e “penitenciária feminina” foram encontrados 181 acórdãos.

prisoinais, sendo 10 penitenciárias, entende-se que esta expressão permite um bom acesso ao corpo empírico o objeto da pesquisa.

Descartou-se, primeiramente, aqueles que versavam sobre faltas ocorridas antes da vigência da Resolução nº 144 da SAP, de 29/06/2010. Após a leitura inicial das ementas dos acórdãos restantes, foram excluídos os que não diziam respeito especificamente ao objeto do estudo (pedidos de progressão de regime, livramento condicional, etc.) ou os que não foram conhecidos por perda do objeto (com a soltura, por exemplo). Excluiu-se, também, os *habeas corpus* referentes a outros temas ou não conhecidos, por não serem o instrumento cabível contra decisão judicial no âmbito da execução, de acordo com entendimento dos tribunais superiores.

Desse modo, a amostra resultou, finalmente, em 262 acórdãos de agravos de execução penal versando sobre faltas graves em penitenciárias femininas de São Paulo. Após uma leitura inicial da totalidade dos acórdãos da amostra, foram selecionados, para o estudo exploratório, 16 acórdãos julgados entre 2013 e 2017, cujos temas são recorrentes na amostra ou que ilustram algumas questões problemáticas que envolvem o procedimento disciplinar prisional. Vale ressaltar que as decisões judiciais colhidas serão analisadas integralmente no âmbito da pesquisa de mestrado em andamento.

4. ANÁLISE DOS AGRAVOS

O escopo do presente artigo não permite abordar todas as questões que envolvem o procedimento disciplinar ou analisar todas as decisões judiciais coletadas. Por esta razão, foram selecionados agravos que: 1) tratam das controvérsias processuais relacionadas ao direito de defesa e ao prazo prescricional da pretensão punitiva; 2) abordam a inadequação do regime disciplinar às especificidades do encarceramento de mulheres, especificamente em relação à falta grave por posse de celular e aos direitos sexuais; 3) mostram a

amplitude do conteúdo das normas que causa subsunção de conduta similares a tipos disciplinares distintos e 4) ilustram quais argumentos fundamentam as decisões judiciais.

4.1. Pedidos preliminares ao mérito

A Constituição Federal, no artigo 5º, LV, estabelece que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A LEP, por sua vez, prevê, no artigo 59, que o procedimento administrativo deverá assegurar o direito de defesa; enquanto que o artigo 68 da Resolução da SAP dispõe que o procedimento deve “seguir o rito sumaríssimo e ser instruído, preferencialmente em audiência una, assegurados os princípios do contraditório, da ampla defesa e da duração razoável do procedimento”.

Grande parte dos agravos interpostos pela defesa das mulheres presas pede a nulidade da decisão por ausência de oitiva na fase judicial, sob o argumento de violação aos direitos à ampla defesa e ao contraditório. O tribunal entendeu, entretanto, em todos os casos analisados, que a oitiva só é indispensável na fase administrativa, perante a autoridade prisional, com acompanhamento de defesa técnica. Isso porque, segundo esta orientação, o artigo 118, § 2º, da LEP, somente prevê a oitiva prévia do condenado, na presença da autoridade judicial, em caso de regressão de regime por cometimento de crime doloso ou falta grave. Assim, seria incompatível estender ao procedimento administrativo, que não imponha regressão de regime, todas as garantias do processo penal, pois tornaria a sindicância “infindável, complexa e ineficiente” (NUCCI, 2010, p. 493).

Em um dos acórdãos estudados, o pedido de nulidade por cerceamento de defesa foi repellido, pelo tribunal, com os seguintes argumentos:

[...] a defesa tinha a obrigação de comprovar que a sentenciada narraria ao Juiz de Direito versão diversa daquela sustentada no bojo de procedimento administrativo, e que esta nova versão seria apta ou suficiente para produzir alteração de convencimento a respeito da imputação formulada em seu desfavor. Se nada de novo ou de diferente a sentenciada tinha a dizer sobre o fato, é absoluta e evidentemente irrelevante que suas informações tenham sido prestadas perante a autoridade sindicante ou perante o Magistrado (Agravo de execução nº 7006010-91.2016.8.26.0482, Rel. Amaro Thomé, da 9ª Câmara de Direito Criminal, julgado em 02/02/2017)

Observa-se, assim, que o tribunal, para a decretar a nulidade do procedimento, tem entendido necessária a demonstração de prejuízo sofrido em razão da ausência da oitiva do detento na fase judicial. Neste sentido é também o agravo de execução nº 7010098-75.2016.8.26.0482, da 4ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Luis Soares de Mello, julgado em 28/03/2017, que associa a demonstração de prejuízo sofrido pela parte ao princípio da “pas de nullité sans grief” do artigo 563 do CPP.

Em sentido contrário, parte da doutrina tem orientado que a dispensabilidade da oitiva na fase judicial agrava, de forma acentuada, a vulnerabilidade da presa, razão pela qual o procedimento deve ser equiparado ao da infração penal, garantindo todos os princípios processuais penais e constitucionais, a fim de conferir maior proteção e tratar a pessoa condenada como parte que exerce direitos subjetivos na relação processual e, não, mero objeto do procedimento administrativo.¹⁵

Havia, ainda, controvérsia em relação à prescrição das faltas disciplinares diante da ausência de previsão legal. Tem-se adotado, por analogia, o menor lapso prescricional previsto no Código Penal, qual seja, de três anos (ou dois anos se cometida antes da vigência da Lei nº 12.234/2010). Outras posições sustentam o prazo de um ano, previsto no decreto presidencial de indulto, o prazo de 30 dias do Regulamento Penitenciário

¹⁵ Esta posição é defendida por ROIG (2017, p. 48); LOPES JR. (2007, p. 460-463); SCHMIDT (2007, p. 45-97) e pelo IBCCRIM (2017, p. 40-49) nas 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa.

Federal ou, ainda, o lapso de 180 dias da Lei nº 8.112/90 do regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Segundo Roig, seja qual for o prazo adotado, “não se mostra razoável nem proporcional a estipulação do mesmo prazo prescricional para faltas que variam de leve a grave, sendo imperioso o devido escalonamento” (2017, p. 270).

A jurisprudência do TJ-SP, todavia, tem entendido que “a competência para legislar sobre a prescrição da pretensão punitiva disciplinar, matéria típica de Direito Penitenciário, é da União e dos Estados, concorrentemente, na forma do artigo 24, I, da CF” e, por isso, não se pode admitir que seja estipulada pelo poder executivo ou por resolução.¹⁶ Logo, convencionou-se adotar o prazo de três anos do Código Penal para faltas cometidas depois de 2010.

4.2. Falta grave por posse de celular

Importante destacar o fato de que, dos 262 acórdãos colhidos, 68 versam especificamente sobre faltas graves cometidas por posse de celular (artigo 50, VII, da LEP). Embora a lei disponha que comete falta quem “tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo”, é entendimento do STF que a proibição deve ser estendida à posse de acessórios do celular, tipo *chips* ou carregadores.¹⁷ O TJ-SP tem dispensado, ainda, a necessidade de realização de laudo pericial que comprove a efetiva capacidade de comunicação do celular, ou seja, a potencialidade lesiva do aparelho. Nesse sentido:

¹⁶ Agravo de execução nº 0009011-05.2013.8.26.0000 da 16ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Otavio de Almeida Toledo, julgado em 19/03/2013.

¹⁷ HC 105.973/RS, 2ª Turma, Dje de 30/11/2010 e no RHC 106.481, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, Dje de 03/03/2011.

A posse de aparelho celular ou seus acessórios pelos reeducandos, em funcionamento ou não, configura a aplicação da falta disciplinar de natureza grave, pois, na fase de execução penal, os sentenciados devem se submeter a regras estritas de ordem e disciplina (Agravo nº 9000674-44.2015.8.26.0050, da 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Paulo Rossi, julgado em 04/05/2016)

A interpretação extensiva deste dispositivo, em prejuízo da detenta, é justificada pelo tribunal com base em argumentos diversos, tais como: “a Lei das Execuções Penais não exige que seja feita perícia no telefone celular, [...] não cabendo a aplicação do artigo 158 do Código de Processo Penal, por se tratar de apuração de ilícito administrativo e não de crime”¹⁸; “[...] posse no interior de estabelecimentos prisionais é notoriamente vedada, porque permite a comunicação indevida com o meio externo, colocando em risco os próprios objetivos da execução, tanto em relação ao reeducando, como à segurança pública”¹⁹ e, ainda,

A utilização de celulares põe em risco o sistema de cumprimento de pena no que se refere à ordem e disciplina no ambiente carcerário. Ademais, essa conduta, além afrontar os princípios e deveres postos no cumprimento da sanção penal, põe em risco toda a coletividade, uma vez que esses aparelhos, notoriamente, são utilizados por facções criminosas para a comunicação com outros integrantes do lado externo dos muros da instituição carcerária, notadamente para o planejamento de empreitadas delitivas (Agravo de execução nº 005808205.2015.8.26.0000 da 1ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Figueiredo Gonçalves, julgado em 07/12/2015)

¹⁸ Agravo de execução nº 0012540-61.2015.8.26.0000 da 21ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Maria Tereza do Amaral, julgado em 07/10/2015.

¹⁹ Agravo de execução nº 0021388-71.2014.8.26.0000 da 15ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Camargo Aranha Filho, julgado em 03/12/2015.

Nas decisões selecionadas, nota-se a intenção, tanto do legislador, como do juiz, em conferir maior gravidade a esta norma ao estender seu alcance aos componentes do celular e dispensar a necessidade de laudo pericial que comprove a capacidade de comunicação. As decisões se baseiam em argumentos pouco jurídicos e invocam a gravidade em abstrato da conduta para justificar a aplicação da sanção.²⁰ Além disso, quando analisada no contexto das mulheres encarceradas, a rigorosa proibição de comunicação com o mundo exterior parece inadequada por dois motivos.

Primeiramente, a norma foi incluída no rol das faltas graves, com a Lei nº 11.466 de 2007, visando reprimir a comunicação exterior por motivos de segurança pública, relacionados ao aumento da criminalidade organizada e a articulação e organização entre os presos. Considerando o perfil da mulher encarcerada (ré primária, condenada por tráfico de drogas ou crimes contra o patrimônio), a sua participação em atividades ilegais reproduz os padrões de desigualdade de gênero observados no mercado de trabalho formal: são marginalizadas e ocupam posições subalternas nas redes de movimentação de drogas (BOITEUX; CHERNICHARO, 2014, p. 3). Diante disso, defende Roig que a presunção de que o celular será usado para fins ilícitos é excepcional e deve ser fundamentada concretamente “em casos devidamente justificados e com motivação suficiente” (2017, p. 239), ou seja, para aplicar a falta grave deve ser demonstrado que a mulher condenada o utilizou com o fim de cometer crimes, sob pena de ofensa ao princípio da lesividade.

Em segundo lugar, o encarceramento acarreta, com frequência, o abandono dessas mulheres devido à distância entre a unidade prisional e a sua comunidade e às poucas visitas que recebem, especialmente quando comparadas aos homens presos. É por esta razão que as Regras de Bangkok recomendam o incentivo do contato das mulheres presas com seus familiares, devendo ser adotadas medidas que amenizem os problemas das mulheres presas em unidades distantes da sua comunidade (Regra 26). Sobre isso, Julita

²⁰ O legislador reforçou ainda essa intenção ao incluir, como crime, no artigo 319-A do Código Penal, a omissão do diretor prisional ou de agente em cumprir seu dever de vedar o acesso a aparelho telefônico. Incluiu, também, no artigo 349-A do CP, com a Lei n. 12.012, de 2009, ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de celular em presídio.

Lemgruber, em pesquisa empírica realizada em um presídio feminino do Rio de Janeiro, afirma que “o rompimento do contato contínuo com seus familiares e, sobretudo, seus filhos, afigura-se-lhe extremamente difícil de suportar” (1983, p. 83). O fortalecimento dos laços familiares é considerado essencial para a saúde mental e emocional da mulher e poderia ser incentivado a partir, por exemplo, da implantação de telefones públicos nas unidades prisionais, a ensejar também o contato com os defensores sobre a situação processual, garantindo maior acesso à assistência jurídica.²¹

A significativa quantidade de procedimentos disciplinares que apuram a posse de celulares indica que a proibição não tem sido eficaz em coibir o seu uso e, tampouco, pelos motivos acima expostos, adequada à realidade das mulheres presas e à sua “harmônica integração social”, uma vez que não se prestam a nenhuma função senão punir.

4.3. Incerteza jurídica na determinação das faltas

Os artigos 45 da LEP e 1º da Resolução da SAP estabelecem que não há falta ou sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar, firmando, em sede de execução penal, os princípios da legalidade, da reserva legal e da taxatividade. Disso decorre que as regras disciplinares devem ter redação clara e certa “de modo que o poder discricionário seja restrito e se exerça dentro de limites definidos” (CASTILHO, 1988, p. 25).

O artigo 50 da LEP prevê, como falta grave, no inciso VI, “inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do artigo 39 desta Lei”. Este, por sua vez, estabelece como deveres do detento durante a execução da pena, nos incisos II e V, “a obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva se relacionar” (inciso II) e “a

²¹ A utilização ilimitada de telefone público pelas detentas em um presídio argentino, visitado no âmbito da pesquisa *Dar à luz nas sombras* (2015, p. 58-60), foi destacada como importante para a ampliação do acesso à justiça e manutenção de vínculos externos.

execução dos trabalhos, das tarefas e das ordens recebidas” (inciso V). Foram selecionados, a seguir, acórdãos que permitem observar que condutas similares, como a de não estar presente na cela para o trancamento, foram classificadas distintamente.

É o caso de agravo interposto pela defesa contra o reconhecimento de falta grave, consistente em ato de desobediência (artigo 50, VI, da LEP), e a perda de 1/3 dos dias remidos pela 1ª Vara de Execuções Criminais da Comarca de Presidente Prudente. Segundo o acórdão, a “reeducanda” não compareceu à cela para o fechamento e permaneceu no pátio de sol porque, de acordo com seu depoimento, não tem notícias da família, não consegue ocupação laborativa na unidade prisional, que fica distante de sua comunidade e, por isso, não deseja mais permanecer no local. Ao desobedecer às ordens recebidas, a decisão confirmou a falta grave porque

A reeducanda apresentou atitudes incompatíveis com a disciplina exigida no ambiente carcerário, praticando falta de extrema gravidade, desestabilizando a ordem e a disciplina do estabelecimento prisional, demonstrando que não se submete aos ditames legais necessários à pacífica convivência social (Agravo de execução nº 7009532-29.2016.8.26.0482 da 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Paulo Rossi, julgado em 23/11/2016)

Já no agravo interposto pelo Ministério Público contra decisão da 2ª Vara de Execuções Criminais da comarca de São Paulo, que desclassificou a conduta da “sentenciada” para falta média, a mesma recusa em adentrar a cela, inclusive com a mesma justificativa (de que pretendia a transferência para outra unidade), foi confirmada, em segunda instância, como média sob o fundamento de que se enquadra perfeitamente

no artigo 45, I, da Resolução da SAP, qual seja, “atuar de maneira inconveniente, faltando com os deveres de urbanidade”.²²

Em outro agravo, foi também desclassificada para média a conduta da recorrente que deixou de comparecer para a *tranca* porque, segundo seu depoimento, estava em outra cela buscando remédio para dor de cabeça. Porém, neste caso, foi enquadrada no artigo 45, XX, da Resolução (“mostrar displicência no cumprimento de sinal convencional de recolhimento ou formação”), ao fundamento de que não se verificou “[...] existência de má-fé, dolo de desrespeitar aquela regra, surgindo, em princípio, mero descuido, ou mesmo ‘*displicência*’, como que com ‘culpa’, que não merece ser considerado de natureza ‘grave’.”²³

Ainda, em agravo interposto pela defesa contra decisão proferida pela Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, que classificou como falta grave, determinando a perda de 1/3 dos dias remidos e o reinício do prazo para progressão de regime, a conduta da “sentenciada” consistiu em se recusar a entrar em sua cela porque, de acordo com seu depoimento na fase administrativa, havia recebido notícia do falecimento do avô, não se importando em ser levada para o pavilhão disciplinar. O pedido da defesa de desclassificação da conduta para falta média prevista no artigo 45, XX, da Resolução da SAP foi negado sob o argumento de que

Atrapalhou o bom andamento do trabalho das agentes penitenciárias e disciplina do estabelecimento. Aliás, se cada presa resolver não entrar em sua cela por decisão particular, a segurança e a disciplina prisional correria sérios riscos. (Agravo de execução nº 0005946-16.2016.8.26.0996 da 6ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Marcos Correa, julgado em 23/02/2017)

²² Agravo de execução nº 9002848-89.2016.8.26.0050 da 3ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Luiz Antonio Cardoso, julgado em 28/03/2017.

²³ Agravo de execução nº 7007865 08.2016.8.26.0482 da 8ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Alcides Malossi Junior, julgado em 27/10/2016.

Essa situação, observada em muitos dos agravos selecionados, indica que a disposição legislativa do artigo 50, VI, da LEP permite, a depender da argumentação empregada – dos motivos apresentados em depoimento ou da interpretação da administração prisional, da autoridade judicial e, finalmente, do tribunal – o reconhecimento de falta mais ou menos severa. A falta grave é justificada, com frequência, pela necessidade de manter a ordem e disciplina do local ou de não atrapalhar os trabalhos dos funcionários da unidade, revelando argumentação de gestão prisional que pouco se relaciona com a gravidade da conduta propriamente dita. Assim, a pessoa presa não é capaz de identificar as consequências de sua conduta, tornando incerta a classificação das faltas.

Sobre isso, Schmidt afirma que

A Lei de execução penal, dada a polissemia desses dispositivos, possibilita uma atividade judicante de constituição de faltas graves, e não de declaração destas. Assim ocorrendo, estamos não só diante de uma invasão, pelo juiz, no caso concreto, dos poderes conferidos ao legislador, como, além disso (e o que é mais grave), legitimando a aplicação de sanções disciplinares arbitrárias e ilegais (2007, p. 73)

3 Já em agravo interposto pela defesa contra decisão da 1ª Vara de Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, a falta grave, consistente em inobservância dos deveres (artigo 50, VI, da LEP), foi confirmada pelo tribunal, sob o fundamento de que “deixar de acatar a proibição em tela importa dizer que houve a inobservância de ordem vigente e, conseqüentemente, a prática de falta de natureza grave”, porque a “sentenciada” levou da oficina onde trabalhava um cigarro artesanal.²⁴ Neste caso, nota-se que a administração prisional e, posteriormente, a autoridade judicial tinham outras

²⁴ Agravo de execução nº 7015384-05.2014.8.26.0482, 11ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Maria Tereza do Amaral, julgado em 16/09/2015.

opções para classificar a conduta, de modo a surtir efeitos menos gravosos para a detenta, visto que trazia consigo apenas um cigarro posteriormente recuperado pela administração. Alternativamente, a Resolução da SAP prevê, como falta média, “portar material cuja posse seja proibida” (artigo 45, II) e “desviar ou ocultar objetos cuja guarda lhe tenha sido confiada” (artigo 45, III).

Vale mencionar, ainda, o agravo, interposto pela defesa, contra decisão da 1ª Vara de Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente que reconheceu falta grave, consistente em desobediência e prática de fato definido como crime doloso (dano qualificado ao patrimônio público), determinando a perda de 1/3 dos dias remidos, porque a “sentenciada” cortou um pedaço de seu uniforme e, ao ser levada ao pavilhão disciplinar por este motivo, se exaltou com as funcionárias.²⁵ A decisão judicial não esclareceu a lesividade ou repercussão social da conduta da sentenciada e, tampouco, a intenção de danificar patrimônio público, ao rasgar parte de um uniforme velho e fornecido por outra unidade prisional.

Em relação ao desrespeito às funcionárias, o tribunal manteve a falta grave sob a justificativa de que o depoimento da agravante restou isolado das demais provas (depoimentos das funcionárias), que “não vem absorvendo a terapêutica penal que lhe é dispensada” e que

Outrossim, apenas aqueles que conhecem a realidade do sistema prisional e, por evidente, ali comparecem, têm conhecimento da situação extremamente grave e perigosa ali verificada, figurando na última ponta as servidoras incumbidas da fiscalização do local (Agravo de execução nº 7009533-14.2016.8.26.0482, da 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Paulo Rossi, julgado em 23/11/2016)

²⁵ Agravo de execução nº 7009533-14.2016.8.26.0482, da 12ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Paulo Rossi, julgado em 23/11/2016.

Ainda, a decisão proferida pelo juízo da execução, reproduzida no acórdão, afirma que “os fatos apurados são graves e revelam que o sentenciado (*sic*) ainda não conseguiu conter os seus instintos primitivos diante das eventuais contrariedades da vida”. Este discurso argumentativo se fundamenta em justificativas extralegais, alheias à conduta faltosa, que dialogam com a noção de “adestramento” da criminologia positivista, que buscava transformar a mulher “desviada” e “anormal” em dócil e submissa (ANGOTTI, 2011, p. 283).

Neste caso, as autoridades prisional e judicial podiam, ainda, ter optado por classificar a falta como média, consistente em destruir objetos de uso pessoal fornecidos pela unidade prisional (artigo 45, XV, da Resolução) ou leve, consistente em utilizar bens públicos de forma diversa para a qual os recebeu (artigo 44, VII, do mesmo dispositivo), ou, ainda, reconhecer a atipicidade material e formal da conduta, conforme pleiteado pela defesa.

Em outro caso, a “reeducanda” foi punida com falta grave, consistente em desrespeito (artigo 50, VI, da LEP), com a perda de 1/3 dos dias remidos, mantida pelo tribunal no acórdão, por ter questionado o juiz corregedor, durante visita para avaliar justamente as condições na unidade prisional, sobre a alimentação estragada que estava sendo fornecida, bem como a respeito da falta de médicos, medicamentos e insalubridade do hospital prisional.²⁶ De acordo com o seu depoimento, o juiz respondeu que a unidade onde estava recolhida era “hotel cinco estrelas”, motivo pelo qual se exaltou e gritou, segundo relato da agente penitenciária, “você está perdendo seu tempo, sai daqui”.

Na decisão de segundo grau, a falta foi confirmada porque, embora o questionamento às autoridades sobre as condições carcerárias se constitua em um exercício regular de direito, “jamais poderia a recorrente dirigir-se ao juiz corregedor de forma insolente, rebelde ou insubordinada, aumentando seu tom de voz e a agressividade [...]”. Menciona o acórdão, ainda, que não é possível acatar o pleito defensivo de que a assimilação de elementos característicos da subcultura carcerária causou este

²⁶ Agravo de execução nº 9000084 33.2016.8.26.0050, da 9 Câmara de Direito Criminal, Rel. Amaro Thomé, julgado em 09/06/2016.

comportamento, “sob pena de se frustrar a própria função ressocializadora da pena e ratificar a indesejada exclusão absoluta da sociedade daqueles que foram condenados”.²⁷

A respeito do tema, Schmidt (2007, p. 239) defende que exigir da pessoa presa comportamento respeitoso e disciplinado, diante da falta de alimentação saudável, de assistência à saúde e de outras condições básicas à existência digna, somente é possível se a ela é assegurado tratamento respeitoso e digno pelas autoridades. Neste mesmo sentido, Roig afirma que “[...] soa paradoxal que o Estado Brasileiro, dispensando tratamento desumano e degradante e descumprindo sistematicamente os direitos das pessoas presas, possa delas exigir o cumprimento de deveres” (2017, p. 193).

4.4. Fundamentação das decisões judiciais

De acordo com o artigo 59, parágrafo único, da LEP, a decisão que aplica a falta disciplinar deve ser motivada, em dispositivo que atende o princípio constitucional previsto no artigo 93, IX, da Constituição. Especialmente no caso das sanções decorrentes de falta grave, a fundamentação adequada é essencial porque “permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder” (LOPES JR., 2007, p. 391). O que se observa, contudo, nos agravos colhidos, é que muitas das decisões judiciais não se fundamentam em argumentos jurídicos, mas, sobretudo, em juízos de valor, orientados por critérios retributivos e periculosistas, como manutenção da ordem e disciplina na unidade, efeito desestimulador nas demais detentas, assimilação de valores da terapêutica penal, etc. Segundo Roig,

²⁷ Segundo Baratta (2002, p. 184), a realidade prisional distancia o preso dos hábitos da vida extramuros e dos modelos de comportamento da vida em sociedade, em um processo chamado por Erving Goffman de “desculturação”. Ao mesmo tempo, o preso passa a assimilar valores e comportamentos característicos da subcultura carcerária, isolando-se da possibilidade de reinserção em um processo denominado por Donald Clemmer de “prisionalização”. Sendo assim, a prisão contraditoriamente, objetiva a reinserção do indivíduo no convívio social, mas pretende fazê-la a partir de seu isolamento completo.

Este padrão decisório não apenas cria sanções sem preceitos, como também torna inviável a refutação defensiva quanto aos juízos valorativos atribuídos ao indivíduo, em prejuízo do contraditório e da ampla defesa. O ônus da prova da periculosidade é, enfim, invertido do Estado para a pessoa presa, que precisa provar a improcedência da imputação valorativa a ela realizada, ocasionando também a vulneração dos princípios da culpabilidade e da presunção de inocência (2017, p. 218)

Nesse sentido, o acórdão que confirmou a falta grave de desrespeito, porque a “sentenciada” se exaltou com seu advogado depois de saber que seu pedido de progressão de regime havia sido negado. Embora o advogado tenha pedido para que não fosse reconhecida a falta, mostrando que não se sentiu desrespeitado pela conduta, ela foi levada à ala disciplinar e teve 1/3 dos dias remidos perdido. A falta grave foi mantida pelo tribunal sob a justificativa de que

É cediço que no interior dos presídios deve-se primar pela ordem e disciplina eis que as pessoas que ali se encontram cumprem pena pelos mais diversos delitos muitos dos quais hediondos, que atentam contra a vida e patrimônio da sociedade, não se podendo por piedade deixar de punir uma falta disciplinar o que, por certo acabaria por comprometer todo o sistema penitenciário. [...] A falta de punição administrativa gera a sensação de impunidade dentro do presídio, inflamando as demais detentas a procederem da mesma maneira quando um benefício seu for negado. (Agravo de execução nº 0192342-87.2013.8.26.0000, da 5ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Sergio Ribas, julgado em 06/02/2014)

Observa-se que, mais uma vez, a punição foi motivada, não com base na gravidade da conduta, mas em argumentos genéricos de proteção à ordem no local, que não guardam

relação com o caso concreto. De acordo com as informações contidas no acórdão, o comportamento da “sentenciada” não causou maiores inquietações, não “inflamou” as demais detentas, que sequer estavam presentes no local, e, tampouco, lesou bem jurídico do advogado. Menciona, ainda, que a absolvição pela falta despertaria sentimento de impunidade na unidade como se o cumprimento da pena não configurasse punição suficiente.

Além disso, como já ressaltado, parte dos magistrados entende que o procedimento disciplinar tem natureza administrativa e que sua função é meramente homologatória, cabendo apenas apreciar se observados os requisitos formais, tudo a dispensar maior fundamentação. Vale salientar, contudo, que, de acordo com entendimento do STJ, ao menos a perda dos dias remidos no patamar máximo deve ser idoneamente fundamentada.²⁸

4.5. Violação ao livre exercício da sexualidade

Em agravo interposto pela defesa contra reconhecimento de falta grave pela Vara das Execuções Criminais da comarca de Presidente Prudente, a agravante foi surpreendida pelas agentes penitenciárias beijando outra detenta no banheiro, razão pela qual lhe foi atribuída falta grave na fase administrativa e na primeira instância judicial.²⁹ Em segunda instância, porém, o tribunal entendeu que houve “mera conduta inconveniente” (artigo 45, I, da Resolução) porque “entregaram-se às carícias mútuas quando estavam cumprindo obrigações ordinárias no interior do estabelecimento prisional”. A decisão frisa, ainda, que o mero inconveniente se deu somente porque não estavam em horário de lazer ou descanso.

²⁸ No AResp 498.617, Rel. Rogério Schietti Cruz, Dje 03/09/2014.

²⁹ Agravo de execução nº 7001527 52.2015.8.26.0482, da 7 Câmara de Direito Criminal, Rel. Otavio Rocha, julgado em 29/03/2017.

Ainda que a gravidade da falta tenha sido reformada em segunda instância, este caso reforça a impressão de que o livre exercício da sexualidade pelas mulheres encarceradas é punido, ainda que com uma sanção menos severa, fundamentada em argumentos extralegais. A repressão aos relacionamentos homoafetivos tem caráter moralista e está relacionada aos estereótipos de gênero que recaem sobre as mulheres.³⁰ O exercício da sexualidade é limitado, ainda, pela dificuldade de acesso a visitas íntimas e pelo frequente abandono pelos companheiros. Assim, as práticas homoafetivas estão relacionadas, segundo Lemgruber (1983), à busca por afeto e apoio psicológico e emocional diante de toda a privação, abandono e carência que permeiam o cotidiano prisional.

5. UMA ARTICULAÇÃO TEÓRICA COM A OBRA “VIGIAR E PUNIR” DE FOUCAULT

A menção à obra de Foucault, neste trabalho, não tem a intenção de transpor suas ideias, em relação ao surgimento das prisões e das práticas disciplinares, datadas do início do século XIX, para a realidade prisional brasileira atual. Tampouco de buscar, no estudo da execução penal, adequá-las, simplificá-las ou transformá-las em conceitos aplicáveis, mas sobretudo de emprega-las como uma ferramenta de análise que “permite trazer à tona sutilezas que denunciam dinâmicas de poder e controle escamoteadas no discurso de humanização da pena e da função do cárcere” (ANGOTTI, 2011, p. 278).

Nesta obra, o autor descreve o modo como as penas de suplício e os castigos corporais foram substituídos, no fim do século XVIII e no começo do século XIX, na Europa, pelas penas privativas de liberdade e por mecanismos disciplinadores revestidos de caráter humanista. A nova forma de punir, segundo Foucault, não tem como finalidade reprimir a prática de outros crimes (como possuíam os suplícios públicos), mas sim exercer um novo controle sobre o corpo, não necessariamente violento, mas político e

³⁰ ILGENFRITZ e SOARES (2002).

econômico, em um processo de neutralização e normalização de comportamentos, com o objetivo de se adequar à nova economia do poder de punir. A coação sobre o corpo visa controlá-lo, instrumentalizá-lo e aproveitá-lo ao máximo para, ao mesmo tempo em que amplia sua utilidade econômica e eficiência produtiva, torna dócil e obediente o indivíduo encarcerado.

Inaugura-se, assim, a “sociedade disciplinar”. O poder punitivo passa a ser materializado pela prisão, que utiliza técnicas de distribuição espacial individualizada, vigilância hierarquizada, controle minucioso do tempo e das atividades, coordenação eficiente de gestos e capitalização das forças dos indivíduos. As regras disciplinares internas – diferentes daquelas vigentes até o julgamento – são autônomas e emanam da autoridade administrativa das prisões, constituindo o que o autor chamou de “infrapenalidade”: qualifica e reprime “um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença” (FOUCAULT, 1999, p. 149).

No contexto das mulheres encarceradas, essa “micropenalidade” do tempo, das atividades, da sexualidade, da moral, dos discursos e gestos é formalizada por normas disciplinares que se retroalimentam de outros meios de controle social informal, característicos de uma sociedade paternalista e patriarcal, “para perpetuar e legitimar a subordinação das mulheres” (OBANDO, 2017, p. 108) dentro e fora, antes e depois do cárcere.

A qualificação do indivíduo é operada de modo a permitir uma diferenciação entre os bons e os maus comportamentos, recompensando aqueles e castigando estes. Tal classificação, na execução penal, se dá pelo mecanismo do atestado de conduta carcerária produzido pela autoridade prisional. Baseado nele, constrói-se um ciclo de conhecimento sobre o indivíduo que permite, ao juiz, conceder ou negar direitos, tratados, com frequência pela jurisprudência, como “benefícios”.

O autor afirma, ainda, que a prisão não é capaz de conter a reincidência: continua fabricando delinquentes ao mantê-los isolados, submetê-los a trabalhos inúteis, impor

limitações arbitrárias, despertar grande sentimento de injustiça, explorar seu trabalho penal, favorecer a organização ou associação de detentos solidários entre si e estigmatizar os egressos. Mesmo que construída sobre os princípios da reintegração social, da individualização da pena, da função educativa do trabalho e do estudo, do controle técnico exercido por funcionários especializados e da assistência ao egresso, a prisão não é capaz de reintegrar. É, na verdade, segundo ele, estratégia de poder, forma de separar indivíduos pertencentes a classes mais pobres da classe dominante e instrumentalizar a delinquência como forma de permanente vigiar a população. Desse modo, afirma que se constitui

Um grande continuum carcerário que difunde as técnicas penitenciárias até as disciplinas mais inocentes, transmitem as normas disciplinares até a essência do sistema penal, e fazem pesar sobre a menor ilegalidade, sobre a mínima irregularidade, desvio ou anomalia, a ameaça da delinquência. Uma rede carcerária sutil, graduada, com instituições compactas, mas também com procedimentos parcelados e difusos, encarregou-se do que cabia ao encarceramento arbitrário, maciço, mal integrado da era clássica (FOUCAULT, 1999, p. 246)

A pesquisa jurisprudencial realizada permitiu observar que a atribuição das faltas disciplinares graves é motivada, nas decisões, como indispensável ao bom funcionamento da unidade e à assimilação de valores necessários à convivência social. Nos acórdãos estudados, entretanto, isso se traduz no controle excessivo de comportamentos (“micropenalidade”), por meio de um procedimento impreciso, que posiciona o indivíduo condenado como objeto da execução da pena e, não, como sujeito de direitos. Sob este pretexto, a sanção mais grave é aplicada a condutas irrelevantes juridicamente, como, por exemplo, não responder à chamada nominal, cortar um pedaço do uniforme ou questionar os funcionários sobre a falta de itens básicos de higiene.

6. CONCLUSÃO

O artigo procurou, então, entender os discursos jurídico-penais que buscam legitimar a aplicação de sanções disciplinares no decurso da pena. O que se notou é que a importância conferida à manutenção da disciplina nas unidades prisionais se presta a justificar práticas punitivas que, em alguns casos, desafiam a legalidade e a proporcionalidade.

Desse modo, conclui-se que a execução da pena não segue os ditames constitucionais. A um, porque restringe direitos individuais, em tese, não atingidos pela pena privativa de liberdade, constituindo uma “infrapenalidade” que acaba por acentuar desproporcionadamente a punição. A dois, em virtude de que o procedimento de apuração das faltas disciplinares fere os princípios abarcados pelo devido processo legal, contraditório, ampla defesa, *non bis in idem*, em claro descompasso com as recomendações de políticas públicas e relatórios produzidos pela sociedade civil.³¹

No caso das mulheres encarceradas, as sanções disciplinares, assim como a pena privativa de liberdade em si, não atingem a declarada finalidade pedagógica eis que não proporcionam ferramentas à integração social e, tampouco, garantem condições básicas de existência digna. Neste sentido, a sanção de isolamento se revela especialmente inadequada às mulheres, visto que a proibição de contato com a família e o distanciamento com o mundo externo são medidas cruéis que extrapolam demasiadamente os limites da pena, em nada conspirando para o alegado caráter de ressocialização da sanção penal.

Percebe-se, então, que as práticas disciplinares constituem-se na face oculta da execução da pena. Enquanto o debate acerca das péssimas condições dos presídios brasileiros tem ganhado relevo, assim como a inadequação em si da pena privativa de liberdade às

³¹ Neste sentido: IBCCRIM. 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa (2017) e CONECTAS. 10 Medidas urgentes para o sistema prisional: propostas para mudanças estruturais na política penitenciária brasileira (2017).

mulheres (especialmente aquelas com filhos ou responsáveis pelo sustento da família), pouco se investiga a respeito das práticas disciplinares impostas no interior dos presídios. A dificuldade de acesso aos documentos que orientam o procedimento disciplinar administrativo, aliada à precariedade de dados específicos sobre as mulheres presas, inviabilizam um exame aprofundado a respeito do regime disciplinar. O presente trabalho tentou, portanto, acessar o campo empírico do encarceramento de mulheres, por meio da pesquisa jurisprudencial, na expectativa de expor tão relevante aspecto da execução da pena.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade**. Revista de Informação Legislativa, v. 53, n. 209, p. 53-71, 2016.

ANGOTTI, Bruna Soares. **Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus. O surgimento dos presídios femininos no Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3a ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça**. 1a ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. **Orientações para uma Política de Desencarceramento de Mulheres**, 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/wpcontent/uploads/2016/04/orientacoes.pdf>. Acesso em: 09/06/2017

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão**. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/201clugar-de-crianca-nao-e-na-prisao-nem-longo-de-suamae201d-diz-pesquisa/pesquisa-dar-a-luz-na-sombra-1.pdf>. Acesso em 14/07/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Infopen Mulheres**, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-nobrasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 09/06/2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional**. Documento basilar para a Portaria Interministerial MJ/SPM no 210/2014. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2014.

BRASIL. Presidência da República; Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. Grupo de Trabalho Interministerial. **Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino** – 2008. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2008.

BOITEUX, L., CHERNICHARO, L. **Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica**. Apresentado no VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal, Grupo de trabalho “Punição, Prisão e Gênero”. São Paulo: Universidade Federal do ABC, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **Controle da Legalidade na Execução Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, Salo de. **Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal**. In CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 487-500, 2007.

CHESNEY-LIND, Meda. **Imprisoning Women: The Unintended Victims of Mass Imprisonment**. In: CHESNEY-LIND, Meda.; MAUER, Marc. (orgs.). *Invisible Punishment, The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, p. 140-166, 2003.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. **A capitalização do tempo social na prisão: a remição no contexto das lutas de temporalização na pena privativa de liberdade**. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

CONNECTAS. **10 Medidas urgentes para o sistema prisional: propostas para mudanças estruturais na política penitenciária brasileira**. São Paulo, 2017. Disponível em:

http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/10%20Medidas_Diagramado_PEQ_vfinal_.pdf.

Acesso em: 14/06/2017.

ESPINOZA, Olga. **A Mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20a ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, conventos e prisões**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1974.

HALPERIN, Jean-Louis. **Law in Books and Law in Action: the problem of legal change**. *Me. L. Rev.*, v. 64, p. 45, 2011.

HOWARD, Caroline (Org.). **Direitos humanos e mulheres encarceradas**. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária do Estado de São Paulo, 2006.

IBCCRIM. **16 Medidas contra o Encarceramento em Massa**. Caderno de Propostas Legislativas. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf. Acesso em: 11/06/2017.

ILGENFRITZ, Iara; SOARES, Barbara Musumeci. **Prisioneiras – vida e violência atrás das grades**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES JR., Aury. **Revisitando o processo de execução penal a partir da instrumentalidade garantista**. In CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 371-406, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal: comentários à Lei 7.210, de 11-7-1984**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª ed., São Paulo: Editora RT, 2010.

OBANDO, Ana Elena. **Mujer, Justicia Penal y Género**. In: CARRANZA, Elias; ZAFFARONI, Eugenio R. (orgs.). *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*. Ciudad de México: Porrúa, p. 99-133, 2007.

RICHIE, Beth E. **The Social Impact of Mass Incarceration on Women**. In: CHESNEY-LIND, Meda.; MAUER, Marc. (orgs.). *Invisible Punishment, The Collateral Consequences of Mass Imprisonment*, The New Press, p. 233-255, 2003.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução penal: teoria crítica**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e prática histórica da execução penal no Brasil**. Editora Revan, 2005.

RUDNICKI, Dani; SOUZA, Monica Franco de. **Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros: as CPIs dos sistemas penitenciários de 1976 e 1993**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 107-115, abr./jun. 2010.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal** in CARVALHO, Salo de (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 207-268, 2007.

WALMSLEY, Roy. **World Prison Population List, eleventh edition**. ICPR, 2015.

Disponível em:

http://prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition_0.pdf. Acesso em 21/07/2017.



Área 1: Direito Penal

Desafios do Processo Penal Brasileiro

COLABORAÇÃO PREMIADA E A RETOMADA DO SISTEMA INQUISITIVO

Ana Maria do Carmo Colombo

Carolina Llantada Seibel Scarton

Resumo: O estudo utiliza-se do método indutivo de pesquisa a fim de analisar se e em que medida a Delação Premiada é compatível com o sistema acusatório de processo penal. Para tanto, a pesquisa realiza estudo doutrinário, bem como a análise da atuação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando da aplicação deste instituto. A Colaboração Premiada, embora presente no ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas, ganhou, recentemente, especial destaque na persecução criminal, especificamente como instrumento de investigação no combate de organizações criminosas. Prevista em diversas leis especiais, a colaboração somente teve seu procedimento regulamentado a partir da promulgação da Lei 12.850/13, que lançou as orientações para a utilização dos acordos. Reflexo da evidente ineficiência do Estado na persecução criminal por meio dos métodos tradicionais, este instituto se insere em um contexto dicotômico perigoso: de um lado, é instrumento de investigação que produz resultados eficazes na persecução penal complexa e de criminalidade organizada e, de outro, afronta garantias fundamentais constitucionalmente instituídas para proteger aqueles submetidos ao poder punitivo do Estado. A Colaboração Premiada é aplicada no âmbito do sistema penal acusatório, o qual pressupõe, em oposição ao inquisitorial, a existência de três atores com funções bem definidas dentro do jogo processual, prevendo a separação entre o órgão julgador e o órgão acusador. Aos primeiros, confere uma posição de espectador passivo e, aos segundos, o papel de parte processual, em paridade com a defesa, o que extingue qualquer poder que outrora tivera sobre a pessoa do acusado. Essa separação dos atores no processo penal garante o afastamento do juiz em relação às partes e confere à acusação o ônus da prova. Dentro desta lógica, existe uma presunção de inocência que é inerente à figura do acusado/investigado, sendo papel da acusação

destruir tal presunção, sem que o acusado seja obrigado a contribuir com essa desconstrução. A colaboração premiada, enquanto acordo firmado entre Ministério Público e indiciado, consiste na quebra desse pressuposto, tendo em vista que o acusado abre mão de sua resistência à acusação em troca de benefício processual ou extraprocessual oferecido pelo Órgão Ministerial. Para tanto, exige-se que confesse a prática delitativa, abra mão de seu direito constitucional ao silêncio e que preste compromisso de dizer a verdade em todos os depoimentos que prestar, passando a ser, o colaborador, o principal meio de prova e de produção de elementos investigatórios no âmbito da fase investigatória. Nesse sentido, reduz-se o colaborador a mero objeto do qual se deve extrair os elementos suficientes para embasar o decreto condenatório, além de ampliar sobremaneira os poderes conferidos ao órgão acusador, que, em fase pré-processual, negocia com o acusado direitos dos quais não é titular e dispõe de atividades estritamente judiciais, as quais são legalmente atribuídas ao magistrado. A partir da pesquisa elaborada, resumida por meio dos pontos acima elencados, é possível concluir, inicialmente, que este instituto retoma aspectos notadamente inquisitoriais, os quais mitigam garantias fundamentais daqueles submetidos ao poder punitivo do Estado em nome da pretensa eficiência no combate ao crime organizado.

Palavras-chave: Persecução Penal. Colaboração Premiada. Sistema Acusatório. Sistema Inquisitivo. Garantias Fundamentais.

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

A Colaboração Premiada, embora presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), ganhou, recentemente, especial destaque na persecução criminal, especificamente como instrumento de investigação no combate de organizações criminosas. Prevista em diversas leis especiais, o instituto somente teve seu procedimento regulamentado a partir da promulgação da Lei 12.850/13, a qual lançou as orientações para a utilização dos acordos. Reflexo da evidente

ineficiência do Estado na persecução criminal por meio dos métodos tradicionais, possivelmente porque os próprios meios de consumação do delito foram acompanhando o desenvolvimento tecnológico e, portanto, aprimorados, este instituto se insere em um contexto dicotômico perigoso: de um lado, é instrumento de investigação que produz resultados eficazes na persecução penal complexa e de criminalidade organizada e, de outro, afronta, em maior ou menor medida, garantias fundamentais constitucionalmente instituídas para proteger aqueles submetidos ao poder punitivo do Estado.

Dentro deste contexto, a colaboração premiada é aplicada no âmbito do sistema penal acusatório, o qual pressupõe três atores processuais – acusação, réu e julgador - com funções delimitadas. Ademais, em oposição ao sistema inquisitivo, prevê, quanto ao réu, a posição de *parte*, em paridade de armas com a acusação e, ao juiz, atribui uma postura passiva. A aplicação deste instituto negocial, especialmente seguindo o procedimento previsto na Lei de Organizações Criminosas, retoma determinadas características predominantes no sistema inquisitorial, as quais serão apresentadas ao longo deste artigo. Nesse sentido é que se insere o ponto central deste breve trabalho, deixando assentada, desde já, a retomada do sistema inquisitivo como ponto de partida.

Antes de passarmos para tal análise, contudo, serão feitos breves apontamentos acerca do surgimento e das características dos dois principais sistemas processuais penais – o Inquisitivo e o Acusatório – e do procedimento previsto na Lei n. 12.850/13. Posteriormente, cotejando a base formadora do sistema e os dispositivos existentes com o caso prático aqui eleito, extraímos e elencamos (alguns) pontos problemáticos específicos acerca do instituto.

1. RETOMANDO CONCEITOS: OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

No decorrer da história do processo penal, são identificados pelo menos três sistemas processuais distintos, quais sejam, o inquisitivo, o acusatório e o misto. O desenvolvimento histórico do processo penal não representa uma evolução constante e

linear, já que conta com períodos de profundo retrocesso. Assim, o desenvolvimento do processo penal, no mesmo sentido, não representa uma evolução histórica, sendo, na verdade, reflexo do contexto sociopolítico vigente em cada época e lugar. (MACHADO, 2009).

Neste mesmo viés, entende-se que os sistemas processuais são consequências da resposta do processo penal ante as exigências do Direito Penal e do Estado de cada período (LOPES JR., 2012). Dessa forma, a análise de cada sistema não pode ser tomada de forma afastada do contexto histórico em que está inserido. Assim, para proceder ao estudo que ora se inicia, optou-se por uma análise de cada sistema, contextualizado temporal e historicamente, em detrimento da análise histórica da evolução das organizações sociais, motivo pelo qual se divide este ponto entre sistema inquisitivo e sistema acusatório. Em que pese o sistema inquisitório ter sido precedido por um sistema acusatório, no qual havia amplo contraditório – o qual, diz-se, foi posteriormente retomado, entende-se que o período da Inquisição compreende uma involução no que toca aos sistemas processuais penais e, por este motivo, será tratado por primeiro.

1.1 O Sistema Inquisitivo

Vigente durante o período da Idade Média, este sistema processual está mais fortemente vinculado a Estados marcados por realidades sócio-políticastotalitárias ou autoritárias, em que os direitos individuais são sobrepujados pelo fortalecimento da hegemonia estatal. Precedido por um sistema acusatório, o qual teve vigência até meados do século XIII, a transição para o inquisitório pode ser entendida a partir das críticas feitas ao sistema antecedente, especialmente no que toca à inatividade das partes. Segundo os críticos, a atividade de persecução penal deveria ser assumida pelo Estado, uma vez que sua titularidade por particulares comprometia a eficiência no combate à criminalidade (LOPES JR., 2012).

Iniciado no âmbito do direito eclesiástico, o sistema inquisitivo visava ao julgamento de componentes da Igreja. Todavia, a partir da expansão desta instituição, o

novo sistema espalhou sua aplicação abarcando diversas infrações penais consideradas conflitantes com os interesses da Igreja (PRADO, 2006). Nesse sentido, as vantagens do sistema inquisitivo acabaram sendo incorporadas pelos legisladores da época, passando a ser aplicado para todos os delitos e não mais apenas àqueles em flagrante. (LOPES JR., 2012).

No que toca ao procedimento adotado nesse sistema processual, tem-se que o processo se inicia com uma denúncia, a qual inaugurava a investigação e poderia ser anônima. Posteriormente, com a admissão de investigações de ofício, a denúncia passou a ser dispensada, haja vista que o mero rumor público acerca de um delito bastava para dar início ao processo investigativo. Nesse aspecto, o juiz deixa sua posição passiva, conforme determinava o sistema acusatório, para assumir papel de protagonista do sistema inquisitório (PRADO, 2006).

Ademais, a partir do apogeu do sistema inquisitivo, a oralidade e a publicidade, predominantes no sistema acusatório, foram substituídas pela forma escrita e pelo sigilo no procedimento. Corolário lógico é que o contraditório fora igualmente suprimido, impossibilitando qualquer direito de informação e reação. A figura do juiz passou a ter postura ativa, tendo iniciativa para o início do procedimento (PRADO, 2006), assumindo as funções de investigador, acusador e julgador. Nesse sentido, o processo deixa de ser uma contraposição das partes (acusação e defesa) em paridade de armas, e passa a ser “uma disputa desigual entre o juiz-inquisidor e o acusado” (LOPES JR., 2012). Ainda, outra característica deste sistema era a ausência de coisa julgada. Na obra *Manual dos Inquisidores*, escrita em 1376, tem a indicação de que, ao absolver um denunciado, o inquisidor não deveria afirmar sua inocência, mas sim esclarecer que não foi possível encontrar qualquer prova contra este (EYMERICH, 1993), de modo que os casos poderiam ser novamente abertos e julgados pelo tribunal (LOPES JR., 2012).

A característica mais marcante, todavia, está no tratamento da figura do réu, o qual deixa de ser sujeito de direitos no âmbito do processo penal, passando a figurar como objeto por meio do qual se deve extrair a prova. Fundada na busca pela “verdade

real”, essa sistemática processual adotava a concepção de que o processado seria a melhor fonte de conhecimento, motivo pelo qual era chamado ao processo para declarar a verdade dos fatos. Dessa forma, a confissão era a principal prova a ser produzida no processo, sendo suficiente para sustentar a condenação (LOPES JR., 2012).

A partir da concepção de que o réu é objeto do processo, surge a ideia de que, dentro do procedimento, era possível dispor de seu corpo. A essa ideia, soma-se a busca pela acima referida “verdade real” e a valoração máxima da confissão, criando-se, assim, o ambiente necessário para a retomada da utilização de métodos de tortura a fim de extrair do acusado a principal das provas (PRADO, 2006). Desse modo, a utilização de prisões cautelares passou a ser a regra, uma vez que o inquisidor precisava ter acesso ao corpo do acusado com o objetivo de, por meio da tortura, chegar na “verdade real”, consubstanciada na sua confissão. E, conforme afirma Aury Lopes Jr.(2012, p. 126), “uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas”.

Vale destacar que o sistema inquisitório deve ser entendido como expressão da teoria de Estado vigente no período histórico em que está inserido, sendo um reflexo da concentração do poder Estatal nas mãos do rei, o qual não se submetia a restrições legais. Este sistema processual imperou até o início do século XIX, sucumbindo a partir das novas concepções trazidas pela Revolução Francesa (LOPES JR., 2012).

1.2 O Sistema Acusatório

O sistema acusatório, embora seja tratado neste artigo posteriormente ao inquisitório, surgiu historicamente mais cedo, com origem no Direito grego, contando com a participação direta do povo no exercício das atividades de acusar e julgar (LOPES JR., 2012). Adota contornos mais definidos no Direito Romano, com o surgimento da *cognitio* e da *accusatio*. A primeira forma de processo surgida na Roma antiga caracteriza-se por ser um procedimento público, realizado com intervenção do Estado

romano e em nome deste, no qual conferiam-se amplos poderes ao juiz para iniciar a instrução e para deliberar, sendo considerado um representante do rei. A *accusatio*, por sua vez, emerge a partir da necessidade de apurar delitos penais de ordem pública e adota o pressuposto da necessidade de uma acusação para que alguém fosse levado a juízo (PRADO, 2006). Nessa sistemática, cabia a um representante da coletividade – chamado de *accusator* -o exercício da ação penal, de modo que esta atividade não mais era exercida pelo juiz, desvinculando-se do Estado (LOPES JR., 2012).

Já neste período, o sistema acusatório era marcado pela necessidade de uma investigação prévia ao processo, cabendo às partes produzirem as provas de suas alegações, desobrigando o juiz da gestão da prova. Ainda, não eram admitidas denúncias anônimas ou processos sem acusador legítimo e idôneo, o processo era público e oral, contando com o contraditório entre as partes ao longo de todo o procedimento. Assim, oportunizando a dialeticidade, pode-se afirmar que os debates travados no processo eram efetivamente a fonte da decisão judicial (LOPES JR., 2012 e PRADO, 2006).

Por outro lado, este sistema processual apresentava alguns problemas, em especial a impunidade dos delinquentes, a possibilidade de falsas acusações e, em muitos casos, a impossibilidade de julgamento (TORNAGHI apud PRADO, 2006). A principal crítica feita a este sistema, todavia, consistia na sua incapacidade ante a necessidade de repressão de novos delitos, insatisfação que deu início, ainda no século XIII, à transição para o sistema inquisitivo, tratado anteriormente (LOPES JR., 2012).

A partir da Revolução Francesa, no final do século XVIII, com a explosão de movimentos sociais e políticos, passou-se a abandonar, de forma gradativa, a crueldade do sistema inquisitório, retomando-se concepções do sistema acusatório (LOPES JR., 2012). Este novo sistema divide o processo penal em duas fases. A primeira delas consiste em uma instrução sigilosa – colheita de elementos - com a finalidade de investigar todas as circunstâncias do delito e dar as bases para o exercício penal da ação, sendo legitimada por um juiz-instrutor, nas hipóteses em que se requer determinada medida que prescindia de autorização judicial. Já a segunda fase, comporta o debate entre as partes, garantida a

igualdade, perante um júri ou um tribunal colegiado. Tal sistema é também chamado de sistema misto (PRADO, 2006).

A partir de então, tem-se a retomada de características do primeiro sistema acusatório - da Antiguidade, tais como a separação das atividades de acusar e julgar, que deixam de estar concentradas na mesma figura, a paridade de armas entre as partes e sua titularidade da iniciativa probatória, o contraditório e o direito de defesa, a oralidade e a publicidade, e a posição passiva e imparcial do juiz. Como novidade, tem-se a instituição da coisa julgada e a possibilidade de impugnação das decisões, além do duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2012).

Tal sistema, então, passa a ser característica de países com uma democracia mais consolidada, que respeitam de forma mais efetiva as liberdades individuais (LOPES JR., 2012). Embora existam críticas a serem feitas ao sistema misto, o avanço com relação ao inquisitório é facilmente visualizado e inegável, especialmente por reposicionar o réu como parte no processo penal e por primar pela imparcialidade do julgador.

Todavia, ponto específico desse trabalho, é a aplicação do instituto da colaboração premiada, especialmente do procedimento previsto na Lei n. 12.850/13, que abre margens para a retomada de aspectos críticos do sistema inquisitivo, os quais serão tratados a seguir.

2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI N. 12.850/13

Em que pese o avanço trazido pela Lei n. 12.850/13 no que toca à regulamentação do procedimento da colaboração premiada, algumas questões ainda permanecem obscuras e controvertidas, em especial na etapa antes da homologação judicial do acordo. Vale destacar que a colaboração premiada não se perfectibiliza em um único ato, mas sim em um conjunto de acontecimentos, caracterizando-se como um incidente probatório (BADARÓ, 2014). Nesse sentido, ao tratar a colaboração premiada

como um mercado de negociação de informações, encontra-se na doutrina crítica a formulação de um cronograma em uma tentativa de esquematização do procedimento (MORAES DA ROSA, 2017).

Segundo o autor acima mencionado, a primeira etapa, consistente em uma **fase de tratativas**, inicia uma reunião preliminar, na qual é apresentada a prova a ser delatada, que chama de *produto informação*, e é firmado um Termo de Confidencialidade, em que as partes se comprometem a manter em sigilo e não utilizar o material disponibilizado antes do fim da negociação. Posteriormente, são formulados “anexos”, momento no qual o protagonismo é do colaborador e de seus advogados. Segundo afirma Alexandre Moraes da Rosa, essa metodologia permite “o fatiamento da informação com ou sem valor de troca”. O passo seguinte é uma reunião de apresentação destes “anexos”, indicando-se o conteúdo da prova, mas sem necessariamente expor todos os arquivos comprobatórios. Ainda, em reunião futura são apresentados os benefícios oferecidos em troca das informações apresentadas e, posteriormente à análise de todos esses elementos, é feita a negociação da proposta (MORAES DA ROSA, 2017).

Finalizada a negociação, é assinado o acordo, no qual é detalhado o produto a ser entregue (informações), o preço a ser pago (benefícios) e as obrigações de ambas as partes. A partir desse momento, inicia-se a etapa de depoimentos prévios do colaborador, conduzidos pelo Ministério Público sob supervisão dos defensores, sendo preferencialmente gravados em áudio e vídeo. Encaminha-se, então, a proposta ao magistrado competente, o qual tem a função de homologar, em juízo, o “contrato de compra e venda de informações”. Por fim, há a possibilidade de um *recall*, com a inserção ou supressão de informações, bem como estabelecimento de novas cláusulas, inclusive que modifiquem as anteriores (MORAES DA ROSA, 2017). A regulamentação trazida pela Lei n. 12.850/13 permite que o acordo seja firmado durante a fase de investigação, durante o processo ou até mesmo durante a fase de execução da pena, ocorrendo o procedimento recentemente descrito independentemente do momento em que se encontra.

O problema da falta de uma sistematização mais detalhada se destaca, especialmente, na etapa de tratativas do acordo, em que há a negociação entre acusação e acusado, acompanhado de sua defesa, para formalização do contrato de colaboração.

Segundo afirma o autor (MORAES DA ROSA, 2017), o procedimento que vem tomando forma, nesta fase, é no sentido de que o delator em potencial deve entregar “anexos” com possíveis informações que possam interessar ao Ministério Público (o qual ele chama de “comprador”). Todavia, ainda não é possível saber como as negociações funcionam de fato.

A preocupação com a falta de clareza no procedimento das tratativas se justifica a partir do momento em que se entende a negociação como uma atividade de mercado, na qual ambas as partes podem se utilizar de modos ocultos, blefes e cartadas, para garantir vantagem no acordo. Nesse viés, ainda que seja possível uma esquematização do procedimento, a ausência de regulação dos atos de negociação abre espaço para que a metodologia negocial utilizada varie de acordo com o comprador e com a mercadoria negociada (MORAES DA ROSA, 2017, p. 542).

Ao tratar dos riscos da ausência de formalidade procedimental legalmente definida quanto aos acordos de colaboração, afirma-se que:

Num processo penal democrático só é admissível uma responsabilização penal baseada em factos apurados de modo processualmente válido, proscrevendo-se uma procura da verdade a todo custo. (...) a legitimação democrática da decisão judicial só é, portanto, alcançável através de um determinado procedimento prévia e formalmente definido (...) (CANOTILHO, BRANDÃO, 2017, p. 148)

Encerrada a etapa das tratativas, passa-se à **fase de formalização** do acordo, na qual é delimitado seu conteúdo e reduzido a termo. Conforme dispõe o artigo 6º, da Lei n. 12.850/13, o termo do acordo deve conter a narrativa da colaboração e seus resultados esperados, os benefícios propostos pelo Ministério Público ou delegado de polícia, a declaração de aceite do colaborador e seu defensor, as assinaturas das partes do contrato e as eventuais medidas de proteção ao colaborador e sua família.

Neste ponto, cabe abrir parênteses a fim de tecer algumas considerações sobre os prêmios a serem concedidos pelo judiciário. Dentre eles, refere-se que a lei prevê,

como benefícios ao colaborador, a redução da pena de um a dois terços, o perdão judicial, o arquivamento do inquérito ou, no caso de colaboração após a sentença condenatória, a redução da pena até a metade ou a progressão do regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos (artigo 4º, § 5º). Todavia, o que se verifica, nos acordos firmados com o Órgão Ministerial, é a previsão de benefícios não estabelecidos na legislação, em especial aqueles extrapenais, de ordem patrimonial.

Veja-se. Como exemplo, é possível citar o acordo de colaboração premiada firmado com Alberto Youseff, no âmbito da Operação Lava Jato, em 24 de setembro de 2014 e homologado pelo Ministro Teori Zavaski em 19 de dezembro do mesmo ano¹. A escolha deste acordo tem razão de ser uma vez que foi um dos primeiros firmados no âmbito da Operação Lava Jato – ao que se tem conhecimento - e, especialmente, em razão do Habeas Corpus n. 127.483/PR, impetrado contra a decisão homologatória proferida pelo Ministro Teori Zavaski, em favor de Erton Medeiros Fonseca, delatado pelo colaborador. A relevância do *writ*, de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, vale dizer, justifica-se pelo conteúdo da decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que questões controversas acerca da Lei n. 12.850/13 foram tratadas neste julgamento. Cita-se, como exemplo, a definição da natureza jurídica do instituto, a possibilidade de delatados recorrerem da decisão homologatória do acordo e a possibilidade de concessão de prêmios diversos daqueles estipulados na legislação, entre outros.

No que toca ao acordo firmado com o colaborador Alberto Youssef, a cláusula 7^{a2} do citado acordo dispõe uma lista de bens de propriedade do colaborador que se trata de “produtos e/ou proveitos de crimes” e prevê, em seus parágrafos³, que tais bens

¹ Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>>

² Cláusula 7^a. O COLABORADOR confirma serem de sua propriedade e desde já renuncia em favor da Justiça, de forma irrevogável e irretroatável, por se tratarem de produtos e/ou proveitos de crimes, os seguintes bens móveis e imóveis (...).

³ §2º. Os bens relacionados acima serão alienados judicialmente imediatamente após a homologação do presente acordo, sendo que o COLABORADOR se compromete a se abster de impugnar ou embargar tais alienações de qualquer forma, inclusive por intermédio de seus familiares ou outras pessoas. E §7º. Os valores obtidos mediante a alienação dos bens cujo perdimento for declarado nos termos desta cláusula

serão objeto de alienação judicial e os valores obtidos serão depositados em conta vinculada ao juízo competente. Todavia, os parágrafos 5^o e 6^o da referida cláusula determinam que dois imóveis devem ser liberados em favor da ex-esposa e das filhas do colaborador.

Da análise dos dispositivos acima citados, percebe-se que o acordo de colaboração firmado com o Ministério Público Federal prevê benefícios além daqueles dispostos na Lei n. 12.850/13, como também na Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro). Destaca-se, ainda, que o acordo foi homologado com apenas uma ressalva, qual seja, a cláusula que previa a renúncia ao direito de impugnação das eventuais sentenças condenatórias. Nesse sentido, é preciso atentar para o fato de que o próprio acordo firmado reconhece que os bens liberados aos familiares do colaborador são frutos de atividades ilícitas, e que este fato não foi obstáculo para a homologação do acordo. Neste mesmo sentido, entende parte da doutrina acerca do tema que a Lei de Organização Criminosa traz de forma taxativa os benefícios que podem ser negociados com o colaborador, tendo em vista que está subordinado ao princípio da legalidade (CANOTILHO, BRANDÃO, 2017).

No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 127.483/PR, foi em sentido diverso da compreensão doutrinária. Conforme consta da ementa do julgado, as Convenções de Palermo (artigo 26) e de Mérida (artigo 37), firmadas pelo Brasil, ao determinarem que sejam adotadas “as medidas adequadas para

será depositado em conta vinculada ao Juízo competente, obedecendo-se aqui o disposto no art. 7º, §1º, da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei n. 12.683/12;

⁴ §5º. Será liberado em favor de (nome ocultado), ex-mulher do COLABORADOR, o imóvel situado na Rua Afonso Bras, 747, 11º Andar, Ap. 101-A, no Bairro Vila Nova, São Paulo/SP, desde que ela renuncie mediante instrumento separado, em 30 (trinta) dias, a qualquer medida impugnativa em relação ao perdimento ou alienação dos bens indicados neste acordo ou qualquer outro bem que venha a ser apreendido como de propriedade do COLABORADOR.

⁵ Será liberado em favor de (nome ocultado) e (nome ocultado), filhas do COLABORADOR, o imóvel situado na Rua Elias César, 155, Ap. 601, em Londrina-PR;

encorajar”⁶ formas de colaboração premiada e para “mitigação da pena”⁷, autorizam que os acordos de colaboração tratem de questões extrapenais, como o destino dos bens adquiridos com o produto da infração pelo agente colaborador. Nesse sentido é o voto do Ministro relator:

Aliás, se a colaboração exitosa pode afastar ou mitigar a aplicação da própria pena cominada ao crime (respectivamente, pelo perdão judicial ou pela redução de pena corporal ou sua substituição por restritiva de direitos), **a fortiori**, não há nenhum óbice a que também possa mitigar os efeitos extrapenais de natureza patrimonial da condenação, como o confisco “do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso” (art. 91, II, b, do Código Penal), e de todos os bens, direitos e valores relacionados, direta ou indiretamente, à prática dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (art. 7º, I, da Lei nº 9.613/98). (grifos no original).

Consta no voto, ainda, que a própria Lei n. 12.850/13 prevê como possível prêmio ao colaborador o arquivamento do inquérito policial, o que, por si só, leva à impossibilidade de perda patrimonial como efeito da condenação. Por esse motivo, afirma que seria irrazoável não autorizar que o acordo firme a imunidade de certos bens perante eventual sentença condenatória. Sustenta que a Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99) determina que o Estado forneça residência e ajuda financeira ao colaborador e sua família e, nesse viés, permitir que estes permaneçam com determinados bens ou valores, ainda que provenientes de crimes, “mostra-se congruente com os mencionados fins, inclusive por desonerar o Estado daquela obrigação”. Conclui, por fim,

⁶ Convenção de Palermo, Artigo 26: Medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei. 1. Cada Estado Parte tomará as medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados: a) A fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, nomeadamente (...).

⁷ Convenção de Mérida, Artigo 37: Cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei. (...) 2. Cada Estado Parte considerará a possibilidade de prever, em casos apropriados, a mitigação de pena de toda pessoa acusada que preste cooperação substancial à investigação ou ao indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

que não é descabido que o Ministério Público disponha, nos acordos de delação, sobre questões extrapenais, de natureza patrimonial, ressaltando-se direitos de terceiros de boa-fé.

Ultrapassada esta fase de formalização do acordo, com as respectivas discussões acerca dos benefícios, exemplificativamente, o acordo será, então, submetido ao crivo do Poder Judiciário.

Passamos então a **fase de homologação** do acordo. Conforme dispõe o artigo 7º, da Lei n. 12.850/13, será distribuído de forma sigilosa, ficando o acesso restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia. Quanto ao defensor, o §2º do citado artigo determina que o acesso está condicionado à autorização judicial e é restrito aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa. O sigilo cessa, pela previsão legal, com o recebimento da denúncia, consoante o artigo 7º, §3º.

Distribuído o acordo ao juízo competente, cabe a ele a análise da observância dos pressupostos legais do instituto da delação premiada e das garantias do colaborador, além da eventual existência de vícios formais. Neste momento, então, não é pertinente que o julgador exerça qualquer juízo de valor quanto às provas apresentadas ou quanto à eficácia da colaboração. Ainda, caso entenda que o acordo não está em conformidade com os requisitos legais, pode o juiz não homologá-lo ou adequá-lo, formalmente, ao caso concreto (artigo 4º, §8º). Nesse aspecto, (CANOTILHO E BRANDÃO, 2017, p. 150) atentam para o fato de que, ao homologar o acordo, o juiz, mais do que declarar sua validade, “assume um compromisso em nome do Estado”, qual seja, a concessão, ao réu, das vantagens pactuadas com o Órgão Ministerial, no caso de ocorrer colaboração eficaz nos termos convencionados entre as partes.

Destaca-se que, nos casos de acordos firmados durante a fase investigatória, esta é a primeira intervenção do juiz no procedimento. A lei em comento atribuiu ao julgador uma postura passiva, com o escopo de proteger sua imparcialidade e, por isso, o magistrado permanece afastado das negociações de eventual colaboração (VASCONCELLOS, 2015). Neste aspecto, o distanciamento do judiciário desta etapa, embora garanta a imparcialidade do julgador, pode gerar insegurança aos colaboradores,

uma vez que ausente o controle judicial da atividade exercida pelo representante do Ministério Público.

Ainda, no que toca à possibilidade de eventuais impugnações ao acordo por parte dos delatados, embora a lei não tenha tratado do assunto, o STF, também no âmbito do HC 127.483/PR, debruçou-se sobre o tema. O Tribunal fixou entendimento no sentido de que, em razão de ser negócio jurídico personalíssimo, o acordo não pode ser objeto de impugnação por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nos delitos por ela cometidos, mesmo que constem nominalmente citados no termo do contrato. Nesse viés, afirma que o acordo de colaboração não vincula os delatados, não atingindo diretamente sua esfera jurídica. Conforme argumenta o Ministro Relator, a esfera jurídica do delatado somente é atingida pelos depoimentos prestados pelo colaborador e pelas provas daí derivadas, mas não pelo contrato em si. Nas palavras do Ministro Dias Toffoli, “negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção de seus interesses”⁸.

Outra inovação legislativa trazida pela Lei n. 12.850/13 diz respeito à possibilidade de retratação da proposta de acordo, conforme disposto no §10 do artigo 4º, da Lei: *As partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. A retratação prevista deve ser entendida como direito de defesa e independe de concordância do Ministério Público, uma vez que o réu colaborador não pode ser acorrentado às declarações prestadas na fase pré-processual (SANTOS, 2016).*

Nesse sentido, é possível fazer uma analogia à situação em que o acusado, confesso nas declarações prestadas em sede policial, não confirma suas alegações na fase judicial do processo e, como se sabe, em fase judicial a confissão não pode ser usada como prova contra si. Há, neste caso, uma retratação, em sede judicial, de alegações feitas na fase pré-processual e que, por isso, não podem servir como prova para sustentar a

⁸ HC 127.483, Relator: Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico DJe-021.

condenação do réu, lógica que também deve ser aplicada aos casos de retratação da colaboração. Assim, sendo a retratação direito de defesa do réu, não se pode exigir a anuência do Ministério Público para seu exercício, uma vez que é inadmissível que o Órgão Acusador exerça qualquer ingerência sobre os direitos do acusado.

Por outro lado, entende-se que o direito de retratação é exclusivo do colaborador, não podendo ser exercido pelo Ministério Público. Segundo defende Marcos Paulo Dutra Santos, a lei, ao mencionar que *as partes podem se retratar*, não se dirige ao *Parquet*, mas sim ao delator e sua defesa. Isso porque, caso os resultados previstos no acordo de colaboração não sejam alcançados, cabe ao Órgão Ministerial apenas opinar pela condenação do delator sem a aplicação das benesses, ante a ausência dos requisitos legais (SANTOS, 2016). Ademais, aceitar a retratação por parte do Órgão Acusador é trair a confiança nele depositada, sendo incompatível com a natureza do instituto. Neste caso, o delator ainda faria jus aos benefícios de sua colaboração. A retratação, todavia, não se confunde com a revogação do acordo, a qual pode ocorrer quando houver quebra de alguma cláusula do contrato (SILVA, 2015).

Homologado o acordo e recebida a denúncia, inicia-se a **fase instrutória** do processo. Nesta etapa, a lei prevê que a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial, o colaborador poderá ser ouvido em juízo (artigo 4º, §12). É neste momento em que se concretizam os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que as partes poderão questionar o delator, o qual estará comprometido com o dever de dizer a verdade e não terá direito ao silêncio (artigo 4º, §14). Ainda, as informações advindas da delação somente poderão sustentar um decreto condenatório quando forem submetidas ao contraditório judicial, sendo, portanto, indispensável a oitiva do colaborador em juízo (PEREIRA, 2016).

Finalmente, encerrada a fase instrutória do processo, cabe ao Magistrado, ao sentenciar, exercer juízo de valor sobre a colaboração prestada pelo réu, valorando sua eficácia a fim de aplicar a sanção penal. Nesta senda, dispõem os §11 e §16 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13 que a *sentença apreciará os termos do acordo homologado e sua eficácia* e que *nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*.

Os prêmios legalmente previstos para a colaboração premiada se direcionam especificamente ao momento de individualização da pena, em sua terceira fase de aplicação, e seus limites estão estabelecidos nos termos do acordo. Dessa forma, como refere Alexandre Moraes da Rosa, ao juiz é vedada a inovação no momento de aplicação da pena, em nome da boa-fé e do *venire contra factum proprium*. Isso porque, ao negociar e estabelecer cláusulas, a interpretação que se faz deve ser restritiva, vedando-se comportamento contraditório do Estado, aqui entendido como Ministério Público e Juiz, no sentido de homologar o acordo firmado e, posteriormente, revisar, de ofício, a cláusula pactuada. O autor ressalta, ainda, que a “desconsideração do acordado pode gerar crise de credibilidade, justamente porque, implicitamente, reconhece que o negociador estatal não detém a ‘propriedade’ dos direitos que negociou” (MORAES DA ROSA, 2017, p. 543).

A Lei n. 12.850/13 prevê, ainda, que o magistrado, ao valorar a colaboração premiada e decidir sobre a aplicação dos benefícios, deverá considerar a *personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração* (artigo 4º, §1). Essas circunstâncias previstas pela Lei n. 12.850/13 são um reflexo daquelas que o Código Penal dispõe em seu artigo 59, as quais servem para orientar a aplicação da pena base no momento de dosimetria da pena. Nesse viés, o magistrado, ao sentenciar e valorar os aspectos apontados pela Lei de Organizações Criminosas, desenvolve atividade semelhante àquela realizada logo no início da sentença, e que terá reflexos na primeira fase de cálculo da pena. Em ambas as etapas, o julgador dispõe de uma discricionariedade (GALVÃO, 2013) para valorar cada uma das circunstâncias de forma positiva ou negativa, o que, na fixação da pena, sabe-se que implicará seu estabelecimento no mínimo legal ou acima dele.

Entretanto, quando se trata de sua mensuração para aplicar as benesses decorrentes do acordo de colaboração premiada, surge o problema da segurança jurídica. Isso porque, tendo o delator auxiliado na investigação de modo a obter qualquer dos resultados previstos nos incisos I a V do artigo 4º da Lei 12.850/13 e cooperado de forma efetiva e eficaz com a justiça, a avaliação do prêmio que receberá, depende, ainda, da discricionariedade do magistrado ao analisar circunstâncias absolutamente subjetivas.

Encerrada a breve análise do procedimento previsto na Lei de Organizações Criminosas, é possível afirmar que se tem um avanço legislativo, haja vista que a lei em estudo foi a primeira a prever uma sistematização para a aplicação da delação premiada. Apesar disso, tal previsão procedimental ainda é bastante lacunosa, dando margem à insegurança, especialmente na fase de negociação entre as partes.

Estabelecidos os parâmetros e revistos os sistemas processuais penais, passamos ao cotejamento dos dados obtidos acima, com a finalidade de estabelecermos pontos específicos e problemáticos para debate.

3. A COLABORAÇÃO PREMIADA E A RETOMADA DO SISTEMA INQUISITIVO

O processo penal democrático, inserido em um sistema penal acusatório, deve ser entendido como instrumento de limitação do poder punitivo do Estado (VASCONCELLOS, 2015), dispondo de garantias fundamentais que protegem o acusado das arbitrariedades estatais. Neste sentido, serão apresentados, a seguir, três aspectos relevantes de processo penal que são atingidos pelo instituto da colaboração premiada, tendo em vista a incansável perseguição pela verdade processual. O primeiro deles diz respeito à inversão das funções das partes no âmbito do processo, notadamente a invasão, pelo Órgão Ministerial, do espectro de poderes legalmente atribuídos ao Órgão judicial e o desvio do ônus probatório para a figura do réu-colaborador. Além disso – e em decorrência disso -, serão tratadas a objetificação do acusado e a utilização de prisões cautelares como forma de coagir a uma colaboração.

3.1 O problema do desvirtuamento dos papéis dos atores no sistema acusatório

Conforme tratado anteriormente, em contraposição ao sistema inquisitório de processo penal, o sistema acusatório pressupõe a separação entre o Órgão julgador e o Órgão acusador. Aos primeiros, prevê uma posição de “espectadores passivos e

desinteressados” e, aos segundos, o papel de parte processual, em paridade com a defesa, o que extingue qualquer poder que outrora tivera sobre a pessoa do acusado. Essa separação dos atores no processo penal garante o afastamento do juiz em relação às partes e confere à acusação o ônus da prova (FERRAJOLI, 2002).

Dentro desta lógica, há uma presunção de inocência que é inerente à figura do acusado/investigado e é dever da acusação destruir tal presunção, sem que o acusado seja obrigado a contribuir com essa desconstrução. Em que pese o artigo 156, do Código de Processo Penal, determine que cabe a cada parte comprovar suas alegações, este dispositivo deve ser lido conforme o princípio da presunção de inocência. Nesse sentido, a principal alegação feita no processo é a que consta na denúncia, apontando a autoria e a materialidade de um delito ao acusado, sendo, portanto, do Ministério Público “o ônus total e intransferível de provar a existência do delito” (LOPES JR., 2004, p. 178).

A aplicação do instituto da delação premiada, então, acarreta inegável inversão dos papéis dos atores no processo penal, haja vista que o órgão acusador, ao firmar acordo de colaboração, transfere o ônus da prova ao próprio acusado colaborador. A lógica é simples: ao formalizar o acordo por meio do qual o acusado presta informações relevantes, o *Parquet* vê sua atividade probatória deveras facilitada. Isso porque, conforme se verá adiante, tendo em vista que o depoimento do colaborador, por si só, não pode sustentar qualquer condenação, cabe a ele, para fazer jus aos prêmios prometidos, apresentar elementos auxiliares, capazes de confirmar as informações prestadas em depoimento.

Assim, toda a carga probatória recai sobre o delator, já que este é encarregado de comprovar as alegações que faz para que possa ter direito ao prêmio acordado. E, conforme afirma Cesare Beccaria (2013, p. 66), “é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado”. Essa consequência da delação premiada é reflexo direto da ineficiência do Estado na investigação e, especialmente, prevenção de delitos. Tal fato se justifica porquanto, em virtude de sua ineficácia, em uma espécie de inércia investigativa ou acusatória: “o Estado busca

cooperação daqueles que estão sob a coação de sua incidência punitiva iminente, eximindo-se, desse modo, da sua obrigação de produzir provas lícitas suficientes para romper com a presunção de inocência” (VASCONCELLOS, 2015).

Além disso, outra consequência da inversão dos papéis no sistema acusatório é a limitação da atividade do julgador por parte do Ministério Público. Isso porque, os acordos firmados com o colaborador costumam prever, em suas cláusulas, questões referentes à pena a ser cumprida, tais como sua forma de cumprimento, suas balizas mínimas e máximas, regras de regressão. Para citar um exemplo, remete-se ao acordo de colaboração premiada firmado com Alberto Youseff, no âmbito da Operação Lava Jato, em 24 de setembro de 2014 e homologado pelo Ministro Teori Zavaski em 19 de dezembro do mesmo ano⁹, no qual a cláusula 5ª traz, em seus incisos, as delimitações da sanção e de seu cumprimento.

Conforme se verifica do inciso III da cláusula mencionada, a pena privativa de liberdade do colaborador deve ser cumprida em regime fechado por, no mínimo 03 e no máximo 05 anos, independentemente da sanção a que for condenado nos processos criminais em que é réu, e seu cumprimento deverá ser iniciado imediatamente após a assinatura do acordo, conforme dispõe o §6º. Ainda, o *quantum* de pena a ser cumprido em regime fechado será determinado pelos resultados obtidos com a colaboração, nos termos dos incisos I a IV do artigo 4º da Lei n. 12.850/13, combinados com a eficácia da colaboração.

Para tanto, conforme dispõe o §7º, a acusação e a defesa do colaborador se reunirão, após um ano da assinatura do acordo, a fim de analisar os resultados obtidos e “*havendo concordância*, assinarão relatório conjunto a ser remetido ao Juízo competente, com a indicação exata do prazo de prisão que será cumprido pelo COLABORADOR em regime fechado”. Caso não seja possível chegar a um consenso, outra reunião será realizada no prazo de um ano e seis meses após a assinatura do contrato. Subsistindo a

⁹ Disponível em <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyouseff.pdf>>

discordância nas reuniões, a acusação e a defesa do colaborador apresentarão, ao juízo competente, relatórios separados tratando do prazo de prisão que o colaborador deve cumprir em regime fechado.

O inciso V, por sua vez, dispõe que, transcorrido o prazo de cumprimento de pena em regime fechado, a progressão será diretamente para o regime aberto, ainda que não estejam presentes os requisitos legais previstos no Código Penal, na forma do artigo 4º, §5º, da Lei n. 12.850/13. E, por fim, o inciso VI estipula que a pena de multa a ser aplicada será fixada em seu patamar mínimo.

Neste ponto, no que toca à individualização da pena, esta se desenvolve em três momentos. O primeiro deles, legislativo, consiste na formulação de lei que tipifiquem os delitos e determinem suas respectivas penas, trazendo a ideia de culpabilidade mínima legalmente determinada. O segundo momento é aquele em que há a intervenção do judiciário. É neste que o magistrado, observando os *parâmetros legais*, determina a sanção a ser aplicada ao caso concreto, mensurando sua quantidade e a forma de sua execução. Por fim, o momento executório, no qual a pena determinada judicialmente é cumprida (GALVÃO, 2013).

Com base nisso, tem-se a definição de que a individualização da pena e sua aplicação no caso concreto é atividade jurisdicional, cabendo ao juiz determinar a sanção imposta respeitando as balizas *legais*. O que se verifica do acordo citado como exemplo, contudo, é que os limites de fixação da pena são delineados pelos termos propostos no contrato, instrumento fixado entre duas partes sem a participação do magistrado. Percebe-se, então, uma mitigação da atividade jurisdicional de individualização da sanção, uma vez “o benefício da pena não será concedido por um juiz no curso de um juízo público, mas pela própria acusação no curso de uma transação destinada a desenvolver-se em segredo” (FERRAJOLI, 2014, p. 1297). O magistrado, então, vê-se vinculado às cláusulas do acordo, as quais foram determinadas pelo órgão acusador: “(...) o juiz, ao proferir a sentença, está vinculado ao acordo homologado, ressalvada a possibilidade de

avaliação quanto à sua eficácia, com base nos dados apurados na instrução”. (BALTAZAR JUNIOR, 2014, p. 1297).

Dessa forma, é possível perceber o desvirtuamento dos papéis dos atores no processo, na medida em que o Ministério Público acumula as funções de acusador e julgador e transfere seu dever de produção probatória para o colaborador, violando-se a premissa básica do sistema acusatório, subvertendo-se os princípios básicos do processo penal (VASCONCELLOS, 2015).

3.2 A objetificação do acusado

O segundo e relevante aspecto tratado versa sobre a denominada objetificação do acusado, consistente na sua utilização como meio para extração de elemento probatório. Parte-se da premissa que o Processo Penal deve ser entendido como instrumento de garantia dos acusados contra as arbitrariedades do Estado, vedando-se a redução de suas partes a meros objetos das decisões judiciais. Desse modo, os sujeitos devem ser compreendidos como partes atuantes no jogo processual, sendo-lhes garantida a possibilidade de influenciarem de forma direta na construção da decisão judicial (PEREIRA, 2016). Além disso, não se pode aceitar o emprego da violência – seja física, seja psicológica - para que o colaborador fale, autoincrimine-se ou viole, de qualquer forma, outra garantia processual que lhe é conferida, tendo em vista que aceitar qualquer atitude neste sentido é transformar o colaborador, ou qualquer réu em geral, em mero objeto submetido ao uso da violência (FALCÃO JR, *In*: ANJOS FILHO (Org.), 2011).

A objetificação do acusado dentro do processo penal é característica do sistema inquisitório de processo. Neste sistema, como já referido, acusar, defender e julgar eram atribuições de um mesmo órgão, o qual buscava a prova *por meio* do acusado ou, pelo menos, com a sua colaboração. Sendo assim, a prova máxima era a confissão, a qual era entendida como decisiva para o resultado do processo, e os meios para sua obtenção não sofriam qualquer restrição. Dessa ótica, o acusado não figurava como *parte*

no processo, mas sim como um elemento do qual se extraía a mais importante das provas (QUEIJO, 2003).

Tratando da confissão no processo inquisitorial, apoia-se na doutrina segundo a qual, quando realizada da forma correta, praticamente desobriga a acusação a oferecer outras provas. Além disso, sustenta-se que a confissão:

(...) elemento no cálculo da verdade, ela é também o ato pelo qual o acusado aceita a acusação e reconhece que esta é bem fundamentada; transforma uma afirmação feita sem ele em uma afirmação voluntária. Pela confissão, o próprio acusado toma lugar no ritual de produção de verdade penal. Como já dizia o direito medieval, a confissão torna a coisa notória e manifesta (FOUCAULT, 2011, p. 40).

Desse modo, menciona-se que “a tendência no processo penal em obter a ‘verdade’ dos fatos com a colaboração do acusado constitui claro resquício da concepção de que o acusado é o objeto da prova e de que existe uma ideia preconcebida de sua culpabilidade” (BRITO, 2016, p. 75-76). Sendo assim, a presunção de culpabilidade do acusado traz a ideia de que este tem plena ciência dos fatos ocorridos, tornando a confissão o melhor mecanismo para se alcançar a verdade real (QUEIJO, 2003).

No que tange à verdade real, Maria Elizabeth Queijo sustenta que a sua busca, dentro do processo penal, cria a concepção de que o acusado tem dever de se submeter às provas cuja produção é determinada pelo juiz ou pela autoridade policial e que tal percepção ainda é reflexo da ideia de que o acusado assume lugar de objeto da prova dentro do processo penal. Nesse viés, a autora afirma que, na tentativa de constranger o acusado a responder ao interrogatório, em detrimento do princípio do *nemo tenetur se detegere*, alguns ordenamentos preveem fortes incentivos à colaboração do acusado. Ainda, ensina que, na lógica inquisitorial, não era reconhecido ao acusado o direito ao

silêncio, sendo-lhe imposto o dever de falar. Mais do que falar, o acusado tinha dever de confessar, de se autoincriminar, já que era essa a rainha das provas¹⁰. (QUEIJO, 2003).

Com base nisso, verifica-se que a Lei n. 12.850/13 resgata a tendência de um sistema inquisitorial de processo, na medida em que retira do acusado-colaborador o direito ao silêncio, obrigando-o, quando depor, a falar a verdade. Tal vedação está expressa no artigo 4º, §14, da citada lei, o qual prevê que *nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade*. A partir desse dispositivo, tem-se uma recolocação do réu na posição de objeto da prova no âmbito do processo penal.

Destaca-se que a referida lei determina, em seu artigo 4º, §16, que nenhum decreto condenatório será embasado unicamente nas palavras do colaborador, exigindo o reforço probatório por outros elementos. Embora esse dispositivo tenha aparente conformidade com as garantias constitucionais, Michelle Barbosa de Britto propõe uma análise sistêmica com os demais preceitos legais, de modo a demonstrar sua incompatibilidade com os direitos fundamentais, a qual será pontuada na sequência.

A colaboração premiada pressupõe que o colaborador forneça, às Autoridades, as informações que tiver conhecimento a fim de auxiliar a investigação criminal e, para ter direito aos benefícios previstos no acordo, a contribuição do agente colaborador deve ser efetiva, de modo a alcançar qualquer dos resultados previstos nos incisos I a V do artigo 4º, da Lei n. 12.850/13. Ao sentenciar, o magistrado deverá fazer um juízo de valor sobre a contribuição prestada pelo colaborador, de modo a verificar sua efetividade ou eficácia para fins de concessão do prêmio prometido. Diante dessa lógica, percebe-se que a aplicação do instituto da delação premiada está intrinsecamente vinculada à efetividade/eficácia da colaboração (BRITO, 2016).

Perante esta sistemática, infere-se que o reforço probatório, exigido pelo §16 para que a colaboração possa ser aplicada ao caso concreto, deriva, justamente, do próprio

¹⁰ Esta perigosa tendência havia sido ressaltada por Hassemer há algumas décadas, mas, lamentavelmente, desconsiderada pela doutrina brasileira: “Esta práxis facilita o processo, aumenta as possibilidades de resolução e de ‘condenações’ e para isso coloca em jogo princípios fundamentais do tradicional Direito Processual Penal.” (HASSEMER, 2013, p. 5).

conteúdo da colaboração prestada, sob pena de não aplicação do instituto. Nas palavras da autora citada, “as ‘verdades’ extraídas do réu necessariamente deverão conduzir à obtenção de outras provas, além da confissão, que sustentarão sua própria condenação” (BRITO, 2016, p. 80). Nesse viés, as declarações do acusado, além de acarretarem a confissão, autorizam a obtenção de provas que também serão usadas contra si e, dessa forma, as provas auxiliares “obtidas a partir das declarações do réu, cumprirão a exigência contida no § 16 do art. 4º e ‘legitimarão’ o seu decreto condenatório (além de incriminar terceiros)” (BRITO, 2016, p. 80).

Dessa forma, a Lei n. 12.850/13 exige que o réu colaborador renuncie ao direito constitucional ao silêncio, assumindo o compromisso de dizer a verdade na execução de seu depoimento. Todavia, quando trata da recompensa a ser dispensada ao colaborador, determina que sua concessão dependerá da avaliação feita pelo magistrado quanto à personalidade do sujeito e quanto à natureza, às circunstâncias, à gravidade e à repercussão social do delito perpetrado e, por fim, da efetividade da colaboração (BRITO, 2016).

O que se verifica, então, é uma opção do legislador em retroceder no âmbito do processo penal, adotando uma sistemática inquisitorial, na qual a presunção de inocência é substituída pela culpabilidade preconcebida. Essa opção legislativa, ainda, recoloca o acusado como objeto de prova¹¹, do qual se deve extrair a verdade em forma de confissão. Nesse sentido, é possível entender que o instituto da colaboração premiada, especialmente sua previsão na Lei de Organizações Criminosas, além de violar os princípios da não autoincriminação e da presunção de inocência, atenta contra a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que reduz o acusado a objeto de prova.

3.3 A voluntariedade e a prisão preventiva como meio de coerção

Elencados os aspectos acima, afirma-se que a retomada do sistema inquisitorial de processo traz outros reflexos além da objetificação do acusado e dos

¹¹Para Fauzi Choukr, um dos principais reflexos do princípio da presunção de inocência é o deslocamento do tratamento da pessoa no âmbito do processo penal, a qual deixa de ser mero objeto do processo ou da investigação, para ser sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais (CHOUKR, 2006, p. 97).

papeis desvirtuados dos atores processuais. A Lei n. 12.850/13 traz a previsão da colaboração premiada em seus artigos 4º a 7º, nos quais dispõe sobre as condições para a formalização do acordo de colaboração e para a concessão do benefício, além do procedimento a ser adotado e dos direitos do colaborador. Em seu artigo 4º, trata dos requisitos de validade dos acordos firmados entre acusação e acusado, dispondo que *o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...).*

Da leitura do artigo acima transcrito, verifica-se que a legislação estipulou, entre os pressupostos de validade do acordo, a efetividade e a voluntariedade da colaboração. No que toca à “voluntariedade”, a exigência que se faz é que a decisão de colaborar com a persecução criminal decorra da vontade livre, esclarecida e consciente do sujeito (VASCONCELLOS, 2015). É preciso destacar que essa expressão passou a ser utilizada pelo legislador somente a partir da Lei de Proteção de Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807/99), uma vez que, até então, os dispositivos que tratavam sobre delação falavam em espontaneidade da colaboração. Nesse sentido, a diferenciação das expressões empregadas está na origem da iniciativa da prática do ato: enquanto o ato espontâneo é aquele em que a iniciativa parte do próprio agente que o pratica, a voluntariedade permite que a ideia parta de um terceiro (BITTAR, 2011).

Assim, a intenção da norma legal não é analisar de onde parte a intenção do colaborador, mas sim prevenir que este seja alvo de qualquer coação por parte das Autoridades legais. A voluntariedade é, então, uma das exigências mais importantes do instituto, tendo a legislação criado mecanismos de verificação por parte do magistrado (PEREIRA, 2016). Nesse sentido, dispõe o §7º, do artigo 4º, da lei sob estudo, que o magistrado deve analisar a voluntariedade no acordo de colaboração, podendo, inclusive, ouvir o colaborador de forma sigilosa.

O principal problema que surge quanto à voluntariedade da colaboração diz respeito à utilização de prisões cautelares como forma de estimular o preso a delatar. Conforme tratado anteriormente, a detenção cautelar do acusado, na Idade Média, a partir do desenvolvimento do sistema inquisitório, tornou-se pressuposto da instrução. Tal ideia se baseava na concepção de que, dentro do processo penal, o acusado figurava como mero objeto do qual se extraía a mais importante das provas (FERRAJOLI, 2002).

O STF tratou, novamente no julgamento do HC 127.483, aqui utilizado como objeto de pesquisa e debate, da possibilidade de formalização de acordo de colaboração premiada entre Ministério Público e suspeito quando este se encontrar cautelarmente preso. De acordo com o entendimento fixado, o requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do indivíduo, no sentido de ausência de coação, não importando se ele se encontra solto ou recluso. Assim, sustenta o Ministro Dias Toffoli em seu voto que “não há correlação lógica entre supressão da liberdade física do agente (...) e a vedação do acordo de colaboração”.

Sobre este tema, Alexandre Moraes da Rosa sustenta que um acusado/investigado detido é mais suscetível a aceitar um acordo de colaboração, tendo em vista que, para ele, a balança em que se coloca a cooperação está em evidente desequilíbrio, pendendo para o lado que lhe confere a liberdade imediata. O citado autor destaca, ainda, que a segregação com fins de colaboração se trata de uma infiltração capaz de abater psicologicamente o acusado, o que o torna mais propício à cooperar (MORAES DA ROSA, 2017).

Quanto à possibilidade de prisão para obrigar a delação, o entendimento do Supremo Tribunal Federal no caso mencionado foi no sentido de que é manifestamente ilegítima, tendo em vista que não encontra suporte na Constituição Federal. Ainda, aponta-se que a verificação da real motivação da prisão não deve se limitar à decisão judicial, devendo-se analisar, também, a atuação extraprocessual do magistrado ou dos órgãos de persecução penal a fim de descobrir se o verdadeiro objetivo da prisão cautelar não é a tentativa de coagir o acusado a delatar.

Frederico Valdez Pereira, em capítulo de sua obra intitulado *Os Custos a Assumir na Dinâmica Processual: A Suave Inquisição*, refere que “em alguma medida regressiva do sistema processual, o instituto da prisão preventiva pode tornar-se, acaso mal utilizado, o instrumento principal de provocação da atitude colaborativa, levando o imputado quase à condição de meio de prova” (PEREIRA, 2016, p. 77). Para evitar tais medidas, o autor sustenta que cabe ao judiciário ter cautela ao analisar o efetivo preenchimento dos requisitos que autorizam a decretação da prisão provisória.

Não se pode duvidar que a prisão cautelar procedida sem os fundamentos instrumentais do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* tem uma única função: coagir o investigado/réu a delatar, na medida em que, “a escassez de liberdade afeta o modo com que o sujeito manifesta sua vontade.” (MORAES DA ROSA, 2017, p. 558). O foco, nessas situações, perde sua racionalidade e é transferido para a possibilidade de liberdade, a qual está vinculada à colaboração. Nesse sentido, “será preciso muito controle emocional e foco no jogo ampliado (nas externalidades negativas e positivas) para resistir aos preços oferecidos à obtenção da liberdade imediata”(MORAES DA ROSA, 2017, p. 559).

Ainda, sobre o argumento de que a ausência de coação reside na liberdade psíquica do indivíduo, é preciso destacar que a coação é inerente ao instituto da colaboração premiada. Isso porque, a mera possibilidade de ser condenado a uma pena mais severa (VASCONCELLOS, 2015) e a evidente posição de desvantagem, em termos de produção probatória, diante do Órgão acusador (BRITO, 2016), já servem como ameaça ao acusado/investigado. Desse modo, conforme destaca Vinícius de Vasconcellos, deve-se falar em vedação de uma *coação indevida*. Com base nisso, é possível defender que a exigência de voluntariedade como requisito de validade da colaboração é falaciosa, uma vez que não se pode falar em escolha livre de coação quando esta é inerente ao instituto (VASCONCELLOS, 2015).

Alexandre Moraes da Rosa, ao concluir o ponto em que trata da prisão como *tática de aniquilamento* no jogo processual da delação premiada, menciona que “ainda é muito cedo para se verificar o efeito de colaborações premiadas extraídas por mecanismos

de prisão cautelar e, assim, eventual nulidade” (MORAES DA ROSA, p. 563). Entretanto, neste ponto, defende-se que as provas extraídas de colaboração prestada sob coação são manifestamente ilegais, tendo em vista que o princípio da presunção de inocência, em relação à prova no processo penal, garante que o acusado não seja obrigado a colaborar com as investigações (SILVA, 2015).

Dessa forma, não se pode ser conivente com a restrição de liberdade dos acusados como forma de coagi-los a colaborar com a justiça, tendo em vista que a utilização da prisão preventiva para obter ou facilitar a descoberta da prova, como extrair a confissão ou constranger à delação, é prática inquisitiva e que excede os limites constitucionais (SANGUINÉ, 2014). Isso porque a prisão deve ser, sempre, a *ultima ratio*, a opção última a ser considerada em qualquer caso, mais ainda quando se trata de prisão cautelar, antes de qualquer sentença condenatória e antes mesmo do início da etapa judicial do processo criminal, na medida em que fere o princípio da presunção de inocência.

Compactuar com tal atividade é conferir legitimidade a um claro e escrachado abuso de poder punitivo estatal, no qual o Estado, por meio do Órgão acusatório, lança mão de sua arma mais poderosa – e opressora -, que é a privação de liberdade, com o fim de obrigar o acusado a agir conforme seus próprios interesses. Há um desvirtuamento inaceitável tanto do processo penal quanto do papel do Estado e coadunar com tal prática nos remete, novamente, ao período inquisitorial, tratando-se o acusado como mero objeto processual e em evidente afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se verifica, então, é que a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/13, no que toca às suas implicações com relação ao colaborador, retoma uma concepção inquisitorial de processo. Tal afirmação encontra fundamento quando se percebe que o colaborador, na situação de acusado ou indiciado, é deslocado da concepção de parte no processo para a ideia de que é objeto do qual se deve extrair a prova, visto que é por meio das informações prestadas que a Autoridade acusatória busca provas auxiliares capazes de sustentar sua condenação e a dos delatados.

Além disso, essa objetificação do acusado tem o condão de retomar outro problema do período inquisitorial, no qual a segregação cautelar era amplamente aplicada como forma de coagir o investigado/acusado a confessar. Em sua versão atualizada, a prisão provisória passa a ser utilizada como forma de constranger aquele com o qual se tem o interesse de firmar acordo a aceitar a proposta, abrindo-se espaço para sua utilização de forma velada, com o frágil argumento de garantia da ordem pública.

CONCLUSÕES

A partir da análise dos elementos apontados ao longo deste trabalho, é possível concluir inicialmente que a colaboração premiada, com o procedimento previsto na Lei n. 12.850/13, apresenta um retrocesso no âmbito do processo penal. Isso porque, a sua utilização pressupõe que o acusado/investigado será rebaixado à posição de instrumento do qual se deve extrair a prova e sobre o qual o Estado pode dispor, inclusive encarcerando para coagir à formação de acordo de delação. Retoma-se, portanto, características notadamente vinculadas ao sistema inquisitorial de processo, sobrepujando-se garantias constitucionais fundamentais à proteção daqueles submetidos ao poder punitivo do Estado.

Embora a Lei n. 12.850/13 não retire a posição processual do réu, assegurando-lhe a assistência defensiva e o contraditório, pode-se afirmar que o procedimento retoma a concepção inquisitorial de que o acusado/investigado é a principal fonte de prova, partindo de uma preconcepção de sua culpabilidade, em detrimento da presunção de inocência. Nesse sentido, essa ideia recoloca o réu no centro da produção probatória, como o objeto por meio do qual serão obtidas as principais provas necessárias à própria condenação e à condenação de terceiros e, para tanto, retira-lhe o direito ao silêncio e obriga-o a dizer a verdade.

Tais aspectos, vale destacar, remontam ao sistema inquisitivo de processo penal, no qual a confissão era a *rainha das provas*, tendo o inquisidor, como representante

do poder estatal, legitimidade para dispor do acusado e de seu corpo da forma que julgasse necessária a alcançar a *verdade real*. Durante a Idade Média, essa percepção tinha como reflexo a utilização desmesurada de prisões cautelares, tendo em vista que o inquisidor necessitava do corpo do acusado a sua disposição para poder extrair a confissão, tolerando-se qualquer prática para alcançar este fim. Em sua versão atual, em que pese não seja admitida a tortura – como não poderia deixar de ser em um Estado Democrático de Direito -, a recolocação do acusado como objeto de prova abre espaço para a retomada da utilização de prisões cautelares como forma de constranger o acusado a firmar acordo com a acusação.

Ainda, no que toca às funções dos atores no processo penal, a colaboração premiada faz ressurgir, em certa medida, a unificação das funções de acusar e julgar na mesma figura, característica pontual do sistema inquisitório. Se naquele sistema cabia ao inquisidor intruir, acusar e julgar, a sua versão atual abre espaço para uma confusão de papéis dentro do processo penal. Isso porque, embora a Lei n. 12.850/13 represente um avanço legislativo quanto ao procedimento a ser adotado na aplicação dos acordos de colaboração premiada, ainda é omissa no que toca à fase prévia a homologação do acordo, na qual não há interferência do judiciário na atuação das partes. Assim, amplia-se a discricionariedade do Órgão Acusador, o qual se vê livre para negociar direitos dos quais não é titular, firmando-se acordo conforme a vontade das partes, ao qual o juiz estará vinculado. Tem-se, dessa forma, uma invasão, por meio de um acordo extrajudicial, de atividades exclusivamente jurisdicionais e de poderes de titularidade do magistrado, trazendo à tona, novamente, característica do sistema inquisitório, vez que há uma confusão entre as atividades de acusar e julgar.

Tais aspectos justificam a reserva que se tem com relação à colaboração premiada. A subjugação do colaborador à condição de objeto é questão que merece muitas ressalvas, conforme já referido, tendo em vista que passa a permitir que o Estado disponha sobre o corpo do colaborador. Ainda, essa concepção abre as portas para a utilização de subterfúgios, por parte do Estado, a fim de coagir determinado réu/investigado a colaborar. Assim, dá-se espaço à decretação de prisões cautelares, passando o Estado a

ser dono da liberdade do réu/investigado e podendo utilizar desta apropriação para obrigar a colaboração.

É inegável a ineficiência do processo penal brasileiro diante da crescente complexidade da criminalidade organizada e dos crimes por elas praticados. Tal ineficiência gera, em uma sociedade sedenta por segurança pública, a sensação de impunidade e, no âmbito judiciário, a morosidade do processo penal e a superlotação das cadeias do país com presos provisórios. Assim, a inserção da colaboração premiada no direito brasileiro é compreendida como reconhecimento, por parte do Estado, de seu fracasso na persecução e repressão penal. Isso porque, ao utilizar-se deste instituto, admite a dependência da participação de um acusado/investigado para que possa exercer seu dever.

Diante destes aspectos atuais, em detrimento do fortalecimento das instituições e da necessária reforma no sistema penal e da política criminal, a solução que tem se apresentado por ora é a aceleração e a simplificação do procedimento penal, reduzindo-se o percurso até a sanção, deixando, pelo caminho, garantias fundamentais inerentes àqueles que são submetidos ao poder punitivo estatal. De doutrina ainda atual, pode-se dizer que “são estes os expedientes das nações fracas, cujas leis não passam de restaurações momentâneas de edifício em ruínas, que se está desmoronando” (BECCARIA, 2013, p. 126).

Vale destacar, finalmente, que este trabalho não defende a exclusão da colaboração premiada do ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, diante dos apontamentos trazidos ao longo do estudo, surge a preocupação com a banalização de sua utilização, considerando os notáveis resultados que produz em razão da facilitação da produção probatória. A colaboração premiada, como instrumento de auxílio na persecução penal, deve ser vista sempre com ressalvas, levando-se em conta a excepcionalidade em sua utilização, para que a violação de garantias fundamentais não se torne, novamente e cada vez mais, a regra.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1297.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella (trad.) 6ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Decreto n. 5.687/06. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm.>

_____. **Decreto n. 5.015/04. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm.

_____. **Lei n. 12.850/13. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm.>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 127.483**. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima a outro(a/s), Coator: Relator da pet 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+127483%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+127483%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ma6lleg>>

BRITO, Michelle Barbosa de. **Delação premiada e decisão penal**: da eficiência à integridade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração Premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. In: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 25, vol. 133, julho/2017, p. 133-170.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 97.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Comentários de Francisco Peña e tradução de José Lopes da Silva. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FALCÃO JÚNIOR, Alfredo Carlos Gonzaga. O perfil constitucional material da delação premiada como meio de prova. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Coord.). **Curso de Ingresso e Vitaliciamento para Procuradores da República**. Brasília: ESPMU, 2011, 11-34.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 39 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

HASSEMER, Winfried. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na Política Criminal. Pablo Alflen (trad.). **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**. vol. 1. n. 1, 2013, p. 5.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada**: Legitimidade e Procedimento. 3ª Edição. Curitiba: Juruá. 2016.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório**: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo** (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. 4ª Edição. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos Penais e Processuais da Lei nº 12.850/13, 2ª edição. Atlas, 2015.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

COLABORAÇÃO PREMIADA: TENSÕES COM A PRINCIPIOLOGIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Hermes Duarte

PALAVRAS CHAVES: COLABORAÇÃO PREMIADA. SISTEMA ACUSATÓRIO. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

1. INTRODUÇÃO

Tal como se sucedeu após a edição da Lei 9.099/95, o uso recente e intenso da colaboração premiada (Lei 12.850/03), notadamente na ainda inconclusa “Operação Lava Jato”, fez ressurgir o debate sobre a utilização dos institutos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as inúmeras críticas teóricas e práticas que se avanta em seu desfavor, ventila-se a possível violação do Estado Democrático de Direito nas celebrações de colaborações premiadas, uma vez que aquele congrega, entre outros, os ideais de legalidade e separação das funções estatais.

Indaga-se, então, se a concessão de benefícios penais e processuais em troca de elementos informativos por parte do colaborador, afrontaria a legalidade na medida em que os acordos criminais afastam ou atenuam o dever do Ministério Público acusar presentes as condições da ação penal.

Questiona-se também, se o próprio modelo acusatório de processo penal, que preconiza a distinção das funções de acusar e julgar restaria comprometido com a concentração de poderes nas mãos da acusação, com a ampliação da margem de discricionariedade que o órgão ministerial detém na eleição de suas estratégias na

celebração e formatação das colaborações premiadas, o que importaria na superação do dogma da obrigatoriedade, rumo a aceitação da oportunidade como paradigma de atuação do titular da ação penal.

Destarte, pretende-se analisar algumas das críticas teóricas opostas a colaboração premiada, enquanto espécie de instituto de justiça penal negocial, oferecendo-se uma racionalidade capaz de permitir a utilização deste importante e eficaz instrumento, sem aviltamento de princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

2. JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E SISTEMA ACUSATÓRIO: COMPATIBILIDADE

A transposição do consenso, da contratualização, do direito civil ao Direito Penal, não é recente, e tem origem no *plea bargaining* norte-americano, que assumiu feições diferentes ao redor do mundo, principalmente quando desembarcou no sistema continental europeu.

Ainda assim, é possível delimitar-se o objeto de estudo, num fenômeno amplo que abarque as inúmeras e multifacetadas manifestações do consenso no direito penal.

Aqui, toma-se por justiça consensual:

“o modelo de processo penal que atribui maior relevância à manifestação de vontade dos envolvidos – órgão acusador, imputado e, eventualmente, vítima- de modo que a convergência de desígnios entre eles tenha papel decisivo para o pronunciamento judicial que marca o desfecho do processo ou do procedimento. Para tanto, verificam-se concessões recíprocas, próprias de soluções que se fundam na bilateralidade. Do lado acusador, flexibiliza-se o exercício da persecução penal. Por parte do acusado, renuncia-se as possibilidades asseguradas pelo contraditório amplo.” (LEITE, 2013)

No Brasil, o fenômeno da justiça criminal negocial expressa-se nos delitos de menor potencial ofensivo (transação penal e suspensão condicional do processo) e nos delitos de macrocriminalidade (colaboração premiada).

Quanto ao primeiro fenômeno criminológico, a Constituição prevê expressamente o espaço de consenso:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a **transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Em cumprimento a este dispositivo constitucional, editou-se a lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

Por outro lado, quanto à macrocriminalidade, a Lei 12.850/2013, também conhecida como lei de combate às organizações criminosas, dispõe sobre a investigação, meios de prova, infrações penais correlatas e o respectivo procedimento criminal a ser aplicado neste âmbito.

Há vários dispositivos legais cuidando da colaboração ou delação premiada no Brasil.

É o que ocorre nas regras previstas:

a) no art. 159, §4º, Código Penal, em relação à libertação da vítima extorsão mediante sequestro;

- b) na Lei nº 7.492/86, art. 25, §2º, nos crimes contra o sistema financeiro nacional;
- c) na Lei nº 8.137/90, art. 16, a tratar dos crimes contra a ordem tributária;
- d) na Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/12, Lei de Lavagem de Dinheiro e Ativos, art. 1º, §5º;
- e) Lei 9.807/99, Lei de Proteção à Testemunha, arts. 13 e 14;
- f) Lei nº 11.343/06, que cuida dos delitos de tráfico de drogas e entorpecentes, art. 41. (OLIVEIRA, 2014).

Diante dessa miríade de previsões normativas, ressalta-se que o objeto do estudo limita-se a previsão contida na Lei nº 12.850/13.

A colaboração premiada, conforme este estatuto normativo, consiste em um benefício que pode prever uma significativa diminuição, ou até mesmo a extinção da pena para o acusado que cooperar com a investigação. Para tal, o colaborador deve, espontaneamente, prestar informações e satisfazer os requisitos impostos pela norma.

Conforme Walter Bittar (2011), a colaboração premiada é

“instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução, podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (isso quer dizer, sem qualquer tipo de coação)”.

Nos termos da Lei 12.850/03, cinco são as possíveis consequências do acordo de colaboração premiada ao acusado que prestar “colaboração efetiva e voluntária”:

- 1) redução de um a dois terços na pena (art. 4.º, *caput*);

2) perdão judicial (art. 4.º, *caput*);

3) conversão em restritiva de direitos (art. 4.º, *caput*);

4) redução de até a metade ou progressão de regime, se a colaboração for durante a fase de execução (art. 4.º, § 5.º);

5) não oferecimento da denúncia, se antes da propositura da ação penal (art. 4.º, § 4.º)

Pode-se exemplificar: quando o colaborador aponta a presença de coautores e partícipes, no que tange a organizações criminosas, no fornecimento de dados que favoreçam a libertação do sequestrado, em casos de extorsão mediante sequestro e, na localização de valores, quando tratar-se de lavagem de capitais.

A colaboração premiada poderá ser extrajudicial ou judicial. Na modalidade extrajudicial, o acordo colaborativo será feito na fase preliminar das investigações e pode ser firmado com Ministério Público, necessitando de posterior homologação judicial pelo juiz competente, em atenção ao princípio do juiz natural.

A nova Lei das Organizações Criminosas explicitou a possibilidade de concretização da colaboração premiada nas fases pré-processual, processual e de execução da pena, conforme §§ 2º e 5º do art. 4º; assentiu ainda com a concessão do perdão judicial a qualquer tempo, inclusive em sede de inquérito policial, assim como a possibilidade de deixar de denunciar o colaborador.[...]

Resumindo, a colaboração processual pode ser concretizada tanto no inquérito policial, no processo penal, ou na fase de execução da pena.

O instituto pode ser meramente investigativo, servindo para que os órgãos de repressão sejam hauridos com elementos para o aprofundamento de investigações destinadas a desbaratar organização criminosa; ou então, ser firmado com vistas a servir de prova no

processo penal, em face dos demais membros da associação criminosa.
(PEREIRA, 2013)

Em sua forma judicial, figuram como legitimados apenas o colaborador, seu defensor e o Ministério Público.

O juiz não interfere no processo de negociação entre as partes, contudo, para que produza eficácia, esta também pende de homologação do magistrado:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos, daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (grifos nossos).

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, **será remetido ao juiz para homologação**, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor (grifos nossos).

Ainda que a lei tenha estabelecido o procedimento mínimo a ser seguido para sua celebração, superando lacuna existente nos regramentos prévios a edição da lei atual, preocupando-se em isolar o juiz das tratativas, remanescem críticas quanto a possível violação do sistema acusatório.

Não há previsão expressa, constitucional e infraconstitucional, da adoção do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, possível se deduzir diretamente da Constituição Federal, a sua adesão uma vez que “democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica” (LOPES, 2017), podendo-se extrair como seus fundamentos normativos:

- a) A titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público;
- b) Contraditório e ampla defesa;
- c) Devido processo legal.
- d) Presunção de inocência
- e) Publicidade e fundamentação das decisões judiciais. (LOPES, 2017)

Se por um lado, são múltiplas as fontes delimitadoras de sua feição, o sistema acusatório possui uma única nota distintiva, como ensina Coutinho (2012), é a gestão da prova o seu princípio unificador.

Se a gestão da prova está nas mãos do Juiz, é o sistema inquisitório. Se está confiada às partes, presente o sistema acusatório.

Para FERRAJOLI, a ideia de uma colaboração premiada, rompe com o sistema acusatório, na perspectiva em que este promoveria a quebra do modelo triádico das relações processuais, degenerando o devido processo legal, vejamos em detalhes.

Agora é indubitável que o prêmio pela confissão e, mais genericamente, os benefícios concedidos ao processado pelo mérito acusatório antes que defensivo de seu interrogatório, rompem de raiz, o modelo triádico do processo; transforma o interrogatório no meio de inquirição e aquisição de provas; eliminam as possibilidades de contraditar as provas; fazem possíveis a falsificação das hipóteses acusatórias; e degradam a relação processual a um “Tête a Tête” inquisitório onde visando a confissão, o inquisidor-confessor, suprime o papel de antagonista da defesa, e extrai a prova da colaboração do inquirido. (FERRAJOLI, 1985).

Em outra oportunidade o autor assim se expressou:

La negociacion entre acusacion y defensa es exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatório...El contradictorio, de hecho, consiste em la confrontacion publica y antagônica, em condiciones de igualdad entre las partes. Y ningun juicio contradictorio existe entre partes que, mas que contender, pactan entre si em condiciones de desigualdade (FERRAJOLI, 1985).

Entretanto, na atual configuração da colaboração premiada, o Juiz continua equidistante, um mero expectador dos acordos celebrados. A prova é gestada e gerida pelas partes.

Em ultima analise é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do Juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. (LOPES, 2017)

No intuito de desfazer a celeuma, importa rememorar a natureza jurídica do instituto.

Colaboração é meio de obtenção de prova. Não só a lei, em seu art.1º, como a doutrina, assim a caracterizam (NUCCI, 2016).

O que se pretende estabelecer com tal adjetivação é se fazer a distinção quanto a categoria meio de prova, que seria aquele dado objetivo que é levado diretamente ao conhecimento do juízo.

“Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumentos para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato

bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”. (BADARO, 2012)

Além de diversa finalidade, o *locus* de sua realização, e a autoridade que diretamente mantém contato com os objetos ou dados, também são diferentes:

“Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com conhecimento e participação das partes, visando a introdução e a fixação de dados probatórios no processo. Os meios de pesquisa ou investigação dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo).” (GOMES FILHO, 2005).

Com tal distinção se deduz, por consequência, que o regramento relativo às provas, aplicam-se apenas obliquamente a colaboração em si. Pois esta é, tão-só instrumento para se conseguir reunir o conjunto probatório que, noutra ocasião, será levado ao Poder Judiciário para análise. No plano prático, conclui-se que o termo de colaboração (meio de obtenção de prova) é coisa diversa do termo de declarações (meio de prova) que o embasa.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR, sob relatoria do ministro Dias Tóffoli reconheceu que a colaboração premiada:

“... seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria

hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova.”

Portanto, o destinatário dos elementos informativos reunidos por meio da colaboração premiada é, primariamente, o Ministério Público.

Como, salvo o acordo de imunidade, a aplicação das penas demandará o regular processo, com produção de provas (aqui em sentido técnico), que embasarão sentença a ser proferida por Juiz, não se verifica promiscuidade das funções típicas de acusar e julgar neste cenário. A gestão da prova continua com as partes.

Ao contrário, há nítida intensificação das atividades das partes uma vez que o colaborador apresenta dados e depoimentos que subsidiam o encontro de outros elementos de informação que são reunidos pelo Ministério Público e pela Polícia e, após, inseridos no processo como prova após iniciada a ação penal. Há cooperação entre os atores, sem qualquer envolvimento com o Julgador.

Percebe-se então que não há violação *a priori* do sistema acusatório, ao menos no plano teórico. Na prática, entretanto, o manuseio de tal instrumento sim pode revelar contrariedade aos princípios correlatos de tal sistema. Mas aí não se estará a tratar de incompatibilidade do instituto, mas sim do seu manuseio indevido.

Não se olvida que outras questões atinentes ao sistema acusatório podem ser suscitadas, tais como a suposta renunciabilidade a garantias processuais constitucionais, mas o núcleo, a essência do sistema acusatório permanece hígida: a completa e absoluta gestão da prova pelas partes.

3. LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE REGRADA

Em nosso sistema, a Administração Pública, Ministério Público incluso, pauta-se pelo princípio da legalidade, cuja origem é o próprio Estado de Direito. E se há previsão normativa para certa liberdade de escolha, com estabelecimento de critérios objetivos para aferir a correção do seu exercício, fala-se em discricionariedade regrada.

A expressão Estado de Direito foi cunhada pelo jurista alemão Robert Von Mohl, no século XIX, ao procurar sintetizar a relação estreita que deve haver entre Estado e Direito ou entre política e lei.

Segundo Canotilho (1999), por oposição a Estado de não-Direito, podemos entender o Estado de Direito como o Estado propenso ao Direito:

"Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito" (GOMES, 1999).

Em uma frase simples, podemos definir Estado de Direito a partir da estrutura estatal em que o poder público é definido/limitado/controlado por uma Constituição. Portanto, há uma maior *jurisdicização do poder político*. Pode-se afirmar que seus principais elementos são:

“a) império da lei: quer dizer que a lei deve ser imposta a todos, a começar do Estado – o Estado tem personalidade jurídica e por isso é objeto do Direito que ele próprio produz;

b) [separação](#) dos poderes: significa que o Poder Executivo não pode anular o Poder Legislativo, além do que deve ser acompanhado e julgado pelo Poder Judiciário – trata-se de assegurar a interdependência dos poderes por meio da aplicação do sistema de freios e contrapesos;

c) prevalência dos direitos individuais fundamentais: refere-se notadamente aos direitos individuais, até os anos 20 do século XX, porque somente nesse período, é que entraram em cena os direitos sociais e coletivos.” (Reale, 2000).

No entendimento de Miguel Reale (2000):

Por Estado de Direito entende-se aquele que, constituído livremente com base na lei, regula por esta todas as suas decisões. Os constituintes de 1988, que deliberaram ora como iluministas, ora como iluminados, não se contentaram com a juridicidade formal, preferindo falar em Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por levar em conta também os valores concretos da igualdade.

Em resumo, só é autorizado o agente público atuar quando a lei assim o prever, e nos limites estabelecidos por ela.

Transportado o princípio para o processo penal, surge a noção da legalidade como o dever do Ministério Público investigar e de acusar, desde que presentes as condições da ação.

Conforme a posição majoritária, o princípio da legalidade no processo penal corresponde à obrigatoriedade da persecução punitiva ou, nas palavras de Jacinto Coutinho (2012) “é praxe ser tratado (o princípio da obrigatoriedade) por princípio da legalidade, em face de fundar um dever do órgão oficial de acusação”.

Ele caracteriza, assim, “a ideia de que o MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos – factuais e jurídicos, substantivos e processuais – tenha tido conhecimento e tenha logrado recolher, na instrução, indícios suficientes”.

Logo, há um dever de acusação decorrente da lei que se impõe quando houver indícios de materialidade e autoria suficientes da ocorrência de uma infração penal, o que não pode ser influenciado ou renunciado por razões discricionárias ou por motivos alheios à simples averiguação da existência ou não do crime a partir das provas obtidas.

Como adverte Hassemer (2005): “A lei não é, para o afetado, apenas o fundamento de sua condenação, mas também a proteção contra o excesso, a garantia da proporcionalidade e do controle”.

Antes da adoção do princípio da legalidade, os jurisdicionados, as pessoas, ficavam ao bel prazer daqueles que diziam o direito julgar como quisessem. A legalidade é, dita de forma bem singela e simples, ao mesmo tempo, uma proteção para o Estado e para as pessoas.

Em contraste à legalidade, “outra face de uma mesma moeda”, surge o princípio da oportunidade. Segundo Montero Aroca (2008), pode-se dizer, em termos gerais, que a oportunidade supõe o “reconhecimento ao titular da ação penal, da faculdade para dispor, conforme determinadas circunstâncias, de seu exercício, com independência de que se tenha acreditado na existência de um fato punível cometido por um autor determinado”.

Na esfera do processo penal, pois, o princípio da legalidade adquire a conotação de obrigatoriedade de acusação, caso estejam presentes os requisitos legais (prova de materialidade e indícios de autoria), uma vez que o Ministério Público detém a titularidade exclusiva da ação penal.

Além de limite a arbitrariedade, a legalidade asseguraria, também, a igualdade de tratamento, o que inócorre com a adoção da oportunidade, que permite a influencia do poder político, financeiro e pessoal sobre a aplicabilidade ou não da norma penal (GIACOMILLI, 2006).

No âmbito da colaboração premiada, não se concebe falar de oportunidade, pois neste caso, o Ministério Público poderia livremente investigar ou não acusar, apesar de estarem reunidos os pressupostos para fazer.

Está presente, sim, a legalidade, que inclusive limita as espécies de acordo que podem ser celebrados, devendo ser examinado seu atendimento quando da homologação pelo Julgador.

Inequivocamente, o princípio da legalidade constitui uma exigência de seguridade jurídica, e a limitação do poder, ou seja, de possíveis arbitrariedades.

Não paira dúvida sobre a possibilidade de algumas cláusulas:

Os compromissos do réu colaborador são variáveis. O investigado pode obrigar-se a depor em juízo, a fazer reconhecimentos, a acarear-se com corréus. Essas são as hipóteses mais precárias de cooperação, pois dependem da credibilidade do colaborador. O agente revelador pode também fornecer aos órgãos de persecução informações de inteligência, como números de telefone que permitam a realização de interceptação telefônica, ou endereços nos quais seja possível instalar escutas ambientais, ou ainda indicar a localização de bens, direitos e valores sujeitos a medidas de busca e apreensão, arresto e sequestro cautelar.

Em certos casos, o colaborador poderá permanecer na quadrilha ou na organização criminosa de que era membro, para, a modo infiltrado, colher informações e provas materiais úteis à persecução (ARAS, 2015)

Por outro lado, questionáveis algumas práticas adotadas no contexto da operação “Lava-Jato”, tais como fixação e progressão de regimes, ignorando os critérios objetivos previstos em lei, promessas de não persecução penal em caso de atingimento determinado patamar de penas, entre outras.

Pode-se mencionar ainda, cláusulas em alguns compromissos que proíbem que o delator conteste o acordo judicialmente ou interponha recursos contra as sentenças que receber. Os mais recentes abrem exceções apenas para os casos em que a pena imposta, seu regime de cumprimento ou as multas, extrapolarem os limites fixados no documento.

Em todos os acordos, o Ministério Público se compromete a suspender por dez anos todos os processos e inquéritos em tramitação contra o acusado, uma vez que as penas imputadas a ele atinjam um certo número de anos

Além disso, o Ministério Público se compromete a não propor novas investigações e ações decorrentes dos fatos que são objeto do compromisso.

Muitos termos de compromisso firmados na operação estabelecem um prazo indeterminado para o delator ficar no regime em que começar a cumprir sua pena.

Também, quanto aos regimes de cumprimento da pena, a maioria dos termos de colaboração premiada prevê progressão, mesmo que em desconformidade com os requisitos estabelecidos na Lei de Execução Penal (artigo 112 e seguintes).

No entanto, Bottini (2015) argumenta que, se as medidas dos acordos forem mais benéficas aos delatores do que as previstas na lei, elas devem ser aceitas. Desta maneira, sustenta não haver problema em cláusulas como a que admite, já antes da sentença, progressão de regime, mesmo que ausentes os requisitos objetivos.

Ele diz ser incompatível que um acusado firme acordo de colaboração premiada e permaneça calado, uma vez que esse tipo de acordo é baseado na renúncia ao silêncio, que é um direito disponível. O criminalista não vê violação ao contraditório e à ampla defesa pelos advogados não ficarem com cópia dos depoimentos do delator, já que este não está litigando, e sim sendo investigado.

Novamente, em tais casos, se confronta com situações em que há equívocos na aplicação do instituto que devem ser corrigidos pelo Poder Judiciário. Longe se está, porém, de uma irreconciliável relação com o princípio da legalidade.

Efetivamente, ao reger as consequências para o réu delator, o *caput* do artigo 4º da Lei 12.850/2013, trata, *in verbis*:

Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos** daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados.

Uma vez que é a própria lei que regula a colaboração premiada, que prevê a possibilidade de se conceder benefícios penais (redução da pena), processuais (regime diverso e imunidade), haveria violação ao princípio da legalidade/obrigatoriedade?

Sob essa perspectiva, a colaboração premiada, nos moldes da transação penal e suspensão condicional do processo, guiar-se-ia pela discricionariedade regrada.

Giacomilli (2006) aponta hipóteses na Alemanha em que há clara violação do sistema acusatório, ao permitir a Acusação formular acordos sem a intermediação do Poder Judiciário, concentrando na figura do primeiro, poderes incompatíveis com o referido sistema.

Entretanto, ele reconhece que, existindo limitação por meio de critérios normativos objetivos, não haveria ofensa a legalidade.

Na medida em que este poder seja delimitado, não primará o princípio da oportunidade puro, mas o da legalidade, ainda que se autorize a emissão de certos juízos de oportunidade. Por isso, defendo o estabelecimento normativo, de forma clara e objetiva, dos casos e critérios em que possa ser utilizado o poder de disposição das partes.

A legalidade, ao menos no plano abstrato, não é violada pela celebração de colaboração premiada, pois as hipóteses, as condições, as regras para dosagem dos benefícios, e a forma de controle judicial encontram previsão normativa.

O Ministério Público, então, comporta-se dentro da moldura definida em lei, exercendo discricionariedade vinculada aos critérios e proporções legais.

4. RAZÕES DE POLÍTICA CRIMINAL: RACIONALIDADE LEGITIMADORA

Superadas as aparentes incompatibilidades da colaboração premiada com o Estado Democrático de Direito, é preciso encontrar, ainda, uma racionalidade jurídica que legitime sua previsão e utilização, pois nem tudo que é juridicamente possível é legítimo.

A tentativa de justificação dessa diferenciação procedimental no enfrentamento da macrocriminalidade tampouco pode se resumir no argumento de maior eficiência para o sistema de justiça como um todo, pois embora verdadeiro, falta a este argumento o mínimo de conteúdo ético substancial. Não se podendo ancorar opções de políticas criminais exclusivamente em razões de cunho pragmático, sem maiores preocupações com as implicações morais da escolha feita.

É preciso, portanto, compatibilizar a previsão e utilização da colaboração premiada, e outros institutos consensuais, com uma política criminal democrática alinhada com o Estado Democrático de Direito.

Compreende-se a política criminal como abrangente do conjunto de estratégias voltadas para o enfrentamento da criminalidade, podendo servir de orientação para mudanças legislativas (LEITE, 2013).

Segundo Zanoide de Moraes (2006), a Política Criminal integra o cenário mais amplo das diversas políticas públicas que o Estado deve obedecer para organizar e direcionar a vida em sociedade.

Dessa forma, alterações na legislação processual penal, como a decorrente da Lei de combate a organização criminosas, são influenciadas por tendências político-criminais preponderantes em dado momento histórico.

Mas ainda assim, não se pode ignorar que “resguardada a sua tradicional função de garantia, o processo penal não deve ser obstáculo à obtenção das proposições de política criminal perseguidas pelo Sistema Jurídico-Penal.”.

O adequado e efetivo enfrentamento do fenômeno da criminalidade organizada, demanda a existência de institutos e procedimentos distintos aos da criminalidade ordinária. Essa diferenciação procedimental e técnica, além de possível, é necessária.

Como fundamento da escolha do Estado pelos negócios jurídicos processuais penais, para a prevenção e repressão destes delitos, pode ser apontado o movimento *labelling approach* (LEITE, 2013).

Esta corrente criminológica aponta a possibilidade de se recorrer a mecanismos informais de resolução de conflitos fora do aparato formal e institucionalizado iniciativa conhecida como *diversion* (diversão ou diversificação), devolvendo-se o conflito para a sociedade e seus sujeitos intervenientes (SHECAIRA, 2014).

Embora não seja precisamente o caso da colaboração premiada, é esse o prisma sobre o qual devem ser compreendidas as iniciativas consensuais, como diversificações procedimentais dentro do próprio sistema (FERNANDES, 2001).

Mesmo que os institutos consensuais difiram bastante entre si, o traço que os une, é a especialização das técnicas e procedimentos.

A colaboração premiada é, essencialmente, uma técnica especial de obtenção de prova adequada e efetiva no enfrentamento de crimes praticados por organizações criminosas que detém, inequivocamente, peculiaridades que os fazem destoar por completo da criminalidade dita ordinária.

De fato, a política criminal orientada pelo agrupamento de infrações, conforme sua gravidade, destinando a cada um desses grupos mecanismos consensuais diversos, da transação à colaboração premiada, revela-se, além de proporcional, efetiva, como atesta os substanciais números obtidos na Lava-Jato, no que diz respeito aos recursos recuperados ao Poder Público, número de condenações e amplitude da estrutura revelada por meio da investigação. São dados singulares, que expõem a efetividade do instituto.

Importante também notar que, ao substituir a heteronomia da decisão judicial pela autonomia das partes, há o aumento das chances do cumprimento da solução ser cumprida voluntariamente, uma vez que as partes concordaram com seus termos. Configurando, portanto, uma opção por instituto que valoriza a capacidade das partes, em

especial do investigado, de discernir a melhor via para sua defesa, o processo regular ou a via da colaboração premiada.

Ademais, alguns crimes apenas são passíveis de serem revelados com a colaboração de um dos envolvidos na empreitada criminoso, dada a regra de silêncio, que usualmente impera no interior das organizações criminosas.

A par dessas razões, pode-se ainda invocar a eventual descarceirização, ou no mínimo, a diminuição da duração das penas corporais, como resposta mais inteligente do que o incremento da repressão de tais delitos pelo aumento cego e inconsequente de suas penas máximas abstratas.

Essas seriam razões legítimas, nas quais o Estado pode assentar as opções de política criminal que orientaram a previsão, e guiam a aplicação e uso da colaboração premiada.

De todas as racionalidades possíveis, a que conecta o uso da colaboração premiada a capacidade das partes definirem o que é melhor para elas próprias, é a que se sobressai.

Inegável que respeitar a Dignidade é respeitar a capacidade das pessoas solucionarem seus conflitos (PEREIRA, 2002).

Por esse motivo, Pereira (2012) diz que “as bases fundamentais desta Justiça Negociada, que adotou a posição de restituição como ideal de satisfação social, envolve a consideração do delito como uma ofensa contra relações humanas e, portanto, social e, em segundo plano, uma ofensa contra a lei”.

A justiça consensual é o coração ideológico de um sistema que trata o acusado como um participante ativo, mais que como um objeto passivo (VOGLER, 2002). Seja porque a colaboração premiada abre uma via defensiva, antes inexistente, paralela e não excludente ao rito ordinário, seja porque o colaborador assume uma postura ativa na indicação de elementos informativos, até mesmo na produção dos mesmos.

Deste modo, a fim de se considerar legítima ou não a opção de política criminal que adota institutos consensuais, tal como a colaboração premiada, deveriam ser feitas as seguintes indagações:

A questão seria esta: pode o direito penal ganhar se forem alcançadas melhores soluções, tanto qualitativa quanto quantitativamente? E, pode o direito penal perder no seu todo, se correr o inverso? E, pode esse ganho passar por decisões de não investigar e não acusar quando, verificados certos pressupostos, se puder concluir que, se houvesse investigação, acusação e julgamento, fosse com absolvição ou condenação, esse resultado seria pior para o sistema no seu todo? (MONTE, 2005)

As respostas parecem ser favoráveis a adoção de certos espaços de consenso no Direito Pena, desde que balizados por uma discricionariedade regrada com assento na lei.

Por fim, releva sempre ter em perspectiva Instrumentalidade do Processo. Qual o fim último do Direito, senão a pacificação social?

Esse é o fundamento que justifica a especialização procedimental, tendência que transcende o Direito Penal, fazendo-se presente em todos os ramos do direito atualmente, no processo civil, inclusive. E nesse ramo, elucidativas são as lições da doutrina:

“Seria de presumir-se evidentíssimo para todos que a função instrumental do processo implica, por força, adaptação do instrumento às variáveis circunstâncias do meio em que ele é posto a funcionar”; e ainda “O remédio tem de ajustar-se às particularidades características da enfermidade. Não há, nem pode haver, receita que se mostre igualmente adequada ao tratamento eficaz de toda e qualquer situação litigiosa. A falsa crença, explícita ou implícita, em semelhante possibilidade, foi um subproduto indesejável da excessiva ênfase que certa corrente de pensamento pretendeu dar à ideia da autonomia do direito processual, como se a preocupação – em si, legítima e necessária

– de distingui-lo do direito material houvesse de traduzir-se em soberana indiferença do processo às peculiaridades da matéria sobre que verse” (MOREIRA, 1997).

Destarte, há uma racionalidade orientadora da adoção dos institutos consensuais que extrapolam a mera necessidade de conferir maior eficiência ao sistema de justiça. A dignidade se faz presente em maior intensidade, pois é dado a parte, o poder de ativamente deliberar sobre o caminho defensivo que irá seguir, e, depois, efetivamente produzir ou auxiliar na obtenção de elementos informativos que serão levados a juízo.

Além da dignidade, o agrupamento de delitos conforme sua gravidade, e a previsão de técnicas e procedimentos diferenciados para a prevenção e repressão de cada uma destas espécies de delito, consideradas suas peculiaridades, atende ao postulado da proporcionalidade consistindo em um seguro fundamento para a política criminal que consagrou a colaboração premiada.

5. CONCLUSÕES

Da miríade de críticas alusivas a justiça criminal negocial, como gênero, e a colaboração premiada, como espécie, enfrentou-se aqui aquelas de índole teórica, cingindo-se ao exame da compatibilidade de tais institutos com o Estado Democrático de Direito e seus corolários: o princípio da legalidade, e a separação das funções estatais.

A superação das críticas se dá pela percepção de que os problemas apontados pela doutrina não são inerentes a colaboração premiada, no formato adotado pela lei, mas sim por desvios e equívocos em sua utilização.

A prática, mais que a teoria, precisa de aperfeiçoamento, aspecto que exige estudo aprofundado, notadamente por ser negligenciado pelos estudiosos do assunto que se concentram em aspectos dogmáticos em detrimento de se proceder a investigação da práxis do instituto.

Assim, o renascimento das críticas à justiça penal consensual é, em grande medida, fruto de misoneísmo de parcela da doutrina e dos operadores de direito que relutam em compreender que o Direito não é imune a complexidade cada vez mais significativa da sociedade, e, por derivação, do fenômeno criminal.

Se a política criminal que orienta o legislador a alargar cada vez mais, paulatinamente, os espaços de consenso no Direito Penal é, além de legal, legítima, qual a razão teórica para se opor a sua aplicação?

O atingimento de uma democratização judicial, exige a participação mais efetiva da sociedade (PEREIRA, 2002), e a colaboração premiada, mais estimula, que desestimula, a participação das partes no acertamento do conflito que surge no Processo Penal.

Logo, a colaboração premiada é compatível com o Estado Democrático de Direito, na medida em que, respeita a dignidade humana e a cidadania, dentro de um Estado pautado pelo princípio da Legalidade.

A tendência é global, e multidisciplinar. Da mesma maneira que a lenta aceitação do Juizado Especial Criminal permitiu o alargamento do uso da colaboração premiada. Esta, por sua vez, permitirá, após a lapidação de seus excessos práticos, a ampliação dos espaços de consenso no Direito Penal, que ainda não prevê mecanismo consensual para os delitos de media gravidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CEJ (org.). O Novo Código de Processo Penal. Jornadas de Direito Processual Penal. Coimbra: Almedina, 1977.

ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. Por um ministério público dentro da legalidade. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 18, n. 70, p. 9-41, Lisboa, abr.-jun. 1997.

ANITUA, Gabriel I. El juicio penal abreviado como uma de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva. In: MAIER, Julio B. J.; BOVINO, Alberto (comps.). El procedimiento abreviado. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. I. La importación de mecanismos consensuales del processo estadounidense, en las reformas procesales latino-americanas. Revista Brasileira do Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 43-65, 2015.

_____, Gabriel. El principio de legalidade y el principio de oportunidade: interrogantes y aporias em los sistemas anglosajones y continentales. In: ANITUA, Gabriel I. Ensayos sobre enjuiciamiento penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

ARAS, Vladimir. *A técnica da colaboração premiada*. Disponível em: <<http://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/07/a-tecnica-de-colaboracao-premiada/>> Acesso em: 14 de março de 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro: aspectos penais e processuais penais comentários à lei 9.613/1998, com as alterações da lei 12.683/2012*. 2.ed. São Paulo: RT, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As reformas do código de processo civil: condições para uma avaliação objetiva. In: Temas de direito processual. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.

BITTAR, Walter Barbosa. Observações necessárias. *Delação premiada*. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, DL 2003, 2003.

COUTINHO, Jacinto de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O novo processo penal à luz da Constituição. Análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, so Senado Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. V. 2.

FERNANDES, Antonio Scarance. Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal e na perspectiva das garantias constitucionais: Alemanha – Espanha- Itália – Portugal – Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 424 p..

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005. Tradução de Pablo Rodrigo Aflen da Silva, p. 268.

Justiça de oportunidade: uma alternativa não jurisdicional ao processo penal. Revista do Ministério Público de Lisboa, v. 22, n. 85, p. 25-36, Lisboa, jan.-mar. 2001.

LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça consensual e efetividade do processo penal./Rosimeire Ventura Leite. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

MONTE, Mário Ferreira. Do princípio da legalidade no processo penal e da possibilidade de intensificação dos espaços de oportunidades. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 26, n. 101, p. 67-78., jan./mar. 2005.

MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal. Madrid: Thompson Civitas, 2008. p. 302.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Cláudio José. *Princípio da oportunidade e justiça penal negociada*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 189 p., 21 cm. 343.244 P49p p. 85-143; 163-173.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

REALE, Miguel. O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias. *Revista CEJ*, v. 2, n. 6, p. 153, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. *Revista dos Tribunais*. 2014.

VOGLER, Richard. Justiça consensual e processo penal. In: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal e estados de direito*. Campinas: Edicamp, 2002. p. 281-307. 343.1P956.

**VALORAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO PROCESSO PENAL: A
REGRA DE CORROBORAÇÃO E OS LIMITES AOS ELEMENTOS
PRODUZIDOS POR MEIO DO INSTITUTO NEGOCIAL**

EVALUATION OF THE PLEA BARGAINING IN CRIMINAL PROCEDURE: THE
CORROBORATION RULE AND THE LIMITS TO THE EVIDENTIARY
ELEMENTS PRODUCED BY AWARDED COLLABORATION

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Doutorando em Direito na Universidade de São Paulo – São Paulo/SP

vgomesv@gmail.com

 lattes.cnpq.br/9628659956663949

 orcid.org/0000-0003-2020-5516

Resumo: Diante do cenário introduzido pela Lei 12.850/13 e a expansão da utilização da colaboração premiada como meio de obtenção de provas no processo penal, é fundamental analisar a força valorativa dos elementos por ela produzidos. Assim, este artigo pretende estudar a valoração dos elementos probatórios produzidos em razão da colaboração premiada. Trata-se de ponto essencial à estruturação do instituto negocial, primando-se pela tentativa de limitação e redução de danos para proteção da presunção de inocência e respeito às premissas da dogmática processual penal. Para tanto, analisar-se-á o enquadramento do instituto na terminologia da teoria da prova e a distinção entre elementos informativos e probatórios na persecução penal. Além disso, delimitar-se-á o conteúdo da regra de corroboração (art. 4º, §16º, Lei 12.850/13), ressaltando sua importância para a vedação de condenações baseadas exclusivamente nas declarações do

delator e, assim, repudiar-se a conversão do processo em um instrumento falacioso para mera confirmação das incriminações realizadas pelo delator.

Palavras-chave: colaboração premiada, valoração, corroboração, contraditório, processo penal.

Abstract: Regarding the scenario introduced by Law 12.850/13 and the expansion of the use of plea-bargaining as an instrument of obtaining evidence in criminal proceedings, it is fundamental to analyze the probative force of the elements produced by it. Thus, this article intends to study the evaluation of the evidentiary elements produced by awarded collaboration of the criminal defendant. This is an essential point for the structuring of the consensual mechanism, focusing on the attempt to limit and reduce damages to protect the presumption of innocence and respect the premises of criminal procedural dogmatic. In order to do so, this paper will analyze the institute's framework in the terminology of the theory of evidence and the distinction between informative and probative elements in criminal prosecution. In addition, the content of the corroboration rule (article 4, §16o, Law 12.850/13) will be delimited, emphasizing its importance for the prohibition of convictions based exclusively on the declarations of the informant and, therefore, disavow the conversion of the criminal procedure into a fallacious instrument for illusional confirmation of the incriminations carried out by the informant.

Keywords: plea-bargaining, valuation, corroboration, confrontation, criminal procedure.

INTRODUÇÃO

A colaboração premiada, como mecanismo voltado à facilitação da persecução penal por meio da concessão de benefícios ao imputado, é objeto de inúmeras críticas doutrinárias.¹ Em atenção a suas fragilidades, um dos principais dispositivos direcionados à tentativa de sua limitação é a imposição da regra de corroboração. Reconhecendo-se a reduzida confiabilidade nas declarações do delator, determina-se que a condenação não pode se embasar exclusivamente em suas versões incriminatórias. Tal diretriz foi consolidada normativamente no art. 4º, §16º da Lei 12.850/13.

Conforme Nieva Fenoll, o que realmente fragiliza a confiabilidade das declarações do réu colaborador é o “ânimo de autoexculpação” ou de “heteroinculpação”,² ou seja, a pretensão de, ao menos, reduzir a eventual sanção criminal a ser imposta em razão da sua responsabilidade nos fatos investigados, atribuindo acusações aos demais imputados. Por certo, além disso, a própria sistemática de pressões e coações, inerente à justiça criminal negocial, é um motivo inafastável para fragilização da força probatória da colaboração premiada, visto que se aumenta exponencialmente a ocorrência de falsas incriminações e confissões, potencializando as chances de condenações de inocentes.

Contudo, o panorama brasileiro atual é de uma crescente expansão da utilização da delação premiada e da importância concedida aos elementos por meio dela produzidos. Diante disso, este artigo pretende estudar a valoração dos elementos probatórios produzidos em razão da colaboração premiada. Trata-se de ponto fundamental à estruturação do instituto negocial, primando-se pela tentativa de limitação e redução de danos para proteção da presunção de inocência e respeito às premissas da dogmática processual penal.

Para tanto, analisar-se-á o enquadramento do instituto na terminologia da teoria da prova e a distinção entre elementos informativos e probatórios na persecução penal.

¹ Sobre isso, ver: SCHÜNEMANN, 2013; VASCONCELLOS, 2015; COUTINHO; CARVALHO, 2006.

² NIEVA FENOLL, 2010, p. 244 (tradução livre).

Além disso, delimitar-se-á o conteúdo da regra de corroboração (art. 4º, §16º, Lei 12.850/13), ressaltando sua importância para a vedação de condenações baseadas exclusivamente nas declarações do delator e, assim, repudiar-se a conversão do processo em um instrumento falacioso para mera confirmação das incriminações realizadas pelo delator.

1. DISCUSSÕES SOBRE TERMINOLOGIA DA PROVA: A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FENÔMENO PROCESSUAL COMPLEXO

Além das divergências gerais sobre a denominação utilizada para referência ao instituto, também há necessidade de atenção à sua caracterização em relação à teoria da prova, visto que qualquer opção nesse dissenso provoca consequências para a estruturação geral da colaboração premiada. Em um primeiro momento, portanto, faz-se necessária breve exposição sobre a terminologia da prova no processo penal.

Por um lado, na esteira da classificação de Gomes Filho, meios de prova são os “instrumentos ou atividades por intermédio dos quais os dados probatórios (elementos de prova) são introduzidos e fixados no processo (produção da prova)”.³ São mecanismos que acarretam uma atividade endoprocessual, com a participação das partes perante o juiz, como, por exemplo, o interrogatório ou a oitiva de testemunhas e peritos. Já os meios de obtenção (pesquisa ou investigação) da prova “dizem respeito a certos procedimentos (em geral, extraprocessuais) regulados pela lei, com o objetivo de conseguir provas materiais, e que podem ser realizados por outros funcionários (policiais, por exemplo)”.⁴

De acordo com Gustavo Badaró, “a diferença é que, enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (por exemplo, o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma

³ GOMES FILHO, 2005, p. 308.

⁴ Ibidem, p. 309. Sobre isso, ver também: LAUAND, 2008, p. 101-103; TONINI, 2010, p. 366-367; PEREIRA, 2016, p. 189-195.

escritura pública), os meios de obtenção de prova (por exemplo, uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de prova, estes, sim, aptos a convencer o juiz”, ou seja, estes “somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos”.⁵

Afirma-se, então, especialmente após o surgimento da Lei 12.850/13 e o procedimento ali regrado, que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova,⁶ ou seja, “não constitui meio de prova e sim ferramenta processual orientada para a produção de prova em juízo”.⁷ Posiciona-se deste modo o Manual ENCCLA: “A colaboração premiada é meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa a amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas”.⁸

Em visão consolidada no STF, afirmou-se que “a colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei no 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)”.⁹ Ou seja, “a colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, destina-se à ‘aquisição de entes (coisas materiais, traços [no sentido de vestígios ou indícios] ou

⁵ BADARÓ, 2014, p. 266.

⁶ SUXBERGER, 2016, p. 19; ZANELLATO, 2016, p. 112; ESSADO, 2013, p. 211; BECHARA, 2015, p. 7; ARDENGHI, 2015, p. 1051; FILIPPETTO; ROCHA, 2017, p. 135; QUINTIERE, 2016, p. 528.

⁷ DIPP, 2015, p. 23.

⁸ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 11 jul. 2016. p. 2.

⁹ STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 18. Assim também em: STF, Inq. 4.130 QO/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23/09/2015, p. 55-58; STF, PET 5700, Min. Celso de Mello, j. 22/09/2015.

declarações) dotados de capacidade probatória’, razão por que não constitui meio de prova propriamente dito”.¹⁰

Entretanto, há também quem afirme ser o referido instituto negocial um meio de prova, pois “considerando-se o imputado colaborador como fonte de prova, pode-se dizer que a delação premiada e a colaboração processual *stricto sensu* seriam os meios pelos quais suas declarações são introduzidas e fixadas na persecução penal”.¹¹ Todavia, a colaboração premiada não é a oitiva do delator, por si só.¹² Ela é um fenômeno maior, que envolve diversos atos (negociações, formalização, homologação, execução e concessão do benefício, em termos gerais).

Consequentemente, as declarações do delator não são introduzidas no processo por meio da “colaboração premiada”, mas da oitiva do colaborador no momento do seu depoimento/interrogatório, este sim verdadeiro meio de prova.¹³ Nesse sentido, assentou-se no STF (HC 127.483), que: “(...) o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova”.¹⁴

Resumidamente, em termos gerais,¹⁵ a colaboração premiada, como método de investigação,¹⁶ que se caracteriza como um acordo para cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Sob outra perspectiva, seu

¹⁰ STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 21.

¹¹ LAUAND, 2008, p. 107. Assim também: PENTEADO, 2006, p. 636; MILHOMENS; GUILHERME, 2016, p. 172.

¹² “O acordo ou negócio jurídico processual, embora inerente ao instituto tal como regulamentado no direito positivo brasileiro, é apenas uma das faces ou das etapas da colaboração premiada” (PEREIRA, 2016, p. 193).

¹³ ANSELMO, 2016, p. 106.

¹⁴ STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 21.

¹⁵ Sobre isso, ver: BITTAR, 2011, p. 188-189; BRITO, 2016, p. 71; BECHARA; SMANIO, 2017, p. 278-284.

¹⁶ ARAÚJO, 2015, p. 260.

interrogatório/oitiva será o meio de prova,¹⁷ juntamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatórias a terceiros serão elementos de prova, como resultados da oitiva do colaborador.¹⁸ Tal mecanismo negocial é, portanto, um fenômeno complexo,¹⁹ que envolve diversos atos e situações processuais,²⁰ o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza.

De qualquer modo, o reconhecimento do caráter de meio de obtenção de prova ao acordo firmado pelas partes e homologado judicialmente é fundamental para a proibição de sua valoração no convencimento do juiz. Conforme Valdez Pereira, “ao afirmar que a colaboração premiada seria mero instrumento de obtenção de prova, na realidade, está se referindo, precisamente, ao acordo preliminar de colaboração firmado, de regra, na fase investigativa entre Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor; esse acordo de colaboração, por certo, não possui aptidão probatória”.²¹

Ou seja, o termo do acordo (juntamente com os relatos e elementos que sustentem sua admissão no processo), ainda que homologado pelo julgador, não é elemento probatório que possa ser considerado para a condenação. Os elementos incriminatórios determinados como potenciais colaborações efetivas do delator somente poderão ser considerados “provas” se produzidos na fase processual da persecução penal, com respeito ao contraditório e ao direito de defesa dos demais imputados.

Contudo, Valdez Pereira aponta duas objeções à posição firmada pelo STF acerca da natureza de “meio de obtenção de prova” da colaboração premiada. Primeiro, além da necessidade de se especificar tal afirmativa, em realidade, ao acordo firmado, ainda assim

¹⁷ Segundo posição corretamente afirmada por parte da doutrina, o interrogatório, em realidade, é um meio de defesa, e não de produção de prova, especialmente diante do direito de não autoincriminação. Contudo, no cenário da colaboração premiada, esvazia-se (ou renuncia-se) a tal direito, de modo que o interrogatório do acusado/colaborador assume, ainda que de modo criticável, caráter de meio de prova, para produção de elementos incriminatórios em relação a terceiros e a ele próprio (confissão). Nesse sentido: ESSADO, 2013, p. 209-210. Sobre isso: TRISTÃO, 2009, p. 87-98.

¹⁸ BADARÓ, 2014, p. 267.

¹⁹ BRITO, 2016, p. 29; PEREIRA, 2016, p. 194; BECHARA; SMANIO, 2017, p. 282.

²⁰ BADARÓ, 2015, p. 453.

²¹ PEREIRA, 2016, p. 189.

ele não pode ser definido em tais termos, pois “pela formalização do acordo de colaboração premiada não se adquirem coisas materiais, traços, indícios ou declarações dotadas de potencialidade probatória relacionada ao objeto de imputação”.²² Pensa-se, entretanto, que a realização do acordo almeja exatamente a colaboração do acusado para introdução de elementos de prova no processo penal, tanto por meio da sua confissão ou depoimento, como pela indicação de documentos, por exemplo. De modo semelhante à busca e apreensão, o acordo de colaboração premiada ocasionará a produção de elementos, objetos preexistentes à sua introdução no processo, por meio da atuação cooperativa do delator.²³

Por outro lado, o autor sustenta que essa visão “poderia supor que o STF teria sinalizado pela impossibilidade de utilização das revelações do colaborador”, o que não se justificaria a partir da lógica do instituto negocial.²⁴ Aqui, diante do cenário atual e da legislação introduzida pela Lei 12.850/13, realmente não parece haver vedação legal expressa da valoração das declarações do delator.

Todavia, em tom propositivo, pensa-se que a situação ideal seria a não utilização do depoimento do colaborador como prova incriminatória contra os delatados, em razão de sua pouca confiabilidade e difícil controle. Propõe-se que a colaboração premiada se limite, efetivamente, a ser somente meio de obtenção de provas ou de elementos investigativos, com a vedação legal da oitiva do delator com fins incriminatórios aos corréus.²⁵ Adotando posição semelhante, Thiago Bottino afirma que “não se deve conferir às declarações dos réus colaboradores o peso de provas (mesmo testemunhais), e sim o mesmo tratamento conferido às delações premiadas: meio de investigação e não meio de prova”.²⁶

²² *Ibidem*, p. 191.

²³ Sobre as características dos meios de obtenção de provas, que inclui a preexistência do elemento ao momento de sua produção no processo, ver: TONINI, 2010, p. 366.

²⁴ PEREIRA, 2016, p. 189.

²⁵ Com afirmações que podem ser interpretadas nesse mesmo sentido: GOMES; SILVA, 2015, p. 346-347.

²⁶ BOTTINO, 2016, p. 384. De modo semelhante, afirmando que a regra de corroboração impõe que a finalidade do processo se mantenha e que a colaboração busque elementos de prova independentes que

2. DISTINÇÃO ENTRE ELEMENTOS INFORMATIVOS E PROBATÓRIOS PRODUZIDOS PELA COLABORAÇÃO PREMIADA

A colaboração premiada, como visto, pode ocorrer nos diversos momentos da persecução penal. Por isso, em vários casos (o que tem sido regra na prática atual), sua formalização pode ocorrer antes do início formal do processo, ainda na fase de investigações preliminares, a qual (conforme visão majoritária) se pauta pelo sigilo, que impede a informação e a reação dos corréus incriminados.

Entretanto, a partir da lógica de oralidade e publicidade que deve guiar o sistema acusatório,²⁷ é necessário que somente possam ser valorados pelo julgador no sentenciamento aqueles elementos de prova produzidos durante a fase processual da persecução, com respeito ao contraditório. Tal premissa caracteriza a “regra de ouro do processo acusatório”, a qual, na visão de Paolo Ferrua, impõe que “as declarações de testemunhas e coimputados têm valor de prova no processo somente quando produzidas com o método do exame cruzado; e, salvo exceções taxativamente previstas (por ex., a irrepetibilidade superveniente), nenhuma declaração recolhida unilateralmente pode ser utilizada como prova no juízo, nem contestar a prova que tenha sido produzida durante o depoimento oral”.²⁸

Essa lógica direciona-se essencialmente às provas de cunho oral, em que o coimputado, a testemunha ou o perito apresentem suas declarações pessoalmente, submetendo-se à sistemática de produção do exame cruzado.²⁹ Como esclarece Mariana Lauand, referindo-se à eventual prova oral realizada na etapa preliminar: “Não poderão tais declarações ser consideradas meio de prova. Isto porque não se produz prova na primeira fase da persecução penal. Somente poderão ser considerados provas, no sentido técnico-processual do termo, aqueles elementos produzidos na presença do juiz e das

possibilitem a desnecessidade das declarações do delator em juízo: MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada, p. 256.

²⁷ MAYA, 2015, p. 181-287.

²⁸ FERRU, 2012, p. 2 (tradução livre).

²⁹ Sobre o modelo de produção de prova oral em exame cruzado, ver: ARANTES FILHO, 2016, p. 58-118.

partes, as quais devem ter efetiva possibilidade de participar de sua produção e oferecer contraprova.”³⁰

Aqui é fundamental desvelar a função que deve ser desempenhada pela investigação preliminar na justiça criminal. Segundo Marta Saad: “é imprescindível a existência das duas fases no procedimento da persecução penal, a primeira delas dita persecução ou instrução, preliminar ou prévia, apresentando dupla função, ou objetivo. O primeiro deles preservador, diminuindo, ou minimizando, acusações infundadas, temerárias e até caluniosas e evitando o custo de acusações inúteis. O segundo, preparatório, acautelando eventuais meios de prova.”³¹

Para Lopes Jr., “a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório”.³² Portanto, ao produzir elementos informativos para guiar a decisão acusatória (oferecer a denúncia ou arquivar) e o seu controle judicial (receber ou não a denúncia), a investigação preliminar consolida-se como instrumento de limitação do poder punitivo. Sua função, por conseguinte, será determinar a necessidade e a viabilidade da persecução penal, o que se dá de modo mais célere e com menor aprofundamento cognitivo, em comparação com a fase processual.

Com finalidades distintas, as fases de investigação preliminar e juízo oral (processual) devem ser guiadas por uma separação de seus elementos, a qual deve ser a regra geral, com exceções raras e previstas em lei. Deve-se repudiar a prática comum no processo penal brasileiro, que ocasiona a “indevida intromissão dos elementos de informação coletados durante a investigação na atividade jurisdicional”.³³ Essa lógica é fomentada pela redação atual do art. 155 do CPP, que embora direcione-se a tal postura,

³⁰ LAUAND, 2008, p. 110.

³¹ SAAD, 2004, p. 23-24.

³² LOPES JR, 2012, p. 272.

³³ CHOUKR, 2001, p. 133.

finda por abrir espaço a exceções que se tornaram a regra na prática brasileira: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Então, como primeira premissa de estudo sobre a valoração da colaboração premiada, os elementos dela decorrentes devem, para poderem ser considerados provas, respeitar as regras do júízo oral e público, que conformam o sistema acusatório. Assim, impõe-se a sua produção na fase processual, com respeito ao contraditório e ao sistema de formação em exame cruzado. Eventuais declarações do colaborador tomadas na etapa preliminar, em sigilo e/ou sem o respeito ao contraditório dos coimputados, não podem ser transplantadas ao processo, vedando-se a sua valoração no sentenciamento.

3. A VALORAÇÃO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO JUÍZO CONDENATÓRIO DA SENTENÇA

Um dos principais dispositivos introduzidos pela Lei 12.850/13 para a pretensão de limitação da colaboração premiada é o §16 do artigo 4º, que determina: “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Essa é uma posição firmada na doutrina³⁴ e na jurisprudência nacional de modo pacífico.³⁵ Ainda que a própria legislação imponha o dever de veracidade, isso não altera o cenário de fragilidade das declarações do colaborador.³⁶

³⁴ BITTAR, 2011, p. 194; BITTAR, 2017, p. 244; SILVA, 2014, p. 71; VALLE, 2012, p. 128; MENDONÇA, 2013, p. 29; GOMES; SILVA, 2015, p. 346-347; MANDARINO, 2016, p. 266-268. Na doutrina clássica: MITTERMAYER, 1871, p. 123-125; ESPÍNOLA FILHO, 2960, p. 39-40.

³⁵ “Desde logo, adianta-se, a posição majoritária é a que nega a possibilidade de um júízo condenatório fundar-se exclusivamente em declarações de coimputado beneficiário do instituto premial; diz-se mesmo que a quase totalidade das obras e posicionamentos doutrinários consultados não admitem que este elemento de prova tenha força de, isoladamente, sustentar o decreto de condenação.” (PEREIRA, 2016, p. 73-74).

³⁶ SILVA, 2014, p. 71.

Tal dispositivo tem inspiração e deve ser lido em conjunto com o atual art. 197 do CPP: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”. Ambos são medidas impositivas para a tentativa de não retorno a um sistema em que a palavra do acusado se torna a “rainha das provas”.³⁷

Assim, configura-se um “limite negativo à persuasão racional”,³⁸ ou uma regra de prova legal negativa,³⁹ visto que se limita o livre convencimento judicial, determinando que tal elemento de prova não é suficiente para embasar uma condenação. Certamente, essa vedação impõe-se em relação aos corréus incriminados, mas também ao próprio colaborador.⁴⁰

Além disso, a jurisprudência consolida fortemente a insuficiência da colaboração premiada.⁴¹ Em julgado paradigmático, o STF afirmou: “o art. 4º, § 16, da Lei no 12.850/13, ao prever que ‘nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador’, inspira-se nitidamente no citado art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade (“attendibilità”), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (...)”.⁴² Igualmente, vale citar os seguintes precedentes da corte: HC 71.803, HC 74.368, HC 75.226, HC 81.618, HC 84.845, HC 90.708, HC 94.034, RExt 213.937, AP 465/DF. Já no âmbito do STJ, remete-se aos seguintes julgados: HC 9.850, RHC 11.240, REsp 190.409, REsp 337.570 e REsp 1.113.882.

³⁷ LOPES JR., 2012, p. 646. Sobre a insuficiência da confissão para a condenação: RODRIGUES, 2017, p. 112-118.

³⁸ MENDONÇA, 2013, p. 28.

³⁹ BADARÓ, 2015, p. 458; MENDONÇA, 2016, p. 254.

⁴⁰ OSÓRIO; LIMA, 2016, p. 167.

⁴¹ BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 136; SANTOS, 2016, p. 88.

⁴² STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 51.

Embora a premissa assentada mostre-se pouco questionada, suas consequências carecem de maior determinação. Parte da doutrina costuma apresentar critérios “chavões” para delimitar a análise de confiabilidade da delação: “(1) a verdade da confissão; (2) a inexistência de ódio em qualquer das manifestações; (3) a homogeneidade e coerência de suas declarações; (4) a inexistência da finalidade de atenuar ou mesmo eliminar a própria responsabilidade penal; (5) a confirmação da delação por outras provas”.⁴³ Além do quarto elemento (4), que parece irônico diante da razão essencial da aceitação ao mecanismo negocial pelo imputado (busca do prêmio para melhorar sua situação), os critérios (1), por seu raciocínio circular, e (2), pela dificuldade de verificação, também restam esvaziados.

Embora não se negue que a análise do caso concreto se mostre fundamental,⁴⁴ é clara a necessidade de aprofundamento na construção dos elementos de verificação para confirmação da colaboração premiada. Segundo Danilo Knijnik, a valoração das declarações incriminatórias de um corréu a outro deve ser condicionada a um “*exame bifásico*”. Inicialmente, “verifica-se se o réu pretende, ou não, eximir-se de sua própria responsabilidade com uma delação, bem como se a respectiva declaração apresenta ou não inconsistências intrínsecas”. Posteriormente, em um “juízo de corroboração ou confrontação”, deve-se analisar “a existência de provas independentes que demonstrem a participação do correu”.⁴⁵

Pensa-se, portanto, que o *exame bifásico* sobre a possibilidade de valoração da colaboração premiada deve se pautar por: (1) confiabilidade interna; e, (2) corroboração externa.⁴⁶

3.1. Confiabilidade interna

⁴³ SILVA, 2013, p. 72.

⁴⁴ “Realmente, impossível prever abstratamente quando estará preenchida ou não a regra de corroboração. Somente o magistrado, no exame do caso concreto, é que poderá dizê-lo” (MENDONÇA, 2016, p. 257).

⁴⁵ KNIJNIK, 2007, p. 108.

⁴⁶ De modo semelhante: MENDONÇA, 2016, p. 248.

Primeiramente, as declarações do colaborador devem ser analisadas a partir de critérios de verificação interna,⁴⁷ de modo que “deverá o julgador atentar para os seguintes aspectos: valor da confissão, eventuais motivos espúrios que teriam levado o imputado a fazer a colaboração processual e homogeneidade e coerência de suas declarações”.⁴⁸ Assim, determinam-se critérios subjetivos e objetivos.

Em relação aos elementos intrínsecos subjetivos, conforme Gustavo Badaró, sua valoração deve “se basear em um juízo unitário e complexo, considerando a pessoa do delator, com vistas a sua personalidade, seu passado, as razões que o levaram a confessar, etc.”.⁴⁹ Trata-se, contudo, de parâmetros de difícil verificação pelo julgador, cuja comprovação padece de indevidos espaços de discricionariedade e potencial arbitrariedade. Pensa-se que somente se existirem elementos concretos que demonstrem eventuais motivos inidôneos (intenções de falsa incriminação aos coimputados) poder-se-ia aventar a possibilidade de sua consideração para fragilização da confiabilidade interna.

Por outro lado, os elementos intrínsecos objetivos representam critérios fundamentais nesta temática. Aqui destaca-se a necessidade de homogeneidade e coerência nas versões apresentadas pelo delator,⁵⁰ o que deve somar-se a uma “boa estruturação do ponto de vista lógico”, sem contradições, mantendo a “persistência na incriminação”.⁵¹ As declarações do colaborador não podem apresentar brechas e lacunas, devendo ser abrangentes, e, igualmente, precisam manter a linearidade, sem contradições e mudanças injustificadas, e a univocidade, de modo a não autorizar interpretações ambíguas.⁵²

Ademais, segundo Nieva Fenoll, elemento fundamental na análise das declarações do colaborador é a verificação da existência de “*detalhes oportunistas*”, ou seja,

⁴⁷ PEREIRA, 2016, p. 201-202; MENDONÇA, 2016, p. 249.

⁴⁸ LAUAND, 2008, p. 138.

⁴⁹ BADARÓ, 2015, p. 459.

⁵⁰ SILVA, 2014, p. 73; LAUAND, 2008, p. 139.

⁵¹ NIEVA FENOLL, 2010, p. 224 (tradução livre).

⁵² BADARÓ, 2015, p. 459; MENDONÇA, 2016, p. 250-252.

referências a elementos desnecessários, que pretendam reforçar argumentativamente suas posições ou fragilizar os coimputados, como, por exemplo, “detalhes da sua vida privada anterior que não interessem ao caso concreto, ou aspectos de sua personalidade que não tenha relação direta com os fatos investigados”.⁵³ Trata-se de verificação excessivamente subjetiva, que, portanto, foge aos controles democráticos essenciais ao processo decisório e, assim, inviabiliza a importância dada pelo autor.

Outro elemento ressaltado por Nieva Fenoll é a “*contextualização das declarações*”, pois a exposição do colaborador deve “oferecer detalhes de um momento ou ambiente no qual teriam ocorrido os fatos relatados”, como, por exemplo, situações periféricas que ocorreram no momento do delito. Considerando-se que os corréus delatados estavam no mesmo local em idêntico período, há uma ampla possibilidade de confrontação de versões, visando à verificação de alegações falsas, o que pode fragilizar a confiabilidade do testemunho.⁵⁴

3.2. Corroboração externa

Além da aferição interna, a colaboração premiada precisa ser confirmada por elementos externos, a partir de um exame que se projeta na “identificação de uma prova independente, capaz de demonstrar e comprovar que a manifestação do cúmplice é verdadeira no que se refere a um corréu”.⁵⁵ Ou seja, “o juiz não poderá, portanto, utilizar a colaboração processual isoladamente para confirmar a hipótese que deseja provar, mas sim levar em consideração todos os elementos de prova introduzidos no processo de maneira regular, e que sejam relevantes para a determinação dos fatos objeto de apuração.”⁵⁶

⁵³ NIEVA FENOLL, 2010, p. 246 (tradução livre).

⁵⁴ Ibidem, p. 245 (tradução livre).

⁵⁵ KNIJNIK, 2007, p. 109.

⁵⁶ LAUAND, 2008, p. 140. De modo semelhante: SILVA, 2014, p. 74.

Por certo, a confirmação deve se dar por meio de elementos lícitamente obtidos e passíveis de valoração na fase processual.⁵⁷ Assim, não se pode aceitar a corroboração com elementos informativos produzidos em âmbito de investigação preliminar, sem atenção aos procedimentos adequados ou em violação ao contraditório. Por exemplo, no HC 74.368, o STF assentou que um reconhecimento fotográfico (exibição de foto à testemunha) é meio precário de prova, que, mesmo corroborado por incriminação de corrêu (produzida na investigação preliminar e retratada em juízo), mostra-se insuficiente para a condenação.⁵⁸

Um ponto fundamental que deve ser ressaltado é que a corroboração deve ser dar com elemento probatório relacionado (direta ou indiretamente) ao *thema probandum* em análise, e não a questões tangenciais às declarações do delator.⁵⁹ Por exemplo, se o acusado afirma ter participado de um roubo a banco com o corrêu em um dia após o almoço, depois de tomar café em um bar, e é produzido o depoimento de um garçom do estabelecimento que somente confirma ter servido o café ao imputado, não há corroboração do fato objeto da persecução, mas de elemento colateral da descrição fática. Logo, em uma situação semelhante à descrita, as declarações do colaborador ainda careceriam de corroboração externa.

⁵⁷ No julgamento do AgRg AREsp 422.441, o STJ assentou que “as provas testemunhais, obtidas por meio de delação premiada, em consonância com as demais provas produzidas na fase judicial da persecução penal, são elementos idôneos para subsidiarem a condenação do agente” (STJ, AgRg AREsp 422.441, rel. Min. Reynaldo Fonseca, j. 18/08/2015). Assim, em interpretação inversa, a confirmação não poderia se dar por elementos informativos produzidos na etapa investigativa.

⁵⁸ STF, HC 74.368/MG, plenário, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 01/07/1997.

⁵⁹ Em sentido contrário: PEREIRA, 2016, p. 207. Em realidade, porém, o autor parece afirmar que não se impõe a necessidade de provas diretas, de modo que também devem ser aceitas provas indiretas (indícios), as quais se relacionam com o *thema probandum*, embora indiretamente, por meio de uma inferência adicional em seu raciocínio valorativo. Sobre isso, ver: TARUFFO, 2011, p. 455. De modo semelhante à posição de Veldey Pereira, as considerações de Borges de Mendonça no sentido de que “os elementos de corroboração serão muitas vezes dados acessórios, não necessariamente ligados diretamente ao *thema probandum*, ou seja, ao objeto da imputação” devem ser lidas com cautela, pois é sim fundamental uma relação ao menos indireta, vedando-se a corroboração por elementos genéricos e circunstanciais alheios. Nesse sentido, o próprio autor esclarece: “embora não precisem dizer diretamente com o fato delitivo, devem ser dados relevantes e que se conectem, ainda que indiretamente e de alguma forma, com o fato delitivo” (MENDONÇA, 2016, p. 260-261).

A confirmação por elementos probatórios distintos deve se dar em relação a cada fato relevante ao processo, além de individualmente por coimputado incriminado.⁶⁰ Por exemplo, se o delator incrimina em suas declarações três corréus em quatro fatos delituosos distintos, é imprescindível a corroboração individual de cada fato e em relação a cada corréu.

Diante do exposto, conclui-se que a necessidade de corroboração externa às declarações do colaborador não impõe a produção de elementos de prova para confirmar a confiabilidade do acusado de um modo genérico, como se fosse um testemunho abonatório. Na esteira de Gustavo Badaró, afirma-se que “se assim não fosse, o sentido dessa corroboração se confundiria simplesmente com uma confirmação genérica da atendibilidade do declarante, e não com a corroboração externa das asserções fáticas da declaração do delator”.⁶¹ Portanto, determina-se, em realidade, a comprovação confirmatória de suas declarações incriminatórias, a partir de elementos externos, preferencialmente independentes à sua atuação cooperativa.

3.3. Corroboração cruzada: uma colaboração premiada pode ser o elemento de confirmação de outra?

Uma discussão que se mostra pertinente no estudo da necessidade de corroboração da colaboração premiada diz respeito à possibilidade de confirmação cruzada, ou seja, de que as declarações de um delator ratifiquem a versão de outro imputado também vinculado a um acordo premial. Segundo Valdez Pereira, “em tese poderia ser admitido, desde que as colaborações tenham vindo a conhecimento dos órgãos de acusação de modo independente e em procedimentos separados, em circunstâncias tais em que se excluíssem os riscos de acordos falsos ou de recíprocas interferências entre os colaboradores”.⁶²

⁶⁰ BADARÓ, 2015, p. 459. Sobre isso: PEREIRA, 2016, p. 209-210; MENDONÇA, 2016, p. 262-264.

⁶¹ BADARÓ, 2015, p. 459.

⁶² PEREIRA, 2016, p. 210. Assim também: MENDONÇA, 2016, p. 266-270.

Contudo, parece claro que a fragilidade da prova produzida em razão de um acordo premial não decorre da inconfiabilidade de “um” delator, mas, em realidade, das inconsistências e aporias do próprio instituto da colaboração premiada. Assim, na visão de Gustavo Badaró, “não deve ser admitido que o elemento extrínseco de corroboração de uma delação premiada seja caracterizado pelo conteúdo de outra delação premiada”.⁶³ Tal posição foi adotada pelo STF no julgamento do HC 127.483, em que se asseverou não haver razão na afirmação de que “nada obsta que os elementos de prova que confirmem uma delação possam ser representados por declarações de um diverso coimputado”.⁶⁴

4. A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO FUNDAMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES, DE INÍCIO A INVESTIGAÇÕES OU PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA

Além da insuficiência da colaboração premiada para fundamentação de uma sentença penal condenatória, questiona-se também a sua capacidade de embasar outras decisões no curso da persecução penal, como o início das investigações (abertura de inquérito policial), a decretação de medidas cautelares ou meios de obtenção de provas, ou a abertura do juízo (recebimento da denúncia).

Embora possa-se pretender justificar tal admissibilidade em razão do menor *standard* probatório necessário para concretização de tais medidas,⁶⁵ pensa-se que é fundamental a adoção de visão restritiva, limitando as consequências intrusivas oriundas da justiça criminal negocial. Para Valdez Pereira, “não se há como pretender embasar uma prisão cautelar apenas com suporte nas declarações; a suspeita que nasce de declaração à qual se conferiu credibilidade interna não é o indício racional suficiente de

⁶³ BADARÓ, 2016, p. 460.

⁶⁴ STF, HC 127.483/PR, plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, p. 52. Assim também em: PET 5700, STF, Min. Celso de Mello, Decisão em 22/09/2015.

⁶⁵ BECHARA, 2015, p. 7.

autoria para embasar uma prisão preventiva, serve apenas para se atribuir a condição de investigado pela admissão inicial da denúncia”.⁶⁶

Diante de tais problemáticas, pensa-se que as declarações do colaborador devem sempre ser confirmadas por elementos externos, restando prejudicada a imposição de qualquer medida intrusiva exclusivamente nelas fundamentadas.⁶⁷ Na visão de Mariana Lauand, “não nos parece ser o instituto – seja como meio de prova, na fase judicial, seja como elemento de convicção, na primeira fase da persecução penal – suficiente para evidenciar o *fumus commissi delicti* necessário para a decretação de medidas cautelares penais de natureza real e, principalmente, de natureza pessoal”.⁶⁸

O cenário é o mesmo em relação ao recebimento da denúncia para abertura da fase processual da persecução.⁶⁹ Adotando tal visão, o PL 4.372/16 propõe a inserção de parágrafo ao art. 4º da Lei 12.850/13 nos seguintes termos: “Nenhuma denúncia poderá ter como fundamento apenas as declarações de agente colaborador”.⁷⁰ Por um lado, o STF já indicou que, embora não se mostre suficiente para a condenação, o “objeto da delação” ou o “depoimento prestado no âmbito de colaboração premiada” são aptos ao recebimento da denúncia.⁷¹ Contudo, por outro, o STJ manifestou-se no sentido de que é

⁶⁶ PEREIRA, 2016, p. 203.

⁶⁷ “Isoladamente, as declarações de réus colaboradores, ainda que sob o compromisso de dizerem a verdade, não podem ser consideradas provas, nem sequer indícios, que possam ensejar o recebimento de uma acusação criminal, a imposição de medidas cautelares ou um decreto condenatório.” (BOTTINO, 2016, p. 385). De modo semelhante: MENDONÇA, 2016, p. 272-274.

⁶⁸ LAUAND, 2008, p. 146.

⁶⁹ Ibidem, p. 150; MENDONÇA, 2016, p. 274. Sobre isso: BITTAR, 2017, p. 240-247.

⁷⁰ No dia 30/08/2016 foi aprovado parecer pela rejeição do projeto na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, sob o fundamento de que “porque, conforme consabido, o instituto da colaboração premiada tem se mostrado uma ferramenta importante para a desarticulação de organizações criminosas envolvidas nos mais diversos crimes, inclusive contra a administração pública. Assim, qualquer tentativa de mitigar esse relevante instrumento mostra-se, sem qualquer dúvida, inconveniente e inoportuno”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=83D378FA7E962D62BBADA747B2CFC229.proposicoesWebExterno1?codteor=1485107&filename=Parecer-CSPCCO-22-08-2016>. Acesso em: 14 abr. 2017.

⁷¹ STF, Inq. 3.984/DF, 2ª turma, rel. Min. Teori Zavascki, j. 06/12/2016. p. 35-36; STF, Inq. 3.983/DF, plenário, rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/03/2016. p. 175.

ausente lastro probatório mínimo para a justa causa da persecução penal “quando a única prova produzida é resultante de delação premiada de supostopositor político”.⁷²

Por outro lado, pode-se unicamente aventar a possibilidade de início de investigações paralelas, a partir dos elementos apresentados pelo delator, de modo semelhante ao regime da *notitia criminis*, ou, dependendo da situação, conforme a urgência do caso, a imposição de medidas cautelares probatórias em busca de elementos para a corroboração da colaboração.⁷³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A barganha, a colaboração premiada, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são mecanismos da justiça criminal negocial, pois se caracterizam como facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais célere e menos oneroso.⁷⁴ Conquanto tais mecanismos apresentem distinções, como a supressão integral ou manutenção (ainda que aparente) do processo, a característica essencial é compartilhada: busca-se o afastamento do réu-colaborador de sua posição de resistência, facilitando a persecução penal ao esvaziar, na prática, seu direito de defesa.

É indispensável ressaltar a extrema importância da vedação de condenação baseada exclusivamente nas declarações do delator, determinando-se uma rígida e objetiva imposição de confirmação por elementos probatórios independentes. Ou seja, *a regra de corroboração é uma imposição que determina a manutenção da necessidade do processo penal.*

Assim, fragilizando-se a força probatória da colaboração premiada, deve-se repudiar a conversão do processo em um instrumento falacioso para mera confirmação

⁷² STJ, QO na AP 514/PR, Corte Especial, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/10/2010. p. 8.

⁷³ MENDONÇA, 2016, p. 272-273.

⁷⁴ Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, 2016, p. 192-196.

forjada das incriminações realizadas pelo delator.⁷⁵ José Santiago afirma que “a delação acaba tendo como consequência a formação do quadro mental paranoico, eis que a confiança cega na versão de um delator leva à formação de uma hipótese a qual se passará a buscar qualquer elemento que seja que a fundamente, pouco importante a (re)construção dos fatos através dos argumentos e provas”.⁷⁶ Tal situação precisa ser rechaçada com o maior rigor possível, estruturando-se mecanismos de controle e limitação capazes de fragilizar as teses acusatórias, possibilitando o exercício do direito de defesa e do contraditório.

REFERÊNCIAS

- ANSELMO, Márcio A. *Colaboração Premiada*. O novo paradigma do processo penal brasileiro. Doutrina e Prática. A visão do delegado de polícia. Rio de Janeiro: Mallet, 2016.
- ARANTES FILHO, Marcio G. B. *O cross-examination* como procedimento probatório para produção de prova testemunhal no direito processual penal brasileiro. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ARAÚJO, Vicente L. Considerações acerca da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista In Verbis*, Natal, v. 20, n. 38, p. 257-266., jul./dez. 2015.
- ARDENGHI, Ricardo Pael. Fim do sigilo da delação premiada com o recebimento da denúncia: necessidade de uma interpretação à luz do garantismo penal integral. In: VITORELLI, Edilson (org.). *Temas atuais do Ministério Público Federal*. 3a ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

⁷⁵ BRITO, 2016, p. 73-74.

⁷⁶ SANTIAGO NETO, 2016, p. 42.

- BECHARA, Fábio Ramazzini. Colaboração processual: legalidade e valor probatório. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, v. 269, p. 6-7, 2015.
- BECHARA, Fábio R.; SMANIO, Gianpaolo P. Colaboração premiada segundo a teoria geral da prova nacional e estrangeira. *Caderno de Relações Internacionais*, vol. 7, n. 13, ago./dez. 2016. <https://doi.org/10.22293/2179-1376.v7i13.415>
- BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. *Comentários à Lei de Organização Criminosa*. Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITTAR, Walter Barbosa. A Delação Premiada no Brasil. In: BITTAR, Walter Barbosa (coord.). *Delação Premiada*. Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BITTAR, Walter B. O problema do conteúdo da valoração do depoimento dos delatores diante do conceito de justa causa para o regular exercício da ação penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 225-251, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.41>
- BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.
- BRITO, Michelle B. *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais na Investigação Criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- COUTINHO, Jacinto Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do Estado. *Revista de Estudos Criminais*, São Paulo, ano VI, n. 22, p. 75-84, abr./jun. 2006.
- DIPP, Gilson. *A "delação" ou colaboração premiada: uma análise do instituto pela interpretação da lei*. Brasília: IDP, 2015. <https://doi.org/10.11117/9788565604574>
- FERRUA, Paolo. *Il 'giusto processo'*. 3ª ed. Bologna: Zanichelli, 2012.

- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. Vol. III. 5^a ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- ESSADO, Tiago Cintra. Delação premiada e idoneidade probatória. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 21, v. 101, p. 203-227, 2013.
- FILIPPETTO, Rogério; ROCHA, Luísa C. V. C. *Colaboração Premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo R. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHEL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (orgs). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-318.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízo cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MANDARINO, Renan Posella. Limites probatórios da delação premiada frente à verdade no processo penal. In: IASP/CIEE. *Aspectos penais controversos da colaboração premiada*. São Paulo: IASP, 2016.
- MAYA, André Machado. *A oralidade como técnica de redução das práticas autoritárias no processo penal*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, p. 01-38, 2013.

- MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In: SALGADO, Daniel R.; QUEIROZ, Ronaldo P. (orgs.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MILHOMENS, Eduardo B. A.; GUILHERME, Lázaro S. G. Delação premiada. *In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (orgs.). Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tomo II. Rio de Janeiro: A. A. da Cruz Coutinho, 1871.
- NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.
- OSÓRIO, Fernanda C.; LIMA, Camile E. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei n. 12.850/2013. *In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo (org.). Processo Penal e Garantias*. Estudos em homenagem ao professor Fauzi Hassan Choukr. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 153-170.
- PENTEADO, Jaques de Camargo. Delação Premiada. *In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio M. (coord.). Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. Visão luso-brasileira. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 627-660.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação Premiada*. Legitimidade e Procedimento. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- QUINTIERE, Víctor M. Breves reflexões a respeito da colaboração premiada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In: ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (orgs.). Delação Premiada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 103-130, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.32>

- SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: RT, 2004.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 29-46.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd ; GRECO, Luís (org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SILVA, Eduardo Araujo da. *Organizações Criminosas*. Aspectos penais e processuais da lei nº 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.
- SUXBERGER, Antonio H. G. Colaboração premiada e a adoção da oportunidade no exercício da ação penal pública. In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). *A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 09-28.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. 4ª ed. Madri: Trotta, 2011.
- TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale*. 11ª ed. Milano: Giuffrè, 2010.
- TRISTÃO, Adalto D. *O interrogatório como meio de defesa*. Enfoque constitucional e processual penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- VALLE, Juliano Keller do. *Crítica à Delação Premiada: uma análise através da teoria do garantismo penal*. São Paulo: Conceito Editorial, 2012.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. Lide na justiça criminal? Sobre a importância do conflito de interesses entre as partes processuais e sua irrelevância para a necessidade do

Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 119, p. 165-199, abr./jun. 2016.

ZANELATO, Vilvana Damiani. A colaboração premiada como instrumento de política criminal garantista em sua dupla dimensão. *In: MENDES, Soraia da Rosa (org.). A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva*. Brasília: IDP, 2016. p. 106-119.



Área 3: Direito e sociedade

Segurança Pública, Gênero e Relações Raciais

**OMISSÃO POLÍTICA E VIOLÊNCIA ELEITORAL DE GÊNERO: QUANDO A
*POLITICS FAZ A POLICY***

Ary Jorge Aguiar Nogueira

Resumo: O presente trabalho pretende discutir a relação entre a omissão estatal quanto à violência de gênero e os assassinatos de candidatas nas eleições municipais brasileiras de 1998 a 2016. O título remete à célebre assertiva de Lowi (1964), famosa por descortinar a interdependência entre a política (*politics*) e as políticas públicas (*policies*). A metodologia empregada conjuga métodos quantitativos e qualitativos, eis que além dos dados empíricos numéricos, agrega elementos de proposição indutiva, na tentativa de propor explicações para o fenômeno estudado. Como não há registros oficiais, a base de dados utilizada teve de ser construída, utilizando-se o cruzamento entre as informações sobre registros de candidaturas, notícias de jornal e processos judiciais. A locução violência eleitoral tem sido utilizada genericamente de duas formas: ora como um subconjunto de atividades inseridas em um conflito político maior, ora como um tipo de fraude eleitoral (HÖGLUND, 2007). Na segunda acepção, envolve a utilização de esforços clandestinos para moldar os resultados eleitorais (LEHOUCQ, 2003). Espera-se que a competitividade eleitoral não descambe para a violência, mesmo que para muitos esta faça parte das condições, meios e fins da política (BALIBAR, 2015). No entanto, a literatura aponta que muitas vezes a violência contra competidores é uma estratégia complementar bastante valorizada na política (DUNNING, 2011; TILLY, 2003; DUMOUCHEL, 2012). Embora as mulheres constituam mais de metade da população, a participação feminina na política ainda é pequena. Isto não apenas reflete o patriarcalismo ainda vigente na sociedade brasileira, mas apresenta novos desafios àquelas que decidem enfrentar as dificuldades da contenda política. Apesar da política de quotas para candidaturas, a participação da mulher na política brasileira encontra-se entre as mais reduzidas do mundo (SABINO; LIMA, 2015) e o Estado tradicionalmente é omissor na formulação de *policies* em favor das mulheres. Omissão academicamente relevante desde o trabalho de Bachrach e Baratz (2011), notório por qualificar o não fazer político igualmente como política pública. Os resultados preliminares apontam que a maior parte

dos assassinatos de candidatas mantém ligação com situações de violência doméstica e/ou familiar, com 80% (oitenta por cento) de prevalência do ex-cônjuge ou ex-companheiro como autores da violência fatal. O Brasil é um país complexo, que apesar de ainda muito machista (VENTURI; GODINHO, 2013), logrou sagrar sua primeira presidenta. No entanto, ainda se observa que, em relação à formulação de políticas públicas, muitas vezes é mantida a visão da mulher como mero objeto da política criminal (MENDES, 2014). O contexto político institucional é importante para explicar taxas de violência (HOELSCHER, 2015; COUTINHO, 2014) e por isso mesmo, a violência supostamente doméstica que transborda para o âmbito eleitoral constitui um importante foco de análise, justamente porque traz a lume o papel do estudo da vítima, esta personagem tantas vezes esquecida, que não é exclusivamente a pessoa ofendida pelo crime, mas é uma pessoa que sofre e que tem de suportar uma brusca interrupção de seu percurso normal de vida (SICURELLA, 2012). Os mecanismos institucionais que conduzem à invisibilidade deste problema denotam que apesar dos avanços, ainda há muito que se alcançar.

Palavras-chave: violência, assassinatos, eleições, candidatas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a omissão estatal como política pública quanto à violência de gênero com repercussão eleitoral manifestada no assassinato de candidatas nas Eleições Municipais Brasileiras entre 1998 e 2016.

Pretende-se discutir, ainda, a relação entre a política e a formulação de políticas públicas, tal como proposta inicialmente por LOWI (1972), bem como as circunstâncias nas quais a omissão deliberada dos detentores do poder se transforma em política pública, ou seja, quando o processo de não decisão é relevante (BACHRACH; BARATZ, 2011).

A metodologia de trabalho empregada consiste na revisão bibliográfica de livros e artigos pertinentes aos temas abordados, bem como a análise documental de pesquisas.

Como não há estatísticas oficiais acerca dos candidatos assassinatos em eleições brasileiras, a base de dados teve de ser inteiramente construída pelo autor. Inicialmente, foram consultados os candidatos mortos durante as campanhas eleitorais de 1998 a 2016, junto ao Repositório de Dados Eleitorais, gerenciado pelo Tribunal Superior Eleitoral.

Tendo em vista que o referido tribunal arquiva apenas a informação do óbito, sem qualquer indicação do motivo, as candidatas falecidas tiveram seus nomes submetidos a consultas nas bases de dados de jornais de grande circulação nacional (O GLOBO e FOLHA DE SÃO PAULO), Tribunais de Justiça dos Estados e sites de busca na internet, a fim de se obter informações acerca de eventuais crimes violentos que tenham ensejado o óbito.

Como é de se esperar, o assassinato de uma candidata é um fato que chama bastante atenção na mídia, motivo pelo qual, além de notícias de jornais acerca dos assassinatos, foram encontradas, consistentemente, informações nos sites de Tribunais de Justiça acerca dos processos instaurados em relação aos crimes.

Os resultados apontam que a maior parte dos assassinatos de candidatas mantém ligação com situações de violência doméstica e/ou familiar, com 80% (oitenta por cento) de prevalência do ex-cônjuge ou ex-companheiro como autores da violência fatal. A ausência de uma estatística oficial acerca de informação tão relevante é um sério indicativo da omissão estatal quanto à violência eleitoral de gênero, ou seja, a violência praticada contra a mulher em decorrência de sua condição feminina, com efeitos ou repercussão eleitoral.

O objetivo principal do trabalho é incitar o debate acerca da notória omissão estatal quanto à violência perpetrada contra mulheres, bem como expor à luz o quanto de desigualdade ainda grassa em matéria eleitoral no Brasil.

DA VIOLÊNCIA POLÍTICA À VIOLÊNCIA ELEITORAL

A violência é um fenômeno que não se pode dissociar da realidade social, afinal, não se conhece sociedade humana desprovida de manifestações violentas (RIVERA;

HERREROS, 2010, p. 7). Por sua vez, Pierre Clastres (2004, p. 231-270) afirma que nas sociedades primitivas o estado de guerra é permanente e constitui a estrutura destas.

Do ponto de vista coletivo, a violência pode assumir várias manifestações: rituais violentos, destruição coordenada, oportunismo, brigas, agressões individuais, ataques dispersos, violações de negociação (TILLY, 2003, 14-16), cujos efeitos realimentam o circuito do medo, incorporando à cultura e ao imaginário social um “estado de violência” (TEIXEIRA, 1998).

Portanto, a violência constituiu sempre um ponto de relevante preocupação social, sendo certo que muito do pensamento sobre a formação do Estado toca esta questão como ponto fundamental. Cada grupo humano constituído produz valores, normas, regras e ritos que juntos (sob a forma de usos e costumes e do direito) contribuem de forma geral para sua própria sobrevivência. Este amontado normativo age sobre o corpo social como um sistema de regulação. (BESSETE, 2011, 61). Para Hobbes (2014), a humanidade necessitaria de um poder forte que controlasse a violência natural, emanada dos homens.

Sob a óptica criminológica, à luz das teorias de controle social, o indivíduo é motivado a manter comportamentos que a maioria dos membros da coletividade a que pertence julguem como adequado e o comportamento desviante é punido (BALLONI; BISI; SETTE, 2015, 279). Espera-se, portanto, que a violência seja um monopólio do Estado e que este não “abuse” deste privilégio, como nos casos de violência política. A violência política seria um efeito imediato da presença de ideologias que a justificam e normalmente constituiria a violência perpetrada pelo Estado contra grupos ou movimentos sociais de contestação (DELLA PORTA, 1995).

Esta posição é corroborada por Dumouchel (2012, p. 120), para quem a principal diferença entre a violência criminal e a a violência política não estaria na natureza das causas, na intenção dos agentes, tampouco nos tipos de ações cometidas, mas no fato de que o sucesso da ação passa a ser reconhecido como violência legítima, unicamente pelo simples fato de haver sido cometida.

Para outros, a violência política não seria unicamente esta modalidade de “abuso” de poder estatal, pois na verdade, a violência faria parte das condições, meios e fins da política (BALIBAR, 2015). Alguns governos usariam violência para ganhar as eleições;

outros, após as eleições para sufocar contestações (MUYOMBA-TAMALE, 2015, p. 1). Na América Latina, a violência política que transborda para o contexto eleitoral seria uma consequência da falta de acomodação política de grupos (não apenas classes) no coração do Estado, trazido por instituições menos inclusivas. (COUTINHO, 2014, p. 8)

Quando o conflito violento e a política eleitoral são vistos como complementos estratégicos e por isso, políticos utilizam em parte a violência para avançar em seus objetivos eleitorais, a distribuição do apoio eleitoral pode moldar os padrões de violência (DUNNING, 2011, p. 2). Uma das explicações mais convincentes para a votação persistente em candidatos violentos seria o fato de que os cidadãos supostamente perdoam os políticos violentos porque esperam que esses políticos entreguem benefícios uma vez no cargo (ROMERO; LEBAS, 2015).

A violência eleitoral é uma subcategoria da violência política, que tem recebido pouco tratamento teórico e metodológico (HOGLUND, 2007, p. 423), cuja acepção tomada em senso genérico, tem sido utilizada em dois caminhos de pesquisa: na primeira abordagem, a violência eleitoral é vista com um subtipo de atividades em um conflito político maior. Neste caso, é bastante estudada em sociedades divididas etnicamente. Na segunda abordagem, a violência eleitoral é vista como um tipo extremo de fraude eleitoral (LEHOUC, 2003, p. 233). Como outros tipos de violência, a definição de violência eleitoral torna-se um problema de caracterização de atores, atividades, tempo e motivação (HOGLUND, 2007, p. 415).

No entanto, a violência eleitoral é diferente de outras formas de violência por uma combinação de tempo, ou seja, a violência é realizada durante o período eleitoral; e motivação, pois o objetivo da violência eleitoral é influenciar o processo de disputa eleitoral e manipular seu resultado (ISLAM, 2015, p. 362).

Do ponto de vista internacional, as pesquisas sobre violência eleitoral, via de regra, centram-se nos atos violentos contra grupos étnicos fragilizados (SNYDER, 2000) ou contra a população em geral, sempre com o intuito de se assegurar eventual vantagem eleitoral, ou até mesmo, fraudar os resultados, eventualmente com participação de interesses estrangeiros. No entanto, há muitas indicações que sugerem também haver um forte componente local na produção de violência eleitoral (KALYVAS, 2003, p. 482).

Quanto aos efeitos da violência eleitoral, embora Goldsmith (2014) e Lindberg (2006) tenham afirmado que a violência teria impacto mínimo nos resultados eleitorais, o trabalho de Gregory Wallsworth (2015, p. 27) reporta que as pessoas reagem mesmo a baixos níveis de violência eleitoral, demonstrando que o medo pode ser um importante componente para o eventual absenteísmo do eleitor. Para Harish e Little (2017), a violência, assim como a ação política nãoviolenta, tornam-se mais efetivas durante os períodos eleitorais, o que incentiva seu uso.

Outras pesquisas apontam que as taxas de homicídios na população em geral seriam maiores onde os processos eleitorais são definidos por extremos de competição (eleições muito ou nada competitivas), bem como onde o poder político é altamente concentrado (Hoelscher, 2014, p. 37), o que indicaria um efeito de transbordamento da violência para outros estratos sociais.

DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

As sociedades de caça e coleta apresentavam consideráveis níveis de igualdade entre homens e mulheres, cujo declínio correspondeu ao avanço das sociedades agrícolas. À medida que os sistemas culturais baseados em religiões politeístas que apontavam a importância de deusas como matrizes de forças criativas associadas à fecundidade, foram se transformando em sistemas nos quais o homem, agora responsável pela plantação era a fonte principal da alimentação, abriu-se o caminho para a consolidação de sociedades patriarcais, nas quais os homens eram considerados criaturas superiores (STEARNS, 2017, p. 27-39).

A violência masculina contra as mulheres é um fenômeno constante na história, não conhece fronteiras, constituindo a expressão máxima do patriarcado, fruto da desigualdade e discriminação (CORTI, 2017, p.157). A maior parte das manifestações de violência são subvalorizadas no contexto de uma sociedade patriarcal onde a violência

nem sempre é vista como crime e muitas vezes a vítima depende economicamente do agressor (SICURELLA, 2012, p. 9-10).

Pode-se utilizar a título de definição de violência de gênero, o conceito adotado pela Organização das Nações Unidas no artigo primeiro, da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres, de 20 de dezembro de 1993.

Para os fins da presente Declaração, a expressão “violência contra as mulheres” significa qualquer ato de violência baseado no gênero do qual resulte, ou possa resultar, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico para as mulheres, incluindo as ameaças de tais atos, a coação ou a privação arbitrária de liberdade, que ocorra, quer na vida pública, quer na vida privada.

Embora muitas vezes relacionada à violência doméstica, a violência de gênero constitui um fenômeno mais amplo que aquela, pois inclui toda forma de violência cometida contra mulheres, motivada pela condição feminina da vítima.

A violência doméstica constitui um fenômeno muito difuso para o qual não há uma definição universalmente aceita (CREMONINI et al, 2017, p. 25), entretanto, para o fim deste trabalho, pode-se assumir a definição estabelecida no artigo 5º, da Lei n. 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha):

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Cabe aqui salientar que durante a maior parte da história, o discurso jurídico, entendido como prática discursiva socialmente determinada de produção de textos dotados de sentido e valor jurídicos (MONTEIRO, 2003, p. 51), exerceu papel fundamental na legitimação de uma ordem de gênero na sociedade, na qual o papel da mulher era relegado ao segundo plano.

Mudanças jurídicas normalmente são resposta a um longo processo de maturação de mudanças sociais. Apesar dos avanços legislativos que posteriormente serão destacados, persiste uma condição social adversa ao empoderamento feminino, pois muitas vezes a permanência do *status quo* é garantida por meio de muita agressão física e moral. Até nas situações em que há relativa igualdade, persiste uma forte cobrança de cunho moral, que não admite na prática que uma mulher possa, por exemplo, sair para se divertir com amigos, conduta socialmente admitida a seu parceiro (FREITAS; PINHEIRO, 2013, p. 148-149).

No âmbito eleitoral, que constitui o núcleo deste trabalho, mulheres são mais vítimas de intimidação e mais identificadas como vítimas, quando desempenham um papel público. Líderes de partidos, candidatas e ativistas políticas constituem mais de 48% (quarenta e oito por cento) das vítimas de violência eleitoral (BARDALL, 2011, p. 1).

As mudanças introduzidas no status legal das mulheres nos últimos sessenta anos tiveram um grande impacto no desenvolvimento de seus direitos. No entanto, muitos obstáculos permanecem especialmente para as vítimas de violência de gênero (HEIM, 2017, p. 40). Como salienta Mattucci (2017, p. 42), trabalhar uma história de gênero é um desafio cognitivo que chama igualmente os homens a pensar além do patriarcado.

DA OMISSÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA

O estudo das políticas públicas de forma autônoma se iniciou na década de 1930, fortemente influenciado pelas teorias behavioristas. Pode-se apontar como pioneiros neste campo H. D. Lasswell, H. A. Simon, C. Lindblom e D. Easton (SOUZA, 2014, p. 67). Segundo Lasswell (1936, p. 3), o estudo da política era o estudo da influência e dos influentes, sendo estes os que obtinham o máximo dos valores que havia a obter. Tais valores seriam deferência, renda e segurança. Aqueles que obtinham o máximo constituiriam a elite. O restante seria a massa. É igualmente de Laswell (1956) a introdução ao debate da noção de *functional analysis* (análise funcional), cujo aperfeiçoamento resultou no que hoje é conhecido como *policy cycle* (ciclo de políticas públicas).

A contemporânea abordagem teórica do ciclo de políticas públicas apresenta uma divisão em sete etapas principais (SECCHI, 2013, p. 43): 1) Identificação do problema; 2) Formação da agenda; 3) Formulação de alternativas; 4) Tomada de decisão; 5) Implementação; 6) Avaliação e 7) Extinção.

Cabe salientar que a visão de políticas públicas nesse momento era bastante vinculada à noção de regras. Verifica-se nas funções apontadas por Lasswell um nítido caráter prescritivo, que indicava a colmatação entre norma e conduta como marca da implementação das políticas públicas, algo bastante familiar aos operadores das ciências jurídicas.

Simon (1955) levou a discussão a um novo patamar, quando procurou explicar matematicamente o comportamento do homem individual ou grupos de indivíduos que tomam decisões em contexto organizacional. Tratava-se de um modelo comportamental de escolha racional, nome de sua grande obra.

O trabalho de Simon encontrou seu apogeu em 1957, quando elaborou o conceito de *bounded rationality* (racionalidade limitada), que apontava a impossibilidade de o comportamento de um indivíduo isolado atingir um alto grau de racionalidade, pois o número de alternativas seria tão grande e a informação que ele precisaria avaliar seria tão vasta que seria difícil conceber uma aproximação com racionalidade objetiva (SIMON, 2013, p. 92).

Easton (1957, p. 384) apresentou a noção de *political system* (sistema político), que tratava a formulação de políticas públicas como decorrentes de um sistema, no qual o ambiente forneceria como *inputs* (inserções) demandas e suportes, cujos *outputs* (resultados) seriam decisões ou políticas públicas, que realimentariam o sistema, reiniciando o ciclo.

O mencionado autor salientava a necessidade de formulação de uma teoria geral para o estudo da vida política (EASTON, 1957, p. 400), mas igualmente afirmava que não haveria um caminho perfeito para dizer o que seria ao mesmo tempo o correto e o melhor a ser feito.

Lindblom, por sua vez, de forma condizente com o cargo de professor de economia na Universidade de Yale, elaborou uma contundente crítica à primazia que a literatura sobre o processo decisório conferia a uma abordagem cuja implementação, para ele, seria impossível (LINDBLOM, 1959).

A abordagem criticada consideraria todos os possíveis resultados das políticas públicas, a inquirição de todos os valores considerados como tais pela sociedade e um prodigioso cálculo de ponderação entre os valores. Somente então o administrador poderia elaborar as alternativas que seriam comparadas para ao final tomar a decisão (LINDBLOM, 1959). Tratava-se, na verdade, de mais uma dura crítica à suposta racionalidade das decisões dos formuladores de políticas públicas (*policymakers*).

A partir da segunda metade da década de 1950, a visão elitista é consistentemente criticada pela abordagem pluralista do poder, cujo principal expoente é Robert Dahl. Para ele (DAHL, 1958, p. 469), a evidência acerca da existência de uma elite dominante, seja nos Estados Unidos ou em qualquer outra comunidade específica, não havia sido ainda adequadamente examinada.

Em 1957, Dahl definiu poder como a capacidade que um indivíduo tem de levar outro a fazer algo, que de outra forma, não faria (DAHL, 1957, p. 203), estabelecendo importantes características do poder: 1) o poder é relacional, ou seja, surge em uma relação entre atores políticos; 2) deve ser analisado em situações nas quais há divergência entre os atores; 3) aqueles que exercem o poder são aqueles cujas preferências se impõem e; 4) o poder só pode ser estudado em situações concretas.

Mas é em 1961, que o mencionado autor atinge o ápice de sua construção teórica, mediante as conclusões obtidas em um estudo empírico conduzido na cidade norte-americana de New Haven (DAHL, 2005), quando então chega à conclusão de que embora poucos atores tivessem influência direta sobre as decisões públicas, a grande maioria poderia influir diretamente por meio do voto.

Portanto, nos primórdios dos estudos de políticas públicas, pode-se identificar claramente duas linhas de abordagem aparentemente antagônicas, mas cuja importância para a consolidação da disciplina é inafastável: elitistas e pluralistas.

Ocorre que ambas as abordagens partiam de situações concretas, ou seja, de decisões efetivamente tomadas quanto às políticas públicas, desprezando a omissão dos atores políticos quando à inclusão de determinados temas na agenda de decisão.

Esta é a grande crítica levantada pelo trabalho de Peter Bachrach e Morton S. Baratz, que não poupa elitistas, tampouco pluralistas, ao questionar a negligência dos pesquisadores até então, acerca da possibilidade de que determinadas pessoas ou grupos possam limitar a tomada de decisões a matérias que envolvam poucas controvérsias, influenciando os valores da comunidade e os procedimentos e rituais políticos, inobstante a existência de conflitos de poder sérios, mas latentes no âmbito da comunidade (BACHRACH; BARATZ, 2011).

Ou seja, haveria uma outra face do poder mais sutil, capaz de evitar que o conflito atinja um ponto em que a decisão precise ser tomada e eventualmente o mais fraco seja subjugado. A análise do problema sequer chega às instâncias de tomada de decisão, não figurando na agenda política, portanto.

Assim, quando valores dominantes, as regras institucionais aceitas, as relações de poder existentes entre os grupos e os instrumentos de força, de forma singular ou em conjunto, efetivamente previnem que certas queixas se transformem em problemas importantes que clamem por soluções, pode-se dizer que há uma situação propícia à não tomada de decisões (BACHRACH; BARATZ, 1963).

Portanto, a política (*politics*) entendida como o meio de obtenção e manutenção dos recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem (BOBBIO, 2002),

exerce claramente influência na formulação e implementação de políticas públicas (*policies*).

Esta relação de interdependência foi tratada por Theodor J. Lowi, cujos trabalhos seminiais *American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory* (1964) e *Four Systems of Policy, Politics, and Choice* (1972) estabeleceram as bases da clássica tipologia de políticas públicas que leva seu nome.

O mencionado autor retoma uma tradição que remonta ao trabalho pioneiro de Lasswell, cuja noção de análise funcional tocava diretamente, como já visto, o problema da coerção como fundamento e condição de eficácia da política pública. Sua definição de política pública não deixa dúvidas acerca de seu conteúdo fortemente normativo (LOWI, 1999, p. 230):

Uma política pública é uma norma formulada por qualquer autoridade governamental que exprime uma intenção de influenciar o comportamento dos cidadãos, individualmente ou coletivamente, através do uso de sanções positivas ou negativas.

Para Lowi (1972), o tipo de política pública adotada determinaria os rumos da contenda política, ou seja, “*policies determine politics*”. Mas o inverso seria igualmente verdade e a política frequentemente molda as políticas públicas a fim de atingir seus interesses. Kingdon (1984) aponta que, na definição da agenda pelos atores políticos, destacam-se duas importantes motivações: 1) produzir políticas que lhes ajudem em suas reeleições e; 2) que sejam efetivas em resolver problemas reconhecidos publicamente como tais.

O LONGO PERCURSO DA IGUALDADE JURÍDICA

O primeiro instrumento normativo internacional a tratar dos direitos políticos da mulher foi a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1953, que determina o direito ao voto em igualdade de condições para mulheres e homens, bem como a elegibilidade das mulheres para todos os organismos públicos em eleição e a

possibilidade, para as mulheres, de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas estabelecidas pela legislação nacional.

A convenção foi aprovada pelo Brasil em 20 de novembro de 1955, por meio do decreto legislativo n. 123. Sua promulgação ocorreu em 12 de setembro de 1963, pelo decreto no. 52.476.

A Primeira Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida na Cidade do México, em 1975 reconheceu o direito da mulher à integridade física, inclusive a autonomia de decisão sobre o próprio corpo e o direito à maternidade opcional. No âmbito da Conferência, foi declarado, ainda, o período de 1975-1985 como "Década da Mulher" e ano de 1975, o Ano Internacional da Mulher.

No entanto, o primeiro tratado internacional a tratar de forma ampla sobre os direitos humanos da mulher foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, (CEDAW, sigla em inglês).

O Congresso Nacional do Brasil ratificou a assinatura em 1984, com reservas aos seus artigos 15, parágrafo 4º, e 16, parágrafo 1º, alíneas (a), (c), (g) e (h), os quais tratavam respectivamente, da igualdade de direitos à liberdade de movimento e escolha de residência e domicílio; mesmo direito de contrair matrimônio; mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e em sua dissolução; mesmos direitos como marido e mulher, inclusive escolher sobrenome, profissão e ocupação; mesmos direitos em matéria de propriedade e administração em geral dos bens do casal.

As reservas foram suspensas em 1994 pelo Decreto Legislativo n. 26 e a Convenção foi promulgada por meio do decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Em 06 de outubro de 1999, foi adotado, em Nova York, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, que determina a atuação e define as competências do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher na recepção e análise das comunicações recebidas dos Estados Partes. O protocolo foi aprovado pelo Brasil em 06 de junho de 2002, por meio do decreto legislativo n. 107. Sua promulgação se deu em 30 de julho de 2002, por meio do decreto n. 4.316.

Seguiram-se posteriormente três outras Conferências Mundiais: a Segunda Conferência Mundial sobre a Mulher, em Copenhague, 1980; a Terceira Conferência, em Nairóbi, em 1985 e a Quarta Conferência, em Beijing, 1995.

Neste ínterim, houve a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, em Belém do Pará, em 1994, cujo principal documento foi ratificado pelo Brasil em 1995.

A Convenção de Belém do Pará define como violência contra a mulher “qualquer ato ou conduta baseada nas diferenças de gênero que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada. Aponta, ainda, direitos a serem respeitados e garantidos, deveres dos Estados participantes e define os mecanismos interamericanos de proteção, tendo sido promulgada por meio do decreto n. 1973, em 1º de agosto de 1996.

No âmbito do direito interno brasileiro, afora o inciso I, do artigo 5º da Constituição Federal, que preconiza a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, pode-se apontar três grandes instrumentos legais pertinentes ao núcleo da pesquisa ora conduzida: a Lei n. 11.340, de 2006; a Lei n. 13.104, de 2015 e a Lei n. 12.034 de 2009.

A Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, ficou conhecida como Lei Maria da Penha por causa da história da Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica durante 23 anos de casamento. Em 1983, o marido tentou matá-la por duas vezes, primeiro com arma de fogo, o que a deixou paraplégica, e em seguida por eletrocussão e afogamento. Após sobreviver aos ataques, Maria da Penha tomou coragem e denunciou o marido, que só foi punido após 19 anos, tendo permanecido em regime fechado por apenas dois anos.

Diante deste absurdo, a vítima, em conjunto com o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher formalizou uma denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), o que ensejou a condenação do Brasil por não dispor de mecanismos aptos a coibir a prática de violência doméstica contra a mulher.

Quanto ao tratamento criminal reservado à violência de gênero, é possível encontrar mundialmente a presença de duas tendências opostas: as *no-drop policies*, nas quais a vítima não pode desistir do prosseguimento da persecução criminal e as abordagens que privilegiam a *victim choice* (escolha da vítima) quanto ao prosseguimento (RIOS, 2012, 5). A Lei Maria da Penha optou por mesclar as duas tendências, aceitando a renúncia da vítima à continuidade do procedimento, desde que proferida perante a autoridade judiciária, ouvido igualmente o Ministério Público, em audiência especialmente designada para tal fim e somente nos casos em que ainda não se deu início à ação penal. É o que se observa em seu artigo 16.

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

A Pesquisa Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado, conduzida no ano de 2010 pela Fundação Perseu Abramo, em parceria com o Serviço Social do Comércio – SESC, procurou aferir a percepção de homens e mulheres acerca da participação feminina nos múltiplos espaços sociais, bem como a questão da violência de gênero. Pelo menos 40% (quarenta por cento) das mulheres afirmaram já ter sofrido alguma forma de violência e 24% (vinte e quatro por cento) já teriam sofrido violência ou ameaça à sua integridade física (VENTURI; GODINHO, 2013).

Em pesquisa análoga conduzida em 2001 (VENTURI; GODINHO, 2013), 34% (trinta e quatro) por cento das mulheres apontavam como principal razão da última violência sofrida o controle de fidelidade. Em 2010, esta circunstância atingiu o preocupante índice de 46% (quarenta e seis por cento), o que denota que as mulheres ainda são vistas por um expressivo contingente masculino como uma propriedade.

Apurou-se, ainda, que quase metade das violências cometidas contra mulheres no espaço doméstico envolveriam tipificações e modalidades de crimes que se podem

chamar de “violência sem sangue” (BANDEIRA, 2013, p.73), ou seja, violências que não deixam marcas físicas, mas que ainda assim são extremamente violentas, tais como abuso verbal, destruição de objetos da parceira, controle e cerceamento abusivo, dentre outras.

A citada pesquisa (VENTURI; GODINHO, 2013) aponta que a imensa maioria da amostra tem conhecimento sobre a Lei Maria da Penha, nos percentuais de 84% (oitenta e quatro por cento) e 85% (oitenta e cinco por cento), respectivamente, para mulheres e homens.

Ademais, a Pesquisa Percepção da Sociedade sobre Violência e Assassinatos de Mulheres (DATA POPULAR; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2013) aponta que apenas 2% (dois por cento) dos entrevistados nunca haviam ouvido falar da Lei Maria da Penha. Tal informação é corroborada por outra pesquisa, que aponta índice mais alto de conhecimento da Lei, de praticamente 100% (cem por cento) da amostra (DATASENADO, 2015).

A Lei n. 13.104, de 2015, alterou os parágrafos 2º e 7º, do artigo 121, do Código Penal do Brasil, para incluir mais uma modalidade de homicídio qualificado, o feminicídio, quando o crime for praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como incluí-lo como causa de aumento de pena. Ademais, alterou a Lei n. 8.072 de 1990 (Lei de Crimes Hediondos), a fim de incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Cabe salientar, ainda, que a Lei prevê a presunção do feminicídio quando a morte decorre de violência doméstica e familiar. É o que confirma o novo parágrafo segundo, letra A, do artigo 121, do Código Penal.

(...)§ 2o-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (...)

As estatísticas oficiais sobre feminicídio no país ainda são quase inexistentes, mas o mapa da violência de 2015 aponta a estimativa de que dos 4.762 homicídios de mulheres

registrados em 2013, pelo menos 50% (cinquenta por cento) foram perpetrados por um familiar da vítima. Além disso, aproximadamente 33% (trinta e três por cento) do total de homicídios femininos, ou 1583 mulheres teriam sido mortas pelo parceiro ou ex-parceiro (WAISELFISZ, 2015, p. 69). O feminicídio resulta quase sempre da existência de uma dinâmica obsessivo compulsiva de ciúmes e sentimento de posse (PASCALI, 2015, p. 76)

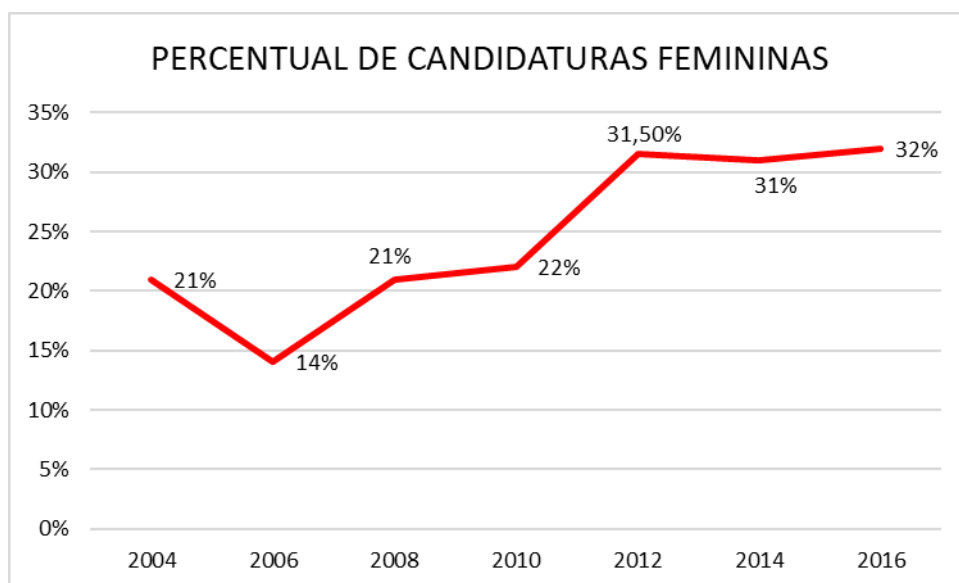
Quanto à participação ativa da mulher na política, embora as cotas eleitorais de gênero tenham sido criadas em 1995, por meio da Lei n. 9.100, que previa uma cota mínima de 20% (vinte por cento) de candidatas em eleições municipais, apenas com a edição da Lei n. 9.540 de 1997 (Lei das Eleições), o tema passou a ser tratado de forma nacional no Brasil.

A redação original do artigo 10, parágrafo terceiro, da Lei n. 9.504, de 1997, estabelecia um percentual mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. Tal medida tinha o objetivo de estimular a participação feminina na política, entretanto, como não era expressa uma obrigatoriedade de apresentação de candidaturas femininas, o número de candidaturas femininas seguia ínfimo.

Com a edição da minirreforma eleitoral promovida pela Lei n. 12.034, de 2009, o mencionado dispositivo legal foi alterado, determinando que cada partido ou coligação *preencherá* os percentuais já mencionados. Instado a se manifestar acerca da aplicabilidade deste instituto jurídico às Eleições Municipais de 2012, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) determinou que a proporcionalidade deveria ser respeitada e que o número de candidaturas masculinas deveria variar em função das femininas, ou seja, para lançar mais candidaturas masculinas, obrigatoriamente, os partidos e coligações deveriam lançar mais candidaturas femininas. Eventuais indeferimentos de registros implicam diretamente na proporcionalidade e a perda de uma candidatura feminina dá ensejo à obrigatoriedade de exclusão de, no mínimo, dois homens, caso não haja a devida substituição.

O gráfico a seguir, elaborado com base em dados extraídos da página eletrônica do TSE, não deixam dúvidas de que um novo percentual de participação feminina nas campanhas foi estabelecido a partir das Eleições Municipais ocorridas em 2012.

Gráfico 1 – Percentual de candidaturas femininas nas últimas sete eleições brasileiras



Fonte: Elaboração própria do autor, com base em dados obtidos junto ao TSE

CANDIDATAS ASSASSINADAS EM ELEIÇÕES BRASILEIRAS

O presente trabalho pretende trazer ao debate público o conceito de violência eleitoral de gênero, que seria a violência de gênero praticada no contexto eleitoral ou com efeitos eleitorais. Seria, portanto, a violência praticada contra a mulher, em razão de sua condição feminina, mas no ambiente da disputa eleitoral, ou cujos efeitos repercutam direta ou indiretamente nas eleições.

Durante a elaboração de pesquisa para sua dissertação de mestrado em direito e políticas públicas cujo tema é a omissão estatal quanto à violência eleitoral fatal contra candidatos nas eleições brasileiras de 1996 a 2016, o autor logrou encontrar uma situação peculiar: as candidatas assassinadas, em sua imensa maioria, foram vítimas de violência doméstica fatal.

De fato, no período pesquisado, cinco candidatas foram assassinadas no Brasil, das quais quatro teriam sido vítimas de violência doméstica fatal perpetrada pelo atual ou ex-companheiro. O quadro abaixo apresenta os dados principais acerca dos casos:

Quadro 1 – Candidatas assassinadas em eleições brasileiras

CANDIDATA	PARTIDO	ELEIÇÃO	MOTIVAÇÃO	AUTORIA
FABRIZIA DOURADO CERQUEIRA DA SILVA	PTB	2008	Rompimento	ex-namorado
MARIA DO SOCORRO DE MESQUITA MARTINS	PP	2008	Briga	namorado
KEILA FERNANDES OLIVEIRA	PP	2012	Rompimento	ex-companheiro
SANDRIMEIRE PEREIRA DA SILVA	PSDC	2012	Política	ignorada
MARELAINE DOS SANTOS RODRIGUES VAZ	PSDB	2016	Ciúmes	marido

Fonte: elaboração própria.

Compulsando os dados, observa-se que a violência de gênero estende sua área de influência inclusive na seara eleitoral, não devendo os casos apresentados ter tratados unicamente como violência doméstica, haja vista a repercussão eleitoral dos fatos.

Aparentemente, dentre as motivações da maioria dos crimes não se encontrava o desejo de moldar os resultados eleitorais com a exclusão de candidatas. No entanto, a repercussão eleitoral é inequívoca.

A participação feminina na política brasileira encontra-se entre as mais reduzidas do mundo (SABINO; LIMA, 2015) e o Brasil ainda é um país muito machista (VENTURI; GODINHO, 2013), duas circunstâncias que se realimentam e se mantêm sob uma espiral de silêncio.

Mulheres que decidem enfrentar a contenda política são mais vítimas de violência doméstica fatal que a população em geral. Conforme já visto, aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos assassinatos de mulheres no ano de 2013 foram perpetrados por algum familiar, sendo que 33% (trinta e três por cento) foram cometidos pelo parceiro ou

pelo ex-parceiro da vítima. Dentre as candidatas vítimas de violência fatal, 80% (oitenta por cento) sofreram a violência doméstica extrema. Conquanto a amostra seja pequena, há que se salientar que engloba todo o universo das candidatas assassinadas nas últimas eleições brasileiras.

Conforme já dito, não se trata de violência doméstica somente, pois as mulheres que se colocam na arena política passam a exercer um papel de destaque, seja pela coragem de enfrentar as notórias dificuldades que o machismo de nossa sociedade lhes impõe, seja pela relevante função de modelo para as futuras gerações.

CONCLUSÃO

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, haja vista a amplitude e a novidade das circunstâncias abordadas. A principal intenção é contribuir com o debate científico acerca da violência de gênero com efeitos eleitorais, trazendo o conceito de violência eleitoral de gênero.

A violência eleitoral de gênero constitui uma faceta perversa da violência praticada contra a mulher, pois limita seu acesso ao mecanismo primário de obtenção do poder político em sociedades democráticas: a candidatura a cargos públicos. Segundo Norris (2015, p. 8), um dos principais motivos para que eleições falhem é a quebra na igualdade de condições entre homens e mulheres.

Uma sociedade que se pretenda efetivamente democrática cedo ou tarde precisará enfrentar a questão da igualdade de gênero. Mulheres ainda são tratadas como objeto da política criminal (MENDES, 2014), dificilmente tendo espaço para atuar de forma ativa na formulação de políticas públicas.

O Brasil viveu recentemente um traumático processo de impedimento presidencial no qual puderam ser percebidos claramente o quão machista e cruel ainda é nossa sociedade. Mulheres que ocupam cargos públicos são medidas com rigor desproporcional em relação a seus análogos masculinos.

Compete aos operadores do direito desvelar a iniquidade que o tratamento desigual entre homens e mulheres encerra. Durante séculos o discurso jurídico serviu ao propósito de dar voz unicamente aos interesses masculinos, atuando como legitimador da subjugação feminina.

Monteiro (2003) aponta que a primeira grande política pública brasileira com reflexo direto na regulamentação da vida privada dos cidadãos foi o Código Civil de 1916, que era permeado de institutos jurídicos profundamente desiguais para homens e mulheres. Portanto, a primeira linha de combate para a formulação de políticas públicas efetivas em favor da igualdade de gênero é entabular um novo discurso jurídico. A instrumentação jurídica para enfrentar a questão da desigualdade de gênero é também uma solicitação decidida e benéfica para ultrapassar o limiar de uma política democrática mais efetiva (BROLLO; PAGANI, 2013, p. 32).

Conforme já visto, a omissão se torna uma política pública quando grupos ou estratos sociais logram impedir que temas sensíveis sequer cheguem à agenda política. As pesquisas trazidas no corpo do texto não deixam dúvidas de que ainda persiste na sociedade brasileira uma visão machista que se desvela na prática de condutas violentas contra as mulheres.

Considerando a mútua relação entre políticas públicas e política (exercício do poder), pode-se inferir uma nítida influência da omissão da classe dirigente majoritariamente masculina quanto aos problemas decorrentes da desigualdade de gênero e a dificuldade de alteração do *status quo*.

É emblemático o fato de que passados dois anos da Lei do Femicídio ainda não haja estatísticas oficiais sólidas acerca de tal modalidade de crime. Problemas não contabilizados permanecem invisíveis e o silêncio é a marca quando as políticas públicas tocam a questão do gênero no país.

Espera o autor, pai de uma menina, que os estudos futuros ajudem a pavimentar uma nova estrada para as mulheres, menos violenta e menos desigual.

REFERÊNCIAS

- BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton S. **Duas faces do poder**. Rev. Sociol. Polít., Curitiba, v. 19, n. 40, p. 149-157, out. 2011. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31718>.
- BACHRACH, Peter; BARATZ, Morton S. **Decisions and nondecisions: an analytical framework**. The American Political Science Review, v. 57, n. 3 (set. 1963), p. 632-642, 1963.
- BALIBAR, Étienne. **Violencia, Política, Civilidad**. Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia., v. 10, n. 19, p. 45-67, 2015. Disponível em: <http://revistas.unal.edu.co/index.php/cienciapol/article/view/52371/52158>.
- BALLONI, Augusto; BISI, Roberta; SETTE, Raffaella. **Principi di criminologia: le teorie**. Italia: CEDAM, 2015.
- BANDEIRA, Lourdes. **A violência doméstica: uma fratura social nas relações vivenciadas entre homens e mulheres**. In: VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo: Edições Sesc SP, 2013.
- BARDALL Gabrielle **Breaking the Mold: Understanding Gender and Electoral Violence**. Washington, D.C: International Foundation for Electoral Systems (IFES), 2011. Disponível em: http://www.ifes.org/sites/default/files/gender_and_electoral_violence_2011.pdf.
- BESSETE, Jean-Michel. **Insegnare la criminologia**. Socio-antropologia del crimine. In: SETTE, Raffaella. **Criminologia e vittimologia – Metodologie e strategie operative**. Bologna: Minerva Edizioni, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Política**. In: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G. **Dicionário de Política**. 12 ed. v. 2. Brasília: Editora da UNB, 2002.
- BROLLO, Marina; PAGANI, Laura. **Le soglie invalicabili: la sicurezza di genere**. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. VII, n. 2, mai-ago 2013. Disponível em:

http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_brollo-pagani_2013-02.pdf.

CLASTRES, Pierre. **Arqueologia da violência**. São Paulo: Cosac & Naif, 2004.

CORTI, Ines. **Il diritto di ogni donna di vivere libera dalla violenza**. In: MATTUCCI, Natascia. **Corpi, linguaggi, violenze**. La violenza contro le donne come paradigma. Milano: FrancoAngeli, 2017.

CREMONINI, Valeria. **Violenza domestica: quali competenze e conoscenze dell'infermiere in emergenza?** Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. XI, n. 1, jan-abr 2017. Disponível em: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_cremonini-et-al_2017-01.pdf.

COUTINHO, Marcelo. **Political Violence in Peacetime**. Universitas Relações Internacionais, Brasília, v. 12, n. 1, p. 1-12, jan/jun 2014. Disponível em:

<http://search.proquest.com/openview/77305230cb878ce8fcb6bef588d7a007/1?pqorigsite=gscholar&cbl=2031894>.

DAHL, Robert. A. The concept of power. **Syst. Res.**, 2: 201–215. 1957. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/bs.3830020303/abstract>

_____. **Who governs?** Democracy and power in an american city. 2 ed. New Haven: Yale University Press, 2005.

DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Agosto de 2015. Brasília:

Senado Federal, 2015.

DATA POPULAR; INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Percepção da sociedade sobre violência e assassinatos de mulheres**. São Paulo: Data Popular e Instituto Patrícia Galvão, 2013.

DELLA PORTA, Donatella. **Social Movements, Political Violence, and the State: a comparative analysis of Italy and Germany**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

DUMOUCHEL, Paul. **Political violence and democracy**. Ritsumeikan Studies in Language and Culture. n. 23(4), p. 117-123, mar. 2012. Disponível em: http://www.ritsumei.ac.jp/acd/re/krsc/lcs/kiyou/pdf_23-4/RitsIILCS_23.4pp.117-124DUMOUCHEL.pdf.

DUNNING, Thad. **Fighting and Voting: Violent Conflict and Electoral Politics.** Journal of Conflict Resolution. v. 55, n. 3, p. 327-339, Mar. 2011. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0022002711400861>.

EASTON, David. **An approach to the analysis of political systems.** World Politics, v. 9, n. 3, abr.1957, p. 383-400. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2008920>.

FREITAS, Lúcia; PINHEIRO, Veralúcia. **Violência de gênero, linguagem e direito.** Análise de discurso crítica em processos na Lei Maria da Penha. Jundiaí: Paco Editorial, 2013.

GOLDSMITH, Arthur A. **Electoral violence in africa revisited.** Terrorism and Political Violence, (ahead-of-print):1, 20, 2014. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09546553.2013.863184>.

HARISH, S.; LITTLE, A. The Political Violence Cycle. **American Political Science Review**, 111(2), 237-255. 2017. Disponível em: [10.1017/S0003055416000733](https://doi.org/10.1017/S0003055416000733)

HEIM, Daniela. **Victims of gender violence: a rocky road to justice.** Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. XI, n. 2, mai-ago 2017. Disponível em: http://www.vittimologia.it/rivista/2017vol11n2_agosto.pdf.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e civil.**

Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOELSCHER Kristian, **Politics and social violence in developing democracies: Theory and evidence from Brazil,** Political Geography, v. 44, 2015, p. 29-39. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1016/j.polgeo.2014.08.002>.

HÖGLUND, Kristine. **Electoral Violence in Conflict-Ridden Societies: Concepts, Causes, and Consequences.** Terrorism and Political Violence, n. 21:3, p. 412-427, jul. 2009.

ISLAM, Mohammad Mozahidul. **Electoral violence in Bangladesh: Does a confrontational bipolar political system matter?** Commonwealth & Comparative Politics 2015; 53: 359. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14662043.2015.1089001?journalCode=fc-cp20>.

KALYVAS, Stathis N. **The ontology of "Political Violence"**: Action and identity in civil wars.

Perspectives on Politics, v. 1, n. 3 (set., 2003), p. 475-494, American Political Science Association. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3688707>.

KINGDON, John W. **Agendas, Alternatives, and Public Policies**. 2nd ed. London: Pearson, 2014.

LASSWELL, Harold Dwight. **Politics**: Who gets what, when, how. New York: McGraw-Hill Book Company, 1936.

_____. **The decision process**: Seven Categories of functional analysis. Mariland: Bureau of Governmental Research, 1956.

LINDBERG, Staffan I. **Consequences of electoral systems in africa**: a preliminary inquiry.

Electoral Studies, 24(1):41-64, 2005. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261379404000095>.

LINDBLOM, Charles E. **The science of "muddling through"**. Public Administration Review, v.

19, n. 2 (1959), p. 79-88. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/973677>.

LEHOUCQ, Fabrice. **Electoral fraud**: Causes, types, and consequences. Annual review of political science, v. 6, n. 1, p. 233-256, 2003. Disponível em: <http://annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev.polisci.6.121901.085655>.

LOWI, Theodore J. **American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory**.

World Politics, v. 16, n.4 (jul., 1964), p. 693-715. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/2009452?seq=1#page_scan_tab_contents.

_____. **Four Systems of Policy, Politics, and Choice**. Public Administration Review, Vol. 32, n.4 (Jul. - Ago., 1972), p. 298-310. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/974990>.

_____. **La scienza delle politiche**. Bologna: Il Mulino, 1999.

MATTUCCI, Natascia. **Nei limiti del particolare**. Ripensare il maschile oltre il patriarcato. In:

MATTUCCI, Natascia. **Corpi, linguaggi, violenze**. La violenza contro le donne come paradigma.

Milano: FrancoAngeli, 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MUYOMBA-TAMALE, Lilian. Mitigating Incidences of Violence and Emergent Conflicts in

Uganda's Electoral Processes. Kampala: The Situation Room Uganda Debate Briefing Papers, 2015.

NORRIS, Pippa. **Why elections fail**. New York: Cambridge University Press, 2015.

PASCALI, Michelangelo. **La riforma normativa sulla violenza sulle donne in relazione alla natura dei crimini perpetrati**. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. IX, n. 3, setdez 2015. Disponível em: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_pascali_2015-03.pdf.

RAITERI, Monica. **Criminologia e vittimologia: questioni di didattica delle 'scienze' sociali**. In:

SETTE, Raffaella. **Criminologia e vittimologia: metodologie e strategie operative**. Bologna:

Minerva Edizioni, 2011.

RIOS, María del Pilar Martín. Il fenomeno della violenza domestica e della violenza di genere in

Spagna: analisi di alcuni aspetti del suo trattamento processuale. Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. VI, n. 1, jan-abr 2012. Disponível em: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_martin_2012-01.pdf.

RIVERA, Antonio (Org.); HERREROS, Carlos Carnicero (Org.). **Violência política: historia, memoria y víctimas**. Madrid: Maia Ediciones, 2010.

ROMERO, R. Gutierrez; LEBAS. **When do Voters Endorse Violent Politicians? A Vignette Experiment in Kenya.** Unpublished manuscript, 2015. Disponível em: http://www.novasbe.unl.pt/images/novasbe/files/INOVA_Seminars/roxana_gutierrez.pdf.

SABINO, Maria Jordana Costa; LIMA, Patrícia Verônica Pinheiro Sales. Igualdade de gênero no exercício do poder. **Rev. Estud. Fem.**, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 713-734, dez. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104026X2015000300713&lng=en&nrm=iso.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos.** 2 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

SICURELLA, Sandra. **Lo studio della vittimologia per capire il ruolo della vittima.** Rivista di Criminologia, Vittimologia e Sicurezza, v. VI, n. 3, settembre-dicembre 2012. Disponível em: http://www.vittimologia.it/rivista/articolo_sicurella_2012-03.pdf.

SIMON, Herbert A. **A behavioral model of rational choice.** The Quarterly Journal of Economics, v. 69, n. 1. (fev. 1955), p. 99-118. Disponível em: <http://www.math.mcgill.ca/vetta/CS764.dir/bounded.pdf>.

_____. **Administrative behavior: a study of decision-making process in administrative organizations.** 4 ed., New York: The Free Press, 2013.

SNYDER, Jack. **From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict.** New York: W. W. Norton & Company, 2000.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto (Org.); ARRETCHE, Marta (Org.); MARQUES, Eduardo (Org.). **Políticas Públicas no Brasil.** 4 reimpr. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2014.

STEARNS, Peter N. **História das relações de gênero.** São Paulo: Contexto, 2017.

TEIXEIRA, Maria Cecília Sanches; PORTO, Maria do Rosário Silveira. Violência, insegurança e imaginário do medo. **Cad. CEDES**, Campinas, v. 19, n. 47, p. 51-66, dez. 1998. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-32621998000400005>.

TILLY, Charles. **The politics of collective violence.** Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Org.). **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado:** uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo: Edições Sesc SP, 2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015:** homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2015.

WALLSWORTH, G. **Electoral Violence:** Comparing Theory and Reality. 2015.
Disponível em:

<http://econ.msu.edu/seminars/docs/WallsworthElectionViolenceSept2014Draft.pdf>.

LGBTFOBIA E POPULISMO PENAL MIDIÁTICO: ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E UGANDA

Felipe Brandão Daier

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a contribuição da mídia de grande circulação para a criminalização de relações LGBTs em Uganda; bem como para a consequente perseguição e morte desse grupo, a partir do conceito de populismo penal midiático, associando a situação à forma como a mídia de grande circulação brasileira trata (e deixa de tratar) a morte de pessoas LGBTs, contribuindo para o cometimento de crimes de ódio. Por meio da pesquisa midiática e bibliográfica, constata-se a íntima relação entre o discurso punitivista midiático e a morte de pessoas LGBTs no Brasil e em Uganda.

Palavras-chave: Criminalização, LGBT, Mídia, Brasil, Uganda.

1. INTRODUÇÃO

Em 2016, conforme dados apontados pela organização não governamental Grupo Gay da Bahia, 343 pessoas LGBTs foram assassinadas no Brasil, sendo que nunca antes foram registradas no Brasil tantas mortes desta população, nos 37 anos em que o relatório é produzido, o que faz com que a cada 25 horas uma LGBT seja assassinada e com que morram mais pessoas LGBTs no Brasil do que nos 13 países do Oriente Médio e África onde há previsão de pena de morte para essa população (GRUPO GAY DA BAHIA, 2016).

Observe-se, ainda, que as relações entre pessoas do mesmo sexo são ilegais em 72 países (ILGA, p. 8), configurando 37% dos membros da ONU (CARROLL, 2016, p. 37), e punida com pena de morte em 13 países. Mais da metade destes países herdaram a

legislação do período colonial britânico, uma vez que “os legisladores coloniais e juristas introduziram essas leis, sem debates ou ‘consultas culturais’, para apoiar o controle colonial”, por acreditar que elas poderiam “inculcar a moralidade europeia às massas resistentes”. (HUMAN RIGHTS WATCH, 2008).

A escolha pelo estudo comparativo entre Brasil e Uganda para o presente artigo guarda relação com a mudança legislativa ocorrida em Uganda, em 2013, com a aprovação do *Anti-Homossexuality Act*, legislação que criminaliza a relação entre pessoas do mesmo gênero (mencionadas como “relações não naturais”), bem como com a violência da qual é vítima esta população no Brasil.

O interesse pelo tema, qual seja, a relação entre a LGBTfobia e o populismo penal midiático, em ambos os países, surgiu a partir de dois fatos específicos ocorridos em Uganda: a publicação de uma matéria do jornal *Rolling Stone*, mídia impressa de massa ugandense, à época da propositura do *Anti-Homossexuality Act* no Parlamento, na qual constou o nome e endereço de 100 ativistas pelos direitos LGBT no país, acompanhados do termo “*hang them*” (“enforque-os”) e o homicídio do professor e ativista pelos Direitos Humanos David Kato, ocorrido três meses após a divulgação de suas informações pessoais nesta publicação (NYANZI, 2013, p. 26).

A morte do ativista, à marteladas na cabeça, em sua residência, e a publicação da matéria guardam íntima relação, uma vez que, após a publicação de seu endereço, num país onde a LGBTfobia alcança níveis alarmantes, foi simples para que seus algozes o encontrassem e ceifassem sua vida. Não se trata de uma questão individual, porém, compreender o que ocorreu com David Kato é importante para elucidar a forma como pessoas LGBTs acabam sendo assassinadas pela influência de legislações de políticas de Estado específicas, porém com relevante apoio da mídia, que é central para a disseminação e apoio à LGBTfobia.

O presente artigo pretende analisar o papel que o populismo penal midiático desempenha, em Uganda e no Brasil, no agravamento do ódio contra pessoas LGBTs, ao

incutir coletivamente ideais hegemônicos, de maneira mecânica e pouco reflexiva, que acabam vitimando todas aquelas que não se amoldam à norma heterossexual e cisgênera.

2. SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E POPULISMO PENAL MIDIÁTICO

A mídia hegemônica, de massas, tanto em Uganda quanto no Brasil, dispense um tratamento muito semelhante no que tange a esfera criminal, especialmente na construção da imagem de pessoas que cometem crimes perante o restante da sociedade. Ou, ainda, na estigmatização de grupos sociais não hegemônicos, que acabam sendo encarcerados com determinada frequência, como a população negra, de mulheres e de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais.

Estes são considerados *desviantes*, isto é, para a parcela majoritária da população, diversos aspectos que envolvem essas comunidades são considerados perigosos, passíveis, portanto, de sanções, sendo o Direito Penal e os aparelhos do Estado instrumentos para tanto. Vincula-se essa ideia à teoria do *labeling approach*, conhecida por *rotulação social* ou *etiquetagem*, bem recepcionada pelo Direito brasileiro (SHECAIRA, p. 272). Com relação a esta teoria cabe o ensinamento de Alessandro Baratta:

Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como “delinquente”. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua

função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes (BARATTA, p. 86).

Por meio desta teoria, o desviante pode ser entendido por diferentes perspectivas, ainda que superficialmente:

A primeira grande perspectiva é, sem dúvida, a estatística. É desviante aquele que varia muito da média das pessoas, que difere do comum. Nesse sentido, um canhoto é um desviante da média de destros. A segunda ideia de desvio decorre de um conceito patológico. Muitas pessoas identificam, por exemplo, as enfermidades mentais como desvios das pessoas que, em média, são sãs. Evidentemente que este conceito é adotado de forma analógica com as ciências médicas para referenciar alguns dados sociais e que devem ser relativizados, algo que o autor o faz. A terceira perspectiva do desviante diz respeito àquele que fracassa em obedecer às regras do grupo e que será visto como um *outsider* (BECKER, p. 4-5).

Por mais críticas que possam ser tecidas à teoria, cabe trazê-la ao presente trabalho – em razão de sua influência no Direito brasileiro - como forma de percepção de como a população LGBT, *desviante* da norma, estigmatizada no imaginário social de ambos os países, acaba sendo vítima das informações veiculadas por esta mídia de massa, que, principalmente na esfera criminal, incentiva a violência social e de Estado contra grupos não hegemônicos, numerosamente presentes na sociedade, lotando os cárceres.

Estas informações, que partem dos mais diferentes veículos midiáticos, acabam chegando constantemente aos leitores e telespectadores, numa velocidade desenfreada, sem que sequer exista tempo suficiente para refletir (o que parece proposital), buscando reações imediatistas e, conseqüentemente, eivadas de elevada carga de preconceitos.

Na chamada “sociedade da informação” ocorre uma “dissociação entre informação e conhecimento” (NATALINO, p. 67), e o conhecimento fidedigno acaba se tornando escasso:

E há também um campo de disputas ideológicas pela fidedignidade de cada meio de informação, sejam livros, jornais, revistas ou quaisquer outros. O que se apresenta como real não é dado, sendo objeto de contínua interpretação dos sujeitos (NATALINO, p. 68).

Muitas das publicações e transmissões da mídia de massa, no que tange a esfera penal, transmitem para parte da população um sentimento de vingança, que acaba agindo como guia da política criminal de muitos países (GOMES, 2009), como Uganda e Brasil, entre outros.

O sentimento de medo gerado por essas publicações faz que, através do populismo penal midiático, seja comercializada a ideia de “fragilização da segurança, restando por incitar demandas por mais material informativo dessa estirpe”. (GOMES e DE ALMEIDA, p. 264).

O populismo penal midiático produz, assim, um reflexo direto no sistema de justiça criminal. A “cultura emergencialista determina preocupantes tentativas de mistura de papeis, de antecipação de pena, de acertos com a mass media, com o resultado de realizar processos sumários, sem ritos e extrainstitucionais” (MOCCIA, p. 73-74).

3. MÍDIA, LGBTFOBIA E DIREITOS HUMANOS

A população LGBT, no decorrer, da história, assim como outros grupos – como a população negra, de mulheres, pessoas com deficiência, entre outros – sofreu diversas violações a Direitos Humanos, seja pela via estatal, por meio de políticas discriminatórias, ou por meio da própria sociedade.

Nas últimas décadas, tem se avançado na consolidação de direitos LGBT na esfera nacional e internacional, como, por exemplo, a conquista do casamento homoafetivo no Brasil e nos Estados Unidos, além de diversos outros países, bem como

a consolidação de certos parâmetros como os Princípios de Yogyakarta, assinados na Indonésia, que preveem algumas garantias às pessoas LGBT, ainda que falhe em sua aplicabilidade:

Os e as especialistas concordam que os Princípios de Yogyakarta refletem o estado atual da legislação internacional de direitos humanos relativa às questões de orientação sexual e identidade de gênero. Também reconhecem que os Estados podem ter obrigações adicionais, à medida que a legislação de direitos humanos continue a se desenvolver. Os Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, que devem ser cumpridas por todos os Estados. Os Princípios prometem um futuro diferente, onde todas as pessoas, nascidas livres e iguais em dignidade e prerrogativas, possam usufruir de seus direitos, que são natos e preciosos (CORRÊA; MUNTARBHORN, p. 9).

As Regras de Bangkok, de Mandela e de Tóquio, no âmbito da Organização das Nações Unidas, também acabam por, de certa forma, proteger a população LGBT encarcerada, ao prever mecanismos que de certa forma buscam fazer do cárcere um ambiente pouco menos desumano, embora com muitas falhas em sua aplicabilidade.

As Regras de Tóquio têm como proposta:

(...) consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação, sempre que possível, de medidas não privativas de liberdade, são o divisor de águas entre uma cultura exclusivamente punitivista e a construção de um modelo mais humanizado de distribuição da justiça, na medida em que propõem a valorização de formas e resultados menos danosos do que aqueles decorrentes da utilização da prisão. (LEWANDOWSKI, p. 12).

Já as chamadas Regras de Bangkok, marco normativo das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas, incluindo mulheres LGBTs:

Propõe olhar diferenciado para as especificidades de gênero no encarceramento feminino, tanto no campo da execução penal, como também na priorização de medidas não privativas de liberdade, ou seja, que evitem a entrada de mulheres no sistema carcerário. Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras de Bangkok e a sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, até o momento elas não foram plasmadas em políticas públicas consistentes, em nosso país, sinalizando, ainda, o quanto carece de fomento a implementação e a internalização eficaz pelo Brasil das normas de direito internacional dos direitos humanos. (LEWANDOWSKI, p. 10).

E, por fim, sobre as chamadas Regras de Mandela, pode se aduzir que:

Ao longo de 55 anos, os Estados usaram as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos” como um guia para estruturar sua Justiça e sistemas penais. Ocorre que essas regras nunca tinham passado por revisão até o ano passado, quando, finalmente, em 22 de maio de 2015, as Nações Unidas oficializaram novo quadro de normas, incorporando novas doutrinas de direitos humanos para tomá-las como parâmetros na reestruturação do atual modelo de sistema penal e percepção do papel do encarceramento para a sociedade. Editaram-se, pois, as chamadas Regras de Mandela. (LEWANDOWSKI, p. 9).

Observadas tais normas de proteção a pessoas presas, importa ressaltar que a mídia desempenha um papel de enorme relevo dentro das sociedades, na construção imagética de determinados grupos. No Brasil, a representação de pessoas LGBTs na mídia sempre foi carregada de estigmas, que acabam por repercutir na realidade, e, no

que tange a esfera penal, na construção de uma criminalidade LGBT. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos:

[...] a criminalização primária realizada pelo Direito Penal (definição legal de crimes e penas) e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal constituído pela polícia, justiça e prisão (aplicação e execução de penas criminais) garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas (CIRINO DOS SANTOS, p.10).

O chamado crime de vadiagem, por exemplo, nos tempos da ditadura militar brasileira, assim como encarcerou diversos grupos *dissidentes*, também teve seu impacto sobre a população LGBT, especialmente aquela mais economicamente vulnerabilizada. Nesse sentido descreve Rafael Freitas Ocanha, acerca do período da ditadura militar e a criminalização de pessoas travestis e transexuais:

Em 1976, uma equipe especial chefiada pelo delegado Guido Fonseca é designada para fazer um estudo de criminologia sobre as travestis e a contravenção penal de vadiagem por meio de uma portaria do 4º Distrito Policial da área da Consolação. Guido estava autorizado a abordar todas as travestis das proximidades do Hotel Hilton, área da Boca do Luxo, para verificar sua comprovação de renda. A revista *Arquivos da Polícia Civil* publicou o estudo em 1977, com circulação interna para todas as delegacias do estado. Este estudo foi elaborado sob a gestão do Cel. Erasmo Dias na Secretaria de Segurança Pública, Fonseca inclusive cita um acórdão da Justiça em que a política de combate à prostituição de Dias é levada em consideração na condenação de uma travesti (OCANHA, p. 156-157).

O mesmo pode se verificar em relação à população de homens gays, ainda que com determinadas diferenças, conforme aponta Marcos Roberto Vieira Garcia:

A história da homossexualidade, a partir do século XIX, é marcada pelas concepções médicas e jurídicas, que a consideravam ao mesmo tempo uma doença e uma conduta condenável, passível de punição. Realidade comum ao mundo ocidental, esta situação não era diferente no caso brasileiro. Historiadores da homossexualidade no Brasil, como Trevisan (2000) e Green (2000) descrevem longamente a perseguição aos homossexuais ocorrida, em especial àqueles considerados mais femininos. Se a sodomia foi descriminalizada desde o Código Penal Imperial de 1830, tentativas constantes foram feitas, durante toda a primeira metade do século XX, para incluir a homossexualidade como algo, por si só, passível de punição (Green, 2000). Embora tais tentativas não tenham se concretizado, mostram que a homossexualidade permaneceu no limite de ser considerada uma conduta criminosa, o que facilitava a prisão de indivíduos com práticas homoeróticas sob diversas acusações, principalmente o conhecido “atentado ao pudor”. Quando escapava da prisão, não era raro um homossexual acabar por ser internado em hospitais psiquiátricos, às vezes a pedido da própria família, como mostra Cunha (1986). (GARCIA, p. 247).

E as mulheres cisgêneras, lésbicas e bissexuais, acabam também, assim como as demais, sofrendo diversas violações no cárcere, considerando que o número de mulheres presas no Brasil aumentou exponencialmente:

A razão do aumento da quantidade de pesquisas e publicações na área certamente diz respeito ao dado que mais chama atenção no relatório anunciado acima: o crescimento exponencial de 567,4% da população prisional feminina de 2000 a 2014, enquanto a população prisional masculina cresceu 220,20% no mesmo período. (BRAGA; ANGOTTI, p. 231).

No geral, também, verifica-se um alto número de pessoas LGBT presas no Brasil, usualmente esquecidas pelo Estado no que tange políticas de preservação de sua dignidade dentro das prisões, considerando que em 86% delas não há ala ou cela específica para LGBTs (INFOPEN, 2014, p. 35).

Em razão da exclusão familiar precoce, especialmente de pessoas transgêneras, é comum que parte da população LGBT passe a viver em situação de rua, o que acaba potencializando a criminalização da existência LGBT por parte da sociedade, construindo-se, com apoio da mídia, uma imagem de LGBTs que vivem nas ruas como *perigosas*, o que apenas faz com que se perpetue um ciclo de exclusão destas pessoas dos círculos sociais de poder, de forma estratégica para a manutenção de uma específica ordem. Na visão de Raúl Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista:

Isto leva à conclusão pública de que a delinquência se restringe aos segmentos subalternos da sociedade, e este conceito acaba sendo assumido por equivocados pensamentos humanistas que afirmam serem a pobreza, a educação deficiente etc., as causas do delito, quando na realidade, são estas, junto ao próprio sistema penal, fatores condicionantes dos ilícitos desses segmentos sociais, mas, sobretudo, de sua criminalização, ao lado da qual se espalha, impune, todo o imenso oceano de ilícitos dos outros segmentos, que os cometem com menor rudeza ou mesmo com refinamento (ZAFFARONI; BATISTA, p. 48).

Ainda na esfera midiática penal, ressalte-se que as delegacias, com exceções específicas, não realizam um atendimento especializado com pessoas LGBT, sendo a grande parte dos crimes cometidos contra estas pessoas registrado de maneira comum, sem qualquer indicativo quanto à motivação LGBTfóbica, desrespeitando-se o nome social das vítimas e direitos básicos normalmente conferidos à pessoas heterossexuais e cisgêneras.

Existe, portanto, um caminho percorrido quando olhamos para o que foi a censura, a violência policial desabrida contra homossexuais, o apoio generalizado ao discurso homofóbico e a hostilidade ou reserva do “arco democrático” ao grupo homossexual, e o que vemos hoje. O movimento homossexual e as novas gerações, entretanto, também devem reforçar a ligação intrínseca entre sua busca de liberdade e a estrutura geral da sociedade republicana e democrática que se pretende afirmar (LOPES, p. 295).

Contudo, é necessário reconhecer que, na luta pelos Direitos Humanos da população LGBT, iniciada ainda que recentemente no Brasil, houve vitórias importantes que, hoje, preservam em alguns aspectos parte da população LGBT.

4. O POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E A MORTE DE PESSOAS LGBT NO BRASIL

A influência desse tipo de publicação de massa é visível na *forma* como pessoas LGBT são assassinadas no Brasil. Frequentes são os casos em que elas são vítimas de homicídios praticados por grupos, em semelhança a espécie de “julgamento formal”, muito frequentemente em locais públicos, como praças e ruas, aos olhos do restante da sociedade, que apaticamente não reage ao incidente.

Citem-se, aqui, três casos que podem exemplificar esse padrão. O primeiro deles, o homicídio de Dandara dos Santos, 42 anos, travesti, por meio de pauladas, espancamentos e tiros, por cerca de oito homens, à luz do dia, em 15 de fevereiro de 2017, na cidade de Fortaleza, Ceará:

No vídeo divulgado nas redes sociais, a vítima aparece caída no chão enquanto sofre a violência de vários homens. Ela não se ofende nem retribui as pauladas, pedradas e chutes. Derramando sangue, é chamada de “viado sem peito”, “imundiça de calcinha e tudo” e é ordenada a subir em uma carriola. Ao ser colocada em cima, as agressões

continuam. Dandara apresentava sinais de agressão pela cabeça e por todo o corpo. A pessoa que filma diz em tom de deboche: “Eles vão matar o viado”. Depois, ela recebe um tiro, que culminou em sua morte. (NLUCON, 2017).

O segundo, o homicídio de Paula Fernandes, mulher transexual, por meio de dez facadas, no dia 19 de janeiro de 2017, na cidade de Parintins, Amazonas:

O crime aconteceu na praça do memorial Senador José Esteves, conhecida como “Praça da Onça”, na zona leste do município. Segundo testemunhas, após cometer o crime o homem foi até um bar nas proximidades da Ponte Governador Amazonino Mendes. No estabelecimento o homem pediu uma cerveja e uma carteira de cigarros e contou para as pessoas que estavam no local que havia cometido um assassinato. “Ele disse que havia matado uma pessoa e o corpo estava lá na praça para todo mundo ver”, disse à polícia uma testemunha que não quis ter o nome divulgado. (EM TEMPO, 2017).

E o terceiro, o homicídio de Anna Sophia, travesti, de 16 anos, assassinada com tiro na cabeça, no dia 8 de julho de 2017, em João Pessoa, Paraíba:

Uma travesti foi assassinada a tiros, na noite deste sábado (8), na Praça do Conjunto Funcionários II, na Zona Sul da Capital. De acordo com informações, a vítima de 16 anos estava acompanhada do irmão gêmeo, quando ocupantes de um veículo não identificado efetuaram disparos que atingiram a cabeça da adolescente (WSCOM, 2017).

A sanha dos agressores em punir as vítimas, nestes casos, semelhantes aos outros 117 casos apontados pelo Grupo Gay da Bahia, desde o começo de 2017 até o mês de maio (EBC, 2017), relaciona-se intimamente com o populismo penal midiático, pelo qual os cidadãos sentem-se confortáveis em julgar, processar e punir, com suas próprias mãos,

peças LGBTs que “transgridem” valores essenciais para a manutenção de uma suposta segurança, por se verem muitas vezes forçadas a se prostituírem ou frequentarem locais de maior criminalidade, em razão da exclusão posta em prática pelo mercado de trabalho e pela sociedade, que tende a não aceitar a presença de LGBTs em locais de convívio público, em especial pessoas travestis e transexuais.

5. O POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E A MORTE DE PESSOAS LGBT EM UGANDA

O chamado *Anti-Homossexuality Bill*, projeto de lei proposto em 2009, em Uganda, para criminalizar a relação entre pessoas do mesmo gênero, chamadas “relações não naturais”, inicialmente previa a pena de morte para os que “incidissem” nessa “prática”, contudo, até a data de sua aprovação pelo Parlamento, em 2013, foi possível, por esforços do movimento LGBT local, reverter o projeto na Corte Constitucional de Uganda, mantendo o Código Penal de 1950, que também previa sanção, porém com prisão perpétua, no caso de “ofensas não naturais” (*Section 145*) e sete anos de prisão no caso de tentativa de “ofensas não naturais” (*Section 146*) ou “práticas indecentes” (*Section 148*). (ILGA, p. 104). Ressalte-se que o casamento homoafetivo já era restringido por emenda à Constituição ugandense, desde 2005. (JJUUKO, p. 382). Embora não existam estatísticas oficiais, os grupos LGBTs presentes no país estimam que o número de homossexuais seja de aproximadamente 500 mil pessoas (JJUUKO, p. 381).

O projeto está relacionado com um movimento ocorrido em Uganda, o qual se pode classificar como uma espécie de neocolonização norte americana no país, uma vez que grupos missionários religiosos realizam expedições recorrentes para Uganda, o que alterou o quadro social em relação ao ódio à pessoas LGBTs, sendo o *Anti-Homossexuality Bill* aprovado mediante forte *lobby* destes grupos. Assim explica Jeff Sharlet:

Durante anos, americanos fundamentalistas procuraram Uganda como um laboratório para a teocracia, embora alguns preferiram o termos como “governo dirigido por Deus”. Eles não mandam apenas dinheiro e

missionários, mas ideias, e se o dinheiro desaparecer e os missionários entrarem e saírem, as ideias serão aproveitadas. Ugandenses evangélicos cantam músicas americanas e ouvem sermões sobre problemas americanos, frequentemente de pastores americanos (SHARLET, p. 37).

Some-se a isto o fato de Uganda ser uma ex-colônia inglesa, país que, à época da colonização, exportou para os territórios invadidos suas leis anti-sodomia (referência ao episódio bíblico de Sodoma e Gomorra). Antes da entrada de ingleses no país, inclusive, não existia intolerância específica contra homossexuais (TAMALE, 2009).

Traçado o panorama histórico-social, importa relacioná-lo ao populismo penal midiático que também se verifica em Uganda, tal como no Brasil, mas de forma ainda mais acentuada, com constante estímulo à violência contra pessoas LGBT.

O homicídio praticado contra o professor e ativista David Kato, a marteladas na cabeça, em sua própria residência, conforme antes mencionado, está intimamente relacionada à publicação do jornal *Rolling Stone*, mídia de massa ugandense, que publicou a foto e o endereço de 100 LGBTs, dentre os quais muitos ativistas, que acabaram tendo que sair do país, com receio de terem o mesmo fim que Kato. Em 2011, mesmo ano do assassinato, o bar *Sappho Island*, único bar LGBT de Uganda, foi fechado (QUEERTY, 2011). A publicação do jornal *Rolling Stone*, de outubro de 2010, assim dispunha:

Uma investigação clandestina no obscuro mundo da homossexualidade e do lesbianismo no país nos levou a completa exposição das feições dos principais gays de nossa nação. *Rolling Stone* está feliz em revelar alguns dos mais horríveis segredos na comunidade gay, que tem se inclinado para recrutar pelo menos um milhão de membros desde 2012. De forma desalentadora, gays estão atrás de crianças jovens, que são facilmente vítimas de lavagem cerebral, rumo à orientação bissexual. “Nós estamos mirando aquelas menores de 12 anos por serem mais fáceis de persuadir para entrarem em grupos gays”, disse Kasha, uma

reconhecida lésbica, durante um encontro gay em Kampala (WARREN THROCKMORTON, 2010).

A publicação incluía a imagem dos indivíduos – gays, lésbicas e bissexuais – de forma pejorativa, criando um discurso de subversividade, sempre associada a prática de crimes, especialmente contra crianças.

A mulher lésbica a qual se referia a reportagem é Kasha Nabagesera, ativista pelos direitos da população LGBT em Uganda, que deixou o país, à época, pelo risco causado pela exposição. Kasha fundou a organização não governamental *Freedom and Roam Uganda*, em 2003. A *FARUG* advoga e realiza *lobby* para políticas que mudem as leis discriminatórias, pesquisa e documenta violações a Direitos Humanos e compartilha informações para sensibilizar a comunidade LGBTI (NEWZ POST, 2017).

Em meio a lista de pessoas LGBT da publicação, houve uma entrevista com o pastor Martin Ssempe, no qual deu as seguintes declarações:

Nós devemos lutar até que resgatem nosso país das mãos do mal. Um monte de dinheiro de organizações gays está entrando para destruir a moral de nossas crianças. A guerra apenas começou. (WARREN THROCKMORTON, 2010).

Na mesma publicação, outro pastor que não foi identificado, também declarou:

A menos que nosso governo dê um passo ousado enforcing dezenas de homossexuais, o vício continuará consumindo a fibra moral e a cultura da nossa grande nação. A menos que uma forte medida seja tomada, em breve o país irá para os cachorros. (WARREN THROCKMORTON, 2010).

Verifica-se a presença do discurso populista penal, criando uma situação de medo generalizado na população, com a construção de um inimigo a ser combatido, e uma suposta guerra em curso.

Em publicação do mesmo jornal, em 15 de novembro de 2010, lê-se a manchete “Homo Generals plotted Kampala Terror Attacks”, responsabilizando generais homossexuais por um atentado terrorista ocorrido em Kampala, Uganda. Assim dispunha o início da reportagem:

Generais sedentos por sangue, no mundo da maldade homossexual, instalaram a bomba sangrenta nos andares do *Kyadondo Rugby* e no restaurante *Ethiopian Village* em Kampala, em 11 de julho, esse jornal pode revelar. (BOX TURTLE BULLETIN, 2010).

Novamente, é perceptível a utilização do mesmo discurso populista penal, para incentivar a estigmatização da população LGBT do país, reforçando a “tendência criminosa” do grupo perante o restante da sociedade.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou contribuir no aspecto comparativo entre o Direito Penal brasileiro e ugandense, para se analisar o papel da mídia em ambos os países no que tange o fenômeno do populismo penal e a construção de indivíduos *desviantes*, constantemente criminalizados, como os são os LGBTs.

Dentro da usual doutrina que aborda os direitos da população LGBT, nem sempre há a devida abordagem acerca das experiências do Sul global na luta contra a LGBTfobia, passando-se, por vezes, a desconhecer importantes episódios, que invariavelmente refletem na garantia internacional dos direitos LGBTs, como, por exemplo, a promulgação de *leis anti-sodomia* ou criminalizadoras de relações LGBTs, como o caso de Uganda.

A morte do ativista David Kato demonstra uma baixa na defesa dos direitos LGBT em Uganda, acompanhada de um êxodo de outros ativistas, muito embora parte deles tenha permanecido e resistido no país, que tem se tornado, ano após ano, um local cada vez mais hostil para pessoas LGBT. Contudo, hoje, existem refugiados, não apenas

de Uganda, mas também de outros países em situação semelhante, em diversos países da Europa e nos Estados Unidos, bem como, em número mais reduzido, também no Brasil.

Em Uganda a mídia populista penal, protagonizada pelo periódico *Rolling Stone*, cumpre um perigoso papel de acentuar a LGBTfobia, já muito presente, numa sociedade cuja existência de igrejas missionárias norte americanas é intensa. Não se trata, por óbvio, de desrespeito à liberdade religiosa, mas sim uma reflexão sobre os limites do discurso, uma vez que grande parte das ideias disseminadas por essas missões tem foco exclusivo em pessoas LGBTs, criando estigmas e ódios, imputando falsos crimes, que causam na população ugandense um enorme desejo de punição, conforme pôde se verificar no brutal assassinado de David Kato, em sua própria casa.

O perigo do populismo penal midiático está justamente na criação destes sentimentos, de vingança, ódio, sanha por ver no criminoso um objeto, algo a ser exterminado. Nas mortes de pessoas LGBTs as quais tive acesso realizando a pesquisa para a elaboração do presente trabalho, é recorrente o uso de força brutal, bem como detalhes de crueldade específicos, que evidenciam um sentimento de extermínio, como o estrangulamento, apedrejamento, queimaduras, facadas na região das costas, tiros letais na cabeça, entre outros.

Não é por acaso que existe uma enorme *cifra oculta*, ou seja, uma margem numérica de crimes sem qualquer identificação e apuração, em relação à criminalidade contra pessoas LGBT, uma vez que o discurso midiático, legislativo e político acaba por criar um apagamento destas vidas e narrativas pessoais, fazendo com que muitas acabem sendo enterradas como não identificadas, abandonadas pela família e amigos. Com relação a este tema, cabe o ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni:

“O” delito não existe. A parte especial de qualquer código penal elenca uma quantidade de ações conflitivas totalmente heterogêneas quanto ao seu significado social. Se observarmos como opera o sistema penal nessas hipóteses conflitivas, veremos que na imensa maioria dos casos este não intervém (furtos, subornos, estupros, etc., que somente em número ridiculamente ínfimo chegam à agência judicial), em outros

intervém somente em alguns casos e contra determinadas pessoas (homicídios, ou seja, nos casos em que historicamente o maior número foi cometido pelo próprio Estado, e quase nunca chegam ao conhecimento das agências judiciais), em outros tantos casos nunca intervém, apesar da grande frequência com que ocorrem (ZAFFARONI, p. 246-247).

A cifra oculta acaba forçando com que a própria sociedade civil faça os levantamentos para apurar essa criminalidade específica, como o Grupo Gay da Bahia, a fim de buscar alguma resposta para esses crimes, o que acaba muitas vezes não acontecendo por desinteresse das próprias autoridades e pela presença de membros LGBTfóbicos nas repartições públicas, bem como na própria sociedade.

O trabalho não se esgota em simplesmente realizar uma análise comparativa. Isto é, propõe-se aqui a reflexão às pessoas LGBTs, se frequentemente não acabamos caindo nas contradições inerentes, em muitas vezes sermos contaminados por esse populismo penal midiático também, especialmente após alguma experiência traumática de violência urbana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Nova York: Free Press, 1963.

BOX TURTLE BULLETIN. *Barred from “Outing” Campaigns, Ugandan tabloids turn to gay-baiting and imaginative conspiracy theories*. Disponível em: <<http://www.boxturtlebulletin.com/2010/11/13/27886>>. Acesso em: 11.07.2017.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. *Da hipermaternidade à hipomaternidade no cárcere brasileiro*. São Paulo: SUR, v. 12, n. 22, 2015.

BRASIL. *Infopen 2014*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 11.07.2017.

CARROLL, Aengus (org.). *State Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*. Geneva: International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, 2017. p. 36. Disponível em: <http://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf>. Acesso em: 11.07.2017.

CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTHARBHORN, Vitit. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 11.07.2017.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

EBC. *Cresce violência contra pessoas LGBT; a cada 25 horas , uma é assassinada no país*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-05/dia-de-combate-homofobia-sera-marcado-por-debates-em-salvador>>. Acesso em: 11.07.2017.

EM TEMPO. *Depois de matar homossexual, homem vai ao bar e conta “feito” a clientes*. Disponível em: <<http://www.emtempo.com.br/depois-de-matar-homossexual-homem-vai-ao-bar-e-conta-o-feito-a-clientes/>>. Acesso em: 11.07.2017.

GARCIA, Marcos Roberto Vieira. *Prostituição e atividades ilícitas entre travestis de baixa renda*. Cadernos de Psicologia Social do Trabalho, vol. 11, n. 2, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Mídia, Direito Penal e vingança popular*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12956/midia-direito-penal-e-vinganca-popular>>. Acesso em: 21.08.2017.

GOMES, Luiz Flávio; DE ALMEIDA, Debora de Souza. *Populismo Penal Midiático*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRUPO GAY DA BAHIA. *Relatório 2016 – Assassinatos de LGBTs no Brasil*. Disponível em: <<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>>. Acesso em: 11.07.2017.

JJUKO, Adrian. *The incremental approach: Uganda's struggle for the decriminalisation of homosexuality*. In: LENNOX, Corinne; WAITES, Matthew. *Human Rights, Sexual Orientation and Gender Identity in the Commonwealth: Struggles for Decriminalisation and change*. London: School of Advanced Study, University of London, 2013.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Regras de Mandela: Regras Mínimas para o Tratamento de Presos*. Brasília: CNJ, 2016.

_____. *Regras de Tóquio: Regras Mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade*. Brasília: CNJ, 2016.

_____. *Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras*. Brasília: CNJ, 2016.

LOPES, José Reinaldo Lima Lopes. *Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da ditadura à democracia*. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan H. *Ditadura e Homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: EDUFSCAR, 2014.

MOCCIA, Sérgio. *Emergência e Direitos Fundamentais*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 7, n. 25, jan./mar., 1999.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

NEWZ POST. *Ugandan gay rights activist-Kasha Jacqueline Nabagesera arrested in Rwanda*. Disponível em: <<http://newz.ug/ugandan-gay-rights-activist-kasha-jacqueline-nabagesera-arrested-in-rwanda/>>. Acesso em: 11.07.2017.

NLUCON. *Quem era Dandara dos Santos, a travesti que mostrou a cara da transfobia no Brasil ao Mundo*. Disponível em: <<http://www.nlucon.com/2017/03/quem-era-dandara-dos-santos-travesti.html>>. Acesso em: 11.07.2017.

NYANZI, Stella. *Homosexuality in Uganda: The paradox of foreign influence*. Kampala: Makerere Institute of Social Research, Working Paper n. 14, mar /2013.

OCANHA, Rafael Freitas. *As rondas policiais de combate à homossexualidade na cidade de São Paulo (1976-1982)*. In: GREEN, James N.; QUINALHA, Renan H. *Ditadura e Homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. São Carlos: EDUFSCAR, 2014.

QUEERTY. *Sappho Islands, the only gay bar in Uganda closes*. Disponível em: <<https://www.queerty.com/sappho-islands-the-only-gay-bar-in-uganda-closes-20111005>>. Acesso em: 11.07.2017.

SHARLET, Jeff. *Straight man's burden: The American roots of Uganda's antigay persecutions*. Harpers' Magazine – September, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAMALE, Sylvia. *A human rights impact assessment of the Ugandan Anti-Homossexuality Bill*. *The Equal Rights Review*, 2009. p. 50.

WARREN THROCKMORTON. *Did Martin Ssempe give an interview to Uganda's Rolling Stone?* Disponível em: <<http://www.patheos.com/blogs/warrenthrockmorton/2010/10/05/did-martin-ssempe-give-an-interview-to-ugandas-rolling-stone/>>. Acesso em: 11.07.2017.

WSCOM. *Travesti de apenas 16 anos é morta a tiros em praça de João Pessoa.*

Disponível em:

<https://www.wscom.com.br/noticias/policial/travesti+de+apenas+16+anos+e+morta+a+tiros+em+praca+de+jp-217372>>. Acesso em: 11.07.2017.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro I.* Rio de Janeiro: Revan, 2011.

**“TAMBÉM MORRE QUEM ATIRA”: PERFIL DOS AUTORES E VÍTIMAS
DE HOMICÍDIO RETALIATÓRIOS EM BELO HORIZONTE¹**

Flora Moara Lima

Mestre em Ciências Sociais pela PUC-Minas e pesquisadora no Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP) na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

E-mail: flora.lima@crisp.ufmg.br

Ludmila Mendonça Lopes Ribeiro

Professora no Departamento de Sociologia (DSO) e pesquisadora no Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), ambos na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

E-mail: ludmila.ribeiro@crisp.ufmg.br

Resumo: O presente *paper* analisa o perfil dos envolvidos (autores e vítimas) de homicídios dolosos (tentados e consumados) e as dinâmicas de violência envolvendo homicídios retaliatórios em Processos Penais e Inquéritos Policiais, arquivados em Belo Horizonte entre os anos de 2003 a 2013, e que foram extintos em razão da morte do réu ou suspeito respectivamente. Para tanto, utilizaremos uma base de dados construída a partir da análise de uma amostra de ações penais (392 casos) e IPs (431 casos) baixados ao longo da referida década, que contém informações sobre quem mata, quem morre, as versões apresentadas como motivos para a violência, o tempo de processamento e o desfecho final em termos de administração de conflitos. As análises descritivas indicam que, Belo Horizonte, como um grande centro urbano, vivencia a enorme mortalidade por homicídio entre jovens de 15 a 29 anos, especialmente negros, do sexo masculino e moradores das periferias (Sinhoretto, 2014). Um outro ponto de destaque foi a morte de

¹ Trabalho produzido com o apoio da FAPEMIG (APQ 00744-14).

quem mata: 1/4 dos Inquéritos Policiais que não se transformaram em Processos Penais e 10% das ações penais propriamente ditas foram encerradas em razão da morte do suspeito outro caso de homicídio doloso, denominado de retaliatório. Uma das explicações para esse fenômeno é a forte tendência à participação de homens nos crimes de homicídio doloso, segundo Alba Zaluar (1985), em razão da necessidade de tais sujeitos se encaixarem em um “ethos da masculinidade”, que seria a existência de uma cultura na qual o homem impõe suas vontades, utilizando-se sempre do uso da força. Muitos homens jovens, na tentativa de se firmarem em determinadas áreas como líderes de um dado grupo, terminam matando seus oponentes ou vingando a morte daqueles que foram assassinados em outros contextos (Beato e Zilli, 2012).

INTRODUÇÃO

Casos de homicídios são divulgados regularmente na imprensa brasileira, mas essas notícias não necessariamente contemplam uma reflexão analítica do fenômeno da mortalidade por homicídios. Quem são as vítimas de homicídio no Brasil? Quem são os autores do crime de homicídio? Em que circunstâncias o homicídio acontece? Questões como essas têm alcançado centralidade nas discussões entre os estudos brasileiros na área de criminalidade dada a elevada incidência do fenômeno e a incapacidade do sistema de justiça criminal em respondê-lo adequadamente.

No período compreendido entre 1980 e 2011, no Brasil, 1.145.908 pessoas foram vítimas de homicídios, um crescimento de 275% de 1980 (13.910 homicídios) para 2011 (52.198 homicídios). Estudos apontam que a mortalidade por homicídio não possui apenas espaços delimitados (alcançando quase sempre as periferias), mas também atinge de forma mais expressiva um grupo social que é composto basicamente pela população masculina, jovem, preta e parda, com baixa escolaridade e moradores de periferias urbanas (WAISELFISZ, 2013). Esses grupos são os mais vulneráveis à violência, assim como são também os agentes dessa violência, razão pela qual existiria uma implosão da violência (BEATO, 2012). Em resumo, o homicídio é um fenômeno concentrado em áreas com desvantagens sociais, nas quais os algozes são também as vítimas.

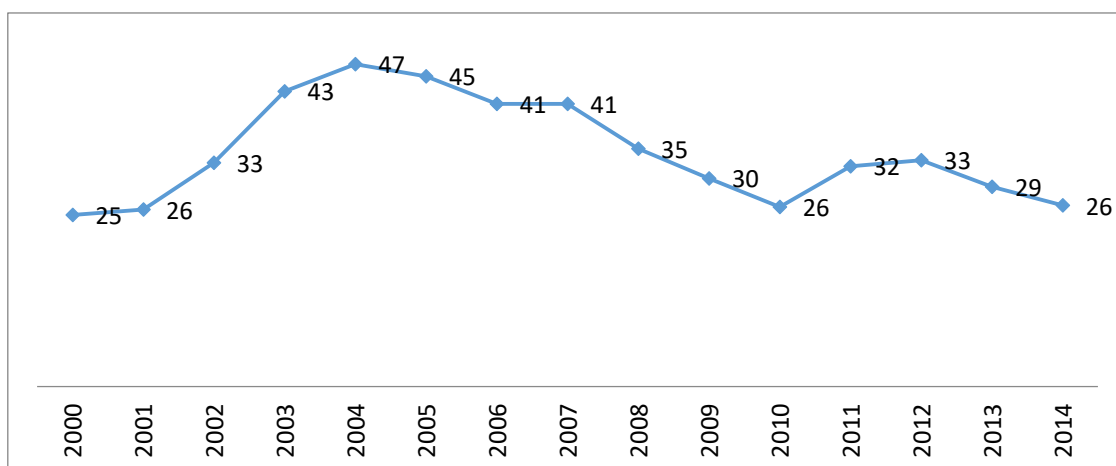
Presume-se que há uma similitude entre os perfis de vítimas e autores de homicídios dolosos, porém poucas são as pesquisas a demonstrar que, em algumas circunstâncias, tratam-se das mesmas pessoas, que são autores de homicídios e, em casos futuros, são vitimadas pelo mesmo crime. Dessa forma, esse trabalho analisa o perfil dos envolvidos (autores e vítimas) de homicídios dolosos (tentados e consumados) e as dinâmicas de violência que ocasionaram o que denominamos de homicídios retaliatórios. Para tanto, serão utilizados os Processos Penais e Inquéritos Policiais, arquivados em Belo Horizonte entre os anos de 2003 a 2013, e que foram extintos em razão da morte do réu ou suspeito, respectivamente.

As informações recolhidas neste documentos foram organizadas em uma base de dados, a qual permite observar o perfil das pessoas que protagonizam as ocorrências de homicídio doloso, bem como as principais características do contexto das ocorrências, tais como o local do crime, a relação entre vítimas e autores, a arma utilizada, se houve prisão em flagrante, se houve testemunhas do fato e motivação do crime.

ALGUMAS NOTAS SOBRE A DINÂMICA DE HOMICÍDIOS EM BELO HORIZONTE

A cidade de Belo Horizonte registrou no ano de 2014 uma taxa de 26 homicídios para cada grupo de 100 mil habitantes, taxa muito próxima à registrada pelo país no mesmo ano, de 29 por 100 mil habitantes. Esses números são considerados altos, visto que a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera que há uma epidemia quando os registros atingem taxas maiores do que 10 mortes por 100 mil habitantes.

Gráfico 1 – Taxa de ocorrências de homicídios dolosos por 100.000 habitante - Belo Horizonte (2000 a 2014)



Fonte: Índice Mineiro de Responsabilidade Social (<http://imrs.fjp.mg.gov.br/>)

Ao longo da década 2003-2013, a capital mineira vivenciou um acréscimo das mortes violentas e, depois, uma diminuição na incidência desses delitos. Segundo as organizações policiais, a partir das quais foram extraídas das informações exibidas no Gráfico 1, foram, em média, mais de 900 homicídios intencionais por ano ao longo do período analisado. Somando os homicídios consumados e os tentados, foram 2.153 ocorrências por ano, em média (Tabela 1).

Tabela 1 – Número de homicídios – dolosos e culposos – registrado pelas instituições de segurança pública em Belo Horizonte (2003-2013)

Ano	Homicídio Consumado	Homicídio Tentado
2003	978	1271
2004	1074	1396
2005	1.040	1352
2006	953	1239
2007	959	1247

2008	811	1054
2009	714	928
2010	620	806
2011	767	997
2012	797	881
2013	715	934
Total	9428	12106
Média anual	943	1211

Fonte: Índice Mineiro de Responsabilidade Social (<http://imrs.fjp.mg.gov.br/>)

Apesar dessa enorme quantidade de registros de homicídios dolosos – tentados e consumados – poucos são os que se transformam em processos judiciais. Utilizando a metodologia transversal proposta por Cano e Duarte (2010), estima-se que apenas 1/5 dessas mortes é convertida em processo penal. A maioria se encerra ainda como Inquérito Policial, em parte porque a polícia não consegue esclarecer porque essa morte ocorreu e, em parte, porque alguns suspeitos da prática de homicídios dolosos são assassinados por outros.

Tabela 2 – Número de ocorrências, processos e de sentenças por homicídios tentados e consumados – calculados a partir da metodologia transversal – Belo Horizonte (2003-2013)

Categoria	Número absoluto	Percentual
Ocorrências	21534	100%
Processos	4221	20%
Pronúncias	3040	14%
Sentenças	1760	8%
Condenações	1270	6%

Fonte: Ocorrências: Índice Mineiro de Responsabilidade Social
(<http://imrs.fjp.mg.gov.br/>) / Processos: Tribunal de Justiça de Minas Gerais /Sentenças:
Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Aparentemente, Belo Horizonte vivencia uma dinâmica de sociabilidade violenta, termo cunhado por Machado da Silva para a compreensão da elevada mortalidade resultante de crimes na cidade maravilhosa, mas que se adéqua à capital mineira. Na perspectiva do autor, uma ordem social, qualquer que seja ela, “se produz através de conflitos com vários graus de intensidade” (2014, p. 26), o que significa dizer que o problema das cidades brasileiras não é a existência do conflito em si, mas os resultados que ele gera, especialmente, quando isso resulta enorme quantidade de mortos ou de pessoas ameaçadas de morte. O sociólogo carioca nos adverte que mais do que valorar essa violência, nossa incumbência deve focalizar na “compreensão dos próprios autores – individuais e coletivos – a respeito das relações que estabelecem” (IBIDEM, p. 27), dinâmicas essas que terminam por resultar em elevadas taxas de homicídio doloso.

Neste trabalho argumentamos que os eventos que contribuem para a não transformação de uma ocorrência de homicídio em processo podem estar associadas à própria dinâmica deste delito que, muitas vezes, tem como desfecho a retaliação, fazendo com que também morra quem atira.

ARMAS DE FOGO E NOVAS SOCIABILIDADES: O PAPEL DOS HOMICÍDIOS RETALIATÓRIOS

O Brasil é hoje um dos maiores campeões de mortes violentas no planeta: uma em cada dez ocorre em nosso país, nos deixando a frente da guerra na Síria (FBSP/IPEA, 2017). No entanto, este é um fenômeno extremamente concentrado nas periferias das grandes cidades e, geralmente, explicado pela sociologia a partir da conjunção de três variáveis. A primeira delas foi a progressiva conformação das periferias das cidades brasileiras como áreas à margem do estado, não incluídas nas políticas de acesso a direitos e, ainda, vítimas da ação policial violenta e corrupta que, muitas vezes, procura comprimi-

las em uma espécie de cordão sanitário (PAIXÃO, 1982). Essa exclusão contínua resultou, historicamente, na deterioração da qualidade de vida, abrindo espaço para a constituição do mercado de drogas ilícitas que terminou se concentrando nessas áreas em razão de sua posição marginal, mas também a partir da negociação com a corrupção policial tanto para a chegada da mercadoria a ser revendida quanto dos instrumentos utilizados em sua proteção (MACHADO da SILVA, 2014).

A arma de fogo passa a ser vista neste cenário como um mecanismo singular, uma vez que garante a proteção necessária para a chegada da mercadoria (quando a corrupção policial não é suficiente) bem como permite quitar dívidas não pagas por usuários intermitentes e, por fim, termina por criar certa relação de poder com quem e sob quem reside nas periferias (ZALUAR, 2014). Cria-se, dessa maneira, um novo padrão de sociabilidade, em que a imposição de regras na localidade se dá não mais pelo convencimento ou pela legitimidade de uma dominação patriarcal, por exemplo, mas pelo temor que o porte e o possível uso da arma de fogo geram. Como não existe medo sem um lastro de realidade, o que muda na sociabilidade, é que os conflitos que antes resultavam em bate-bocas, ligações para a polícia ou até construção de muros para evitar a interação, agora são resolvidos prontamente com o uso de um revólver, fuzil ou metralhadora.

Neste trabalho, sublinhamos que muitas vezes o homicídio não está relacionado apenas às dinâmicas do tráfico de drogas (BEATO e ZILLI, 2012). A arma de fogo é adquirida para viabilizar esse comércio, mas uma vez nas mãos de um dado sujeito, ela adquire múltiplos significados, sendo especialmente acionada para forjar um novo tipo de comportamento em uma dada área. Com isso, algumas mulheres, crianças e, até mesmo, idosos se tornam proibidos de constituírem amplas redes de sociabilidade, porque aquele que detém a arma e exerce o poder na área, deseja-os como sua posse e propriedade. Quando esse anseio não encontra ressonância na realidade social, a arma de fogo comprada para substituir a presença do policial corrupto é empregada para ceifar a vida do outro, reforçando-se dessa maneira um novo padrão de comportamento e, por conseguinte, uma nova ordem social naquela localidade.

O problema é o efeito pedagógico que essa sujeição a partir do uso da arma de fogo tem sobre as novas gerações que residem em áreas nas quais o tráfico de drogas se realiza. Como eles vivenciam essa dinâmica desde o seu nascimento, aprendem a como se tornar parte delas, reproduzindo tais ações. Em outras palavras: “os envolvidos em ações consideradas violentas ou criminosas como indivíduos em permanentes relações entre si, para as quais trazem a bagagem da socialização que tiveram quando crianças, e as que desenvolvem com outros atores e instituições com os quais interagem frequentemente em outras fases da vida” (ZALUAR, 2014, p. 35).

O termo homicídio retaliatório é utilizado por Kubrin e Weitzer (2003) para entender como variáveis estruturais, relacionadas à vulnerabilidade de certas áreas da cidade, marcadas entre outras características pela indisponibilidade dos serviços de segurança e justiça, se combinam com variáveis culturais, como as que dizem respeito à imposição da vontade por meio do uso da força física ou da arma de fogo.

Adotar a perspectiva de Kubrin e Weitzer (2003) significa combinar, na criminologia brasileira, três abordagens: as releituras da eficácia coletiva (SAMPSON, 2012) para a realidade brasileira (BEATO, 2012), o *ethos da masculinidade* (ZALUAR, 1985) e a sociabilidade violenta (MACHADO da SILVA, 2014). Beato (2012) entende que em determinadas áreas urbanas, a ausência da eficácia coletiva faz com que os sujeitos que ali residem não sejam capazes de desenvolver ações cooperativas o bastante para evitar a desordem e o uso da morte violenta como forma de solução de conflitos. É como se a difusão da violência não incomodasse quem reside na localidade, tornando-se um fenômeno rotineiro sem maior importância. Zalar (1985), por sua vez, incorpora a questão estrutural da eficácia coletiva, mas se centra um pouco mais em como determinados homens são ensinados ao longo de sua vida a utilizar a arma de fogo como uma forma de demonstração de sua masculinidade, o que explicaria porque poucos sujeitos são responsáveis por uma grande quantidade de mortes violentas. Já a categoria sociabilidade violenta, cunhada por Machado da Silva (2004), acionaria três elementos que se coadunam nas periferias das grandes cidades: (1) a presença do tráfico de drogas, viabilizada pela corrupção policial e pelas armas de fogo, (2) os usos das armas de fogo para imposição de regras de sociabilidade nesses espaços e (3) a ausência de políticas

públicas sociais pautadas pela linguagem de acesso a direitos, capazes de reverter essa combinação perversa.

O homicídio retaliatório é uma categoria criminológica bastante utilizada em pesquisas norte-americanas para explicar a queda das taxas de esclarecimento de homicídios dolosos nos Estados Unidos da América (RIEDEL; JARVIS, 1999). De acordo com os autores, em 1960, essa taxa era de 92% enquanto em 1996 ela tinha decaído para apenas 66%. Um dos fatores mais importantes para explicar essa mudança era a alteração na natureza das mortes: se antes elas eram essencialmente crimes entre familiares, em que os próprios envolvidos terminavam confessando ou os vizinhos delatavam quando e como os tiros aconteceram, na década de 1990, essas se tornam homicídios mais impessoais, posto que relacionados a indivíduos muitas vezes desconhecidos dos familiares e vizinhos de quem morreu. Nesse caso, os homicídios retaliatórios seriam especialmente relevantes porque “uma vez que as vítimas estão mortas e os infratores não estão disponíveis, as relações anteriores entre vítimas e infratores não são conhecidas no momento do incidente e muitas vezes são difíceis de estabelecer após o fato”, razão pela qual não se pode dizer com segurança porque esse delito ocorreu e, mais, em quais outras circunstâncias ele irá acontecer (IDEM, p. 284). Se não há apontamento de um suspeito ou responsabilização de quem praticou a morte, outras violências desse tipo podem encontrar um desfecho semelhante, o que, por sua vez, aumentaria a quantidade de homicídios. Logo, uma primeira dimensão informativa da retaliação é a ausência de informação sobre a relação prévia entre quem mata e quem morre.

Outra dimensão de destaque na compreensão do homicídio retaliatório é o baixo acesso às instituições responsáveis pela administração da justiça. Para Kubrin e Weitzer (2003) essa morte que vinga outra morte é resultado da impossibilidade de os envolvidos em uma contenda recorrerem à Justiça (por inúmeros fatores que não cabe aqui problematizar), o que os leva a creditar a si próprios a função de resolução do problema, dada a rapidez com que essa pode ser implementada e, ainda, a ausência de responsabilização. Como as polícias não conseguem esclarecer esses casos, eles seguem

sem uma resposta estatal, encontrando no uso particular da arma de fogo o seu desfecho final.

Reconhecer o homicídio retaliatório é, portanto, dizer que a vulnerabilidade de certas áreas da cidade (dimensão estrutural) viabiliza o surgimento de um novo padrão de sociabilidade (dimensão cultural), que imputa ao jovem do sexo masculino, se não a obrigação, um modelo de comportamento similar ao do *ethos guerreiro* (ZALUAR, 2014), que tem na arma de fogo o exercício de sua autoridade, tornando provável a morte de quem atira, como uma forma de demonstrar quem tem poder na localidade.

Partimos deste argumento para compreender porque em Inquéritos Policiais e em Processos Penais arquivados em Belo Horizonte entre os anos de 2003 e 2013, o suspeito da prática do delito de homicídio doloso foi assassinado, bem como descrever quem era esse sujeito. Em diversas situações, essa morte é denominada pelas organizações policiais como retaliatórias, sendo muitas vezes utilizada para justificar porque essas situações não são adequadamente processadas e punidas pelo Sistema de Justiça Criminal. Na linguagem técnica, a morte do suspeito extingue a punibilidade, pois não há quem ser punido pela prática de um delito. Na dinâmica da vida real, a morte de um suspeito de homicídio em outro caso desta natureza significa que a lei dos homens é mais forte que a lei estatal: uma morte que não deveria ter acontecido foi vingada, o que reafirma como a arma de fogo é imprescindível para se fazer justiça na localidade.

NOTAS METODOLÓGICAS

Os dados utilizados neste artigo são resultantes da pesquisa “Mensurando o tempo do processo de homicídio: o que mudou em uma década”, realizada pelo Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública da Universidade Federal de Minas Gerais. Para tanto, a equipe partiu do universo de Inquéritos Policiais e Processos Penais, referentes a homicídios dolosos (tentados ou consumados) arquivados entre os anos de 2003 e 2013 no Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Tabela 3). Em seguida, foi construída uma amostra representativa de cada tipo de documentação (Inquérito ou Processo) para ser analisada a partir de formulários de coletas de dados, que procuravam

extrair desses documentos informações sobre o perfil dos autores e vítimas, dinâmicas criminais, estratégias de administração da justiça e tempos necessários para a realização de cada uma dessas atividades.

Tabela 3 – Quantidade de casos no universo e na amostra - Processos Penais e Inquéritos Policiais de homicídio doloso, arquivados em Belo Horizonte entre 2003 e 2013

	Inquéritos Policiais	Processos Penais	Total
	5112	4221	9333
Universo	55%	45%	100%
	431	392	823
Amostra	52%	48%	100%

Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Como Processos Penais e Inquéritos Policiais podem ter diversos autores e vítimas, além de dinâmicas muito distintas do ponto de vista de procedimentos de investigação, acusação e defesa, a opção foi construir formulários e bases de dados diferenciadas para cada um dos focos de interesse. Neste diapasão, foram criadas seis bases de dados: uma para autores em processos, outra para suspeitos em IPs, uma para vítimas em processos, outra para vítimas em IPs, uma para a dinâmica do processo e outra para a dinâmica do IP. Com isso, é possível verificar, imediatamente, uma primeira informação: se na primeira linha da Tabela 4 verificamos que existem mais vítimas e autores do que processos (já que uma ação penal pode ter mais de uma pessoa lesada e mais de um réu), na segunda linha da Tabela 4 constatamos que existem menos suspeitos do que Inquéritos Policiais, o que ocorre em razão da incapacidade da Polícia Civil em esclarecer porque o delito ocorreu e imputar a prática deste crime a alguém.

Tabela 4 - Quantidade de casos principais, vítimas e autores computados em cada uma das três bases de dados - Processos Penais e Inquéritos Policiais de homicídio doloso, arquivados em Belo Horizonte entre 2003 e 2013

	Quantidade de casos	Quantidade de autores	Quantidade de vítimas
1a. Fase da pesquisa (jan/dez de 2015)	392 processos	428	432
2a. Fase da pesquisa (jan/dez de 2016)	431 inquéritos	164	458

Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Do total de inquéritos policiais pesquisados, 27% tinham um suspeito, sendo que, desse total, 45,7% eram crimes de autoria individual. Por outro lado, a simples presença de documentos com alguma indicação de suspeito no Inquérito Policial aciona uma outra pergunta: por que esses casos não se transformaram em Processo Penal? Uma boa parcela delas tem no homicídio retaliatório a sua explicação: não houve qualquer tentativa de responsabilização porque morreu quem atirou ainda no curso da investigação policial.

PERFIL DOS ENVOLVIDOS EM HOMICÍDIOS NA CIDADE DE BELO HORIZONTE (2003/2013)

O perfil dos envolvidos nos homicídios dolosos (tentados e consumados) que ocasionaram Processos Penais e Inquéritos Policiais arquivados entre os anos de 2003 e 2013, na cidade de Belo Horizonte, é bastante semelhante ao perfil apresentado pela literatura, no que concerne as principais características (Tabela 5). É bom lembrar que as

vítimas morreram em sua maioria, mas algo em torno de 30% dos casos são referentes a tentativas. Os suspeitos são aqueles que, de acordo com a Polícia Civil, poderiam ser autores dos homicídios dolosos, porém, não se transformaram em réus, devido ao I.P. ter sido encerrado por falta de provas. No caso dos Processos Penais, todos os autores de crimes se tornaram réus, já que foram denunciados pelo Ministério Público.

Nos dois documentos analisados (Inquérito Policial e Processo Penal) os homens protagonizam os casos como vítimas. Dentre os Processos Penais, eles correspondem a 84,7% das ocorrências e, nos Inquéritos Policiais, a 89,5%. Em contrapartida, há uma baixa quantidade de mulheres vitimadas: apenas 10,5% dos Inquéritos Policiais e 15,3% dos Processos Penais. Aparentemente, casos envolvendo mulheres como vítimas são mais fáceis de serem esclarecidos do que casos envolvendo homens. De acordo com Vasconcellos (2014), essa diferença ocorre porque a mulher tem papéis sociais diferentes do homem e, por isso, sua vitimização tende a ter lugar no âmbito privado, contando com o testemunho de parentes e amigos. Já nos casos envolvendo homens, a morte ocorre na rua, o que torna mais rara a presença de testemunhas do fato e, por conseguinte, o esclarecimento da causa do delito e o apontamento de um responsável por esse crime. Entre os indivíduos réus/suspeitos da prática do homicídio doloso 95,4% são homens, apenas 4,6% ocorreu a participação de mulheres no cometimento do crime.

No tocante a idade das vítimas as informações obtidas vão de encontro à maioria dos levantamentos existentes sobre o tema, que indicam que os jovens são os mais vitimados pela violência letal e intencional (WAISELFISZ, 2013). O perfil das vítimas é composto, principalmente, por jovens, na faixa etária entre 19 e 29 anos, que representam 41,5% dos casos e, posteriormente, indivíduos com idade entre 30 e 39 anos (18,7%). Faixas de idade que também concentram os indivíduos réus/suspeitos são a faixa etária de 19 a 29 anos (53,9%), depois aparecem os autores com idade entre 30 e 39 anos, que representam 18,6% dos casos. É importante destacar que existe uma diferença estatisticamente significativa entre idade e ser suspeito no I.P. ou réu no processo, posto que, entre os réus, há uma concentração mais pronunciada nas faixas etárias entre 19 e 29 anos e entre 30 e 39 anos em comparação aos suspeitos.

Tabela 5 – Distribuição Percentual de vítimas por características - Processos e Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)

		Vítimas	Réus/suspeitos
Sexo	Feminino	12,8	4,6
	Masculino	87,2	95,4
Faixa etária	Até 18 anos	11,7	8,4
	Entre 19 e 29 anos	41,5	53,9
	Entre 30 e 39 anos	18,7	18,6
	40 anos e mais	14,7	10,4
	Sem informação	13,5	8,7
	Brancos	22,1	19,2
Raça/cor	Pardos	47	40,8
	Negros	19,3	14,6
	Sem informação²	11,6	25,4
	Solteiro	62,5	65,9
Estado Civil	Não solteiro	28,2	29,6

² A variável cor/raça possui certo percentual de casos sem informação - 10,7% dos Inquéritos Policiais e 12,5% dos Processos judiciais - e a informação existente foi extraída, principalmente, do Laudo de Necropsia. É possível apontar duas explicações para a ausência dessa informação. Na primeira, a ausência da cor pode demonstrar que alguns processos ou inquéritos não contavam com os laudos periciais e não continham informações completas sobre as vítimas no Boletim de Ocorrência. A segunda hipótese advém do resultado, constatado por Adorno (1995), de que a variável “cor da vítima” não possui tanta importância no decorrer do processo, não influenciando a decisão da justiça, diferentemente das informações da raça dos autores, visto que os réus negros têm mais chance de serem punidos em comparação aos réus brancos. O levantamento de dados sobre a cor dos suspeitos nos I.P.s se dava pelo Boletim de Ocorrência elaborado pela Polícia Militar, no momento da ocorrência, ou por algum documento confeccionado pela Polícia Civil, especialmente o depoimento do próprio suspeito na investigação, momento em que ele informa seus dados socioeconômicos. Assim, o elevado número de casos sem informação se dá pela ausência da informação ao longo do Inquérito Policial. A ausência deste dado nos documentos oficiais da Polícia Civil também esteve presente no levantamento de informações dos Processos Penais

Sem informação 9,3 4,5

Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

No quesito raça/cor da pele, dentre as vítimas, 47% são pardas, seguidas de 22,1% brancas e 19,3% pretas. Casos sem informação para as vítimas somam 11,6% porque o médico legista imputa tal dado ao cadáver sem vida ou ao sujeito que se apresenta diante dele como vítima de uma tentativa de homicídio. Para os réus e suspeitos, do total de casos estudados, em 25,4% não havia essa informação ou qualquer declaração sobre a raça. Dos casos em que foi possível extrair esses dados, 42,4% dos indivíduos se declararam pardos e 19,1% brancos. Neste quesito, o teste estatístico não demonstrou significância em relação à cor da pele dos autores e suspeitos do homicídio doloso, confirmando, mais uma vez, a homogeneidade da cor da pele na matéria-prima com a qual o Sistema de Justiça Criminal trabalha (SINHORETTO, 2014).

Uma vez analisadas as informações mais gerais de perfil de autores e vítimas, passamos a algumas características dos réus nos Processos Penais e suspeitos nos Inquéritos Policiais que morrem em decorrência de um outro crime de homicídio. Entre os autores dos crimes de homicídio (tentados e consumados), 116 também foram vítimas em outros casos de homicídios, sendo que 84 eram suspeitos em Inquéritos Policiais e 32 eram acusados em processos penais. Esses são, em sua maioria, homens (97%), jovens (57,5% com idade ente 19 e 29 anos), pretos ou pardos (53,7%) e solteiros (85,8%). Apresentam características semelhantes aos autores e vítimas em geral:

Tabela 6 – Distribuição Percentual de Réus/suspeitos que também foram vítimas de homicídio por características - Processos e Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)

Réus/suspeitos vítimas de outros homicídios		
Sexo	Feminino	3
	Masculino	97
Faixa etária	Até 18 anos	14,2
	Entre 19 e 29 anos	57,5
	Entre 30 e 39 anos	11,9
	40 anos e mais	6,7
	Sem informação	9,7
Raça/cor	Branco	17,2
	Pardos	42,5
	Negros	11,2
	Sem informação	29,1
Estado civil	Não solteiro	11,2
	Solteiro	85,8
	Sem informação	3

Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Há uma forte tendência à participação de homens nos crimes de homicídio doloso, segundo Alba Zaluar (1985), em razão da necessidade de tais sujeitos se encaixarem em um “*ethos* da masculinidade”, que seria a existência de uma cultura na qual o homem impõe suas vontades, utilizando-se sempre do uso da força. Muitos homens jovens, na tentativa de se firmarem em determinadas áreas como líderes de um dado grupo, terminam matando seus oponentes ou vingando a morte daqueles que foram assassinados em outros contextos, ainda que a prática desta violência não tenha relação direta com o tráfico de drogas (BEATO e ZILLI, 2012).

Uma questão relacionada aos homicídios dolosos que acontecem em Belo Horizonte é a morte retaliatória. Essa informação aparece nos documentos pesquisados,

já que, em mais da metade dos casos, os Inquéritos Policiais com um suspeito não se transformaram em Processos Penais em razão do assassinato deste. Se não há alguém a ser acusado, não faz sentido que o caso siga adiante.

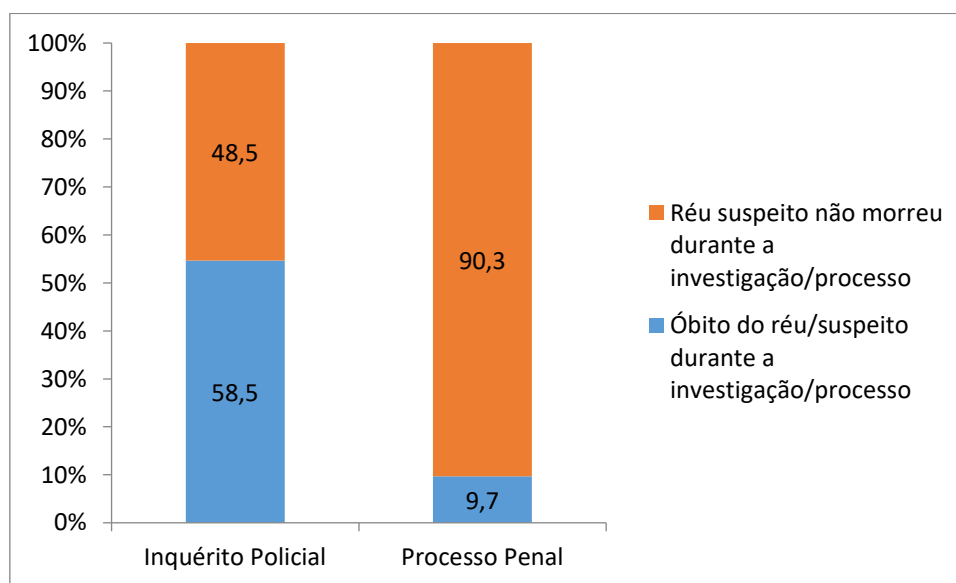
DINÂMICA CRIMINAIS ENVOLVENDO HOMICÍDIOS RETALIATÓRIOS

Nesse ponto destaca-se a morte de quem mata, para além do perfil dos envolvidos, considerando-se as dinâmicas de violência envolvendo os homicídios retaliatórios. Apurou-se que 1/5 dos Inquéritos Policiais que não se transformaram em Processos Penais e 10% das ações penais propriamente ditas foram encerradas em razão da morte do suspeito em outro caso de homicídio doloso, denominado de retaliatório.

Entre os casos analisados 58,5% dos suspeitos faleceram no curso do Inquérito Policial (96 casos), em 87,5% dessas situações o óbito ocorreu em razão de um outro homicídio, denominado de retaliatório (84 casos). Ou seja, somente em 12,5% das situações em que o suspeito morreu, não ocorreu associação a outro crime. Nos Processos Penais, 9,7% dos réus faleceram (51 casos), sendo que, em 6,1% das situações foi em decorrência de um assassinato (32 casos). A diferença nos registros de óbito entre os Processos e os I.P.s se mostrou estatisticamente significativa, indicando que os casos que a Polícia Civil tem dificuldade de esclarecer terminam “solucionados” pela morte do suspeito em algum outro caso de homicídio doloso.

Portanto, em algumas situações, o Inquérito Policial não se transforma em ação penal porque o principal suspeito falece no curso das investigações, indicando a prevalência dos homicídios retaliatórios em Belo Horizonte, sem que a polícia seja capaz de alterar essa dinâmica. Como destacado por Kubrin e Weitzer (2003), os homicídios retaliatórios ocorrem em áreas nas quais a concentração de desvantagens (dimensão estrutural) suscitaria um novo tipo de sociabilidade, marcada pelo uso da arma de fogo tanto como mecanismo de resolução de conflitos que, muitas vezes, não têm relação direta com o mercado ilegal como também quanto forma de imposição de regras de comportamento (dimensão cultural).

Gráfico 2 - Óbito do suspeito/réu durante a investigação/processo – Processos e Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)



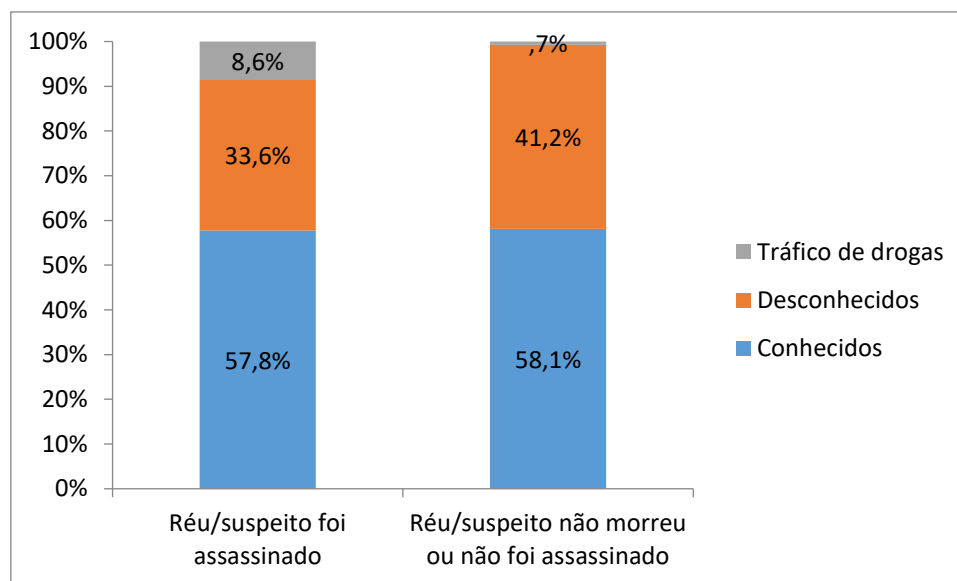
Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Qui-quadrado: 178,685 (0,000)

Para entender em que medida a definição de homicídio retaliatório de Kubrin e Weitzer (2003) pode ser aplicada para a compreensão da dinâmica de violência em Belo Horizonte, retratada nos Inquéritos Policiais e Processos Penais encerrados entre 2003 e 2013, empreendeu-se o esforço em identificar a relação entre vítimas e autores no primeiro delito, ou seja, aquele que posteriormente irá levar a uma retaliação. Na maioria dos casos (57,8%), o réu ou suspeito era alguém conhecido da vítima, e em outros casos identificou-se que os envolvidos eram desconhecidos (33,6%). Uma terceira categoria foi considerada, tráfico de drogas, essa categoria foi apontada diante da impossibilidade observar se os envolvidos eram conhecidos ou desconhecidos, mas havia uma menção ao tráfico de drogas (Gráfico 3). Considerando a relação entre vítimas e autores, e os casos

relacionados ao tráfico de drogas, em que não foi possível estabelecer relação entre as partes, é possível notar que nos casos em que o réu/suspeito foi assassinado há uma maior incidência de menções ao tráfico (8,6%) contra 0,7% em relação aos casos em que o réu/suspeito não morreu ou não foi assassinado. Essa diferença se mostra estatisticamente significativa, indicando que nos casos de assassinato do autor há mais casos relativos ao tráfico de drogas.

Gráfico 3 – Relação entre vítima e autor – Réu/suspeito foi assassinado durante o Processos ou Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)



Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Qui-quadrado: 30,578 (0,000)

Na tentativa de entender um pouco melhor o Gráfico 3, podemos mobilizar a explicação de Beato (2012), que considera que as atividades relacionadas ao tráfico de drogas possuem uma participação importante no número de homicídios. Entretanto, ele

próprio destaca que essa relação de causalidade não é tão direta como acredita o saber policial. Segundo o autor, há uma variedade sistêmica de violências associadas a droga que podem envolver: disputas por territórios entre traficantes rivais, agressões e homicídios cometidos no interior da hierarquia como forma de reforço dos códigos normativos, roubo de drogas, com retaliações por parte dos traficantes, eliminação de informantes e penalidades por vender drogas adulteradas ou não conseguir quitar débitos com vendedores, entre outras situações. Há também a existência de territórios rigidamente demarcados, e ultrapassá-los pode significar uma sentença de morte para os membros de grupo. Essas mortes tendem a gerar sentimento de vingança e ressentimento entre os membros de gangues, que muitas vezes, a motivação não diz respeito a razões instrumentais de natureza econômica, mas a elementos de natureza expressiva, relacionados à vingança pessoas próximas vitimadas nos conflitos entre eles.

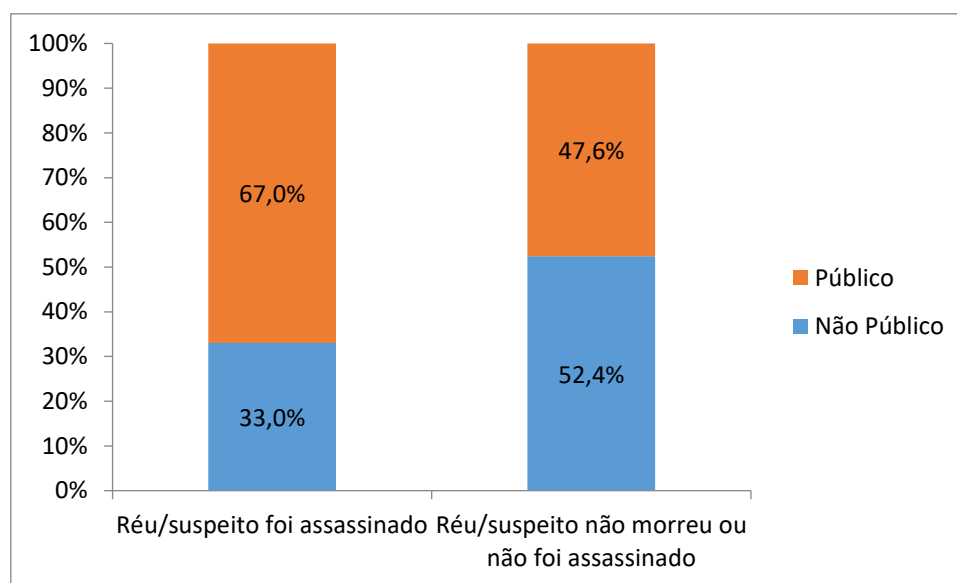
Por isso, Beato e Zilli (2012) sublinham que um aspecto considerável nos conflitos entre grupos criminosos é que motivos banais podem ensejar infundáveis histórias de vinganças, retaliações, vendetas, conflitos, traições e chacinas de todos os tipos. A desigualdade na provisão do bem público da Justiça e da segurança pública, levaria ao surgimento de ciclos de violência que poderiam ter sido evitados se houvesse a intervenção de alguma instância de intermediação de conflitos.

Outra característica dos homicídios que, depois irão suscitar mortes retaliatórias, seria o local em que eles são praticados: o espaço público (KUBRIN e WEITZER, 2003). Primeiro, o corpo estendido no chão ou a possível vítima correndo de disparos teria uma espécie de efeito socializador para o restante dos indivíduos que residem na área, demonstrando que impõe as regras a partir da arma de fogo. Segundo, como as mortes muitas vezes são vingadas por terceiros, que não necessariamente mantêm relações de parentesco ou afetividade com o suspeito ou réu, a residência ou um lugar privado se tornam de difícil acesso.

Os dados de Belo Horizonte confirmam a literatura norte-americana. Em relação ao local do fato o teste estatístico demonstrou significância quando se comparam os casos quem que o réu/suspeito foi assassinado. Pode-se inferir que nos casos de assassinato do

réu/suspeito há mais impessoalidade no trato vítima/autor, fazendo com que os locais públicos sejam palco de resolução violenta de conflitos.

Gráfico 4 – Local do fato – Réu/suspeito foi assassinado durante o Processos ou Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)



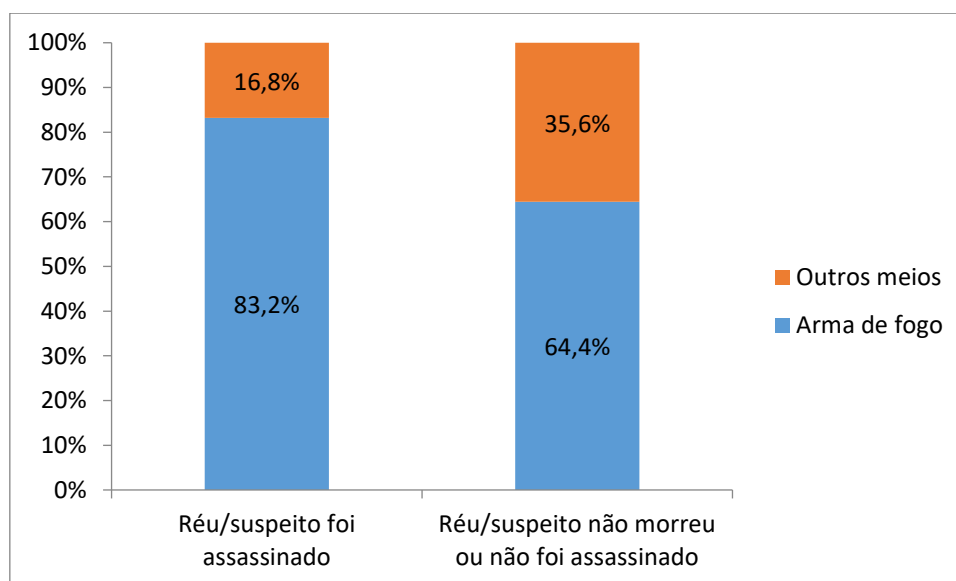
Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Qui-quadrado: 13,937 (0,000)

Um terceiro elemento que compõe a dinâmica dos homicídios que, depois, irão suscitar retaliações é o instrumento utilizado para a prática do delito. Isso porque, como destacado anteriormente, a arma de fogo seria uma espécie de substituição do pênis, mecanismo a partir da qual homens jovens imporiam suas regras e, por conseguinte, a sua própria masculinidade (ZALUAR, 1985). Esse aspecto comporia ainda a dimensão cultural dessas mortes, tal como descrito por Kubrin e Weitzer (2003), já que a morte de alguém por uma arma de fogo seria o gatilho para que o responsável por esse tiro seja morto em uma oportunidade futura.

Novamente, os dados de Belo Horizonte servem para ilustrar a literatura. Quanto aos tipos de armas utilizadas para a prática do crime inicial que, depois, resultou em relação, em 83,2% dos casos em que o réu/suspeito foi morto posteriormente o crime foi efetivado pelo uso da arma de fogo e 16,8% com o uso de outras armas como facas e pedras. Já nos casos em que o réu/suspeito não morreu, o uso de arma de fogo foi menor (64,4%) na prática dos homicídios tentados ou consumados. Em resumo, nos casos considerados homicídios retaliatórios há presença significativa da arma de fogo no crime pelo qual o suspeito era investigado ou o acusado era processado.

Gráfico 5 – Tipo de arma – Réu/suspeito foi assassinado durante o Processos ou Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)



Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Qui-quadrado: 15,075 (0,000)

A reconstrução das dinâmicas dos homicídios em que o réu/suspeito se torna vítima de um homicídio retaliatório indica um cenário distinto *sui generis*. A partir do

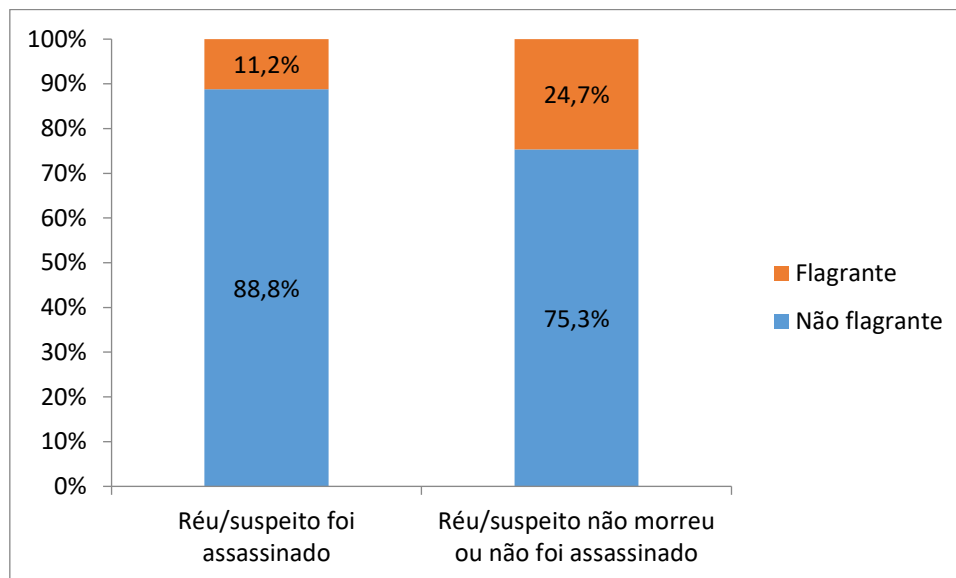
momento em que vários homens, residentes em áreas carentes de eficácia coletiva, se armam, ocorre uma difusão do uso de armas para resolver conflitos comerciais, passionais e de pequenas desavenças. Instala-se, assim, um círculo vicioso em que jovens passam a andar armados para se proteger de outros jovens armados. Resta compreender, então, como essas dinâmicas aparecem nas investigações policiais.

ELEMENTOS DA INVESTIGAÇÃO POLICIAL

O registro do crime de homicídio doloso, bem como a sua apuração do ponto de vista de motivações e envolvidos, são atividades realizadas pela Polícia Civil. É a partir do uso de uma série de procedimentos inquisitoriais que se estabelece o responsável pela prática de um delito (KANT de LIMA, 2004). Alguns elementos do curso da investigação policial se demonstraram relevantes para a compreensão da morte de quem mata.

Entre os casos em que o réu/suspeito foi assassinado (116 casos, sendo 84 suspeitos e 32 réus), 88,8% dos IPs foram registrados como portaria e 11,2% como flagrante. Entre os casos em que não houve a morte ou assassinato do réu/suspeito, 75,3% foram abertos por portaria e 24,7% por flagrante (Gráfico 6). A diferença entre o tipo de abertura do Inquérito Policial nos casos em que houve o assassinato do réu/suspeito dos que não houve essa morte é estatisticamente significativa, já que o flagrante é muito mais presente nos casos em que não houve o assassinato do réu/suspeito. Como argumentam Ribeiro e Duarte (2009) no flagrante, o indivíduo geralmente permanece preso durante todo o curso de investigação, o que seria, inclusive, uma forma de prevenir a morte de tais suspeitos e réus. Em outras palavras, nos casos de homicídios retaliatórios, poucos foram iniciados por flagrante, aumentando a chance dos suspeitos estarem soltos, o que amplia sua peculiaridade de vítima em potencial.

Gráfico 6 – Tipo de abertura do Inquérito – Réu/suspeito foi assassinado durante o Processos ou Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)



Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Qui-quadrado: 10,063 (0,002)

Porém, nem sempre estar preso é sinônimo de segurança ou prevenção de homicídios retaliatórios. No processo 002403164143-4, o réu foi morto na cadeia e, segundo a investigação anexada posteriormente ao processo, sua morte ocorreu porque um antigo desafeto foi preso na mesma cela em que o acusado aguardava o andamento de seu processo. Já no processo 002494011900-1, uma briga dentro da cela por razões que extrapolam a dinâmica do sistema prisional resultou no falecimento do réu. Esses dois casos são, portanto, amostras muito claras do quão brutal são as nossas penitenciárias, que ao invés de garantirem a vida, terminam por viabilizar a morte daqueles que estão sob sua guarda.

Agora, problematizando a investigação policial, é bastante sintomático o fato de que vários relatórios finais de inquéritos policiais em que o suspeito foi assassinado traga tão somente a inscrição "homicídio retaliatório" sem qualquer informação mais detalhada sobre porque isso ocorreu (94% das situações). É como se essa morte, ao cumprir uma finalidade organizacional, perdesse a importância do ponto de vista de sua dinâmica.

Afinal, ela permitiu que mais um caso fosse arquivado sem que a polícia fosse responsabilizada ou taxada de ineficiente em seu esclarecimento.

Tabela 5 - Distribuição percentual das justificativas apontadas para a morte retaliatória do suspeito/réu - Processos ou Inquéritos de homicídio doloso arquivados em Belo Horizonte (2003-2013)

Razão apontada para o assassinato	Inquérito policial		Processo Penal	
	N.	%	N.	%
Brigas, com facas e pedras, que resultaram em feridas que levaram o sujeito a morte	0	0,0	8	25,0
Vingança	2	2,4		0,0
Foi assassinado dentro da cadeia	0	0,0	2	6,3
Chacina	1	1,2		0,0
Troca de tiros com a polícia	0	0,0	1	3,1
Tráfico de drogas	2	2,4	1	3,1
Sem informação	79	94,0	20	62,5
Total	84	100,0	32	100,0

Fonte: Mensurando o tempo do processo de homicídio em Belo Horizonte (CRISP – UFMG)

Da mesma maneira, nos processos encerrados por extinção da punibilidade em razão da morte do réu, não existem informações muito detalhadas, sendo que em 62,5% das situações só há a inscrição de homicídio retaliatório na decisão do juiz, sem maiores explicações. Novamente, a lógica de um trabalho a menos parece imperar, sendo pouco oportuno explicar porque quem atirou em um delito terminou morrendo em outro.

Outras duas informações que merecem destaque são o fato de que entre os processos há um quantitativo mais significativo de casos em que brigas com facas e pedras foram utilizadas para vingar um outro homicídio, algo que não acontece com os suspeitos dos Inquéritos Policiais. Além disso, em ambas as situações, há uma baixa menção ao tráfico de drogas como causa do homicídio retaliatório, o que indica que reforça a ideia de que, talvez, a elevadíssima quantidade de mortes violentas em nosso país seja decorrente da elevadíssima disponibilidade de arma de fogo, que faz com que conflitos pessoais sejam, muitas vezes, resolvidos a partir deste instrumento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo foi entender as dinâmicas de violência envolvendo homicídios retaliatórios em Processos Penais e Inquéritos Policiais, arquivados em Belo Horizonte entre os anos de 2003 a 2013, e que foram extintos em razão da morte do réu ou suspeito respectivamente. Além de analisar o perfil sociodemográfico dos envolvidos nos homicídios dolosos ocorridos na cidade no referido período.

Na esteira de várias outras pesquisas acadêmicas, destaca-se a enorme homogeneidade, em termos de perfil sociobiográfico, de autores e vítimas, especialmente no que se refere ao sexo, idade e cor da pele. Os homens jovens, pretos e pardos protagonizam essa sociabilidade violenta, que termina em infundáveis corpos com marcas de óbitos violentos.

As dinâmicas de sociabilidade violenta que terminam em homicídios dolosos (tentados ou consumados) abrangem uma população muito específica (Machado da Silva, 2004) e, nesse contexto, é preciso pensar em estratégias que realcem a importância do "não matará" (Soares, 2008), já que o Sistema de Justiça Criminal falha na proteção à vida desses sujeitos, como demonstra o elevado percentual de inquéritos que não redundaram em processo em razão da morte do suspeito.

Dentre os suspeitos apontados nos Inquéritos Policiais que não se converteram em processo, um pouco mais da metade foram assassinados em homicídios classificados pela polícia como retaliatórios, indicando que certas mortes são difíceis de esclarecer, mas

terminam com um desfecho trágico: o desaparecimento do possível responsável por sua ocorrência. Uma investigação mais eficiente poderia poupar vidas. Se, de fato, o sujeito que foi morto em outro homicídio era responsável pela morte que a polícia estava investigando, talvez a sua prisão como decorrência da condenação tivesse significado a proteção da sua própria vida, e a responsabilização do autor de um homicídio por meios legais e consequente fortalecimento das instituições de segurança e de justiça criminal. Ou talvez não, já em que duas situações o acusado foi morto dentro da cela onde esperava o desfecho do seu processo.

REFERÊNCIAS

- BEATO, Cláudio. **Crime e cidades**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- BEATO, Cláudio; ZILLI, Luís Felipe. Criminal activities structuration: a case study. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 27, n. 80, p. 71-88, 2012.
- CRISP. **Mensurando o tempo do processo de homicídio doloso em Belo Horizonte: O que mudou em uma década**. Relatório de pesquisa. 2017.
- CANO, Ignacio; DUARTE, Thais Lemos. A Mensuração da Impunidade no Sistema de Justiça Criminal do Rio de Janeiro. **Segurança, Justiça e Cidadania: Pesquisas Aplicadas em Segurança Pública**, v. 2, p. 9-44, 2010.
- FBSP/IPEA. **Atlas da violência 2017**. Brasília: IPEA, 2017. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7956/1/Atlas%20da%20viol%C3%Aancia_2017.pdf
- KANT DE LIMA, Roberto. Direitos Civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? **São Paulo em Perspectiva** (Impresso), São Paulo, SP, v. 18, p. 49-59, 2004.
- KUBRIN, Charis E.; WEITZER, Ronald. Retaliatory homicide: Concentrated disadvantage and neighborhood culture. **Social problems**, v. 50, n. 2, p. 157-180, 2003.
- MACHADO DA SILVA. Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano. **Sociedade e estado**, v. 19, n. 1, p. 53-84, 2004.

- MACHADO DA SILVA. Violência e Ordem Social. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014, v. 1, p. 35-50.
- PAIXÃO, Antônio Luiz. A organização policial numa área metropolitana. **Dados: Revista de Ciências Sociais**, v. 25, n. 1, p. 63-85, 1982.
- RIBEIRO, Ludmila; DUARTE, Thais. O tempo dos Tribunais do Júri no Rio de Janeiro: Os padrões de seleção e filtragem para homicídios dolosos julgados entre 2000 e 2007. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 2, n. 3, p. 11-37, 2009.
- RIEDEL, Marc; JARVIS, John. The decline of arrest clearances for criminal homicide: Causes, correlates, and third parties. **Criminal Justice Policy Review**, v. 9, n. 3-4, p. 279-306, 1999.
- SINHORETTO, Jaqueline. Seletividade penal e acesso à justiça. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014, v. 1, p. 293-298.
- SOARES, Gláucio A. D. **Não matarás**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013: homicídios e juventude no Brasil**. Brasília: CLACSO, 2013.
- ZALUAR, Alba. **A máquina e a revolta**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- ZALUAR, Alba. Etos guerreiro e criminalidade violenta. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. (org.). **Crime, polícia e justiça no Brasil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014, v. 1, p. 35-50.

**POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO ASSÉDIO MORAL E AO
ASSÉDIO SEXUAL DAS POLICIAIS FEMININAS NAS INSTITUIÇÕES DE
SEGURANÇA PÚBLICA**

Ivanira Pancheri

Roberto Augusto de Carvalho Campos

Resumo: A pesquisa dedica-se ao estudo do Assédio Moral e Sexual, que atinge comumente as policiais femininas nas instituições de Segurança Pública, área predominantemente hierarquizada e masculinizada, carente de uma Política Pública voltada aos Direitos Humanos das Mulheres Policiais. O ato de assediar é antigo e manifesta-se em variadas formas: nas relações familiares, na escola, em vizinhanças, com cunho sexual, discriminatório e laboral. Centra-se num trato que desonra a vítima e a coisifica (HIRIGOYEN, 2014). Há maior incidência do assédio na Administração: o assediador, ao não dispor imediatamente do vínculo funcional, principia o acoso para conseguir descartar a vítima, inclusive via poder disciplinar (NAVARRO, 2009). E, especialmente na Segurança Pública, potencializadas as dificuldades, inexistem políticas institucionais correlatas (SENASP, 2013). Após levantamento bibliográfico, enviou-se ofício à Corregedoria da Policial Militar do Estado, solicitando dados de crimes militares, a saber, excesso de autoridade, difamação, privação de liberdade e constrangimento ilegal, cujas vítimas fossem policiais femininas. E, oficiou-se ao Centro de atenção Psicológica e Social da PM, in casu, de mulheres vítimas de Assédio. Optou-se pela PMESP em razão da hierarquia e disciplina estarem no Estatuto dos Militares, bem como em virtude do seu tamanho e facilidade de acesso. A pesquisa identificou basicamente: maior predominância do Assédio Moral; o silencioso efeito sobrevivência e a introjeção do preconceito por parte das policiais. Também, a ilogicidade da Segurança Pública que intenta ajustar-se a nova Constituição, porém discursiva sobre transgressão às regras do papel feminino (SOARES e MUSUMECI, 2005). Recomendações: inserção nos cursos de módulo “Direitos Humanos das Policiais Femininas”; protocolo de conduta com o fito

de conscientização; fomento de pesquisas para detecção precoce de situações de risco; canais de denúncia externos às corporações; núcleos psicossociais para os envolvidos em Assédio; coordenadorias a promover a transversalização de gênero; identificação de processos disciplinares com indícios de assédios femininos; convênios entre centros de atendimento jurídico e a Administração; debate sobre criminalização dos Assédios Moral e Sexual, mormente no Código Penal Militar etc. Enfim, algumas ideias que poderiam, aliás, contribuir para a qualidade de um serviço público na medida do aprimoramento da educação policial (NAVARRO, 2011).

Palavras-chave: Assédio. Policiais Femininas. Políticas Públicas.

“Palavras de um superior hierárquico: ‘Mulher policial, ou é piranha ou é sapatão’”.
(Inspetora de Polícia, RJ)

INTRODUÇÃO

A pesquisa destina-se ao exame do Assédio Moral e do Assédio Sexual, que colhe rotineiramente as policiais femininas nas instituições de Segurança Pública, espaço predominantemente hierarquizado e masculinizado, desprovido de uma Política Pública reservada aos Direitos Humanos das Mulheres Policiais.

Neste íterim, pretende-se apreender as relações entre a cultura organizacional das instituições de Segurança Pública, como aliás, ambiente público, e o fenômeno dos Assédios Moral e Sexual cujas vítimas sejam mulheres policiais, com o intuito de ofertar contribuições para o incremento de políticas públicas que foquem o combate ao assédio das policiais femininas e, por reflexo, aprimorem a ação dos profissionais em segurança como um todo, na sociedade.

O ato de assediar é antigo e manifesta-se em variadas formas: nas relações familiares, na escola, em vizinhanças, com cunho sexual, discriminatório e laboral. Centra-se num trato que desonra a vítima e a coisifica (HIRIGOYEN, 2014). De

imoralidade ética incontestável, o assédio como terror psicológico, traduz-se em uma humilhante vulneração da dignidade.

Afortunadamente hoje, a noção de cidadania e dignidade humana obsta que violações a quaisquer direitos permaneçam impunes ainda que no interior de relações privadas ou contratuais (BARRUTIA, 2014), prestando-se como um freio ao ato de assediar.

Inúmeras particularidades da Administração Pública todavia, podem ser apontadas para tentar-se compreender os contornos que fazem do serviço público um ambiente fértil para assediadores. As configurações de poder, hierarquia e disciplina são examinadas como principais elementos a sustentar o assédio, ocasionando maior incidência nos órgãos governamentais. Ainda, a indisponibilidade imediata do vínculo funcional da vítima, aliada ao manejo do poder disciplinar são igualmente dados relevantes para apreender tal fenômeno (NAVARRO, 2009).

O impacto desta realidade de prevalência do assédio no seio da Administração Pública mostra-se máximo ao ponderar-se que se está no âmbito de um garante do Estado Democrático de Direito, cujo paradigma é a ética na gestão pública modelar e balizada pela legalidade.

E, especialmente na Segurança Pública, potencializadas as dificuldades, inexistem políticas institucionais correlatas (SENASP, 2013). Noutros termos, num sítio em que o princípio da hierarquia e disciplina serve como um tipo de adestramento, o ato de assediar insere-se neste contexto de domesticação, de aceitação e adequação dos membros da organização ao *status quo* (MARTINS, 2006).

Acresce-se a isto o fato de que há resistência, nestas instituições essencialmente masculinas, ao recente ingresso de mulheres, faltando mesmo uma adaptação, seja material, seja cultural, a esta nova presença.

Neste contexto, surge o tema: Políticas Públicas de Combate ao Assédio Moral e Assédio Sexual das Policiais Femininas nas Instituições de Segurança Pública. Destarte, a investigação identificou basicamente: maior predominância do Assédio Moral em face do Assédio Sexual; o silencioso efeito sobrevivência que resta por tratar a temática unicamente sob o prisma individual e a introjeção do preconceito por parte das policiais.

Também, a ilogicidade da Segurança Pública que intenta ajustar-se à nova Constituição porém, ainda discursa sobre transgressão às regras do papel feminino (SOARES, MUSUMECI, 2005).

Assim sendo, aflorou a indispensabilidade da transversalização de gênero com especiais recomendações além daquelas outras inseridas numa Política Pública de Direitos Humanos, inclusive o debate das relações de poder sob um viés democrático faz-se cogente. Enfim, algumas ideias que poderiam aliás, contribuir para a qualidade de um serviço público na medida do aprimoramento da educação policial (NAVARRO, 2011).

1 ASSÉDIOS MORAL E SEXUAL

A palavra “assédio” origina-se, em princípio, do latim *ad sedere* que exprime “sentar-se em frente de”. Em verdade, relacionava-se o termo ao cerco realizado pelos exércitos ao redor de cidades e demais fortalezas, bloqueando o acesso de indivíduos ou coisas (MARTINS, 2017).

Estendido para outros contextos, assediar pode definir-se como: “[...] importunar, molestar, aborrecer, incomodar, perseguir com insistência inoportuna. Implica cerco, insistência. *Assédio* quer dizer cerco, limitação, humilhar até quebrar a força ou a vontade de uma pessoa.” (MARTINS, 2017, p. 22).

O Assédio sempre existiu em suas variantes configurações, sucedendo no âmbito doméstico, na escola, em vizinhanças, com cunho sexual, discriminatório e, afinal, laboral.

Sem embargo de apresentar-se com distintos conceitos, não se cuidam de assédios estanques. Na verdade, haveria um bem jurídico violado de forma primária – dignidade ou integridade moral - e demais lesões secundárias – direito ao trabalho, direito à integridade psíquica e física, direito a outros direitos fundamentais – honra, liberdade de consciência, liberdade de expressão, intimidade e igualdade (BARRUTIA, 2014). O bem jurídico violado pois, é a dignidade humana insculpida no artigo 5º. da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Depreende-se que, há no ato de assediado um intuito de óbvia dominação. Observe:

Denominador común de estas situaciones son el amilanamiento de la víctima, que a menudo ni sabe ni puede reaccionar, que tiene miedos atávicos, temores a posibles represalias y a perjuicios de todo tipo, en muchos casos confirmados por posteriores acontecimientos. El acosador actúa como un depredador que por celos, envidia, incompetencia o por pura maldad infringe un sufrimiento encaminado a desplazar y coisificar a otro ser humano. (GONZÁLEZ, 2011, p. 11).

Especialmente, o Assédio Moral no local de trabalho consiste em todo e qualquer procedimento injusto, ilegal, imoral e antiético que se manifesta sobretudo em múltiplas atitudes de agressão que menosprezam, intimidam, discriminam, ridicularizam ou punem, normalmente reiteradas, durante o horário de trabalho e no exercício de suas funções, práticas essas que lesam a dignidade do indivíduo e originam sofrimento psíquico e físico, com outras consequências multifacetárias que atingem, por reflexo, o próprio empregador e a sociedade.

Heinz Leymann, psicólogo social alemão radicado na Suécia, foi o pioneiro nos estudos sobre Assédio Moral na década de oitenta, mais especificamente o termo *Mobbing*, que pode ser conceituado resumidamente como um terror psicológico na vida profissional dirigido de forma sistemática por uma pessoa em face da vítima, acarretando miséria psíquica, psicossomática e social (LEYMANN, 1986).

O assediado por conseguinte, converte a vida laboral do assediado em um inferno (NAVARRO, 2009).

Uma das maiores especialistas mundiais no tema, a psiquiatra Marie-France Hirigoyen estuda o que classifica de violência perversa, como qualquer manifestação abusiva, com condutas hostis, mas muitas vezes de aparência inofensiva, exercidas entre companheiros de trabalho, que atenta contra a personalidade, dignidade, saúde física e psíquica, podendo pôr em perigo o emprego e degradar o ambiente de trabalho, além de

outros resultados desastrosos de difícil demonstração, sem o intuito ético de melhorar o serviço mas, desfazer-se da pessoa (HIRIGOYEN, 2008).

O Assédio Moral como pressão laboral tendenciosa e humilhante contra a pessoa desestabiliza-a, conduzindo ao seu isolamento dos demais membros do grupo, de novo, com graves e diversificadas repercussões, e, no limite, força-a a afastar-se de alguma maneira daquele ambiente abusivo. Num contexto de violência moral sutil mas autoritária, há dificuldades para nomear àquela situação como de Assédio Moral, e quando denunciada é prontamente negada pelos responsáveis porque demonstra, quando menos, perda de mandamento ético e falha na gestão.

Excelente conceituação para o Assédio Moral tem-se na lição da magistrada trabalhista Sonia Mascaro:

A doutrina pátria define o assédio como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho. (NASCIMENTO, 2011, p. 14).

O Assédio Moral Laboral contudo, oferta peculiaridade que embaraça seu reconhecimento ao comparar-se com outras figuras. Existe uma primeira indagação quanto à legalidade das condutas em face do poder de direção ou de hierarquia e, outra, se é comportamento tão grave a ponto de ultrapassar o campo do Direito do Trabalho. Noutros termos, aparecem filtros especiais que podem obnubilar o fenômeno (BARRUTIA, 2014).

Não se pode olvidar que o Assédio Moral no Trabalho insere-se num contexto maior, de qualquer manifestação de violência laboral, sempre daninhas e criando um ambiente de trabalho não saudável (MONFORT, 2016).

Por óbvio, não se imiscui com conflitos laborais e exercício abusivo do poder do empregador eis que, nestes casos, pretende-se enfim, uma maior competitividade ou aproveitamento dos empregados (NAVARRO NIETO, 2007).

No que tange ao Assédio Sexual consiste a figura num violento comportamento para obtenção de favores de natureza sexual, ainda que inserido no contexto de relação laboral, aliás, única forma a ser tipificada penalmente, provocando na vítima uma situação gravemente intimidatória e humilhante, restando evidenciado futuro mal nas expectativas trabalhistas da vítima em caso de recusa (NASCIMENTO, 2011).

No Brasil, chegou-se à criminalização. O artigo 216-A do Código Penal Brasileiro, inserido pela Lei nº. 10.224/01 tipifica a conduta:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo 2º. A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

Do que se vê, o Assédio Sexual revela-se como espécie de coerção de natureza sexual, que pode se dar por qualquer forma - palavras, escritos, gestos - concretizada por uma pessoa em posição hierárquica superior em relação a um subordinado, na maioria das vezes, mas não exclusivamente, em local de trabalho.

Em considerações nucleares, Renato de Mello Silveira assim define:

A figura penal do assédio sexual, apesar de não mencionar que tipo de constrangimento está a analisar, menciona que o sujeito ativo deva ser uma pessoa que ocupe uma posição superior ou, ainda, que tenha ascendência na relação de trabalho sobre a vítima. Percebe-se, pois, que

somente pode haver assédio, que sempre deve ser visto como doloso, quando há uma relação trabalhista preexistente.

A questão do objeto de tutela da presente norma é complexa. Apesar de, hoje, se encontrar inserida em um esquadro de tutela dos crimes contra a dignidade sexual, não se esgota aí. Outros bens jurídicos, como a honra pessoal e o respeito às relações de trabalho, também podem estar presentes. (SILVEIRA, 2017, p. 652).

Num claro apontamento sobre a temática em sede de serviço público, sublinhe-se que, na Argentina, por exemplo, não há a figura do Assédio Sexual, salvo no Decreto 2385/93 sobre *Acoso Sexual en la Administración Pública Nacional* que assim conceitua: “[...] *el accionar del funcionario que con motivo o en ejercicio de sus funciones se aprovechara de una relación jerárquica, induciendo a otro a acceder sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal.*” (BABUGIA, 2015, p. 56).

Há outra especial figura a recordar-se, qual seja, o Assédio Sexual Ambiental caracterizado como ambiente sexualmente ofensivo criado em torno de um trabalhador, cuja degradação advém de conotações sexuais diversas. Assim: “*Por lo que el acoso sexual ambiental no requiere estar orientado a conseguir relaciones sexuales, ya que basta que se produzcan conductas de contenido sexual indeseado que generen ese entorno laboral ofensivo.*” (BARRUTIA, 2014, p. 252).

Enfim, o reconhecimento do perigo do assédio é consequência da positiva evolução da ideia de dignidade de toda pessoa. Aliás, a atual intolerância ao desrespeito dos direitos do indivíduo em quaisquer contextos, assevera avanço para reprimir tal fenômeno, fazendo ruir espaços de silêncio e impunidade permeáveis aos abusivos micropoderes cotidianos (NICUESA, 2011).

2 PREDOMÍNIO DO ASSÉDIO MORAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O assédio é fenômeno comum na Administração Pública, tornando-a setor de risco desta gravíssima patologia que crava questões profundas sobre desrespeito aos mais

elementares princípios regentes, sobre vícios institucionais e sobre deturpação no que concerne à organização do trabalho e gestão de pessoas. E ao mesmo tempo, os reflexos mostram-se mais preocupantes ao sopesar-se que se está no âmbito de um garante do Estado Social Democrático de Direito, cujo padrão deveria ser a eticidade na gestão pública pautada pela licitude (GONZÁLEZ, 2011).

Mister pontuar que, a referência ao predomínio do Assédio Moral no Trabalho no âmbito do serviço público impõe definir-se o círculo desta sinistralidade. Noutros termos, está a se mencionar o Assédio Moral que se produz entre e sobre os funcionários públicos, isto é, aqueles servidores submetidos às normas de Direito Administrativo, que não se confundem com empregados que prestam serviços em organismos públicos (COLMENERO, 2009).

É detectada pois, maior ocorrência do Assédio Moral na Administração Pública e mormente, em serviços públicos de grande relevância social com modelos elevados de hierarquização, burocratização, responsabilidade e exigência, expondo inclusive ao cidadão que requer qualidade a problemática destes comportamentos atentatórios à dignidade do servidor público, *ad exemplum*, escolas, hospitais, forças armadas e cárceres (HERMOSILLA, 2010).

Existem traços da Administração Pública que poderiam auxiliar na interpretação desta prevalência de assediadores.

Um primeiro aspecto a ser pontuado é aquele referente à origem histórica que se cinge a um espaço da apropriação do público como se privado fosse, nos moldes do medievalismo ibérico, com pronunciado autoritarismo e mesmo, corporativismo (MARTINS, 2006).

Assim, pluralidades e direitos fundamentais não são intrínsecas características.
Atente:

[...] observa-se que os quadros da administração pública guardam um ranço autoritário advindo de processos históricos antidemocráticos (v.g. Golpe Militar de 1964). Ou seja, um ambiente excessivamente austero, rígido, autoritário, no qual os direitos individuais do cidadão são

colocados em segundo plano ainda é a realidade dos órgãos públicos de muitos lugares do Brasil. (SILVA, 2015, p. 16).

A excessiva hierarquização e verticalidade e burocratização da organização e gestão públicas, a falta de profissionalismo dos chefes, a arbitrariedade na delimitação de tarefas, a permeabilidade à política, a insuficiente transparência, os entraves jurídicos para o tratamento adequado do Assédio Moral, inclusive nas singularidades de uma via administrativa primeira que retarda a imediata judicialização e divulgação externa, a ausência de mecanismos de solução, a falta da negociação coletiva no tratamento de matérias relativas aos direitos fundamentais, o emprego abusivo por parte do assediador do poder disciplinar punitivo são apenas algumas peculiaridades que contribuem para a expansão do Assédio Moral na Administração Pública (COLMENERO, 2009). Observe:

Os ambientes fechados ou burocratizados, típicos das administrações públicas, nos quais predomina a tendência de que tudo esteja preestabelecido e regulamentado, e nos quais existem poucas alternativas, pioram o prognóstico do assédio psicológico no trabalho. (ZABALA, 2003, p. 268).

A gestão pública propicia a prática do Assédio Moral, mormente pela grande discricionariedade, por perseguição em face de posições políticas, pela atual fácil mobilidade e transferência de indivíduos a bem do serviço público. Ademais, os despreparados chefes, alçados a posto de comando por laços de amizade, nepotismo ou pertencimento ao grupo de poder de plantão, sustentam-se facilmente naquelas mesmas relações que os colocaram no poder e diante deste seguro respaldo e intocabilidade, compensam suas inegáveis inaptidões... Aliás, por óbvio, a indicação de alguém para chefia, não tem o condão de milagrosamente transformar tal indivíduo em capaz condutor de pessoas. E, tendo-se em consideração que o chefe não dispõe sobre o vínculo funcional da vítima, principia o acosso e a humilhação para conseguir livrar-se de outro modo da vítima (COLMENERO, 2009).

Ademais, a equação estabilidade/precariedade no vínculo trabalhista e o Assédio Moral também é tema recorrente e, ao reverso do que se possa inferir, o Assédio Moral é diretamente proporcional à estabilidade no emprego. Quão mais firme a relação laboral, mais difícil de extinguir-se e, pois, mais Assédio Moral.

Destarte, o caráter estável do emprego público pode induzir o assediador, ante o embaraço de desfazer-se legalmente da vítima, a sobrepujantes comportamentos que perseguem um autoabandono daqueloutra do local de trabalho, seja por baixa médica, pleito de remoção, renúncia à condição funcional, seja afinal, pelo suicídio (COLMENERO, 2009).

A envergadura numérica dos casos de Assédio Moral aqui pode ser justificada igualmente pela enormidade de tamanho que a Administração Pública apresenta como grande empregadora.

Perceba que, o Assédio Moral é uma perigosa combinação de uma organização do trabalho patológica e de comportamentos fulcrados “nas misérias da alma humana” (NAVARRO NIETO, 2007, p. 16).

Isto posto, não se pode apequenar dentro da engrenagem do serviço público, a figura do assediador. Ainda que, no ambiente público a falha ética na organização e gestão favoreça o assédio, há inconfessável traço psicológico a ser ponderado afinal, “[...] o Assédio Moral no setor público está ligado às disputas pelo poder, como uma dimensão psicológica fundamental, que passa pela inveja e pela cobiça e que leva os indivíduos em busca do controle alheio e da tentativa de exclusão [...]” (MARTINS, 2006, p.62).

Está a significar que o poder possui uma dimensão interpessoal, ou seja, a faceta do poder abusivo e explorador está interligado indissolavelmente aos caracteres pessoais do indivíduo (WILLIS, RODRÍGUEZ-BAILÓN, 2015).

Importa aqui pontuar que, revelar a faceta da má organização do trabalho no Assédio Moral desindividualiza o risco e enfatiza a responsabilidade estatal quanto à preservação dos direitos fundamentais (BARRUTIA, 2014). Noutros termos:

En este sentido el acoso pasa a visualizarse no como algo originado por la propia víctima o fruto de la casualidad o mala suerte sino como resultado de las relaciones sociales y de trabajo; no como un peligro, inevitable e incomprensible, sino como un riesgo en el que se puede y debe intervenir socialmente. (BARRUTIA, 2014, p. 313).

A erradicação do assédio no âmbito público insere-se inclusivamente na obrigação geral do Estado de proteção da segurança e saúde dos servidores e/ou empregados, com suas pertinentes consequências legais em hipótese de desobediência.

Em geral, todavia, o que aflora é uma negação geral do Assédio Moral ou, em segunda opção, uma participação ativa ao estigmatizar a vítima. Despidos de qualquer *compliance* para o combate ao Assédio Moral, inábeis para detectar precocemente e resolver o acoso, ignoram os sintomas (absenteísmo em suas diferentes modalidades, problemas disciplinares etc.), não garantem o direito à confidencial denúncia e à assistência, sequer tentam mediar ou arbitrar esta epidemia e largam a vítima a sua própria sorte nas fases finais do Assédio Moral... (NAVARRO NIETO, 2007).

Especialmente na Administração Pública, o assediador parece olvidar que como servidor público, encontra-se sujeito às regras da moralidade administrativa, da impessoalidade, da igualdade, da legalidade, da eficiência e da motivação, da supremacia do interesse público e, pois, de seu pertinente Estatuto.

Vale trazer à colação, o seguinte artigo do Código Penal Espanhol a aplicar-se especificamente ao *mobbing* praticado no cerne da Administração Pública, como forma desviada de poder:

Artículo 175 La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

No Brasil, o Assédio Moral pode configurar o abuso de autoridade previsto na Lei nº 4.898/65, que sujeita o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade civil, administrativa e penal. Observe:

Com efeito, a prática do abuso do poder tipifica-se pela ilegitimidade do ato perpetrado pelo administrador público, visto que o mesmo atua fora dos objetivos expressa e implicitamente determinados na lei. Não resta a menor dúvida de que a conduta tipificada por assédio moral irradiada pelo superior hierárquico, ao visar à destruição moral e física de um ou mais agentes subalternos, afetando-lhes a dignidade, a liberdade e a personalidade, prefigura autêntico cometimento de abuso de poder. (MINASSA, 2012, p. 149-150).

Para os efeitos desta lei, considera-se autoridade todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.

As penas por abuso de autoridade vão desde a advertência administrativa até a demissão, e no processo penal escalonam-se em multa, detenção, perda do cargo e inabilitação para a função pública, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Assim, abusos de autoridade relativos à liberdade individual, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e aos direitos de locomoção, crença, consciência, voto e reunião bem como os concernentes à incolumidade física do indivíduo, aí consubstanciados os delitos de vias de fato e lesão corporal, subtração de documento público, prevaricação etc. são intoleráveis exemplos de práticas do assediador.

Perceba que os procedimentos da Lei do Abuso de Autoridade são autônomos em relação à outras imputações de responsabilidade civil e administrativa da própria Administração, e ainda, penal visto que o legislador deu legitimidade às vítimas para chamarem a juízo diretamente os seus ofensores.

Assim, ainda que o poder seja inerente às relações sociais e percebido de forma legítima em determinadas situações depreende-se que, permitir estruturas hierárquicas cuja normatização não seja criticamente fiscalizável fomenta processos de assédio por indivíduos participantes de grupos favorecidos que têm uma menor sensação de constrição, mostrando o poder sua faceta de desmando e abuso de privilégios. Enfim, a desigualdade de poder revela-se, *a priori*, como fundamento do Assédio Moral (WILLIS, RODRÍGUEZ-BAILÓN, 2015).

O poder concedido à organização e à gestão, resta por ser manejado como controle e disciplina punitiva, transformando-se em comum forma de assédio, perverso mas velado.

No que concerne à legislação em âmbito administrativo, no Brasil, há tão somente esparsa e inócua legislação a reger o Assédio Moral no Serviço Público, trazendo regras para algumas administrações públicas estaduais e municipais.

Poder-se-á fazer referência, por exemplo, ao Estado de São Paulo no qual o Assédio Moral é atitude proibida no funcionalismo público da Administração direta, indireta, autarquias e fundações públicas, podendo penalizar o assediador até com demissão do cargo. Veja o que prescreve o artigo 2º da Lei nº 12.250, de 09 de Fevereiro de 2006:

Considera-se assédio moral para os fins da presente lei, toda ação, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a auto-estima e a autodeterminação do servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário, bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcionais do servidor, especialmente:

I - determinando o cumprimento de atribuições estranhas ou de atividades incompatíveis com o cargo que ocupa, ou em condições e prazos inexecutáveis;

II - designando para o exercício de funções triviais o exercente de funções técnicas, especializadas, ou aquelas para as quais, de qualquer forma, exijam treinamento e conhecimento específicos;

III - apropriando-se do crédito de idéias, propostas, projetos ou de qualquer trabalho de outrem.

Parágrafo único - Considera-se também assédio moral as ações, gestos e palavras que impliquem:

1 - em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor, que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;

2 - na sonegação de informações que sejam necessárias ao desempenho de suas funções ou úteis a sua vida funcional;

3 - na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na de subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;

4 - na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional.

Ademais, a já mencionada lei estadual de São Paulo, além de definir Assédio Moral (art. 1º.), oferta medidas preventivas (art. 7º.) e protege inclusive as testemunhas (art. 5º.).

Dentro desta conjuntura, pois, há normas jurídicas do serviço público, como leis estaduais do Rio de Janeiro (Lei nº 3.921, de 23 de Agosto de 2002), Paraíba (Lei Complementar nº 63, de 09 de Julho de 2004) e Rio Grande do Sul (Lei Complementar nº 12.561, de 12 de Julho de 2006), além de projetos de lei em tramitação em outros estados e, leis em alguns municípios, sendo Iracemápolis a primeira municipalidade a reger o Assédio Moral (Lei nº 1.163/2000 e Decreto regulamentador nº 1.134/2001), tendo São Paulo, Natal e Campinas também interessantemente legislado a respeito (nesta ordem, Leis nºs. 13.288/2002, 189/2002 e 11.409/2002).

In casu, Iracemápolis traz peculiar sancionamento consistente em impor-se ao assediador a frequência em curso de comportamento profissional, a vista do inciso II do artigo 1º. da citada lei:

Artigo 1º - Ficam os servidores públicos municipais sujeitos às seguintes penalidades administrativas na prática de assédio moral, nas dependências do local de trabalho:

I. Advertência.

II. Suspensão, impondo-se ao funcionário a participação em curso de comportamento profissional.

III. Demissão.

Parágrafo Único - Para fins do disposto nesta Lei, considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis, passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços.

Enfim, não se olvida que hierarquia e disciplina estão presentes em qualquer forma de organização do trabalho, porém, há um recrudescimento desta principiologia na Administração Pública e especificamente, em contextos policiais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E DA CIDADANIA, 2016), o que parece, interfere no fenômeno do assédio. Os padrões de conduta da Administração Pública servem ao específico perfil de serviço, ainda que em última instância deva primar o interesse público. Assim, nas instituições de Segurança Pública, mormente em corporações militares, cujo serviço a ser prestado diz com a criminalidade, aparece uma singular coerência entre o agir no interior e no exterior. No mesmo sentido:

Dentro deste cenário, o assédio moral na administração pública militar, em que pese seja ofuscado pelo obscurantismo institucional, encontra terreno fértil para o seu desenvolvimento dada à configuração do *ethos* militar baseada em dois fortes pilares: hierarquia e disciplina. (SILVA, 2015, p. 54).

Especialmente, a hierarquia e a disciplina despontam postuladas convencionalmente como o alicerce institucional das Forças Armadas no Estatuto dos Militares, na Lei Federal nº 6.880/80. Neste sentido, os parágrafos do versículo 14 definem tais termos:

§ 1º. A hierarquia militar é a ordenação da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade;

§ 2º. Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Assim, tem-se como ilação no extremo contexto das Corporações Militares:

Diante do exposto, analisa-se que os valores de hierarquia e disciplina da cultura organizacional da polícia militar influenciam configurações de poder que colocam o subordinado em uma posição de alta vulnerabilidade e tensão. Ainda que esta posição já tenha sido comprovada por estudos da literatura nacional e internacional como potencialmente adoecedora, são conhecidas poucas tentativas de

transformação desta realidade. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2016, p. 35).

Neste sentido, ao verificar-se a cultura organizacional, podem-se inferir implicações na dinâmica funcional e assim, a presença do assédio nas organizações conecta-se a uma equação cujos fatores - presença de normas de conduta restritas, configuração de um sistema fechado, distância do poder alta, características mais predominantemente associadas à masculinidade, excesso de poder combinado aos cargos superiores, carência de regras regulamentadoras que subsidiem a gestão do subordinados etc. – determinam a maior ou menor suscetibilidade a situações de assédio (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2016).

Parece ser um consenso que “[...] no universo público, uma categoria de regime especial provavelmente tem mais elementos que contribuem para o cometimento do assédio: trata-se dos funcionários públicos militares [...]” (MARTINS, 2006, p. 15). Observe:

A pressuposição de que o Assédio Moral encontra ambiente fértil entre os milicianos em geral se explica, em primeiro lugar, pelo perfil funcional público, depois pela própria cultura militar, severa, hierárquica e disciplinada, onde atos danosos ao físico e ao psíquico humano podem ser considerados mera rotina, acrescentando-se que as condições de trabalho caracterizadas por fortes tensões e a propensão para um desgaste psicológico e emocional também contribuem para que tal fenômeno ocorra intramuros da Instituição; por outro lado, também não há mecanismos externos e internos que coíbam tal prática, como leis, regulamentos ou códigos de ética mais específicos, ou ainda uma formação profissional mais humanística. (MARTINS, 2006, p. 15).

E ainda:

Tal conjuntura evidencia como o próprio sistema legitima o cometimento do assédio moral, primeiro porque a máquina pública fica a disposição do gestor para usá-la a sua mercê, sem a intervenção

devida, depois porque o cargo público por nomeação é considerado de ‘confiança’, ou seja, referendado por um *status quo* onde se entende que autonomia deve ser preservada a todo custo. Da mesma forma, a hierarquia militar justifica a ação, ainda que num contexto onde se promovem perseguições e se constitua um ambiente de desgaste psico-emocional, principalmente porque a corporação vê com naturalidade todos esses acontecimentos, como se evidencia numa das entrevistas: ‘o ambiente de trabalho policial militar é extremamente desagradável, pois, na verdade, o sistema comportamental ao qual está inserido o militarismo constitui-se um entrave para as relações intra e interpessoais, afinal, sem confiança e sem respeito, não há como trabalhar!’ (MARTINS, 2006, p. 114-115).

3 ASSÉDIO MORAL E ASSÉDIO SEXUAL DAS POLICIAIS FEMININAS NAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA

Importa destacar que, essa altercação encontra-se à margem das discussões da segurança pública e da sociedade civil, bem como da visão humanista da policial feminina.

Também, esta aridez temática não se pretende ver resolvida neste estudo. Há difíceis limitações derivadas inclusive de uma inacessibilidade dos órgãos públicos a despeito da Lei de Acesso à Informação. As hipóteses aqui discorridas recomendam, portanto, novas perquirições.

Enfim, a percepção deste espinhoso fenômeno do Assédio Moral e Sexual das mulheres atuantes em Segurança Pública perpassa por um histórico estudo institucional.

O ingresso de mulheres nas Instituições de Segurança Pública no Brasil é recente. Tem-se como marco a criação de um Corpo Feminino na Guarda Civil do Estado de São Paulo, em 1955. Após, nos anos 1970, esse grupo foi integrado à recém-formada Polícia Militar do Estado de São Paulo. Na mesma época, Polícias Militares de outras unidades da federação principiaram a incorporar mulheres aos seus quadros de pessoal, de maneira

unificada aos quadros masculinos ou não. A ampliação dar-se-á principalmente com a promulgação da Constituição Federal, em face da introdução dos princípios de respeito aos direitos humanos em um modelo de segurança cidadã. Os cargos mais altos de instituições de segurança pública em diversos estados brasileiros, contudo, somente principiaram a ser acessados pelas mulheres, a partir da primeira década do século XXI (SENASP, 2013).

A nova abordagem objetivou a humanização das corporações policiais, intencionando a melhora da imagem da polícia, a aproximação com a população, principalmente à população vulnerável – mulheres, crianças, idosos etc. Não se desconhece que a abertura das corporações às mulheres cooperou para liberar os homens das atividades administrativas, autorizando que atuassem nas linhas de frente, ocupando os postos mais altos da hierarquia e participando de atos de denodo na luta à criminalidade (SENASP, 2013).

Interessante que, esse ingresso e suas práticas cotidianas no ofício de policial, põem-se sob um prisma biológico, segundo o qual as mulheres são menos violentas por “natureza”:

Dessa forma, observa-se que, mesmo na inclusão das mulheres na força policial, é evidente a permanência de modos de exclusão-dominância, posto que suas habilidades colocam-se como inatas, encaradas simplesmente como um modo ‘natural’ de ser mulher. Portanto, a inserção feminina nos quadros das polícias do mundo é ilustrada por um processo de exclusão-dominância, variável presente nos estudos qualitativos encontrados a partir de uma revisão bibliográfica internacional e nacional. (CALAZANS, 2004, p. 145).

Repise-se que, tal conjuntura não difere do sucedido em outras formações policiais pelo mundo.

Também na Europa, a inserção de mulheres faz-se em contextos de crise – de credibilidade ou de efetivo masculino em período de guerra – identificando as mulheres à uma polícia menos truculenta, porém, associando-as às funções burocráticas, quase domésticas, alinhando-se ainda, às políticas antidiscriminatórias e de combate ao Assédio Sexual (CALAZANAS, 2004).

E aí, tem-se um inegável paradoxo que explica a categorização das mulheres policiais em atividades secretariais: atributos masculinos como força, coragem e autoridade são realçados e destacados para a ação na segurança pública, diante da marginalidade (SILVEIRA, 2011).

Destarte, como conciliar o impelido ingresso destas mulheres nas instituições de Segurança Pública em razão de suas qualidades inatas se o que se busca é exatamente um perfil viril?

E, que repercussões isto acarreta no trato destas mulheres no interior nas instituições de Segurança Pública, “[...] universo historicamente masculino, cujo referencial para atuação é o do homem, ou seja, um referencial cuja base é a agressividade e a violência.” (MAINARDI, 2006, p. 01)?

Aliás, os próprios papéis sociais restam por influenciar nas voluntárias escolhas das policiais femininas em assunção de determinados cargos tidos por não qualificados:

Segundo a fala de algumas entrevistadas, as mulheres que preferem ter uma vida mais tranquila e estável optam por trabalhar nas DDMs, nos plantões policiais ou em cargos administrativos, pois nestes lugares elas poderiam distribuir melhor o tempo, entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar. (SILVEIRA, 2011, p. 152).

E, formados estão os redutos femininos ou “guetos” (SILVEIRA, 2011, p. 155).
Observe:

Se comparada aos demais segmentos da Polícia Civil, a Delegacia da Mulher tem sua importância minimizada. No jargão policial, costuma

ser apelidada de delegacia ‘seca’ ou de ‘papel’, porque não prende e não pratica grandes batidas e perseguições, ações associadas ao masculino, ao público e ao forte. É também associada a um ‘lugar de mulher’ e uma ‘cozinha da polícia’, onde as mulheres se reúnem para chorarem suas mágoas [...]. (SILVEIRA, 2011, p. 158).

Prossegue-se:

Há cargos na Polícia Civil tidos como ‘cadeiras cativas’ das delegadas, dada a sua identificação quase ‘natural’ com o feminino, como é o caso dos cargos de titulares das Delegacias de Defesa da Mulher - DDM (nesse caso específico atende a uma exigência da lei e dos movimentos feministas, esta delegacia tem que ser obrigatoriamente ocupada por uma mulher policial); da Criança e do Adolescente - DCA; de Combate à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes - DECECA; da Delegacia de Proteção ao Turista (DPT); e a Divisão de Proteção ao Estudante (DPE). (LOPES, BRASIL, 2006, p. 05).

Em realidade, em que pese a entrada de mulheres nas instituições de Segurança Pública, não houve concomitante política institucional a proceder o reconhecimento da contribuição profissional e técnica destas, o que redundaria, inclusive num diverso funcionamento social das instituições, a saber, mais humanitário.

A ausência de uma transversalização de gênero nas instituições de Segurança Pública é notada desde uma perspectiva material, que despreza a aquisição de equipamentos de proteção individual ergonomicamente adaptado ao uso pelas mulheres, que desatende a importância de creches e áreas para amamentação ou instalações adaptadas para o uso feminino – como alojamentos e banheiros até a tolerância às piadinhas e graças, ao costumeiro exercício de função secretarial pelas policiais femininas, culminando com o assédio (SENASP, 2013).

Quanto ao assédio, observe o que narram as mulheres entrevistadas:

Para as entrevistadas o assédio moral é grave e está presente o tempo todo, afetando homens e mulheres indistintamente.

Para a maior parte das entrevistadas, as instituições de segurança pública não oferecem qualquer tipo de apoio para vítimas de assédio sexual e/ou moral, não oferecem canais de denúncia que sejam confiáveis e que não resultem em novas punições e constrangimentos para as vítimas. De acordo com algumas entrevistadas, o apoio da instituição depende da postura profissional de um ou outro chefe, que mesmo sendo homem, pode se sensibilizar com a situação e tentar ajudar. No entanto, mencionaram que a saída será sempre pela remoção da pessoa que é assediada para outro departamento/batalhão/setor, nunca pela denúncia daquele que assedia.

Inseridas neste cenário institucional e socializadas na lógica machista, as entrevistadas afirmam que grande parte do problema pode ser resolvido se as mulheres adotarem a ‘postura adequada’. Manter-se séria, trocar a gentileza pela sisudez, manter-se em permanente vigilância e autoexigência para a ‘perfeita’ execução de tarefas, mesmo as mais simples e cotidianas, são algumas das fórmulas que lançam mão para mostrar aos colegas que estão ali como profissionais e esperam este reconhecimento. (SENASP, 2013, p. 36).

Depreende-se, pois, que na ponta da hierarquia e disciplina, o Assédio é mais presente, ou melhor, perene.

Aliás, na esfera militar, apesar de não haver um enquadramento específico para o assédio moral ou mesmo sexual, podem ser invocadas outras tipificações referentes a crimes militares, *ad exemplum*, calúnia, difamação, privação de liberdade, constrangimento ilegal, excessos, inclusive no ato de sancionar, violência e ofensa aviltante entre outros. Literalmente:

No CPM (BRASIL, 1969), estão previstos os crimes afetos a esfera militar, ou seja, os que da forma prevista no código se enquadrem como ‘Crimes Militares’. Na ausência de especificidade, podemos efetuar enquadramentos genéricos aplicáveis ao assédio moral, como na

violência do subordinado para com o superior, prevista no artº 157 (não faz menção ao caráter da violência, se física ou moral). Encontramos também o crime de desacato do subordinado para com o superior, na forma de coação ou o desrespeito à dignidade e/ou o decoro da classe. Também é exigido do superior o tratamento devido para com os subordinados, bem como são coibidos os excessos, inclusive no ato de punir, a violência, a ofensa aviltante ou a exposição a trabalhos excessivos ou inadequados. Também se encontra previsto o crime de desacato para com o militar, sem especificar a hierarquização entre o ofendido e o ofensor, os crimes de calúnia, difamação, injúria e injúria aviltante, inviolabilidade de domicílio e de correspondência, ameaça, privação de liberdade e constrangimento ilegal: ‘Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça [...]’. (BRASIL, 1969, artº 222). (MARTINS, 2006, p. 66).

E, caminhando nesta tese, o cenário que envolve mulheres policiais é distinto - policiais civis, peritas, militares e bombeiras militares: quando as relações hierárquicas são mais densas, maiores as experiências de humilhações, desrespeito, discriminação e assédio, entremostrando um desequilíbrio substancial na percepção das profissionais de instituições militares, que mais relataram ter sofrido discriminação, humilhações e assédios moral e sexual perpetrados por superiores hierárquicos e outros:

Entre as peritas criminais/policiais encontra-se o maior percentual de profissionais que declararam nunca terem se sentido discriminadas, humilhadas, ou desrespeitadas em seu ambiente de trabalho, pelo fato de serem mulheres. São 32,7% daquelas que responderam a pesquisa. [...] Entre Bombeiras Militares, 14,6% declararam que nunca se sentiram humilhadas ou discriminadas por serem mulheres. Dentre as policiais militares 11,5% declararam que nunca se sentiram humilhadas, discriminadas em seu ambiente de trabalho ou sofreram

constrangimentos e assédios de natureza sexual – o menor percentual nessa categoria. (SENASP, 2013, p. 83-84).

E ainda:

O gráfico acima ilustra uma diferença significativa na experiência de profissionais de instituições militarizadas, que relatara ter sofrido mais situações de discriminação, humilhações e assédios moral e sexual protagonizadas por colegas de trabalho e superiores hierárquicos. Entre Bombeiros Militares, 14,6% (159) declararam que nunca se sentiram humilhadas ou discriminadas por serem mulheres. Situação de discriminação ou humilhação praticada por superior hierárquico e/ou colegas de trabalho (do mesmo nível hierárquico e nível inferior) correspondem a 40,2% do total de experiências relatadas. São também frequentes os casos de constrangimento de natureza sexual e assédio sexual – 20,4%, um percentual bem acima do verificado nas outras instituições. A discriminação racial e por orientação sexual foram noticiadas por 4,1%, percentual que deve também ser analisado a partir da maior presença de negras e pardas nessa instituição. (SENASP, 2013, p. 84).

Por fim:

Dentre as policiais militares 11,5 declararam que nunca se sentiram humilhadas, discriminadas em seu ambiente de trabalho ou sofreram constrangimentos e assédios de natureza sexual – o menor percentual nessa categoria. Embora algumas delas tenham sofrido discriminação fora das instituições, da parte de familiares e do público. (SENASP, 2013, p. 84).

Ademais, dentro desta dinâmica, a preponderância do Assédio Moral em relação ao Sexual assoma-se como mostra da conexão entre poder e assédio, que inclusive supera as relações de gênero. Atente:

No segundo grupo estão as experiências de discriminação e humilhação (36,2%) envolvendo chefes e colegas de trabalho, 13,8% situações de constrangimentos de natureza sexual e/ou assédio sexual e 2,2% sofreram a discriminação racial ou por orientação sexual. Neste grupo, as humilhações e discriminações por parte de superiores hierárquicos são as mais mencionadas (19,9%). Situações protagonizadas por colegas do mesmo nível hierárquico (12,35%) e de nível inferior (3,9%) foram também mencionadas. (SENASP, 2013, p. 83).

E, ainda:

Situações de assédio sexual (4,2%), discriminação racial (1,2%) e discriminação por orientação sexual (1,0%) foram menos mencionadas. Contudo, esses baixos percentuais não significam que episódios dessa natureza não tenham ocorrido com mulheres que optaram por não compartilhar suas experiências. Como mencionado anteriormente, muitas mulheres comentaram sobre seu temor em serem identificadas, outras declararam que preferiam não falar sobre a situação que ainda lhes causava dor e sofrimento. Por fim, há também vergonha e mesmo dificuldade em reconhecer determinadas situações como violação de direitos. (SENASP, 2013, p. 83).

Por fim:

Algumas entrevistadas mencionaram também episódios de constrangimento – como ser espionada durante o banho, ou ouvir cantadas e receber convites para sair, mas apenas um pequeno número delas falou sobre episódios mais graves de assédio sexual – como experiência pessoal ou vivida por terceiros -, o que ocorreu principalmente nas instituições militares onde a hierarquia contribui para a prática do crime e seu ocultamento. (SENASP, 2013, p. 35-36).

Depreende-se que a importância das relações profundamente hierarquizadas e as tensões advindas da presença feminina nesse ambiente masculino, acirram conflitos que

afetam as mulheres em suas condições de gênero favorecendo os tratamentos discriminatórios (SENASP, 2013).

Assim, independente de ser o Assédio Sexual uma exteriorização do desejo de humilhação e domínio, cujo poder configura-se como um de seus antecedentes centrais, o Assédio Moral, compartilhado entre homens e mulheres, resta por prevalecer numericamente.

Em verdade, o Assédio Sexual traduz-se como uma das formas do Assédio Moral, compondo e agravando o problema (HIRIGOYEN, 2005).

Não se está porém, a afirmar que o Assédio Moral compartilhado entre homens e mulheres o seja em idêntica medida. Veja:

Constatou-se ainda que 33,6% das guardas municipais já se sentiram discriminadas, humilhadas, desrespeitadas, constrangidas ou assediadas por questões de gênero ou orientação afetivo-sexual. Em contrapartida, apenas 4,4% dos homens sofreram com esse fenômeno. Esses percentuais parecem indicar que as mulheres vislumbram bem o ‘teto de vidro’, ainda que os homens procurem escondê-lo com brincadeiras e piadas que enaltecem o masculino em detrimento do feminino. (CARDEAL, RIBEIRO, 2017, p. 65).

E, ainda:

No entanto, a prática foi percebida de forma diferente de acordo com o sexo do entrevistado: enquanto 34,3% dos homens e 20,9% das mulheres disseram que nunca escutaram sobre colegas assediando ou constrangendo outros GMs no cotidiano profissional, 9,5% dos homens e 25,1% das mulheres disseram que sempre observavam ou ouviam falar sobre essas práticas. Se por um lado esses resultados indicam que as mulheres são muito mais susceptíveis aos comentários ou cenas que significam assédio moral e sexual, por outro, reforçam a cortina de fumaça que paira entre os homens, os quais têm maior dificuldade em assumir essas práticas, que são tão antigas quanto o próprio trabalho [...], como forma de desigualar homens e mulheres, constituindo

dinâmicas que estruturam hierarquicamente o relacionamento entre guardas municipais. (CARDEAL, RIBEIRO, 2017, p. 65).

Por fim:

Quando se sai do plano do ouvir falar para o da experiência pessoal, novamente, foi possível vislumbrar a diferença de percentuais de acordo com o sexo do entrevistado: 39,8% das mulheres já experimentaram algum tipo de assédio (moral ou sexual) dentro da instituição, em contraste a apenas 18,8% dos homens. Isso significa que a taxa de vitimização das mulheres é 2,11 vezes maior do que a dos homens, resultado que indica um tratamento diferenciado das mulheres dentro da Guarda Municipal. (CARDEAL, RIBEIRO, 2017, p. 65).

Infere-se que, mesmo em outra instituição com características mui próprias, repete-se a dinâmica do assédio como instrumento de submissão em ambiente hierarquizado e masculinizado.

A pressão do adestramento é tal que, muitas vezes, as próprias mulheres introjetam os preconceitos e assumem características masculinas, esquecendo-se que se cuida de um padrão institucional refratário aos Direitos Humanos, como efeito da sustentação da hierarquia social que outorga a supremacia masculina no trabalho (SOUZA, 2007).

Assim, num apagamento do feminino:

Muitas vezes, algumas mulheres policiais, quer por adesão à hierarquia, às regras e aos rituais existentes, acabam reforçando o chamado ‘estilo masculino de comando’ seja para construção de uma trajetória profissional e demarcação de espaços institucionais ou por incorporar os valores tradicionais da cultura institucional da polícia. (LOPES, BRASIL, 2006, p. 06).

Neste ínterim, percebe-se também o preconceito enraizado na fala das próprias policiais femininas acerca de prostituição militar ao fazer-se menção à feminilidade como instrumento para crescimento profissional (SENASP, 2013), ou seja, suposta troca de

favores sexuais a fim de romper o “teto de vidro” ou a barreira invisível à ascensão na carreira.

Aliás, não há uma ponderação pelas policiais femininas sobre ser mulher e policial, ainda que reconheçam os obstáculos nas relações de trabalho e o machismo. Comportamentos misóginos não são facilmente perceptíveis em discursos pautados em direito à igualdade (SENASP, 2013).

Há uma inegável visão machista predominante na corporação na qual os homens inclusive, têm bloqueio para se sujeitarem às ordens das mulheres que, em verdade, são vistas como aquelas que estão a desobedecer seu papel na sociedade (MINAYO, SOUZA, 2003).

Ainda:

Assinala-se também, a truculência do assédio moral nas instituições militares em face das mulheres, que muito embora tenham conquistado avanços no mercado de trabalho, ainda são vitimizadas cotidianamente, tendo em vista que por meio de condutas persecutórias se desvelam os preconceitos intrínsecos a uma cultura machista e dominadora [...]. (SILVA, 2015, p. 58).

A inexistência de políticas institucionais para transformar tais conjunturas agrava a quadra das vítimas que buscam por soluções individuais, tendo os danos à saúde psíquica e física, ou mesmo resultados extremos como suicídios, vistos como questões particulares e não, com o real significado da má configuração de poder (SENASP, 2013).

Tal realidade vai ao encontro da estrutura assinalada pela corporação, mormente a militar:

O processo de inserção feminina no aparelho policial militar passa por um processo de formatação, o qual podemos chamar de policização, modelo hegemônico com o qual não há uma ruptura. Assim, nesse sentido, não podemos falar de ‘processo de singularização’ no interior do aparelho policial [...]. O processo de constituição de mulheres em

policiais militares revela o aparelho policial como uma máquina de produção da subjetividade, impedindo qualquer forma de singularização, tanto para policiais masculinos como policiais femininos. Para as singularizações, existem sanções, portanto, o aparelho policial militar é um espaço que busca modos hegemônicos de ser e tem a violência como um dispositivo estratégico na constituição de homens e mulheres em policiais militares. (CALAZANS, 2004, p. 148).

E ainda:

Assim, instituições escolares e militares, como os centros de formação e treinamento das Polícias Militares, impõem verdadeiras provas de virilidade, das quais as mulheres acabam sendo excluídas dos ‘grupos viris’, das redes informais de poder, privadas de informações privilegiadas, despreparadas para os jogos e estratégias políticas das instituições, para o lobbying e para a negociação que condicionam o acesso aos postos de poder. (MAINARDI, 2006, p. 01).

Em que pese ser relevante ponderar mais marcadores sociais como classe, raça, etnia, dentre outros, que certamente produzem desigualdades, os dados estatísticos já expõem uma realidade que necessita atenção.

O respeito absoluto à hierarquia e à disciplina, como sustento aliás, ao poder, instaura o medo e o cerceamento do outro (CALAZANS, 2004), concebendo ambiente fértil ao assédio, que mostrar-se-á mais acirrado à medida da singularidade da vítima.

4 Políticas Públicas de combate aos Assédios Moral e Sexual das Policiais Femininas nas instituições de Segurança Pública

Imprescindível refletir sobre uma Política Pública de combate aos Assédios Moral e Sexual nas instituições de Segurança Pública.

Para compor ações governamentais nesta temática, em primeiro, convém salientar que recomendações gerais são profícuas.

Assim, merecem destaque sugestões genéricas, ancoradas inclusive às mutações advindas da Constituição Federal no sentido de uma Segurança Pública como direito humano fundamental e regida de maneira democrática.

Ademais, não se pode olvidar das Diretrizes Nacionais de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos dos Profissionais de Segurança Pública estabelecidas pela Portaria Interministerial SEDH/MJC nº 2, de 15 de dezembro de 2010, em especial dos aspectos que se referem ao respeito integral ao direito constitucional das mulheres; ao desenvolvimento de programas de prevenção ao suicídio, disponibilizando atendimento psiquiátrico, núcleos terapêuticos de apoio e divulgação de informações sobre o assunto; à criação de centros terapêuticos de apoio voltados ao enfrentamento da depressão, estresse e outras alterações psíquicas; à erradicação de todas as formas de punição envolvendo maus tratos, tratamento cruel, desumano ou degradante contra profissionais de segurança pública, tanto no cotidiano funcional como em atividades de formação e treinamento; ao combate ao assédio sexual e moral nas instituições, veiculando campanhas internas de educação e garantindo canais para o recebimento e apuração de denúncias; ao fomento para que as legislações disciplinares de cada Corporação assegurem os direitos e a convivência digna aos integrantes de diferentes perfis (gênero, raça, orientação sexual, idade) objetivando oferecer condições para minimizar os constrangimentos/violência/desrespeito no ambiente de trabalho originários da intolerância à diversidade; ao debate sobre relações de poder e impacto nas relações organizacionais; às pesquisas sistemáticas como estratégia de gestão, objetivando o mapeamento de indícios de assédio como punições disciplinares ou afastamentos de saúde; à adoção da transparência nos processos internos das Corporações; às estratégias para valorização profissional e de qualidade e segurança de vida etc. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2016).

Por fim, indispensável promover-se a transversalização de gênero nas políticas institucionais visando não apenas a promoção da igualdade entre homens e mulheres no acesso à carreira e desenvolvimento profissional, mas a melhoria do serviço público

mediante a adequada aplicação das habilidades e capacidades dos profissionais nos diferentes setores em que se inserem.

Assim, algumas outras consignações se fazem de destaque: a introdução nos cursos de formação ou requalificação de um módulo específico e obrigatório, Direitos Humanos das Policiais Femininas; a promoção de convênios com a Central de Atendimento à Mulher e a Ouvidoria da Secretaria Especial de Políticas para Mulheres para atendimento de casos de Assédio Sexual e Assédio Moral sofrido por mulheres profissionais de Segurança Pública, incluindo treinamento das atendentes, visando a melhor recepção e adaptação dos encaminhamentos e como canais de denúncia externos às corporações; a criação de protocolos para recebimento e trato dessas denúncias; o debate sobre a criminalização do Assédio Moral, mormente em sede militar; o estabelecimento de setores internos às Polícias Cíveis, Científicas e Comandos Militares, de coordenadorias responsáveis pelo desenvolvimento de políticas de gênero para as mulheres com o fito de promover a transversalização de gênero nas políticas institucionais etc. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E CIDADANIA, 2016).

Literalmente:

Dentre os aspectos que merecem intervenção, observa-se que a ‘subordinação’, principalmente em hierarquias rígidas como no militarismo, deve ser reconsiderada. Nessas conjunturas, onde os limites não são bem estabelecidos e respeitados, os excessos são vistos com certa naturalidade. Dessa forma, a subordinação no militarismo é sustentada pela hierarquia e funciona como legitimadora da humilhação, do destrato, do desrespeito, da ofensa e das demais formas de relações agressivas e desmoralizantes. Para o subordinado, o acatamento é obrigatório face o conceito de disciplina, pelo o qual tudo se justifica pela própria condição de ser ‘militar’. Aliás, poderíamos citar a maioria dos elementos que compõem o militarismo como fatores organizacionais de propensão ao assédio, o que leva, dentre outros fatores, ao questionamento que já se insere numa discussão nacional

sobre o próprio caráter da polícia enquanto instituição militar.
(MARTINS, 2006, p. 132-133).

A relevância da construção de Políticas Públicas de combate aos Assédio Moral e Sexual das Policiais Femininas nas Instituições de Segurança Pública faz-se imprescindível ao observar-se que as nefastas consequências do assédio à profissional de segurança pública desembocam num ônus para a própria sociedade à medida que se perde em qualidade do serviço prestado.

Este prejuízo pode materializar-se numa redução de número de profissionais em virtude de baixas médicas, num atendimento menos qualificado ofertado por uma profissional cujos direitos da personalidade estão sob agressão etc.

A valorização da profissional, por conseguinte, insere-se no contexto maior da Diversidade; do Respeito ao próximo e da Educação plena e contínua como princípios norteadores da Polícia em uma sociedade democrática.

Afinal, melhorar-se-á a prestação da Segurança Pública na medida do aprimoramento da cultura institucional pautada pelos Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A literatura voltada às policiais femininas é incipiente, não se voltando para nada além de uma quantificação do segmento no interior das instituições de Segurança Pública. A identificação dos Assédio Moral e Sexual nesta categoria, os motivos da ocorrência e estratégias para combate sequer foram ponderados.

E, certamente, tal insuficiência acadêmica reflete nos contornos da ação policial em sociedade, nas respostas da Segurança Pública e inda, da Justiça Criminal. Noutros termos, a erradicação dos Assédio Moral e Sexual sofrido pelas mulheres policiais profissionais em Segurança Pública reflexiona uma educação policial pautada pelos Direitos Humanos.

A conscientização e sensibilização da coletividade e das mulheres policiais para a temática do assédio figura como instrumento poderoso de mudança, pressão e proibitivo de comportamentos abusivos e humilhantes que adoecem não apenas a vítima como igualmente a comunidade.

Cogente é compreender a cultura organizacional da Polícia, desde as cerradas relações hierárquicas até as características masculinas destas instituições. As relações de poder, inclusive de gênero, influenciarão sobremaneira a tolerância ou não ao Assédio. Estas instituições suportam as mulheres em seus quadros. E, pois, não se preocupam em unificar uma política pública de inserção, sequer de inclusão de Direitos Humanos, muitas vezes, olvidando-se de novel conceito de polícia cidadã.

Corajoso debate inclusive com o fim de recomposição das relações de poder é inelutável, perpassando obviamente pela questão da estrutura da Segurança Pública.

Vencer um sofisma conservador para fixar o traço organizativo e gerencial e principalmente, com maior tonicidade, apor a Declaração de Princípios de intransigência absoluta ao Assédio Moral e Sexual como premissa de Código de Conduta de boa governância é postulado de trato acorde com a dignidade da pessoa, cujo sustento baseia-se na democratização das relações interpessoais e profissionais.

REFERÊNCIAS

BABUGIA, Marinés D. *La prueba en el Acoso Laboral*. 1ª. ed. Montevideo: B de F Ltda., 2015.

BARRUTIA, Mikel Urrutikoetxea. *Acoso laboral y lesión de derechos fundamentales*. 1ª. ed. Albacete: Editorial Bomarzo, 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. *Hierarquia, aspectos da cultura organizacional e implicações na qualidade de vida: um estudo nas polícias militares brasileiras/coordenação, David Mamblona Marques Romão ... [et al.]*. – Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2016.

_____. Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP). *Mulheres nas instituições de segurança pública: estudo técnico nacional/Secretaria Nacional de Segurança Pública*.

– Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2013.

CARDEAL, Camila Costa e RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Relações de gênero nas Guardas Municipais. *Revista brasileira de segurança pública/São Paulo* v. 11, n. 1, p. 50-72, Fev/Mar 2017.

CALAZANS, Márcia Esteves de. Mulheres no policiamento ostensivo e a perspectiva de uma segurança cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, 18(1): p. 142-150, 2004.

COLMENERO, Pilar Conde. *El acoso laboral en empleo público*. 1ª. ed. Granada: Editorial Comares, 2009.

GONZÁLEZ, Maria Isabel Martínez et. al. *El acoso: tratamiento penal y procesal*. 1ª. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

HERMOSILLA, Antonio José Molero. *Acoso moral y comunicación interna en la empresa*. 1ª. ed. Madrid: Editorial Fragua, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. *El acoso moral en el trabajo: Distinguir lo verdadero de lo falso*. 2ª. ed. Buenos Aires: Paidós, 2008.

_____. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2005.

_____. *Todo lo que hay que saber sobre el acoso moral en el trabajo*. 1ª. ed. Buenos Aires: Paidós, 2014.

LEYMANN, Heinz. *Vuxenmobbing – om psykiskt våld I arbetslivet*. Stockholm: Studentlitteratur, 1986.

LOPES, Emanuel Bruno e BRASIL, Glaucéria Mota. *Mulheres na polícia: demarcação dos espaços de comando e relações assimétricas de poder*. Paper apresentado no Seminário Internacional Fazendo Gênero 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos. 23 a 26 de agosto de 2010. 11 páginas. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278296763_ARQUIVO_FazendogeneroartigoCompleto.pdf> Acesso em 02 de junho de 2017.

MAINARDI, Diva Maria Oliveira. *As mulheres da polícia militar de Mato Grosso e o uso ilegal da força: reflexos do referencial masculino na educação informal*. Paper de pesquisa qualitativa com mulheres policiais militares egressas do Centro de Formação e

Aperfeiçoamento de Praças entre 2000-2006. Disponível em:
<http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/anexos/AnaisXIVENA/conteudo/pdf/trab_co_mpleto_152.pdf> Acesso em: 02 de junho de 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio moral no emprego*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Valmir Farias. *O papel da cultura organizacional “Milícia dos Bravos” na ocorrência do assédio moral: um estudo na Polícia Militar da Bahia*. 2006. 167 f. (Dissertação). Mestrado em Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador – 2006. Disponível em: <

http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/Valmir_Farias_Martins_-_Mestrado_Assedio_moral_na_PM_Bahia.pdf> Acesso em: 01 de junho de 2017.

MINASSA, Alexandre Pandolpho. *Assédio moral no âmbito da administração pública*. 1ª. ed. São Paulo: Habermann, 2012.

MONFORT, Gemma Fabregat (directora). *Acoso moral, sexual y por razón de sexo en el trabajo: un tratamiento integral*. 1ª. ed. Albacete: Editorial Bomarzo S.L., 2016.

NAVARRO, Francisco González. *La dignidade del hombre y el acoso psíquico en el trabajo que se presta en una Administración Pública*. 1ª. ed. Navarra: Editorial Arazandí, SA., 2009.

NAVARRO, Miguel Á. Gimeno et. al. *Protocolos sobre acoso*. 2ª. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

NAVARRO NIETO, Federico. *La Tutela Jurídica frente al Acoso Moral Laboral*. 1ª. ed. Navarra: Editorial Arazandí, SA., 2007.

NASCIMENTO, Sonia Mascaro. *Assédio moral*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NICUESA, Luis Lafont. *El Delito de Acoso Moral en el Trabajo*. 1ª. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

SILVA, Leda Maria Messias da e SILVA, Lanaira da. *O assédio moral na administração pública*. 1ª. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVEIRA, Maria Natália Barboza da. Delegadas de polícia: profissionalismo e gênero. *Sociedade e Cultura*, Goiânia, v. 14, n. 1, p. 151-162, jan./jun. 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Assédio Sexual. In: SALVADOR NETO, Alamiro Velludo et. al. *Código penal comentado*. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Cap. Dos crimes contra a liberdade sexual, p. 642-653.

SOARES, Bárbara M. e MUSUMECI, Leonarda. *Mulheres Policiais*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2005.

SOUZA, Edinilsa Ramos de e MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Missão investigar: entre o ideal e a realidade de ser policial*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SOUZA, Edinilsa Ramos de et. al. Sofrimento psíquico entre policiais civis: uma análise sob a ótica de gênero. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2007, vol. 23, n.1, p. 105-114. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n1/11.pdf>> Acesso em: 01 de junho de 2017.

WILLIS, Guillermo B e RODRÍGUEZ-BAILÓN, Rosa. La desigualdad de poder: fundamento del acoso. In: VALLEJO, Pilar Rivas et. al. *Tratamiento integral del acoso*. 1ª. ed. Navarra: Arazandi, SA., 2015. Cap. I, p. 53-66.

ZABALA, Iñaki Piñuel y. *MOBBING: Como sobreviver ao assédio psicológico no trabalho*. 1ª. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2003.

A FILTRAGEM RACIAL NA LITERATURA: UM BALANÇO PRELIMINAR

Letícia Pereira Simões Gomes

Palavras-chave: filtragem racial, racismo institucional, violência policial, política de segurança pública.

1) Introdução

O racismo institucional – isto é, a preocupação com os mecanismos presentes nas instituições sociais que reproduzem as desigualdades raciais – não é uma temática recente na literatura sobre relações raciais, o seu debate remonta aos anos 1960 e segue contemporâneo. Sob o recorte do racismo institucional nos organismos de segurança pública, autores observaram o papel do Sistema de Justiça Criminal na promoção dessas desigualdades – ao acesso à segurança, à proteção, ao assédio, ao encarceramento. Nesse contexto, estudou-se o viés racial da polícia contra grupos marginalizados enquanto gerenciadora dessas populações. A proliferação do debate sobre viés racial e, mais especificamente, a cunhagem do termo *racial profiling* (traduzido e incorporado na língua portuguesa como filtragem racial) deu-se na literatura norte-americana em meados dos anos 1990 – ainda que desde os anos 1980 os debates a ela direcionados surgissem, de maneira fragmentária, sob a égide do combate ao tráfico de drogas.

A genealogia do termo é dual: de um lado, refere-se ao procedimento de *profiling*, utilizado na criminologia para a determinação de tipos psicológicos violentos e/ou criminosos, associados à perseguição de *serial killers*; de outro, refere-se ao uso do termo *profiling* no ramo financeiro e securitário – relativo à gestão de risco – e sua interpenetração no campo da segurança pública, decorrentes em grande parte da adoção dos discursos de eficiência da constelação neoliberal e dos “bicos” de agentes de segurança estatais em empresas de segurança privada. Como bem pontua Amar, dialogando com Rigakos, “[...] as normas profissionais de 'controle de risco' associadas à cultura corporativa financeira e atuarial foram traduzidas na 'fórmula privilegiada da

polícia para tornar as populações [criminalizadas] conhecidas” (*apud* AMAR, 2005, p. 238).

Inicialmente restrito ao trânsito aeroportuário norte-americano, os anos seguintes viram seu uso se expandir para as abordagens policiais em rodovias, por meio de uma campanha massiva de treinamento – a Operação Pipeline, promovida pela *Drug Enforcement Administration* (Administração para o Controle de Drogas) – para o reconhecimento de perfis suspeitos. Ainda que não citasse diretamente o uso do fator raça/etnicidade dentre as características, seus materiais e inteligências complementares apontavam para o uso dos mesmos no reconhecimento do elemento suspeito¹. Frequentemente contraditórios, os critérios de abordagem mobilizados pelos policiais variavam mesmo frente a uma mesma circunstância².

Desta forma, a preocupação de vários acadêmicos foi, em um primeiro momento, a delimitação do termo e da verificação do fenômeno social ao qual ele se refere, ou seja, a definição e aferição da existência da filtragem racial. O debate tem como foco a abordagem policial – via blitz ou a pé – e alguns autores chamam atenção para várias das suas manifestações: abordagem seguida de revista (*stop and frisk* ou *stop and search*), *blitzes*, uso excessivo da força por agentes de segurança públicos e privados, controle migratório, tratamentos desiguais protegidos pelo alto grau discricionário do Sistema de Justiça Criminal em seus diversos níveis (RUTEERE, 2015). Vê-se, então, que a filtragem racial surge como um conceito vinculado ao debate pré-existente de viés racial. Enquanto para alguns a filtragem racial diria respeito a um fenômeno específico – a abordagem

1 O uso exclusivo de sobrenomes de hispânicos para suspeitos nos materiais de treinamento, bem como a identificação, nos documentos de inteligência, de símbolos como tranças rastafari e uso de termos como “gangues hispânicas”, em associação direta com o tráfico (HARRIS, 2006, p. 217). Harris concebe que a filtragem racial não se constituiria como único fator a gerar o viés racial da abordagem policial nos EUA dos anos 80 e 90, importando também “[...] *the attitudes, beliefs, and stereotypes that at least some police officers brought with them to the tactic*” (Ibidem).

2 A suspeição variaria de caso a caso para uma mesma circunstância; o agente A diria que suspeitou pelo fato de a pessoa sair por último do avião, o agente B por ela sair no meio, e o agente C por ela sair primeiro (Idem, p. 215).

policial vinculada a intenções racialmente discriminatórias –, para outros a filtragem racial seria manifestação de racismo institucional, isto é, independentemente das intenções dos agentes, suas ações produziriam desigualdades materiais e simbólicas.

A conformação dos debates ao redor dessa política, todavia, não parou por aí, nem se dissociou de debates mais amplos, tais como a racialização³ do acesso ao Sistema de Justiça Criminal e as percepções de cidadãos sobre sua equidade e legitimidade, a investigação histórica sobre as tensas relações polícia-comunidade negra e o controle das populações 'perturbadoras da ordem', o encarceramento em massa e as políticas de drogas, bem como as controvérsias normativas sobre a legalidade, equidade e justiça de políticas públicas de segurança. O que se observa é um esforço de olhar, por diversos recortes, para esta temática que foi ganhando espaço – tanto político quanto acadêmico – e colocar maior centralidade no papel da raça enquanto elemento organizador das políticas públicas de segurança. Ao contrário do que postulam vários acadêmicos – independente se esses vêm a endossar ou rejeitar a filtragem racial – no sentido de que essa política deve ser analisada em um cenário asséptico, tal política nasce de um contexto no qual o racismo é componente estruturante das relações sociais e da relação Estado-indivíduo.

A filtragem racial não é ahistórica e destituída de lastro nas sociedades nas quais é observada. Enquanto política pública em debate é um fenômeno relativamente recente, mas as interações entre relações raciais tensas e políticas de controle social assumiram diferentes manifestações em contextos diversos. Sociedades que tiveram em sua formação o sistema escravista tem possante legado de violência contra os grupos que foram escravizados, violência essa da elite proprietária, que viria a se tornar as cidadãs desses Estados de Direito em formação, mas também das forças estatais, preocupadas com a manutenção da ordem.

Carbado (2005) relaciona o processo de naturalização racial nos EUA com a configuração de “formas inclusivas de exclusão”, no sentido de que as relações raciais e

3 Processo de atribuição de identidades raciais em relações ou práticas sociais, ou ainda a grupos que não se identificam enquanto tal (OMI; WINANT, 1986).

a “linha da cor” (*color line*) estiveram muito ligadas na história estadunidense com a formação do Estado democrático, consolidando-se enquanto uma fronteira interna⁴ – dentro da qual provar-se não-criminoso seria um requisito racial. Fazendo a diferenciação entre cidadania social e cidadania formal, ele reconhece que houve um processo de integração dos negros à cidadania formal sem que essa se estendesse à social: “[...] *inclusion in the category of formal citizenship has not meant exclusion from racial inequality*” (p. 645). Restrito à análise do contexto dos Estados Unidos, Carbado nos oferece pistas para pensar a relação da população negra com o Estado e suas forças de segurança numa sociedade pós-escravista, reconhecendo que as interações tensas entre polícias e a comunidade negra não são um produto recente. Em sociedades marcadas pelo racismo e pela desigualdade racial, as instituições policiais e seus agentes não passam incólumes, reforçando e materializando a desigualdade por meio da desigualdade de acesso a direitos, desigualdade de tratamento (e, como vemos mais claramente no caso brasileiro, ameaça à integridade física).

Assim, este artigo visa a apresentar um balanço bibliográfico das literaturas nacional e estadunidense sobre a temática de filtragem racial. Inicialmente empenhadas em realizar uma revisão bibliográfica internacional, constatamos que essa literatura nos Estados Unidos (EUA) tem se mostrado bastante prolífica, estabelecendo inclusive paradigmas e metodologias que vieram a ser adaptados e replicados em outros países; desta forma, optamos por analisá-la mais detidamente. A revisão bibliográfica consistiu no escrutínio dos principais bancos de periódicos nacionais e internacionais, notadamente JSTOR, Google Scholar, Portal de Periódicos da CAPES, Dedalus (Bibliotecas integradas/USP) e Anais da ANPOCS, com as entradas filtragem racial (*racial profiling*), viés racial (*racial bias*), violência policial e racismo. Procedeu-se à leitura dos resumos e sua seleção por enquadramento temático; posteriormente, produziu-se fichamentos de leitura dos artigos pertinentes, atentando para eventuais referências bibliográficas a serem

4 “[...] *blackness has often been included in the juridical order solely in the form of its exclusion (that is, its capacity to be subordinated)*” (CARBADO, 2005, p. 639)

incorporadas às leituras. Com 10 entradas nacionais e 63 internacionais, buscou-se organizar esses textos por afinidades teórico-metodológicas, as quais serviram para estruturar o presente artigo. Pela filtragem racial ser um termo cunhado e mobilizado mais recentemente, o grosso das entradas está a partir dos anos 1990; a título de melhor contextualização do debate na intersecção dos temas de segurança pública e relações raciais, fez-se um levantamento de conceitos mais utilizados nas décadas anteriores (como viés racial), embora estes, ao fim ao cabo, não integrem este balanço.

Neste artigo, apresentamos as principais perspectivas que norteiam o debate norte-americano sobre filtragem racial (2), dividindo-as por critérios teórico-metodológicos: percepções dos cidadãos sobre a filtragem racial (2.1), a aferição dessa política (2.2) e suas implicações éticas (2.3). Em seguida, debatemos como essa literatura permeia o cenário nacional (3); finalmente, traçamos algumas considerações sobre essas literaturas (4).

2) O debate estadunidense

2.1) A filtragem racial pela percepção dos cidadãos

As denúncias de tratamento racialmente diferenciado pelos agentes de segurança pública não são uma novidade. O movimento negro e os movimentos de minorias historicamente as apontam como uma das maneiras pelas quais são marginalizados. Ainda que pouco considerados pela comunidade acadêmica, as pressões e interações desses movimentos com órgãos estatais e instituições de pesquisa produziram frutos considerados cientificamente rigorosos, nos quais se mensura e se aponta a filtragem racial enquanto um elemento capaz de moldar subjetividades e percepções sobre as instituições, reduzindo a credibilidade, legitimidade e confiança nelas depositadas: *“When citizens perceive police as biased or disrespectful, they are less likely to trust them (Tyler 2004), less compliant with their requests (McCluskey 2003), and less willing to engage with law enforcement to reduce crime.”* (WARREN & FARRELL, 2009, p. 62). Ademais, podem contribuir para a construção simbólica que se tem sobre determinados

grupos, exacerbando sua estigmatização – como amplamente abordado por autores engajados na perspectiva normativa, que veremos em detalhe mais adiante.

Nesta seção, pois, observaremos como a filtragem racial – ou a percepção da sua existência – impacta: a) a cobertura midiática sobre segurança pública; b) as associações entre raça dos entrevistados e sua opinião sobre a polícia; e c) as associações entre raça dos entrevistados e sua percepção sobre o Sistema de Justiça Criminal. Aqui também se ressalta a importância da mídia enquanto elemento propagador da temática, cuja recepção seria influenciada pela construção subjetiva do interlocutor.

Dentre os que tratam da relação entre a cobertura midiática e as percepções das pessoas sobre a existência da filtragem racial, é importante citar Weitzer & Tuch (2004); calcados na teoria da posição de grupo (*group position theory*)⁵, eles apontam a raça enquanto um fator decisivo para explicar as distribuições nas percepções sobre assédio e abuso policial – se elas são frequentes, disseminadas, etc. As hipóteses testadas neste artigo referem-se às percepções sobre a conduta dos policiais serem mais negativas dentre negros e hispânicos, muito moldadas por experiências próprias ou de próximos e/ou pela exposição midiática (p. 310). Os pesquisadores observaram a existência de uma distribuição heterogênea da percepção, na qual negros apresentavam uma percepção mais negativa que hispânicos, e esses apresentavam visões menos positivas à conduta policial que os brancos⁶. Em artigo posterior (2005), a percepção da existência de viés racial aumentaria de acordo com a exposição à mídia sobre a temática da conduta policial, bem como com a experiência pessoal (direta ou indireta) e a raça do entrevistado: “[...] *views of the police are thus related to racial differences not only in general group-position relationships but also in real or perceived group vulnerability to abusive practices, which*

5 Tendo como expoente no debate estadunidense H. Blumer, essa teoria configura-se como uma variação da teoria do conflito, a qual postula a existência de competição intergrupala pelo monopólio de recursos materiais, de poder, ou de status; ela enfatiza as percepções dos grupos dominantes sobre as ameaças aos seus interesses e sua supremacia social. Assim, a animosidade racial seria resultante de uma disputa por recursos escassos (WEITZER & TUCH, 2004).

6 Negros > hispânicos >> brancos.

is reinforced by both personal experience and exposure to media reports of abuse” (p. 1027).

Corre também nesta direção o trabalho de Lee Sigelman et al. (1997), no qual se indaga sobre até que ponto a mídia consegue alterar as convicções do cidadão sobre o desempenho policial. A partir de dois incidentes de grande repercussão⁷, notou-se que em ambos momentos houve uma redução do apoio ao uso da força por policiais, bem como um aumento relativo da clivagem racial na questão de a discriminação racial ser a causa das disparidades socioeconômicas entre raças nos Estados Unidos. Todavia, isso não significou um aumento na percepção da prevalência e disseminação do racismo entre os entrevistados brancos, pois estes tenderiam a isolar os incidentes; já dentre negros, há grande percepção de que esses incidentes fariam parte de um contexto histórico mais amplo.

A repercussão midiática de casos de filtragem policial também foi analisada por Warren & Farrell (2009) e relacionadas à mudanças político-institucionais. Tendo como foco Rhode Island, as autoras traçam o histórico do debate sobre filtragem racial na mídia – três jornais –, nas legislaturas e nas medidas dos Executivos – tais como contratação e alteração de chefes de polícia, etc. Suas conclusões demonstram⁸ que a disparidade racial é significativamente reduzida quando a cobertura da imprensa é mais detida nesta temática e coloca mais pressão nas organizações policiais – mudanças na liderança da instituição em muito influenciaram o comportamento dos agentes de segurança pública.

7 Rodney King foi espancado por 4 policiais de Los Angeles dia 03 de março de 1991, e teve seu incidente filmado por um passante; 14 meses depois, o julgamento dos quatro oficiais resultou em absolvição e gerou uma explosão de violência na cidade. Malice Green foi espancado até a morte por vários membros da polícia de Detroit em 05 de novembro de 1992, sete policiais foram suspensos.

8 A análise estatística do modelo tem como variável dependente a disparidade racial, e como variáveis independentes a cobertura de três jornais, o surgimento de nova legislação, e a mudança do chefe de polícia. Seu R², todavia, é relativamente baixo (< 0,35), o que indica a ausência de variáveis independentes relevantes no modelo, e, conseqüentemente, demonstra fraqueza em sua capacidade explicativa.

Dentre os que tratam especificamente do impacto da raça do indivíduo para a constituição das suas percepções sobre o trabalho policial, temos dois trabalhos dignos de nota. Howell, Perry & Vile (2004) demonstraram, corroborando as hipóteses da teoria de dominância social (*theory of social dominance*)⁹, a existência de uma polarização racial na escala de avaliação sobre a polícia que se acentua, quanto menor a proporção entre o grupo dominante e o subalterno – isto é, em cidades majoritariamente brancas, a polarização seria maior que naquelas de maioria negra¹⁰. Brunson & Miller (2006), por sua vez, debruçaram-se sobre as intersecções entre raça e gênero nas percepções de jovens sobre a aplicação da lei; constatou-se que jovens mulheres eram constantemente abordadas à noite, por infrações menores – como violação do toque de recolher –, enquanto entre os jovens o nível de violência física era mais agravado, embora não tenham sido raras as jovens que reportaram violência sexual. Assim, “[...] *the presence of young Black men in neighborhoods seemed to symbolize criminal wrongdoing, while definition of femininity deny young women access to public spaces after dark*” (p. 549).

Expandindo a questão do viés racial para além da atividade da polícia, Miller & Foster (2002) analisaram as percepções da juventude sobre a existência de vieses de raça, classe e linguagem no Sistema de Justiça Criminal, mais especificamente nas Cortes; há disparidade entre os grupos raciais no que tange ao tratamento equitativo dispensado pelos trabalhadores do Sistema de Justiça Criminal, no que trata da equidade no processo legal. Além disso, dada a seletividade econômica que decorre do acesso à Justiça, constatou-se que os afro-americanos de maior renda apresentariam percepções mais

9 Segundo esta teoria, o grupo social dominante buscaria a manutenção do status quo, enquanto o grupo subalterno buscaria a sua alteração.

10 Sinteticamente, os brancos avaliariam pior a polícia em cidades de maioria negra, enquanto os negros, neste cenário, teriam uma percepção mais favorável sobre a instituição – o que confirmaria o medo dos brancos de perder seus *status* e privilégios. Já em cidades majoritariamente brancas, a população negra apresentaria avaliações mais negativas da polícia, sem alterações para a maioria da população (branca).

negativas sobre as Cortes, enquanto os de menor renda teriam percepções mais negativas da polícia (Brooks *apud* Miller & Foster, 2002).

Hurwitz & Peffley (2005) vão na mesma direção, ao analisar as percepções de brancos e negros sobre a equidade no acesso ao Sistema de Justiça Criminal norte-americano; seus resultados apontam para a existência de uma clivagem racial nas percepções sobre Sistema, que impacta suas reações sobre eventos e políticas públicas. Os autores ainda apontam, em artigo de 2010, que essas políticas públicas seriam delineadas a partir das preferências da maioria (branca), contendo pouca ou nenhuma responsividade à discriminação racial, que está entranhada em todo o Sistema de Justiça Criminal. Tal não se daria por uma maquinação racista, mas porque brancos veriam o Sistema de Justiça enquanto essencialmente *colour-blind* (HURWITZ & PEFFLEY, 2010, p. 472), enquanto entre negros a percepção do Sistema estaria relacionada à raça daquele que com ele entra em contato. Thompson & Bobo (2011) apresentam um raciocínio próximo, ao constatar que haveria uma clivagem racial na percepção sobre as fontes da criminalidade, bem como suas posições sobre o Sistema de Justiça Criminal; os brancos, mais alheios às suas posições privilegiadas, teriam uma visão mais identificada com a perspectiva individualista da realidade e do crime, além de optar pela saída mais punitivista na gestão da deviancia (uma vez que esta seria uma escolha de indivíduos que livremente decidiram aderir à delinquência). Por outro lado, os negros, que mais sofrem com uma opressão estrutural, tenderiam a perceber as causas do crime de uma forma mais estruturalista – a sua experiência subjetiva seria moldada por constrangimentos estruturais, mais reconhecidos por eles.

As percepções da população negra estadunidense não é de que o viés racial na polícia é recente. Como vimos, há uma ideia razoavelmente generalizada de que as instituições do Sistema de Justiça Criminal discriminam com base na raça. Antes mesmo das pesquisas quantificadoras dessas impressões, observamos a força e influência dos grupos negros organizados nos EUA, explicitados, contemporaneamente, na campanha

Black Lives Matter (Vidas Negras Importam). De acordo com Huggins¹¹, não há nos Estados Unidos fonte confiável de acesso aos dados de letalidade policial de todas as federações, dada a grande subnotificação e variabilidade de coleta de dados – curiosamente, essa é das poucas informações às quais se tem acesso nos estados brasileiros.

Essas pesquisas demonstraram que, independentemente da verificação estatística da filtragem racial da parte das ações institucionais, notamos que subjetivamente negros apresentam piores índices de aprovação da atividade policial, e consideram-na menos confiável, menos diligente, mais abusiva. Tal não significa, contudo, um rechaço à instituição em si e à promoção da segurança pública, mas uma insatisfação com a prática policial corrente. Ao mesmo tempo, notamos a interação entre o campo político e o campo de produção intelectual sobre a atividade policial (WALKER, 2004): de um lado, controvérsias suscitadas em debates políticos despertariam os interesses de pesquisa; de outro, as pesquisas seriam decorrentes de um esforço consciente de promover determinadas políticas. Walker ainda sugere que “[...] *the racial profiling controversy and its impact on police research represents the latest chapter in this story [da crise da instituição policial nos Estados Unidos]*” (p. 148).

A dúvida que se coloca é: como sanar o resultado de um processo histórico de tratamento desigual e repressivo, sem adereçar explicitamente a questão? A imobilidade, como pudemos perceber, levou tão somente à ressignificação e à manifestação de novas maneiras pelas quais essa desigualdade se apresenta. Dizer que nada mudou desde a abolição é de um anacronismo gritante, mas o racismo estrutural vem se reinventando e se realocando no desenrolar dos processos sociais – como vimos, ele não deixou de existir, mas desenvolveu-se em novas manifestações, novas formas de violência, novos discursos.

11 Em seminário realizado no ano de 2015 na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP)

2.2) Aferindo a filtragem racial: ela existe?

Como vimos, a cunhagem do termo filtragem racial ganhou fôlego no fim dos anos 1980 e começo dos anos 1990, principalmente nos Estados Unidos, espraiando-se para outros países anglo-saxões e europeus nos anos 2000 – muito em consequência dos atentados terroristas e das respostas governamentais posteriores ao 11 de setembro de 2001. Empenhados em discutir cientificamente esse fenômeno, a preocupação de vários acadêmicos em um primeiro momento foi a delimitação do termo e a sua verificação, isto é, a definição e a aferição da existência da filtragem racial. Para esses pesquisadores, o principal ponto de polêmica é a delimitação de um grupo controle (*benchmark*) confiável, contra o qual se analisa a proporção racial dos abordados pela polícia. Alguns adotam a população residente na região aonde se conduzem as paradas policiais (RAMOS & MUSUMECI, 2005), outros se baseiam na análise da população de motoristas desta região (DOMINITZ, 2003; caso de Volusia County, ver HARRIS, 1997, p. 561); há também os que posicionam observadores para averiguar a proporção racial de condutores no geral (LAMBERTH, 1998 & 2006; JOBARD, 2012). Por fim, considerada a dificuldade em se estabelecer um bom grupo controle, alguns pesquisadores optaram por averiguar a presença de filtragem racial em outras práticas policiais, tais como a proporção entre abordagens, buscas e taxas de flagrante (*hit rate*) (KNOWLES, PERSICO & TODD, 2001; DOMINITZ & KNOWLES, 2006; GROGGER & RIDGEWAY, 2006).

Muitos desses autores partem de premissas econômicas para pensar a existência do fenômeno, fundamentando suas análises a partir da lógica do custo-benefício da filtragem racial. Contudo, eles não correspondem à totalidade das pesquisas; muitas delas utilizam extenso material e modelos estatísticos, mas partem de outras premissas. Esse é o caso de *Lamberth & Consulting*: Lamberth foi convidado a apreciar dados de advogados do estado de New Jersey (EUA), no qual havia uma clara desproporção de negros se comparado a brancos acionados pela justiça por posse de drogas. Para delinear um grupo controle robusto, o estatístico montou um time de pesquisadores para aferir o censo de tráfego e de seus violadores por raça na rodovia interestadual 95, de New Jersey, em 1993.

Em um primeiro momento, observadores foram posicionados nos dois lados da rodovia para contar os números de carros e a raça de seus respectivos ocupantes em blocos aleatórios de três horas corridas, dentro de um intervalo de duas semanas (LAMBERTH, 1998, p. C01). Isso possibilitou a montagem de um censo, no qual 13,5% dos carros possuía pelo menos um ocupante negro. Em seguida, um pesquisador, dirigindo 10% acima do limite de velocidade na interestadual, contou todos os carros que passavam por ele (sendo, por isso, violadores do limite de velocidade da pista), indicando a raça do motorista em cada carro. No total, cerca de 15% desses infratores eram negros. Enquanto isso, os dados da polícia estadual indicavam que cerca de 35% dos infratores parados naquela rodovia eram afroamericanos, de forma que estes teriam 4,85 vezes mais chance de serem parados pela polícia do que não-negros.

Lamberth foi então convidado pela *American Civil Liberties Union* (ACLU – Sindicato Americano das Liberdades Civas) para tratar os dados de outros estados: Maryland em 1996 e 1997, Arizona, Kansas. California (2001), Texas (2002) e Michigan (2003) foram posteriores à fundação de sua consultoria, que revisou e adaptou sua metodologia para rodovias, áreas urbanas e suburbanas e para pedestres. A *Lamberth Consulting* teve papel importante na promoção e discussão públicas sobre filtragem racial – por meio de seminários e conferências –, contribuindo para a expansão da malha legislativa ao redor do tema e para a coleta de dados, que em muitos estados passou a ser mandatória. Em parceria com a *Open Society Justice Initiative*¹², a consultoria organizou um *workshop* em 2005 sobre o estudo científico de filtragem racial e sua utilização em países europeus, que resultou na monografia “*Ethnic Profiling by Police in Europe*” (2005), além de um estudo sobre filtragem étnica no metrô de Moscou. Ademais, influenciou trabalhos como o de Jobard et al. (2012), que observa o padrão de abordagem da polícia parisiense no que diz respeito à verificação de documentos de identidade.

12 A Open Society Justice Initiative é uma organização internacional promotora dos Direitos Humanos, que escolhe a via legal – litígios, advocacy, pesquisa e assistência técnica – como principal maneira de garantir e reivindicar a dignidade da pessoa humana.

Como podemos observar, a grande característica de Lamberth foi o desenvolvimento de uma metodologia que logrou definir um grupo controle confiável, a qual, contudo, envolve custos consideráveis de equipe e colaboração das instituições policiais para o fornecimento dos dados desagregados. Como eles mesmos acentuam (LAMBERTH CONSULTING, 2006), sem a parceria com os departamentos de polícia tais empreitadas seriam impossíveis.

A abordagem econômica, por sua vez, traz subjacente uma série de premissas vinculadas à teoria do agente racional e suas considerações à filtragem são vinculadas à lógica do custo-benefício: como maximizar os flagrantes em relação ao custo das abordagens (maximizar a *hit rate*)? Como reduzir os custos (monetários e sociais) das abordagens com filtragem racial? Qual o seu ponto de equilíbrio (haveria um ponto ótimo)? Seus questionamentos são utilitários, isto é, analisa se a política pública é útil para o fim desejado, se é eficiente, e se gere bem os recursos – tanto humanos quanto materiais¹³.

Harcourt (2004) destaca quatro assunções que norteiam os modelos econômicos. Em primeiro lugar, que os agentes policiais procurariam maximizar a taxa de flagrantes em buscas em automóveis, considerando o custo de realizá-las. Depois, que os motoristas que poderiam transportar substâncias ilícitas visariam à maximização da sua receita via contrabando – caso não haja rendimentos, eles não as transportariam. Em terceiro lugar, que policiais racistas teriam um menor custo ao revistar não-brancos do que brancos, uma vez que o custo social envolvido (humilhação, situação vexatória, incômodo) não seria considerado por eles. Finalmente, que motoristas não-brancos cometeriam delitos em maior proporção que os brancos (p. 1284-1285).

Desta forma, essa perspectiva está preocupada com o desenvolvimento de novos modelos de filtragem racial, testando se os achados de desproporção nas taxas de abordagem refletem eficiência no policiamento – a desproporção das abordagens e

13 Com foco no bem-estar individual (*individual welfare*).

revistas de não-brancos não seria por si só evidência de racismo (Ibidem, p. 1276). Conceitos como discriminação estatística (*statistical discrimination*)¹⁴ são mobilizadas por esses autores para distinguir um policial não-racista eficiente de um racista que discrimina. Por exemplo, Persico (2002) procurou estudar o *trade-off* entre equidade e eficiência no policiamento que se utiliza da filtragem racial, caracterizando-a como uma técnica racional desvinculada de um processo de estigmatização de um grupo social. Partindo do modelo de escolha racional – no qual os policiais visariam à maximização da *hit rate* e os cidadãos adeririam ao comportamento criminoso por incentivos econômicos relativos à expectativa de renda – o antagonismo entre equidade e eficiência na existência de disparidades raciais na abordagem policial seria, para o autor, um acontecimento infeliz (p. 1493).

O modelo KPT teve grande impacto na literatura de perspectiva econômica. Ao tentar contornar a dificuldade de se estabelecer um grupo de controle confiável para a medição das abordagens, eles trouxeram a análise da produtividade da política de abordagem e revista – a análise da taxa de flagrante nada mais seria que a tentativa de se medir a eficiência dessa atividade policial. Knowles, Persico & Todd (2001), em seu seminal artigo sobre viés racial em *blitzes* policiais, propuseram um modelo que lograsse distinguir dois fenômenos que, segundo eles, seriam mesclados nas acusações de filtragem racial sobre a atividade policial. Haveria uma diferença entre discriminação estatística – discriminação na qual a raça serviria enquanto variável *proxy* de outras não observáveis que correlacionam com raça e criminalidade (como, por exemplo, escolaridade, renda, etc.) (p. 212) – e “preferências racistas” (*racist preferences*) – discriminação racial *de facto*, isto é, intencionalmente discriminatória.

14 Dito de outra maneira, “[...] *statistical discrimination arises because law enforcement officials are uncertain about whether a suspect has committed a particular crime. If there are racial differences in the propensity to commit that crime, then the police may rationally treat individuals from different racial groups differently.*” (ANTONOVICS & KNIGHT, 2009, p. 163).

Inicialmente originário da literatura sobre auditoria ótima (*optimal auditing*)¹⁵, esse modelo foi adaptado para comparar as probabilidades de culpa – ou seja, a probabilidade de por meio de uma busca, efetuar apreensão – entre diferentes grupos raciais. Assim, a questão do grupo controle externo à amostra é abstraída do modelo, uma vez que são comparadas as chances de se realizar um flagrante dentro do universo das buscas efetuadas. Considerando que os policiais procurariam maximizar o número total de apreensões, subtraído o custo de realizar as buscas, a ausência de viés racial se daria pela equalização das probabilidades entre grupos raciais¹⁶.

A partir de sua amostra de 1590 buscas policiais em Maryland, os pesquisadores concluíram que não havia viés contra afro-americanos – os dados, porém, apontavam para a existência de discriminação estatística –, mas contra hispânicos. Metodologicamente, o artigo procura isolar todas as variáveis historicamente associadas com a filtragem racial – abuso de poder, brutalidade policial, falso testemunho, etc. – visando encontrar, em um cenário neutro, um conceito neutro: a discriminação estatística. Para tanto, acabaram por ignorar um grupo controle importante: aqueles veículos que foram tão somente parados sem que a abordagem se convertesse em busca (afinal, é parte da discricionariedade da atividade policial identificar características ditas suspeitas e prosseguir com o procedimento).

O modelo KPT gerou intensa discussão, e Sanga (2009) replicou o modelo por meio da inclusão de uma nova janela temporal. Os dados confirmaram os achados anteriores – de discriminação racial contra negros, mas especialmente contra hispânicos – com destaque para o fato de que as disparidades entre as taxas aumentaram neste período.

15 Auditoria ótima consiste na prática financeira de auditar levando em consideração o *trade-off* entre o monitoramento dos custos e a redução de assimetrias informacionais.

16 O que, todavia, geraria discriminação estatística, caso o número de apreensões em um grupo seja muito maior.

Para Antonovics e Knight (2009), a diferença entre as taxas de abordagem desagregando grupos raciais não seria mero resultado de discriminação estatística – o que não configura uma prática racista, pois os policiais agiriam respondendo racionalmente a estímulos dos dados –, mas uma discriminação baseada em preferência dos agentes de segurança – o abordado ser ou não do mesmo grupo racial¹⁷. O que eles sugerem é que oficiais têm maior probabilidade de realizar uma busca em um veículo conduzido caso a sua raça divirja da do motorista; desta forma, a discriminação baseada em preferências teria um papel importante para explicar as diferenças raciais na proporção de abordados e revistados pela polícia.

Nesse mesmo sentido, Anwar & Fang (2006) desagregaram a categoria de policiais – sua hipótese é que esses agentes não seriam monolíticos em seu padrão de abordagem, considerando a raça do policial. Além disso, desigalaram as taxas marginal e média de flagrante, uma vez que taxas iguais implicariam que características do motorista externas a sua raça não proveriam quaisquer elementos de suspeição (p. 129)¹⁸. Seus achados permitiram rejeitar a hipótese de que agentes de raças diferentes seriam monolíticos em seu comportamento de busca, mas não chegaram a rejeitar a hipótese de que esses policiais de diferentes raças não exibiriam um preconceito racial relativo – isto é, uma disparidade maior se comparado com seus colegas de outro grupo racial.

Hernández-Murillo & Knowles (2004), por sua vez, reconhecem a limitação do modelo KPT em situações nas quais a taxa de flagrante é menor em buscas não discricionárias; utilizando dados de 2001 relativos a Missouri, eles procuraram

17 A diferenciação entre os conceitos que norteiam a análise dos autores implica no reconhecimento de racismo atrelado a uma suposta irracionalidade do agente – confere, pois, ao agente e a sua “intenção” a definição da ação enquanto discriminatória. Essa perspectiva exclui o entendimento do racismo enquanto algo também estrutural, e que a ação social muitas vezes possui uma racionalidade específica que escapa às intencionalidades do agente.

18 “[...] *KPT's basic model assumes that motorists' characteristics are exogenous, thus ruling out the plausible scenario that a motorist's actions when stopped are intimately related to whether he or she is carrying contraband [...] once we allow the motorists' actions when stopped to enter into the officers' search decisions, the infra-marginality problem reappears in the empirical analysis*” (ANWAR & FANG, 2006, p. 129)

diferenciar as proporções entre abordagens discricionárias e não-discricionárias¹⁹. No que diz respeito ao primeiro caso, brancos e latinos estariam equilibrados, com sobrerrepresentação de negros; em relação às abordagens não-discricionárias, negros e latinos estariam sobrerrepresentados, enquanto os brancos não. Ademais, eles notaram uma maior disparidade entre as taxas quando analisadas as áreas nas quais a população branca é relativamente grande; ou seja, em zonas da cidade nas quais o elemento não-branco é considerado um *outsider*, o viés racial seria mais evidente.

Outros artigos colocaram em questão a missão da polícia conforme enunciada pelo modelo KPT. Dominitz & Knowles (2006), por exemplo, se debruçaram sobre a aferição de filtragem racial partindo de outro pressuposto: a polícia não visaria à maximização das taxas de flagrantes, mas à minimização dos crimes – que configurariam fenômenos diferentes²⁰. A partir da extensão do modelo KPT, eles concluíram que a metodologia de análise das taxas de flagrante é robusta, mesmo alterando a premissa sobre a função objetiva da polícia. Contudo, na ausência de dados sobre a distribuição de criminalidade por grupo racial, os autores apresentaram condições (p. 370-371) que permitiriam inferir a existência de viés racial por meio da taxa de flagrantes²¹. Uma taxa de abordagem diferente entre grupos poderia ser explicada mediante duas hipóteses: a) pelo viés racial;

19 Em Missouri, o procedimento para prisão em flagrante torna compulsória a busca no veículo, o que poderia explicar, em parte, as discrepâncias entre as taxas de flagrante, inviabilizando o uso do modelo KPT: “*The contraband hit rate for whites was 22 percent, compared with 15 percent for Blacks and 11 percent for Hispanics. This means that, on average, searches of Blacks and Hispanics produce less contraband than do those of whites. This difference is most likely attributable to the higher arrest rates for Blacks and Hispanics, circumstances that compel a search*” (US DEPARTMENT OF JUSTICE *apud* HERNÁNDEZ-MURILLO & KNOWLES, 2001, p. 961).

20 Em realidade, os autores propõem duas premissas diferentes que organizam a atividade policial: a minimização das taxas de criminalidade (*crime-rate minimisation* – CRM) e a minimização dos crimes impunes (*unpunished crime minimisation* – UCM). De qualquer maneira, a análise matemática vincula ambos os pressupostos à análise das taxas de flagrante, a partir da satisfação de condições matemáticas específicas (DOMINITZ & KNOWLES, 2006)

21 “Focusing on the case where the data reveal only the ordering of search rates and of hit rates across groups, we show that the ability to infer bias from police search data requires additional restrictions on the distribution of unobservable variables” (taxas de flagrante, a partir da satisfação de condições matemáticas específicas (DOMINITZ & KNOWLES, 2006, p. 371)

b) se o grupo apresentasse uma alta taxa de criminalidade. Nesse sentido, Dominitz & Knowles se distanciam do modelo KPT ao indicar que a invariabilidade das taxas de propensão ao crime entre grupos seria uma condição demasiadamente restritiva. Ao permitir a heterogeneidade dessas taxas, o artigo apontou para a existência de uma condição matemática específica que permitiria a inferência de viés racial contra um grupo a partir de sua menor taxa de flagrante.

Manski (2005), por sua vez, enquadra sua análise em outros marcos: enquanto o modelo KPT parte da noção de que a polícia visaria à maximização de sua taxa de flagrante, Manski considera que o formulador buscaria minimizar o custo social (enquanto efeitos negativos que uma determinada política pode causar), que incluiria os seguintes aspectos: i) dano causado à sociedade pelo delito; ii) custo de concretizar a punição; e iii) custo de realizar as abordagens. No que tange aos benefícios das últimas, o autor considerou que diferentes grupos sociais poderiam apresentar respostas diversas às buscas e flagrantes, de modo que o efeito preventivo da política não seria homogêneo entre eles. Assim, ele buscou compreender como um formulador de políticas públicas viria a escolher o *profiling* enquanto alternativa válida. Dialogando com o modelo KPT, o autor defendia que o uso de *optimal search profiling*²² estaria relacionado à função objetiva da instituição que a executa, bem como aos efeitos de *deterrence*²³ à sociedade em geral e aos grupos que a compõem.

Como se percebe, os modelos econômicos engendram algumas dificuldades teórico-metodológicas que apontam para os limites de se pensar a filtragem racial. Em primeiro lugar, o debate gira em torno de modelos cujas variáveis são de mensuração duvidosa. Como é possível medir os danos sociais gerados pela filtragem racial, tais como humilhação, estigmatização e marginalização de grupos sociais? Nesse mesmo sentido: o

22 Uma política ótima implica que o formulador tenha informação suficiente para resolver o problema que ele se coloca.

23 Ato de inibir o comportamento criminal por medo de punição. (DETERRENCE, 2017)

que, afinal, a otimização da taxa de flagrantes revela? Seria ela um indicador válido da distribuição de infratores por grupos sociais? Para Harcourt (2004),

[...] it becomes clear that the new economic models and the debates over 'policing efficiency' are maximizing the wrong thing: instead of maximizing the success rate of searches, the police should seek, first and foremost, to maximize the reduction in the profiled crime and associated policing costs – in other words, to minimize the social costs associated with the profiled crime and profiling technique. As a result, the new economic models track the wrong statistic: rather than focusing on hit rates, the models should focus on the overall amount of profiled crime and costs to society of the searches (p. 1281).

Outro aspecto a se considerar sobre filtragem racial diz respeito à filtragem (*profiling*) de maneira mais ampla, e ao debate a esta relacionado. Press (2009) e Harcourt (2004) atentam para o fato de que o uso de tal ferramenta enquanto método de identificação de suspeitos e prevenção de delitos é altamente questionável, dada a necessidade de satisfação de circunstâncias bastante específicas, não observáveis (Harcourt, 2004, p. 1283).

A aferição do fenômeno que se baseia na análise quantitativa de uma determinada ação policial apresenta alguns desafios, tais como a delimitação do grupo controle. Alguns autores, na tentativa de contornar essa dificuldade, recorreram a premissas que retiram o fenômeno do âmbito social e o individualizam (Ridgeway & MacDonald, 2009) – batendo de frente com teóricos das relações raciais, para os quais o preconceito racial é uma construção de coletividades²⁴; outros apelam à intencionalidade do agente para se medir o viés racial, contrariando postulados sociológicos que a desconsideram para a

24 Sociólogos que visam compreender as origens e produções do preconceito – tais como Blumer, Elias, Becker – observam a característica essencialmente coletiva do mesmo, isto é, enquanto produto de um sentimento de posição de grupo, de interação entre coletividades diferenciadas entre si.

análise de um fato social – vão nesse sentido Knowles, Persico & Todd, Antonovics & Knight, em suma, todos aqueles que recorrem à categoria de discriminação estatística.

Finalmente, a tentativa de se distinguir atitudes de cunho estritamente racista de discriminações neutras por parte da polícia é um exercício argumentativo decorrente do isolamento de variáveis para a satisfação dessas circunstâncias. A consequência teórica desse argumento é que atitudes não são racistas e não geram danos a um grupo racial caso não sejam propositais. Na verdade, atitudes racistas não dependem da intencionalidade do agente, mas a sua qualificação enquanto tal depende das consequências concretas dessas no tecido social – em um cenário que, tanto no caso estadunidense como no brasileiro, pertence a uma sociedade que historicamente excluiu e marginalizou essas populações.

2.3) A eticidade do fenômeno

Considerações utilitaristas de uma política não são suficientes para embasar sua aplicação, especialmente em Estados democráticos de Direito, que se orientam por princípios constitucionais e de justiça, fontes de legitimidade da ação estatal. Nesse sentido, a filtragem racial, enquanto política pública, foi objeto de debates éticos e filosóficos e de enquadramento nos quadros normativos que regem essas sociedades. O questionamento sobre sua equidade, justiça e igualdade são constantes, como explicitado por Bou-Habib (2007):

The idea of equality is not the only ideal from which the moral status of ethnic profiling can be assessed. One alternative ideal from which ethnic profiling has been assessed is that of utilitarianism, according to which, broadly speaking, public policies ought to aim to maximize overall utility. Utilitarians may or may not endorse ethnic profiling, depending on what the overall consequences of ethnic profiling are determined to be. Ethnic profiling can also be assessed from a rights-based perspective. For example, it is widely assumed that individuals have a moral right

not to suffer from pejorative discrimination and ethnic profiling may or may not be condemnable for violating that right. (p. 150-151)

Seminais para essa perspectiva são os trabalhos de Harris (1997) – por trazer à visibilidade a discussão sobre filtragem racial nos Estados Unidos –, Risse & Zeckhauer (2004) – que ofereceram uma definição paradigmática de filtragem racial desvinculada de sua noção de racismo subjacente (*underlying racism*) –, e Lippert-Rasmussen (2010) – o qual relaciona o tratamento individualizado com a discriminação estatística.

Muito conhecido por trazer à tona o termo “*driving while black*”²⁵, corriqueiro entre afro-americanos para se referir à abordagem policial, Harris (1997) comentou o julgamento de *Whren vs. Estados Unidos*²⁶ e suas implicações em termos de abertura de precedentes interpretativos das leis. O autor defende que esse caso foi paradigmático ao conceder maior poder discricionário aos agentes policiais, o que teria trazido efeitos lamentáveis para as populações negra e hispânica, já muito visadas. O caso mudaria a interpretação da IV Emenda – a qual estabelece que a polícia deve ter uma razão para interferir no ir e vir dos cidadãos –, fazendo com que, na prática, tal não seja aplicada às pessoas que estejam dirigindo um veículo. Mas poder abordar qualquer veículo seria diferente de abordá-los todos: essa reinterpretação atingiria desproporcionalmente afrodescendentes e hispânicos, de forma que o uso do código de trânsito serviria como pretexto para abordagens, independentemente de suas motivações (p. 560).

Por falta de dados sistemáticos sobre o tema – ainda mais no contexto em que o ensaio foi escrito, de produção acadêmica ainda incipiente –, Harris apresenta quatro

25 Em português, “dirigir sendo negro”.

26 Dois policiais à paisana, em um carro não-identificado enquanto pertencente à força, viram dois jovens negros dirigindo um veículo. Desconfiados, seguiram o veículo, que parou por um pouco mais de tempo em um sinal de Pare e virou sem sinalizar. A polícia parou o veículo e constatou que o passageiro estava segurando um saco de cocaína.

estudos de caso de diferentes partes do país²⁷ para demonstrar que o fenômeno, pouco estudado até então por ausência de fontes estatísticas, era latente. Inclusive, essa é uma de suas recomendações; a segunda refere-se à regulação e constrangimento do poder discricionário policial, na contramão do precedente aberto pelo caso *Whren*.

Risse & Zeckhauer (2004), por sua vez, destacaram-se no debate normativo ao propor uma definição de filtragem racial desassociada de um contexto social no qual se observa a presença de um racismo. Considerando que o *profiling* é útil, pois oferece uma correlação significativa entre grupos e delinquência, “[...] [*racial profiling is*] any police-initiated action that relies on the race, ethnicity, or national origin and not merely on the behavior of an individual” (p. 136, grifo nosso). Eles argumentam que a filtragem racial causaria danos relativamente modestos, uma vez que grande parte dos efeitos deletérios a ela atribuídos seria consequência de um racismo subjacente (*underlying racism*)²⁸; assim, a utilização da variável raça na atividade policial, diferente do policiamento abusivo e ao uso desproporcional da força, crucialmente, não contribuiria para as relações de opressão (p. 146). A filtragem racial, assim, consistiria em uma espécie de gatilho desencadeador de lembranças de injustiças sociais passadas: “[...] the harm attached to *profiling* per se is expressive” (p. 146). O fim dessa política, portanto, não contribuiria significativamente para acabar com o racismo – para tanto, seria necessária a implantação de medidas de longo e profundo alcance.

Vários são os autores que interagiram com Risse & Zeckhauer. Lever (2005) questionou a tese do dano expressivo causado pela filtragem racial, uma vez que os autores não apresentavam quaisquer evidências que sustentassem esta afirmação, obnubilando, assim, a contribuição dessa política para a perpetuação da associação dos negros com criminalidade. Relativo à tese incremental – na qual os autores assumiram que os males da filtragem racial são relativamente pequenos e insignificantes –, a autora

27 Florida (Sul), Maryland (Nordeste), Illinois (Centro-Oeste) e Colorado (Oeste).

28 Risse & Zeckhauer não apresentam definição formal do que entendem por *underlying racism*, infere-se que se remetam a um racismo de caráter velado e sistêmico.

discorda: embora seus efeitos sejam de difícil mensuração (medo da polícia, estresse, etc.), eles seriam pervasivos na experiência subjetiva dos integrantes desse grupo social, além de conferir uma conotação oficial ao tratamento desigual desses grupos raciais. Apontam também para essa direção Reiman (2010) e Bou-Habib (2011). Reiman argumenta que o dano da filtragem racial não seria modesto:

[...] like reminding, such embodying duplicates the already existing harm. It represents that harm[...]. Moreover, the resentment and distrust that racial profiling triggers are themselves harms, and they are not expressive harms. They are direct harms that are caused by the expressive harm of racial profiling (p. 15).

Bou-Habib (2011), por sua vez, pontua que filtragem racial se configuraria como uma má política em casos de injustiças históricas por se remeter a essas; mesmo que a política não seja em si uma ação injusta, ela geraria ressentimentos derivados de interpretações equivocadas.

Em outra chave, Lippert-Rasmussen partiu das diferenciações entre discriminação estatística e atitudes racistas para analisar se a primeira se configuraria enquanto desrespeito aos direitos humanos. A discriminação estatística, segundo ele, seria compatível com o tratamento individualizado – e o não-tratamento enquanto indivíduo poderia se dar mesmo sem o artifício da discriminação estatística: “[...] *failure to treat people as individuals is only loosely connected with statistical discrimination*” (p. 49). A discriminação estatística, assim, estaria completamente desvinculada de uma formação racial desigual, e subsistiria em uma realidade sem clivagens raciais. Segundo ele, o ideal de cidadania igualitária implicaria em que pessoas não fossem tratadas de maneira individualizada. Assim, seria moralmente justificável tratar os cidadãos com base em generalizações estatísticas, mesmo que isto significasse tratá-los de um jeito que eles não

merecessem. Desta forma, a questão do tratamento diferenciado residiria na discussão sobre o mérito – a inocência – de ser tratado de forma não generalizada²⁹.

Sobre Lippert-Rasmussen, Reiman (2010) colocou em dúvida da necessidade de filtragem racial em uma sociedade na qual o racismo está ausente; sem disparidades sócio-econômicas e simbólicas, a variação das taxas de criminalidade entre esses grupos desapareceria. Sua análise partiu da premissa de que a filtragem racial aconteceria em uma sociedade racista, e que essa política teria uma possibilidade concreta de reduzir a criminalidade. Se, por ventura, a filtragem racial não sustentasse a redução da criminalidade, seu emprego seria obviamente ilegítimo.

Corlett (2011), em outro sentido, partiu das considerações de Lippert-Rasmussen e coloca uma dupla possibilidade para a atividade policial: a cegueira de cor (*colorblindness*) e a consciência de cor (*colorconsciousness*)³⁰, em que a primeira se referiria a negligenciar a variável cor na abordagem policial, e a segunda a considerá-la. Assumindo a segunda perspectiva, Corlett reconheceu o valor que a consciência de cor poderia ter para aumentar a eficácia das apreensões e flagrantes policiais. Todavia, o autor propôs condições para que sua utilização fosse moralmente justificável: em primeiro lugar, que tal utilização não seja excessivamente ampla; em seguida, que se considerasse a etnicidade das eventuais testemunhas que fizeram referência à cor do suspeito; finalmente, a manutenção das mesmas táticas de aplicação da lei, sem abrir espaço para abusos e assédios relacionados à cor e/ou classe dos suspeitos.

Para além desses autores paradigmáticos, alguns ainda procuraram abordar concomitantemente as perspectivas econômica e normativa; Durlauf (2006) e Ryberg (2011) procuraram fazer uma análise que abrangesse tanto a utilidade da política quando

29 Implícito a esse raciocínio é uma permissividade para o detrato de pessoas que “não mereçam”, como se a escolha de delinquir sustasse seus direitos de ser tratado digna e igualmente.

30 O autor opta por utilizar cor ao invés de raça devido ao fato de esta possuir um lastro teórico biologicizante e que seria pouco verificável na prática policial cotidiana, enquanto cor estaria relacionada a traços fenotípicos evidentes (p. 24).

seu aspecto moral. Durlauf recusou a maximização das taxas de flagrante enquanto variável apropriada para avaliar a eficiência da filtragem racial. Por basear-se no pressuposto de equidade (*fairness presumption*)³¹, as evidências sobre essa política não seriam suficientes para justificar seu uso, e que a presunção contra a filtragem racial deveria ser mantida até que se demonstre que os efeitos de eficiência são inegáveis e suficientes para superar a violação da justiça – isto é, o tratamento baseado na equidade.

Ryberg, procurou não desvincular o debate moral ao redor da filtragem racial de concretude, ou seja, considerando o sistema tal como ele se apresenta nos países ocidentais – marcado por excessos punitivistas. Equilibrando argumentos da perspectiva econômica com considerações normativas, o autor questionou a desejabilidade de um eventual aumento da taxa de flagrante; a punição que não leve à prevenção (*deterrence*) é injustificável, de forma que o excesso de punição seria tão deletério à sociedade quanto a impunidade. A filtragem racial, enquanto elemento que não somente intensifica a punição, mas a faz contra um grupo específico poderia, dentre outras coisas, gerar perda de confiança, ressentimento e efeitos auto-perpetuadores – notadamente a criminalização desse grupo social e sua identificação com a criminalidade.

Como pudemos perceber, esses autores procuraram analisar a filtragem racial sob a ótica da garantia das liberdades civis – discutindo, pois, a normatividade e eticidade do fenômeno. Para vários deles, “[...] *equal or lower hit rates reflect nothing more than equal or lower offending rates. They conclude from this that the disproportionate searches of minority motorists are racially discriminatory and do not reflect policing efficiency.*” (Harcourt, 2004, p. 1315).

A maioria desses autores, inclusive, parte do reconhecimento da função criminológica do uso de *profiling*, objetando – ou reforçando – a filtragem racial a partir da sua relação com um conceito que engendra desigualdade social. O que poucos colocam em questão – e nesse sentido Harcourt é um deles – é o caráter do *profiling* em si, o qual

31 Segundo esse pressuposto, a análise da implementação de políticas públicas deve ter como princípio norteador a justiça processual (DURLAUF, 2006, p. 424).

“[...] serves only to accentuate the ideological dimension of the criminal law. It hardens the purported race, class, and power relations between certain offenses and certain groups” (p. 1375). Tal ferramenta violaria um princípio central da teoria da punição – que qualquer pessoa que cometa o mesmo crime deve ter a mesma probabilidade de ser flagrado e punido (p. 1283).

Essa perspectiva, finalmente, logrou reinserir no debate a discussão sobre a integração do uso de filtragem racial em uma sociedade racialmente desigual – e procurou adereçar a política tendo em vista suas interações com clivagens e marcadores sociais da diferença, negando ou enfatizando sua contribuição para as últimas.

3) O debate nacional

A chegada do termo filtragem racial no Brasil para tratar do fenômeno da desigualdade de tratamento dispensado à população negra por parte dos agentes de segurança pública foi posterior à sua explosão na literatura anglo-saxã e europeia. Tal não significa dizer que o debate de segurança pública e relações raciais não existisse no Brasil. Ainda que poucas pesquisas procurassem discutir a imbricação entre esses dois campos do saber sociológico, tratava-se do viés racial da polícia contra a população periférica – e negra. A discussão frequentemente enveredava sobre as relações entre os agentes de segurança pública e classe social, subordinando as relações raciais às relações de classe. Sobre isso, Ramos (2015) comenta: “[...] [há] uma preocupação com a classe social ou com os setores sociais mais pauperizados. Por vezes, há demarcação racial com indicadores de cor/raça, mas os estudos quantitativos citados anteriormente não exploram estes dados” (p. 12).

Em meados dos anos 2000 essa categoria adentrou o léxico sociológico brasileiro, ainda que com algumas especificidades. Se, na literatura anglo-saxã e europeia, a filtragem racial era predominantemente investigada por meio da abordagem policial e das buscas, o cenário brasileiro apresentou um duplo desafio metodológico: a ausência de dados e a pouca abertura institucional por parte das polícias para disponibilizá-los e receber pesquisadores. Não se tem, dentro das estatísticas institucionais, desagregação

dos dados por raça, o que complica consideravelmente a análise de dados e inviabiliza a aferição do fenômeno. Os pesquisadores brasileiros, nesse sentido, procuraram contornar esses empecilhos utilizando os materiais que se lhe mostraram disponíveis – informações sobre letalidade policial (por meio dos então “Autos de Resistência”) – e eventuais análises normativas e simbólicas sobre a *fundada suspeita*, categoria jurídica que confere alta liberdade aos agentes de segurança pública. Enquanto pessoas de acesso privilegiado, observamos dentre os pesquisadores da área policiais que se dedicam à análise da própria instituição (como Pinc, Barros, Silva).

Ressalte-se que o principal dado estatístico na literatura brasileira é o relativo a uso de força letal, evidenciado pelo seu volume desastroso quando comparado com números de outros países (ANISTIA INTERNACIONAL, 2017). A violência policial e sua persistência no Brasil democrático tem sido objeto constante de pesquisa acadêmica, ainda que muito pouco se atente para a raça das vítimas. Nesse sentido, há pesquisadores que se dedicaram à investigação da aplicação do conceito jurídico de fundada suspeita – dentre eles destacam-se Ramos & Musumeci (2005), Barros (2008), Silva (2011) e Sinhoretto et al. (2014) –, e outros que se voltaram à investigação quantitativa sobre os Autos de Resistência, o perfil das vítimas e as prisões em flagrante – desses, Cano (1997, 2004, 2010) e Sinhoretto, Silvestre & Schlittler (2014) são indispensáveis.

Das investigações quantitativas sobre a articulação da atividade e a discriminação racial, Ignacio Cano dedicou-se a investigar o uso da força letal pelos policiais do Rio de Janeiro por largo período; a primeira janela temporal foi de 1993-1996 (CANO, 1997), e resultou em relatório de pesquisa sobre a letalidade da ação policial carioca, no qual se buscou fazer um levantamento de civis e mortos pelas forças policiais na capital, sua evolução temporal, características nos processos que indicassem execução, perfil das vítimas e distribuição do uso de força letal pelo território carioca, e, por fim, o encaminhamento dado a esses processos no Sistema de Justiça Criminal. Nessa primeira pesquisa, apareceu o primeiro indicador da existência de disparidade racial dentre as vítimas do uso de força letal pela polícia: apesar de 30% das vítimas não terem registrada

sua etnia/raça, os brancos responderiam por 35%, pardos por 35%, e pretos por 29% do total³² (p. 61).

Em capítulo para o Relatório de Desenvolvimento Humano (2004), o autor procurou estudar com maior profundidade o perfil racial dos mortos pela polícia, atentando para possíveis correlações com outras categorias analíticas, tais como classe. Enquanto a janela de 1993-1996, cuja fonte primária foi a análise de Registros de Ocorrências, possibilitara demonstrar a proporção entre mortos e feridos por confrontos armados com participação policial – desagregando a variável raça e indicando que negros (enquanto a somatória de pretos e pardos) teriam maior probabilidade de morrer, se comparado com brancos –, a janela de 1998-2002 fundou-se na análise dos Autos de Resistência³³. Os novos dados corroboraram a impressão deixada pela primeira pesquisa, e demonstraram que, embora os negros correspondessem a 45% da população carioca, compunham 55% da população carcerária e perfaziam 72% dos opositores mortos pelos agentes de segurança pública. Em termos de taxas de mortes por 100 mil habitantes, seriam 1,3 brancos, 2,4 pardos e 10,8 pretos. A localidade do incidente – tanto em “territórios de risco” (favelas) quanto fora – não mostrou significância, de modo que tal disparidade se verifica tanto dentro quanto fora dos espaços de maior tensão entre polícia e comunidade.

Em 2010, Cano publicou artigo internacional no qual o autor se insere no debate sobre viés racial no uso da força letal pela polícia, fazendo um estudo comparativo entre as de São Paulo e do Rio de Janeiro. Em São Paulo, a partir dos dados de 1996 a 1999, a probabilidade de um preto (segundo a categoria do IBGE) ser morto pela polícia era 3 vezes maior que a de um indivíduo branco (p. 6). No Rio de Janeiro, Cano concluiu que

32 Sendo que, segundo o Censo de 1991 sobre a população carioca, os brancos eram 59%, pardos 31%, e pretos 8%.

33 Essa mudança metodológica deu-se, de um lado, por menor disponibilidade de recursos humanos para explorar os Registros de Ocorrência de maneira mais ampla, e de outro, por melhoria da catalogação dos dados pela ASPLAN (Assessoria de Planejamento da Polícia Civil), o que possibilitou inclusive o acesso aos dados do estado, não somente da capital.

a polícia usava mais força contra negros (pretos e pardos, segundo denominação do IBGE), uma vez que estes têm maior probabilidade de morrer nos confrontos³⁴ (p. 7):

Tabela 1 – Vítimas de ação policial no Rio de Janeiro

	Habitantes estado (RJ)	no Feridos em confronto com a polícia	Mortos em confronto com a polícia
Branços	60%	43%	30%
Pretos	8%	27%	30%
Outros	32%	30%	40%

Fonte: Cano, 2010.

De maneira geral, Cano atestou sua hipótese de que há viés racial no uso da força letal pelas polícias, ainda que tenha pontuado que os dados que indicam disparidade racial não necessariamente endossam a existência de viés racial, constatação a verificar por meio de maiores investigações.

O Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos (GEVAC/UFSCar), coordenado por Jacqueline Sinhoretto, participou de duas iniciativas em 2014 nessa temática. Em “Desigualdade Racial e Segurança Pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante” (SINHORETTO, SILVESTRE & SCHLITTLER, 2014), pesquisou-se a forma pela qual se produziria a desigualdade racial na atividade da polícia paulista, por meio de análise de dados relativos à letalidade policial e às prisões em flagrante. Nessa pesquisa, que contou com dados da Ouvidoria de Polícia dos anos de 2009 a 2011³⁵, as autoras constataram uma tendência da vigilância policial

34 Vale notar que esses dados não agregam pretos e pardos em uma só categoria, sendo que os pardos fazem parte do 'Outros'.

35 Somando 739 casos, que correspondem a 939 vítimas (SINHORETTO, 2014).

de privilegiar (no sentido de concentrar esforços) as pessoas negras, baseando-se na percepção de que elas seriam suspeitos criminais (p. 28). Em termos proporcionais à população, 1,4 negros foram mortos a cada 100 mil paulistas negros, contra 0,5 brancos a cada 100 mil paulistas brancos – o que significa que negros morreram quase 3 vezes mais que brancos em São Paulo. Os autores dessas mortes foram policiais militares (95% dos casos), majoritariamente de baixa patente (soldados, cabos e sargentos somam 89% dos casos). No que tange às prisões em flagrante³⁶, as autoras também se depararam com evidente sobrerrepresentação da população negra: 35 negros são presos em flagrante a cada 100 mil negros paulistas, contra 14 brancos a cada 100 mil.

No mesmo ano, em parceria com outros centros de pesquisa sob o edital Pensando a Segurança Pública³⁷, publicou-se o capítulo *A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: Segurança Pública e Relações Raciais* (SINHORETTO et al., 2014), que visou investigar a existência de mecanismos de filtragem racial na abordagem policial, bem como as respostas institucionais dadas pelas polícias militares em quatro estados – São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Nele, constatou-se a transversalidade da filtragem racial na abordagem dentre as quatro polícias militares, de forma a indicar que “a racialização das relações sociais no Brasil se expressa de maneira contundente no campo da segurança pública” (p. 121). Este estudo foi inédito ao analisar simultaneamente quatro estados da federação, além de abordar percepções e atitudes dos policiais, as políticas institucionais e as percepções e atitudes da sociedade civil, sob a forma de três eixos: i) a observação direta e indireta do processo de suspeição policial; ii) o levantamento das acusações de racismo na ação policial pela sociedade civil; e iii) as respostas institucionais suscitadas por essas iniciativas.

A pesquisa quantitativa baseou-se na letalidade policial por este ser o único indicador comparável entre os estados (à exceção do Distrito Federal); os flagrantes

36 Categoria escolhida pelas pesquisadoras por ter alto grau de discricionariedade do agente, uma vez que são prisões efetuadas sem mandato judicial, com base na suspeição (SINHORETTO, 2014).

37 Chamada do Senasp-MJ

também foram contabilizados, porém somente nos estados de São Paulo e Minas Gerais. No Rio de Janeiro, um negro tem quatro vezes mais chance de morrer nas mãos da polícia do que um branco; em São Paulo, esta desproporção é de aproximadamente três vezes; em Minas Gerais, duas. No que diz respeito aos flagrantes, em São Paulo negros têm 2,5 vezes mais chances de serem presos em flagrante do que brancos, enquanto em Minas Gerais essa disparidade é de 2,1 vezes.

A análise do processo de suspeição policial nas quatro localidades apontou para a caracterização de um grupo social específico – atentando às particularidades regionais (no DF o *peba*³⁸, em SP o do *hip hop*, no RJ o *funkeiro*) – “[...] caracterizado pela faixa etária, pertença territorial e que exhibe signos de um estilo de vestir, andar e falar que reivindica aspectos da cultura negra, e que é, em muitos casos, também constituinte de uma cultura ‘da periferia’” (p. 133). Nota-se assim os aspectos racializados que, não obstante a negação contínua do emprego de filtragem racial pelas forças policiais e a admissão ocasional desses de suspeitar dos pobres, demonstram que a noção de pobreza não diz respeito a atributos puramente econômicos. A pesquisa conclui que, para além da existência da filtragem racial nas atividades das polícias militares, o racismo institucional perpassa o Sistema de Justiça Criminal como um todo, indicado, ademais, pela ausência de políticas de segurança pública para a população negra que, além de desproporcionalmente presente nas taxas de letalidade policial, também é vítima preferencial dos homicídios de maneira mais ampla³⁹.

Dentre os pesquisadores que se detêm no aspecto da fundada suspeita, Ramos & Musumeci (2005) investigam quais critérios são mobilizados pelos policiais para a suspeição, para além do termo corriqueiramente empregado por esses agentes na atividade cotidiana: “elemento suspeito de cor padrão” (p. 16). A pesquisa não verificou a presença de filtragem racial nas blitzes – com algumas considerações sobre a

38 O “kit peba” consistiria em um condensado de percepções sobre a relação entre criminalidade e gênero, raça, idade, classe social

39 ver WAISELFISZ, 2012.

distribuição racial de motoristas com veículos particulares e a inexistência de dados sobre o grupo controle – mas apontou para outras situações por meio das quais a população carioca vivenciaria a discriminação racial, tais como a abordagem a pedestres e a viajantes de lotação (transporte coletivo), a desproporcional incidência de revistas corporais⁴⁰, além de indicações – nos grupos focais – de assédio e abuso policial. Além disso, ameaças e intimidações foram ocorrências mais frequentes entre os pretos abordados (p. 118).

Integram também o diagnóstico o silêncio institucional e a ausência de um discurso articulado sobre quais critérios e características constroem a suspeita policial. Destarte, não foi encontrado um único documento que definisse os parâmetros para a *fundada suspeita*; segundo as autoras, “[...] mais do que uma *orientação* deliberadamente discriminatória, o que se percebe, assim, é a delegação dessas decisões à cultura informal dos agentes” (p. 213), os quais se tornam, de certa forma, operadores de preconceitos e estereótipos amplamente disseminados na sociedade brasileira.

Outros pesquisadores também se debruçaram sobre a construção da suspeição, regionalmente. Para Barros (2008), ao estudar a polícia de Pernambuco, a caracterização do suspeito envolveria tanto a raça como outras características racializadas – vestuário, expressão corporal, traços físicos – que apontariam para a configuração de um suspeito tendencialmente negro. Silva (2011), no Distrito Federal, apontou que os fatores que influenciariam a construção da suspeição estariam relacionados ao grau de igualdade jurídica, política, econômica, social e cultural da sociedade brasileira: “[...] não há o discurso explícito, no meio policial militar, de que a maioria das pessoas negras são criminosas. Entretanto, [...] uma pessoa negra tem a maior probabilidade de ser suspeita” (p. 99), identificando no “currículo oculto”⁴¹ um dos principais mecanismos de reprodução de categorias como o “kit peba” – jovem negro, pobre, identificado com o *hip*

40 55% de negros parados pela polícia passaram por revista corporal, contra 33% de brancos (p. 211)

41 Interpretação das normas vigentes, por meio do conhecimento empírico subjetivo, e que revelaria parte dos valores dos policiais militares

hop (vestimentas, tatuagens e/ou *piercings*) (p. 98). Reis (2002), em Salvador, identificou o tipo social suspeito como “homem negro, em muitos casos rastafari, com tatuagens ou cicatrizes pelo corpo, correntes de ouro, jeito de andar meio gingado, denominado pelos policiais como 'tombo', normalmente morador de favelas e invasões” (p. 181).

Carvalho (2013), por sua vez, aborda a fundada suspeita pela recuperação histórica do controle aos grupos marginalizados. Para ela, a cultura da abordagem policial estaria calcada em estruturas de poder e desigualdades sociais respaldadas pela sociedade como um todo, e com o seu anseio por controle, regulação e estabilidade. O “elemento suspeito de cor padrão”, portanto, seria a integração de variáveis como idade, raça, gênero e pertença geográfica, que se sintetizaria no sujeito jovem periférico. Em direção semelhante, Santos (2012), tratou do racismo institucional de maneira mais ampla, localizando-o enquanto estrutura de poder que conformou o Sistema de Segurança Pública brasileiro – baseado no controle social sobre os negros, suspeitos principais de ameaça à ordem pública. Por meio de uma breve revisão bibliográfica da literatura nacional, o autor conceituou a filtragem racial como uma “[...] forma de discriminação indireta em que o policial, ao aplicar a lei, utiliza a raça e/ou cor de uma pessoa, de algum modo, como razão para suspeitá-la como transgressora da lei” (p. 120).

Quanto a essa definição, gostaríamos somente de pontuar que a atividade policial que dá origem ao viés racial não se baseia em uma lei, mas precisamente na brecha por ela deixada ao historicamente conferir à discricionariedade policial a definição da categoria *fundada suspeita*.

Pode-se notar, assim, que a discussão sobre filtragem racial no Brasil adquiriu outros contornos que não os da abordagem e revista de veículos em rodovias, como no caso estadunidense, decorrente em grande parte da ausência de dados aproveitáveis sobre essa atividade policial. A investigação científica, portanto, tem-se utilizado de outras manifestações do fenômeno de racismo institucional, conjugando-se com a produção anterior à cunhagem do conceito. Conforme já ressaltado, a disponibilidade de dados continua sendo um fator decisivo para a produção de pesquisa no campo da segurança pública, pela opacidade das instituições policiais a escrutínio externo. A inexistência

dessas informações inviabiliza, por exemplo, o desenvolvimento de uma perspectiva que ganhou grande espaço no debate norte-americano, a econômica. Isso não significa que não tenha havido avanços desde a redemocratização: a criação das Ouvidorias é um exemplo disso.

Especificamente sobre a desigualdade no acesso e usufruto do direito à segurança pela população negra, os dados mais recorrentemente levantados para debater a filtragem racial no contexto brasileiro são as mensurações da letalidade policial e das prisões em flagrante. Outras técnicas investigativas, de cunho qualitativo e centradas nos mecanismos simbólicos de produção da suspeita, foram mobilizadas para cercar o objeto, como levantamento das percepções da população sobre o tema, a observação direta do cotidiano dos policiais e/ou de seu processo formativo, etc.

É interessante notar que, enquanto na literatura estadunidense a disputa do conceito de filtragem racial – especialmente pela perspectiva econômica – perpassa a discussão sobre a intencionalidade do agente na concretização de ato discriminatório, a literatura nacional sobre o tema reconhece a desigualdade material como evidência *per se* da existência de racismo, independente de suas motivações.

Alguns trabalhos apontam para a ausência da temática das relações raciais na formação dos policiais militares (ver Reis, 2002; Silva, 2011), no discurso explícito, institucional. Silva (2011) nos apresenta à existência de um currículo oculto, que consistiria na interpretação da doutrina policial, relativamente asséptica à temática racial, à luz do fazer policial. Há de se destacar o papel fundamental dos parceiros mais experientes na socialização e absorção dessa cultura informal policial – o que alguns agentes chamariam de “olho treinado”. Cultura policial que, de um lado decorre de uma tradição de policiamento que não passa pelo crivo institucional, e de outro, ocupa o espaço deixado por categorias jurídicas frouxas e que conferem ao agente alto grau de discricionariedade, tal qual o termo *fundada suspeita* – origem do “elemento suspeito”.

4) Conclusão

O balanço bibliográfico sobre filtragem racial nos ofereceu uma miríade de perspectivas sobre esse fenômeno, suas especificidades e dificuldades metodológicas em contextos distintos. Vimos, com a literatura estadunidense, que sequer a existência da filtragem racial é um ponto pacífico, o que dirá sua rejeição enquanto política discriminatória; a polêmica se estende menos sobre ela existir ou não, mas sobre sua plausibilidade. Já na literatura nacional, a questão é outra: a negação ferrenha das polícias da prática de filtragem racial acaba por contribuir para que as pesquisas nacionais apresentem caráter contestatório do discurso oficial e comprobatório da política. Vimos também que perspectivas como a econômica, muito popular na literatura estadunidense, são pouco aplicáveis no Brasil. Ademais, nota-se que, subjacente ao debate sobre filtragem racial está a disputa pela concepção de racismo, de suas formas de manifestação e sua relação com a estrutura social. Aqui, entendemos que o racismo institucional é uma das formas observáveis do racismo estrutural, e que, dentro daquele, muitas são suas manifestações, das quais a filtragem racial é uma.

Há iniciativas fragmentadas de algumas polícias brasileiras de incorporar valores democráticos à sua missão e atividades, tais como o reconhecimento e respeito à heterogeneidade da sociedade brasileira; por outro lado, há assumidamente – pelos próprios policiais – uma tendência de supervigilância dos pobres. A filtragem racial raramente aparece nos discursos formais dessas polícias⁴² – que inclusive rejeitam o uso de raça/cor, acusando nesse uso racismo –, mas espreita pela prática cotidiana da instituição, cuja dinâmica ainda é organizada pelo alto grau discricionário. A categoria jurídica de fundada suspeita, assim, é essencial para a produção e reprodução da filtragem racial no tirocínio, uma vez que credita aos valores e percepções subjetivas o mecanismo que orienta a principal prática do policiamento. De um lado, um arcabouço jurídico que concede amplo espaço discricionário; de outro, uma instituição que delega aos seus

42 E quando aparece, é por “falha” e incorreção do agente, no singular, como foi o caso de Campinas.

representantes os critérios de suspeição, enquanto cala sobre processos e clivagens sociais dos quais são parte constitutiva.

5) Referências Bibliográficas

AMAR, P. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, S.; MUSUMECI, L. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Os Estados dos Direitos Humanos no Mundo**. Relatório, 2017.

ANTONOVICS, K.; KNIGHT, B. G. A new look at racial profiling: Evidence from the Boston police department. **The Review of Economics and Statistics**, v. 91, n. 1, p. 163–177, 2009.

ANWAR, S.; FANG, H. An Alternative Test of Racial Prejudice in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence. **The American Economic Review**, v. 96, n. 1, p. 127–151, 2006.

BARROS, G. DA S. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 2, n. 3, p. 134–156, 2008.

BOU-HABIB, P. Security, Profiling and Equality. **Ethical Theory and Moral Practice**, v. 11, n. 2, p. 149–164, 2008.

BOU-HABIB, P. Racial Profiling and Background Injustice. **The Journal of Ethics**, v. 15, n. 2, p. 33–46, 2011.

BRUNSON, R. K. B.; MILLER, J. Gender, Race, and Urban Policing: The Experience of African American Youths. **Gender & Society**, v. 20, n. 4, p. 531–552, 2006.

CANO, I. **Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ISER, 1997.

_____. O perfil racial dos mortos pela polícia no Rio de Janeiro. Texto para o **Relatório de Desenvolvimento Humano 2004** – Capítulo Sistema de Justiça Criminal. Rio de Janeiro: CESeC e PNUD, 2004.

_____. Racial bias in police use of lethal force in Brazil. **Police Practice and Research: An International Journal**, v. 11, n.1, p. 31-43, 2010.

CARBADO, D. W. Racial Naturalization. **American Quarterly**, v. 57, n. 3, p. 633–658, 2005.

CARVALHO, D. Vulnerabilidade e vitimização do corpo negro: uma análise da variação das Taxas de Mortalidade por Homicídio por cor/raça no Brasil, 2000-2010. In: **Anais da ANPOCS**, 2013.

CORLETT, J. A. Profiling Color. **The Journal of Ethics**, v. 15, n. 2, p. 21–32, 2011.

DATA COLLECTION AND BENCHMARKING OF THE BIAS POLICING PROJECT
Final Report for the Metropolitan Police Department in the District of Columbia
LAMBERTH CONSULTING LAMBERTH CONSULTING. 2006.

DETERRENCE. Merriam-Webster Online Dictionary. Disponível em:
<<https://goo.gl/RWwosY>> Acesso em 12 de junho de 2017.

DOMINITZ, J.; KNOWLES, J. Crime Minimisation and Racial Bias: What Can We Learn from Police Search Data? **The Economic Journal**, v. 116, n. 515, p. 368–384, 2006.

DURLAUF, S. N. Assessing Racial Profiling. **The Economic Journal**, v. 116, n. 515, p. 402–426, 2006.

GROGGER, J.; RIDGEWAY, G. Testing for Racial Profiling in Traffic Stops From Behind a Veil of Darkness. **Journal of the American Statistical Association**, v. 101, n. 475, p. 878–887, 2006.

HARCOURT, B. Rethinking Racial Profiling: A Critique of the Economics, Civil Liberties, and Constitutional Literature, and of Criminal Profiling More Generally. **The University of Chicago Law Review**, v. 71, n. 4, p. 1275–1381, 2004.

HARRIS, D. A. Driving While Black and All Other Traffic Offenses: The Supreme Court and Pretextual Traffic Stops. **Journal of Criminal Law and Criminology**, v. 87, n. 2, 1996.

HARRIS, D. A. U.S. experiences with racial and ethnic profiling: History, current issues, and the future. **Critical Criminology**, 2006.

HERNÁNDEZ-MURILLO, R.; KNOWLES, J. Racial Profiling or Racist Policing? Bounds Tests in Aggregate Data. **International Economic Review**, v. 45, n. 3, p. 959–989, 2004.

HOWELL, S. E.; PERRY, H. L.; VILE, M. Black Cities/White Cities: Evaluating the Police. **Political Behavior**, v. 26, n. 1, p. 45–68, 2004.

HURWITZ, J.; PEFFLEY, M. Explaining the Great Racial Divide: Perceptions of Fairness in the U.S. Criminal Justice System. **The Journal of Politics**, v. 67, n. 3, p. 762–783, 2005.

JOBARD, F. et al. Measuring Appearance-Based Discrimination: an Analysis of Identity Checks in Paris. **Population**, v. 67, n. 3, p. 349–375, 2012.

KNOWLES, J.; PERSICO, N.; TODD, P. Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence. **Journal of Political Economy**, v. 109, n. 1, p. 203–229, 2001.

LAMBERTH, J. Driving While Black; A Statistician Proves That Prejudice Still Rules the Road. **Washington Post**. p. C1–4, 1998.

LAMBERTH CONSULTING. **Data Collection and benchmarking of the Bias Policing Project: Final Report for the Metropolitan Police Department in the District of Columbia**. [s.l.: s.n.]. 2006.

LEVER, A. Why Racial Profiling Is Hard to Justify: A Response to Risse and Zeckhauser. **Philosophy & Public Affairs**, v. 33, n. 1, p. 94–110, 2005.

LIPPERT-RASMUSSEN, K. “We are all Different”: Statistical Discrimination and the Right to be Treated as an Individual. **The Journal of Ethics**, v. 15, n. 1, p. 47–59, 2011.

MANSKI, C. F. Optimal Search Profiling with Linear Deterrence. **The American Economic Review**, v. 95, n. 2, p. 122–126, 2005.

MILLER, F.; FOSTER, E. Youths’ Perceptions of Race, Class, and Language Bias in the Courts. **The Journal of Negro Education**, v. 71, n. 3, p. 193–204, 2002.

OMI, M.; WINANT, H. Racial formation in the United States: from the 1960s to the 1980s. **Routledge & Kegan Paul**, 1986.

PERSICO, N. Racial Profiling, Fairness, and Effectiveness of Policing. **The American Economic Review**, v. 92, n. 5, p. 1472–1497, 2002.

PRESS, W. H. From the Cover: Strong profiling is not mathematically optimal for discovering rare malfeasors. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v. 106, n. 6, p. 1716–1719, 2009.

RAMOS, P. **Relações raciais e violência: um balanço da produção teórica nacional e internacional dos últimos dez anos**. Paper apresentado no XVII Congresso Brasileiro de Sociologia. Porto Alegre: 2015.

RAMOS, S.; MUSUMECI, L. **Elemento suspeito: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

REIMAN, J. Is Racial Profiling Just? Making Criminal Justice Policy in the Original Position. **The Journal of Ethics**, v. 15, n. 1, p. 3–19, 2011.

REIS, D. A MARCA DE CAIM: as características que identificam o “suspeito”, segundo relatos de policiais militares. **Caderno CRH**, v. 15, n. 36, p. 181-196, 2002.

RIDGEWAY, G.; MACDONALD, J. M. Doubly Robust Internal Benchmarking and False Discovery Rates for Detecting Racial Bias in Police Stops. **Journal of the American Statistical Association**, v. 104, n. 486, p. 661–668, 2009.

RISSE, M.; ZECKHAUSER, R. Racial Profiling. **Philosophy & Public Affairs**, v. 32, n. 2, p. 131–170, 2004.

RUTEERE, M. **Report of the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance**. [s.l: s.n.].

RYBERG, J. Racial Profiling and Criminal Justice. **The Journal of Ethics**, v. 15, n. 2, p. 79–88, 2011.

SANGA, S. Reconsidering Racial Bias in Motor Vehicle Searches: Theory and Evidence. **Journal of Political Economy**, v. 117, n. 6, p. 1155–1159, 2009.

SANTOS, T. V. DOS. **Racismo institucional e violação de direitos humanos no sistema da segurança pública: um estudo a partir do Estatuto da Igualdade Racial.** [s.l.] USP, 2012.

SIGELMAN, L. et al. Police Brutality and Public Perceptions of Racial Discrimination: A Tale of Two Beatings. **Political Research Quarterly**, v. 50, n. 4, p. 777–791, 1997.

SILVA, G. G. DA. **A lógica da polícia militar do Distrito Federal na construção do suspeito.** [s.l.: s.n.].

SINHORETTO, J.; *et al.* A filtragem racial na seleção policial de suspeitos: segurança pública e relações raciais. In: **Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

SINHORETTO, J; SILVESTRE, G.; SCHLITTLER, M. C. **Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante.** São Carlos: GEVAC/UFSCar, 2014.

THOMPSON, V. R.; BOBO, L. D. Thinking about Crime: Race and Lay Accounts of Lawbreaking Behavior. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 634, p. 16–38, 2011.

WASELFISZ, J. **Mapa da Violência 2012: A Cor dos Homicídios no Brasil / Julio Jacobo Waiselfisz – Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; Brasília: SEPPIR/PR, 2012.**

WALKER, S. Science and Politics in Police Research: Reflections on Their Tangled Relationship. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, v. 593, n. May, p. 137–155, 2004.

WARREN, P. Y.; FARRELL, A. M. Y. The Environmental Context of Racial Profiling. **Annals of the American Academy of Political & Social Science**, v. 623, p. 52–63, 2009.

WEITZER, R.; TUCH, S. A. Race and Perceptions of Police Misconduct. **Social Problems**, v. 51, n. 3, p. 305–325, 2004.

WEITZER, R.; TUCH, S. A. Racially Biased Policing: Determinants of Citizen Perceptions. **Social Forces**, v. 83, n. 3, p. 1009–1030, 2005.

NECROPODER NO TERRITÓRIO DE FAVELAS DO RIO DE JANEIRO

Lívia Casseres

Thula Pires

Resumo: Por meio da metodologia de estudo de caso, pretende o presente trabalho investigar de que forma o racismo modula o acesso a direitos fundamentais e, particularmente, o acesso ao direito à vida, no contexto da política de segurança pública colocada em prática nos territórios de favelas da cidade do Rio de Janeiro. Constituem o suporte indutivo da investigação três ações coletivas propostas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro entre julho de 2016 e março de 2017. A primeira delas, ajuizada em 29/06/2016, refere-se às operações policiais realizadas pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar no Complexo de Favelas da Maré, nas quais três pessoas não envolvidas no confronto armado foram baleadas, uma delas fatalmente. O segundo caso trata do habeas corpus coletivo impetrado em 23/11/2016 em favor dos moradores da Favela Cidade de Deus, diante da expedição de mandado coletivo genérico de busca e apreensão domiciliar. Por fim, nos valem da ação civil pública movida em 28/04/2017, na qual se discute a utilização de residências situadas no Complexo de Favelas do Alemão como base militar para operações dos agentes da Unidade de Polícia Pacificadora. Como ponto de partida, as três situações-problema acima serão interpretadas à luz das categorias teóricas “racismo”, “necropolítica” e “genocídio”. Objetiva-se que o conhecimento gerado desde um estudo contextualizado alcance a racialização do discurso jurídico crítico sobre as políticas de segurança pública e gere uma perspectiva densa das escolhas adotadas pelas instâncias oficiais de tomada de decisão para aqueles que ocupam a zona do “não-ser” (FANON, 2008). De um ponto de vista situado, a análise busca revelar novos significados que explicitem a “instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações” (MBEMBE, 2016, p. 125) levada a cabo pelo aparato estatal de segurança pública nas favelas do Rio de Janeiro, sob a mediação do racismo entendida como tecnologia do necropoder. A lente epistemológica amefricana utilizada

(GONZÁLEZ, 1988) enfoca a delimitação espacial, racial e de classe que as situações-problema representam e, considerando as imbricações entre estas três hierarquias, aponta de que modo os mecanismos institucionais através dos quais o Estado controla, acondiciona, fragiliza e extermina corpos negros nas favelas do Rio de Janeiro constituem uma das diversas formas de perpetuação do genocídio negro e da colonialidade brasileira (FLAUZINA, 2014 e VARGAS, 2010).

Palavras-chave: Genocídio, racismo, segurança pública, necropolítica.

I. SILÊNCIOS

Brasília, abril de 2016. Presidiários do regime semiaberto do Distrito Federal, sob a escolta de policiais militares, posicionam as chapas que conformarão a barreira de aço de um quilômetro de extensão, destinada a separar manifestantes pró e contra o *impeachment* na Esplanada dos Ministérios. A Secretaria de Segurança do Distrito Federal determinou que os manifestantes que defendem a continuidade do governo deverão ocupar o lado esquerdo do muro, enquanto que aos apoiadores do *impeachment* é destinado o lado direito (BORGES, 2016).

Complexo de Favelas da Maré, Rio de Janeiro, junho de 2016. Contabilizam-se nove pessoas mortas pelas forças de segurança durante as operações destinadas a cumprir um mandado de prisão contra o foragido Nicolas Labre Pereira de Jesus, o “Fat Family”, que havia sido resgatado por comparsas do Hospital Souza Aguiar na madrugada do dia 19. Desde o resgate, cinquenta favelas da Zona Norte do Rio de Janeiro foram “vasculhadas”, já que, para as autoridades, a recaptura do fugitivo é “questão de honra” (REZENDE, GRELLET e TORRES, 2016).

Ambos os cenários traduzem o silenciamento do sofrimento negro que opera ainda sob a égide da Constituição Democrática de 1988. Mesmo durante o experimento dos governos eleitos pela base trabalhadora (2003-2016), que desencadearam importantes processos de inclusão, o abafamento das vozes negras e a naturalização de uma ordem de

terror racial têm sido uma dinâmica constante desta jovem democracia latino-americana (FLAUZINA e FREITAS, 2015, p. 9).

Os movimentos negros brasileiros historicamente espremeram-se entre a crença mitológica na democracia racial – que prometia que o desenvolvimento econômico do país colocaria os pretos em pé de igualdade com os brancos – e a convicção reducionista frequente no discurso de esquerda de que a interação de classe contém a interação racial (SANTOS, 2015, p. 18).

A ideologia da democracia racial foi encabeçada no Brasil pelo sociólogo Gilberto Freyre e encontra eco até os dias de hoje. Construiu-se no discurso científico uma concepção das relações raciais segundo a qual negros e brancos viveriam em condições harmônicas, sobretudo em razão da “benignidade” do modelo escravista brasileiro e da mestiçagem bem sucedida da população.

Freyre afirmou que:

“O escravo negro no Brasil parece-nos ter sido, com todas as deficiências do seu regime alimentar, o elemento melhor nutrido em nossa sociedade patriarcal, e dele parece que numerosos descendentes conservam bons hábitos alimentares, explicando-se em grande parte pelo fator dieta – repetimos – serem em geral de ascendência africana muitas das melhores expressões de vigor ou beleza física em nosso país: as mulatas, as baianas, as crioulas, as quadraronas, as oitavonas; os cabras do engenho, os fuzileiros navais, os capoeiras, os capangas, os atletas, os estivadores no Recife e em Salvador, muitos dos jagunços dos sertões baianos e dos cangaceiros do Nordeste” (*apud* SANTOS, 2015, p. 42-43).

De forma semelhante, não é incomum encontrar no pensamento político dito de “esquerda” a noção de que o desenvolvimento econômico do país desembocará na elevação da condição dos negros a um patamar igualitário em relação aos brancos – uma

aposta no “progresso” que Joel Rufino dos Santos designou de “reduccionismo generoso” (SANTOS, 2015, p. 18).

Se algumas brechas abertas ao longo da última década potencializaram novas mobilizações de negros e negras e o surgimento de um ciclo de luta por direitos (PILATTI e COCCO, 2013), tais fenômenos se deram essencialmente a partir de uma estratégia de integração do negro à sociedade, no seu modo de funcionamento “normal”, isto é, no modo estruturalmente racista de funcionamento.

Aqui nos referimos à estratégia “integradora” da luta antirracista em contraposição à estratégia que propõe a “subversão” da ordem instituída como única saída possível para a desigualdade racial. E a afirmação de que os governos do PT optaram por uma estratégia integradora baseia-se na ausência de reformas estruturais capazes de romper com os mecanismos de produção e reprodução do racismo, como é o caso da política de drogas e do encarceramento em massa. Confirma-se, por exemplo, a entrevista do assessor jurídico da Pastoral Carcerária Paulo Malvezzi à revista Carta Capital, na qual o especialista revela que os governos Lula e Dilma assistiram ao maior aumento da população prisional da história (em 2014 atingiu-se a cifra de 570 mil pessoas presas no país) e falharam em promover uma política articulada de enfrentamento do encarceramento em massa (PELLEGRINI, 2015).

Por outro lado, o esfacelamento desse projeto político popular, engolido pelos poderes constituídos – e que teve seu ápice no processo de *impeachment* em 2016 –, parece caminhar paralelamente a uma agudização do quadro racial e, em mais um refluxo histórico, ao distanciamento da população negra das condições de cidadania e humanidade.

Mais uma vez assistimos à expansão da penumbra a que tem sido relegado o povo negro brasileiro: uma zona do “não-ser”, do “não-humano”, do corpo descartável, do “não viver” (FANON, 2008, p. 26). Como ensina Fanon, sujeitos não-brancos têm sua subjetividade deslocada através de olhares alheios que não os reconhecem em seus próprios termos. Estar na “zona do não ser” (FANON, 2008), é enfrentar o secular processo de desumanização que se impôs a negros e indígenas, por processos de extermínio permanente ou das mais variadas práticas de morte em vida que marcam suas

trajetórias. O modelo perverso de categorização racial de seres humanos deriva, além de circunstâncias econômicas, sociais, políticas e culturais muito bem definidas, da naturalização dessa hierarquia, do não reconhecimento do sistema de privilégios que ela engendra e da consequente negação/cegueira quanto à sua existência, fortemente embutida na lógica da branquitude.

Por meio do estudo de casos, pretende o presente trabalho investigar de que forma os mecanismos racistas que têm subsistido nas instituições e nas relações sociais servem de anteparo ao acesso a direitos fundamentais pela população negra, relegando-a permanentemente a esta zona de penumbra ao longo da evolução histórica do Estado brasileiro.

Constituem o suporte indutivo da investigação três ações coletivas propostas pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro entre julho de 2016 e março de 2017. A primeira delas, ajuizada em 29/06/2016, refere-se às operações policiais realizadas pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar no Complexo de Favelas da Maré, nas quais pelo menos três pessoas não envolvidas no confronto armado foram baleadas, uma delas fatalmente. O segundo caso trata do *habeas corpus* coletivo impetrado em 23/11/2016, em favor dos moradores da Favela Cidade de Deus, diante da expedição de mandado coletivo genérico de busca e apreensão domiciliar. Por fim, nos valem da ação civil pública movida em 28/04/2017, na qual se discute a utilização de residências situadas no Complexo de Favelas do Alemão como base militar para operações dos agentes da Unidade de Polícia Pacificadora.

Como ponto de partida, as três situações-problema acima serão interpretadas à luz das categorias teóricas “racismo”, “necropolítica” e “genocídio”.

De um ponto de vista situado, a análise busca revelar novos significados que explicitem, em toda a sua crueza, a política de extermínio e instrumentalização da vida levada a cabo pelo aparato estatal de segurança pública nas favelas do Rio de Janeiro, sob a mediação do racismo entendida como tecnologia do necropoder.

A lente epistemológica amefricana utilizada (GONZÁLEZ, 1988) enfoca a delimitação espacial, racial e de classe que as situações-problema representam e,

considerando as imbricações entre estas três hierarquias e demais categorias de opressão, aponta de que modo os mecanismos institucionais através dos quais o Estado controla, acondiciona, fragiliza e extermina corpos negros nas favelas do Rio de Janeiro constituem uma das diversas formas de perpetuação do genocídio negro e da colonialidade no Brasil (FLAUZINA, 2014 e VARGAS, 2010).

II. DA TRADIÇÃO COLONIAL AOS DIAS DE HOJE: FORMAS DE ATUALIZAÇÃO DO GENOCÍDIO

O estudo “Retrato das desigualdades de gênero e raça” (IPEA, 2011) revela que 66% dos domicílios situados em adensamentos subnormais no Brasil são chefiados por uma pessoa negra, enquanto apenas 33,9% possuem chefia branca. Os dados indicam ainda que o percentual de domicílios em adensamentos subnormais vem diminuindo para os chefes de família brancos e vem aumentando em especial para aqueles domicílios que são chefiados por mulheres negras, o que sinaliza a crescente vulnerabilidade nas condições de habitação das famílias chefiadas por mulheres negras. Entenda-se aqui por “assentamento subnormal” as favelas e conjuntos assemelhados de unidades habitacionais dispostas, em geral, de forma desordenada e densa, e carente de serviços públicos essenciais.

Somada à precariedade do esgotamento sanitário, do acesso a serviços básicos de saúde e educação e ao adensamento excessivo de domicílios está a exposição desta população, já extremamente vulnerável, às práticas abusivas do braço armado do Estado.

Na mesma toada, o “O Mapa da Violência 2016” (WASELFISZ, 2015), pesquisa produzida pelo sociólogo Julio Waiselfisz sobre os homicídios provocados por armas de fogo no Brasil, demonstra a existência de um verdadeiro extermínio da juventude negra brasileira, sob os auspícios do Estado. É assustadora a proporção de violência contra negros se comparada à população branca: entre 2003 e 2014, o estudo aponta que o número de homicídios por arma de fogo no seio da população branca diminuiu na razão de 26,1%. Todavia, no mesmo período, aumentou 46,9% na população negra. Em 2014,

pode-se afirmar que morrem, proporcionalmente, 158,9% mais negros do que brancos no país.

Num olhar específico sobre o Estado do Rio de Janeiro, a recente publicação da organização *Human Rights Watch*, intitulada “O Bom Policial Tem Medo” (ACEBES, 2016), apurou que nos últimos 10 anos as Polícias do Estado mataram mais de 8.000 (oito) mil pessoas. Enquanto cerca de metade da população do Rio de Janeiro é negra, os negros somam mais de três quartos das pessoas mortas pela polícia em 2015.

Chama atenção o padrão racista e classista com que são manejados os mecanismos autoritários de emprego da força estatal, mesmo sob a ordem democrática instaurada pela Constituição de 1988.

Particularmente nas últimas semanas, a partir da edição do Decreto Presidencial que autoriza o emprego das Forças Armadas para “Garantia da Lei e da Ordem” no Rio de Janeiro (BRASIL, 2017), restaura-se a série de rupturas constitucionais observadas historicamente na política de segurança pública da região. A prática repete-se em ocasiões como grandes eventos (Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas), a pretexto de restabelecer – nas palavras do Ministro da Defesa à imprensa – a “sensação de segurança dos cidadãos do Rio e turistas” (ÉBOLI, 2016), e em episódios “críticos” de escalada de violência no Estado, como se deu no processo de “pacificação” desde 2010 (BRASIL, 2015).

A permanência do modelo autoritário de segurança pública legado pelos regimes militares que assolaram as Américas no século passado foi denunciada pela Comissão de Interamericana de Direitos Humanos em relatório publicado em 2009 (CIDH, 2009). De fato, no Brasil assim como em toda a América Latina, a maioria de instituições que integram o sistema estatal de controle policial e judicial não passaram por transições efetivas desde as ditaduras, o que deságua na naturalização do uso da força sem qualquer vinculação aos marcos legais e parâmetros internacionais, agora sob a justificativa do enfrentamento da violência e da criminalidade (CIDH, 2009, p. 13).

Contudo, faz-se necessário compreender tal cenário como um capítulo que deriva seu sentido da remota trajetória da interação entre Estado e população negra no Brasil, o que nos conduz muito além dos regimes ditatoriais, ao próprio processo colonial.

Não por acaso a Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro deita raízes na “Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil”, criada por ocasião da chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, e no seu braço executivo, a “Guarda Real de Polícia”, responsável pelo patrulhamento dos arredores onde vivia a família real portuguesa e a sua corte (SILVA, 2010, p. 93).

Este momento histórico, no qual aos agentes estatais responsáveis pelo uso da força é cometida a função privada de proteger os “donos do poder” contra as camadas subalternas – leia-se: pretas – insere-se perfeitamente na cadeia que conduz o fenômeno da violência institucional até os dias de hoje.

Na ordem “republicana” de 2017, sob as novas vestes da “crise na segurança pública”, perpetua-se a diretriz de proteção patrimonial e pessoal dos segmentos sociais que detêm o poder político e econômico e demarcam-se os territórios negros pauperizados da cidade como “territórios inimigos”, relegadas as vidas de seus habitantes ao frágil patamar do descartável por “dano colateral de guerra”, como bem explicita Eliana Sousa Silva, moradora da Maré desde os sete anos de idade e Doutora em Serviço Social pela PUC-Rio:

“Cerca de 1,2 milhões de moradores da cidade do Rio de Janeiro são tratados como população civil do exército inimigo. Esses cidadãos, em tal quadro, são condenados de modo inevitável a sofrerem as consequências de uma guerra às drogas, pretensamente justa, que se confirma por si mesma, não podendo ser questionada. A melhor expressão do caráter de guerra do conflito nas favelas cariocas é o uso, pelas forças policiais, de veículos bélicos blindados. Eles são similares aos utilizados pela polícia da África do Sul contra os territórios da população negra durante o regime do Apartheid – todavia, aqueles blindados existem hoje no país africano apenas no museu que rememora as atrocidades do antigo sistema de segregação.” (2015, p. 63).

III. OPERAÇÕES POLICIAIS NO COMPLEXO DE FAVELAS DA MARÉ

Com o objetivo de aprofundar nossa investigação sobre o regime político vigente, como norma, nos territórios negros do Rio de Janeiro, analisamos a seguir três casos paradigmáticos de tutela coletiva articulados no âmbito do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro entre julho de 2016 e março de 2017. Todas as ações coletivas examinadas despontaram como formas de resistência construídas em conjunto com a população local em face da política de intervenção violenta do Estado.

É preciso pontuar que, ao contrário de entendê-los na rubrica de atos excepcionais e de possíveis desvios da conduta das agentes públicos, os casos representam o padrão a partir do qual os corpos que habitam nesses espaços do “não ser” são interpelados pelas instituições.

A Maré é um conjunto de 16 favelas que se localizam na Zona Norte do Rio de Janeiro, as quais ocupam uma área de sete quilômetros quadrados, e está próxima de três vias expressas fundamentais de circulação e acesso à cidade (Linha Amarela, Linha Vermelha e Avenida Brasil). É o território mais populoso da cidade do Rio de Janeiro e de acordo com informações do censo do IBGE de 2010 conta com cerca de 130 mil habitantes – população maior do que a ampla maioria dos municípios brasileiros (MARIJSSE, 2017).

Assim como se deu com o Complexo do Alemão e com a famigerada Cidade de Deus, foi durante as décadas de 1950 e 1960 que se expandiram as comunidades da Maré, obedecendo a um padrão nacional de urbanização, crescimento este que foi impulsionado pelos projetos de modernização das áreas nobres da cidade durante a ditadura militar, acompanhados dos grandes processos de remoções das favelas da Zona Sul da cidade (MARIJSSE, 2017).

As complexidades próprias do processo de consolidação destes espaços urbanos incorporam ainda as ocupações militares e intervenções policiais, como as que se observaram no último biênio e que têm provocado uma nova atuação da Defensoria

Publica do Estado, destinada a fazer também do sistema de justiça uma trincheira da resistência do povo negro favelado.

Em junho de 2016, uma série de mais de dez operações policiais envolvendo pelo menos vinte e dois batalhões da Polícia Militar e ainda agentes da polícia civil, foi colocada em prática com a finalidade de capturar um foragido da justiça, o que impactou de forma severa as milhares de famílias domiciliadas da região (REZENDE, 2016).

Instaurou-se um cenário de violação generalizada de domicílios, inclusive no período noturno, disparos de arma de fogo de grosso calibre em locais com aglomeração de pessoas e suspensão de serviços públicos de educação e saúde.

A partir de então, mobilizado pelas organizações sociais “Redes da Maré” e “Luta Pela Paz”, além das associações de moradores da Nova Holanda, Parque Maré e Rubem Vaz, o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública ajuizou ação civil pública destinada a frear a política de confronto executada pelas forças de segurança pública, na qual se requer a fixação de um plano de redução de danos nas operações policiais; a adoção de medidas que garantam a transparência e *accountability* para as ações do Estado, como a instalação gradual de equipamentos de vídeo e áudio, bem como de rastreamento por satélite nas viaturas oficiais, e o envio de relatórios periódicos aos órgãos responsáveis pelo controle externo da atividade policial; e a observância dos limites legais e constitucionais à busca e apreensão domiciliar (DEFENSORIA PÚBLICA, 2016a).

Atualmente a demanda encontra-se em tramitação, com deferimento parcial das providências requeridas em caráter liminar, decisão perante a qual o Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso (ainda pendente de julgamento). Em sua argumentação jurídica, o Estado adota também o mesmo modelo de confronto presente nas ruas da favela: salienta o agir gravemente violento do inimigo público ali instalado, o “tráfico de drogas”, a exigir a presença das forças policiais para “fazer cumprir a lei”.

Confira-se a seguir o conteúdo da decisão judicial que concedeu de forma parcial a tutela de urgência requerida:

“A Defensoria Pública por meio da presente medida formula diversos pedidos a título de tutela de urgência, todos acima já reproduzidos. Sustenta que ‘é dever das autoridades administrativas competentes atuar com transparência e estabelecer mecanismos de prestação de contas, prevenção e redução de riscos e danos a terceiros não envolvidos em conflito armado e de controle do uso da força, notadamente no contexto de operações policiais em favelas, haja vista o histórico de graves e sistemáticas violações de direitos humanos’. ‘O fundamento jurídico da pretensão de tutela cautelar baseia-se na proteção constitucional à vida, à integridade psicofísica, na inviolabilidade domiciliar e na segurança dos moradores, que em sua esmagadora maioria não têm envolvimento com a criminalidade e os confrontos armados com a polícia’.

O Estado, por sua vez, intimado para se manifestar acerca do pedido de urgência formulado, sustenta que o problema da criminalidade na Cidade do Rio de Janeiro, principalmente no que tange ao tráfico de drogas, é extremamente grave, tendo os criminosos se utilizado de armamento cada vez mais pesado e confrontado as forças estatais de forma cada vez mais violenta, havendo necessidade da atuação da polícia nos territórios com forte presença de criminosos para fazer cumprir a lei e as ordens judiciais e em defesa da população ordeira e trabalhadora.

O Ministério Público, intervindo no feito como fiscal da lei, manifestou-se pela concessão de parte dos pedidos, conforme descrito acima.

Após análise cuidadosa dos autos, que já contam com mais de 700 folhas, cumpre fazer as seguintes observações.

Não há qualquer dúvida quanto ao reconhecimento da Constituição da República de 1988 como guia mestre do ordenamento jurídico brasileiro, bem como quanto ao reconhecimento de que nenhum resultado jurídico será legítimo, válido e eficaz se produzido às margens da mesma, como asseverado pelo Ministério Público.

Os direitos humanos invocados pela Defensoria Pública são assegurados pela Constituição da República de 1988 e por diversos Tratados Internacionais de que o Brasil é signatário.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, constituindo objetivos fundamentais desta a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigos 1º 2º 3º da CRFB/1988).

No título dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República de 1988 dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Tampouco parece haver discussão quanto à situação crítica pela qual passa a segurança pública na Cidade do Rio de Janeiro, agravada pela complicadíssima crise financeira do Estado. Tudo isso em meio a um especial momento vivido por nosso País, momento de crise política, financeira, ética e moral.

O que se vê é um incremento nos índices de criminalidade divulgados pelos órgãos responsáveis, com consequente aumento do número de pessoas vítimas de tal violência de todos os lados, inocentes, criminosos, policiais e civis.

E aí, por certo, tampouco se discute que a população do Conjunto das Favelas da Maré é uma das mais atingidas da Cidade.

Cuida-se de uma área de sete quilômetros quadrados, que se localiza na zona norte do Rio de Janeiro, abriga 16 diferentes comunidades e onde moram cerca de 140 mil pessoas. Em 2014 foi realizada uma operação para a garantia da lei e da ordem, com emprego de tropas

do Exército Brasileiro e da Marinha do Brasil, visando a "pacificação" da área como preparação da instalação de uma Unidade de Polícia Pacificadora - UPP, o que nunca chegou a ocorrer. As tropas federais deixaram o local em meados de 2015 e, desde então, a área vem sendo comandada pela Polícia Militar e pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

Os diversos dossiês da Associação Redes de Desenvolvimento da Maré, a documentação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de toda a documentação que já instrui a presente ação demonstram o histórico da ocorrência de graves e sistemáticas violações aos direitos da comunidade local em virtude do confronto com criminosos ocorrido quando da realização de incursões policiais para cumprimento da lei e de ordens judiciais. A farta documentação aponta para ocorrência de óbitos, pessoas atingidas pelas chamadas "balas perdidas", interrupção de serviços em postos de saúde e hospitais locais, além da interrupção de atividades nas unidades de ensino, para exemplificar.

Recentemente, não são raras as matérias divulgadas na mídia acerca da quantidade de alunos que tem sua atividade escolar interrompida ou de pessoas que ficam impedidas de sair para o trabalho ou retornar para casa em virtude de confrontos cada vez mais violentos entre policiais e criminosos em localidades como o Complexo de Favelas da Maré. Há inclusive imagens divulgadas em redes sociais do interior das escolas existentes na Maré durante a ocorrência dos frequentes tiroteios, com as crianças deitadas no chão, em corredores internos das unidades, cantando em voz alta, a fim de se proteger física e emocionalmente da violência externa. Isto para não falar em recentes episódios de crianças e adultos atingidos mesmo no interior das escolas.

Não parece a este Juízo haver discordância quanto a todos estes elementos até aqui tratados, nem mesmo quanto à necessidade de evoluir no sentido de buscar uma medida que ao mesmo tempo seja

efetiva e exequível para enfrentamento e tentativa de superação da complexa questão posta em discussão.

O que se apresenta é a discussão acerca do papel de cada Poder Estatal na busca do enfrentamento do problema. E, a esse respeito, é fundamental ressaltar que o pedido formulado pela Defensoria Pública não é, e nem poderia ser, para que seja indicada uma determinada política de segurança pública a ser adotada pelo Poder Executivo ou para que a Secretaria de Segurança Pública seja impedida de realizar a política por ela desenvolvida ou de realizar sua atividade de policiamento.

O que pretende a Defensoria Pública é que o Estado seja instado a elaborar e apresentar um plano de redução de riscos e danos à população local quando da necessária incursão policial com risco de confronto no Complexo da Maré para o cumprimento da lei e de ordens judiciais, bem como para segurança da população. O que se pretende é o controle da atividade administrativa de modo a que sejam garantidos os direitos fundamentais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O tema sob enfoque, portanto, versa sobre controle judicial da política de segurança pública adotada pelo Estado, sendo entendimento consolidado no âmbito do C. Supremo Tribunal Federal a inexistência de violação ao Princípio da Separação dos Poderes no comando judicial que determina a adoção, pela Administração Pública, de medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, *in verbis*:

(ARE 893652 AgR / GO - GOIÁS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 16/12/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma.)

'EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Ação civil pública. Proteção à criança e ao adolescente. Prequestionamento. Ausência. Fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido não impugnado na petição do recurso extraordinário. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

1. Inadmissível o recurso extraordinário se os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente questionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356/STF.

2. Não foi impugnado, na petição de recurso extraordinário, fundamento suficiente para a manutenção do acórdão recorrido. Incidência da Súmula nº 283/STF. 3. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes, inserto no art. 2º da Constituição Federal.

4. O recurso extraordinário não se presta para o reexame do conjunto fático-probatório da causa. Incidência da Súmula nº 279/STF. 5. Agravo regimental não provido. 6. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa.'

(...)

Feitas essas considerações, entende este Juízo existirem nos autos elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo de modo a conceder em parte os pedidos de urgência formulados na inicial. Assim, determino ao réu que apresente em até 180 dias um plano de redução de riscos e danos para o enfrentamento das violações de direitos humanos

decorrentes de intervenções dos agentes de segurança pública no Complexo das Favelas da Maré, necessárias para o cumprimento da lei e de ordens judiciais, bem como para segurança da população, nos termos descritos no item b.1 da petição inicial.

Também acolho os pedidos para determinar que sejam observadas as disposições das Leis nºs 5.588/2009, 5.443/2009 e 7.385/2016, com a presença obrigatória de ambulâncias em todas as operações policiais realizadas no Complexo da Maré, na forma da lei, bem como a instalação de forma gradual de equipamentos de vídeo e de áudio, além de sistema de localização por satélite (GPS) nas viaturas das Polícias Militar e Civil, incluindo transmissão e armazenamento das mídias por até 2 (dois) anos, para tudo devendo ser observado o devido processo licitatório e dando-se prioridade às viaturas utilizadas no Complexo de Favelas da Maré.

Também defiro os pedidos para determinar que seja divulgado aos agentes de segurança que os mandados judiciais de prisão e de busca e apreensão por parte de policiais militares e civis devem ser cumpridos durante o dia, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, em total observância do que estabelece a Constituição da República de 1988, sempre devendo ser lavrado o respectivo auto circunstanciado da diligência, na forma do Código de Processo Penal.

Já no que se refere ao pedido formulado para que seja determinado ao réu que atenda às requisições da Defensoria Pública, acolho as razões do Ministério Público, as quais passam a integrar a presente decisão como fundamentação, para indeferir o pedido.

O mesmo se diga quanto ao pedido para que seja determinado que não se admita que informações obtidas por denúncias anônimas sirvam como justa causa para a deflagração da invasão domiciliar, tendo em vista que, como bem ressaltado pelo Ministério Público, a doutrina e jurisprudência pacíficas admitem a notícia anônima para

o início da investigação. Assim, indefiro também este pedido” (TRIBUNAL DE JUSTIÇAa, 2017).

IV. BUSCA DOMICILIAR GENERALIZADA NA FAVELA CIDADE DE DEUS

Alguns meses depois, num contexto semelhante, que envolveu confrontos entre criminosos e policiais militares na Favela Cidade de Deus, a Delegacia de Homicídios da Polícia Civil instaurou investigação e solicitou ao judiciário estadual a expedição de mandado de busca e apreensão domiciliar não individualizado em um largo perímetro da comunidade, sem especificar as pessoas ou residências potencialmente objeto da diligência.

A decisão judicial, proferida em sede plantão noturno, justificou a concessão do mandado com características “excepcionais” na existência de “interesses maiores” a serem resguardados e ainda no fato de que a presença de grupos criminosos tornaria admissível “ a sobreposição do bem comum a ser alcançado a direitos e garantias fundamentais do cidadão” (DEFENSORIA PÚBLICA, 2016b).

Na ocasião, grupos organizados de ativistas pelos direitos humanos e diversos moradores da localidade mobilizaram o Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, que impetrou, em conjunto com a Coordenação Criminal da instituição, ordem de *habeas corpus* de natureza coletiva em que se requeria a anulação da decisão que deferiu a busca domiciliar não individualizada na Cidade de Deus.

De início, a medida liminar postulada na ordem de *habeas corpus* foi denegada, o que permitiu que o mandado coletivo fosse cumprido e exaurisse seus efeitos. Mais de dois meses depois, em sede de julgamento definitivo, a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro acabou por reconhecer a nulidade da cautelar de busca e apreensão genérica na favela, por força de sua “absoluta ilegalidade”, ao acolher à unanimidade o voto condutor do Desembargador Paulo Baldez, que transcrevemos:

“Trata-se de Habeas Corpus, com pedido liminar, impetrado pelos Núcleos de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH) e contra a Desigualdade Racial (NUCORA), da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em favor dos MORADORES DA FAVELA CIDADE DE DEUS, apontando como autoridade coatora o Juízo do Plantão Judiciário Noturno da 1ª Instância (dia 21/11/2016).

Narram os impetrantes, em resumo, que foi deferida pelo Juízo do Plantão Judiciário Noturno do dia 21/11/2016 a expedição de mandados de busca e apreensão em residências não individualizadas, localizadas na Cidade de Deus. Sustentam que a decisão que autorizou a expedição dos referidos mandados é ‘absoluta e flagrantemente nula’, por ofender frontalmente não só a lei, com destaque para os artigos 243 e 245, do Código de Processo Penal, mas, também, normas constitucionais, em especial o art. 5º, X e XI, da Constituição Republicana – que tratam, respectivamente, da inviolabilidade da vida privada e da inviolabilidade do domicílio – e internacionais de proteção aos direitos humanos, notadamente o art. 11, 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e o art. 17, 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Acrescentam que “a grande maioria dos moradores da região na qual se dará a diligência não está à margem da lei. Portanto, a concessão da ordem não irá resvalar ‘as garantias individuais de pessoas supostamente envolvidas nesse Poder Paralelo’, mas justamente os direitos e garantias individuais daquelas pessoas que não estão envolvidas com os crimes que se pretende ver punidos”. Aduzem que no conteúdo nuclear da decisão vergastada nenhum limite foi estabelecido para a realização da diligência, sendo a decisão ilimitada sob o aspecto temporal e territorial, e indeterminada quando ao seu objeto. Assim, postulam, liminarmente, a suspensão imediata do cumprimento dos mandados expedidos pelo Juízo plantonista, e, subsidiariamente, a imposição de limites temporais, espaciais e subjetivos, com a lavratura de auto circunstanciado para cada domicílio que sofra o ingresso de policiais, na forma do art. 245

do Código de Processo Penal, bem como determinação no sentido de que os respectivos autos circunstanciados instrua eventual auto de prisão em flagrante ou de apreensão de adolescente, com a subsequente remessa ao Juízo da Audiência de Custódia. No mérito, postulam o “reconhecimento da nulidade da decisão da autoridade coatora do plantão noturno que decretou a medida de busca e apreensão domiciliar coletiva e indiscriminada no território da Cidade de Deus”.

A liminar foi indeferida pela Exma. Desembargadora do Plantão Noturno Judiciário do dia 22/11/2016, nos termos da decisão de fls. 28/30, sendo, posteriormente, os autos distribuídos a esta Quinta Câmara Criminal.

Em decisão localizada às fls. 116/121, a Exma. Desembargadora Denise Vaccari, então Relatora, ratificou a decisão proferida em sede de plantão judiciário e determinou o envio de ofício ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Regional de Jacarepaguá e à Delegacia de Combate às Drogas – DCOD, solicitando as informações de praxe, bem como ao Comando da Polícia Militar, dando-lhe ciência de ter sido concluída pela Polícia Civil a medida de busca e apreensão.

Informações prestadas às fls. 144/145, pelo Delegado de Polícia da DCOD, e às fls. 147/153, pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Regional de Jacarepaguá.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 159/162, da lavra da Procuradora de Justiça Leila de Lima Bran Moreira, pela extinção deste feito sem julgamento de mérito, ante a ausência superveniente de interesse de agir, e, no mérito, pela denegação da ordem.

Ante o afastamento da Exma. Desembargadora então Relatora, para regular gozo de férias (fls. 163), o writ veio redistribuído à minha relatoria, conforme Termo de Distribuição de fls. 165.

É o relatório.

De início, deve ser afastada a preliminar suscitada pela Procuradoria de Justiça, consubstanciada na ausência superveniente de interesse de agir.

De fato, a presente impetração versa, em linhas gerais, sobre arguição de nulidade da decisão proferida em sede de plantão judiciário – na parte em que deferiu a expedição de mandados de busca e apreensão para cumprimento em diversas áreas da comunidade Cidade de Deus –, fundada na tese de inobservância às normas legais, constitucionais e internacionais de proteção à pessoa e ao domicílio, perseguindo-se, liminarmente, a suspensão imediata do cumprimento dos respectivos mandados, e, no mérito, a declaração de nulidade da referida decisão.

Logo, o encerramento da operação destinada ao cumprimento dos mandados de busca e apreensão em questão, noticiado pelo Delegado de Polícia da DCOD às fls. 156/157, prejudica tão-só o pedido liminar de suspensão imediata da diligência.

Por outro lado, o exaurimento da executoriedade do mandado de busca e apreensão ante o seu cumprimento não influi na pretensão de reconhecimento de nulidade do ato processual anterior, qual seja, a decisão que deferiu a expedição dos mandados, remanescendo íntegro o pedido nesse aspecto.

Ao revés, o eventual reconhecimento da nulidade – ainda que parcial – da decisão vergastada é que poderá refletir nos atos processuais subsequentes e dela dependentes, nos moldes do art. 573 do Código de Processo Penal.

Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito do presente writ.

Do exame dos autos, verifica-se que assiste razão aos impetrantes em perseguir a anulação do capítulo da decisão vergastada que deferiu a busca e apreensão em diversas áreas da comunidade Cidade de Deus, sem

observar, no entanto, especialmente o disposto no artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

Com efeito, a decisão ora atacada, proferida pela Juíza do Plantão Noturno da 1ª Instância (dia 21/11/2016), decorreu de Representação por Prisão Cautelar Temporária e por Busca e Apreensão, realizada pelo i. Delegado de Polícia da DCOD (fls. 59/69) em 20/11/2016, no procedimento 902-00175/2016, inquérito policial instaurado para “identificar e prender os indivíduos responsáveis pelos atuais confrontos contra policiais militares, ocorridos na Comunidade da Cidade de Deus, inclusive com a derrubada de um helicóptero da PMERJ, no dia 19.11.2016 e, assim, apurar os crimes de tráfico de drogas e associação ao tráfico (...)”.

(...)

Como se vê, o pedido formulado pela autoridade policial foi deferido nos moldes requeridos, autorizando-se o ingresso de policiais em indeterminadas residências, cujos moradores, de igual forma, não foram individualizados, com base na informação de que aquelas localidades seriam “áreas de confronto e de alta incidência de bocas de fumo”.

Em primeiro lugar, deve ser ressaltado que o exame sobre a questão da admissibilidade do mandado de busca e apreensão “coletivo”, sem a devida individualização das casas e dos moradores que serão afetados pela medida restritiva, deve ser uniforme, pautado nas garantias constitucionais e legais que perpassam pela matéria, não podendo diferir em virtude da localidade ou natureza da habitação objeto de constrição, sob pena de ratificação de uma seletividade penal que não se coaduna com os princípios que alicerçam a Constituição Republicana e as normas internacionais de direitos humanos, em especial ao art. 1º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Partindo dessa premissa, sabe-se que o ingresso forçado no domicílio possui caráter excepcional, já que importa restrição a direitos

fundamentais, em especial o direito à intimidade e à inviolabilidade de domicílio – garantia assegurada em todas as Constituições pátrias –, sendo admitido apenas diante das situações excepcionais previstas no próprio dispositivo que o proíbe, a saber, o inciso XI do art. 5º da Lei Maior. Nessa perspectiva, considerando a relevância dos direitos fundamentais em comento, o legislador constituinte impôs, exceto nas hipóteses de flagrante delito, desastre ou oferecimento de socorro, a cláusula da primazia judiciária, exigindo autorização judicial para o ingresso forçado na casa – cujo conceito remete ao disposto do art. 150, §4º, do Código Penal. Tal autorização, no entanto, não é conferida ao alvedrio do magistrado, mas encontra seus requisitos e parâmetros expressos, previamente estabelecidos pelo legislador através da norma do artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal, assim como o respectivo mandado – cujos elementos essenciais encontram-se devidamente elencados no art. 243 do mesmo diploma legal – que materializa e delimita a ordem judicial que será, nos termos previamente delineados pela autoridade judicial, apenas executada pela autoridade policial. Com efeito, a casa constitui a própria extensão da pessoa, o seu refúgio, onde exerce livremente o seu direito fundamental à intimidade e à vida privada, ambos com sede constitucional (art. 5º, X), estando inseridos na própria concepção de dignidade humana, alicerce do Estado Democrático de Direito e objeto de proteção de diversas normas internacionais de natureza supralegal, a citar o artigo 11, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o artigo 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Por conta disso, a decisão judicial que defere a busca domiciliar, meio destinado à obtenção de provas que implica na restrição de direitos fundamentais, pressupõe a presença dos requisitos elencados no art. 240 do Código de Processo Penal – quais sejam, as fundadas razões que autorizam a busca no domicílio de determinada pessoa, bem como sua adequação ao cumprimento das finalidades previstas no rol do § 1º do art. 240 do Código de Processo Penal –, devendo o respectivo mandado de busca,

necessariamente, estar revestido da forma prescrita no art. 243 do Código de Processo Penal – consignando expressamente a casa em que se dará a busca e o titular dos direitos fundamentais objeto de constrição, ou seja, os moradores – não podendo a excepcional invasão à vida privada, realizada, inclusive, mediante o emprego de força, (art. 245, §3º, do Código de Processo Penal) se apartar do sistema legal que a delimita e condiciona.

De fato, a medida em questão, de natureza cautelar, possui como característica precípua a referibilidade: a busca domiciliar não é um fim em si mesmo, mas se encontra vinculada ao procedimento investigatório cuja efetividade se procura assegurar. Assim é preciso perquirir se diante dos elementos indicativos apresentados encontram-se presentes ou não as fundadas razões indicativas de que especificamente naquela casa, habitada por determinada(s) pessoa(s) titulares de direitos, ocorre quaisquer das situações elencadas no rol do §1º do art. 240 do Código de Processo Penal. Logo, esse juízo de subsunção, calcado na constatação da procedência e relevância das alegações apresentadas pelo requerente, bem como da urgência da realização da medida, exige, indispensavelmente, a individualização das casas e dos moradores que sofrerão a restrição de seus direitos fundamentais individuais, conforme disposto expressamente no art. 243 do Código de Processo Penal, o que também se coaduna com o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Carta Maior).

Daí porque a busca domiciliar não pode constituir uma autorização genérica para que se reúna, mediante a inobservância autorizada das normas legais supramencionadas, as fundadas razões que deveriam justificá-la, sob pena de subversão total de sua lógica e, ainda, de delegação à autoridade policial não apenas da excoutoriedade do ato, mas da própria delimitação de seu objeto – a casa –, dos cidadãos que terão os seus direitos fundamentais suprimidos e, em termos gerais, do alcance da medida.

Nesse particular, não se pode olvidar que a autorização judicial para busca domiciliar constitui uma justificação prévia da atuação policial, conferindo-lhe, para consecução das finalidades elencadas no rol do §1º do art. 240 do diploma processual penal, o manto do estrito cumprimento do dever legal ao executor da medida, afastando a eventual antijuridicidade de condutas ao menos em tese aptas a configuração de crimes como a violação de domicílio (art. 150 do Código Penal) e o abuso de poder (art. 3º da Lei 4.898/65) – que ostentam sujeitos passivos e bens jurídicos tutelados determinados –, cuja legalidade encontra-se sujeita ao controle judicial.

Portanto, considerando que os direitos fundamentais objeto de constrição são individuais, deve estar justificada a sua mitigação, de igual modo, de forma individualizada, até mesmo para que se assegure o exercício do contraditório pelos sujeitos que sofrerão os efeitos da medida constritiva.

Em linhas gerais: a decisão carente de delimitação do objeto passível de busca domiciliar – a casa, e não o bairro, ruas ou região –, bem como de seu sujeito, ou seja, do respectivo morador que suportará os efeitos da medida constritiva, e o respectivo mandado de busca domiciliar coletivo e generalizado, desprovido desses elementos, em desacordo com o disposto no art. 243 do Código de Processo Penal, não possui respaldo legal, estando revestido, portanto, de ilegalidade que não pode ser chancelada pelo Poder Judiciário, sob pena de inversão ao disposto no ordenamento jurídico vigente, inclusive de normas internacionais de proteção à pessoa humana, e, por conseguinte, violação frontal ao Estado Democrático de Direito. (...)

Registre-se, *data venia*, que a ponderação de interesses como a segurança pública e a inviolabilidade do domicílio do cidadão e sua intimidade já foi considerada pelo constituinte originário ao determinar as hipóteses excepcionalíssimas que autorizam o ingresso forçado na residência, não podendo ser arguida como escusa para inobservância das regras trazidas no Código de Processo Penal que a justificam e delimitam, o que inclui

os elementos que deverão constar necessariamente no mandado, notadamente a individualização da casa e do respectivo morador.

Em outras palavras, a inviolabilidade do domicílio, norma constitucional de eficácia plena e imediata, é a regra; ao revés, a mitigação dessa garantia mediante ordem judicial é exceção, restrita e condicionada à aferição e demonstração indispensável dos requisitos e elementos elencados no Código de Processo Penal.

Em sendo assim, forçoso reconhecer que, *in casu*, a delimitação da área realizada pela autoridade policial e deferida pelo Juízo plantonista – nas localidades do Karate, localidade 15/favela 15, Apartamentos/APS e Rocinha 02 – não se revela idônea, já que não individualiza minimamente a unidade domiciliar objeto de violação, que, como dito, é a “casa”, conforme consta expressamente no inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, que deve ser indicada da forma “mais precisamente possível”, aliada ao “nome do respectivo proprietário ou morador”.

Além disso, o fundamento de que aquelas localidades seriam “áreas de confronto e de alta incidência de bocas de fumo” não pode amparar o deferimento da medida constritiva nos moldes operados. O ônus decorrente da dificuldade de se apurar a dinâmica da atuação criminosa, com a devida delimitação, não pode ser suportado pelos cidadãos titulares dos direitos fundamentais em comento, não submetidos a qualquer investigação, aos quais, portanto, deve ser assegurado o exercício pleno das garantias que decorrem de sua própria condição humana.

Igualmente não se pode admitir o argumento de que ‘em tempos excepcionais medidas também excepcionais são exigidas, com o intuito de restabelecer a Ordem Pública aviltada’, sob pena de desconsideração por completo do Estado Democrático de Direito vigente, a partir da falsa premissa da suposta existência e legitimidade de um ‘estado de exceção’ sem contorno jurídico.

Nesse contexto conclui-se que a decisão judicial que deferiu a medida cautelar de busca e apreensão não se encontra, nesse particular, revestida da legalidade exigida pelas normas constitucionais e legais supramencionadas, estando, portanto, eivada, nesse particular, de absoluta ilegalidade.

É certo que o reconhecimento desta nulidade poderá alcançar as provas porventura obtidas através desta diligência e dos demais elementos recolhidos que dessas provas ilícitas eventualmente se derivassem, nos moldes do art. 573, §1º do Código de Processo Penal, o que, todavia, não é objeto de exame no presente *writ*, devendo ser aferido de forma individualizada e no momento processual oportuno.

Pelo exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO E CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM de Habeas Corpus, para declarar a nulidade do capítulo da decisão atacada, proferida no Plantão Judiciário da Primeira Instância do dia 21/11/2016, que deferiu a medida de busca domiciliar e apreensão”. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

V. UTILIZAÇÃO DE RESIDÊNCIAS COMO BASES MILITARES IMPROVISADAS NO COMPLEXO DO ALEMÃO

Já no ano de 2017, despontaram denúncias apresentadas a distintos órgãos públicos e divulgadas em diversos veículos de mídia que davam conta da utilização de casas particulares no Complexo de Favelas do Alemão como bases militares improvisadas pelos policiais da Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília.

As ocupações dos domicílios de moradores ocorreram em meio a operações policiais que visavam instalar uma torre blindada na área conhecida como “Largo do Samba”, as quais ocasionaram mortes de civis e também de policiais. Depois da oitiva de diversos cidadãos e organizações da sociedade civil, a Defensoria Pública deu início a tentativas de diálogo com a cúpula da segurança pública estadual.

Nessa conjuntura, o comando da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro assumiu o compromisso em audiência pública de cessar imediatamente a prática irregular e restituir a posse/propriedade. Contudo, a ordem aparentemente não foi cumprida pela tropa baseada no Complexo do Alemão, que qualificava de mentirosas as denúncias dos moradores e alegava ter embasamento legal para as ocupações no poder de requisição administrativa.

Todo o imbróglgio ensejou a propositura de ação civil pública por parte do Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, em que se requeria tutela de urgência com a finalidade de obrigar o Estado a desocupar casas invadidas por policiais militares no Complexo do Alemão e comunicar a todos os membros da corporação acerca da ilegalidade desta prática (DEFENSORIA PÚBLICA, 2017).

Deferida a tutela de urgência postulada, a ação coletiva ainda não teve julgamento definitivo. Vejam-se os fundamentos adotados pela magistrada para acolher os pedidos de antecipação de tutela deduzidos na inicial:

“Cuida-se de AÇÃO CIVIL PÚBLICA ajuizada em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO pela Defensoria Pública - Núcleo da Cidadania, sustentando que através de denúncias, posteriormente confirmadas "in loco" pelo Ouvidor-Geral da DP do Rio de Janeiro, pela Comissão de Defesa dos Direitos Humanos e Cidadania da ALERJ e da OAB-RJ, diversas residências particulares na localidade "Largo do Samba", no interior do Complexo de Favelas do Alemão, estariam sendo invadidas e utilizadas por Policiais Militares da Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília como base militar, havendo também ampla divulgação pela imprensa.

Sustenta que o Comando justificou que, por "razões estratégicas", o tráfico utilizava imóveis deste perfil para atacar a polícia, ou seja, as lages dos imóveis, sendo que os policiais estão também ocupando imóveis vazios ou desocupados até que se estabeleça com base própria no complexo, em fase final.

Contudo, os imóveis são ocupados por famílias, sendo que pelo menos 04 residências (que identifica) vem sendo alvejadas por projéteis de arma de fogo

diante do confronto dos policiais com traficantes, em evidente risco de vida para seus moradores.

Após audiência pública, o Comando assumiu compromisso de efetivar a desocupação imediata, até no máximo no fim dia 25 de fevereiro de 2017, haja vista que houve nos últimos dias a instalação de uma base blindada da PMERJ no local. Contudo, além de não cumprido, há notícias de novas ocupações e de intensificação dos tiroteios no Largo do Samba, o que torna insustentável a situação.

As práticas ofendem a propriedade privada, o direito à posse e a garantia fundamental de inviolabilidade domiciliar, submetem a risco a própria integridade física e a vida dos moradores do Largo do Samba que têm atualmente suas residências ocupadas por agentes da UPP Nova Brasília.

Postula em sede liminar, inaudita altera pars, a concessão da tutela provisória de urgência ou evidência, a fim de : (i) determinar a imediata desocupação de imóveis privados no Complexo do Alemão; (ii) abstenção de turbar ou esbulhar a posse privada sob o pretexto da utilização de imóveis privados para operações militares no contexto do combate à criminalidade nas favelas da cidade do Rio de Janeiro; (iii) publicar no Boletim Interno da PMERJ a decisão judicial, de forma a dar conhecimento a todos os membros da corporação da ilicitude da prática de utilização de imóveis particulares como base militar em territórios de favelas. Decido.

A questão aqui tratada é de conhecimento público, sendo divulgada de forma recorrente pela imprensa. Tal a gravidade, foi objeto de recomendação pelos órgãos de proteção cidadã ao Comando da Corporação Militar do Estado, culminando com audiência pública onde compareceram inúmeros moradores locais em busca de que fossem amenizadas as intervenções em suas residências. É também o que se extrai da robusta prova documental trazida com a inicial.

Não se tem dúvida de que o conflito bélico que se instalou nesta cidade, em especial no Complexo do Alemão, é questão que vem atingindo diretamente as famílias residentes, assim também os próprios policiais, que encontram-se na

difícil tarefa de separar joio de trigo; de escolher abrigar-se em vielas ou na lage de uma residência; ou de lidar com crianças e idosos no mesmo terreno em que lidam com traficantes e assassinos. De outra ponta, os moradores vivenciando cada dia como se o último fosse.

A questão não é fácil. Pelo contrário. Está a exigir intenso ingresso do estado com políticas públicas a minorar o caótico espaço hoje vivenciado, principalmente, nas comunidades desta cidade.

Certo, porém, que o atuar do Comando Militar não poderá, ainda que em nome do grave quadro aqui desenhado, praticar violações de direitos humanos em operações policiais, notadamente com invasão e ocupação das casas de civis para utilização como base militar, representando além de ofensa à proteção constitucional do domicílio e da posse afronta ao direito à vida, à integridade física e à segurança.

Os elementos dos autos evidenciam a probabilidade do direito invocado, estando absolutamente presente o risco de dano iminente, observado que em última instância se está aqui a tratar do maior direito constitucionalmente protegido, o direito à vida.

Pelo exposto, DEFIRO DE FORMA PARCIAL e LIMINARMENTE a tutela de urgência para o seguinte fim:

(i) determinar, por meio do Comando Geral da PMERJ e da Secretaria de Estado de Segurança, aos Policiais Militares em atuação na Unidade de Polícia Pacificadora Nova Brasília a imediata desocupação de imóveis privados no Complexo do Alemão, bem como se abstenham de turbar ou esbulhar a posse privada sob o pretexto da utilização dos imóveis para operações militares no contexto do combate à criminalidade naquele Complexo.

(ii) determinar publicação em Boletim Interno da PMERJ quanto a presente decisão, de forma a dar conhecimento a todos os membros da Corporação da ilicitude da prática de utilização de imóveis particulares como base militar no referido Complexo.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

VI. A NORMALIDADE DA EXCEÇÃO: PADRÃO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO TERRITÓRIO NEGRO DAS FAVELAS

A compreensão da dinâmica estabelecida nas relações entre Estado, crime, política de segurança pública e população favelada ou território negro pode ser facilitada pela acomodação de alguns conceitos como o de soberania, Constituição, normalidade e exceção.

Boa parte das análises da realidade social das favelas e de sua interação com o poder estatal sustenta que existe uma “crise de soberania” nos espaços instáveis, na medida em que o Estado não seria capaz de exercer ali o seu poder político e jurídico:

“Diante da ausência do poder regulador do Estado nos espaços populares favelados, historicamente, as relações sociais ali estabelecidas foram sendo constituídas a partir da construção de mecanismos próprios de regulação.(...) A crise de soberania do Estado na grande maioria das favelas cariocas deriva da sua incapacidade de atender, de forma republicana, aos interesses do conjunto da população, independentemente de suas condições sociais e econômicas. Nesse processo, privatiza-se a própria soberania e a capacidade de regular o conjunto das relações sociais, em especial nos grandes centros urbanos, passa a ser afirmada por grupos criminosos com características específicas.

Desse modo, as forças policiais que representam o Estado atuam nas favelas não como órgãos que controlam, cotidianamente, o conjunto do território da cidade, mas como forças invasoras sobre um território dominado por exércitos inimigos. Nesse caso, a população civil desses espaços também é vista com parte integrante do espaço inimigo e assim é tratada” (SILVA, 2010, p. 73-36).

Entende-se, tradicionalmente, que no espaço periférico o Estado é incapaz de garantir sua soberania e de fazer valer a ordem constitucional, daí a existência de um

vácuo, uma lacuna, que é preenchida por poderes privados, poderes paralelos, e que só poderia ser revertida se toda a eficácia da normatização constitucional fosse cumprida, de forma republicana, para todos os cidadãos.

Tal perspectiva valoriza a normatividade da Constituição, mas talvez desconsidere um de seus mais importantes elementos: as próprias relações reais de poder que a ela subjazem. Cumpre enxergar com uma certa desconfiança a proposição que confia à esfera normativa as esperanças de transformação da conjuntura vivida pelas populações periféricas.

É crucial acrescentar à compreensão da dinâmica Estado-favela as contradições latentes da Constituição política sob a qual esta relação se dá. Além da normalidade normada juridicamente, outros pilares fundamentais a sustentam: a própria normalidade social, a realidade de fato das relações que subjazem à Constituição, e outras normatividades não jurídicas.

Apontou o jurista e teórico político alemão Hermann Heller que:

“Cabe, por isso, distinguir, em toda Constituição estatal, e como conteúdos parciais da Constituição política total, a Constituição não normada e a normada, e, dentro desta, a normada extrajuridicamente e a que o é juridicamente” (1968, p. 296).

Existe, portanto, como substrato da ordem constitucional, uma normalidade social, regulada por fatores extrajurídicos, que por vezes conduz à perda da força normatizadora da Constituição (HELLER, 1968, p. 305).

À luz desta teorização presente em Heller, é possível enxergar de que forma a normalidade racista da ordem social brasileira está, pois, incrustada na Constituição política vigente desde 1988, e como sua movimentação frequentemente funcionará como anteparo à normatividade constitucional.

Assim se dá a interação entre normatividade e normalidade de fato nos territórios populares e negros da cidade do Rio de Janeiro, razão pela qual o fenômeno da exclusão e da desumanização das vidas nesses locais não deve ser visto como fruto de equívocas

decisões pontuais ou das falhas das políticas ocasionais de governos, mas sim como elemento estruturante da realidade social e política (OLIVEIRA, 2000, p. 7).

O racismo constitui a normalidade social brasileira, contra a qual se frustram quaisquer potencialidades constitucionais de transformação do real. Se a relação ambígua entre Constituição e facticidade pode, apesar das limitações, encontrar algum efeito de normatização positivo em determinados campos da vida social, o mesmo não se verifica quando o projeto racista de sociedade hegemônico é desafiado.

Muito ao contrário, os padrões históricos de intervenção do braço armado do Estado nas favelas do Rio de Janeiro denotam o regime de exceção a que, em verdade, tais espaços estão sujeitos – com parco acesso ao controle judicial –, ao mesmo tempo parte integrante da Constituição política, mas parte apenas na medida em que dela excluídos. É a gramática da violência como normalidade.

Por outro lado, o reposicionamento do país na crise do capitalismo neoliberal a que assistimos recentemente significa a agudização do processo racista que promove a precarização e o extermínio das vidas negras e o cada vez maior distanciamento da potência constitucional para os segmentos subalternos da população.

Trata-se de dois movimentos, que o professor Dennis de Oliveira, da Universidade do Estado de São Paulo, qualifica de “democratização da senzala” – ampliação do número de pessoas que ocupam a zona da exclusão social, da precarização – e “extermínio da senzala” – intensificação dos mecanismos de destruição a que os excluídos sempre estiveram sujeitos (OLIVEIRA, 2000, p. 32). Um processo de “democratização” da zona do “não ser” que só é possível se mantiver o distanciamento entre brancos e não brancos. Se ao branco se estende algumas expressões do “não ser”, o genocídio negro passa a ser condição necessária para que as hierarquias de humanidade se mantenham.

Não por acaso mobilizam-se as Forças Armadas, promove-se o levantamento de direitos fundamentais em plena luz do dia e as maiores barbaridades são avalizadas até mesmo no discurso formal das autoridades. Temos de engolir do porta-voz da Polícia Militar que “a morte de Maria Eduarda é o dano colateral mais absurdo que se poderia imaginar” (O GLOBO, 2017), sobre o episódio em que uma criança de treze anos foi

morta por um tiro de fuzil dentro de sua escola na favela de Acari, zona norte do Rio de Janeiro.

O grau de ruptura do pacto constitucional sofre um incremento considerável e sua débil força normativa é reduzida a quase zero nos espaços considerados críticos da cidade.

VII. CRISE DA SOBERANIA OU OCUPAÇÕES COLONIAIS TARDIAS?

Ao compreendermos a normalidade racista como um elemento estruturante e estruturado pela ordem política brasileira, não se sustenta a visão da “crise de soberania” nos territórios de favelas. Ao revés, o que existe nos espaços negros da cidade do Rio de Janeiro é a expressão mais crua do poder soberano do Estado, que reside no poder de ditar quem pode viver e quem deve morrer.

O direito de matar, deixar viver ou expor à morte está cristalizado nas decisões cotidianas e na persistente lógica (e não “crise”) da política de segurança autoritária e genocida que se executa historicamente no Estado do Rio de Janeiro, com o necessário apoio da política proibicionista das drogas e da criminalização por atacado de negros e negras.

Totalmente apartada do discurso filosófico racional da modernidade, existe aqui uma soberania com o significado de decisão política de “instrumentalização generalizada da existência humana e destruição material de corpos humanos e populações” (MBEMBE, 2016, p. 125).

Aproximamo-nos da obra Achile Mbembe, na qual a soberania assume o significado de direito de matar. O filósofo camaronês, ao articular o conceito foucaultiano de *biopoder* com as noções de *estado de exceção* e *estado de sítio*, examina o modo pelo qual o poder na contemporaneidade apela à exceção, emergência e a uma noção ficcional de inimigo para definir quais corpos estarão expostos à morte (MBEMBE, 2016, p. 128).

Se, na formulação original, o biopoder opera uma cesura biológica entre indivíduos por meio da tecnologia do racismo, ao deslocarmos as lentes foucaultianas para as experiências que a população negra brasileira experimenta nos aglomerados urbanos do Brasil atual, como derivação da marcação corpórea da raça, haverá outras

variáveis que definirão “a aceitabilidade do fazer morrer” como, por exemplo, a distribuição geográfica da população (FOUCAULT *apud* MBEMBE, 2016, p. 128).

Não seria de todo grosseira uma comparação entre o estado de exceção vigente nas favelas do Rio de Janeiro paralelamente ao estado de ilegalidade absoluta das colônias. À vista do Estado, são territórios habitados por “selvagens”, “subcidadãos”, corpos descartáveis. Ali prevalece a “guerra” e “desordem”, são os locais onde, por excelência, “os controles e as garantias de ordem judicial podem ser suspensos – a zona em que a violência do estado de exceção opera a serviço da “civilização” (MBEMBE, 2016, p. 133).

Essencialmente, o ponto comum mais flagrante é a presença dos mecanismos que subjagam a vida ao poder da morte: o “necropoder”, o que permite encontrar nas favelas cariocas verdadeiras formas de ocupações coloniais contemporâneas.

VIII. CONCLUSÃO

Os velhos fantasmas batem à nossa porta, como heranças permanentes de estruturas de poder forjadas na adoção do modelo colonial-escravista que por aqui se desenvolveu. Persistem os mecanismos institucionais através dos quais o Estado controla, condiciona, fragiliza e extermina corpos negros nas favelas do Rio de Janeiro e, com isso, perpetua o genocídio negro e a colonialidade no Brasil (FLAUZINA, 2014 e VARGAS, 2010).

A linguagem da solidariedade humana e a caminhada fraterna em direção a uma igualdade enlatada não têm se mostrado suficientes para a superação das desigualdades viscerais que o negro e a negra brasileira enfrentam.

Como ensinou Luiza Bairros:

“[É preciso] construir uma força política nesse país baseada no povo negro. Uma força política capaz de disputar com um projeto que seja elaborado a partir da sua própria perspectiva, do seu próprio lugar. Não o lugar da subordinação em que a sociedade tem tentado nos atirar ao longo dos séculos, mas, o lugar do sujeito

político, responsável por seu próprio destino. Para além disso, outro aspecto que eu considero super importante na colocação do MNU, é que *não se trata de um projeto político do negro para o negro, que seja o negro pensando para dentro de sua comunidade, mas sim o negro pensando para a sociedade brasileira como um todo e levando em conta todos os povos, todas as raças que a compõem*. Considero que isso que dá a mudança efetiva de qualidade deste projeto que o MNU pretende. Estamos apostando hoje na possibilidade de disputar não mais um espaço dentro de outros projetos para as nossas questões, que são tidas como menores. Mas nós estamos apostando na possibilidade de que, através das nossas questões, nós consigamos efetivamente tocar, e tocar muito fundo, nas questões nacionais, nas questões que dizem respeito à sociedade como um todo” (BAIROS, 1991, p. 9.).

Quando as vidas negras importam, todas as vidas importam. É fundamental que se entenda que os lugares do “ser” e “não ser” operam a partir de uma lógica relacional. Naturalizar a existência das duas zonas, é submeter à extrema fragilidade as condições de manutenção de pactos políticos e da própria permanência da “zona do ser”, conforme tem demonstrado a conjuntura político-institucional contemporânea.

É preciso encontrar novas coalizões. A luta antirracista é historicamente uma luta pela democracia e contra a dominação de classe, gênero e sexualidade. É preciso que as outras lutas entendam o lugar do racismo nos processos de desagregação social e violência institucional, para que seja possível se construir uma perspectiva capaz de verdadeiramente subverter a ordem vigente, em busca de uma democracia radical e concreta.

BIBLIOGRAFIA

ACEBES, C. M. *O bom policial tem medo*, HUMAN RIGHTS WATCH, 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/report/2016/07/07/291589>, acesso em 02/08/2017, às 19h03min.

BAIROS, L. Entrevista concedida a Edson Cardoso, Jonatas Conceição e Sayonara. *Jornal do MNU*, n. 20, out.-dez. 1991.

BORGES, A. *Presidiários erguem 'muro' do impeachment em Brasília: Estrutura de ferro separará grupos pró e contra Dilma Rouseff durante as manifestações nos dias de votação do afastamento*. O Estado de S. Paulo. 10 de abril de 2016, 17h24min, disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,presidiarios-erguem-muro-do-impeachment-em-brasilia,1854081>>, acesso em: 29/07/2017.

BRASIL, Decreto Presidencial de 28 de julho de 2017. *Autoriza o emprego das Forças Armadas no Rio de Janeiro para Garantia da Lei e da Ordem*. Brasília, DF, Diário Oficial da União de 28/07/2017, disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1000&pagina=1&data=28/07/2017>>, acesso em: 06/08/2017.

_____. Ministério da Defesa. *Complexo da Maré: Força de pacificação já realizou mais de 65 mil ações*. Rio de Janeiro: 2015, disponível em: <<http://www.defesa.gov.br/index.php/noticias/15254-complexo-da-mare-forcas-de-pacificacao-ja-realizaram-mais-de-65-mil-acoes>>, acesso em: 11/08/2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos*, Organização dos Estados Americanos: 2009, p. 10. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/pdf%20files/seguridad%20ciudadana%202009%20port.pdf>>, acesso em: 06/08/2017.

DEFENSORIA PÚBLICA(a). *Ação civil pública com pedido de tutela de urgência*. 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, RJ, processo eletrônico de autos nº. 0215700-68.2016.8.19.0001, distribuído em 30/06/2016.

_____.(b). *Habeas Corpus Coletivo*. Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, processo eletrônico de autos nº. 006116-57.2016.8.19.0000, impetrado em 21/11/2016.

_____.(c). *Ação civil pública com pedido de tutela de urgência*. 15ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital, RJ, processo eletrônico de autos nº. 0098888-06.2017.8.19.0001, distribuído em 27/04/2017.

FANON, F. *Pele negra, máscaras brancas*; tradução de Renato da Silveira, Salvador: EDUFBA, 2008.

FLAUZINA, A. e FREITAS, F. *Enunciando dores, assinando resistência*, in FLAUZINA, A.; FREITAS, F.; VIEIRA, H.; PIRES, T. *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015,

HELLER, H. *Teoria do Estado*; tradução de Lycurgo Gomes da Motta, São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 296

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 4ª edição, Brasília: IPEA, 2011, p. 31. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/pdf/revista.pdf>, acesso em 02/08/2017.

GONZALEZ, L. *A categoria político-cultural de amefricanidade*. In: Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, n. 92/93, p. 69-82, jan./jun., 1988.

MARIJSSE, S. *Um mergulho na história: O Nascimento e Formação do Complexo da Maré*. Tradução: Geovanna Giannini. *Rio On Watch*, 2017, disponível em: <http://rioonwatch.org.br/?p=23997#prettyPhoto>, acesso em: 11/08/2017.

MBEMBE, A. *Necropolítica*. In: Arte e Ensaios, Revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, p. 123-151, Dezembro, 2016.

OLIVEIRA, D. *Globalização e racismo no Brasil*. União de Negros pela Igualdade de São Paulo: São Paulo, 2000.

O GLOBO. 'É o dano colateral mais absurdo', diz porta-voz da PM sobre estudante que morreu baleada em escola. Menina foi atingida durante um confronto entre policiais e traficantes em Acari. Edição eletrônica, notícia publicada em 31/03/2017, <https://oglobo.globo.com/rio/e-dano-colateral-mais-absurdo-diz-porta-voz-da-pm-sobre-estudante-que-morreu-baleada-em-escola-21140159>

PELLEGRINI, M. *Política. Entrevista – Paulo Malvezzi. O governo Dilma é extremamente repressivo. Para o assessor jurídico da Pastoral Carcerária, os governos Lula e Dilma se caracterizam como "governos de encarceramento em massa"*. Revista Carta Capital, edição eletrônica, 26/02/2015, 04h45min, disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-governo-dilma-e-extremamente-repressivo-4045.html>>

PILATTI, A. e COCCO, G. *Quem tem medo do poder constituinte?* Disponível em <<http://www.ihu.unisinos.br/521906-quem-tem-medo-do-poder-constituente>>, 2013, acesso em 29/07/2017.

REZENDE, C.; GRELLET, F. e TORRES, S. *Mais uma pessoa é morta pela PM durante buscas de Fat Family. Homem teria sido alvejado durante confronto, com o caso já são nove vítimas de operações para encontrar traficante resgatado*. O Estado de S. Paulo, 28 de junho de 2016, 10h18min, disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,mais-uma-pessoa-e-morta-pela-pm-durante-buscas-por-fat-family,10000059672>>, acesso em: 29/07/2017.

REZENDE, C. *PM faz a 10ª operação em busca de Fat Family. Caçada pelo traficante foragido no Rio já provocou nove mortes*. O Estado de S. Paulo, edição eletrônica, 29/06/2016, 16h12min, disponível em <http://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,pm-faz-10-operacao-em-busca-de-fat-family,10000059951>, acesso em 11/08/2017.

SANTOS, J. R. *Saber do negro*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Pallas, 2015.

SCHMITT, C. *Teologia Política*, tradução de Elisete Antoniuk, coordenação e supervisão Luiz Moreira, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

SILVA, E. S. *O contexto das práticas policiais nas favelas da Maré: a busca de novos caminhos a partir de seus protagonistas*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Serviço Social da PUC-Rio, 2010.

_____. *Testemunhos da Maré*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Mórula, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA(a). 5ª Câmara Criminal. *Habeas Corpus* de autos do processo eletrônico nº. 0061167-57.2016.8.19.0000, Desembargador Relator Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez, julgado em 08/02/2017.

_____(b). 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. Decisão da lavra da magistrada Ana Cecília Argueso Gomes de Almeida, nos autos da ação civil pública, processo eletrônico nº. 0215700-68.2016.8.19.0001, prolatada em 08/06/2017.

_____(c). 15ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital. Decisão da lavra da magistrada Roseli Nalín, nos autos da ação civil pública, processo eletrônico nº. 0098888-06.2017.8.19.0001, prolatada em 27/04/2017.

VARGAS, J. H. C. *A Diáspora Negra como Genocídio*. In: Revista da ABPN, n. 2, p. 31-65, jul.-out., 2010.

WASELFISZ, J. J. *Mapa da violência 2016. Homicídios por arma de fogo no Brasil*. FLACSO Brasil: 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf, acesso em: 02/08/2017, às 18h38min.

CULTURA DA PERIFERIA E O OLHAR DO PODER JUDICIÁRIO: A QUESTÃO DA APOLOGIA AO CRIME

Maristela Barbosa Santos

Doutoranda em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Mestra em Políticas Sociais e Cidadania pela UCSAL, Especialista em Direito Público pela UNIFACS e em Gestão Estratégica em Segurança Pública pela UNEB. Procuradora do Estado da Bahia e Professora de Direito Penal no Centro Universitário da Bahia Estácio/FIB. E-mail:

maricicerelli@gmail.com

Resumo: Tendo como base a criminologia cultural de Ferrel, o presente trabalho buscou a analisar o processo de criminalização secundária das expressões culturais associadas à periferia, para tanto elegeu como vetor de condução o delito de apologia ao crime. A escolha do delito de apologia ao crime decorreu da existência de notícias na mídia sobre o enquadramento de produções musicais no referido delito, bem como em face da reconhecida deficiência dogmática do delito, o que, inclusive justifica a baixa incidência da ocorrência do mesmo. Desta forma, sendo um delito de menor potencial ofensivo e de pouco uso, surgiu então o questionamento sobre quais seriam os fatores sociais subjacentes que levariam as instituições de controle a eleger condutas para subsumi-las à referida previsão legislativa? Para fins de aproximação do objeto de pesquisa ocorreu pesquisa exploratória no banco de jurisprudência dos sites dos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF procurando verificar os julgados sobre o delito de apologia ao crime, separando aqueles que tinham produção musical por objeto. Em seguida foi analisada a decisão e fundamentação dos julgamentos dos processos para verificar qual o fato social subjacente ao processo criminal, bem como qual foi o enfrentamento feito pelo Poder Judiciário ao referido fato. O objetivo foi verificar como a seletividade do Direito Penal se volta para criminalizar comportamentos associados à identidade da população de periferia, inclusive, no aspecto da produção cultural utilizada como forma de resistência e denúncia da situação de vulnerabilidade social a que é submetida esta população. A pesquisa demonstrou que

todos os processos envolvendo apologia ao crime de produção musical encontram-se relacionados a ritmos associados à periferia: funk e rap. Não foi encontrado nenhum processo nos tribunais superiores com ritmo musical diverso dos dois citados. Considerando que o delito de apologia ao crime é de menor potencial ofensivo, não sendo apto a gerar aprisionamento, foi verificado que as instituições do sistema repressivo estão promovendo o enquadramento da produção musical não mais como apologia ao crime, mas sim como associação ao tráfico, objetivando o tratamento penal mais severo dos cantores e compositores. Nenhuma das decisões dos tribunais superiores enfrentou as questões sociais subjacentes ao processo, em nenhuma delas foi discutida a antinomia deste delito com o princípio constitucional da liberdade de expressão, nem apresentados os critérios para a escolha daquelas músicas em detrimento de outra. A inexistência de incriminação de outros ritmos musicais demonstra a seletividade do Direito Penal e reforça o processo de criminalização de uma população já socialmente vulnerabilizada, deixando transparecer o caráter discriminatório de nossa sociedade.

Palavras-chave: Criminologia. Judiciário. Apologia ao Crime.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos a criminologia modificou seu enfoque para abandonar a ideia de que o criminoso é um indivíduo de comportamento desviado ou patológico, para transformar seu objeto científico, voltando seu olhar para o processo de criminalização. Assim a criminologia crítica busca verificar os processos sociais que determinam que uma conduta deve receber o status de criminoso (criminalização primária), mas também verificando a forma de atuação das instituições responsáveis pelo controle penal (criminalização secundária).

Tendo como base a criminologia cultural de Ferrel, o presente trabalho buscou a analisar o processo de criminalização secundária das expressões culturais associadas à periferia, para tanto elegeu como vetor de condução o delito de apologia ao crime.

A escolha do delito de apologia ao crime decorreu da existência de notícias na mídia sobre o enquadramento de produções musicais no referido delito, bem como em face da reconhecida deficiência dogmática do delito, o que, inclusive justifica a baixa incidência da ocorrência do mesmo. Desta forma, sendo um delito de menor potencial ofensivo e de pouco uso, surgiu então o questionamento sobre quais seriam os fatores sociais subjacentes que levariam as instituições de controle a eleger condutas para subsumi-las à referida previsão legislativa?

Considerando que o presente artigo trata-se de abordagem inicial de projeto de pesquisa, para fins de sua construção a aproximação do objeto de pesquisa ocorreu inicialmente com pesquisa exploratória pesquisa no banco de jurisprudência dos sites dos tribunais superiores – Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF procurando verificar os julgados sobre o delito de apologia ao crime, separando aqueles que tinham produção musical por objeto.

Em seguida foi analisada a decisão e fundamentação dos julgamentos dos processos para verificar qual o fato social subjacente ao processo criminal, bem como qual foi o enfrentamento feito pelo Poder Judiciário ao referido fato.

O objetivo foi verificar como a seletividade do Direito Penal se volta para criminalizar comportamentos associados à identidade da população de periferia, inclusive, no aspecto da produção cultural utilizada como forma de resistência e denúncia da situação de vulnerabilidade social a que é submetida esta população.

2. DO DELITO DE APOLOGIA AO CRIME E SEUS PROBLEMAS

A perspectiva de que a sociedade não é um todo uniforme, mas sim um composto heterogêneo marcado pelos conflitos de interesses, não só na luta de classes do marxismo, mas também nas diversas identidades surgidas na pós-modernidade, como as questões de gênero, raça, orientação sexual, entre outras, faz com que a intervenção estatal tenha que ser vista como maior cautela, em especial, em sua face mais rigorosa que é o sistema penal.

Como nos alerta Carvalho (2013), a criminologia crítica rompe com a lógica positivista de separação dos campos científicos permitindo que os fenômenos da vida sirvam como base de reflexão no campo normativo.

A criminologia crítica operou, portanto, uma espécie de revogação ou suspensão da Lei de Hume, permitindo que o saber empírico sobre o funcionamento do sistema penal servisse como instrumento de desconstrução, de modificação e de transposição do saber dogmático. (CARVALHO, 2013, p. 146).

A criminologia crítica, com base nesse legado, vai estudar as formas estruturais e institucionais de reprodução da violência, estabelecendo “a pena como uma manifestação concreta do poder punitivo no marco de sociedades conflitivas e heterogêneas”. (CARVALHO, 2013, p. 155).

A dogmática penal é enfática em apresentar o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, em razão disso é apresentada uma série de princípios que servem não só de norte, mas também de limite à atuação do Estado.

Muito embora a corrente do Direito Penal Mínimo ou Garantismo tenha ganhado força nos discursos acadêmicos, observa-se que o Direito Penal continua em expansão com os constantes reclamos pela edição de novos tipos penais e/ou pelo recrudescimento do tratamento de determinados delitos.

Conforme enfatiza Silva Sánchez provavelmente nunca se tenha ouvido falar tanto nos círculos intelectuais, como na última década, da necessidade de reconduzir a intervenção punitiva do Estado na direção de um Direito Penal mínimo. [...], muito embora o referido autor destaque que não se tenha muito claro onde se acham os limites deste “Direito Penal mínimo”, que, em suma, para o autor, não se acha conceitualmente muito distante das propostas formuladas por Beccaria há dois séculos. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 19)

Ainda assim, Silva Sanchez realça a vocação restritiva desta corrente e busca as diretrizes desta, indicando que:

No caso de Baratta, o ponto de partida da orientação minimizadora vem sendo a avaliação da radical injustiça e inutilidade da pena, cuja função

seria a reprodução das relações de domínio preexistentes, recaindo fundamentalmente sobre as classes inferiores. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 20).

Já em relação a Luigi Ferrajoli, Silva Sanchez considera que o “termo “Direito Penal mínimo” e seu contraposto (Direito Penal máximo) configuram-se em Ferrajoli por referência “ora aos maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos do sistema, ora à quantidade e qualidade das proibições e penas nele estabelecidas”. (SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 20 e 21)

Por fim, Silva Sánchez aponta mais uma fonte contemporânea de reflexão acerca do Minimalismo, salientando a participação de autores da “Escola de Frankfurt”, que propugnam um “‘Direito Penal básico’ que tenha por objeto as condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, com manutenção das máximas garantias na lei, na imputação de responsabilidade e no processo.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 21).

Desta forma, verifica-se que as legislações têm caminhando em sentido contrário:

Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de risco jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo “expansão”. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 21)

O surgimento de novos bens jurídicos decorrentes do avanço social, tais como os direitos da mulher e da população LGBT, vem também solicitar a proteção do Direito Penal, constituindo-se no que convencionou chamar de esquerda punitiva.

A demonstração científica da falência da pena de prisão claramente incapaz de cumprir os propósitos declarados do sistema de prevenção geral (redução da criminalidade) e especial (ressocialização do delinquente) não tem sido suficiente para

combater a pressão política pelo endurecimento do sistema, nem a crença de que o investimento nas estruturas de repressão é o caminho a ser observado.

O movimento legislativo das penas alternativas, ao contrário da justificativa de diminuição do encarceramento, acabou se constituindo em aumento da ação das instâncias de controle social formal, trazendo para o sistema condutas que antes sequer ingressavam nela.

Não fosse suficiente este quadro, a atuação dos operadores do Direito também tem contribuído para o reforço do sistema penal em seus moldes mais tradicionais. O processo de criminalização secundária, ou seja, a forma como as instituições do sistema penal interpretam e aplicam as normas também contribui para o encarceramento.

Neste contexto, observamos que o Código Penal Brasileiro em vigor prevê em seu artigo 287, o delito de apologia ao crime, respectivamente:

Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

Conforme bem destaca Vianna:

Muito embora o delito de apologia ao crime não possua relevância estatística para análise de índice de criminalidade pelo baixo grau de ocorrências, nem se possa dizer que contribui para o fenômeno da superpopulação carcerária, tendo em vista que a pena a ele cominada se insere no âmbito dos delitos de menor potencial ofensivo e, portanto, sujeitos a penas alternativas, não se pode negar que a sua existência possui alguma intencionalidade. (VIANNA, 2011)

A própria tipificação da apologia ao crime é de natureza duvidosa. Classifica-se doutrinariamente como crime de perigo abstrato, sobre os quais reside controvérsia derredor da constitucionalidade¹.

Inobstante isso, o tipo penal em si possui graves dificuldades de legitimação. Em que a doutrina majoritária tenha se limitado a definir que o delito ocorre quando há exposição pública para um número indistinto de pessoas, configurando-se em incitação indireta, e fixado que deve se referir a fatos concretos, portanto já ocorridos, e não a fatos, constituindo ofensa à paz pública, uma análise deste à luz do direito constitucional de liberdade de expressão faz contestar a própria possibilidade de tal existência sob pena de configurar-se verdadeiro instrumento de censura.

Questões inúmeras podem ser suscitadas: qual a lesividade existente em mera divulgação de pensamento? Qual o real prejuízo para a paz pública? Em que medida tais comportamentos são efetivamente capazes de incentivar a ocorrência de novos delitos? Neste sentido, alerta Bitencourt:

No exame desta infração penal – apologia de crime ou criminosos – mais que em qualquer outra, deve-se proceder com extremo cuidado na interpretação precisa de todos os elementos constitutivos do tipo, sejam eles materiais, normativos ou subjetivos, na tentativa, quase irrealizável, de delimitar sentido, conteúdo e verdadeiro significado da linguagem “censuradora”, constante de um superado texto legal repressivo infraconstitucional, buscando dar-lhe, se possível, uma interpretação conforme a Constituição. A necessidade de toda essa cautela decorre da grande dificuldade que temos em admitir que referida incriminação tenha sido recepcionada pela atual Constituição Federal, que, além de assegurar a liberdade de pensamento e todas as suas formas de expressão, não admite a criminalização de fatos que não

¹ Crimes de perigo abstrato caracterizam-se por não oferecerem lesão ao bem jurídico, mas apenas perigo de lesão e perigo este que não precisa ser comprovado, daí o entendimento de ofenderem os princípios da lesividade, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da proporcionalidade.

sejam materialmente lesivos de identificável e determinado bem jurídico socialmente relevante. (BITENCOURT, 2015, p. 436/437)

Não fosse suficiente este quadro, a atuação dos operadores do Direito também tem contribuído para o reforço do sistema penal em seus moldes mais tradicionais. O processo de criminalização secundária, ou seja, a forma como as instituições do sistema penal interpretam e aplicam as normas também contribui para o encarceramento.

Ocorre que entre o discurso dogmático e a atuação dos operadores tem se verificado um distanciamento. Os postulados do Direito Penal mínimo parecem ruir diante da forma como os operadores do Direito vêm atuando.

O chamado processo de criminalização secundária tem sido violador dos próprios princípios de sustentação do sistema, de forma que o discurso do garantismo e do Direito Penal mínimo torna-se ineficaz diante de uma perspectiva de aplicação da lei sob a ótica de uma política criminal de lei e ordem.

Eis que tal delito volta a figurar nos meios de comunicação, desta feita dirigida à produção musical, em especial ao funk e ao rap, ritmos relacionados às periferias das grandes cidades.

Sobre esta realidade brasileira destaca Dall'acqua que:

Quando falamos da criminalização do rap não estamos falando da criminalização de um estilo musical, mas de toda uma população que se identifica com esse estilo musical – a população negra, pobre, jovem e favelada, historicamente criminalizada. (Cymrot, 2012)

As manifestações culturais afro-brasileiras na nossa história sempre receberam um olhar criminalizante, como já foi com a capoeira e o samba, constituindo uma tradição olhar as expressões culturais dos pobres, principalmente dos afro-brasileiros, por um viés criminalizante. (Cymrot, 2012)

Aos olhos de um movimento moralista muito forte na defesa da repressão, qualquer ação por parte do Estado que não seja meramente repressiva é tida como um incentivo à marginalidade, à violência. Sob

a acusação de “apologia ao crime” transpõe-se a questão do âmbito da cultura para o da segurança pública, tratando o rap não como expressão cultural e demanda por reconhecimento, mas como um problema a ser resolvido pelo viés da repressão, ideológica e policial. (DALL’ACQUA, 2014)

Persistindo a criminalização primária, em que pese sua manutenção conclame a uma análise reflexiva, em termos práticos, torna-se necessário perquirir sobre os aspectos sociais que levam à criminalização secundária, ou em outras palavras, o que de fato leva determinada conduta a ser ou não considerada no caso concreto apologia ou incitação ao crime, remetendo, portanto, seu agente ao crivo da repressão do sistema penal.

Tal perspectiva busca alinha-se ao alerta do Professor Salo de Carvalho sobre a responsabilidade dos operadores do Direito no processo de hiperinflação penal e superencarceramento.

No atual estágio das ciências criminais, sobretudo após a irreversibilidade da desconstrução realizada pela criminologia crítica, parece não ser mais possível um modelo teórico justificar abstratamente a pena sem se preocupar com o impacto que esta legitimação produz na realidade do sistema penal. Do contrário, ao optar pela manutenção do silêncio, a teoria do direito penal perde completamente a sua capacidade de (auto)crítica e, narcotizada pela vontade de pureza, seguirá como uma ciência escrava (Bourdieu), uma técnica inocentemente útil às demandas e às variáveis políticas. (DE CARVALHO, 2013, p. 148/149)

Todavia, esta análise não pode ser dissociada do momento histórico-social em que vivemos: a modernidade tardia.

3. CRIMINOLOGIA CULTURAL E CRIMINALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO CULTURAL

A crise de identidade é uma das características da modernidade tardia. Esclarece Hall que:

A assim chamada “crise de identidade” é vista como parte de um processo mais amplo de mudança, que está deslocando as estruturas e processos centrais das sociedades modernas e abalando os quadros de referência que davam aos indivíduos uma ancoragem estável no mundo social. (HALL, 2015, p.9)

Conclui Hall que a referida crise configura a existência de diversas identidades, por vezes contraditórias, pois nenhuma identidade singular é capaz de identificar todos os interesses de uma pessoa, assim “a identidade muda de acordo com a forma como o sujeito é interpelado ou representado, a identificação não é automática, mas pode ser ganhada ou perdida. Ela tornou-se politizada.” (HALL, 2015, p. 16)

Para Ferrell, a pós-modernidade é marcada pelo tédio, conceito que se inicia no século XVIII, mas ganha destaque no século XIX em face de uma modernidade que traz “um sujeito isolado em um mundo secularizado e fragmentado, marcado pela perda ou pela incerteza das tradições” (FERRELL, 2010, p. 343).

O trabalho industrial, que substitui o artesanal, trouxe consigo a padronização, a burocracia, a rotina, entre outros valores, como a divisão entre trabalho intelectual e manual de Taylor, a linha de montagem de Henry Ford e a burocracia de Weber, tudo favorecendo a consolidação da situação de tédio.

Destaca que as escolas da modernidade são centros de treinamento para o tédio e para os que não se adaptam ao tédio resta reservado: manicômio, prisão ou centro juvenil, vez que as instituições não se encontram abertas para a diferença, pois:

quando a obediência a regras externas de regulação racionalizada define o sucesso e até mesmo a moralidade, a mesmice se torna uma virtude, a independência do pensamento um problema e os manuais literatura essencial do cânone moderno (FERRELL, 2010, p. 344).

Esse mundo de tédio apresenta como opção a indústria cultural com um “entretenimento controlado e excitações preconcebidas”, a qual, todavia, só alimenta “uma espiral de consumo vazio” (FERRELL, 2010, p. 345).

Assim, ao que parece, aquele que se encontram presos sob as ruínas do tédio moderno encontra, pequeno alívio no trabalho ou no consumo – em realidade, seu tédio torna-se mais visceral que tudo, mais insuportável que tudo, enquanto promessas não cumpridas de excitação em massa se acumulam, e o ethos modernista do trabalho qualificado e da participação democrática torna-se apenas mais um embuste. (FERRELL, 2010 p. 346).

Para esta situação de tédio só restam duas alternativas: desespero existencial ou resistência. Movimentos de resistência inserem elementos de arte em seu trabalho ou protestos como, p. ex., Industrial Workers of the World (os Wobblies), Critical Mass ou Reclaim the Streets, buscando “quebrar a rotina do tédio diário e reinstaurar no cotidiano a possibilidade do inesperado”. (FERRELL, 2010, p. 346)

Esses movimentos buscam estabelecer uma revolução destina a combater “a moderna e desumanizadora padronização da experiência e a mercantilização da emoção”, tais ações “são comumente e cada vez mais consideradas ilícitas” (FERRELL, 2010 p. 347).

Assim, destaca Cuco, a posição de Ferrell e Sanders na advertência da criminalização das expressões culturais de resistência.

Ferrell e Sanders afirmam que da mesma forma que o crime e a criminalização operam como empresas culturais, todos os dias empresas de culturas populares (atividades sociais organizadas em torno da arte, música e moda) são regularmente reformuladas como crime. (CUCO, 2015, p. 9)

Torna-se, importante, então analisar as razões que levam o sistema penal a agir de tal forma com determinados tipos de expressões artísticas, para o que alerta Cuco que:

Na verdade, o que se tenta fazer com estes modelos crimogênicos construídos sobre arte e música como núcleo desse pânico moral, é desviar a atenção da discussão dos grandes e problemas políticos mais complexos como a desigualdade econômica e étnica e da alienação da população jovem e trabalhadores criativos de instituições de confinamento. Esta idéia de associar a arte e a música ao crime dá uma falsa e demagógica esperança ao público em geral que a insubordinação pode ser banida sem se precisar de reformulação das estruturas de autoridade, quando pelo contrário dá origem a ambos (por um lado, a insubordinação e, por outro, aos empresários moralistas que desejam suprimir a insubordinação). (CUCO, 2015, p. 11)

Na verdade, o que se tenta fazer com estes modelos crimogênicos construídos sobre arte e música como núcleo desse pânico moral, é desviar a atenção da discussão dos grandes e problemas políticos mais complexos como a desigualdade econômica e étnica e da alienação da população jovem e trabalhadores criativos de instituições de confinamento. Esta ideia de associar a arte e a música ao crime dá uma falsa e demagógica esperança ao público em geral que a insubordinação pode ser banida sem se precisar de reformulação das estruturas de autoridade, quando pelo contrário dá origem a ambos (por um lado, a insubordinação e, por outro, aos empresários moralistas que desejam suprimir a insubordinação). (CUCO, p. 11)

A cultura gerada na periferia é uma forma de expressão dos problemas sociais que ali residem e por isso faz com que, em especial os jovens, ali se reconheçam.

O reconhecimento da população periférica por meio destas formas de expressão cultural se dá pelo viés da diferença, a esse respeito esclarece Fraser que:

É hoje uma prática comum na filosofia moral distinguir questões de justiça de questões da boa vida. Interpretando as primeiras como um

problema do que é o “correto” e as segundas como um problema do que é o “bem”, a maioria dos filósofos alinha a justiça distributiva com a Moralität (moralidade) kantiana e o reconhecimento com a Sittlichkeit (ética) hegeliana. Esse contraste é, em parte, uma questão de perspectiva. Normas de justiça são pensadas como universalmente vinculatórias; elas sustentam-se independentemente do compromisso dos atores com valores específicos. Reivindicações pelo reconhecimento da diferença, ao contrário, são mais restritas. Por envolverem avaliações qualitativas acerca do valor relativo de práticas culturais, características e identidades variadas, elas dependem de horizontes de valor historicamente específicos que não podem ser universalizados. (FRASER, 2007, 103/104)

A frustração ante a expectativa de reconhecimento se encontraria na base dos conflitos sociais, assim esclarece Honneth:

Contudo, se tentamos apreender o processo de surgimento de lutas sociais dessa maneira, elas têm a ver com a experiência do reconhecimento não só no aspecto mencionado: a resistência coletiva, procedente da interpretação socialmente crítica dos sentimentos de desrespeito partilhados em comum, não é apenas um meio prático de reclamar para o futuro padrões ampliados de reconhecimento. Como mostram as reflexões filosóficas, a par das fontes literárias e da história social, o engajamento nas ações políticas possui para os envolvidos também a função direta de arrancá-los da situação paralisante do rebaixamento passivamente tolerado e de lhes proporcionar, por conseguinte, uma auto-relação nova e positiva. A razão dessa motivação secundária da luta está ligada a própria estrutura da experiência de desrespeito. Na vergonha social viemos a conhecer o sentimento moral em que se expressa aquela diminuição do auto-respeito que acompanha de modo típico a tolerância passiva do rebaixamento e da ofensa; se um semelhante estado de inibição da ação

é superado agora praticamente pelo engajamento na resistência comum, abre-se assim para o indivíduo uma forma de manifestação com base na qual ele pode convencer-se indiretamente do valor moral ou social de si próprio: no reconhecimento antecipado de uma comunidade de comunicação futura para as capacidades que ele revela atualmente, ele encontra respeito social como a pessoa a quem continua sendo negado todo reconhecimento sob as condições existentes. (HONNETH, 2009, p. 259)

Diante destas perspectivas da luta pelo reconhecimento, das correlações entre cultura e fenômeno criminal e considerando os postulados do garantismo penal é que se apresenta a oportunidade de reflexão sobre como tendo ocorrido o processo de criminalização ou reconhecimento pelas instâncias formais de controle social da produção cultural desenvolvida pelas populações de espaços periféricos e marginalizados da cidade de Salvador.

Fica claro o caráter do rap de expressão das contradições dadas pela estrutura social. (FOCHI, 2007). Nesse sentido, nas últimas três décadas, as mobilizações do movimento negro surgem em resposta aos mecanismos de exclusão social, sendo as manifestações culturais – e também políticas – a alternativa que por si só representava um protesto às precárias condições de vida e ao modelo racial vigente.

A periferia deve, então, ser vista não apenas como um local de moradia, mas como um lema de vida capaz de produzir sentidos e significados para o cotidiano de seus moradores, sendo cada manifestação de rap um resultado singular do encontro de elementos da cultura local com informações globais (Novaes, 2006). (DALL'ACQUA, 2014)

Desta forma a produção cultural constitui-se em um dos muitos aspectos que evidenciam a construção da identidade.

Ferrell, reconhecendo a questão da construção da identidade ao se referir ao simbolismo e estilo das subculturas ou cultura dos outsiders, procura analisar a correlação entre cultura e crime.

Da mesma forma que todos os dias o crime e criminalização atuam como empreendimentos culturais, todos os dias empreendimentos culturais populares - aquelas atividades sociais organizados em torno de arte, música e moda - são regularmente reformuladas como crime. (FERRELL, 1995) ²

Destaca o referido autor que a criminalização das expressões culturais ocorre de forma seletiva, sendo as culturas relacionadas aos outsiders em regra o alvo do enquadramento como conduta criminosa.

Não surpreendentemente, estas campanhas de criminalização, como as observadas anteriormente, desproporcionalmente atinge minorias étnicas, gays e lésbicas, jovens, e outros outsiders. Certamente não é por acaso que, historicamente, os usuários de maconha, negros e latinos / Latina zoot suiters e membros de gangues, e moto-boys nos Estados Unidos e Grã-Bretanha têm sido o foco das campanhas de criminalização altamente divulgados; e não é por acaso que, entre todas as variedades de produção artística e musical contemporânea, bandas punk radicais, grupos de rap Preto, e artistas visuais gays são mais agressivamente enquadrados como criminosos. Em todos estes casos, a marginalidade desses grupos - e os estilos audaciosos através do qual eles celebram e confrontam sua marginalidade - ameaçar os cuidadores do controle moral e legal. (FERRELL, 1995) ³

4. DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Com efeito, em regra as sentenças judiciais têm efetivado a absolvição pelo crime de apologia ao crime em face da questão formal de ser ou não a mensagem direcionada a alguém específico, deixando, portanto, de enfrentar a questão da legitimidade ou não

² Tradução livre

³ Tradução livre

desta forma artística de expressão, bem como sem indagar o porquê de somente encontrarem-se processos deste tipo em relação ao funk ou rap, em especial quando as letras fazem menção à questão das drogas, quer diretamente ao uso, quer em menção a facções relacionadas ao tráfico de drogas nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo.

A seletividade na utilização deste dispositivo aparece quando verificamos na pesquisa de jurisprudência sobre o delito de apologia quando associada à produção musical que as ações penais têm recaído sobre os ritmos associados à resistência da periferia⁴.

No HC 89244/RJ, que tramitou no STF, a defesa do acusado, conhecido como Mc Frank, processado em razão da música Bonde do 157, buscou apresentar uma série de outras músicas que também possuem menção a fatos criminosos.

Aludem a precedentes sobre a matéria, mencionando músicas de outros autores e cantores em que há referência a prática delituosa – Pivete, de Chico Buarque e Francis Hime; Meu gol de placa, de Latino; Matei o presidente, de Gabriel o Pensador; Malandragem dá um tempo, de Bezerra da Silva, interpretada pelo Barão Vermelho; Folha de bananeira, de Armandinho; Preconceito de cor, de Bezerra da Silva, e Minha embaixada chegou, de Assis Valente. (STF, HC 89244/RJ).

Tal argumento sequer restou enfrentado pelo julgador, que indeferiu o habeas corpus para trancamento da ação penal sob o argumento de que não havia risco de manter-se a tramitação, devendo, inclusive em razão do estágio da ação, esperar a manifestação do Ministério Público e a decisão da Turma Recursal, nada dizendo sobre o porquê determinadas músicas são enquadradas no delito e outras não.

Sobre o referido julgamento Salgado destaca a influência da associação funk e periferia como componente para determinar a atuação do sistema penal de repressão.

Todas as letras escolhidas como precedentes pela defesa, tem em comum não serem funks cariocas. Existe uma centena músicas que

⁴ Os demais casos de apologia encontrados em pesquisa junto aos tribunais fazem referência à questão do tráfico e uso de drogas.

poderiam ser agregadas a essa lista para darem respaldo à defesa. Porém, é muito provável que quase todas as letras de música que tivessem referência à um fato criminoso e fossem funks cariocas, seriam encaradas pelo judiciário como apologia ao crime. O ministro não tece maiores considerações sobre a música, porém não deixa de registrar no habeas corpus que ela pertence ao “ritmo funk”. Ser funk é algo que parece ser importante para o caso, uma vez que esse fato foi registrado. Um outro tipo de música como MPB, samba, pagode, dificilmente seria registrado do mesmo modo. (SALGADO, 2012)

Tais ritmos encontram-se associados, portanto, à população de periferia e, por consequência, à população negra, uma vez que é nos estratos sociais mais baixos que se encontra a maioria desta população. Esta realidade traz à tona indagação sobre a influência da questão racial na marginalização destes ritmos, uma vez que, como nos ensina Moore, o racismo no século XXI encontra-se associada à questão do acesso aos recursos, inclusive, o cultural.

Nas sociedades atuais, os recursos vitais se definem em grande medida em termos de acesso: à educação, aos serviços públicos, aos serviços sociais, ao poder político, ao capital de financiamento, às oportunidades de emprego, às estruturas de lazer, e até ao direito de ser tratado equitativamente pelos tribunais de justiça e as forças incumbidas da manutenção de paz. O racismo veda o acesso a tudo isso, limitando para alguns, segundo seu fenótipo, as vantagens, benefícios e liberdades e a sociedade outorga livremente a outros, também em função de seu fenótipo. (MOORE, 2012)

O direito parece quer sempre fugir do enfrentamento da realidade social subjacente à questão, recorrendo a soluções do campo eminentemente formal para encerrar os processos, omitindo-se em reconhecer se tais condutas estão ou não amparadas pelo direito de liberdade de expressão, muito menos em verificar a atuação das polícias e do Ministério Público para o enquadramento no referido tipo.

No HC 192.802/RJ que envolveu a prisão temporária de cinco funkeiros, em razão de inquérito policial que os enquadrava não só em apologia, mas também em associação para o tráfico, a medida liminar que possibilitou a soltura somente foi deferida por entender que não se tratando de crime hediondo deveria durar apenas cinco dias e não 30 dias, e estes já haviam passados.

No contraponto desta ótica, ganhou destaque nos noticiários, sentença proferida pelo juiz da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, no âmbito do processo 0002438-06.2014.8.19.0001, que determinou o arquivamento de denúncia apresentada pelo Ministério Público sobre a suposta ocorrência de apologia ao crime, por se encontrar o autor cantando funk, na modalidade intitulada “proibidão”, em face das seguintes expressões constantes na música: ‘piranha de Camará pode fumando o boldinho’; ‘se o playboy botar na Vila vai tomar de para-fal’; ‘nós vamos dominar a pedreira, vai virar peneira’; ‘vai morrer quem mandou mexer’.

O juiz, tomando por base o julgamento do STF na ADPF 187 sobre as Marchas da Maconha, avança na análise dos aspectos sociais relacionados para reconhecer a atipicidade da conduta, valendo destacar parte de sua fundamentação:

Em toda a sociedade a produção do discurso é simultaneamente controlada, selecionada, organizada e redistribuída por um certo número de procedimentos que têm por papel exorcizar-lhe os poderes e os perigos. (Michel Foucault - A Ordem do Discurso). O Brasil, infelizmente, já teve vários ‘proibições’ - nomenclatura que, na atualidade, designa especificamente determinado estilo do funk carioca surgido nas favelas na década de 90 do século XX, e que se por um lado é jocosa e auto-atribuída pelos autores e intérpretes das composições já como uma crítica antecipada sobre o que pensará a ‘elite’ branca brasileira a respeito de sua temática, de outro demonstra - quando utilizada a expressão, como aqui, numa denúncia criminal - intuito pejorativo, censor e recriminador, fruto de uma certa vertente de moral e civismo que tem sua semente em regimes autoritários e que ainda cisma em vicejar em (estranhos, como agora) tempos democráticos.

(...)

Agora, tal proibicionismo se volta (ou ao menos é o que se pretende) contra as músicas que nada mais fazem do que simplesmente retratar o diuturno cotidiano das favelas cariocas dominado por extrema e pernicioso violência imposta e gerada pela política de extermínio de 'guerra às drogas' que vigora há décadas no Rio de Janeiro no trato da questão dos entorpecentes (ainda que ao custo de inúmeras mortes de cidadãos inocentes, adolescentes 'infratores', 'criminosos' e agentes da segurança pública, bem como de gravíssimas violações a direitos fundamentais), e que leva os cidadãos habitantes daquelas comunidades a identificar eventualmente os moradores de comunidades vizinhas e a polícia como inimigos a serem combatidos e mortos - já que morte é o que usualmente produzem quando ingressam em 'seus territórios'.

(...)

A tentativa de criminalização dos proibidos, com a qual o Poder Judiciário não há de compactuar, tem como ponto de partida justamente a concepção indicada por Foucault na epígrafe desta decisão. Trata-se de uma política de controle da voz dos excluídos, daqueles que não estão inseridos dentro do padrão cultural hegemônico (bonitinho, limpinho...) aceitável pelas majorias. Trata-se, enfim, de uma tentativa de 'pacificação' do discurso dos excluídos - depois de terem invadidos e controlados seus territórios por Unidades de Polícias Pacificadoras (UPPs), pretende-se o controle de seus corações e mentes, já que 'o funk proibido representa a redenção de um 'lugar de fala' que deveria permanecer no silêncio'.

A sentença acima procura fugir dos parâmetros da dogmática tradicional. Se a vertente da criminologia crítica defende a necessidade de uma criminologia do Sul, onde possa ser considerada a questão da exploração e dominação vivida na América Latina e África, tenho que a consequência necessária é a reavaliação da dogmática penal, para

inserir no seu contexto os mesmos elementos: exploração e dominação. Não é possível ignorar na aplicação da lei a realidade social que subjaz aos fatos.

A verdade é que nenhum direito é absoluto, e assim também não o é o direito de liberdade de expressão. Momentos há de colisão de princípios constitucionais, situações em que se tem que decidir sobre a legitimidade de determinadas manifestações, mas seria o direito penal o instrumento mais adequado para a solução desses conflitos? E ainda que consideremos ser o direito penal adequado a estes fatos sociais, como estabelecer os limites de sua atuação?

Certamente, o caminho que o Poder Judiciário vem adotando, tratando os processos em seus aspectos meramente formais não é hábil para o enfrentamento de tais questões e elas precisam ser enfrentadas, pois, ainda que seja editada lei revogando o delito de apologia, ainda persistiram as mesmas questões em relação à associação ao tráfico. É preciso trazer a complexidade e a interdisciplinaridade, características da modernidade tardia, para desenvolver uma nova dogmática que permita a interpenetração das demais ciências penais para uma construção mais condizente com a sociedade de conflito em que nos encontramos inseridos.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa demonstrou que todos os processos envolvendo apologia ao crime de produção musical encontram-se relacionados a ritmos associados à periferia: funk e rap. Não foi encontrado nenhum processo nos tribunais superiores com ritmo musical diverso dos dois citados.

Este fenômeno tem maior relevância no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, sendo desta unidade da federação os processos que chegaram aos tribunais superiores.

Considerando que o delito de apologia ao crime é de menor potencial ofensivo, não sendo apto a gerar prisão, foi verificado que as instituições do sistema repressivo estão promovendo o enquadramento da produção musical não mais como apologia ao crime, mas sim como associação ao tráfico, objetivando o tratamento penal mais severo dos cantores e compositores a sugerir um estudo específico sobre a

interrelação entre a produção musical e a questão das drogas, que não se encontra entre os objetivos deste trabalho.

Nenhuma das decisões dos tribunais superiores enfrentou as questões sociais subjacentes ao processo, em nenhuma delas foi discutida a antinomia deste delito com o princípio constitucional da liberdade de expressão, nem apresentados os critérios para a escolha daquelas músicas em detrimento de outra. As decisões procuraram extinguir os processos mediante análise de critérios meramente formais, o que implica implicitamente na aceitação como válida da denúncia oferecida pelo Ministério Público.

A inexistência de incriminação de outros ritmos musicais demonstra a seletividade do Direito Penal e reforça o processo de criminalização de uma população já socialmente vulnerabilizada, deixando transparecer o caráter discriminatório de nossa sociedade.

Em que pese o precedente do STF na ADPF 187 sobre as Marchas da Maconha, em regra o Poder Judiciário tem adotado posição extremamente conservadora e continua a permitir a incriminação de mera expressão de opinião, em que pese tal atitude seja claramente contra os princípios de um Estado democrático de direito e da própria dogmática penal.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. Revista Polis e Psique, 2013; 3 (3); 143-164.

CUCO, Arcénio Francisco. Introdução à criminologia cultural: novo olhar sobre o velho objeto. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/53.pdf>. Acesso em 27 de outubro de 2015.

DALL'ACQUA, Vítor José Bruzon. A criminalização da cultura periférica como descompasso entre movimentos culturais populares e políticas estatais: a questão do Hip Hop em São

Paulo. Disponível em http://www.encontro2014.andhep.org.br/resources/anais/1/1397605590_ARQUIVO_PR_OJETO_A_NDHEP.pdf. Acesso em 04 de setembro de 2015.

FERRELL, Jeff. Tédio, crime e criminologia: um convite à criminologia cultural. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 82, ano 18, p. 339-360, jan.-fev./2010.

_____. Culture, Crime, and Cultural Criminology. In Journal of Criminal Justice and

Popular Culture, 3(2) (1995) 25-42. Disponível em <http://www.albany.edu/scj/jcpc/vol3is2/culture.html>. Acesso em 30 de outubro de 2015.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? Lua Nova, São Paulo, 70: 101-138, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2015.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Loiro. Rio de Janeiro: Lamparina, 2015.

HONNETH, Axel. Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução de Luiz Repa. 2ª edição (2ª reimpressão – 2015). São Paulo: Editora 34, 2009.

MOORE, Carlos. Racismo e Sociedade: novas bases epistemológicas para entender o racismo. 2ª edição. Belo Horizonte: Nandyala, 2012.

SALGADO, Gisele Mascarelli. Músicas na Justiça: a letra no banco dos réus. Disponível em

http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11714&revista_caderno=27. Revista Eletrônica Âmbito Jurídico, Nº 100, Ano XV, Maio/2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VIANNA, Túlio Lima. O crime de apologia como instrumento de censura. Disponível em <http://jus.com.br/artigos/22684>. Publicado em 09/2012. Elaborado em 05/2011. Acesso em 18 de outubro de 2015.

TRÁFICO DE DROGAS: A UTILIZAÇÃO DO FLAGRANTE DELITO COMO FORMA JURÍDICA PARA A SUJEIÇÃO CRIMINAL

Pedro Machado de Melo Romano

Advogado e mestrando em sociologia pela UFMG.

E-mail: pedromeloromano@yahoo.com.br

Resumo: A “sujeição criminal”, conceito cunhado por Michel Misse (1999), mostra que a seleção de acusados como mecanismo da construção social do crime, se dá, como etapa derradeira, pelas características subjetivas do incriminado, e não pela suposta transgressão que tenha cometido. No caso do tráfico de drogas, poderia estar ocorrendo a aplicação da “sujeição criminal” diretamente pela utilização da prisão em flagrante, sem a abertura de inquérito para investigar o sujeito apreendido com drogas. É o que este trabalho visa averiguar. Tal cenário poderia estar desvirtuando normativamente o flagrante delito como instrumento de evidência no aprisionamento do suspeito, pois no caso do tráfico de drogas, a evidência legitimadora do flagrante seria amenizada pela dúvida existente na distinção entre uso e tráfico de drogas. O flagrante por tráfico de drogas poderia envolver dúvida, pois implicaria nessa distinção, que parece ser bastante polêmica. Como hipótese de pesquisa, vislumbra-se que haveria uma sobreposição das características sociais do suspeito apreendido sobre a distinção jurídico-formal entre uso e tráfico de drogas, tendo como principal instrumento a utilização do flagrante delito. Este cenário pode mostrar-se peculiar, pois o flagrante delito leva efetivamente o suspeito para o cárcere, além de rotular juridicamente a conduta com uma etiqueta de evidência, que pode influir no sentido de uma futura condenação. A metodologia utilizada se desdobrará na coleta de dados sociodemográficos dos suspeitos apreendidos em flagrante por tráfico de drogas na cidade de Belo Horizonte, no ano de 2015, nas 3 Varas de Tóxicos que concentram os inquéritos relacionados ao tráfico de drogas nesta capital. Para tanto será realizada uma amostra representativa, eis que, dada a quantidade inquéritos, seria impossível que fossem analisados todos. A partir de então, serão coletados, no sentido preceituado por Campos (2013), dados referentes às variáveis que parecem incidir mais diretamente na seleção de suspeitos pelo flagrante delito: sexo, idade, estado civil, moradia, escolaridade e profissão. Posteriormente,

com a formação do banco de dados, será realizada a comparação com pesquisas semelhantes realizadas no Rio de Janeiro e em São Paulo. Lemgruber e Fernandes (2015), Jesus et. al (2011) e Campos (2013) possuem pesquisas neste sentido, que permitem a realização da comparação com a realidade de Belo Horizonte, para averiguar se a sujeição criminal ocorreria e se poderia se falar que no caso das drogas ela envolveria um contexto mais macrossociológico. O marco teórico para a explicação do objeto da presente pesquisa, pelo enfoque microssociológico, seria a teoria do labeling approach, ou teoria dos rótulos, que ressalta a importância da definição e da incriminação para a constituição do crime, retirando deste a ontologia que correntes criminológicas tradicionais lhe atribuíam, colocando em ênfase, nos termos de Becker (2008), o caráter de atribuição e imposição da regra como formadores da conduta desviante. Pelo enfoque macrossociológico, serão conjuntamente utilizadas a criminologia crítica, e a teoria foucaultiana do poder, isso porque é preciso que sejam feitas considerações acerca das razões, de cunho político, econômico ou culturais, da possível não aleatoriedade na seleção do contingente enviado à prisão por tráfico de drogas mediante utilização do flagrante delito.

Palavras-chave: Sujeição Criminal, *labeling approach*, Criminologia Crítica

1. INTRODUÇÃO

O caso Rafael Braga¹ causou grande repercussão nacional. Rafael foi preso e condenado por tráfico de drogas, a uma pena de 11 anos de prisão, depois de ter sido apreendido com quantidade ínfima de drogas². Com essa quantidade, seria perfeitamente possível que fosse usuário e não traficante. A questão principal do debate girou em torno da possível influência do perfil socioeconômico e sociodemográfico de Rafael, morador de periferia, com baixa escolaridade, pobre e negro, em sua prisão e posterior condenação. Fatores extrajurídicos,

¹ Reportagem disponível em: <http://ponte.cartacapital.com.br/rafael-braga-e-condenado-a-onze-anos-de-prisao/>, acesso em 02 de maio de 2017.

² O número do processo referente ao Rafael Braga é 0008566-71.2016.8.19.0001, os autos mostram que Rafael portava “0,6g (seis decigramas) da substância entorpecente Cannabis Sativa L., acondicionados em uma embalagem plástica fechada por nó, bem como 9,3g (nove gramas e três decigramas) de Cocaína (pó), distribuídos em 06 cápsulas plásticas incolores e 02 embalagens plásticas fechadas por grampo”.

relacionados ao perfil social poderiam ter sido fundamentais para sua prisão e posterior condenação? Mesmo diante da ínfima quantidade de drogas apreendida? E da improvável destinação ao comércio da droga apreendida? O perfil social de Rafael teria se sobreposto às categorias jurídicas que distinguem uso e tráfico de drogas, e ocasionado uma punição, que a primeira vista, parece desproporcional e duvidosa?

Diante deste caso emblemático, o presente artigo trata sobre a possibilidade da ocorrência da sujeição criminal, conceito cunhado por Misse (1999), na aplicação da prisão em flagrante por tráfico de drogas. A “sujeição criminal”, como conceito criminológico aborda justamente a possibilidade da consideração do perfil social do suspeito em sua incriminação, como principal elemento da atribuição da conduta desviante a alguém. Este conceito se coloca em sintonia com o deslocamento da responsabilização penal da transgressão, para incidir sobre o sujeito componente de um perfil social específico. Segundo Misse (1999), criminosos seriam responsabilizados não pelo ato que cometeram, ato supostamente criminoso, mas pelas suas próprias características subjetivas. O crime não seria um fenômeno ontológico, em si, seria sim uma espécie de atribuição socialmente construída, cuja etapa derradeira seria, nos dizeres de Misse (1999), justamente a sujeição criminal, a incriminação de um perfil social que correspondesse às expectativas sobre quem deveriam ser os criminosos em potencial no interior de determinado contexto social.

A questão da possibilidade da ocorrência da sujeição criminal já no flagrante por tráfico de drogas se mostra com inúmeras particularidades e desdobramentos no que tange à repressão às drogas. Misse (1999), quando cunhou a expressão, e esquadrinhou as etapas da construção social do crime, parece ter feito alusão ao processo de incriminação que tem no inquérito policial uma das suas expressões mais emblemáticas, mas não fez nenhuma alusão à questão da prisão em flagrante. Parece que Misse (1999), do mesmo modo que Kant de Lima (1998) o fez, centralizou sua análise na formação da culpa ao longo das etapas inquisitórias relacionadas ao inquérito policial. No caso, o presente artigo busca isolar como objeto outro momento da acusação social e atribuição da conduta criminosa, que não o inquérito policial, e que também parece não ser muito abordado pela sociologia do crime e do direito: a prisão em flagrante.

A prisão em flagrante reveste-se de suma importância no contexto da repressão às drogas por várias questões, que serão devidamente enumeradas. Basicamente, existe uma

peculiaridade que é pouco desenvolvida, e pouco problematizada na sociologia do crime: que o flagrante apresenta a única hipótese como instrumentalidade da justiça criminal, de que alguém seja imediatamente levado para a prisão, sem que se tenha qualquer necessidade de delongas, de formação da culpa, de investigação, da instauração do processo penal, do oferecimento da denúncia, da prolação de sentença condenatória³. Isso porque a prisão em flagrante é um instrumento que o sistema pode dispor quando o acusado é flagrando exatamente no momento em que comete o crime em questão: o assassino que é capturado no exato momento em que dispara contra a vítima, o assaltante que é capturado no exato momento em que agride a vítima para subtrair seus pertences, o ladrão que é capturado no exato momento em que furta uma joia e etc⁴. Jesus (2016), enxergou que a questão do flagrante se reveste de peculiaridades no caso específico das drogas, uma vez que o tráfico de drogas, é considerado crime permanente, cuja consumação se prolonga, sendo necessário para que se legitime um flagrante tão somente que o policial encontre a droga com o suspeito, e interprete que a mesma era destinada ao tráfico, e não ao uso para consumo pessoal⁵, não sendo necessário que suspeito esteja efetivamente praticando o comércio no exato instante em que é apreendido.

No que tange a dualidade entre flagrante e inquérito, Foucault (2005) soube enxergar essa diferenciação dentro do próprio sistema de justiça criminal, preceituando em *Verdades e as Formas Jurídicas*, que o ocidente se viu diante de dois caminhos para superar o modelo da prova, modelo este de descobrimento da “verdade” dos fatos, e que se caracterizava por disputas internas entre os proponentes: a prisão em flagrante, por um lado, e o inquérito policial, pelo outro. Como forma de elucidação dos casos concretos, nos termos foucaultianos, o contexto global do poder na formação da conjuntura política do ocidente, optou por escolher o segundo

³ Preceitua o art. 5º LXI da Constituição da República: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” Como se vê, a prisão em flagrante é exceção quanto a necessidade de autorização judicial para que se efetive.

⁴ Prescreve o art. 302 do Código de Processo Penal: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”. Note-se que o dispositivo legal descreve situações em que o crime está ocorrendo no exato momento em que seu suposto autor é flagrado.

⁵ O tráfico de drogas autoriza a aplicação da prisão em flagrante, pois para este crime é cominada pena de prisão de 05 a 15 anos (art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a nova lei de drogas). O uso de drogas não, pois apesar de ainda formalmente crime, o art. 28 da mesma lei, que o tipifica criminalmente, não cominou pena de prisão.

modelo, do inquérito policial, justamente por ser impossível capturar todos os criminosos no exato momento em que cometiam seus supostos crimes, sendo muito mais adequadas para as novas formas de remanejamento do poder que fosse gestado um modelo embasado no saber investigativo que detivesse a prerrogativa de elucidação da “verdade” dos fatos nos mais variados litígios componentes da vida social.

Se existe um instrumento que é avesso às teorias de desnaturalização do crime, da retirada de qualquer natureza intrínseca que possa conter, esse instrumento é a prisão em flagrante. Porque o flagrante representa a mais perfeita atualidade do crime, sendo que neste ponto não poderiam ser as características subjetivas a serem reprimidas, pois não haveria tempo para que fossem consideradas, mas em contramão à tendência apontada por Misse (2011), a própria conduta transgressora que seria objeto da repressão penal. O criminoso que é levado à prisão em virtude do flagrante, teoricamente, o seria porque sua conduta é de tal modo afrontosa e indubitável, tão intrinsecamente característica de reprovabilidade, e tão claramente encaixada na descrição abstrata que a lei faz das condutas criminosas, que não se fazem necessárias maiores delongas na formação da culpa, a prisão se mostra como única solução viável diante da clareza e evidência de uma conduta transgressora. Foucault (2005), em *Verdade e as Formas Jurídicas* percebeu isso. É possível e viável se falar na desconstrução do crime como fenômeno ontológico, desde que se coloque entre parêntesis, e como exceção, justamente a prisão em flagrante. Porque o flagrante se destina justamente a reprimir a conduta, a transgressão, o desvio, e se apresenta em contramão à tendência moderna de deslocamento da reprimenda penal para o sujeito, o transgressor, o indivíduo, seu comportamento, sua subjetividade. Por este motivo a questão da sujeição criminal deve ser problematizada quando se fala em flagrante delito.

Assim, a sujeição criminal, como categoria que explora uma perspectiva criminológica que deslegitima o crime como fenômeno natural, não poderia ocorrer no ato do flagrante, ou então, pelo menos, não ser constitutiva do mesmo. É este o objeto do presente artigo: a prisão em flagrante no tráfico de drogas. A este objeto provém a pergunta de pesquisa: a sujeição criminal estaria ocorrendo diretamente na aplicação, constituição e interpretação do flagrante nos casos de tráfico de drogas? O que equivale a indagar se os flagrados por tráfico de drogas

estariam sendo recrutados mais em virtude dos elementos sociais que os distinguem do que pelas categorias jurídicas abstratas que tipificam criminalmente o tráfico de drogas.

Como exposto, se confirmada a existência da sujeição criminal neste momento, do flagrante delito, a teoria criminológica autorizaria a confecção da conclusão que vai no sentido da existência de uma prisão sumária, avessa à excepcionalidade do flagrante de cuja matéria se constitui, e que poderia estar levando um contingente indistintamente de traficantes e usuários para a prisão, sob o manto da aplicação do flagrante delito por tráfico de drogas.

No caso do tráfico de drogas, a ocorrência da sujeição criminal diretamente no flagrante seria possível pela enorme polêmica, inclusive já apontada pela literatura sociológica, acerca da distinção entre uso e tráfico de drogas (Jesus et al, 2011; Campos, 2013; Campos 2015; Lemgruber e Fernandes, 2015; Jesus, 2016, Souza, 2015). Seria na própria aplicação do flagrante que policiais realizariam a derradeira interpretação, se o suspeito cometeu uso, ou se cometeu tráfico de drogas⁶. Essa interpretação consistiria em prender ou não prender o suspeito, mas se realizaria em meio a uma torrente de obscuridades, em virtude da sutileza da diferenciação entre as condutas na nova Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/2006⁷ (Jesus, 2016; Lemgruber e Fernandes, 2015; Campos, 2015).

O flagrante por tráfico implica exatamente na interpretação, realizada na maioria das vezes por policiais, que distingue entre tráfico e uso de drogas. O primeiro delito ocasiona

⁶ O art. 28 da Lei de Drogas, que tipifica o uso: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.” Note-se que não é cominada pena de prisão.

O art. 33, da Lei de Drogas que tipifica o tráfico: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁷ O único dispositivo contido na Lei de Drogas que fornece critérios para a diferenciação entre tráfico e uso de drogas, é o art. 28, §2º: “§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Note-se que quase todos os critérios são subjetivos. Inclusive a Nota de Igarapé (2015) menciona essa questão, dizendo que até a mesma quantidade, que poderia funcionar como critério objetivo, assim não pode ser considerada, pois a Lei de Drogas não estabeleceu parâmetro quantitativo para separar uso e tráfico de drogas.

prisão, sendo passível de ser objeto do flagrante delito, o segundo, em virtude de estar despenalizado, não. A distinção entre uso e tráfico de drogas poderia estar ocorrendo em virtude de variáveis sociológicas, em detrimento de categorias jurídicas, no exato momento da aplicação do flagrante por policiais, contra suspeitos com quem foram apreendidas pequenas quantidades de drogas, em situações que acarretariam sérias dúvidas entre a ocorrência do uso e do tráfico de drogas. Essa hipótese apontaria para a já mencionada ocorrência da sujeição criminal diretamente pelo flagrante, instituto que sob a ótica foucaultiana, seria exceção ao aprisionamento normalizador que deu origem às prisões modernas, substituindo os outrora castigos que se utilizavam do suplício para a punição do transgressor.

A hipótese de pesquisa aponta para a existência da sujeição criminal diretamente na aplicação do flagrante por tráfico de drogas, tendo maior peso no recrutamento desses supostos traficantes o perfil social a que pertencem do que a quantidade de drogas e outras circunstâncias relacionadas ao momento em que foram apreendidos.

O objetivo deste trabalho é verificar se a prisão em flagrante como instrumento de exceção do sistema de justiça criminal vem sendo utilizada como mecanismo de encarceramento tendo em vista fins relacionados ao controle social, nos termos preceituados por Wacquant (1999), de uma população considerada socialmente perigosa.

2. METODOLOGIA

Para responder a pergunta de pesquisa, é necessário delimitar antes o recorte espacial e temporal que a mesma irá centrar sua análise. Diante do objeto, faz-se necessária a investigação do perfil social dos incriminados por tráfico de drogas, que foram recolhidos ao cárcere, em determinado espaço, em uma determinada temporalidade. Quanto a esta, é necessário um recorte que englobe a realidade da aplicação da Nova Lei de Drogas, a Lei nº 11. 343/2006. É salutar que este recorte seja o mais atual possível, diante dos mais de 10 anos de vigência da referida lei, o que pode fazer com que sua implementação e aplicação tenha se alterado no tempo. Quanto ao espaço, em virtude de estar próximo do pesquisador, o fluxo das 3 Varas de Tóxicos, que concentram os processos de tráfico de drogas na comarca de Belo Horizonte, representa a melhor opção para o desenvolvimento do objeto de pesquisa.

Existe uma base de dados do CRISP (Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública- UFMG), relacionada à pesquisa sobre as audiências de custódias ocorridas entre Setembro de 2015 e Março de 2016, cujos dados foram coletados mediante observação direta das referidas audiências, em que diversas variáveis sociodemográficas dos acusados estão consubstanciadas. A mencionada base de dados contém uma amostra referente a todas as audiências de custódia realizadas no período em questão, referentes a todos os crimes em que acusados foram presos em flagrante. Essa mesma base de dados contém também os dados referente a essas variáveis. A amostra foi composta por 825 casos, sendo que os casos referentes ao tráfico de drogas somaram 136 ocorrências. Como se trata de audiências de custódia, necessariamente os acusados que a ela foram submetidos, foram presos em flagrante⁸, o que facilita a investigação relacionada ao objeto de pesquisa. Foi realizado o isolamento dos casos de tráfico de drogas, utilizando o software Stata, separando esses casos do total da amostra, para proceder posteriormente com as modulações quantitativas relacionadas às variáveis referentes ao perfil social do suspeito apreendido mediante o uso da prisão em flagrante por este crime.

A partir do isolamento dos casos de tráfico de drogas, foi realizada correlativamente a comparação com as variáveis designadas acima, para verificar o perfil social que vem sendo recrutado a título de prisão em flagrante por tráfico de drogas no recorte espacial escolhido. Assim foi possível vislumbrar acerca da ocorrência ou não da sujeição criminal no ato da prisão em flagrante por tráfico de drogas, e iluminar a questão afim de que seja respondida a pergunta de pesquisa.

Para fins deste trabalho, nos termos apontados por pesquisa similar de Campos (2015) em São Paulo, cogita-se que as variáveis mais fundamentais para a aplicação do flagrante por tráfico de drogas são: idade, cor, estado civil, escolaridade, sexo. Essas variáveis juntas poderiam ser responsáveis por compor um perfil social preferencialmente selecionado mediante a aplicação do flagrante delito por tráfico de drogas, coadjuvando categorias jurídicas contidas

⁸ As audiências de custódia, começaram a serem implantadas em todo o território nacional a partir do ano de 2015, e são fruto da interpretação que considera que desde o Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, é direito fundamental do preso ser imediatamente submetido ao contato direto com juiz, que avaliará a legalidade de sua prisão. Somente são submetidos à audiência de custódia os acusados que foram presos em flagrante, eis que a base de dados coletada mediante observação direta nas mesmas, é ferramenta valiosa para avaliar o perfil social do contingente que vem sendo enviado à prisão por intermédio do flagrante delito.

na Lei nº 11.343/2006, que tipificam criminalmente o tráfico de drogas e o diferenciam do uso para consumo pessoal. A pesquisa visa exatamente mostrar pelo manejo da metodologia quantitativa, a partir da base de dados já mencionada, se os elementos sociais estão sendo mais importantes como critério para aplicação do flagrante delito por tráfico, e sua consequente distinção com o uso para consumo pessoal, do que as categorias jurídicas legalmente estatuídas para tanto.

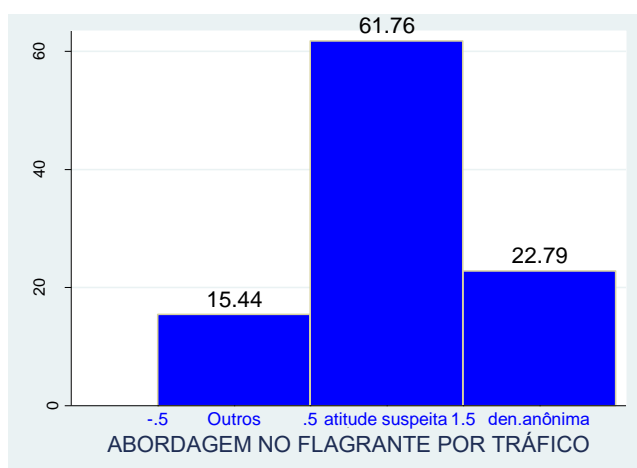
3. RESULTADOS

3.1) Abordagem

É importante cogitar acerca da questão da abordagem policial, como o policial decide por abordar determinado suspeito, e não outro, o que o faz a proceder dessa forma, o que chama sua atenção para realizar a abordagem. Tânia Pinc (2014) chama atenção para este fator, mostrando como, na maioria das vezes, a abordagem policial ocorre por fatores situacionais específicos, formados como resultado do próprio saber prático do policial em sua atividade profissional, relacionado aos potenciais suspeitos de cometerem crimes. A atitude suspeita é um dos elementos que mais influenciam na ação policial que opta pela abordagem, nos termos das conclusões alcançadas pela pesquisa de Pinc (2014). Diante da importância do tema para a problematização do objeto desta pesquisa, no que tange à prisão em flagrante, a base de dados foi manejada para se averiguar o que ocasionou a abordagem policial que culminou na prisão em flagrante por tráfico dos suspeitos na amostra em questão. Os resultados apontam para a importância de questões situacionais, relacionadas à suspeita que a atitude do indivíduo causou diante do policial, sem qualquer prévia informação a respeito daquele, ou qualquer denúncia no sentido de que traficava droga. Pela amostra considerada, 61,76% dos flagrados por tráfico foram inicialmente abordados por atitude suspeita, sem qualquer denúncia anterior ou informação prévia de que traficavam, ou de que estavam no exato momento comercializando substâncias ilícitas. Percentual muito maior do que os flagrados mediante abordagem fundada em denúncia anônima, que somou somente 22,79% dos casos. A Figura 1 mostra a distribuição do motivo da abordagem inicial dos flagrados por tráfico de drogas, e mostra também que a

maioria disparada das abordagens ocorreu por atitude suspeita, quando o policial não possui qualquer informação prévia sobre o suspeito, e se depara com o mesmo por contextos situacionais.

Figura 1- Distribuição do motivo das abordagens policiais que resultaram na aplicação do flagrante delito por tráfico de drogas (2015-2016)

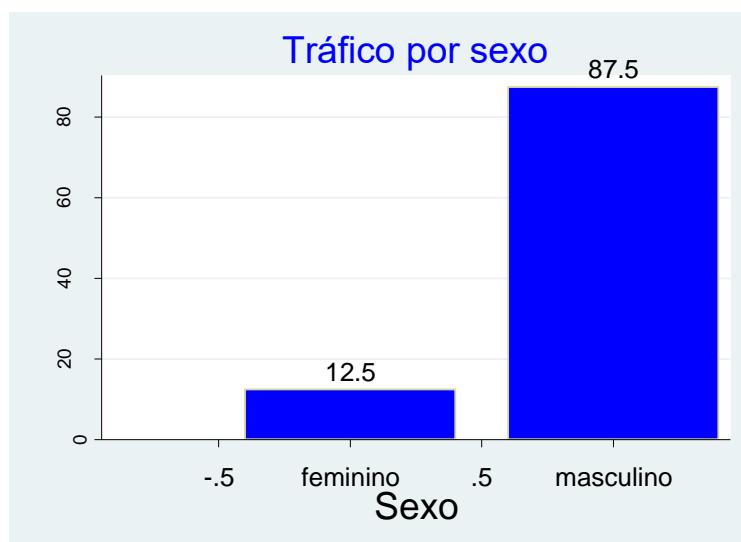


Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.2) Comparação por sexo

Os resultados da distribuição por sexo dos acusados flagrados por tráfico de drogas na amostra considerada, mostra grande maioria de homens apreendidos, 87,50% do total de flagrantes por tráfico incidem sobre suspeitos do sexo masculino, ao passo que 12,50% são mulheres. Apesar de suspeitos do sexo masculino ainda constituírem a imensa maioria dos presos em flagrante por tráfico, na esteira do que aponta Campos (2015), não deve ser olvidado que a participação feminina no tráfico tem crescido em ritmo maior no que tange a este crime quando comparado aos outros, e o percentual de 12,50% de mulheres flagradas provavelmente representa cifra superior quando comparada à participação feminina nos outros crimes.

Figura 2- Distribuição por sexo dos flagrantes por tráfico (2015-2016)

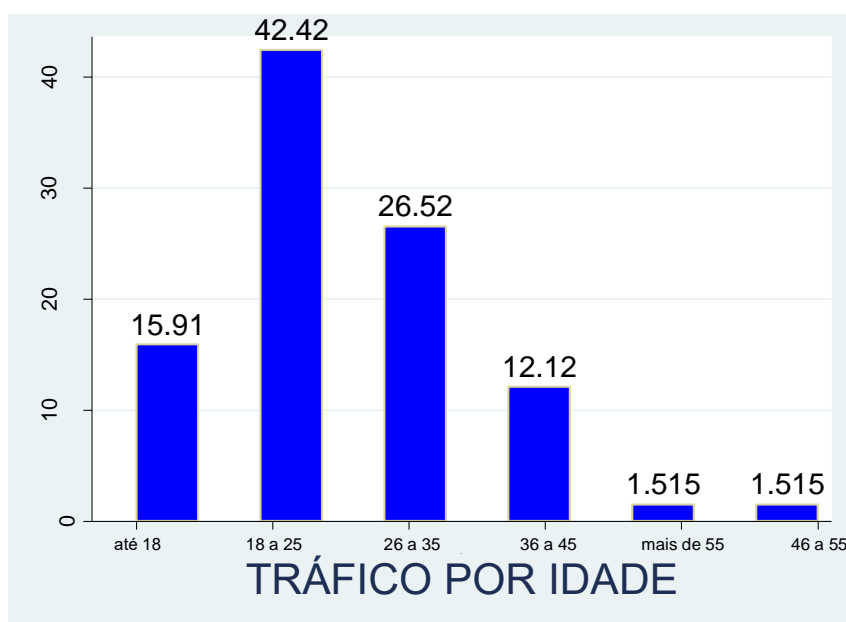


Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.3) Tráfico por idade

Posteriormente foi realizado o cruzamento dos casos de tráfico de drogas com a variável idade. Nota-se que a grande maioria dos presos em flagrante por este crime em Belo Horizonte, considerando o período avaliado, é formada por jovens até 35 anos (84,85%). Sendo que o maior percentual dos flagrados se encontra entre a faixa etária de 19 a 25 anos (42,42%). O que pode sugerir que o fator idade, como variável sociológica, pode influir na interpretação do policial que distingue o uso do tráfico de drogas, quando existe dúvida a este respeito. Ao que parece, a variável idade pode funcionar como um dos fatores constitutivos do perfil social que esteja em consonância com as expectativas sociais relacionadas aos criminosos em potencial, da forma como descrito por Misse (1999) ao conceituar a categoria da sujeição criminal como etapa da construção social do crime. Os resultados apontam para a tendência de encarcerar mediante flagrante delito por tráfico de drogas acusados jovens.

Figura 3- Distribuição por idade dos acusados apreendidos em flagrante por tráfico de drogas (CRISP-UFMG, 2016)



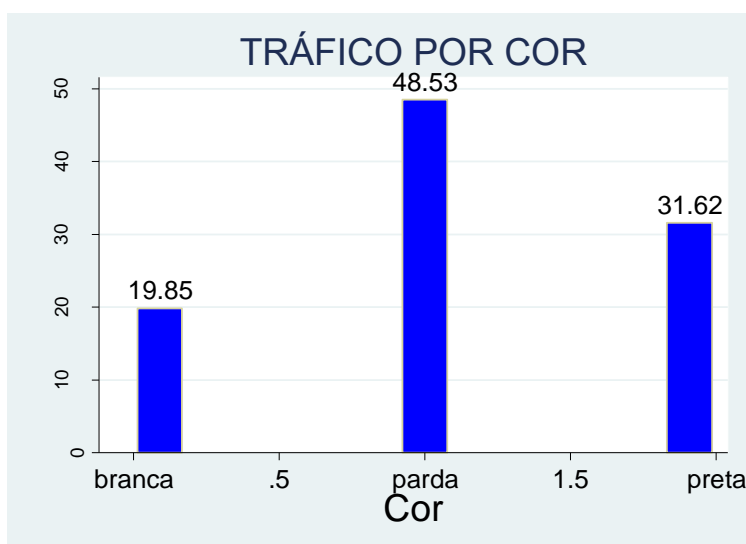
Fonte: Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.4) tráfico por cor

A variável cor parece também ser bastante influente no recrutamento de acusados de tráfico via prisão em flagrante, e mesmo diante do discurso jurídico que se legitima pela suposta neutralidade de suas categorias, principalmente no que tange à tipificação criminal, parece sofrer fortemente influencia de questões relacionadas à cor. Ao que parece a cor do suspeito influenciará na distinção entre uso e tráfico de drogas pelo policial responsável por aplicar ou não o flagrante. O resultado da pesquisa aponta que a maioria dos incriminados por tráfico via flagrante, é de acusados pretos ou pardos (80,15%). Considerando somente as três categorias, sem somar pretos e pardos, ainda assim existe maior numero de incriminados pretos (31,62%)

e pardos (48,53%), do que brancos (19,85%). Os números apontam para a tendência de que pretos e pardos sejam preferencialmente recrutados pelo sistema quando comparados com brancos, sendo que a cor parece representar importante variável constituinte de uma possível sujeição criminal no momento da aplicação do flagrante por tráfico de drogas. Os resultados apontam, no caso do flagrante por tráfico, resultado diverso da pesquisa de Tânia Pinc (2014) acerca da abordagem policial, que apontou para a não incidência de elementos relacionados à cor na decisão que opta pela abordagem policial. A explicação para este resultado pode passar pelo fato de que o flagrante por tráfico vai além da abordagem, e precisa, para se efetivar, de uma segunda interpretação por parte do policial, diferente daquela que o levou a abordar o suspeito: decidir se a eventual droga encontrada com o suspeito se destinava ao uso ou ao tráfico de drogas. Para este aspecto, a cor parece ter muita influência.

Figura 4- Distribuição por cor dos presos em flagrante por tráfico de drogas (CRISP-UFMG, 2016)



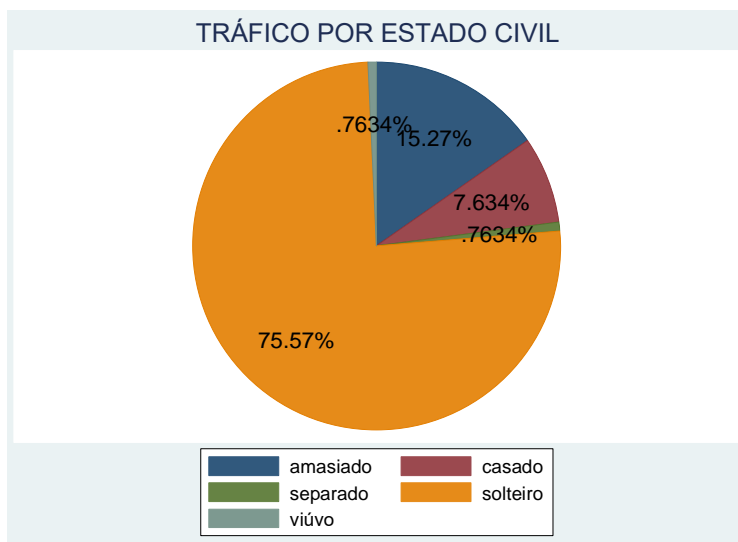
Fonte: Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.5) Tráfico por Estado Civil

Os dados mostram que também o estado civil do acusado parece ter influência na formação de um perfil social preferencialmente selecionável via flagrante por tráfico, para ser enviado à prisão. E é uma influência intensa, nada menos do que 75,57% dos presos por tráfico de drogas mediante flagrante delito, que participaram das audiências de custódia, no período avaliado, eram solteiros. Número bem mais expressivo do que os casados, que correspondem apenas a (7,63%) do contingente. Diante da já mencionada sutileza da distinção entre uso e tráfico de drogas na Nova Lei de Drogas, e a tênue diferença entre as duas condutas, pelo recorte utilizado, a questão do estado civil parece ter bastante influência nesta distinção, influência que não dá indícios de ser aleatória. A intensa diferença entre as cifras parece até sobrepujar o argumento que sustente que exista uma possível correlação entre estado civil e tráfico de drogas, no sentido de que o estilo de vida tornaria os casados menos propensos a cometerem este crime, quando comparados aos solteiros. Parece ser razoável inferir que a “aparência”, como uma expressão de cunho mais coloquial, nada menos do que uma das dimensões da sujeição criminal, é decisiva no momento de interpretar que o entorpecente apreendido com o suspeito se destinava ao uso ou ao tráfico de drogas. O estado civil, como variável sociológica, parece ter papel decisivo nesta questão, não obstante uma possível correlação que deixem os casados, pelo modo de vida, menos propícios a cometerem o crime de tráfico de drogas. Não é razoável pensar, ao menos na proporção mostrada pelos números, que só os solteiros trafiquem drogas.

Figura 5- Distribuição por estado civil dos presos em flagrante por tráfico de drogas. (CRIP-

UFMG, 2016)

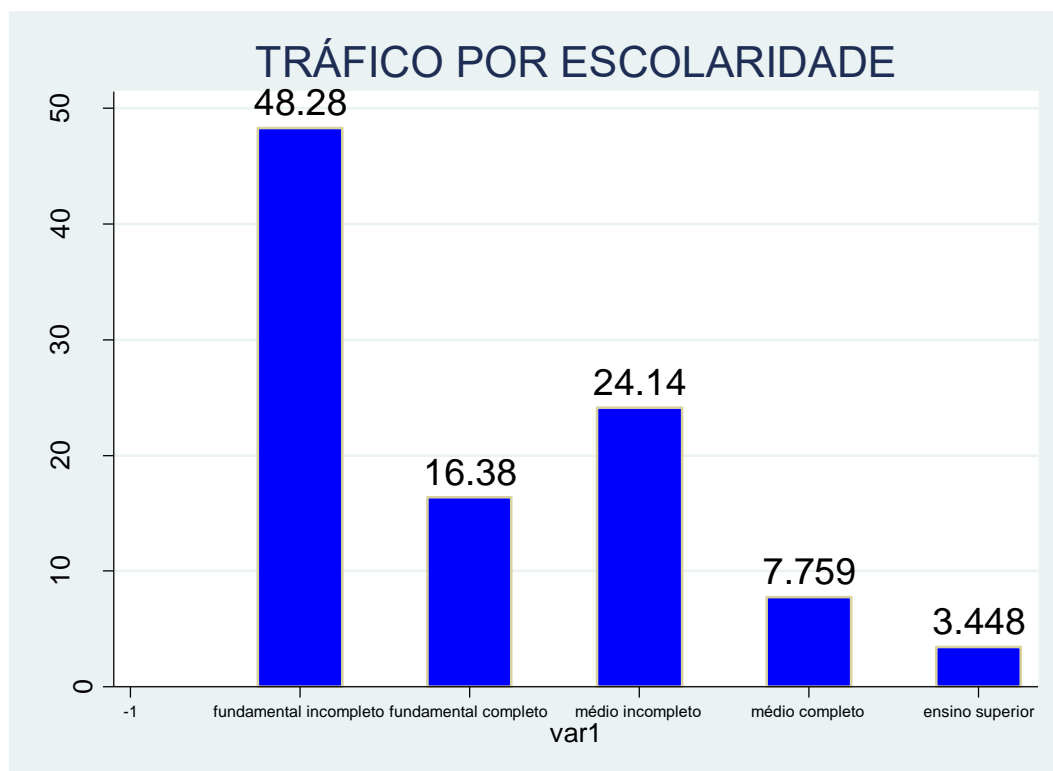


Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.6) Tráfico por escolaridade

Os resultados mostram também que possivelmente a questão da escolaridade é questão decisiva para que o policial responsável pela abordagem decida por definir a conduta como tráfico e não como uso de drogas. O percentual de acusados sujeitos ao flagrante por tráfico que não tiveram acesso ao ensino superior é de 96,55%, o que aponta para a seletividade de acusados desfavorecidos no momento da aplicação do flagrante por tráfico de drogas, e sua consequente distinção com o uso de drogas. Considerando aqui que pessoas de baixa escolaridade possuem modos de expressão corporal e comunicativa diferentes de pessoas de alta escolaridade, esta questão parece ser fundamental na diferenciação do contingente que será enviado à prisão acusado por tráfico. A escolaridade parece aqui funcionar como um dos pilares mais importantes constitutivos da sujeição criminal no momento da aplicação do flagrante por tráfico de drogas. A maior cifra de flagrados por tráfico de drogas encontra-se entre acusados que não tem sequer o ensino fundamental completo (48,28%), quase a metade do total de presos por tráfico de drogas no período avaliado.

Figura 6- Distribuição por escolaridade dos acusados presos em flagrante por tráfico de drogas



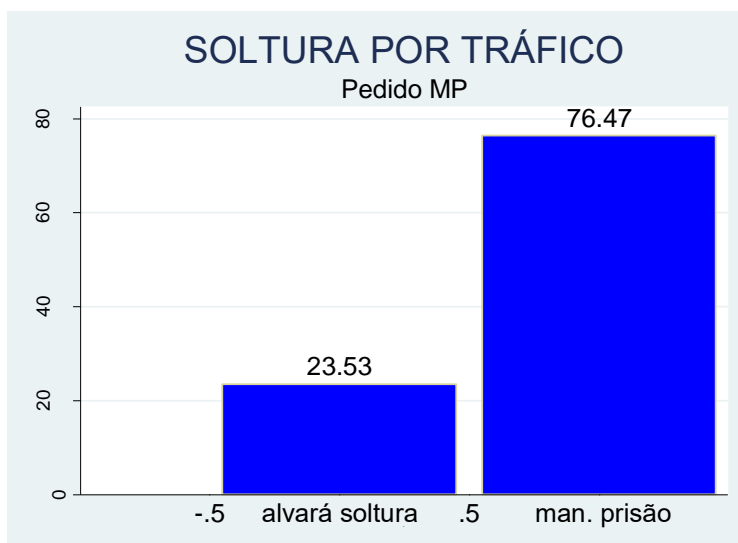
Fonte: Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

3.7) Pedido do Ministério Público

É importante cogitar também como as agências do sistema de justiça criminal se comportam diante da prisão em flagrante dos acusados, como elas se manifestam na audiência de custódia, que decidirá se a inicial prisão em flagrante é convertida ou não em prisão preventiva. Se elas tendem ou não a manter o decisão inicial que é tomada geralmente pela polícia, mediante aplicação do flagrante delito, e manter o acusado preso.

Pelo manejo dos dados, o Ministério Público, que é o titular da ação penal, embora neste momento ainda não possa ser considerado como parte, eis que nem ação penal existe, tratando-se ainda da etapa do inquérito policial, parece manifestar-se amplamente no sentido de manter a decisão do policial que aplicou o flagrante, solicitando ao juiz majoritariamente que essa prisão seja convertida em prisão preventiva e que o acusado continue preso. Os números mostram que em 76,47% dos casos o MP solicita ao juiz que a prisão em flagrante seja convertida em prisão preventiva. Uma tendência que aponta claramente para uma possível ação coordenada com a polícia na seleção do contingente que será enviado à prisão por tráfico de drogas. Esses números vão em direção oposta ao preceituado por Vargas e Rodrigues (2011), ao cunharem o termo “instituições frouxamente articuladas”, para ilustrar a autonomia que cada agência do sistema de justiça criminal possui, e que a ação de cada uma destas agências não está articulada umas com as outras, estando as mesmas insuladas em seus respectivos contextos organizacionais. Os números mostram que polícia e MP parecem trabalhar de maneira articulada quando se trata de prender em flagrante por tráfico de drogas, e mais além, o MP tende a concordar com a decisão inicial da polícia ao prender suspeitos em flagrante por tráfico de drogas. Pela análise da amostra não houve nem sequer um caso de pedido de relaxamento de prisão, que são os casos em que é suscitada a ocorrência de alguma ilegalidade na atuação policial na aplicação do flagrante. E somente em 23,53% dos casos, o MP solicitou a soltura dos acusados flagrados por tráfico de drogas, e em todas essas ocorrências mediante acompanhamento de alguma medida restritiva de direitos. Parece haver aqui a tendência apontada por Jesus (2016), de que outras agências de repressão penal não questionam atos relacionados ao “saber prático” do policial em sua profissão, não questionam o chamado “tirocínio policial”, que representa o saber técnico desenvolvido no atuar cotidiano do policial na repressão criminal, e em particular, neste caso, ao tráfico de drogas.

Figura 7- Distribuição do percentual de pedidos do MP sobre a manutenção ou não da prisão em flagrante. (CRISP-UFMG, 2016)



Fonte: Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

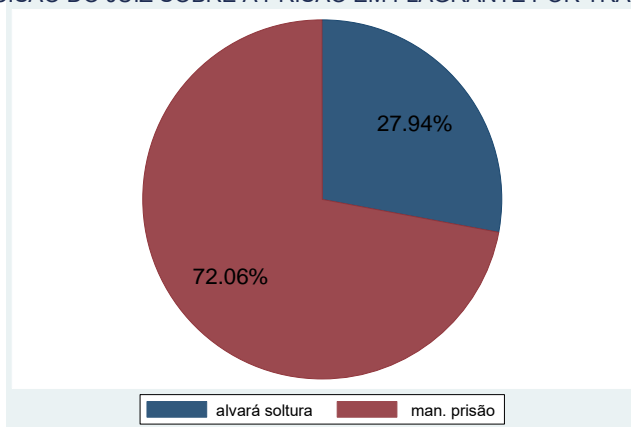
3.8) Decisão do Juiz

Quanto à decisão do juiz acerca da manutenção ou não da prisão em flagrante nas audiências de custódia, os números mostram que também o Poder Judiciário, aqui em nível de primeira instância, tende a acatar a decisão da polícia e não problematizar a decisão do policial que aplicou a prisão em flagrante por tráfico. Indica que no caso da repressão às drogas pode existir uma articulação tácita entre os atores da justiça criminal, amenizando, conforme já mencionado, a questão apontada por (Vargas e Neves, 2011), do “sistema frouxamente articulado. No caso das drogas, parece que o sistema de justiça e suas agências atuam em sintonia, apontando para um viés, como preceituado por Foucault (2004), de cunho mais macrossociológico, sendo plausível considerar que é tendência da justiça concordar com o que a polícia diz, no âmbito das prisões em flagrante por tráfico, acerca daqueles que deverão ser enviados à prisão. Em 72,06% dos casos, a inicial prisão em flagrante foi convertida em prisão

preventiva, e dos 27,94% dos casos em que foi concedido o alvará de soltura⁹ ao acusado, todos o foram mediante acompanhamento de alguma medida restritiva de direito, e não foi verificado nenhum caso relacionado ao relaxamento da prisão em flagrante e seu deferimento pelo juiz, o que mostra que além de se bastante reticente em libertar acusados presos em flagrante por tráfico, o Poder Judiciário tende, na esteira do preceituado por Jesus (2016), a não problematizar a legalidade da atuação das polícias na aplicação do flagrante por tráfico de drogas.

Figura 8- Distribuição do conteúdo das decisões proferidas nas audiências de custódia. (CRISP-UFMG, 2016)

DECISÃO DO JUIZ SOBRE A PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO



Fonte: Fonte: Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. (CRISP-UFMG, 2016)

4. EXPLICAÇÃO CRIMINOLÓGICA.

Os resultados da pesquisa mostram que existe um perfil social não aleatório do contingente que foi enviado à prisão no período abarcado, mediante aplicação do flagrante por tráfico de drogas, e que diante da indefinição na lei de drogas, de sua obscuridade na diferenciação entre uso e tráfico de drogas, este perfil social pode estar funcionando como

⁹ Quando o juiz liberta acusado que foi inicialmente preso em flagrante, diz-se que será expedido o Alvará de Soltura, documento que, pela burocracia do sistema, tem o condão de libertar o acusado da prisão.

principal ferramenta interpretativa para a diferenciação entre uso e tráfico de drogas, no sentido de aplicar ou não a prisão em flagrante. Os números mostram que é bem provável que esteja ocorrendo a sujeição criminal no momento da aplicação do flagrante por tráfico, e que este contingente que é enviado para prisão parece estar sendo recrutado mais em virtude do perfil social do que pela tipificação criminal que as categorias jurídicas fazem, no sentido de prescrever normativamente uma conduta abstratamente criminosa.

Para explicar esse cenário apontado acima, neste trabalho será utilizado como marco teórico as teorias do *labeling approach* ou teoria dos rótulos, sob uma perspectiva microsociológica, e a criminologia crítica marxista e a filosofia foucaultiana do poder, sob outra perspectiva macrosociológica.

Em primeiro lugar, o *labeling approach*, ou teoria dos rótulos, se mostra uma perspectiva teórica interessante no âmbito do presente trabalho, pois descortina como as categorias jurídicas são desconsideradas no processo de atribuição da conduta criminosa, diante da sobreposição das categorias sociológicas. A teoria dos rótulos, como preceitua Werneck (2014), toma seus aportes teóricos da sociologia interacionista, especificamente do interacionismo simbólico, movimento da sociologia que surgiu na segunda metade do século XX, que colocava como principal chave analítica sociológica a questão da interação, distanciando-se da dicotomia existente anteriormente na sociologia entre indivíduo e sociedade, ou entre ação e estrutura. Hans Joas (1999) preceitua que o interacionismo simbólico surgiu fortemente influenciado pela filosofia pragmatista norte-americana, que deslocava de maneira inovadora a perspectiva acerca da ação social. A filosofia pragmatista ignorava a questão normativa da ação social, se voltando contra toda espécie de normatização *a priori* que conduzisse os atores na vida social. Esta normatividade, externa ao indivíduo, formadora de uma moralidade, nos termos parsonianos, que guiaria os indivíduos no agir social, na visão interacionista seria nada menos do que irreal. Para os interacionistas, a moralidade não seria uma entidade metafísica, anterior à sociedade, mas outrossim construída, passo a passo, no interior da própria ação social, mediante mecanismos interativos de trocas simbólicas intersubjetivas, na própria estruturação de um determinado contexto social.

A teoria dos rótulos importa este aporte sociológico do interacionismo simbólico para a criminologia, se voltando contra qualquer caracterização do crime como fenômeno ontológico.

O crime não seria, pela visão do *labeling*, algo natural, uma conduta criminosa não seria essencialmente criminosa, ela só seria assim considerada, depois que a ela fosse imputada essa característica. Werneck (2014) mostra que a teoria dos rótulos passa a considerar como fundamental para que a conduta criminosa se constitua, a definição que assim a considere. Neste sentido, até mesmo a terminologia “conduta criminosa”, dá lugar a outra expressão, preferida pelos teóricos do *labeling*: “conduta desviante”. O crime seria um atributo, ou melhor, o adjetivo “criminoso”, seria um atributo, uma caracterização, que substituiria o substantivo “crime” como uma entidade ontológica que marcasse uma eventual conduta transgressora. O rótulo é que daria o adjetivo para a conduta, e a tornaria “desviante”.

A perspectiva da teoria dos rótulos é importante para o objeto deste trabalho exatamente porque coloca a importância do contexto concreto em que ocorre a prisão em flagrante por tráfico de drogas, o contexto concreto que faz surgir uma simbologia que pode explicar a sobreposição de categorias sociológicas em detrimento de categorias jurídicas. Neste sentido, Becker (2008), cuja obra, *Outsiders- Estudos de Sociologia do Desvio*, pode ser considerada um importante marco para a criminologia da rotulação, mostra como existe um longo processo de criação das normas, iniciado pelos designados “empreendedores morais”, que tomam essa tarefa como uma vocação, de maneira mais passional do que profissional, até os chamados “impositores” da regra, que ao contrário, atuam na tarefa de imposição da regra de maneira profissional, destituída de qualquer passionalidade, para somente depois chegar até o sujeito que sofrerá a imputação, diante de uma determinada conduta desviante. A normatividade que guia o estabelecimento de diretrizes nas quais polícia e acusado irão transitar, está escondida no próprio ambiente interativo que perfaz este contexto social, essa é a perspectiva que o *labeling* tentou mostrar como um novo paradigma para a criminologia. Velho (2003) preceitua exatamente essa questão: a utilização da sociologia interacionista sob um ótica criminológica visava acima de tudo romper com o paradigma etiológico do crime, que o considerava como fenômeno natural, e que até então dominava a criminologia.

Mas a teoria dos rótulos, e seu embasamento sociológico, como coloca Paixão (1998) tem somente alcance microsociológico, ela coloca a questão da relevância sociológica de um contexto social específico, mostrando como valores, crenças e normas emergem no interior de um ambiente interativo específico, nos próprios cursos de ação em que os atores sociais vão

construindo mediante reflexividade e alteridade, a estrutura social elementar deste contexto. Não existem, dentro do arcabouço teórico do *labeling*, explicações para razões políticas acerca de uma não aleatoriedade na seleção de uma clientela específica, ou então razões sociológicas relacionadas à classe, cor, idade e etc, que influenciem, desde uma perspectiva política, na seletividade de setores marginalizados da sociedade para comporem o contingente que vem sendo enviado para as prisões.

Para a explicação do presente objeto de estudo, faz-se necessário um arcabouço teórico que seja capaz de lançar luz acerca de eventuais tendências seletivas do sistema de justiça criminal. Seria necessário o manejo de teorias que almejassem obter uma explicação macrosociológica da seleção de potenciais traficantes. Por isso é interessante cogitar, como diz Velho (2003), das especulações da chamada criminologia crítica, de caráter marxista, por um lado, e a teoria foucaultiana do poder, detentora também desta explicação macrosociológica, que lancem luz sobre a seletividade do sistema. No caso, do possível recrutamento de supostos traficantes, mediante a utilização da prisão em flagrante, por variáveis sociológicas, em detrimento de categorias jurídicas, com a possível tendência de seleção de setores marginalizados e desfavorecidos da população.

A criminologia crítica, nos dizeres de Batista (2011), acrescenta ao deslocamento de paradigma gestado com a teoria dos rótulos, a diretriz política macrosociológica que explica as razões ocultas que fazem a justiça criminal recair nos ombros das camadas marginalizadas da população. Essa diretriz política seria composta no caso, por razões econômicas, sendo o caráter marxista questão presente no arcabouço teórico que compõe a criminologia crítica. Loic Wacquant (1999), por exemplo, interliga o vertiginoso crescimento do encarceramento à ascensão do neoliberalismo nos Estados Unidos a partir da segunda metade da década de 70, mostrando como o esvaziamento do outrora estado social de inspiração keynesiana está intrinsecamente ligado com a explosão da população carcerária naquele país, principalmente no Estado da Califórnia, e como o recrutamento penal está em sintonia com mecanismos de controle social de uma população considerada socialmente perigosa.

Outro arcabouço teórico que tem potencial explicativo macrosociológico relacionado ao objeto de pesquisa, é a teoria foucaultiana do poder. Em *Vigiar e Punir*, Foucault (1900), elabora uma espécie de genealogia das prisões, ressaltando como foram criadas, como surgiram,

e quais mecanismos de disciplina penal visaram substituir. Em sua visão, as prisões surgiram como uma nova tecnologia de poder, substitutiva dos suplícios, que tinha como principal sustentação o aprimoramento das técnicas de normalização do transgressor. Sob a ótica foucaultiana, no Antigo Regime, era necessário imprimir dor física ao transgressor, porque era a vingança do rei que estava em questão com a transgressão, a pena sob essa forma, visava punir o transgressor pelo ato de afronta que havia cometido. Era a vingança do rei que estava em questão quando transgressores eram açoitados, vilipendiados, quando suplícios lhes eram impostos. A visão foucaultiana enxerga a prisão como produto de um novo remanejamento das tecnologias de poder, que fizeram deslocar a estratégia da punição como vingança, marcante do Antigo Regime, para a normalização disciplinadora do comportamento desviante, em face das transformações ocorridas no mundo ocidental a partir da segunda metade do século XVIII.

Em *Verdades e as Formas Jurídicas*, Foucault (2004) mostra como o surgimento das prisões proveio de mecanismos administrativos, e não penais, e como foram apropriadas pelo discurso hegemônico vigente a partir das transformações ocasionadas pela Revolução Industrial, para fazer com que a repressão penal se deslocasse da transgressão para o transgressor, como forma de normalização do desviante. A sociologia de Misse (1999), e a categoria da sujeição criminal, também mostram essa tendência: o que a repressão penal visa atingir não é a transgressão, não é a conduta desviante, mas o sujeito, é o sujeito que interessa ao estado policial, o seu comportamento, é a sua forma de viver que as tecnologias de poder, que criaram as prisões e a transformaram no principal mecanismo de punição, visam normalizar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se pelos resultados expostos, bem como pela utilização de teorias criminológicas que expliquem a coadjuvação de categorias jurídicas em favor de elementos sociais, na imputação do flagrante por tráfico de drogas, que é bem possível que a distinção entre uso e tráfico de drogas esteja ocorrendo tendo como principais critérios não fatores objetivos, não elementos elencados por categorias jurídicas neutras, presentes na Lei de Drogas, mas sim por elementos sociais, compostos basicamente por variáveis sociológicas.

Os números mostram que na distinção entre uso e tráfico de drogas, por intermédio da aplicação da prisão em flagrante, realizada na maioria das vezes pelo Policial Militar, elementos sociais do apreendido são mais determinantes na interpretação que leva a aplicar o flagrante por tráfico, quando comparados aos fatores teoricamente e juridicamente neutros, como a quantidade de drogas apreendida ou então o fato da pessoa ter sido apreendida no exato momento da comércio ou não.

A já mencionada característica do crime de tráfico de drogas, de ser crime permanente, como colocado por Jesus (2016), parece efetivamente dar margens para que o flagrante seja aplicado tendo como principal força de interpretação elementos sociais, como idade, cor, escolaridade, estado civil e sexo, e não categorias neutras relacionadas à efetiva tipificação penal do crime de tráfico de drogas, como a quantidade de entorpecentes apreendida, o efetivo comércio do entorpecente, a oitiva de usuários que compraram a droga do suspeito, a quantidade de dinheiro apreendida com o suspeito e o grau de periculosidade do suspeito.

Esse possível cenário aponta para a possibilidade real do sistema estar selecionando mediante a utilização da prisão em flagrante, tanto usuários como traficantes, para adentrarem no mesmo sob o estigma de presos em flagrante por tráfico de drogas. Os resultados apontam para a possibilidade real de que a diferenciação entre usuários e traficantes seja meramente alegórica, sendo que os elementos sociais seriam muito mais importantes no recrutamento de um contingente via prisão em flagrante, do que a efetiva distinção jurídica entre usuários e traficantes contida na lei de drogas.

Como desdobramento, na esteira do já preceituado por Karam (2008), a questão da despenalização do uso de drogas, parece demandar revisão diante da prática no manejo do flagrante por tráfico de drogas, isto porque, apesar de formalmente não ser cominada pena de prisão para acusados de cometerem condutas relacionadas ao uso de drogas, na prática parece ser bastante plausível que usuários estejam sendo confundidos com traficantes, e agrupados conjuntamente em um contingente que adentra no sistema de justiça criminal por intermédio da prisão em flagrante. Ao que parece, esse contingente é selecionado mais em virtude de seus elementos, de seu perfil social objetivo, do que pelo fato de cometerem ou não crimes relacionados ao tráfico de drogas, tendo ainda como força jurídica contra si, a força probatória

do flagrante, que em primeiro lugar, parece dificultar uma eventual soltura, e em segundo lugar, auxiliar futuramente em uma possível condenação criminal depois de finda a ação penal.

Pela amostra considerada, fica claro que a grande maioria dos incriminados via flagrante por tráfico de drogas são membros de camadas desprivilegiadas, solteiros, de baixa escolaridade, oriundos da periferia, pretos e pardos. Ao que parece, essas variáveis são mais importantes para a seleção deste contingente do que a efetiva distinção entre uso e tráfico de drogas contida na lei.

REFERÊNCIAS

- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Drogas e Justiça Criminal em São Paulo, uma análise da origem social dos criminalizados por drogas desde 2004 a 2009. *Revista Contemporânea*, Volume 5, n. 1, p. 167-189, 2015
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. Drogas e justiça criminal em São Paulo: Conversações Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 120-132, jan./jun. 2013
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. O nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramallete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2005
- KARAM, M. L. 2008. A Lei 11 343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. In: LABATE, B. C.; GOULART, S. L.; FIORE, M.; MACRAE, E. & CARNEIRO, H. (orgs.). *Drogas e cultura: novas perspectivas*. Salvador: UFBA.
- JESUS, Maria Gorete Marques de, “ O que está no mundo não está nos autos”: a construção da verdade juridical nos processos criminais de tráfico de drogas/ Maria Gorete Marques de Jesus; Orientador: Sérgio Adorno. –São Paulo, 2016
- LIMA, Roberto Kant de. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. 2008
- LEMGRUBER, Julita e FERNANDES, Márcia. *Tráfico de Drogas na Cidade do Rio de Janeiro: Prisão Provisória e Direito de Defesa*. *Boletim Segurança e Cidadania*, 2015
- MISSE, Michel. O papel do inquérito policial no processo de incriminação no Brasil. *Revista Sociedade e Estado*. Volume 26, nº1, Janeiro/ Abril de 2011

MISSE, Michel (1999), Sobre a construção social do crime no Brasil. Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro IUPERJ, Tese de Doutorado em Sociologia

PAIXÃO, Antonio Luiz. Crime, Controle Social e Consolidação Democrática: as metáforas da cidadania. In: REIS, F. W. e O'DONNELL, G. (orgs.) A Democracia no Brasil, Dilemas e Perspectivas. São Paulo: Vértice, p.168-199, 1985.

PINK, Tânia. Porque o policial aborda? Um estudo empírico sobre a fundada suspeita. Confluências, Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 16, nº 3, 2014, pp. 34-59

SOUZA, Letícia Canonico de. Entre usuários e traficantes: múltiplos discurso “sobre” e “dá” atuação dos agentes de segurança na região da cracolândia. Letícia Canônico de Souza. –São Carlos: UFSCAR, 2015.

VELHO, Gilberto. O estudo do comportamento desviante in Desvio e Divergência: uma crítica da patologia social. 8º ed. Jorge Zaluar, 2003.

WERNECK, Alexandre. Teoria da Rotulação. in Crime Polícia e Justiça no Brasil/ Organização Renato Sérgio de Lima, José Luiz Rattton e Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo. 1ºed. São Paulo, Contexto, 2014

PROCESSOS DE POLICIAIS MILITARES EM CASOS DE HOMICÍDIOS DOLOSOS E RACISMO INSTITUCIONAL: UMA RELAÇÃO POSSÍVEL

Poliana da Silva Ferreira

Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Integrante do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do Estado da Bahia e do Núcleo de Estudos sobre Crime e a Pena. Bolsista da [Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo](#), Proc. nº 2017/239-4

Resumo: Este trabalho tem por finalidade apresentar os resultados parciais de uma pesquisa, ainda em andamento – intitulada “abordagens policiais com resultado morte na tríplice responsabilidade do Direito”-, cujo objeto é o tratamento que o sistema de justiça de São Paulo tem dado aos homicídios dolosos praticados por policiais militares. Neste trabalho, daremos enfoque a uma das abordagens possíveis ao tema, isto é, àquela ligada à racialização da temática. Neste sentido, buscamos pensar os limites e desafios do estudo da questão racial nos júris de policiais militares, a partir da seguinte questão: é possível traçar um diagnóstico sobre a relação entre as modalidades e os resultados dos processos de policiais militares em julgamentos de homicídios dolosos, por um lado, e o racismo institucional, por outro? Sabe-se que existe um uso excessivo da força letal por parte da polícia e uma ausência de responsabilização estatal dos policiais que, atuando em serviço, matam (MISSE, 2013; ZACCONE, 2015). Além disto, existe uma sobrerrepresentação de vítimas específicas dessas empreitadas letais: “jovens-homens-negros” (REIS, 2005; SINHORETTO et al, 2014). Contudo, pouco se conhece da relação entre o racismo e os processos destes policiais. Trata-se aqui de uma pesquisa qualitativa, que tem como estratégia metodológica o estudo de caso, que no campo do Direito, convida os pesquisadores “a observar o sistema de justiça sem as barreiras impostas pelas áreas jurídicas, a atentar às interações processuais e às suas implicações ao desfecho do caso” (MACHADO, 2014, p.14). Isto é, o estudo de caso permite observar os trâmites e as prováveis interligações, diretas ou indiretas, explícitas ou implícitas, entre os casos, transpondo as barreiras impostas pela observação segmentada das e nas diversas esferas

do direito. Assim, faz-se o estudo de caso na modalidade “casos múltiplos” (YIN, 2001), permitindo uma análise por contraste de casos distintos, cuidadosamente escolhidos, tendo por complemento intrínseco duas técnicas – observação participante e entrevistas semidirigidas. Os achados da pesquisa têm permitido inferir como as características étnicorraciais das vítimas e dos réus são elementos que impactam no desenrolar dos júris e, conseqüentemente, na atuação não só dos advogados dos réus e do Ministério Público (na construção de seus respectivos argumentos e estratégias, especificamente na exploração de estereótipos socialmente construídos), mas também, de forma implícita, na atuação de outros atores que operam nos jogos, rituais e encenações do próprio Tribunal do Júri (SCHRITZMEYER, 2012), como juízes e serventuários da justiça. Contudo, outros elementos, inerentes ao Tribunal do Júri imporiam limites à construção dessa hipótese de trabalho, tendo em vista que, por um lado, há uma dificuldade generalizada de se estudar a questão racial no Brasil – por exemplo, quando consideramos o panorama histórico dos danos causados pelo mito da igualdade racial em diversas esferas (segurança pública, educação, saúde, estética)– e, por outro lado, existem limites ligados à opacidade do próprio campo do Direito, especialmente no Júri, como àquelas devidas às regras que impõem aos jurados não motivar o julgamento. Contudo, cientes destas limitações, e através da abordagem proposta, pretendemos discutir, ainda que a título de hipótese – enraizada nas observações –, a plausível relação entre o tratamento judicial da morte provocada por policiais e o racismo institucional.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por finalidade apresentar os resultados parciais de uma pesquisa, ainda em andamento – intitulada “*abordagens policiais com resultado morte na tríplice responsabilidade do Direito*”-, cujo objeto é o tratamento que o sistema de justiça de São Paulo tem dado aos homicídios dolosos praticados por policiais militares. Neste trabalho, daremos enfoque a uma das abordagens possíveis ao tema, isto é, àquela ligada à racialização da temática.

Neste sentido, buscamos pensar os limites e desafios do estudo da questão racial nos júris de policiais militares, a partir da seguinte questão: é possível traçar um diagnóstico sobre a relação entre as modalidades e os resultados dos processos de policiais militares em julgamentos de homicídios dolosos, por um lado, e o racismo institucional, por outro? Sabe-se que existe um uso excessivo da força letal por parte da polícia e uma ausência de responsabilização estatal dos policiais que, atuando em serviço, matam (MISSE, 2013; ZACCONE, 2015). Além disto, existe uma sobrerrepresentação de vítimas específicas dessas empreitadas letais: “jovens-homens-negros” (REIS, 2005; SINHORETTO et al, 2014).

Contudo, pouco se conhece da relação entre o racismo e os processos destes policiais. Trata-se aqui de uma pesquisa qualitativa, que tem como estratégia metodológica o estudo de caso, que no campo do Direito, convida os pesquisadores “a observar o sistema de justiça sem as barreiras impostas pelas áreas jurídicas, a atentar às interações processuais e às suas implicações ao desfecho do caso” (MACHADO, 2014, p.14). Isto é, o estudo de caso permite observar os trâmites e as prováveis interligações, diretas ou indiretas, explícitas ou implícitas, entre os casos, transpondo as barreiras impostas pela observação segmentada das e nas diversas esferas do direito.

Assim, faz-se o estudo de caso na modalidade “casos múltiplos” (YIN, 2001), permitindo uma análise por contraste de casos distintos, cuidadosamente escolhidos, tendo por complemento intrínseco duas técnicas – observação participante e entrevistas semidirigidas.

Os achados da pesquisa têm permitido inferir como as características étnicorraciais das vítimas e dos réus são elementos que impactam no desenrolar dos júris e, conseqüentemente, na atuação não só dos advogados dos réus e do Ministério Público (na construção de seus respectivos argumentos e estratégias, especificamente na exploração de estereótipos socialmente construídos), mas também, de forma implícita, na atuação de outros atores que operam nos jogos, rituais e encenações do próprio Tribunal do Júri (SCHRITZMEYER, 2012), como juízes e serventuários da justiça.

Contudo, outros elementos, inerentes ao Tribunal do Júri imporiam limites à construção dessa hipótese de trabalho, tendo em vista que, por um lado, há uma dificuldade generalizada de se estudar a questão racial no Brasil – por exemplo, quando consideramos o panorama histórico dos danos causados pelo mito da igualdade racial em diversas esferas (segurança pública, educação, saúde, estética)– e, por outro lado, existem limites ligados à opacidade do próprio campo do Direito, especialmente no Júri, como àquelas devidas às regras que impõem aos jurados não motivar o julgamento. Contudo, cientes destas limitações, e através da abordagem proposta, pretendemos discutir, ainda que a título de hipótese – enraizada nas observações –, a plausível relação entre o tratamento judicial da morte provocada por policiais e o racismo institucional.

Assim, este texto está dividido em quatro partes principais. Na primeira apresentamos o conceito de racismo institucional, demonstrando que, não obstante os esforços de pesquisadores e ativistas, este é ainda um conceito em aberto, o que já constitui um primeiro nível de barreira à sua compreensão do ponto de vista prático. Na segunda parte discutimos como as discussões sobre racismo e relações raciais chegam no campo do Direito Penal e da Criminologia no Brasil, com destaque para os principais pesquisadores.

Na terceira, apresentamos a metodologia que vem sendo empregada na pesquisa, o estudo de caso múltiplos. Este tem sido utilizado tanto para coleta quanto para tratamento dos dados. Os casos são apresentados para que o leitor tenha clareza do nosso universo de análise.

Por fim, nos detemos sobre as dificuldades de diagnosticar o racismo institucional nos júris de policiais militares em homicídios dolosos, destacando dois grandes grupos: no primeiro, aquelas dificuldades inerentes ao estudo das relações raciais no Brasil, ressaltando o mito da democracia racial, e, no segundo, aquelas ligadas especificamente ao campo do Direito Penal e Processual Penal, mais especificamente, ao procedimento especial do Tribunal do Júri.

2. RACISMO INSTITUCIONAL UM CONCEITO EM CONSTRUÇÃO

O racismo institucional é um termo que tem sido cunhado por ativistas e pesquisadores brasileiros para designar a incapacidade de uma organização – empresas, universidades, hospitais, dentre outros, seja público ou privado - de oferecer serviço apropriado a pessoas de determinado grupo étnico-racial.

O racismo institucional é um conceito que organiza a ideia de que há alguns

obstáculos não palpáveis que condicionam o acesso aos direitos por parte de grupos vulnerabilizados, o conceito de Racismo Institucional refere-se a políticas institucionais que, mesmo sem o suporte da teoria racista de intenção, produzem consequências desiguais para os membros das diferentes categorias raciais (REX, 1987, p. 185 apud SOUZA, 2011, p. 79).

Enquanto mecanismo que busca explicar a operação na qual determinada sociedade incorpora internamente a produção das desigualdades em suas instituições (SOUZA, 2011), o racismo institucional tem sua origem indicada pela literatura nacional na obra *Black Power*, escrita por Stokely Carmichael (SOUZA, 2011; SANTOS, 2012; WERNECK, 2016). Nela, o autor traça “uma crítica contundente ao *establishment* branco estadunidense, os autores defendem que o racismo pode ser “coberto” ou “descoberto”, e que o racismo institucional é uma forma sutil, “coberta”, de racismo que não pode ser reduzida a atos de indivíduos” (SOUZA, 2011, 80).

Aqui no Brasil, apesar do termo ainda ser empregado de maneira pouco precisa e incompleta (SOUZA, 2011), pesquisadores de diferentes áreas identificam a existência de racismo institucional em diferentes organizações sociais. No campo da saúde, pesquisadores(as) observam o racismo institucional nas deficiências – em alguns casos, na ausência - de serviços oferecidos, sobretudo pelo Sistema Único de Saúde - SUS. Neste sentido, poderíamos citar o trabalho de Jurema Werneck (2012; 2016) que, ao dedicar-se aos estudos sobre a saúde da população negra no país, afirma que racismo

institucional “equivalaria a ações e políticas institucionais capazes de produzir e/ou manter a vulnerabilidade de indivíduos e grupos sociais vitimados pelo racismo” (2016, p. 543). Assim, a autora problematiza as possibilidades de acesso e utilização por parte de grupos raciais discriminados aos diferentes níveis de atenção na saúde.

Werneck (2012) justifica sua preocupação com o racismo institucional sobre a população negra, por esta ter participação expressiva no conjunto da população brasileira, e, conseqüentemente, por sua presença majoritária entre usuários do Sistema Único de Saúde, além disso, por apresentarem os piores indicadores sociais e de saúde, verificáveis a partir da desagregação de dados segundo raça/cor (WERNECK, 2016, p. 539).

Entre os principais resultados apontados por Werneck (2016), estão o fato que “há forte correlação no Brasil entre raça, racismo, discriminação racial (incluindo suas interseccionalidades) e renda, cabendo aos grupos racialmente discriminados ocupar patamares inferiores e estando sujeitos a ofertas de ações de saúde pública ou privada precárias” (2016, p. 544), o que alcança desde o atendimento inicial aos diversos níveis de acesso adequado a medidas preventivas, de diagnóstico e tratamento. Para ilustrar cabe citar, por exemplo, o fato que o acesso a transplantes atende a população com diferenciais raciais e de gênero em nosso país, onde os homens brancos são favorecidos na maioria das vezes em detrimento dos demais grupos; há um baixo investimento em diagnóstico e tratamento de “doenças, agravos e condições mais frequentes na população negra”, sejam as geneticamente determinadas, como anemia falciforme, sejam as de evolução agravada ou de tratamento dificultado, como hipertensão arterial, diabete melito, câncer e mioma (Sistema das Nações Unidas, 2001, p. 5-6 apud Werneck, 2016, p. 538).

No campo da educação também há uma gama de trabalhos que discutem os resultados do racismo institucional, um exemplo interessante é o trabalho de Valter Silvério (2002). O autor demonstra em seus estudos que, no Brasil, “a dimensão econômica explica apenas parte das desigualdades entre negros e brancos, a outra parte é explicada pelo racismo, e a discriminação racial [que] teve uma configuração institucional” (SILVÉRIO, 2002, p. 222). Neste sentido, a ausência de negros e negras no ensino superior, assim como, o silenciamento das vozes, experiências e histórias da população negra em sala de aula desde a educação básica são elementos pontuados por

Silvério (2002) como indicadores do racismo institucional na educação, que carece de ações afirmativas para seu enfrentamento.

No campo da Segurança Pública, as pesquisas que mobilizam este conceito ainda são poucas. Muitas delas estão voltadas para a atuação policial nas ruas. Segundo Daniel Cerqueira e Rodrigo Leandro de Moura (2013),

Um caso particular de racismo institucional envolve o funcionamento das polícias em muitas localidades do país. Essas organizações constituem a ponta do sistema de justiça criminal mais perto do cidadão e, portanto, são elas que primeiro deveriam resguardar os direitos civis, a isonomia de tratamento ao cidadão e a sua incolumidade física. No entanto, não é difícil colecionar situações em que as abordagens policiais e o uso excessivo da força são totalmente diferenciados quando as relações se dão com cidadãos negros (CERQUEIRA; MOURA, 2013, p. 5).

Ao longo do trabalho, os autores se debruçam sobre as taxas de vitimização de homicídios nas unidades da federação do Brasil e concluem que

a perda de expectativa de vida ao nascer é maior para homens negros do que não negros; e menor para mulheres negras, em relação às não negras. Enquanto este diferencial entre homens é crucialmente explicado pela vitimização por homicídios, no caso das mulheres a maior vitimização daquelas não negras por acidentes explica a diferença (CERQUEIRA; MOURA, 2013, p. 10).

Analisando os dados sobre letalidade violenta no Brasil, os autores ainda apontam que “a violência atinge diferentes grupos da população brasileira. No entanto, as mortes violentas – homicídios, acidentes de transporte, suicídios e outros acidentes – geram perda maior de expectativa de vida ao nascer para os homens e, dentre estes, para os negros.” (CERQUEIRA; MOURA, 2013, p. 14).

Para os autores, a “razão consiste no racismo institucional, onde organizações do Estado, com base em ações cotidianas e difusas, terminam por reforçar estigmas e aumentar a vitimização da população negra segurança pública” (CERQUEIRA; MOURA, 2013, p. 14).

Ainda em relação à segurança pública, Sinhoretto et alli identificaram na atuação policial do estado de São Paulo o racismo institucional a partir de dados coletados na Ouvidoria de Polícia do Estado de São Paulo. Segundo as pesquisadoras, o racismo institucional é identificável na maneira como o sistema de segurança pública opera, tendo os jovens negros como perigosos, o que os coloca como alvos de uma política violenta (SINHORETTO, 2014).

Assim como Daniel Cerqueira e Rodrigo Leandro de Moura (2013), elas também identificaram uma produção de desigualdade racial nos resultados da letalidade policial:

Comparados aos brancos presos, mais que o dobro de negros é preso. Estes dados expressam que a vigilância policial privilegia as pessoas negras e as reconhece como suspeitos criminais, flagrando em maior intensidade as suas condutas ilegais, ao passo que os brancos, menos visados pela vigilância policial, gozam de menor visibilidade diante da polícia, sendo surpreendidos com menor frequência em sua prática delitiva. (SINHORETTO, 2014, p. 28).

Ainda no que concerne a dados específicos do estado de São Paulo,

Os números oficiais de letalidade policial e prisões em flagrante levantados fornecem evidências empíricas da produção cotidiana da desigualdade racial na operação da segurança pública. Em São Paulo, estado com população negra residente de 34%, as vítimas negras de mortes cometidas por policiais somam 58% do total destas mortes. Em São Paulo a chance de um negro ser assassinado pela polícia é quase três vezes maior do que a de um branco, sendo 1,4 negro morto para cada 100 mil habitantes negros, enquanto que para cada 100 mil

habitantes brancos, 0,5 é morto pela polícia” (SINHORETTO, 2014, p. 16)

Nossa pesquisa por sua vez, está preocupada com o campo do Direito, mais especificamente com o recorte do Direito Penal, do Direito Processual Penal e da Criminologia, tendo por foco, assim, o estudo do racismo institucional no Tribunal do Júri.

3. O RACISMO NA INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E A CRIMINOLOGIA

A discussão sobre racismo, relações raciais e racismo institucional no campo do Direito Penal, Processual Penal e da Criminologia, além de recente, pode ser considerada ainda incipiente. Uma das precursoras nesses estudos foi a professora Dora Lúcia de Lima Bertúlio, na dissertação de mestrado intitulada *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*, defendida em 1989, na Universidade Federal de Santa Catarina. Nela, Bertúlio (1989) volta-se para a discussão da questão racial no estudo e na prática do direito, apontando para o contexto de surgimento ideológico-cultural do racismo brasileiro (jurídico, social e econômico), para as teorias raciais e as dimensões do racismo e para a formação do pensamento jurídico brasileiro frente às relações raciais.

Na mesma época, na mesma instituição, outro precursor do campo do direito e das relações raciais apresentava a tese *Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias Criminológicas no Brasil*, Evandro Charles Piza Duarte, em 1988, o qual tratava do processo de recepção dos discursos criminológicos racistas no Brasil na virada do século XIX. Considerado um importante marco para os estudos, sobretudo no campo da criminologia, Duarte (1988) apresenta um estudo aprofundado sobre as matrizes teóricas que deram sustento ao saber criminológico pré-científico e científico racista, destacando como ocorreu as transformações no controle do delito com relação às populações negras.

Outros pesquisadores se debruçaram no tema desde então, destacaríamos: Flauzina (2006); Pires (2013); Freitas (2015), Ferreira (2016). Todos inscritos no Direito e com trabalhos voltados para a forma como se dá a operacionalização do racismo em diferentes instâncias e instituições do direito Penal, Processual Penal ou na Criminologia.

4. METODOLOGIA

Para responder às perguntas a que este trabalho se propôs, elegemos como principal estratégia de pesquisa o estudo de caso. Segundo Robert Yin (2001), o estudo de caso consiste numa investigação empírica, que se preocupa com fenômenos contemporâneos dentro de seu contexto de vida real, sobretudo se não há clareza entre o fenômeno a ser estudado e o contexto no qual está inserido.

No campo do Direito, o estudo de caso convoca os pesquisadores em direito a se deter sobre o sistema de justiça, relativamente livre das barreiras impostas pelas áreas jurídicas, o que permite que sua atenção se volte às interações processuais, assim como, às implicações que levaram ao desfecho do caso. (MACHADO, 2014).

Conforme apontado em outros trabalhos nossos¹, entre as inúmeras vantagens desta estratégia metodológica, Triviños destaca que “o grande valor do estudo de caso está em oferecer o conhecimento aprofundado de uma realidade delimitada e os resultados atingidos podem permitir formular hipóteses para o encaminhamento de outras pesquisas” (TRIVIÑOS, 1987, p. 111). Neste sentido, foram escolhidos três casos como universo de análise, isto é, “universo sobre o qual o pesquisador trabalha, ou que ele tem ao seu alcance” (PIRES, 2008, p. 166). Casos que, por suas características e particularidades, permitem estudar as atividades do sistema de justiça com seus diversos atores, momentos e contextos.

O acesso aos casos, pensado como um dos critérios de escolha (PIRES, 2008), deu-se mediante diferentes canais informativos (mídia, serventuários da justiça, juízes,

¹ No V Encontro de Antropologia do Direito, apontamos às inúmeras vantagens do uso do estudo de caso no campo do direito.

promotores e advogados). Ainda sobre os critérios de escolha dos casos, podemos destacar a pertinência teórica, pois todos os casos escolhidos têm relação direta com os objetivos e hipóteses de trabalho da pesquisa, isto é, são casos de abordagens policiais com resultado morte que está tramitando no sistema de justiça, e que alcançaram diferentes áreas e instâncias.

Os casos que serão aqui observados foram extraídos de um conjunto de casos que compõe a pesquisa de mestrado *Abordagens policiais com resultado morte na tríplex responsabilidade do direito*, a qual está sendo desenvolvida a partir de estudos de casos múltiplos. Abaixo apresentamos brevemente cada um deles:

a) Caso do Publicitário. Tramitou no 5º Tribunal do Júri do Estado de São Paulo. Trata-se do julgamento da atuação policial que resultou no homicídio de um publicitário, branco, morador da Zona Oeste da capital paulistana. Os três réus (dois negros e um branco), todos policiais, atiraram contra o carro da vítima, que veio a óbito no hospital. Presos por nove dias, os agentes foram soltos por meio de *habeas corpus* e passaram a trabalhar internamente na corporação, por um mês, com trabalhos administrativos. Voltaram às ruas e trabalharam por quase um ano nas mesmas funções daquelas anteriores ao fato e, enfim, foram demitidos da corporação como resultado da conclusão do processo administrativo. Salienta-se que o caso repercutiu na grande imprensa, e mobilizou as três esferas aqui observadas. Atualmente encontra-se em fase de recurso, na esfera penal. Em âmbito civil, destaca-se a o desenrolar das ações de indenização proposta pela família e a ação de reintegração ao cargo público proposta pelos policiais militares perante a Justiça Militar. Deste processo, já temos as observações das práticas realizadas no Júri – realizado entre os dias 25 e 27 de outubro de 2016, as informações amplamente divulgadas na grande imprensa e estamos realizando os procedimentos formais de acesso aos autos.

b) Caso da “farsa do réveillon”. Tramitou no 4º Tribunal do Júri do Estado de São Paulo. O caso ganhou notoriedade na imprensa após a confissão na Corregedoria da Polícia Militar de um dos policiais envolvidos, que teria forjado uma ocorrência de “resistência à prisão seguida de morte” ou “morte sob intervenção policial”, cuja vítima foi um

pedreiro, negro, morador da Zona Leste da capital paulistana. Amplamente midiaticizado até a fase de pronúncia. Os dados referentes a este caso serão baseados nas informações disseminadas pela imprensa, nas observações das práticas desenvolvidas nos Júris que realizados nos dias 4 e 18 maio de 2017 (já que as defesas dos réus conflitaram), entrevistas com os juízes, promotores e advogados que atuaram no caso e nos autos do processo.

c) Caso do motoboy. Tramita no 1º Tribunal do Júri do Estado de São Paulo. Segundo consta da denúncia, no dia 08 de maio de 2010, os policiais militares em contexto de abordagem de rotina, teriam agredido a vítima com golpes de socos e pontapés provocando-lhes a morte. No dia dos fatos, a vítima – um homem negro – voltava para sua residência, quando foi abordada pelos policiais militares. Tal abordagem, segundo a própria denúncia, não se deu com o costumeiro respeito aos direitos individuais resguardados pela Constituição Federal às pessoas suspeitas da prática de crime. Apesar deste homicídio não ter ocorrido por arma de fogo, como nos demais casos, este merece atenção pelo fato da denúncia ministerial ventilar o elemento referente à cor da vítima como principal motivo para a mesma ter sido morta. A acusação foi formalizada com o pedido de condenação dos policiais pelas práticas de homicídio qualificado, fraude processual e racismo.

Em plenário do Júri, o Conselho de Sentença decidiu por desclassificar o delito doloso contra a vida, para o crime de homicídio culposo, tipificado no artigo 121, § 3º e § 4º, do Código Penal, porque entenderam os Jurados que os acusados não assumiram o risco de produzir a morte da vítima, pois agiram em estrito cumprimento de dever legal, mas se excederam, culposamente, por imperícia. Por isso, foram condenados às penas de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, como incurso no artigo 121, § 3º e § 4º, primeira parte, do Código Penal e absolvidos da imputação de fraude processual, por entenderem os jurados não existir prova suficiente para a condenação. Insatisfeitos, tanto o Ministério Público, quanto os réus recorreram da decisão.

Vencidos os réus, os desembargadores entenderam que houve julgamento contrário à prova dos autos e, assim, determinaram que todos os acusados fossem submetidos a novo julgamento perante o Tribunal do Júri. Atualmente, aguarda-se a determinação de data para o novo julgamento.

5. AS DIFICULDADES DE DIAGNOSTICAR O RACISMO INSTITUCIONAL NOS JÚRIS DE POLICIAIS MILITARES EM HOMICÍDIOS DOLOSOS

O racismo é um fenômeno recorrente na sociedade brasileira. Ele constitui um fator de estruturação política e cultural e tem reflexos em diferentes campos de estudo, com consequências negativas para mais da metade da população, seja na área da saúde, da educação, da segurança pública, do bem-viver, da cultura (NASCIMENTO, 1978; GONZALES, 1984; MUNANGA, 1996; REIS, 2005; FREITAS, 2016; FERREIRA; CAPPI, 2016). E, no direito, evidentemente, não seria diferente.

No entanto, do ponto de vista científico, a apreensão da manifestação do racismo, seja na modalidade pessoal, interpessoal, institucional, estrutural (WERNECK, 2016), no campo específico do direito penal e processual penal, traz inúmeras dificuldades. Porque para nós, não basta afirmarmos que o Brasil é racista e que conseqüentemente o direito é racista porque é reflexo da sociedade que está inserido. No mesmo sentido aponta Ronaldo Laurentino Sales Júnior, “não é suficiente afirmar que os operadores do direito, e em especial, o juiz, compartilham dos valores raciais da sociedade em que vivem, valores racistas que tenderiam a penalizar as pessoas negras” (SALES JÚNIOR, 2009, p. 26).

Neste item, nos deteremos sobre as dificuldades que estamos encontrando para diagnosticar o racismo institucional com nosso ferramental de trabalho. Aqui, elas foram divididas em dois grandes grupos.

No primeiro, apresentaremos as dificuldades inerentes ao estudo da questão racial no Brasil, que são aquelas ligadas ao desafio de negar a existência de uma democracia racial, tendo como parâmetro o campo do direito. No segundo, a partir dos achados da

pesquisa *Abordagens policiais com resultado morte na tríplice responsabilidade do direito*, discutiremos pontos específicos.

Não é possível iniciarmos esta abordagem sem falar diretamente de um dos elementos centrais e determinantes para a compreensão das relações raciais no Brasil, a ideia de democracia racial. Segundo Antonio Sergio Guimarães (2002), a ideia de democracia racial brasileira foi resultado de “um pacto econômico e político que uniu a massa negra urbana (formada principalmente por trabalhadores) e os intelectuais negros ao *establishment* (elites políticas, intelectuais e econômicas)” (GUIMARÃES, 2002, p. 11).

Segundo Ronaldo Laurentino Sales Júnior, o mito da democracia racial, cujo marco fundador é o livro de Casa Grande e Senzala, de Gilberto Freyre²,

é constituído por uma forma dramática que sintetiza o processo de formação de uma vontade coletiva como ‘povo’ ou ‘nação’ brasileira, fantasia concreta que atua sobre uma multiplicidade heterogênea, segmentada e estratificada. Através do ‘mito das três raças’, o novo bloco dominante torna-se hegemônico, alcançando a capacidade prática e imaginária de transcender o horizonte de uma determinada classe ou grupo social, interpelando, assim, uma vontade coletiva nacional popular, como protagonista de um efetivo drama histórico: o povo brasileiro, fruto da miscigenação, do sincretismo, da mistura cultural (SALES JÚNIOR, 2009, p. 59)

E, em complemento Ana Luíza Flauzina destaca,

[...] a democracia racial aparece como uma alternativa de dominação ao confronto direto, mantendo intactas as assimetrias raciais. A partir desta perspectiva o trato racial se dá pelo avesso. Numa dinâmica de silenciamento que impede a enunciação do racismo. Num paradoxo,

² Obviamente que dizendo isso, não estamos ignorando o contexto social e político da época que favorecia e até estimulava tais ideias.

aparentemente insustentável, esse sofisticado mecanismo ideológico fez uma realidade abismo corresponder a um ponto idílico, em que negros e brancos vivem numa perfeita harmonia. (2006, p.38).

Assim, o mito da democracia racial compreende uma das barreiras à identificação do racismo, inclusive no campo do direito, na medida em que se impera a ideia de que as diferentes raças que compõe o “povo brasileiro” viveria em harmonia e igualdade de condições no país.

Junto à pretensa democracia racial, Ronaldo Laurentino Sales Júnior (2009) ainda aponta para a noção de “cordialidade das relações raciais” (SALES JÚNIOR, 2009, p. 51) como expressão da estabilidade e da hierarquia raciais que diminuem o nível de tensão racial. Para este autor, “a cordialidade é como que uma tolerância com reservas, associada ao clientelismo e patrimonialismo nas relações sociais, reproduzindo relações de dependência e paternalismo” (SALES JÚNIOR, 2009, p. 52).

Ainda no que concerne às dificuldades ligadas à questão racial e já dialogando com aquelas encontradas no segundo grupo está a dimensão de “multiplicidade heterogênea, não-estrutural, irredutível a uma unidade individual (pessoa) ou coletiva (grupo)” (SALES JÚNIOR, 2009, p. 30), isto é, ausência de um racismo programado, com traços e ideias predeterminados, porém, “acontecimentos individuais pré-pessoais (acidentes, lapsos: racismo sem racista) e estatísticos (desigualdades raciais estáveis ou crescentes)”. Portanto, o racismo vai operar de forma bastante sutil, negando a existência de desigualdades raciais no país.

No segundo grupo de dificuldades encontradas estão aqueles elementos mais relacionados diretamente ao campo do direito. Começamos com o baixo número de pesquisas empíricas em direito voltadas à compreensão do próprio funcionamento do sistema de justiça. Deve-se atentar ao fato que, não obstante o grande número de trabalhos de caráter doutrinário preocupados com a interpretação de normas jurídicas, em geral, e especificamente, ao procedimento especial do júri – não necessariamente quando se trata de réus policiais militares –, o número de pesquisas no campo do direito preocupadas em

fazer uma descrição rigorosa dos procedimentos de investigação, responsabilização e sanção é muito pequeno.

No campo da Sociologia tem destaque a pesquisa coordenada por Michel Misse (2011), que buscou, diante da alta taxa de letalidade decorrente da ação policial,

saber de que forma as instituições do Estado operam no sentido de comprovar a legitimidade ou não desses ‘autos de resistência’ (...) saber de que forma, e por quem, a atuação dos policiais é fiscalizada, como se dão as investigações para se apurar as circunstâncias dessas mortes e, de um modo geral, como são processados esses casos ao longo do Sistema de Justiça Criminal (MISSE et al, 2013, p. 16)

Os trabalhos de Misse são importantes, pois voltam-se a “analisar empiricamente, sob uma perspectiva sociológica, como são realizados os procedimentos apuratórios e o julgamento de casos chamados de “autos de resistência”, na cidade do Rio de Janeiro” (MISSE et al, 2013, p. 22).

E, na Ciência Política, o trabalho de Orlando Zaccone, onde o autor buscou observar os elementos que serviriam aos operadores do direito para a construção da decisão de legitimidade das ações policiais que resultaram morte, isto é, entender o que tem motivado o Ministério Público do Rio de Janeiro a requerer o arquivamento dos inquéritos policiais provenientes de autos de resistência naquele estado (ZACCONE, 2014).

No quadro das dificuldades para a identificação do racismo institucional deve-se atentar para o rito próprio para esses casos, tanto no âmbito do processo penal, administrativo e civil (em casos de indenização aos familiares ou pedidos de reintegração à Corporação por parte dos policiais). Daremos destaque neste trabalho apenas ao âmbito do processo penal.

Os homicídios dolosos praticados por policiais militares são julgados obedecendo aos ritos do Tribunal do Júri,— Código de Processo Penal, artigos 406 a 497, de acordo com as alterações introduzidas pela Lei nº 11.689, de 09 de junho de 2008. O

procedimento adotado pelo Júri é especial e possui duas fases. A primeira fase refere-se ao período anterior ao julgamento.

A primeira fase compreende o juízo de acusação e tem por objeto a admissibilidade da acusação perante o Tribunal. Consiste em produção de provas para apurar a existência de crime doloso contra a vida. Essa fase se inicia com o oferecimento da denúncia ou queixa e termina com a sentença de pronúncia, impronúncia, desclassificação ou absolvição sumária.

Na segunda fase ocorre o juízo da causa. Trata-se do julgamento, pelo Júri, da acusação admitida na fase anterior. Começa com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia e se encerra com a sentença do Juiz Presidente do Tribunal Popular.

Aqui destaca-se duas barreiras:

1. Pessoas sorteadas entre leigos. O artigo 447, do Código de Processo Penal, determina que o Tribunal do Júri será composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento. Poderão estar nesta lista, qualquer cidadão maior de 18 anos, com notória idoneidade, conforme o artigo 436. Neste sentido, quem julgará o caso serão pessoas comuns, que não necessariamente compreendem a importância da função que estão exercendo, que tiveram pouco, ou nenhum, contato com noções de direitos humanos e de Estado Democrático de Direito. Pessoas que julgaram conforme suas convicções pessoais, e as quais, os pesquisadores não tem acesso a seu histórico de vida e convicção política, que podem, inclusive, ir de encontro aos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988. As informações referentes aos jurados, em nossos três casos, deu-se apenas, e superficialmente, nas próprias sessões de julgamento.
2. Juízes que não fundamentam seus votos: os jurados, em razão de norma constitucional e legal (art. 466, 485 e 483 do Código de Processo Penal), não são podem, aliás, não devem ter seus votos divulgados. A garantia constitucional de sigilo dos votos e das votações impede o acesso aos

argumentos que levaram os jurados a condenar ou absolver o policial envolvido em abordagem que resultou morte de civis.

3. Processos não referenciados: não há qualquer referência na capa dos autos dos processos que facilite o acesso de pesquisadores aos processos cujas origens foram abordagens policiais que resultaram em morte.

Como se vê, a própria estrutura prático-normativa do rito procedimental do tribunal do júri, dificulta a produção de dados a seu respeito, quando se trata de réus policiais militares. Outros dois elementos identificados por sociólogos fora do campo do direito e que nos ajudam a compreender nossa problemática, a racialização com e sem racismo (GUIMARÃES, 2002; SALES JÚNIOR, 2009), não serão explorados neste texto, pois ainda encontra-se em fase de elaboração a aplicação destes conceitos no campo do direito, sobretudo, nos objetos observados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve por objetivo apresentar os resultados parciais de uma pesquisa, ainda em andamento – intitulada “*abordagens policiais com resultado morte na trílice responsabilidade do Direito*”-, cujo objeto é o tratamento que o sistema de justiça de São Paulo tem dado aos homicídios dolosos praticados por policiais militares.

Neste sentido, destacamos a racialização da temática, buscando compreender os limites e desafios do estudo da questão racial nos júris de policiais militares. Num primeiro momento discutimos o conceito de racismo institucional identificando que, apesar de funcional do ponto de vista político, na perspectiva científica, pelo menos do ponto de vista do Direito, suas demarcações não são tão claras, ou facilmente implementadas.

No segundo momento, mostramos que o estudo do racismo no campo do direito ainda é recente, valendo destacar os trabalhos de Dora Lúcia de Lima Bertúlio (1989) e de Evandro Charles Piza Duarte (1998). Em seguida, apresentou-se a metodologia empregada, cuja estratégia metodológica é o estudo de casos múltiplos.

Por fim, nos detivemos sobre as dificuldades de diagnosticar o racismo institucional nos júris de policiais militares em homicídios dolosos, destacando dois grandes grupos: no primeiro, aquelas dificuldades inerentes ao estudo das relações raciais no Brasil, ressaltando o mito da democracia racial, e, no segundo, aquelas ligadas especificamente ao campo do Direito Penal e Processual Penal, mais especificamente, ao procedimento especial do Tribunal do Júri.

Espera-se que o trabalho possa ter colaborado para a reflexão do que é o fenômeno do racismo institucional no Brasil e as dificuldades para captá-lo no plano da pesquisa empírica em direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDO, Helena. **Mídia e processo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**, ano 7, 2013, p. 118-127.

CAMPENHOUDT, Luc Van; QUIVY, Raymond. **Manual de Investigação em Ciências Sociais**. Tradução: João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2008.

CANO, Ignácio. **Boletim de criminalidade**: abril de 2013. Laboratório de análise da violência: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

_____. **Viés racial no uso da força letal pela polícia no Brasil**. Tradução: Lígia Bastos Lages. Disponível

em: [https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1206/5%25252520-](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1206/5%25252520-0-25252520vies%25252520racial%25252520%25252520ignacio%25252520cano.pdf?sequence=1)

[0-](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1206/5%25252520-0-25252520vies%25252520racial%25252520%25252520ignacio%25252520cano.pdf?sequence=1)

[25252520vies%25252520racial%25252520%25252520ignacio%25252520cano.pdf?seq](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1206/5%25252520-0-25252520vies%25252520racial%25252520%25252520ignacio%25252520cano.pdf?sequence=1)

[uence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1206/5%25252520-0-25252520vies%25252520racial%25252520%25252520ignacio%25252520cano.pdf?sequence=1)

CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo Leandro de. **Nota Técnica nº 10**: vidas perdidas e racismo no Brasil. Brasília: Ipea, 2013.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As dimensões raciais do processo de ratificação da Convenção do Genocídio nos Estados Unidos. **Universitas/JUS**, v. 24, n.1, p.1-10, jan/jun 2013.

_____. As fronteiras raciais do genocídio. **Revista de Direito da Universidade de Brasília Direito.Unb.** v.01, n. 1, p. 119-146, jan/juh 2014

_____. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e projeto de estado genocida brasileiro. Dissertação de mestrado. Universidade de Brasília, 2006

COSTA, IvoneFreire. **Polícia e sociedade:** gestão de segurança pública, violência e controle social. Salvador: EDUFBA, 2005.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida:** a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Revan, 2015.

DESLAURIERS, Jean-Pierre; KÉRISIT, Michèle. O delineamento de pesquisa qualitativa. In: POUPART, Jean et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008, p.127-153.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; GONÇALVES, Paula Garcia. Letalidade policial e Ministério Público: das práticas de extermínio ao discurso legitimador. In. VILARES, Fernanda. (org.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais:** Dossiê especial letalidade policial, v. 25, n. 130, abr. 2017, p. 177-202.

LIMA, Renato Sérgio de; NUNES, Samira Bueno. A opaca estética da indiferença: letalidade policial e políticas públicas de segurança. In. NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil 2001-2010.** São Paulo: Centro de Pesquisa, Inovação e Difusão Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, 2012.

MACEDO, Henrique de Linica dos Santos. **“Confrontos” de ROTA:** a intervenção policial com “resultado morte” no estado de São Paulo. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de São Carlos. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. São Carlos, 2015.

MACHADO, Igor Suzano; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. A resposta judicial para homicídios envolvendo policiais no Brasil: um análise quantitativa. **Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies**, 2016, vol. 41, n. 3, p. 366-388.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. (org.). **Carandiru não é coisa do passado** [recurso eletrônico]: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre. São Paulo: FGV Direito SP, 2015. 552 p.

MACHADO, Maíra Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; FERREIRA, Luisa M. A.; Massacre do Carandiru: vinte anos sem responsabilização. **Novos estudos – CEBRAP**, n.94, São Paulo Nov. 2012. p. 05-29.

MISSE, Michel; GRILO, Carolina C.; TEIXEIRA, César P.; NERI, Natasha E. **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: CNPQ/NECVU/Booklink, 2013.

_____. et. al. **Quando a polícia mata: homicídios por “autos de resistência” no Rio de Janeiro (2001-2011)**. Rio de Janeiro: Booklink/NECVU, 2013.

MUNANGA, K. **O Anti-racismo no Brasil**. In: MUNANGA, K. (org.). **Estratégias e políticas de combate à discriminação racial**. São Paulo: Edusp, p.79-111, 1996.

NASCIMENTO, Abdias do. **O Genocídio do Negro Brasileiro**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NUNES, Samira Bueno. **BANDIDO BOM É BANDIDO MORTO: A opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista**. Dissertação de Mestrado. Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo. São Paulo, 2014, 146 p.

O'DONNELL, Guillermo. “Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America”, Paper presented at the Meeting of the Latin American Studies Association, Chicago, September, 1998.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias*. **Tempo Social: Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, maio de 1997, vol. 9, n. 1, p. 43-52.

REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado**: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991- 2001. 247f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais), Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade** (trad. Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Mendes). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, ritual e teatro**: um estudo antropológico do Tribunal do Júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

SILVÉRIO, Valter Roberto. AÇÃO AFIRMATIVA E O COMBATE AO RACISMO INSTITUCIONAL NO BRASIL. *Cadernos de Pesquisa*, n. 117, novembro/ 2002

STRAUSS, A.; CORBIN, J. **Pesquisa Qualitativa**: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada. 2ª edição. Porto Alegre: Artmed, 2008.

SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. **Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante**. São Carlos: Universidade Federal de São Carlos, 2014.

_____. A produção da desigualdade racial na Segurança Pública de São Paulo. Disponível em: http://www.29rba.abant.org.br/resources/anais/1/1402023218_ARQUIVO_Paper_ABA_2014_Schlittler_Silvestre_Sinhoretto.pdf. Acesso: 15 de julho de 2017

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Editora Atlas S. A., 1987.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Inequality and the subversion of the rule of law. In: RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. (Org.). **Law and Society in Latin America**: A New Map (Law, Development and Globalization). 1ed. New York: Routledge Taylor & Francis Group a GlassHouse Book, 2015, v., p. 23-42.

WEBLEY, Lisa. “Qualitative approaches to empirical legal research”. In _____. *The Oxford Handbook to empirical legal research*. Oxford: Cane and Kritzer (eds.), 2010.

WERNECK, Jurema. Racismo institucional e saúde da população negra. **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v.25, n.3, p.535-549, 2016

YIN, Robert. Estudo de Caso: planejamento e métodos. Tradução Daniel Grassi. 2 ed.
Porto Alegre: Bookman, 2001.

**ABORTO, CRIMINALIZAÇÃO DA MULHER E SAÚDE PÚBLICA:
IMPASSES, DIREITOS E DESAFIOS**

Rodrigo Maranhão Pinheiro

Bacharel em Sociologia da Universidade Pierre Mèndes France – Grenoble/França e discente em Direito do 6º período da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB.

E-mail: rodrigomabr@gmail.com.

Alanna Viana Alves

Pesquisadora- membro do grupo Limites Constitucionais do Direito Processual Penal da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, coordenado pelo Prof. Dr. Pela Puc/ RS

Cléopas Isaías Santos e discente do 6º período da UNDB. E-mail:

lannavian@hotmail.com

Silvia Cristianne Nava Lopes

Professora Doutorada do Curso de Enfermagem da Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

E-mail: professorasilviaufma@yahoo.com.br

Luana Tereza de Barros Vieira Rocha

Bacharel em Serviço Social e doutoranda em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão - UFMA. E-mail: lunafloorrocha@hotmail.com

Resumo: O presente estudo analisa o aborto enquanto crime no Brasil sob a penalidade da lei aplicada pelos art. 124 a 128 do Código Penal Brasil, com ênfase a criminalização primária (tipicidade do crime) e secundária (sanção penal efetiva da lei aos casos concretos) de mulheres e os reflexos nos espaços de atendimento à saúde em São Luís-Maranhão. As formas estereotipadas em torno do ser feminino então vista como ser frágil destinada à procriação e ao lar. Com isso, toda e qualquer ação oposta a esses perfis predeterminados torna-se conflituoso ao esperando, conseqüentemente, tornase motivo

de punição. Essas condições discriminatórias e punitivas não se restringem ao Brasil, mas ocorreu, com muito mais violência em outros países, como a França que, recentemente, atingiu um elevado grau de consciência e planejamento, principalmente, na saúde. No Brasil verificamos casos de morte ou maus tratos às mulheres em aborto, como o não uso de anestesia, hierarquia e hegemonia de certas categorias médicas, dentre outros. Portanto, mesmo que o Ministério da Saúde e Ministério da Justiça defenderem a humanização e o acolhimento da mulher em abortamento, ainda verifica-se situações constrangedoras e indignas as mulheres.

Palavras-chave: Aborto. Criminalização primária e secundária. Saúde Pública.

Abstract: The present study analyzes abortion as a crime in Brazil under the penalty of the law applied by art. 124 to 128 of the Brazilian Penal Code, with emphasis on primary criminalization (typicity of crime) and secondary criminalization (effective criminal law enforcement in concrete cases) of women and the reflexes in health care system in São Luís Maranhão. The stereotyped concepts around the female role in society such as fragile and only destined to procreation and to become housewives. By this, any action that oppose some of the predetermined behavior profiles turn to conflict, consequently, it becomes a reason for punishments. These discriminatory and punitive conditions are not restricted to Brazil, but occurred with much more violence in other countries, such as France, which recently reached a high degree of awareness and social planning, especially in health care. In Brazil we verified cases of death or mistreatment of women in abortion, such as the non-use of anesthesia, hierarchy and hegemony of certain medical categories, among others. Therefore, even if the Ministry of Health and the Ministry of Justice defend the humanization and acceptance of women's abortion, there are still have embarrassing and unworthy situations for women.

Keyword: Abortion. Primary and Secondary criminalization. Public Health.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho analisa o “crime” de aborto no Brasil nos moldes do art. 124 a 128 do Código Penal Brasileiro, com ênfase à criminalização primária (tipicidade do crime) e secundária (sanção penal efetiva da lei aos casos concretos) de mulheres e os possíveis reflexos nos espaços de atendimento à saúde em São Luís do Maranhão.

Tal crime faz parte dos chamados crimes femininos em que a gestante é o sujeito, praticante da conduta típica da norma penal. Desta forma, o processo de criminalização primária e secundária do aborto liga-se aos papéis sociais estereotipados ao referido gênero, pautados na subordinação da mulher ao homem, na incapacidade de a mulher tomar decisões sobre seu corpo, na restrita função da mulher às tarefas domésticas e familiares, etc.

A mulher que comete o aborto é considerada criminosa, em que a punição geralmente decorre da criminalização primária; a secundária é de uma prática reservada a determinados perfis femininos que compõe a cifra obscura do aborto, ou seja, de difícil determinação concreta.

Criminalizar o aborto nos três primeiros meses da gestação viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como do direito à autonomia de fazer suas escolhas e o à integridade física e psíquica (MERIEVERTON, 2017). Com recentes mudanças, o abortamento ainda é realizado na clandestinidade, de modo inseguro, com riscos à saúde em idade fértil e a óbito materno.

Ocorre a violência institucional exposto na não utilização de medidas terapêuticas de alívio da dor durante e após a curetagem, a recusa do médico em utilizar analgesia durante o processo de esvaziamento uterino dentre outros fatores (AQUINO et al., 2012).

Tal situação tornou-se inapropriado para alguns países europeus, como a França que, atualmente, descriminaliza o aborto. Este país se tornou um dos que mais abertamente contribui para a legalização e avanços sobre a temática.

Sem embargo, Marquet (2016) aponta que há muito tempo na França o corpo da mulher não lhe pertencia, pois ao invés de ser dotada de um caráter privado era apenas um corpo feminino nacionalizado. Entretanto, o movimento feminista foi responsável paulatinamente pela separação entre sexualidade e procriação.

METODOLOGIA: realizou-se numa Revisão Narrativa de Literatura fundamentada no levantamento de livros, trabalhos científicos e documentos oficiais publicados pelo Ministério da Saúde e Ministério da Justiça e de organismos internacionais referentes à questão do abortamento e a criminalização da mulher no Brasil e na França. Após o levantamento, foi realizada análise de conteúdo. Autores como Aquino (2012), Merieverton (2017), Rios (2017) discutem os desdobramentos da criminalização e o atendimento desumanizado da saúde, particularmente, em casos vividos pelas instituições de saúde em São Luís-MA; França (2014), Busato (2014), Almeida (1993) e outros propõem ideias em torno do aborto enquanto crime.

Assim concluímos que assistência às mulheres em situação de abortamento no Brasil encontra-se na contramão do que propõem as normas brasileiras estabelecidas pelo Ministério da Saúde e dos organismos internacionais. O modelo vigente é desumanizado e centrado no esvaziamento uterino, demonstrando o poder do modelo biomédico e na hegemonia do médico sobre demais profissionais.

2 O PERFIL DA MULHER CRIMINOSA NA PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA E DO DIREITO PENAL: A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA E SECUNDÁRIA DA MULHER

Para as teorias lombrosianas, o determinismo biológico é uma fonte primordial para a compreensão do comportamento humano, logo, as características físicas, biológicas e por vezes psíquicas determinam o indivíduo criminoso, independentemente de sua condição social ou contexto no qual o indivíduo se encontra. Posto isto, com relação às mulheres, a sua presença escarça no mundo do crime é devido a sua capacidade em ser mais conservadora em matéria de juízo social. Isso ocorre porque às mulheres são

reservadas tarefas de natureza mais sedentárias e a maternidade, fazendo que estejam menos predispostas as variações do ambiente, segundo o lugar e o tempo (FERRERO; LOMBROSO, 1893).

Desta forma, o papel criminoso exercido pela mulher é sempre passivo e secundário ao homem, geralmente cúmplices ou influenciadas por terceiros (FERRERO; LOMBROSO, 1893). Logo, na criminologia positivista de Lombroso a mulher era colocada em posição de fragilidade frente à sociedade, sendo essa vulnerabilidade tanto física quanto mental. “*La donna delinquente*” obra escrita por Lombroso e Giovanni Ferrero exercia um suporte para tal ideia de passividade e inércia da mulher (GRAZIOSI, 1999). Assim, a criminologia por muito tempo ignorou o papel da mulher nos delitos, fazendo com que existisse certa invisibilidade desse gênero como objeto de análise, sendo em abordagens doutrinárias ou práticas (BLUGLIONE, 2011).

Consequentemente, além dessa perspectiva biológica primitiva, temos ainda a influência externa, sendo ela o resultado da visão que colocava a mulher em posição de submissão, ou seja, o foco não era mais a incapacidade mental ou física das mulheres, mas, sim, a condição histórica de dependência e desigualdade quando comparadas aos homens (GRAZIOSI, 1999). A clássica frase de Simone de Beauvoir no livro *O Segundo Sexo* (1967, pag.9) “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, é bem ilustrativa do processo de formação da posição da mulher na sociedade, onde se estabelecem relações de poder, dependência, submissão entre masculino e feminino em que homem e mulher não se definem por sua condição genética biológica, mas pela forma como representação simbólica do seu corpo relaciona-se com realidade sócio-político-cultural.

Bourdieu enfatiza (2001, p. 01-02) que os processos responsáveis pela construção do arbítrio cultural estão na:

(...) dominação masculina, e no modo como é imposta e vivenciada, o exemplo por excelência desta submissão paradoxal, resultante daquilo que eu chamo de violência simbólica, violência suave, insensível, invisível, as suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias paramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou,

mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (...) a lógica da dominação, exercida em nome de princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante como pelo dominado (...).

Portanto, o ponto crucial de socialização da mulher deriva diretamente do ponto em que se encontra o sujeito feminino, logo, se não lhes for conspícua a necessidade de assumir sua própria existência a realidade conspirará para que assumam sempre uma posição passiva na sociedade (BEAUVOIR, 1967).

Com o avanço dos estudos na área da criminalidade, a mulher passou a ser vista como um elemento socialmente construído, ou seja, que envolve também o caráter do criminoso como uma construção no transcorrer do tempo (SMAUS, 1999). Assim é mister retratar uma pergunta feita por França (2014, p.217):

Será que o sistema de justiça possui uma postura conservadora, que enfatiza a criminalidade masculina e deixa em segundo plano os delitos cometidos por mulheres, em decorrência da sua imagem socialmente construída trazendo aspectos de docilidade, maternidade e fragilidade?

O fato é que “à medida que as disparidades socioeconômicas entre os sexos diminuem, há um aumento recíproco da criminalidade feminina” (LEMGRUBER, 1999, p.6). Sendo assim, esse sistema de justiça vai dando margem a investigação e a análise da mulher quanto indivíduo que comete crimes, o que retoma a um questionamento de França (2014, p. 218): “Foi a criminalidade que de fato sofreu alteração ou a mudança está na visão que o poder punitivo tem hoje sobre mulheres criminosas? ” (FRANÇA, 2014, p.2018).

De fato, o poder punitivo do Estado, ou seja, a sua capacidade e competência exclusiva em matéria de aplicação das sanções penais a quem pratica delitos tem como característica principal o monopólio da violência. Este monopólio permite que se criem relações de dominação e controle social, no intuito de, prevenir a criminalidade, sendo

assim, o elemento principal que justifica e legitima esse aparato jurídico, sistêmico e ideológico é o pressuposto de que todos são iguais perante a lei (MUNÕZ, 2005).

Entretanto, segundo Zaffaroni (2015, p. 03):

As ações conflitivas de gravidade e significado social muito diversos se resolvem por via punitiva institucionalizada, mas nem todos os que a realizam sofrem essa sanção, e sim uma minoria ínfima deles, depois de um processo de seleção que quase sempre seleciona os mais pobres; outras soluções conflitivas se resolvem por outras vias institucionalizadas e outras carecem de solução institucional; a solução punitiva (eliminatório ou retributiva) é somente uma alternativa que exclui a possibilidade das outras formas de resolver os conflitos (reparatória, terapêutica e conciliatória). Como se não bastasse, as ações que abrem a possibilidade de solução penal de maior gravidade são cometidas pelos próprios Estados que institucionalizam tais soluções”.

Assim, a sociedade produz estruturas de poder compostas por grupos de dominados e dominadores, na qual é possível verificar o grau de centralização e marginalização desses grupos que constitui uma rede de possibilidades ao estabelecimento das mais variadas espécies de controle social (ZAFFARONI, 2015). Neste contexto, Baratta (2011) diz que a lei penal não foi feita para ser igual a todos, haja vista que o status de criminoso é distribuído de forma diversas entre os grupos sociais. Contudo, mais além do que isso, cabe ressaltar que o status de criminoso não tem correlação com dano social da ação criminosa responsável pela infração da lei. Na verdade, constitui um todo variável em que a razão que criminaliza é desigual por excelência.

Portanto, essas iniquidades também são elencadas por Buglione (2011) quando determinadas condutas são tidas como corretas ou impróprias para tal sociedade e as separa entre masculinas e femininas (crimes femininos). Sendo que o olhar do dono do

controle é um olhar masculino. Ou seja, essa carga toda feita através de uma cultura patriarcal, que deixa a mulher em condição frágil e suprimida por vezes cerca suas realidades, estando dentre elas o mundo do crime. A partir de uma mudança na visão ou no cenário que envolve a delinquente vai se tornando perceptível sua relação com o crime. Assim, no que tange o aborto (crime tipificadamente feminino) a legislação brasileira trata-o como um tipo penal aberto (arts. 124 a 127 do CP/40), pois segundo Nucci (2016)

(...) o legislador precisa operar com certa liberdade, reservando ao juiz a tarefa de interpretar e complementar o conteúdo do tipo incriminador (...). Isto não significa que se deva privilegiar a criação de tipos muito vagos, pois quanto mais específicos eles puderem ser, melhor para o Direito Penal e para o indivíduo. Assim, para assegurar a eficácia do princípio da legalidade é preciso manter o equilíbrio e o meio-termo: nem analogia, nem tipos extremamente vagos e genéricos. Em ambos os casos, estar-se-ia preterindo a aplicação do preceito constitucional da reserva legal”.

Para tanto, deve-se levar em consideração que existem formas de aborto. Essa prática pode ser natural em que a interrupção da gravidez se dá por causas patológicas, também pode ser incidental nos casos em que são provocados por elementos externos ou traumáticos. E ainda pode ser criminoso, nos casos de interrupção forçada que pode ou não levar a morte do feto ou embrião. Por fim, podem ser legais, como no caso do terapêutico ou necessário, sentimental e humanitário e eugênico que são os casos em que a lei autoriza de forma excepcional a interrupção da gravidez somente por médicos, ou seja, a prática continua sendo crime, mas perde sua antijuridicidade (art. 128 do CP/40), pois, nem um direito por mais que seja fundamental não é absoluto, nem mesmo o direito à vida (NUCCI, 2016).

De fato, o que prevalece no Brasil, doutrinariamente, com relação ao aborto é a teoria concepcionista em que a vida começa na concepção, neste sentido o art. 2º do Código Civil de 2002 é estabelece que “a personalidade civil da pessoa começa com o

nascimento da vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ou seja, resguardam-se também o direito daquele que embora ainda não tenha nascido, foi concebido. Esse também é o entendimento do STF na ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 3510 sobre a Lei de Biossegurança em que as pesquisas em células-tronco não caracterizam aborto, pois não coincide com a noção de nascituro.

É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano.

Ademais no que tange a tipificação do aborto, Nucci (2016) ressalta que:

(...) a doutrina majoritária defende ser o aborto um delito que lesiona um bem jurídico individual, qual seja, a vida humana em formação, independentemente do seu estágio evolutivo. Segundo Régis Prado, no crime de aborto o bem jurídico ofendido é a vida do ser humano em formação. Todavia, é possível vislumbrar-se, como bens jurídicos secundários, a vida e a incolumidade física e/ou psíquica da mulher grávida, desde que se trate de aborto não consentido (art. 125, CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127, CP). Assim, entende que o nascituro é o portador do bem jurídico-penal vida humana dependente”.

Todos os fundamentos até agora apresentados não são elementos do ideal tipo que compõem o ideário ideológico complexo do perfil da mulher criminosa, ou seja, na construção do tipo ideal apenas certos aspectos das ações humanas são levados em consideração devido à complexidade infinita do real e da limitação dos conceitos que podem ser elaborados cuja seleção é orientada por valores, tomando em consideração o comportamento dos outros e por ele também afetado no seu curso (WEBER, 2004).

Com efeito, a sociedade é vista a partir de uma cadeia de situações sociais envolvendo as relações de poder, ou seja, o controle social que emanam das instituições se autodetermina como um poder disciplinar para uma comunidade. Sendo assim, interferem na forma de pensar a concepção do criminoso e de vítima onde o aborto se enquadraria nas interdições galgadas nas questões relacionadas a sexualidade e a política em que há a mortificação do “eu civil”, ou seja, da capacidade de regular a imagem que gostaríamos que os outros tivessem de nós em detrimento do júbilo ao corpo disciplinado e docilizado (FOUCAULT, 1987). Este “bio-poder” é um elemento central e imprescindível para o desenvolvimento capitalista que molda e controla os corpos por meio de processos de produção econômica (FOUCAULT, 1988).

No que concerne a elaboração de tipos criminais o sistema penal brasileiro abrange dois tipos de criminalização: a primária e a secundária. A primeira se encontra no âmbito da criação das regras penais, ou seja, da feitura das condutas a serem punidas pelo sistema penal e dos juízos de valores construídos em torno dos bens jurídicos escolhidos para serem protegidos. Por outro lado, a criminalização secundária é mais proeminente quando rotula o autor da conduta delitiva ao crime ao qual se insere, sendo competência dos órgãos do Poder Judiciário (MASSON, 2014).

Assim, a criminalização secundária é a aplicação da punição quando o caso concreto se enquadra nos ditames da norma legal, ou seja, manifesta-se com a subsunção. Desta forma, os órgãos responsáveis penalmente reconhecem o indivíduo a quem é atribuída a conduta criminalizada e, portanto, nele recairá a persecução penal. Já a primária, recairá no ato e efeito criador do legislador em elaborar a lei e, conseqüentemente, a incriminação se tornará possível em função da existência de um penal prévio (MASSON, 2014). Neste ponto, a Constituição de 1988 é clara ao afirmar

no art.5º, inciso II, no qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” coadunando-se com art. 5º, inciso XXXIX em que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Portanto, a criminalização secundária manifesta-se quando houver a infração de uma regra geralmente aceita socialmente e, logo, procura-se identificar o(s) atore(s) dessa conduta, um padrão de comportamento, uma classe ou grupo de pessoas ligadas a essa mesma categoria de desvio. Erroneamente, tende-se a crer que aqueles que infringem as regras pertencem a uma categoria homogênea. Ou seja, o outsider ou desviante é aquele cujo rótulo lhe foi aplicado com sucesso seja ele, físico, simbólico ou imaginário; assim, o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal. Nesse ínterim, Becker (2008, p. 22).

(...) o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das reações dos outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas de desviantes. Isto é, não podem supor que essas pessoas cometeram realmente um ato desviante, ou infringiram uma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível; algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter infringido uma regra. Além disso, não podem supor que categoria daqueles rotulados conterá todos os que realmente infringiram a regra, porque muitos infratores podem escapar da detecção e assim deixar de ser incluídos na população de “desviantes” que estudam. A medida em que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que explique o suposto desvio.

Baseado nesses dois tipos de criminalização característicos de condutas penais desviantes, o enfoque do crime de aborto e determinado pelos artigos 124 a 128 do Código podendo ser de maneira geral, provocado pela gestante ou por terceiro com ou sem o seu consentimento. Tal crime faz parte dos chamados crimes femininos, ou seja, é um crime próprio em que a gestante é o sujeito ativo e, também, pode ser sujeito passivo

no caso de aborto não consentido. Ademais, é um crime próprio, pois o abortante poderá figurar tanto no polo ativo como passivo do tipo penal.

(NUCCI,2016).

Com o aumento do número de casos e a maior entrada em hospitais por consequência dessa conduta, a integridade física passou a ser um bem tutelado também pelo direito penal ligado a tal ação. De acordo com Calil (2014) o que é observado em nossos dias é que mesmo após a tipificação do aborto, não virou empecilho para não cometimento da conduta, e mais, tal crime é visto em perfis diferentes de mulheres, sendo que a punição efetiva incide apenas à determinadas mulheres o que corrobora com a teoria do labelling approach ou etiquetamento social.

A teoria do labelling approach, ou etiquetamento, surgiu da passagem do paradigma baseado na investigação das causas da criminalidade, como dados pré- constituídos e sem mobilidade, para o das condições da criminalidade, que resulta em construção que se movimenta no contexto social determinado, ou seja, o objeto da investigação criminológica deixa de ser etiológico-determinista (de indivíduos “anormais” que se diferenciam de indivíduos “normais”) e é substituído pelo modelo dinâmico de análise da realidade criminal, como construção de interações e tipificações complexas ocorridas no seio das relações sociais. (MAZONI; FACHIN, 2012, p.5-6)

O que vem a existir é um poder simbólico da criminalização do aborto, onde a punição do crime de aborto vai incidir em uma realidade social. O que observamos é o que traz Calil (2014, p. 23) como a criminalização do aborto ao tratar da seletividade exercida pelas “agências de criminalização secundária”. Existindo assim, punição de determinado perfil de mulher, vindo a gerar uma descriminalização por conta de uma sociedade estratificada, socialmente.

A despeito disso, é notória a importância das Instituições para atribuições de comportamentos desviantes, não somente dentro dessas instituições como também fora delas. Para as instituições totais são um local onde é característico o confinamento, a ordenação do tempo e centralização da autoridade para maior controle dos que ali se encontram internada. A estrutura de uma instituição total visa criar contínuas experiências e afazeres num mesmo espaço-tempo, evitando-se ao máximo a contingência da vida cotidiana com vista a fortalecer a relação entre grupo dirigente e grupo controlado. Sendo assim, Goffman (1974, p. 11) afirma que:

Assim como há restrição para conversa entre as fronteiras, há também restrições a transmissão de informações, sobretudo informação quanto aos planos dos dirigentes para os internados. Geralmente, estes não têm o conhecimento das decisões quanto ao seu destino. Tanto no caso em que os fundamentos oficiais são militares, por exemplo, ocultar o destino de viagem dos soldados; ou médicos, ocultando o diagnóstico, plano de tratamento e demora aproximada de internamento para tuberculosos, essa exclusão dá a equipe dirigente uma base específica de distancia e controle com relação aos internados.

Presumivelmente, todas essas restrições de contato ajudam a conservar os estereótipos antagônicos. Desenvolvem-se dois mundos sociais e culturais diferentes, que caminham Juntos com pontos de contato oficial, mas com pouca interpenetração. É significativo observar que o edifício da instituição e seu nome passem a ser identificados tanto pela equipe dirigente como pelos internados como algo que pertence a equipe dirigente, de forma que quando qualquer dos grupos se refere as interpretações ou aos interesses "da instituição", implicitamente se referem (tal como o farei) as interpretações e aos interesses da equipe dirigente. A divisão equipe dirigente-internado é uma consequência básica da direção burocrática de grande número de pessoas; uma segunda consequência refere-se ao trabalho.

Conforme Cabette (2014), temos uma grande diferença entre a criminalização primária e a criminalização secundária, que é a efetiva aplicação da lei. Acontece que além da aplicação da pena ser a determinados perfis femininos, existe ainda o que é chamado de cifra negra do aborto. Ainda pelo mesmo doutrinador, a cifra negra é a conduta criminalizada, porém, traz consigo a desimportância do bem jurídico, ou seja, o “desinteresse estatal na perseguição das condutas no campo criminal, devido a pouca relevância social” (p.276). O que vem a trazer os questionamentos se o aborto deveria ser criminalizado ou não, já que mesma a existência da proibição desse tipo de conduta não faz a diminuição da prática da mesma.

Nesta perspectiva, quando há uma apreciação que transcende os limites dos juízos de valores em que figura a preponderância de pulsões paternas e culturais instintivas, as instituições se fortalecem e se legitimam. Nesse ínterim, as leis de cunho paternalista exigem o domínio do corpo feminino pela sua função reprodutora. Nesse contexto, responsabiliza-se inteiramente a mulher pelos procedimentos contraceptivos, pela gravidez indesejada e, finalmente pelo aborto (BUTLER, 2008).

3 ASPECTOS HISTÓRICOS E JURÍDICOS DO ABORTO NA FRANÇA

Na atualidade, a França é um dos países que mais abertamente contribuiu para a legalização e avanços da questão do aborto, com isso, é possível ser levado em consideração o histórico políticossocial por vezes tortuoso que engendrou a tais modificações na lei. Portanto, quando abordamos essa temática na França é interessante levar em consideração as “contradições”, pois até o século XIX era comum esta prática, embora houvesse proibição expressa no Código Penal Francês de 1810 (WALCZAK, 2013, p.16).

Assim, pelo teor do art. 317, tipifica-se o crime de aborto quando qualquer pessoa que por meio de alimentos, bebidas, medicamentos, artifícios, ou por qualquer outro meio provocar ao tentar provocar aborto a uma mulher grávida ou supostamente grávida, com seu consentimento ou não, será punido com prisão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e multa de 1.800F a 100.000F (CODE PENAL, 1810).

Frédérique Schneider (2010) relata no livro “Les experts de l’intime et les femmes, médecins et démographes en France de 1945 à 1975” que em um dos extratos da obra “Institutions et Prières Chrétiennes do padre Antoine Godeau de 1643” existiam rezas praticadas pelas mulheres cristãs durante o período de gestação. Isto se justifica, sobretudo em função dos perigos e insegurança que representavam a maternidade nesta época para vida da mãe e da do filho:

No meu parto eu fortaleço meu coração para apoiar as dores que acompanham me, pelo qual eu os aceito como efeitos de sua justiça em nosso sexo, quando pecou a primeira mulher. Fruto desta maldição e dos meus próprios insultos no matrimônio, eu sofro com prazer a crueldade destas trincheiras, e que eu os coloco juntos aos sofrimentos de seu filho na cruz, E que por meio deste me gerou na vida eterna. Eles não podem ser tão rudes, ao menos que eu os mereço, porque embora é devolvida a Santidade do matrimônio com minha concepção porém, justificável eu confesso que a concupiscência envolveu do seu veneno para isto, fazem disto as faltas e com isso desagradam me. Que se seu testamento é aquele que eu mereço em meu parto, eu o adoro, eu o abençoei e eu conformo me com isto. Só eu lhe peço a vida neste momento, de forma que ele receba o sacramento mesmo se ele não pode nem se ver. Aquele depois de mim, quando eu me vejo levado na sepultura, eu encontrarei o conforto para ter multiplicado o número desses que seguem o cordeiro em todos os lugares onde ele vai e que canta um hino que não pode ser cantado por ninguém. Mas eu espero que sua clemência manterá viva entre vocês.

Esses elementos simbólicos como o pecado original, a esperança, a possibilidade da criança não viver o suficiente para ser batizada são representações das angústias e expectativas das mulheres cristãs diante da insegurança e da dor do parto no século XVII,

que embora não fossem mais praticadas no século XX, ainda permeava o imaginário dos médicos e da sociedade Francesa como um todo (LIOTARD, 2010).

Nesse ínterim, as mulheres interessadas em realizar o aborto recorriam aos “faiseuse d’anges” que eram várias pessoas, popularmente, conhecedoras da prática: uns, eram parteiras e outros, médicos com muitos conhecimentos sobre o procedimento abortivo da época (sobretudo para as famílias mais abastadas), alguns, inclusive, não passavam de matronas sem formação ou escolaridade praticando o aborto de forma ilegal e clandestina através de métodos perigosos e muitos nocivos à abortantes (IVP, 2008).

Interessante notar que a França do século XIX era influenciada por muitas teorias que ousavam explicar as causas e origens da miséria, apontando soluções que poderia aniquilar seus efeitos. Entre essas correntes, a mais sedutora foi a corrente do Neo-Malthusianismo que se caracterizavam por uma teoria mista entre Thomas Robert Malthus¹ sobre subsistência e população e o dados práticos sobre a satisfação estéril das necessidades reprodutivas, prevalecendo como movimento desde 1890 (OGUSE, 1907). Essa teoria tinham muitos objetivos, entre os quais, a diminuição do número de nascimentos, a prevenção da concepção, a diminuição das despesas familiares, a priorização da maternidade desejada e procriação de crianças saudáveis assegurando uma boa educação e uma pequena renda. Para ele, a população dobra de tamanho a cada 25 anos, pois sua progressão é geométrica, enquanto que seus modos de subsistência seguem uma progressão aritmética. Em decorrência disso, ocorre um desequilíbrio fundamental nessa escala entre o número de vivos e os recursos que disponíveis para sua subsistência, necessitando um controle de natalidade em função da mortalidade elevada, da miséria do vício ocasionado pela superpopulação (ROBIN, 1905).

Curiosamente, é interessante ressaltar que as penas impostas às pessoas que cometiam infanticídio eram muito mais graves do que as que cometiam aborto. No art. 302 do Código Penal Francês de 1810 fica claro que todo culpado de assassinato, parricídio, infanticídio e envenenamento seria punido com a morte. Sem prejuízo da

¹ Thomas Robert Malthus é um pensador e economista britânico responsável por ser o pai da demografia por sua teoria para o controle do aumento populacional conhecida como malthusianismo e, que expos suas ideias em dois livros no “Primeiro Ensaio” e “Segundo Ensaio”.

disposição do art.13 do diploma legal para os casos de parricídio, em que o condenado a morte será conduzido ao local de execução “de camisa, descalço e com a cabeça coberta com um véu preto (...) e terá a mão direita cortada, e será imediatamente executado” (CODE PENAL,1810).

Por outro lado, o movimento francês de 1896 dos Natalistas com o suporte da Igreja Católica e liderança do estatístico francês Jacques Bertillon fez uma forte oposição aos Néo-Malthusianos. O objetivo principal dessa ideologia é o crescimento e estímulo das taxas de natalidade do país e, portanto, a vocação maternal da mulher (a mãe de família) é o ponto crucial desta ideologia que aflorou principalmente nos escritos médicos e demográficos sobre o parto, os métodos contraceptivos e aborto (SALAVERT, 2014). Com o início da primeira guerra mundial entre 28 de julho de 1914 até seu término no dia 11 de novembro de 1918, a maternidade forçada se tornou uma pauta política e social de suma importância para o Estado francês. Consequentemente, em 1920 é votada uma lei mais severa acerca do aborto cujas penas são, consideravelmente, agravadas em 1923 (SALAVERT, 2014).

O principal escopo foi o de proibir o aborto e a propaganda anticoncepcional, sendo um reflexo do aumento contra a propaganda anti-malthusiana na França. Assim, na Lei de 31 de julho de 1920 no art. 1º:

Será punido com prisão de seis (6) meses a três (3) anos e multa de cem francos (100 fr.) à três mil francos (3000 fr.) quem; Por discursos proferidos em lugares públicos ou em reuniões públicas; Pela venda, colocar à venda ou oferta, mesmo que não pública ou por exposição, divulgação ou distribuição em via pública ou lugares públicos, ou por distribuição a domicílio, a entrega sous bande ou por envelope fechado ou não, pelo correio, ou qualquer agente de distribuição ou transporte, livros, escritos, anúncios impressos, cartazes, desenhos, imagens e emblemas; Pela publicidade em gabinetes médicos ou por supostos médicos; Que provocaram o crime de aborto mesmo que esse provocação não tenha tido surtido efeito.

Como se pode deduzir, a intenção do legislador é evitar que houvesse uma diminuição drástica da população francesa justificada por uma ideia de declínio das taxas de natalidade nacional. É importante levar em consideração que para o Código Napoleônico de 1804 considera as mulheres incapazes totalmente casadas juridicamente, portanto submissas ao marido e sem nenhum direito. Sendo assim, elas têm o mesmo estatuto jurídico que os menores não emancipados ao longo de toda a sua vida conjugal e, portanto, a transição de autoridade jurídica se perfaz do pai para o marido (CODE CIVIL, 1804).

No art. 19 do Código Napoleônico de 1804, uma mulher francesa casada com estrangeiro segue a condição de nacionalidade de seu marido, no caso se torne viúva recuperaria a condição de francesas se morar em solo francês. Entretanto, se morar fora do país só poderá retornar com a autorização do governo, declarando a intenção que gostaria de se instalar. Ademais pelo teor o art. 214 determina que um dos direitos e deveres do casamento é que o homem deveria proteger sua mulher e, em contrapartida, ela deveria obedecê-lo. Por fim, segundo o art. 1124 a mulheres casadas eram incapazes para estabelecer relações contratuais, assim como os menores e interditados (CODE CIVIL, 1804).

No dia 29 de julho de 1939 é promulgado o Code de la Famille no qual a ideologia familiarista realocou a capacidade reprodutiva feminina ao campo da biopolítica, tornando-a um elemento central da esfera pública e moral que independe da vontade pessoal e individual da mulher. O direito cria o paradigma da nacionalização do corpo feminino da deslocando-o do *locus* privado e lhe impondo a obrigação de procriar (MARGUET, 2014).

Estes elementos supramencionados podem ser facilmente observados na publicação do Journal Officiel de la Republique Française do dia 30 de julho de 1939 p. 04 em que “Les enfants constituent la part la plus importante du patrimoine nacional”, ou seja, as crianças constituiram a parte mais importante do patrimônio nacional. Além disso, os artigos dos 82 a 98 do Decreto-Lei passaram a criar medidas de proteção à maternidade como forma de rechaçar o aborto, prevendo o recrudescimento das penas

para aqueles que, individualmente, o praticaram, assim como, o fechamento dos estabelecimentos suspeitos ou clandestinos.

A Lei de 15 de fevereiro de 1942 é certamente a mais emblemática. Ocorre o fenômeno de racionalização e nacionalização da reprodução feminina, principalmente a possibilidade de aplicação da pena de morte. Portanto, esta é uma das leis mais repressivas que o sistema jurídico francês conheceu em toda sua história em matéria de interrupção de gravidez, pois o aborto é assimilado ao crime de grave potencial, logo a proibição do aborto tem correlação com própria sobrevivência do Estado e o ato de procriar se torna uma responsabilidade social, nacional e coletiva e, portanto, toda a vez que o Estado teme por sua demografia (MARGUET, 2014). Essa política repressiva culminou em 1943 com condenação à morte na guilhotina da “faiseuse d’anges” Marie-Louise Giraud (LIOTARD, 2010).

Afinal, esta lei de 15 de fevereiro de 1942 estabeleceu que aqueles em que houver presunção de certeza, grave ou concordante para a prática do aborto de forma habitual ou lucrativa seriam considerados assassinos da pátria, pois cometeriam crime contra a raça e agiriam como ameaça à segurança nacional, portanto, esses sujeitos estariam suscetíveis a pena de morte. Por fim, os decretos leis de 1920, 1923, 1939 vigoraram até 1970, mas as críticas a esta normas com intuito de fazer reconhecer o direito das mulheres começaram a sofrer severas críticas a partir de 1950 (MARGUET, 2014).

Entre os anos que sucederam o fim da Segunda Guerra Mundial, precisamente entre 1945 a 1961 os poderes político, medical e religioso se uniram contra os métodos contraceptivos e ensejaram uma campanha contra o aborto ainda mais ferrenha que anos anteriores. Entretanto, diante de todas essas considerações, somente a partir da segunda metade dos anos 50 que as primeiras resistências às leis contraceptivas e ao aborto começaram a ser contestadas na França. Na realidade, podemos afirmar que as condições que levaram as mulheres a abortarem clandestinamente e, em condições insalubres, expressou um sistema político que condena as mulheres a está única e exclusiva escolha (IVP, 2008).

A Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé de 1950 enfatiza que um dos delitos mais cometidos pelas mulheres era o aborto, sendo que uma das causas responsáveis pelo número considerável de encarceramento feminino. Neste sentido, é evidente que o número de abortos cometidos era superior aos descobertos pelas autoridades competentes. Essa sistemática do aborto serve, portanto, para demonstrar o esfacelamento da moral pública, ou melhor, a imoralidade do ato. Este fator se explica certamente porque para prática do aborto não é necessário uma força física excepcional e, também porque a maioria da “faisseuse d’anges” eram idosas que passaram por sérias crises financeiras em função do agravamento do custo de vida em 1945 (ANCEL, 1950).

Logo, “esses delinquentes de idade avançada não podem aprender ou praticar outra profissão”, nesta perspectiva, a redução das prisões para estes casos é problemática, haja vista que, era difícil de encontrar uma profissão que lhe permitisse viver uma vida digna o suficiente para não se sentirem tentados a se tornarem reincidentes (ANCEL, 1950, pag. 457 e 471). Não obstante, resistências políticas, religiosas e médicas criadas em 08 de março de 1956, como a associação “Maternité heureuse” (Maternidade feliz) teve como principal função, o início do combate à criminalização do aborto e proposituras de projetos e reformas, que visaram à liberalização dos métodos contraceptivos, pois estes métodos poderiam diminuir, consideravelmente, a prática do aborto agindo de forma preventiva (MARGUET, 2014).

As razões que levaram a interdição do aborto foram evoluindo de acordo com a época, logo de início foi considerado crime contra a autoridade marital e paternal, depois foi naturalmente assimilado ao pecado e sacrilégio religioso e, finalmente, passou a ser um crime de traição do Estado. Em 1960, surgiu Mouvement Français pour le Planning Familial (MFPPF) que se fortaleceu em 1965 quando a questão do aborto passou de objeto de disputa eleitoral para a Presidência da República no que tange às primeiras proposições de reforma da lei de 1920 (SALAVERT, 2014).

Portanto, às profundas discussões levaram a conclusão que os artigos L.648 e L. 649 do Código de Saúde Pública deveriam ser modificados, pois não passaram de transcrições *ipsis litteris* daquilo que já determinava o Decreto-Lei de 1920 (CHAUVEAU, 2003).

Outro fator importante foi o fato de que em 1965 houve a reforma do Código Cível no que diz respeito ao regime matrimonial, em que foi concedido às mulheres o direito de abrir uma conta no Banco e trabalhar sem o consentimento do marido. O Journal Officiel de la République Française (1965, pag.6) retratou bem esta ideia

As regras do Código Cível, embora as modificações aportadas em 1907 e depois 1938 e 1942, não correspondem mais ao lugar ocupado pela mulher na nossa sociedade contemporânea. Por outro lado, o desenvolvimento da civilização está em direta relação com a libertação da mulher e nós podemos constatar que nos países, ainda nos dias de hoje, estão atrasados do ponto de vista econômico e social são precisamente aqueles onde a mulher ainda não se juntou ao homem no caminho em direção a igualdade. Eu acredito que possamos afirmar que uma civilização não é ainda equilibrada na medida em que o homem e a mulher caminhem juntos em direção ao progresso (...) O projeto que nos é apresentado modifica consideravelmente as disposições do Código Civil. Esta será uma reforma cuja o essencial formara o coroamento de um longo esforço e reflexão jurídica.

Sendo assim, em 1967 com a pressão da MFPP e parte da comunidade política e médica, a Lei Neuwirth foi promulgada e privilegiava apenas uma minoria que conseguiu ter acesso aos métodos contraceptivos autorizados, entretanto, a publicidade continuava proibida e o aborto continuava sendo crime (IVP, 2008). Desta forma, o debate público se pauta na dissipação entre sexualidade e procriação e as correntes feministas passaram a reivindicar o direito a maternidade escolhida e a livre disposição de seus corpos (MARGUET, 2014).

Diante de todas essas conturbações sociais sobre a questão do aborto em 1975 foi promulgada a Lei Le Veil da Ministra da Saúde Simone Le Veil. O principal objetivo desta medida foi amenizar as sequelas dos abortos clandestinos, no intuito de, diminuir seus números praticados por meios ilegais. No entanto, muitas críticas foram feitas a esta lei, haja vista que, a lei de 1920 não foi revogada e o aborto continuava crime passível de

prisão e multas no mais, apenas mulheres em situação aflição ou desamparo podiam ter acesso ao aborto terapêutico da IVG (Interrupção Voluntária da Gravidez) segundo teor do art. L. 162-1 da Lei Le Veil. No caso de menores, a IVG foi possível somente para aquelas que têm a autorização escrita de seus pais e de fato (o único ato medical que precisa de autorização), contudo, apesar da lei prever uma campanha educativa à contracepção o Estado não foi disponibilizados os meios estruturais necessários e para sua aplicação prática desta medida da lei (SALAVERT,2014).

Ademais, segundo o art. L. 162-2 da Lei Le Veil n° 75-17 estabelecem que somente médicos em hospitais públicos podiam praticar a IVG, devendo informar a mulher dos riscos a prática para sua saúde e futuras gestações. Também segundo o art. 02 desta lei ficaram suspensos os efeitos do artigo e alíneas do art. 317 quando obedecidos os requisitos do art.162-2 do mesmo diploma legal. No crivo da análise da constitucionalidade de Lei Le Veil n° 75-17 pelo Conselho Constitucional em 15 de fevereiro de 1975 as intervenções IVG foram consideradas como um atentado ao princípio do respeito à dignidade e vulnerabilidade humana, mas estimou que os diferentes interesses dos médicos e das mulheres foram assegurados tendo em vista que médico podia decidir de abortar ou não e entre o feto e a mulher salvar, pois está só poderá interromper sua gravidez em caso de extrema necessidade (MARGUET, 2014).

Não obstante, na maioria das decisões dos juízes ficou claro a dificuldade de pensar que a gravidez em certos casos poderia ser suscetível de caracterizar um atentado a integridade física da mulher. Logo, era muito corrente o argumento de que a mulher é culpada em função de seu consentimento para ter relações sexuais, resultando também, numa limitação de seu direito saúde, ou seja, uma vez grávida a mulher não pode dispor do seu corpo como bem quiser. Nesse sentido no Journal Officiel de la République Francaise de 1974 pag. 6, 8 e 9

A única certeza que temos na qual podemos nos apoiar é o fato de que a mulher não tem consciência plena que ela carrega um ser vivo que um dia será seu filho que quando ela sente em si mesma as primeiras manifestações de vida (...) Há assim a cada ano na França ao menos

300.000 e talvez 500.000 mulheres que, se encontram sozinhas diante deste problema que lhes parecem insuperáveis a interrupção voluntária da gravidez. Claramente, elas são responsáveis em primeiro lugar, pois são elas que portam a criança que virá (...) eu penso no absurdo dos termos tais quais <<aborto libertador>> ou então <<as mulheres dispõem livremente de seus corpos>>, ou ainda <<aborto de conveniência>>. Essas expressões não refletem a realidade; mais diante desta realidade, nós devemos, enquanto legisladores ser modestos.

O resultado da Lei Le Veil de 1975, embora pudesse ser considerado um sucesso, o balanço de resultados foi desfavorável, pois os hospitais tardaram a construir os centros especializados para praticar a IVG, muitos médicos ainda foram acusados e processados por práticas ditas ilegais de aborto ou ainda muitos são acusados de práticas desleais de dissuasão para com seus pacientes. Além do mais o aborto não era nem livre e nem gratuito (IVP, 2008).

Nos anos anteriores, foram várias as reformas nas leis sobre aborto, com o objetivo de atingir o uso da publicidade de contraceptivos na França. Em 2001, sobre a pressão da principal associações como a MFPF (Mouvement Français pour le Planning Familial), a ANCIC (Association Nationale de Coordination pour l'IVG et la Contraception) e a CADAC (Coordination des Associations pour le Droit à l'Avortement et à la Contraception) que militaram para que o direito à fecundidade e procriação pudesse ser reconhecidos como direitos fundamentais, culminou na promulgação da Lei 14 de julho de 2001 que veio modernizar os parâmetros já preestabelecidos pelo Lei Neuwirth e Le Veil (IVP,2008).

Nesse ínterim, os avanços trazidos por essa lei foram primeiramente, a descriminalização do aborto não estando mais inscrito no código penal, mas sim no de saúde pública. Por outro lado, houve um agravamento das penas para aqueles que visam obstaculizar a prática e a estruturação do centros IVG nos hospitais públicos, conseqüentemente, a publicidade sobre estes centros também foram autorizados. Outro

ponto importante é que o acesso ao IVG foram autorizados aos imigrantes irregulares que se encontraram em solo francês (PHILIPPON,2012).

No que concerne ao uso pílula do dia seguinte, agora elas podiam ser compradas sem receita médica nas farmácias autorizadas, sem restrição de idade ou sexo. Portanto, apesar das menores ainda terem de passar pelas entrevistas sociais com profissionais (como psicólogos e assistentes sociais), elas puderam guardar segredo da situação vivida, evitando o conhecimento por parte seus parentes. Em todo e qualquer caso, o aborto a IVG medicamentosa puderam ser praticado por médicos autorizados até as 05 (cinco) primeiras semanas de gravidez e, os pacientes puderam desde que auxiliados por médicos, abortar em casa (PHILIPPON,2012).

Outro fator de muito constrangimento para as mulheres era as entrevistas preliminares que foram abolidas, embora a semana de reflexão tenha sido mantida, podendo ser antecipada para até quarenta e oito horas em caso de urgência. As esterilizações voluntárias tanto para homens quanto para mulheres que já eram praticadas nos Estado Unidas foram legalizadas na França. E, finalmente, a interrupção da gravidez pode ser feita até a decima segunda semana a contar a partir da data de início da gravidez (PHILIPPON, 2012).

Em 2004 no relatório do INED (L'Institut National d'Études Démographique), ao contrário do que se pensava com relação a utilização de métodos contraceptivo como a pílula e a esterilização para dissuadir a prática do aborto, o que se verifica é que em 30 anos da lei Le Veil, o recurso a IVG ficou estabilizado desde 1975, com uma média de 14 abortos anuais para cada 1000 mulheres entre 15 a 49 anos, constatando-se um total de 200.000 intervenções IVG por ano. Assim, cerca de 40% das mulheres utilizaram a invenção IVG. De fato, o uso da IVG demonstra um contexto de evolução no status social da mulher característico do aumento do nível de escolaridade e atividades profissionais das mulheres. A IVG permitiu a passagem da maternidade obrigatória, que prevaleceu na França entre os anos 1920 até em torno de 1960, para uma maternidade escolhida redefinindo assim, os laços de parentalidade masculina e feminina (INED, 2004).

O relatório DREES (Direction de la Recherche, des Études, de l'Évaluation et des Statistiques) de 2007 demonstrou que mulheres de todas as idades e origens sociais usam

como recurso a IVG, numa média em que uma entre duas mulheres tem idade menor que 27 anos. Com efeito, a origem social, bagagem cultural, educação não são os elementos que determinam o recurso a IVG, entretanto, as dificuldades financeiras, falta de acesso a informação ou medidas preventivas e que mais contribuem a acentuar este fenômeno.

Por outro lado, o mesmo relatório da DREES em 2016 demonstrou que houve uma suave baixa nos números da IVG entre 2013 e 2016. Foram cerca de 211,900 interrupções voluntárias da gravidez realizadas na França correspondendo a 13,9 IVG efetuadas para cada 1000 mulheres entre as idades de 15 a 49 anos, sendo que as de 20 a 24 anos têm as taxas mais altas cerca de 26,0 IVG para cada 1000 mulheres. Entre as mais jovens de 17 a 20 anos as taxas continuam a diminuir pois representam apenas 6,7 para cada 1000 mulheres.

Outros fatores que contribuíram para essa diminuição veem sendo progressiva. É importante ressaltar que 2013 a IVG passou a ser 100% reembolsada pela L'Assurance maladie (Seguro Saúde), assim como, todos os contraceptivos para meninas entre 15 à 18 anos, que podem ser adquiridos em todas as farmácias e sem necessidade de apresentação da receita médica (VILAIN, 2016).

Em 26 de janeiro de 2016 foi promulgada uma lei que visava à modernização do sistema de saúde, que revogou o período de reflexão obrigatória de sete dias entre a primeira e a segunda consulta para obter autorização para o procedimento IVG e permitiu as *sages-femmes* (parteiras) a praticar do IVG interditas de fazê-lo desde 1920. Ademais, todos os atos necessários para proceder a IVG são 100% reembolsados desde 1º de abril de 2016 (VILAIN, 2016).

4 A ASSISTÊNCIA DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE FRENTE AO ABORTAMENTO NO BRASIL E NORDESTE BRASILEIRO: a violência institucional, conflitos e desafios

No Brasil, o aborto é definido pelo Ministério da Saúde (MS) como a interrupção da gestação até a 20ª ou 22ª semana e com produto da concepção pesando menos que 500g. Representa um grave problema de saúde pública, uma vez que a sua ocorrência e

complicações podem ocasionar a morte materna. O MS destaca ainda que o abortamento espontâneo ocorre em apenas 10,0% das gestações. Na maioria dos casos, esta prática está associada às necessidades não satisfeitas do planejamento familiar no âmbito da contracepção. Nesse sentido, é preciso considerar que, para algumas mulheres, o abortamento resulta de relações impostas pelos seus parceiros ou de situações de estupro ou gestações de alto risco de morte materna, se não for interrompida (BRASIL, 2011).

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a morte materna é toda morte produzida por causa da gestação, aborto, parto e/ou puerpério até 42 dias após o evento obstétrico, independentemente da duração e do lugar da gestação, decorrente de qualquer causa relacionada ou agravada pela gestação ou seu manejo, mas não decorrente de causas acidentais ou incidentais (OMS, 2004).

Para Rosa (2016), a interrupção voluntária da gestação é uma questão referente aos direitos reprodutivos, que está associada aos direitos e garantias fundamentais das mulheres, como o direito à vida, à saúde, à privacidade, à dignidade e, à autonomia. A autora faz referência ao tratamento desta temática, em âmbito internacional, no qual a recomendação é que o aborto seja retirado da esfera penal, passando a ser discutida no âmbito dos direitos e da saúde pública, haja vista, a relação direta entre o aborto inseguro e a mortalidade e morbidade materna.

Todos os anos, cerca de 1 milhão de abortos são realizados clandestinamente no Brasil, e, em média, 300 mulheres morrem em consequência da realização de abortos inseguros (TORRES, 2015). De acordo com a CPI da Mortalidade Materna, a taxa de mortalidade materna no Brasil é cerca de 10 a 20 vezes maior que o índice considerado aceitável. Dentre as causas de mortalidade materna no país, o aborto inseguro encontra-se na terceira posição².

A OMS (2004) define o aborto inseguro como um procedimento para a interrupção de uma gestação indesejada, realizado tanto por pessoas que não possuem as habilidades necessárias, quanto em ambiente que não está em conformidade com os

² Ver: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-deinquerito/51legislatura/cpimater/relatoriofinal.pdf>.

padrões médicos mínimos, ou ambos. A ocorrência de um aborto inseguro não se limita apenas ao procedimento em si, mas pode caracterizar-se também pelas circunstâncias ocorridas antes ou depois da realização do procedimento abortivo.

Rosa (2016) destaca que os instrumentos internacionais de direitos humanos de caráter vinculativo e força normativa não apresentam especificamente o aborto como um direito humano. No entanto, os comitês de monitoramento, além de outros documentos consensuais (tais como pactos, declarações e consensos), recomendam o acesso ao aborto seguro e legal como um direito da mulher. Assim, o direito à interrupção voluntária da gestação é essencial para a defesa dos direitos à vida, à saúde, à liberdade de discriminação e à autonomia reprodutiva.

No que concerne à legislação brasileira sobre o aborto, esta permitia a interrupção da gestação em apenas duas situações: a primeira delas, quando a gestação coloca em risco a vida da mulher. Já a segunda, quando a gestação é motivada por um estupro. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF) fez uma mudança na legislação, abrindo precedente para que outro caso de aborto fosse liberado: as mães que geram filhos com anencefalia. A decisão do STF foi baseada nas características do feto (natimorto), logo a interrupção da gestação não figura como um aborto.

Entretanto, contrariando a tendência internacional referente ao aborto voluntário e de seu tratamento no âmbito da saúde pública, o Estado brasileiro continua a tratá-lo no âmbito penal (MERIEVERTON, 2017).

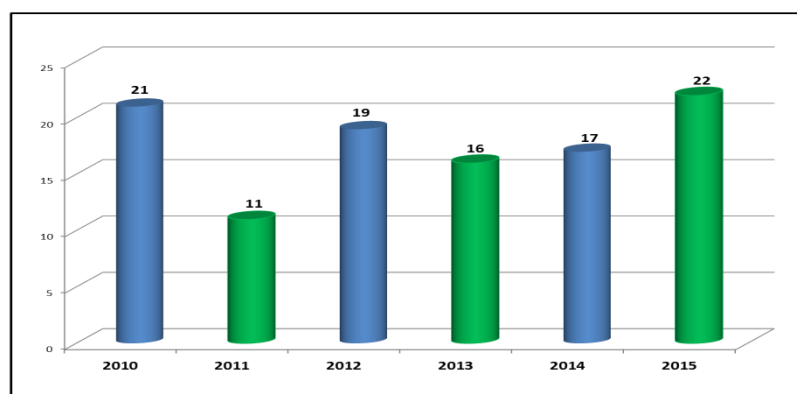
Vale ressaltar que, a Primeira Turma do STF também decidiu, no dia 29 de novembro de 2016, descriminalizar o aborto no primeiro trimestre da gestação, uma vez que, o colegiado entendeu que são inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto. Criminalizar o aborto nos três primeiros meses da gestação viola os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, bem como do direito à autonomia de fazer suas escolhas e o direito à integridade física e psíquica (MERIEVERTON, 2017). Apesar das recentes mudanças, a prática do abortamento ainda é realizada na clandestinidade no Brasil, ou seja, de modo inseguro, gerando riscos à saúde da mulher em idade fértil, bem como do óbito materno.

É importante destacar a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento publicada pelo MS, na qual o Estado reconhece à realidade de que o aborto inseguro representa uma das principais causas de morte materna, bem como o entendimento de que a assistência às mulheres em situação de abortamento, deve ser baseada num modelo humanizado, alicerçado no acolhimento, dignidade e respeito (BRASIL, 2011).

Além disso, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher recomenda que os prestadores de serviço devem realizar um atendimento respeitoso às mulheres em situação de abortamento, sem discriminação de qualquer espécie, tampouco de imposição de valores pessoais (BRASIL, 2004).

Entretanto, são frequentes as denúncias do movimento feminista acerca dos problemas enfrentados pelas mulheres em idade fértil, que utilizam o Sistema Único de Saúde (SUS) durante e/ou após abortamento voluntário. Estes problemas envolvem desde a dificuldade de acesso ao ambiente hospitalar, até situações de violências institucionais sofridas durante o período de hospitalização nas regiões menos desenvolvidas do Brasil, como o nordeste brasileiro, sobretudo no Estado do Maranhão (RIOS et. al., 2015).

Gráfico 1 - Óbitos fetais com menos de 22 semanas e peso inferior a 500 gramas, ocorridos no Estado do Maranhão, no período 2010-2015:



Fonte: MS/SVS/SIM - Sistema de Informações sobre Mortalidade, Ministério da Saúde, 2017.

De acordo com dados do Ministério da Saúde contidos no Gráfico 1, em 2011 houve queda de 47,6% do número de abortos no Estado do Maranhão. Em 2012, ocorreu um crescimento de 72,7%. Também se observa uma tendência de crescimento do número de abortamentos no período de 2013 a 2015. Esses dados podem ser ainda maiores, pois estudos com base populacional ainda são limitados em todo território nacional, além da ocorrência das subnotificações de óbitos fetais e neonatais, o que dificulta a avaliação da magnitude do problema, especialmente no Estado do Maranhão. Isto sem falar nos abortamentos que ocorrem em clínicas clandestinas e que não entram para as estatísticas oficiais.

A clandestinidade e a condenação social fazem do abortamento um evento muitas vezes vivido de maneira sofrida e solitária. Para a maioria das mulheres que abortam, o hospital se configura como a última etapa de um processo que pode ter se iniciado dias, semanas ou até meses antes. No entanto, as maternidades ainda não estão preparadas para cuidar destas mulheres. Sua cultura institucional, que tem, nos nascimentos, a sua razão de ser, dificulta o atendimento humanizado, com práticas pouco atentas às demandas das mulheres em situação de abortamento, consideradas, pelos profissionais de saúde, menos legítimas do que das parturientes e de seus bebês (CARNEIRO, IRIART e MENEZES, 2013).

Neste seguimento, apresentamos os dados de um Estudo Transversal Multicêntrico desenvolvido por Aquino et. al, publicado em 2012, que envolveu 19 hospitais públicos de 03 capitais do nordeste brasileiro, quais sejam: São Luís-MA, Recife-PE e Salvador-BA, onde foram entrevistadas 2.562 mulheres com 18 anos e mais, admitidas com quadros de complicações de abortamento incompleto (espontâneo ou provocado) e que foram submetidas ao esvaziamento uterino (curetagem). Foram inelegíveis, para fins do estudo, os casos de aborto previsto em lei; os de gravidez ectópica e mola hidatiforme e; abortos resultantes de outros produtos anormais da concepção.

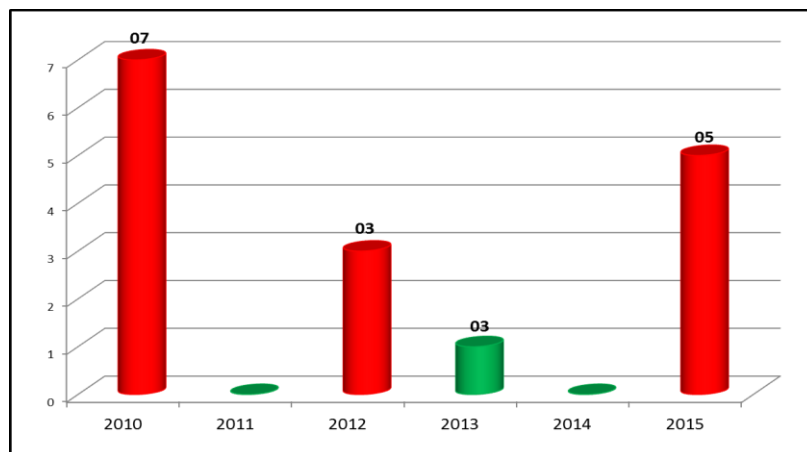
As autoras constataram que o apoio social e o direito à informação alcançaram valores muito baixos nas três cidades avaliadas. A qualidade técnica da assistência às mulheres em situação de abortamento foi mal avaliada. Com relação aos insumos e o

ambiente hospitalar, a limpeza foi o critério menos adequado. A situação é mais crítica na continuidade da assistência nas 03 cidades, pela falta de consulta agendada de revisão/retorno; do déficit de informações sobre os cuidados após alta hospitalar, bem como, da falta de informação sobre planejamento familiar direcionado para a contracepção (AQUINO *et. al*, 2012).

No que se refere às situações de violência, o exemplo de violência institucional mais citado pelas mulheres que participaram do estudo de Aquino *et. al*, (2012), se refere a não utilização de medidas terapêuticas de alívio da dor durante e após a curetagem. Recife-PE apresentou melhor situação entre as 03 cidades envolvidas no estudo e São Luís-MA a pior. Para as autoras, chamou atenção uma proporção alta de mulheres não recebeu nenhuma analgesia. Além disso, um dos principais nós críticos identificados no estudo foi a falta da ultrassonografia nas primeiras 24 horas após a hospitalização, exame essencial para comprovação de abortamento em curso, para definir a tipologia de assistência e o tempo de internação.

Ainda de acordo com as autoras, apesar de a dor ter representado a maior queixa das mulheres admitidas nos 19 hospitais públicos localizados nas cidades de Recife (PE), São Luís-MA e Salvador-BA, esta foi menosprezada, evidenciando uma forma de penalizar estas mulheres pelo fato simples fato de terem abortado (AQUINO *et al.*, 2012). Não obstante, os profissionais de saúde se deparam com diversos elementos associados ao aborto nas unidades hospitalares tais como: a hierarquia do trabalho da equipe de saúde, a influência religiosa e determinação jurídica, o comprometimento com a assistência e o desafio de preservar a autonomia das mulheres em situação de abortamento (SOARES, 2013). O gráfico abaixo trata do número de abortamentos ocorridos na capital maranhense nos período de 2010 a 2015.

Gráfico 2 - Óbitos fetais com menos de 22 semanas e peso inferior a 500 gramas, ocorridos no Município de São Luís-MA, no período 2010-2015:



Fonte: MS/SVS/SIM - Sistema de Informações sobre Mortalidade, Ministério da Saúde, 2017.

De acordo com Gráfico 2, observa-se uma oscilação do número de abortos ocorridos no município de São Luís-MA, no período de 2010 a 2015. Chama atenção, a ausência de casos de abortamentos registrados nos anos de 2011 e 2014, o que nos leva a deduzir que, apesar dos dados acima representarem uma estatística oficial, estes não são confiáveis, devido aos abortamentos inseguros que são realizados em clínicas clandestinas, que não são quantificados. Isto sem falar das subnotificações de óbitos fetais e neonatais na capital maranhense.

Considera-se subnotificação toda omissão de registro de determinado evento vital. No caso de óbitos, refere-se ao fato de existir a morte e dela não se ter conhecimento oficial por meio de registro em cartório e, tampouco nos sistemas de informações em saúde. No Brasil, a subnotificação de óbitos fetais e neonatais tem sido um sério obstáculo ao conhecimento de importantes indicadores sociais e de saúde, na maioria dos estados brasileiros, especialmente nas regiões norte e nordeste, o que tem levado a prejuízos na produção de dados fidedignos (FRIAS et. al, 2005).

Carvalho Filha (2017) refere que no Brasil existem fichas de averiguação de óbitos fetais, infantil (também utilizadas para as investigações neonatais) e materna. Todavia, oficialmente para todo o território nacional, este instrumento de investigação/notificação das causas de abortamentos ainda não foi concebido e distribuído. Por essa razão, somente por iniciativa individual de alguns serviços hospitalares são adotados algumas tipologias de registro que ingressam as estatísticas oficiais.

Ainda no que concerne ao estudo de Aquino et. al, (2012), os relatos das mulheres em situação de abortamento sobre o atendimento prestado nas maternidades de três capitais do nordeste brasileiro, apontam na direção de uma (des)assistência, distanciado da proposta de humanização preconizada para a atenção ao aborto no Brasil associado a violência institucional direcionadas as mulheres em situação de abortamentos. Esta (des)assistência pode estar sendo a forma pela qual a discriminação às mulheres que abortam ocorre nas maternidades públicas. A violência institucional, o desrespeito ao pudor e à privacidade das mulheres, a falta de ultrassonografias nas primeiras 24 horas após internação, o abandono e isolamento aos quais muitas mulheres são submetidas, o não-manejo adequado da dor física e a falta de informações e de apoio emocional compõem o atual cenário do nordeste brasileiro. Sobretudo, em São Luís-MA.

Para Steele e Chiarotti (2008), a recusa do médico em utilizar analgesia durante o processo de esvaziamento uterino, também evidencia um padrão precário de atendimento da equipe de saúde, sobretudo do profissional médico, guiado pelo entendimento de que as mulheres devem ser punidas por terem abortado. O valor moral negativo relacionado ao aborto e o paradigma biomédico, que orienta as práticas de saúde e, também, a formação dos profissionais, constituem importantes barreiras para a mudança das práticas de saúde.

Segundo Benute et. al, (2012), os profissionais que atuam nas maternidades público/privadas muitas vezes não conseguem esconder a contrariedade diante da situação do aborto, propiciando uma assistência pautada no julgamento, na punição, na raiva e na discriminação. Assim, para que a assistência integral à saúde da mulher possa ocorrer em conformidade com a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao

Abortamento, é necessário que os profissionais estejam integrados tanto com os aspectos técnicos, éticos e jurídicos do aborto, quanto com seus aspectos subjetivos, evitando o julgamento, o preconceito e propiciando mais do que a técnica, a interação, a afetividade e o acolhimento.

De maneira geral, a experiência das mulheres no processo de hospitalização após abortamento voluntário é marcada, sobretudo, pelo sofrimento físico emocional por terem abortado. Sentimentos negativos moldaram esse processo de internação, especialmente medo (da morte, do desconhecido, de ser maltratada pela equipe multiprofissional), culpa e arrependimento, mas, também, do alívio por não correrem mais risco de vida e terem conseguido finalizar aquela gestação (CARNEIRO, IRIART e MENEZES, 2013).

Em virtude do exposto, conclui-se que assistência às mulheres em situação de abortamento no Brasil encontra-se na contramão do que propõem as normas brasileiras estabelecidas pelo MS e dos organismos internacionais. Além disso, o modelo de atenção ao aborto é desumanizado e centrado no esvaziamento uterino, demonstrando o poder do modelo biomédico e a hegemonia do médico em relação aos demais profissionais que integram as equipes de saúde, no ambiente hospitalar, uma vez em que o médico constitui o profissional é o responsável pela realização da curetagem.

4 CONCLUSÃO

A construção do perfil criminoso da mulher passou por várias transformações ao longo tempo nas instâncias políticas, jurídicas, sociais e econômicas, fundamentando-se no determinismo biológico ao enquadramento penal da criminalização secundária e primária, a revelar que ainda hoje, se exerce um poder muito forte sobre as funções reprodutivas da mulher ao ponto que a incriminação penal parece a única resposta viável.

A França, em distintos momentos temporais, se apresentou com exemplo de discriminação e até punições severas à mulher legitimadas em leis. Nesse transcurso, vemos a mobilização contínua de movimentos feministas para ter o poder de seu corpo, assumir os rumos de suas vidas e ter decisões próprias, refletindo o poder de decisão de uma 'natural' condição de procriar. Com isso, pressões de todo tipo foram dadas sobre o

Estado, concomitante, aos choques ideológicos com a Igreja, que combatiam a mais conversadora e desigual visão da mulher na sociedade.

Assim, conquistas foram atingidas como leis progressistas, com a garantia de métodos contraceptivos, melhoria no atendimento médico à abortante com maior atenção e humanização, e sem deixar de manter a luta pela continuidade desses objetivos alcançados.

No Brasil, a mulher ainda é submetida a muitos constrangimentos e essa realidade tem seus efeitos nefastos, onde muitas recorrem ao aborto ilegal correndo risco de vida, isto é favorecido pelo pré-julgamento, o mau atendimento nos espaços de saúde, o medo de possíveis punições legais contribuem, profundamente, para recusa da mulher a buscar seus direitos, na ideia de que evitando a publicização de certos espaços públicos de sua vontade pelo aborto. Neste seguimento, se faz necessário um trabalho de conscientização, sobretudo dos profissionais que materializam as políticas públicas de saúde, sobre a importância da adoção de uma assistência digna e humanizada. Também é necessário superar as situações de discriminação e violência instituídas durante o atendimento de mulheres em situação de abortamento no ambiente hospitalar, como a recusa de utilizar analgesia ou a longa espera destas mulheres para atendimento, seja por desqualificação dos sintomas, seja por tomá-los como punição por terem provocado o aborto.

REFERÊNCIAS:

ANCEL, Marc. **Revue de science criminelle et de droit pénal comparé**. Sirey, 1950.

Disponível em: <http://data.decalog.net/>. Acesso em: 04 de ago 2017.

ASSEMBLÉE NATIONALE. Journal Officiel de la République française. Session Ordinaire de 1964-1965. **Reforme des regimes Matrimoniaux**, nº 55, 1965. Disponível em: <http://archives.assemblee-nationale.fr>. Acesso em: 8 de ago 2017.

ASSEMBLÉE NATIONALE. Journal Officiel de la République française. Première Session

Ordinaire de 1974-1975. **Interruption volontaire de la grossesse. — Discussion d'un projet de loi**, n° 92, 1974. Disponível em: <http://archives.assemblee-nationale.fr/5/cri/1974-1975/ordinaire1/070.pdf>. Acesso em: 10 de ago 2017.

ASSEMBLÉE NATIONALE. Journal Officiel de la République française. **Lois et Décrets. Arrêtés, circulaire, avis, communication, informations et annonces**. N° 176, 1939. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6551336r/>. Acesso em: 13 de ago 2017.

AQUINO, E.M.L.; MENEZES, G. ARAÚJO, T.V.B.; ALVES, M.T.; ALVES, S.V et, al. **Qualidade da atenção ao aborto no Sistema Único de Saúde do Nordeste brasileiro: o que dizem as mulheres?** Rev. Ciência e Saúde Coletiva, v.17, n.7, p.1765-1776, 2012.

BAJOS, Nathalie et al. Pourquoi le nombre d'avortements n'a-t-il pas baissé en France depuis 30 ans. **Population et sociétés**, v. 407, p. 1-4, 2004. Disponível em: <http://blog.jevaisbienmerci.net>. Acesso em: 12 de ago 2017. Acesso em: 13 ago 2017.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENUTE, G.R.G.; NONNENMACHER, D.; NOMURA, R.M.Y.; DE LUCIA, M.C.S.; ZUGAIB, M. **Influência da percepção dos profissionais quanto ao aborto provocado na atenção à saúde da mulher**. Rev. Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. v.34, n.2, p.69-73, 2012.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: princípios e diretrizes**. Brasília: Ministério da Saúde. 2004.

_____, Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica da Saúde da Mulher. **Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica**. Brasília: Ministério da Saúde. 2011.

BRASIL. **Código Civil**. 50 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BOURDIEU, Pierre. **Masculine domination**. Stanford University Press, 2001.
Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 10 de ago 2017.

BUGLIONE, Samantha. **A mulher enquanto metáfora do Direito penal**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=946>> . Acesso em 9 de set. 2016.

BUTLER, Judith P. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2008.

CALIL, Maria Fernanda de Mattos. **O poder simbólico da criminalização secundária do aborto**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A legalização insidiosa do aborto no PLS 236/12 (Novo Código Penal)**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 15 Jan. 2014.
Disponível em: www.investidura.com.br/revistajuridica/artigos/24-edicao/317254.
Acesso em: 27 Out. 2016

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. Vol. 2. 16ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNEIRO, M.F.; IRIART, J.A. MENEZES, M.S. “Largada sozinha, mas tudo bem”: paradoxos da experiência de mulheres na hospitalização por abortamento provocado em Salvador, Bahia, Brasil. Rev. Interface. Comunicação Saúde Educação. v.17, n.45, p.405-18, abr./jun. 2013.

CARVALHO FILHA, F.S.S. **Direito de nascer saudável: as responsabilidades da família, dos serviços de saúde e do Ministério Público**. Tese (Doutorado em Saúde Pública). Universidade Internacional Três Fronteiras, Asunción-PY, 2017, 300 p.

CHAUVEAU, Sophie. Les espoirs déçus de la loi Neuwirth. **Clio. Femmes, Genre, Histoire**, n. 18, p. 223-239, 2003. Disponível em: <http://clio.revues.org/623>. Acesso em: 04 de ago 2017.

DE BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: Experiência Viva**. Tradução Sérgio Milliet. 2.d. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, p.09, 1967.

_____, Simone. **O segundo sexo: Fatos e Mitos**. Tradução Sérgio Milliet. 2.d. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, p.09. 1967.

FERRERO, Guglielmo; LOMBROSO, Cesare; FERRERO, G. La donna delinquente, la prostituta e la donna normale. **Incom. Eng. trans**, 1893. Disponível em: ia800207.us.archive.org/30/items/ladonnadelinque00lombgoog/ladonnadelinque00lombgoog.pdf. Acesso em: 10 de ago de 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História da Violência nas Prisões**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a vontade do saber. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1987.

FRANÇA, Marlene Helena de Oliveira. **Criminalidade e prisão feminina: uma análise da questão de gênero**. 2014.

FRIAS, P. G.; VIDAL, S.A.; PEREIRA, P.M.H.; LIRA, P.I.C.; VANDERLEI, L. C. **Avaliação da notificação de óbitos infantis ao Sistema de Informações sobre Mortalidade: um estudo de caso**. Rev. Bras. Saúde Matern. Infant., Recife, v.5 (Supl 1): p.43-51, dez., 2005.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GRAZIOSI, M. (1999). **Infirmitas sexus: La mujer en el imaginário Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, p. 55-95.

IVP, COLLECTIF. Avorter. **Histoires des luttes et des conditions d'avortement des années 1960 à aujourd'hui**. Lyon, Ed. Tahin Party, 2008, 130 p., 6€. Jean-Paul Salles. 2008.

LEMGRUBER, J. (1999). **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

LIOTARD-SCHNEIDER, Frédérique. **Les experts de l'intime et les femmes, médecins et démographes en France de 1945 à 1975**. 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <http://www.biusante.parisdescartes.fr>. Acesso em: 01 de ago de 2017.

MARGUET, Laurie. Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompel'œil?. **La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux**, n. 5, 2014. Disponível em: <http://revdh.revues.org/731>. Acesso em: 05 de jul de 2017.

MUÑOZ, Francisco C. **Direito penal e controle social**. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARGUET, Laurie. Les lois sur l'avortement (1975-2013): une autonomie procréative en trompel'œil?. **La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux**, n. 5, 2014. Disponível em: <http://revdh.revues.org/731>. Acesso em: 05 de set de 2016.

MERIEVERTON, R. **A legislação brasileira e o aborto como crime contra a vida**. Rev. Estudo Prático [online]. Disponível em <<http://www.estudopratico.com.br/a-legislacao-brasileira-e-acriminalizacao-do-aborto/>>. Acesso em 18 jun 2017.

MUÑOZ, Francisco C. **Direito penal e controle social**. Tradução: Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OGUSE, Docteur. «Socialisme et néo-malthusianisme», La Revue socialiste, t. XLVI, juilletdécembre 1907, p. 97-124. In: **Annales de démographie historique**. Persée-Portail des revues scientifiques en SHS, 1984. p. 371-389. Disponível em: <https://socialhistory.org/sites/default/files/collections/brof520-50.pdf>. Acesso em: 02 de ago de 2017.

OMS, Organização Mundial da Saúde. International Women's Health Coalition. **Abortamento Seguro: orientação técnica e política para os sistemas da saúde**. Campinas: CEMICAMP, 2004.

PHILIPPON, Marion. **Recours à L'IVG 2005 à 2010; état des lieux d'une situation locale, réflexion et perspectives**. Université de Lorraine, 2012. Disponível em: http://docnum.univlorraine.fr/public/BUMED_T_2012_PHILIPPON_MARION.pdf. Acesso em: 10 de ago 2017.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Loi du 17 février, Code Pénal de 1810**. Disponível em: http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_3.htm. Acesso em: 01 de ago 2017.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Loi du 21 mars, Code Civil de 1804**. Disponível em: http://geneaduclos.free.fr/docs/Code%20Civil%20des%20Francais_1804.pdf. Acesso em: 01 de ago de 2017.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi du 31 juillet 1920, **réprimant la provocation à l'avortement et la propagande anticonceptionnelle**, JORF du 1er août 1920, Bulletin des lois, 1er semestre 1920, n°278, p.3254.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi du 15 février 1942, **relative à la répression de l'avortement**, JORF du 7 mars, p. 938.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n°67-1176, du 28 décembre 1967, dite «**loi NEUWIRTH**», **relative à la régulation des naissances et abrogent les articles L. 648 et L. 649 du Code de la santé publique**.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n°75-17, du 17 janvier 1975, dite «**loi VEIL**», **relative à l'interruption volontaire de grossesse**, JORF n°15 du 18 janvier 1975, p. 739.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n°. 2001-588 du 4 juillet 2001 **relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception**, JORF n°156 du 7 juillet 2001 page 10823 texte n°

1.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Décret n° 2013-248 du 25 mars 2013 **relatif à la participation des assurés prévue à l'article L. 322-3 du code de la sécurité sociale pour les frais liés à une interruption volontaire de grossesse et à l'acquisition de contraceptifs par les mineures**, JORF n°0073 du 27 mars 2013 page 5133 texte n° 14.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 **de modernisation de notre système de santé**. JORF n°0022 du 27 janvier 2016 texte n° 1.

RIOS, C.T.F.; COIMBRA, L.C.; ALVES, M.T.S.S.B.; FONSECA, L.M.B. **Atenção ao aborto na rede SUS de São Luís/MA: tecnologia e organização das práticas de assistência à mulher na perspectiva do cuidado humanizado**. VII Jornada Internacional de Políticas Públicas. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo7/atencao-ao-aborto-na-rede-susde-sao-luisma-tecnologia-e-organizacao-das-praticas-de-assistencia-a-mulher-na-perspectiva-docuidado-humanizado.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2017.

ROSA, C. C. **Direitos reprodutivos como direitos humanos: a criminalização do aborto no Brasil como violação aos direitos das mulheres.** Monografia (curso de Relações Internacionais). Universidade Federal de Santa Catarina. 2016, 97 f.

SALAVERT, Annie. **L'influence du travail des femmes sur l'avortement, en France, du 19ème au 20ème siècle.** Strasbourg: Ecole de sage-femmes de Strasbourg, 2014. Disponível em: <http://www.worldcat.org/>. Acesso em: 06 de ago de 2017.

SMAUS, G. (1999). “**Teoría del conocimiento feminista y criminología de la mujer**”. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, ano 7, n. 27, pp. 235-249, jul./set.

SOARES, G.S. **Profissionais de saúde frente ao aborto legal no Brasil: desafios, conflitos e significados.** Cad. Saúde Pública [online]. 2013, vol.19, suppl.2. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/n&nrm=iso>>. Acesso em 20 jul. 2017.

STELLE, C.; CHIAROTTI, S. **Com tudo exposto: crueldade na atenção pós-aborto em Rosário, Argentina.** Journal Reproductive Health Matters, 3 (Supl. 3), p.89-98, 2008.

TORRES, J.H. R. **Criminalizar compensa?** O Estadão. São Paulo, mar. 2015

WALCZAK, Caroline. **LA CEDH ET L'AVORTEMENT.** Université Patheon ASSAS – Institut de Droit Comparé. Master 2 Recherche de Droit European Comparé. 2012-213. Disponível em : <http://idc.u-paris2.fr/>. Acesso em: 01 de ago de 2017.

WEBER, Max. **A Ética protestante e o espírito do capitalismo.** São Paulo: Martin Claret, 2004. 230 p.

VILAIN, Annick; COLLET, Marc; MOISY, Muriel. Les IVG en France en 2007: caractéristiques des femmes, modes et lieux de prise en charge. **L'état de santé de la population en France: rapport**, v. 2010, p. 51-62, 2009. Disponível em:

http://solidaritessante.gouv.fr/IMG/pdf/Dossiers_2009_2010_les_IVG_en_Farnce_en_2007.pdf. Acesso em: 11 de ago 2017.

VILAIN, Annick. **211 900 interruptions volontaires de grossesse en 2016.** Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques. Etudes et résultats 2017, n. 1013, pag. 2 à 6. Disponível em: <http://drees.solidarites-sante.gouv.fr/IMG/pdf/er1013.pdf>. Acesso em: 10 de ago 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 796 p.

**A MULHER NEGRA POR TRÁS DAS GRADES: UMA ANÁLISE DE
POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS DIRECIONADAS À POPULAÇÃO
PRISIONAL BRASILEIRA**

Silvia Cristianne Nava Lopes

Professora do Curso de Graduação em Enfermagem da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Doutora em Políticas Públicas (UFMA), Mestre em Saúde Coletiva (UFMA) e Graduada em Enfermagem (UFMA).

Anne Caroline Nava Lopes

Professora do Curso de Licenciatura em Ciências Humanas/História (UFMA),
Doutoranda em Ciências Sociais (UFMA), Mestre em Ciências Sociais (UFMA),
Graduada em Direito (Universidade Ceuma), Graduada em História pela Universidade
Estadual do Maranhão (UEMA) e Graduada em Ciências Sociais (UFMA).

Aline Silva Andrade Costa

Professora do Curso de Graduação em Enfermagem da Faculdade Estácio São Luís,
Mestre em Saúde Coletiva (UFMA), Graduada em Enfermagem (UFMA)

Cynthia Griselda Castro Viegas

Professora do Curso de Graduação em Enfermagem do Instituto Florence de Ensino
Superior e Mestre em Enfermagem (UFMA), Graduada em Enfermagem (UFMA).

Rafiza de Josiane Mendes do Lago

Professora do Curso de Graduação em Enfermagem (UFMA), Mestre em Saúde do
Adulto e da Criança (UFMA) e
Graduada em Enfermagem (UFMA)

Resumo: o encarceramento de mulheres no Brasil tem chamado atenção para os diversos problemas que se relacionam às desigualdades de gênero e raça/etnia, justificando a

necessidade de reduzir a violência institucional que se multiplica na prisão, implicando em prejuízos a saúde desta população. Objetivo: realizou-se uma análise de quatro políticas públicas sociais fundamentais na ampliação dos direitos para a população feminina encarcerada, sobretudo ao direito à saúde, a Lei de Execução Penal, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional e a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional. Metodologia: efetivou-se uma Revisão de Literatura fundamentada no levantamento de livros, trabalhos científicos e documentos oficiais do Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. Conclusão: existe uma inadequação estrutural das unidades prisionais. Além disso, as condições insalubres do sistema prisional brasileiro transformaram estas unidades num ambiente propício à transmissão de várias doenças. Finalmente, o cárcere despersonaliza as mulheres, em decorrência do preconceito e do machismo ainda presentes à cultura brasileira. Todo este cenário está na contramão do que propõem as normas brasileiras estabelecidas e dos organismos internacionais.

Palavras-chaves: Mulheres. Relações Raciais. Segurança Pública.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo. Em números absolutos, alcançou-se a marca de 607.700 detentos. Desse total, 37.380 são mulheres e 570.320 homens. O Brasil está atrás apenas da Rússia (673.800), China (1,6 milhão) e Estados Unidos (2,2 milhões). A cada ano, a lotação das unidades prisionais brasileiras cresce exponencialmente (BRASIL, 2014a).

No que concerne à população feminina em situação de privação de liberdade no Brasil, esta subiu de 5.601 para 37.380 presas, no período entre 2000 e 2014, o que representa um crescimento de 567,0% em 15 anos, enquanto a dos homens, no mesmo período, foi 220,20%. É importante destacar que 02 entre cada 03 mulheres encarceradas, são negras. A maioria dos casos está associada ao tráfico de drogas, motivo de 68,0% das

prisões. O Ministério da Justiça (MJ) também aponta uma questão preocupante: 11 estados brasileiros possuem apenas uma unidade prisional específica para atender as mulheres, quais sejam: Alagoas, Ceará, Amapá, Pará, Bahia, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, Sergipe, Acre e Maranhão (BRASIL, 2014a).

Sobre os tipos de unidades prisionais brasileiras, o MJ revela que, do total de 1.420 estabelecimentos, apenas 103 são exclusivamente femininos (7,0% do total), enquanto 1.070 são exclusivamente masculinos e 239 são considerados mistos (abrigam homens e mulheres). Em 08 unidades prisionais, não há informação sobre divisão de gênero (BRASIL, 2014a).

Neste contexto, as condições precárias, insalubres e desumanas do sistema prisional brasileiro violam os direitos fundamentais de milhares de pessoas. A tortura e a superlotação aliadas à má alimentação, sedentarismo, o uso de drogas e a falta de higiene, tornam as unidades prisionais um ambiente propício à transmissão de doenças. Assim, a falta de acesso à saúde pública constitui um elemento do panorama de violações a que as mulheres negras em situação de privação de liberdade estão submetidas no Brasil (DIUANA *et al.*, 2016).

De fato, a população carcerária adquire as mais variadas doenças no interior das unidades prisionais. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a Tuberculose e a Pneumonia, e as doenças de pele, como Sarna, micoses e pediculoses (infestação por piolhos). Também é alto o índice de Hepatites Virais e Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST). Este cenário representa um grave problema de saúde pública, onde as mulheres portadoras de doenças infectocontagiosas continuam amontoadas a outras presas (DOMINGUES, 2012).

Um dos problemas fundamentais para a implementação de políticas públicas direcionadas à saúde da população carcerária é a superação das dificuldades impostas pela própria condição de confinamento, associado à desigualdade de gênero e de raça/etnia, que dificulta o acesso às ações e serviços de saúde de forma integral e efetiva. Ademais, a grande parcela da atenção à saúde no sistema penitenciário brasileiro está direcionada à população masculina, quando deveria ser direcionada para ambos os sexos. Outro problema está relacionado à falta de medicamentos na maioria das unidades prisionais,

de modo que os profissionais de saúde enfrentam o desafio de tratar várias doenças com o mesmo tipo de medicamento (KÖLLING, SILVA e SÁ, 2013).

Neste contexto, o objetivo deste estudo foi realizar uma análise de quatro políticas públicas sociais que foram fundamentais para o avanço na ampliação dos direitos para a população feminina negra e privada de liberdade, sobretudo ao direito à saúde, quais sejam: a Lei de Execução Penal (LEP), o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) e a Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional (PNAMPE).

Este tema é relevante porque amplia a discussão sobre as condições de saúde das mulheres negras em situação de privação de liberdade. Entendemos que a busca pelo conhecimento, longe de propiciar respostas pontuais, instiga-nos a formular questionamentos que nos aproxime de uma realidade historicamente determinada. Assim, espera-se com a divulgação dos resultados deste estudo, fornecer subsídios para o fortalecimento das ações saúde, no âmbito do sistema prisional, contextualizadas com as demandas e particularidades das mulheres negras encarceradas.

2. METODOLOGIA

Trata-se de uma Revisão Narrativa de Literatura ou Qualitative Review, que consiste num método de pesquisa que permite estabelecer uma síntese e conclusões gerais a respeito de uma área de estudo em particular, realizada de maneira ordenada, com o objetivo de contribuir para o conhecimento investigado. Esse tipo de revisão deve seguir os mesmos padrões de rigor metodológico de uma pesquisa original, considerando os aspectos de clareza, para que o leitor possa identificar as reais características dos estudos selecionados.

Para Turato (2005), a Revisão Narrativa de Literatura é adequada às tipologias qualitativas, sendo equivalente a Revisão Sistemática de Literatura, que é usual nas abordagens quantitativas.

Com relação à coleta de dados, a pesquisa foi realizada mediante busca eletrônica de artigos científicos publicados nas bases de dados do SCIELO (Scientific Electronic Library On Line) e BVS (Biblioteca Virtual de Saúde). Esta etapa foi realizada entre os meses de fevereiro a abril de 2017. Foram utilizados os seguintes descritores: atenção básica, saúde da mulher, relações raciais e segurança pública. Os critérios de inclusão foram: aqueles que tivessem como assunto principal mulheres negras encarceradas e que estivessem disponíveis com texto completo em português e/ou inglês, totalizando 11 artigos.

Sem pretender esgotar a totalidade de títulos específicos, A Revisão Narrativa de Literatura também foi realizada em: 1) Acervos de bibliotecas públicas e privada; 2) Em documentos oficiais publicados pelo Ministério da Saúde e Ministério da Justiça e; 3) Pela internet, complementada e atualizada por autores e títulos considerados relevantes.

Para o desenvolvimento deste estudo, foram percorridas as etapas preconizadas por Turato (2005), quais sejam: formulação da pergunta, localização dos estudos, coleta dos dados, análise e apresentação dos dados, interpretação dos dados, aprimoramento e atualização da revisão.

Em seguida, procedeu-se à definição das informações a serem extraídas dos títulos selecionados. Eles foram catalogados em ficha bibliográfica e contemplaram: a identificação do periódico de publicação, o ano de publicação, os autores/pesquisadores, os descritores, o tipo de estudo, o local, o período de coleta de dados, amostra, o instrumento utilizado para a coleta de dados e os preceitos éticos, além de identificar os principais resultados, as conclusões e as recomendações para a prática.

No que concerne à análise dos dados, esta ocorreu após a elaboração das fichas bibliográficas, onde se seguiu uma análise de conteúdo apropriado as metodologias qualitativas (BARDIN, 2011). Nesse sentido, foi realizada uma análise crítica, observando os aspectos metodológicos e a familiaridade entre os resultados. Na última etapa, foi elaborado o resumo das evidências disponíveis, com a produção dos resultados, que estão dispostos a seguir.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

O aumento do encarceramento de mulheres no Brasil tem chamado atenção para os diversos problemas que se relacionam às desigualdades de gênero, raça/etnia, classe e cultura, justificando a necessidade de reduzir as diferentes formas de violência que se multiplicam na prisão e que conseqüentemente, implica em sérios prejuízos a saúde desta população. (DIUANA *et al.*, 2016).

A inadequação estrutural das unidades prisionais às necessidades específicas destas mulheres, que vai desde banheiros inadequados, falta de absorventes e roupas íntimas, até regulamentos que não contemplam suas especificidades agravam estas desigualdades, tornando piores as repercussões do encarceramento. Muitas delas eram responsáveis pela criação dos filhos e manutenção da casa e, sua prisão empobrece ainda mais a família, impõe a necessidade de reorganização familiar, uma vez que foi interrompida sua convivência com os filhos que, em muitos casos, ficam expostos as mais variadas situações de desproteção (DIUANA *et al.*, 2016).

Vale ressaltar que a gravidez e o nascimento durante o encarceramento incidem sobre as mulheres negras limitações e restrições adicionais, em especial no que se refere a seus direitos reprodutivos. Estes são frequentemente violados por práticas disciplinares, de segurança e sanitárias que, exercendo-se atrás dos muros da prisão, que buscam se justificar por discursos que reduzem a mulher negra em situação de privação de liberdade à condição de transgressora. São mulheres marginalizadas, rotuladas como criminosas e dependentes de drogas, deslegitimando sua maternidade e seus direitos reprodutivos (MATTAR e DINIZ, 2012).

Figura 1 – Mulher Negra Grávida em Privação de Liberdade ¹

¹ Figura 01, disponível em <<http://agorarn.com.br/nacionais/fiocruz-produz-documentario-sobre-presas-gravidas-que-se-tornam-maes-na-cadeia/>>. Acesso em 20 jul. 2017.



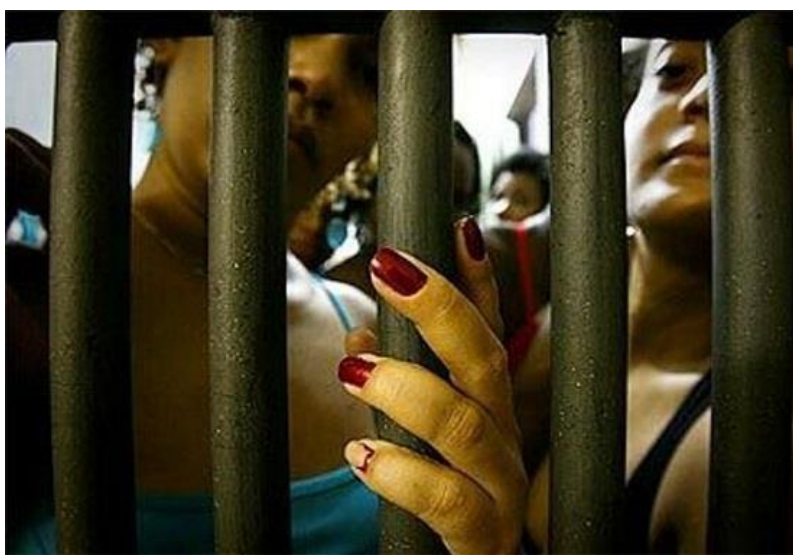
Segundo Foucault (2012) o ambiente prisional surgiu a partir das transformações das formas de punir, sendo representado pela punição do corpo e da alma. Sua manifestação se deu a partir do fortalecimento do sistema capitalista disciplinador. Neste contexto, existe uma relação entre a origem das unidades prisionais com a consolidação do capitalismo como parte do processo de reprodução das relações capitalistas de produção e da regulação da classe trabalhadora.

Para Melossi e Pavarini (2006), o sistema penal foi e ainda é o mais importante aparelho de repressão social. Configura-se como um instrumento de poder, que se utiliza do medo e do terror para o exercício de domínio, além da reprodução de elementos da estratificação social, de ideias religiosas, culturais, racistas e discriminatórias.

Kölling e Silva (2013) destacam que as unidades prisionais definem como seu objetivo principal e ideológico o acolhimento de corpos sociais para reeducação e posterior reintegração na sociedade. Estas instituições se projetam como um poder punitivo, igualitário, não seletivo e não discriminador. Mas, na verdade, representam um instrumento de poder que garantem a desigualdade e exclusão social, uma vez que a população carcerária, sobretudo as mulheres, são rotuladas como marginais em sua comunidade, deixando marcas permanentes na formação de uma identidade criminosa,

uma vez que excluídas socialmente e marginalizadas pela sociedade, a maioria costuma reincidir na criminalidade.

Figura 2 – Mulheres em Situação de Privação de Liberdade²



Neste seguimento, o cárcere é uma instituição despersonalizadora, onde a violência se converte em um instrumento de troca, em que prevalece a desconfiança e, o único objetivo das pessoas é sair, fugir e atingir a liberdade (KÖLLING e SILVA, 2013). Em se tratando da condição feminina nas unidades prisionais, a situação se agrava em decorrência do preconceito e do machismo ainda presentes à cultura brasileira; da construção social sobre o papel da mulher negra na sociedade, marcado por dupla discriminação: ser mulher em uma sociedade machista, além de ser negra em uma sociedade racista. Ainda persiste a imagem de um ser frágil, dependente e oprimida sexualmente, apesar das lutas dos movimentos feministas, principalmente durante o século XX (MENEZES, 2016).

² Figura 02, disponível em < <http://blogueirasfeministas.com/2013/02/mulheres-e-prisao/>>. Acesso em 22 jul. 2017.

Desse modo, para atender às necessidades e dar voz à mulher negra, surge a corrente teórica do feminismo negro, segundo a qual o racismo, o sexismo e a discriminação classista estariam interconectadas e permitiriam reflexões críticas sobre raça/etnia, gênero e classe. Desse modo, os movimentos feministas negros lutam não somente para superar as desigualdades geradas pela histórica hegemonia masculina, mas passou a exigir também, a superação de ideologias complementares desse sistema de opressão, como o racismo (MENEZES, 2016).

Ainda vivemos numa sociedade marcada fortemente pelo patriarcalismo e pelos altos índices de violência contra a mulher, especialmente contra as mulheres negras. O patriarcado é considerado um suporte ideológico que permite a ocorrência das iniquidades de gênero. Para Saffioti (1999 p. 143) “representa o conjunto de relações sociais que tem uma base material e no qual há relações hierárquicas entre homens, e solidariedades entre eles, que os habilitam a controlar as mulheres”.

O fato de ser mulher e negra condicionou, historicamente, a forma de como uma parcela da população brasileira conseguiu se inserir na sociedade, no período pós-abolição até os dias atuais. Se no período da escravidão, o papel fundamental da mulher negra esteve ligado aos afazeres domésticos e à questão sexual. Após a escravidão, uma das primeiras soluções para ela se inserir no mercado de trabalho, foi justamente a realização de atividades domésticas, especialmente nas grandes cidades (MEDEIROS, 2010).

Freyre apresenta as origens da sociedade brasileira na obra “Casa Grande e Senzala” (2006), bem como o cotidiano das relações entre europeus e africanos entre os séculos XVIII e XIX e o patriarcalismo vigente no Brasil. De acordo com o autor, a própria estrutura arquitetônica da Casa Grande expressava esta organização patriarcal. O patriarca da terra era tido como o dono de tudo que nela se encontrasse como escravos, filhos, esposa, etc. A Casa Grande abrigava uma rotina comandada pelo senhor de engenho e as escravas faziam a ponte entre a senzala e o interior da Casa Grande.

Neste contexto, as mulheres negras mais bonitas eram escolhidas para serem concubinas e domésticas. Objeto dos desejos sádicos do senhor de engenho, a mulher negra também sofria por parte da mulher branca (sinhá) os castigos mais variados. Se a

beleza dos seus dentes incomodava, estes eram arrancados. A escrava, objeto sexual do senhor, também recebia chicotadas a mando da senhora e cumpria muitas outras tarefas. Embora mulheres brancas e negras fossem oprimidas, existiam hierarquias no papel de cada uma dentro do lar: o racismo. A mulher branca era a patroa, que organizava o trabalho e dizia como ele devia ser feito, enquanto a mulher negra sempre seguia as ordens. Essa concepção condicionou a relação entre as mulheres negras e a sociedade (FREYRE, 2006).

No que concerne à criminalidade da mulher negra, Medeiros (2010) afirma que a ocorrência se dá mediante a sua maior interação no sistema capitalista, o que acarretou tal mazela social. Devido à necessidade de se inserir no mercado de trabalho para complementar a renda familiar, estas mulheres passaram a dividir também suas angústias e necessidades. Assim, a mulher negra passou a cometer até mesmo atos ilegais para alcançar seus fins. A autora faz referência a uma frase proferida por Maquiavel, no clássico “O Príncipe”, qual seja: “Os fins justificam os meios”. Medeiros (2010) explica que Maquiavel não quis dizer que qualquer atitude pode ser justificada dependendo do seu objetivo e sim que, os fins determinam os meios. Em outras palavras, é de acordo com um determinado objetivo, que se traçam os seus planos e formas de atingi-lo.

Na contemporaneidade, os crimes praticados pelas mulheres são contra a propriedade, numa proporção muito maior do que contra a pessoa. Assim, o perfil social da mulher criminosa no Brasil tende a ser, na maioria, de uma mulher negra, jovem, pertencente a um nível socioeconômico baixo, com baixo nível educacional, baixo nível de emprego ou desempregada e procedente de centros urbanos. Em geral, essas mulheres possuem maior vulnerabilidade social e uma condição econômica desfavorável (MEDEIROS, 2010).

Segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 68,0% das mulheres negras em situação de privação de liberdade têm algum tipo de vínculo penal por associação ao tráfico de drogas e não estão ligadas diretamente às grandes facções criminosas do país. Essa população carcerária geralmente apresenta uma relação mínima com o comando do tráfico, e são em maior parte usuárias de drogas que

estão vinculadas mais ao seu transporte do que ao seu envolvimento direto com o comércio (INFOPEN, 2014).

Vale ressaltar que a mulher negra é mais vulnerável às violências sociais, repercutindo dessa forma, no processo de execução penal. Ser mulher negra e encarcerada implica em situações extremas de humilhação, invisibilidade social, privação de direitos para o exercício da cidadania e de livre acesso aos espaços públicos. Nas unidades prisionais, a mulher negra está sujeita a sofrimentos físicos, psíquicos e morais que repercutem na sua saúde e qualidade de vida (RODRIGUES, 2008).

Rodrigues (2008) afirma que muitas mulheres em situação de privação de liberdade eram responsáveis pela criação dos filhos e pela manutenção da casa. Assim, a sua prisão empobrece e leva à precariedade ou mesmo à total ausência de assistência familiar à mulher presa, que fica, assim, dependente da administração prisional ou de outras presas.

Figura 2 – Mulheres em Situação de Privação de Liberdade³

³ Figura 03, disponível em < <http://www.impaktopenitenciario.com.br/index.php/ressocializar/1001-decisao-do-stjdeixa-pergunta-no-ar-por-que-prisao-domiciliar-nao-e-aplicada-para-mulheres-negras-e-pobres-no-brasil>>. Acesso em 28 jul. 2017.



No que concerne ao direito das mulheres encarceradas à saúde pública, foi a partir da Constituição Federal de 1988 e da criação do SUS que surgiu um novo conceito de saúde, definido como direito social e responsabilidade do Estado, que reconheceu o dever de garantir à toda população, o acesso universal aos serviços de saúde (JACCOUD et. al., 2005). Neste contexto, a saúde foi definida como produção social, resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde (ELIAS, 2004).

O SUS, que foi instituído por meio da Constituição Federal de 1988 e homologado, através das Leis 8.080/90 e 8.142/90, também expressou o resultado de lutas organizadas em prol da Reforma Sanitária Brasileira, inscrita num contexto de várias frentes de lutas que caracterizou a saúde como tema político, produzindo uma percepção social da saúde como direito de cidadania (LUZ, 1994).

Vale ressaltar que o SUS foi regulamentado pelo Decreto nº 7.508/2011, que dispõe sobre sua organização, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a

articulação do modelo assistencial em rede interfederativa. Além disso, este decreto oficializou a Atenção Básica como principal porta de entrada e ordenadora de acesso dos usuários no SUS (BRASIL, 2011). É responsabilidade do Estado à formulação, implementação e gestão de políticas públicas para garantir o direito à saúde da população sem discriminação de qualquer espécie, incluindo a população carcerária.

Entende-se por políticas públicas o conjunto de ações coletivas que responde a “um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas. Expressa a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público” (GUARESCHI *et al.*, 2004, p. 180).

Neste seguimento, nos propomos a analisar quatro políticas públicas sociais que foram fundamentais para o avanço na ampliação dos direitos para a população feminina privada de liberdade, especialmente no que concerne ao direito à saúde: a LEP, a PNSSP, a PNAISP e a PNAMPE.

A Lei Brasileira de Execução Penal (LEP) nº 7210/1984, é considerada um marco na formulação de políticas públicas direcionadas a população em privação de liberdade. Ela visa à garantia da assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa e impõe, a todas as autoridades, o respeito à integridade física e moral da população carcerária. A LEP foi homologada em 1984, período de redemocratização brasileira e preconizou, pela primeira vez, o direito a saúde aos presos e condenados de justiça. Destacamos aqui que tal garantia se fundamenta no plano jurídico e não necessariamente se efetiva na práxis, ou seja, dentro do sistema prisional.

Ante o texto da LEP, impossível não verificar que a questão dos direitos da população confinada nas unidades prisionais constitui um dos mais belos capítulos da literatura jurídica brasileira e um dos capítulos mais tenebrosos da nossa realidade social.

Sobre a saúde, a LEP, em seu artigo 14, preconiza que “a assistência à saúde do preso e do internado é de caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico” (BRASIL, 1984). Salientamos que a LEP preconiza a assistência à saúde pública a toda a população prisional. Quando o estabelecimento prisional não estiver preparado para prover a assistência necessária, esta

deverá ser prestada em outro local, sendo necessária para isso a autorização da direção do estabelecimento de saúde (BRASIL, 1984).

No que concerne especificamente à saúde reprodutiva das mulheres em situação de privação de liberdade, a LEP (1984) reconhece a essas mulheres o direito de amamentar seus filhos e cuidar deles, no mínimo, até completarem 06 (seis) meses de idade (artigo 83, parágrafo 2º). Acrescenta ainda, em seu artigo. 89, que a unidade prisional, onde estas mulheres permanecem confinadas, deve ser dotada de uma seção para as gestantes e puérperas, além de creches para abrigarem as crianças maiores de 06 (seis) meses e as desamparadas, menores de 07 (sete) anos, cuja responsável estiver em situação de privação de liberdade. A LEP prevê também o benefício do regime aberto em residência particular para as gestantes presas com filhos portadores de deficiências física ou mental (artigo 117).

A LEP determina que a população confinada nas unidades prisionais tenha acesso a vários tipos de assistência, inclusive assistência médica, assessoria jurídica e serviços sociais⁴. Na prática, nenhum desses benefícios são oferecidos em conformidade com a lei, sequer a assistência a saúde, considerada a mais básica e necessária das três tipologias de serviços. A saúde pública é oferecida em níveis mínimos para a maior parte da população encarcerada (BRASIL, 1984).

Outro ponto que merece destaque da LEP (1984) tem relação às nomenclaturas acerca da população prisional. Para caracterizar as pessoas que se encontram no sistema prisional, são utilizados os termos “preso(s)” e “condenado(s)”. A utilização desses termos contém uma definição reducionista do sujeito. Isso porque este sujeito fica limitado ao ato criminoso cometido, sendo negado a este outros elementos identitários que o constituem.

A LEP é considerada uma das leis mais avançadas do mundo, no que concerne ao sistema prisional. Ela legisla sobre diferentes aspectos que envolvem a população confinada nas unidades prisionais. Porém, as menções que são feitas às mulheres encarceradas, são muito restritas. O artigo 3º da LEP (1984) indica: “Ao condenado e ao

⁴ Lei de Execução Penal, art. 11.

interno serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, e o parágrafo único acrescenta: “Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Em face de tal constatação, podemos considerar que a não referência da palavra gênero no texto normativo da referida lei, pode dar a entender um não reconhecimento das diferenças que existem entre homens e mulheres e, sobre as quais não devemos omitir. E mais, pode indicar formas de discriminação no atendimento oferecido às mulheres confinadas nas unidades prisionais.

É de todo importante destacar que, desde o ano de 1984, está assegurado em na LEP a assistência de saúde das pessoas encarceradas em unidades prisionais. No entanto, essa assistência ainda era tratada como um assunto de interesse e de responsabilidade das políticas de segurança pública, e não de saúde pública. Foi somente através do PNSSP, no ano de 2003, que foi assentada a necessidade da organização de ações e serviços de saúde pública no sistema prisional com base nos princípios e diretrizes do SUS.

O PNSSP foi instituído através da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, no primeiro ano do Governo Lula, com objetivo de garantir o acesso à saúde para população privada de liberdade, em conformidade com os princípios doutrinários e organizacionais do SUS, ampliando as diretrizes de saúde no sistema prisional descritas anteriormente na LEP. O cadastramento da população encarcerada se baseia no Cartão Nacional de Saúde (CADSUS) expedido no Sistema de Cadastramento de Usuários do SUS (CADSUS) e, as ações e serviços de Atenção Básica, principal porta de entrada no SUS, devem ser organizados no interior das unidades prisionais por equipes interdisciplinares de saúde (BRASIL, 2003).

Ao analisarmos o texto do PNSSP (2003), identificamos que houve uma mudança no que se refere aos termos utilizados para identificar a população encarcerada. A inclusão das expressões “pessoas privadas de liberdade” e “população confinada nas unidades prisionais”, embora se tenha mantido o termo “preso(s)”, tendo sido excluída somente a designação “condenado(s)”.

Essa alteração preconiza algo além de uma simples mudança de terminologia. A expressão “pessoas privadas de liberdade” refere-se à compreensão de que as pessoas estão cumprindo pena no sistema prisional e estão privadas apenas de sua liberdade, mas não dos seus direitos sociais inerentes à sua condição de sujeitos de direitos.

Neste contexto, o PNSSP representa uma nova perspectiva de saúde pública no sistema prisional. A atenção à população confinada nas unidades prisionais se dá a partir da composição mínima de uma equipe multiprofissional formada por médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, assistentes sociais, psicólogos, auxiliares de enfermagem e auxiliares de consultório dentário (BRASIL, 2003). Assim, uma nova concepção de saúde pública foi difundida para ser desenvolvida no âmbito das unidades prisionais, que agregam a Atenção Básica, composta por ações de prevenção, assistência e promoção de saúde, mediante o trabalho das equipes multiprofissionais.

Figura 3 – Ações de Saúde Pública no Sistema Penitenciário ⁵



⁵ Figura 03, disponível em < <http://www.ma.gov.br/agenciadenoticias/seguranca/governo-realiza-mais-de-97-milatendimentos-em-saude-no-sistema-prisional-do-maranhao-em-2016>>. Acesso em 01 ago. 2017.

Ainda de acordo com o PNSSP (2003), cada equipe de saúde é responsável por até 500 pessoas privadas de liberdade. Nas unidades prisionais com até 100 pessoas, o atendimento deve ser realizado pela Unidade Básica de Saúde (UBS) territorial, respeitando a composição mínima da equipe de saúde. Ou seja, nas unidades prisionais com menor população encarcerada, não existe necessidade de se ter uma UBS com equipe permanente, mas, o acesso à saúde deve ser garantido pela rede de serviços de saúde do município onde se situa a unidade prisional (BRASIL, 2003a). Vale ressaltar que a inclusão de outros profissionais de saúde, como os psicólogos e assistentes sociais, demonstra uma visão mais ampliada de saúde, não mais centrada no modelo biomédico, como previsto na LEP.

No PNSSP, as ações de Atenção Básica no sistema prisional brasileiro se classificam em: 1) Controle de Tuberculose; 2) Controle da Hipertensão Arterial e Diabetes Mellitus; 3) Controle da Tuberculose; 4) Dermatologia sanitária/Hanseníase; 5) Controle das DST e HIV/AIDS, Saúde Bucal; 6) Saúde Mental e; 6) Saúde da Mulher. O PNSSP também prevê a assistência farmacêutica básica, a prevenção em saúde através das imunizações e a coleta de exames laboratoriais (BRASIL, 2003). Desse modo, no texto do PNSSP, preconiza-se a prevenção e a promoção de saúde (BRASIL, 2014b). Infelizmente, apenas 18 estados brasileiros estão qualificados ao PNSSP⁶, conforme diretrizes do SUS e regulamentação da própria Portaria Interministerial nº 1.777/2003. Permanecem sem pactuação os seguintes estados: Alagoas, Amapá, Maranhão, Pará, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Santa Catarina, Sergipe. A maioria destes estados pertencem as regiões norte e nordeste do Brasil, exacerbando as consequências deletérias à saúde das mulheres em situação de privação de liberdade nestes estados.

O PNSSP também preconiza a responsabilização conjunta das políticas de saúde e de segurança pública. Sua proposta é garantir ações integrais de saúde, enfatizando,

⁶ Relação de estados qualificados no PNSSP, disponível em:

<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/oministerio/principal/secretarias/567-sas-raiz/dapes/saude-no-sistema-prisional/l4-saude-no-sistema-prisional/10548-stadosqualificados-pnssp>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

além da assistência, a prevenção e a promoção de saúde às populações masculina, feminina e psiquiátrica privadas de liberdade. Assim, a saúde nas prisões passa a ser assunto também das políticas sociais de saúde (BRASIL, 2003). Entretanto, o PNSSP não garante o mesmo direito às pessoas que cumprem pena em regimes abertos e provisórios, e tampouco as pessoas recolhidas em cadeias públicas e distritos policiais.

Outra limitação referente ao PNSSP é que, embora o plano tenha estabelecido como uma de suas metas a atenção à saúde da mulher no pré-natal e puerpério, a efetivação de tais metas não era garantida no sistema prisional. Ao analisarmos a legislação brasileira sobre a população feminina em situação de privação de liberdade, percebemos que o Estado teve que recorrer a leis e resoluções específicas para dar visibilidade às mulheres encarceradas, na tentativa de tornar concretas as ações e os serviços em saúde direcionado para elas. Um exemplo é a Lei nº 11.942/2009, em que a LEP passou a assegurar à mulher gestante em situação de privação de liberdade o direito ao acompanhamento médico tanto no pré-natal quanto no pós-parto, sendo esse direito extensivo ao recém-nascido (BRASIL, 2009).

Para minimizar estas situações de discriminação e exclusão social que, em 2014, no Governo Dilma Rousseff foi homologada a PNAISP, com objetivo de garantir o acesso integral à saúde para todas as pessoas que se encontram confinadas nas unidades prisionais. Esta política pública aponta para quatro elementos importantes no âmbito da Atenção Básica: o primeiro é o vínculo entre a garantia da saúde pública e dos direitos humanos. O segundo é a importância de pensar o processo saúde-doença-atenção para além do indivíduo, envolvendo também a família e redes de sociabilidade (BRASIL, 2014c).

O terceiro aponta para a necessidade de priorizar a promoção da saúde como foco das ações. E o quarto traz o caráter estratégico das ações intersetoriais. Esses dois últimos elementos dialogam com as estratégias da Política Nacional de Promoção da Saúde e da Política Nacional da Atenção Básica (BRASIL, 2014c).

A PNAISP prevê a concretização das ações e serviços de saúde em três diferentes constituições, divididas e definidas pelo número de pessoas em cada unidades prisionais. Até 100 pessoas (tipo I), de 101 a 500 pessoas (tipo II) e de 501 a 1200 pessoas (tipo III).

Assim foram concebidas Equipes de Atenção Básica Prisional tipos I, II e III, que contam com equipes multidisciplinares compostas por cirurgiões-dentistas, enfermeiros, médicos, técnicos de enfermagem, técnicos de higiene bucal, podendo ainda ser acrescida, dependendo das tipologias, de outros profissionais como médicos psiquiatras, assistentes sociais, farmacêuticos, fisioterapeutas, psicólogos, terapeutas ocupacionais e nutricionistas. Os serviços de saúde pública dentro dessas unidades prisionais devem estar integrados a uma UBS fora destas unidades (BRASIL, 2014d).

Todavia, não podemos desconsiderar que o crescimento populacional nas unidades prisionais e as questões ligadas às desigualdades de gênero, classe, cultura, raça/etnia vêm tensionando o Estado, que é responsável pela formulação, gestão e implementação de políticas públicas que visam melhorar as condições de vida e saúde da mulher negra em situação de privação de liberdade nas unidades prisionais (LERMEN *et al.*, 2015).

Diante deste cenário, o MJ e a Secretaria de Políticas para as Mulheres lançou, recentemente, a PNAME através da Portaria Interministerial nº 210/2014, entre o Ministério da Justiça e a Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República que preconiza o fortalecimento das ações de saúde pública especificamente para a população feminina confinada nas unidades prisionais, fazendo com que cada Unidade Básica de Saúde Prisional seja visualizada como um ponto da Rede de Atenção à Saúde (BRASIL, 2014d). Chama a atenção que o MS não participou da formulação desta política pública, o que nos leva a compreender que existe uma fragilidade no âmbito intersetorial dessa política.

A PNAME (2014d) amplia o olhar sobre a população prisional feminina, pois inclui, dentre outras ações, a prevenção de todos os tipos de violência contra essas mulheres. Abrange ainda o incremento à adoção de normas e procedimentos. É importante destacar a necessidade de integração das ações intersetoriais para que se possa garantir o direito à saúde das mulheres negras privadas de liberdade. Neste sentido, Política Nacional de Atenção Básica deve dialogar com a PNAISP e PNAME.

A PNAME preconiza que as condições de encarceramento devem estar adequadas às especificidades das mulheres no que tange às questões de gênero, idade,

etnia, cor ou raça, sexualidade, orientação sexual, nacionalidade, escolaridade, maternidade, religiosidade, deficiências física e mental e outros aspectos relevantes, bem como o incentivo à construção e adaptação de novas unidades prisionais para o público feminino (BRASIL, 2014b).

Apesar de todo esforço do Estado na formulação destas políticas públicas, temos a percepção de que, ainda que a população feminina confinada nas unidades prisionais tenha constitucionalmente garantido os seus direitos, sobretudo o direito à saúde, a efetivação total destes ainda não é uma realidade.

Segundo Mattar e Diniz (2012), existem fragilidades no que concerne a assistência à saúde reprodutiva das mulheres nas unidades prisionais, em especial, durante a gestação e o parto, além da presença dos filhos que se encontram junto a essas mulheres nestas unidades sem creches e outros elementos estruturais necessários ao vínculo mãe-filho, constituindo um desafio para políticas públicas vinculadas com os princípios da universalidade, integralidade e humanização da assistência à saúde

A omissão por parte do Estado deve ser destacada, uma vez que as mulheres que vivenciam a gestação e a maternidade dentro de unidades prisionais deparam-se diariamente com o abandono e falta de suporte para enfrentarem esses períodos. Inúmeras violações e constrangimentos ao exercício dos direitos reprodutivos têm sido ocasionadas por práticas disciplinares de segurança e sanitárias que, exercendo-se atrás dos muros da prisão e dos hospitais, têm submetido as mulheres e seus filhos a sofrimentos físicos, emocionais e morais (MATTAR e DINIZ, 2012).

É preciso esclarecer que a simples existência de leis e/ou políticas públicas não representa sua efetivação. Por isso, a atuação dos movimentos sociais de mulheres e de direitos humanos, entre outros, que têm pautado a defesa em prol do cumprimento dos direitos reprodutivos das mulheres em situação de privação de liberdade nas agendas nacionais e internacionais fundamental. São esses movimentos sociais que pressionam o Estado para que, em conjunto com o sistema de justiça, encontrem soluções que proporcionem a estas mulheres melhores condições para exercerem seus direitos reprodutivos com dignidade (MEDEIROS, 2010).

As situações vivenciadas dentro de um estabelecimento prisional por grávidas e puérperas também levam a pensar sobre as consequências que a carência e o abandono assistencial no período gestacional e no pós-parto podem ocasionar para a saúde da mãe e do filho, bem como nos danos sociais que acarretam (MATTAR e DINIZ, 2012).

Por isso, Medeiros (2010) afirma que a adequação das condições carcerárias, ambientais e de saúde, bem como, a prestação de uma assistência social, jurídica e de saúde digna, oportuna e adequada às singularidades desse segmento populacional e; a busca por alternativas às penas privativas de liberdade por medidas alternativas à prisão preventiva também são respostas esperadas, tanto no contexto normativo nacional, quanto nas normas estabelecidas dos organismos internacionais.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, a questão central constitutiva deste estudo foi analisar os aspectos estruturais e características das ações de saúde, direcionadas as mulheres negras em situação de privação de liberdade, em conformidade com a legislação brasileira, quais sejam: a LEP, PNSSP, PNAISP e PNAMPE e após análise, concluímos que:

O sistema penitenciário brasileiro vive imerso numa crise política e institucional, agravando a questão violência e maus tratos dentro das unidades prisionais, sobretudo a população feminina. No que concerne às mulheres negras em privação de liberdade, há uma histórica omissão dos poderes públicos, que se materializam na omissão do Estado em exercer a gestão e implementação de políticas públicas que considerem estas mulheres como sujeitos de direitos inerentes à sua condição de pessoa humana e às suas especificidades referentes ao gênero e raça/etnia, sujeitando-as a riscos e agravos à saúde.

Também foi possível verificar o perfil da população feminina no cárcere. Elas são, em sua maioria, negras, jovens, de baixa renda, têm pouca escolaridade, possuem filhos e se sentem responsáveis pelo sustento familiar. muitas delas vivenciam a gestação e a maternidade dentro da unidade prisional.

No que concerne à condição de saúde das mulheres em nas unidades prisionais brasileiras, esta ainda é preocupante devido não efetivação das principais políticas públicas direcionadas para a população feminina encarcerada em todo território nacional. Nesse sentido, qualificar a assistência à saúde destas mulheres torna-se primordial, haja vista que as mulheres em situação de privação de liberdade devem usufruir igual e integralmente das políticas públicas conquistadas pelas mulheres no Brasil.

Como vimos, estudos de gênero e de raça/etnia são cruciais no universo prisional. Portanto, é necessário redirecionar um novo olhar para as mulheres negras em situação de privação de liberdade para evitar a visão contraditória e turva de que todas elas são prostitutas, criminosas, perversas, desumanas, marginalizadas, seres inferiores e sem direitos. Não podemos esquecer que elas desenvolvem vários papéis sociais, entre os quais, o papel de mães, irmãs, filhas e companheiras em potencial. Por essa razão, torna-se emergencial o resgate da identidade ética e moral, uma rediscussão da situação destas mulheres que emergem de cenários de pobreza, exclusão e discriminação na vida pregressa, o cárcere.

Por fim, este artigo tem a intenção apenas de se constituir em um instrumento de reflexão para prováveis leitores e pesquisadores. Não de longe, a pesquisa pretende ser conclusiva ou colocar um ponto final na abordagem sobre esta temática. Se tal intenção existisse, a pesquisa, em sua própria gênese, estaria comprometida. Espera-se, portanto, que outros pesquisadores aprofundem aspectos ignorados ou não esclarecidos suficientemente neste estudo.

REFERÊNCIAS

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 2011.

BRASIL, **Lei de Execução Penal**. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

_____, Ministério da Saúde. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília, 2003. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_sistema_penitenciario_2ed.pdf> . Acesso em: 19 fev. 2017.

_____, **Lei nº 11.942**. Assegura às mães presas e aos recém-nascidos as condições mínimas de assistência, de 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11942.htm>. Acesso em 18 fev. 2017.

_____, Ministério da Saúde. **Decreto nº 7.508**, de 28 de junho de 2011.

_____, Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen Estatística**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2014a.

_____, Portal da Saúde. **Estados Qualificados no Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Brasília, 2014b. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/oministerio/principal/secretarias/567-sas-raiz/dapes/saude-no-sistema-prisional/14-saude-no-sistemaprisional/10548-estados-qualificados-pnssp>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

_____. Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional**. Brasília, 2014c. Disponível em:

<<http://www.conass.org.br/Notas%20t%C3%A9cnicas%202013/NT%2033-202013%20Poli%CC%81tica%20Sau%CC%81de%20Prisional.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional**. Brasília, 2014d. Disponível em:

<<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=75&data=17/01/2014>>. Acesso em: 16 mar. 2017.

CNCP, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994**. Disponível em: <<http://www.crsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimaspara-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>>. Acesso em 23 mar. 2017.

- DIUANA, V.; VENTURA, M.; SIMAS, L.; LAROUZÉ, B.; CORREA, B. **Direitos reprodutivos das mulheres no sistema penitenciário: tensões e desafios na transformação da realidade.** *Ciência e Saúde Coletiva*, v.21, n.7, p.2041-2050, 2016.
- DOMINGUES, B. **Uma política para garantir o direito à saúde no sistema prisional.** *Revista Radis*, Rio de Janeiro, n. 118, p. 20-21, 2012.
- EBC, Agência Brasil - Direitos Humanos. **Relatório diz que presídio de Pedrinhas ainda tem tortura e superlotação.** 2016 [online]. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitoshumanos/noticia/2016-03/relatorio-diz-que-presidio-de-pedrinhas-ainda-tem-torturas>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- ELIAS, P.E. **Estado e Saúde: os desafios do Brasil contemporâneo:** São Paulo. *Rev. Em Perspectiva*. São Paulo. v.8, n.3, p. 41-46, 2004.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- FREYRE, G. **Casa Grande e Senzala.** Rio de Janeiro: 48 ed. Global Editora, 2006.
- GUARESCHI, N. et al. **Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência.** In: *Violência, gênero e Políticas Públicas*. Orgs: Strey, M. N.; Azambuja, M. P. Porto Alegre, Ed: EDIPUCRS, 2004, p.180.
- JACCOUD, L.; SILVA, F. B. *et al.* **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo** Brasília: IPEA, 2005.
- INFOPEN. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. **Dados consolidados dos estados (2000-2014).** Disponível em: <www.infopen.gov.br>. Acesso em 04 abr. de 2017.
- KÖLLING, G.; SILVA, M.; SÁ, M. **Direito à Saúde no Sistema Prisional.** *Tempus: Actas de Saúde Coletiva*, Brasília, n. 7, p. 281-297, 2013.
- LERMEN, H.S.; GIL, B.L.; CÚNICO, S.D.; JESUS, L.O. **Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira.** *Physis. Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v.25, n. 3, p. 905-924, 2015.
- LUZ, M. T. **As conferências nacionais de saúde e as políticas de saúde na década de 80.** In: GUIMARÃES, R.; TAVARES, R. *Saúde e sociedade no Brasil: anos 80.* Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

MATTAR, L.D.; DINIZ, C.S.G. **Hierarquias reprodutivas: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres.** Interface (Botucatu), v.16, n.40, p. 107-119. 2012.

MEDEIROS, L. L. **Mulheres e. Cárcere: Reflexões em torno das redes de proteção social.** In: Encontro Nacional de Historia Oral, 10., 2010, Recife. Anais... [S.l.]: UFPel, 2010.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX).** Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.

MENEZES, E.F. **Violência e Vulnerabilidade: espaços vivenciados na unidade de internação socioeducativa para adolescentes em Porto Velho-RO.** Revista Latino-americana de Geografia e Gênero, Ponta Grossa, v. 7, n. 1, p. 59-76, jan./jul. 2016.

MINAYO, M.C.S. **O desafio do conhecimento: pesquisa qualitativa em saúde.** 12 ed. São Paulo: Hucitec, 2010.

RODRIGUES, A.S. **Raça, gênero e sistema prisional: relato de experiências com mulheres**

negras que cumprem penas em regime aberto ou semi-aberto. Revista África e Africanidades - Ano I - n. 3 - Nov. 2008. Disponível em:

<http://www.africaeaficanidades.com.br/documentos/Raca_Genero_e_Sistema_Prisonal.pdf>. Acesso em 17 abr. 2017.

SAFFIOTI, H. I. B. **O estatuto teórico da violência de gênero.** In: SANTOS, J. V. T. (Org.) *Violência em tempo de globalização.* São Paulo: Hucitec, 1999. p. 142-163.

TURATO, E.R. **Métodos qualitativos e quantitativos na área da saúde: desafios, diferenças e seus objetos de pesquisa.** Rev. Saúde Pública. São Paulo. v.39, n.3, p.507-14, 2005.

**A TENTATIVA DE CRIMINALIZAÇÃO DA IZIDORA: QUANDO A
SEGURANÇA PÚBLICA SE TORNA UM PRETEXTO PARA REMOÇÕES
FORÇADAS**

Taís Freire de Andrade Clark

Resumo: a partir da análise das operações policiais realizadas na Ocupação Izidora – maior ocupação urbana da América Latina, localizada no norte de Belo Horizonte – e da forma de tratamento reservada pela mídia ao conflito, pretende-se demonstrar como em determinadas situações a garantia da segurança pública da população é utilizada como instrumento de regulação social da pobreza pelos dispositivos de repressão penal do desvio. Com o intuito de legitimar uma remoção forçada, há quatro anos os moradores da Izidora presenciam a tentativa constante de criminalização da ocupação por parte do Estado. Considerando que o surgimento de um novo regime de marginalidade urbana é consequência de um nítido direcionamento da estratégia governamental do Estado para a punição da pobreza e do abandono do estado de bem estar-social, resultado da revolução neoliberal, pretende-se demonstrar como a manipulação da *mass-media*, por forças políticas interessadas, acaba intensificando o processo de marginalização e segregação social das cidades, o que causa a cisão dos centros urbanos e consolida uma dicotomia entre ricos e pobres: *cidade formal e cidade informal*.

Palavras Chave: Criminalização; Segurança Pública; Ocupação Izidora; Remoção Forçada.

Abstract: this article is based on the analysis of the police operations carried out in the Izidora Land Occupation: the largest urban land occupation in Latin America, located in the north of Belo Horizonte. And the form of treatment reserved by the media for the conflict. It is intended to demonstrate how in certain situations the assurance of public security is used as an instrument of social control. For four years the residents of Izidora witness the constant attempt to criminalize the land occupation in order to legitimize a

forced removal. The emergence of a new urban marginality regime is a consequence of a clear strategy of the State for the punishment of poverty and the abandonment of the state of social welfare, caused by the neoliberal revolution. It is intended to demonstrate how the manipulation of the mass media by the interested political forces ends up intensifying the process of marginalization and social segregation of cities. This causes the division of urban centers and consolidates a dichotomy between rich and poor: *formal city* and *informal city*.

Keywords: Criminalization; Public Security; Izidora Land Occupation; Forced Removal.

INTRODUÇÃO

A transição do século XX para o século XXI representou uma nova realidade para a humanidade: pela primeira vez a população mundial passou a ser predominantemente urbana, o que significa que atualmente mais da metade das pessoas vivem em cidades (MARICATO, 2015). Esse processo de urbanização, vivenciado de forma mais intensa nos últimos anos pelos países periféricos, proporcionou mudanças significativas na sociedade e na paisagem urbana. Os conflitos sociais, historicamente situados no campo e relacionados principalmente à disputa de terras, deslocaram-se para os centros urbanos e se multiplicaram.

Apesar da existência das cidades preceder o capitalismo, como sempre lembra Maricato e o próprio Lefebvre (2015; 2008), é a partir da revolução industrial que se inicia o processo de urbanização que resultou nos grandes centros urbanos atuais (ROLNIK, 1994). A grande aglomeração nas cidades gera demandas sociais em larga escala que muitas vezes os Estados – principalmente os capitalistas periféricos, marcados por uma distribuição de renda desigual – são incapazes de atender. A insuficiência de políticas públicas sociais voltadas para atender as múltiplas demandas da população, aliada à necessidade de controle social por parte do Estado, acaba por proporcionar a

hipertrofia do sistema penal e o aumento de políticas punitivas, constituindo o que Vera Andrade (2012) denomina de Estado do mal-estar penal.

Considerando que a tentativa de criminalização sofrida pelos moradores da Izidora reflete exatamente a substituição dos instrumentos de regulação social da pobreza pelos dispositivos de repressão penal do desvio (DE GIORGI, 2006), o objetivo desse trabalho é justamente analisar esse processo de criminalização. Será especialmente interessante observar que apesar de submetidos ao processo de criminalização, a população tem demonstrado forte resistência ao despejo e a ocupação permanece no território.

A Ocupação Izidora, localizada na divisa de Belo Horizonte com Santa Luzia, é considerada atualmente a maior ocupação urbana da América Latina, abrigando cerca de oito mil famílias e constituindo, segundo a ONU, um dos sete maiores conflitos fundiários do mundo. A abrangência territorial da ocupação aliada à quantidade de moradores vivendo no território contribuem para a complexidade do entrave jurídico pela posse do terreno. A disputa judicial, que teve início em 2013, perdura até o presente momento e tomou uma proporção tão grande que não mais se restringe aos tribunais.

No intuito de legitimar uma remoção forçada, há quatro anos os moradores da Izidora presenciam a tentativa constante de criminalização da ocupação por parte do Estado. A partir da análise das operações policiais realizadas no local e da forma de tratamento reservada pela mídia ao conflito, pretende-se demonstrar como em determinadas situações a garantia da segurança pública da população é utilizada como pretexto para a realização de políticas que visam manter o controle da “população problemática” (DE GIORGI, 2006).

Para evidenciar tal tratamento, será utilizado especialmente o relatório sobre as agressões perpetradas pela Polícia Militar de Minas Gerais em manifestação de moradores da Izidora desenvolvido pelo Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular. A marcha realizada por moradores da Izidora, em direção à cidade administrativa no intuito de reivindicar uma negociação mais justa para o conflito, composta em grande parte por idosos e crianças, foi brutalmente reprimida pela Polícia Militar de Minas Gerais, acarretando um grande número de feridos.

Para Wacquant (2008), o surgimento de um novo regime de marginalidade urbana é consequência de um nítido direcionamento da estratégia governamental do Estado para a punição da pobreza e do abandono do estado de bem estar-social, resultado da revolução neoliberal. Paralelamente a isso, a manipulação da *mass-media* por forças políticas interessadas (BARATTA, 2011), acaba intensificando o processo de marginalização e segregação social das cidades, o que causa a cisão dos centros urbanos e consolida uma dicotomia entre ricos e pobres: *cidade formal e cidade informal*.

Para entender esse processo de cisão dos centros urbanos e sua relação direta com a implementação de políticas de segurança pública pautadas na criminalização da pobreza, primeiramente é necessário compreender a relação entre a questão criminal e a questão urbana, por isso esse artigo se inicia abordando essa relação. Posteriormente é feita uma análise do planejamento urbano e sua correlação com a segurança pública, para depois entrar de forma breve no histórico da Ocupação Izidora. As duas últimas partes se dedicam à investigação da criminalização da pobreza e da consequente correlação entre a violência simbólica e a remoção forçada, para, por fim demonstrar o papel desempenhado pelas políticas de segurança pública na criminalização da pobreza e na legitimação da remoção forçada.

A RELAÇÃO ENTRE A QUESTÃO CRIMINAL E A QUESTÃO URBANA

A revolução industrial, além de desencadear um intenso processo de urbanização mundial, foi responsável pelo desenvolvimento de uma nova técnica punitiva, uma técnica que se perpetua até os dias de hoje e se consolidou como o principal modelo punitivo do ocidente: o sistema penal (ANITUA, 2008; FOUCAULT, 1987). Assim, constata-se que é impossível compreender o sistema penal sem associar sua existência ao sistema capitalista e ao complexo processo de formação das cidades contemporâneas, uma vez que, se “o sistema penal foi concebido não para suprimir as ilegalidades (como muitos incautos ainda acreditam), mas para geri-las diferencialmente” (BATISTA, 2012, p. 94.), são as cidades que proporcionam os espaços para essa gestão.

Segundo Maricato (2015), o Brasil, como a maioria dos países da América Latina, vivenciou seu processo de urbanização de forma mais intensa a partir da década de 1960, chegando ao início dos anos 80 com 67,59% da população vivendo nas cidades. Foi nesse período também, como lembra Vera Andrade (2012), que vários países latino-americanos, dentre eles o Brasil, vivenciaram ditaduras civismilitares, em que a política criminal¹ se desenvolveu norteadada pela ideologia da segurança nacional. E, mesmo após a transição democrática, resquícios do autoritarismo se mantiveram, “o Brasil se policizou intensamente [...]. É como se uma cultura punitiva de longa duração se metamorfoseasse indefinidamente.” (BATISTA, 2012, p.114).

Foi em meio a essas políticas criminais – ora pautadas pela ideologia da segurança nacional, ora influenciadas pela “onda punitiva“ (WACQUANT, 2003) e pela política de Tolerância Zero norte-americana, respaldando, assim, o eficientismo penal (ANDRADE, 2012) – que as cidades brasileiras cresceram e se consolidaram. Da forma como entende Lefebvre (2008, p. 62.), a Cidade é a “projeção da sociedade sobre um local, isto é, não apenas sobre o lugar sensível como também sobre o plano específico, percebido e concebido pelo pensamento, que determina a cidade e o urbano.” Portanto, para compreender o impacto das políticas públicas no cotidiano das pessoas, é preciso realizar mais do que a tradicional análise socioeconômica. Entendendo a cidade como espaço em que essas políticas se concretizam e mais do que isso, como lugar em que se materializam os conflitos sociais contemporâneos, que são também, em sua essência, urbanos (MARICATO, 2015), é fundamental entender o papel desempenhado pelas políticas de segurança pública na segregação socioespacial das cidades.

Em uma época caracterizada por graves conflitos sociais, que predizem, nas palavras de Zaffaroni (2001), um “genocídio em marcha”, a análise das políticas de segurança pública mostra-se de suma importância não apenas para compreender o sistema penal como forma de controle social, mas para conceber políticas públicas voltadas realmente para a efetivação dos direitos humanos e da democracia. Entende-se

¹ Por políticas criminais entende-se toda e qualquer política voltada para a transformação da legislação criminal e dos órgãos responsáveis por sua aplicação, em especial as políticas de segurança pública, políticas penitenciárias e políticas judiciárias, como preconizado por Nilo Batista (1990).

que atualmente a questão criminal encontra-se totalmente atrelada à questão urbana, sendo, portanto, de extrema pertinência que essa análise seja feita de forma conjunta e transdisciplinar.

PLANEJAMENTO URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA

O início do século XXI representa para o Brasil a ascensão do estado penal, evidenciado, segundo Vera Malaguti Batista (2012), pela governamentalização da segurança pública, a espetacularização da política, a policização da vida e pelo aumento do encarceramento em massa, comparável atualmente a países como Estados Unidos e Rússia. Para Zaffaroni (2001, p. 38), “entre esses fatos, o mais notório, em nossa região marginal, e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante, é a morte.”

As ditaduras civis-militares vivenciadas pelos países da América Latina na segunda metade do século XX orientaram o desenvolvimento das políticas de segurança pública, durante a vigência do regime autoritário, calcadas na ideologia de segurança nacional e na rotulação das pessoas contrárias ao regime como *inimigo* (ZAFFARONI, 2011). As análises criminológicas feitas por Anitua (2008), Baratta (2011) e pelo próprio Zaffaroni (2001; 2011) sobre a América Latina, mostram que mesmo após a transição democrática, os vestígios do militarismo e da cultura punitivista ainda permanecem presentes na sociedade e nas políticas criminais contemporâneas. Portanto, essa ideologia permeou o crescimento e a consolidação das cidades brasileiras – que tiveram o processo de urbanização intensificado a partir da década de 1960 (MARICATO, 2015)– influenciando não somente as políticas de segurança pública, mas o planejamento urbano e as políticas públicas voltadas para as cidades.

Operou-se, conseqüentemente, nesse tempo, a passagem da ideologia de segurança nacional para a ideologia da segurança urbana, num processo intenso de criminalização das camadas sociais mais pobres, consideradas alvos em potencial dos aparelhos policiais e, mais especificamente, dos esquadrões da morte localizados no interior

destes. Assim, não era mais conveniente combater os “subversivos”, os chamados inimigos internos do regime, mas lutar contra os criminosos mais diversos: pobres, negros, favelados, genericamente tidos como traficantes, os “inimigos sociais” (COIMBRA, apud SOUZA, 2007, p. 77).

Mike Davis (2006) descreve a rapidez do crescimento das favelas periféricas durante a segunda metade do século XX, identificando a década de 1960 como o início de uma transferência maciça da pobreza rural para os centros urbanos. Diante desse cenário, concebendo o sistema penal, nos moldes do que propõe Baratta (2011), como forma de assegurar as relações sociais existentes e a manutenção do *status quo*, constata-se que as políticas de segurança pública, mais do que acentuar a segregação espacial existente nos espaços urbanos, é diretamente responsável por sua produção e reprodução: “esta realidade se manifesta com uma desigual distribuição dos recursos e benefícios, correspondentemente a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização.” (BARATTA, 2011, p. 171).

O surgimento de um novo regime de marginalidade urbana também é analisado por Wacquant (2008), que enxerga um nítido direcionamento da estratégia governamental do Estado para a punição da pobreza, paralelamente ao abandono do estado de bem-estar social, resultado da revolução neoliberal. Em sua investigação, Wacquant (2008) relaciona diretamente o crescimento populacional e a transformação dos guetos² em espaços violentos, com a influência do mercado externo e a retração das

² Em sua obra intitulada *As duas faces do gueto*, Loïc Wacquant (2008) analisa profundamente a segregação espacial nas cidades norte-americanas sob a perspectiva da formação dos guetos e da discriminação racial. Embora o objetivo de sua obra seja desvendar o processo de marginalização das cidades dos Estados Unidos, sua investigação plural e abrangente em grandes centros urbanos espalhados por todo o globo revela semelhanças entre a realidade sócio-espacial dos centros urbanos norte-americanos e de países periféricos, sobretudo nos processos de segregação espacial vivenciados nas últimas décadas. Por isso, as expressões cunhadas pelo autor, “gueto” e “guetoização”, apesar de se referirem especificamente ao processo de marginalização norte-americano, são também utilizadas por autores brasileiros e latino-americanos ao analisarem os próprios processos de marginalização. Já os teóricos do urbanismo brasileiro, como Raquel Rolnik, Ermínia Maricato e Carlos Vainer, preferem manter uma distinção no vocabulário, utilizando expressões brasileiras análogas como “favela” e “favelização”,

esferas estatais, substituindo a rede de assistência pela “rede de atraso” da polícia. Em contraposição aos guetos, encontra-se a cidade formal, visível, aquela incluída no sistema produtivo capitalista: a cidade da elite (MARICATO, 2015). “É a história das relações das duas nações [ou cidades], como chamava Disraeli, das quais são compostos os povos: ricos e pobres.”(RUSCHE apud BARATTA, 2011, p. 171).

Entende-se, conforme a concepção de Lefebvre (2008) sobre a cidade, que as políticas públicas urbanas tanto influenciam na configuração do espaço urbano, quanto sofrem influência dele, sendo, portanto, necessário conceber as estratégias de segurança pública como parte integrante do planejamento urbano. Para os urbanistas as políticas de segurança não são exclusividade das políticas criminais, elas devem ser pensadas como forma de melhorar as condições de vida nas cidades e a qualidade dos espaços urbanos. Nesse mesmo sentido discorre Jan Gehl (2013):

É interessante perceber como as estratégias de prevenção ao crime enfatizam o reforço dos espaços comuns para que o encontro entre vários grupos sociais seja parte rotineira da vida cotidiana. Pode-se pensar em proximidade, confiança e consideração mútua como estando em direta oposição a muros, portões e maior presença policial nas ruas. (GEHL, 2013, p. 28).

Ou seja, a segurança não pode ser pensada como um direito isolado, mas como forma integrada a outros direitos sociais que, conjuntamente, efetivam o que Harvey (2014) concebe como direito à cidade. Pensar a segurança de forma dissociada do

quando se referem ao processo de marginalização vivenciado pelos países da América Latina. No presente trabalho optou-se por manter o termo originalmente utilizado por Wacquant, por se entender que a análise aqui proposta, do processo de marginalização retratado pelo autor, corresponde também, de forma geral, à realidade brasileira, sendo, portanto, perfeitamente cabível conceber o termo “gueto” como análogo ao conceito brasileiro de “favela”.

adjetivo “pública”, e concebê-la como um direito social, significa romper com o velho conceito de criminalidade³ e com o paradigma repressivo (ANDRADE, 2012).

Jane Jacobs⁴ (2011) considera o sentimento de segurança e proteção em meio a desconhecidos como atributo essencial para que uma cidade seja considerada próspera. Ao analisar a segurança das calçadas, ela constata a importância da arquitetura dos prédios – com janelas voltadas para a rua, os “olhos da rua” –, de usos mistos – residencial e comercial – dos bairros, a existência de crianças brincando e outros critérios que tornam a rua viva e conseqüentemente segura. A ordem pública não é mantida exclusivamente pela polícia, pelo contrário, ela “é mantida fundamentalmente pela rede intrincada, quase inconsciente, de controles e padrões de comportamento espontâneos presentes em meio ao próprio povo e por ele aplicados.” (JACOBS, 2011, p.32).

As políticas de segurança pública implementadas no Brasil a partir da década de 1960 até o presente momento não conseguiram se desvincular do pensamento positivista e da cultura punitivista arraigada nas sociedades contemporâneas (BATISTA, 2012). O século XXI não foi capaz de romper com esse paradigma, pelo contrário, o neoliberalismo juntamente com as teorias de “lei e ordem” e o eficientismo penal encontram nos países da América Latina um campo livre para se proliferarem (ANITUA, 2008). As políticas pensadas, teoricamente para proporcionar segurança à população, na prática resultam na criminalização da pobreza e dos pobres e no encarceramento em massa, apenas acentuando as desigualdades sociais que se manifestam em cidades cada vez mais divididas e segregadas (DAVIS, 2006).

Constata-se, portanto, que o sistema penal não foi concebido como forma de combater a criminalidade, conforme demonstra Vera Andrade, ao constatar sua “eficácia invertida”.⁵ Por esse motivo, a concepção de políticas públicas voltadas realmente para

³ Por velho conceito de criminalidade, Vera Andrade (2012, p. 376) entende os conceitos estereotipantes e estigmatizantes ainda calcados pela cultura positivista, “utilizados para mapear *a priori* e *seletivamente* qual criminalidade e quais sujeitos devem ser objeto de repressão.”

⁴ Jane Jacobs é uma jornalista americana que publicou em 1961 a consagrada obra *Morte e Vida das Grandes Cidades*, considerada um marco para o planejamento urbano.

⁵ Para Vera Andrade (2012, p. 136): “a eficácia invertida significa, então, que a função latente e real do sistema penal não é combater (reduzir e eliminar) a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construí-la seletiva e estigmatizantemente, e nesse

atender as demandas da população requer – seja pela incapacidade estrutural de transformação do sistema penal, seja para *salvar vidas humanas* (ZAFFARONI, 2001) – a construção de alternativas ao próprio sistema penal.

BREVE HISTÓRICO DA OCUPAÇÃO IZIDORA

A ineficiência do Estado brasileiro em suprir as demandas sociais da população, aliada aos interesses neoliberais, proporcionaram uma mudança visível na paisagem urbana nos últimos trinta anos. A desigualdade entre a distribuição da produção de riquezas pode ser vista e sentida na segregação espacial dos grandes centros urbanos: “ilhas de primeiro mundo” circuladas por favelas, loteamentos clandestinos e ocupações ilegais. (MARICATO, 2007.)

“Essa realidade se manifesta em uma desigual distribuição dos recursos e dos benefícios, correspondente a uma estratificação em cujo fundo a sociedade capitalista desenvolve zonas consistentes de subdesenvolvimento e de marginalização.” (BARATTA, 2011, p. 171.) É nesse contexto que, em 2013, nasce a Izidora⁶, uma das milhares de ocupações urbanas surgidas na última década nas periferias das grandes cidades brasileiras.

Localizada na divisa de Belo Horizonte com Santa Luzia, em uma propriedade de aproximadamente mil hectares, a Izidora é constituída por três ocupações (Rosa Leão, Vitória e Esperança), que juntas, abrigam mais de oito mil famílias. Atualmente a Ocupação Izidora se configura como o maior conflito fundiário urbano da América

processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, de gênero, de raça).”

⁶ A região é conhecida formalmente como Isidoro (com “s” e no masculino), devido ao córrego do Isidoro que atravessa o terreno. No entanto, os próprios moradores observando mapas antigos da capital mineira, descobriram que antigamente a região era denominada Izidora (com “z” e no feminino), aparentemente em homenagem a uma escrava alforriada de mesmo nome a quem foi doado o terreno. Embora não exista comprovação de que tal escrava existiu, fato é que os mapas antigos de Belo Horizonte identificavam a região com o nome feminino, tendo sido alterado ao longo do tempo para o masculino. Ao tomarem conhecimento da história do território, as lideranças das três ocupações, optaram por alterar seu nome para Izidora, reafirmando também o importante papel das mulheres na luta pela moradia hoje e sempre.

Latina (tanto considerando sua abrangência territorial, quanto seu número de habitantes), sendo tratado pela ONU como um dos sete conflitos fundiários mais graves do mundo. (INDISCIPLINAR, 2015.)

A maior parte do terreno ocupado pelas famílias pertence à empresa Granja Wernek e desde 2013 se constituiu como objeto de um complexo entrave judicial que ultrapassou as fronteiras dos tribunais, ganhando importância política no contexto nacional e mais recentemente, global. Conforme pesquisa desenvolvida pelo grupo Indisciplinar (2015):

Há pouco mais de um século o Município de Belo Horizonte doou área pertencente à região da Izidora, à época qualificada como suburbana ou rural, para a família Werneck, sob a condição de ali ser construído um sanatório modelo. Trata-se do Decreto nº 82 de 1914 que foi revogado pela Lei Municipal 6.370/1993. Questiona-se, embora não tenha ainda havido comprovação, de que parte da área doada pelo Município de Belo Horizonte pertencia ao Município de Santa Luzia.

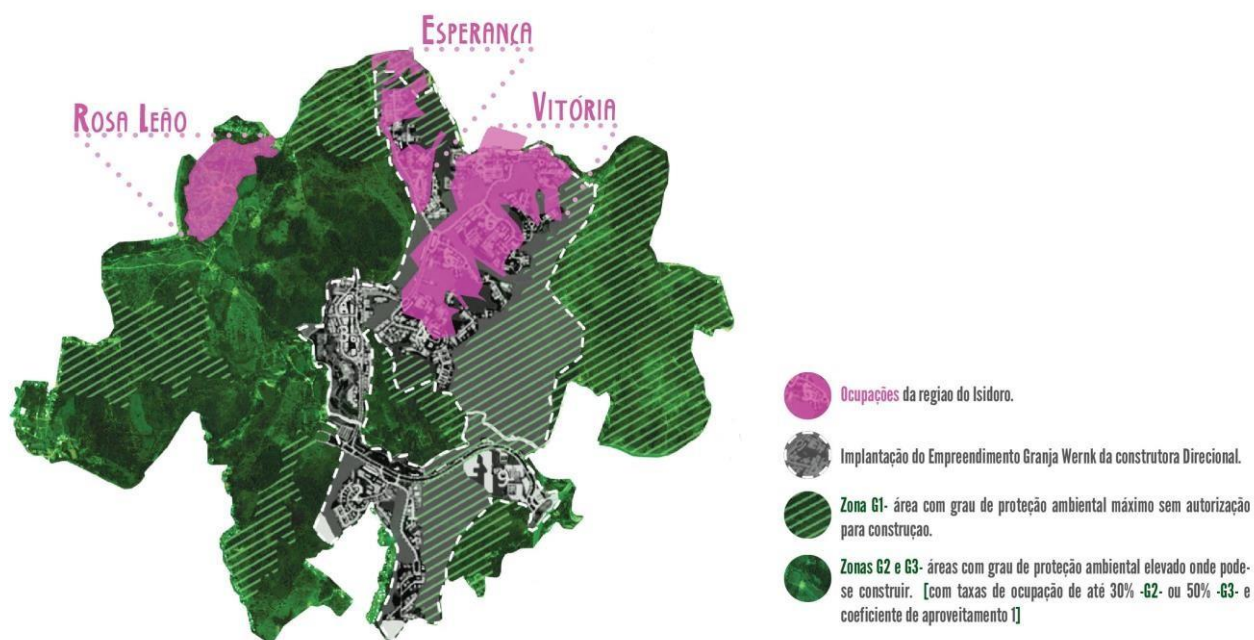
O sanatório foi construído e o restante do terreno, caracterizado pela larga extensão de área verde preservada, permaneceu intacto, sendo utilizado apenas para especulação imobiliária. Em 2000, os investimentos feitos no vetor norte de Belo Horizonte (construção da Linha Verde, implantação da Cidade Administrativa e requalificação do aeroporto Tancredo Neves em Confins), aliados ao interesse do mercado imobiliário em explorar a última área não parcelada do município, transformaram a região do Isodoro em um grande objeto de disputa. (INDISCIPLINAR, 2015.)

Em um “emaranhado ambíguo de legislações que buscam combinar proteção ambiental, urbanização técnica e social, habitação social e obras de infraestrutura, para proveito unilateral do mercado imobiliário” (INDISCIPLINAR, 2015.), a Granja Wernek manifestou seu interesse de vender o terreno para a construtora Direcional e em 2012 foi assinado um contrato de compra e venda objetivando a construção de habitação

de interesse social por meio do Programa Minha Casa Minha Vida em parceria com a Caixa Econômica Federal. A aprovação do empreendimento ocorreu em meio a denúncias de corrupção e irregularidades nos instrumentos urbanísticos utilizados para viabilizar a construção. (INDISCIPLINAR, 2015.)

Paralelamente à disputa imobiliária pelo território, o aumento dos alugueis da região metropolitana de Belo Horizonte e o investimento feito no vetor norte começaram a despertar o interesse da população local pelo terreno “vazio”. Em meados de 2013, de forma espontânea milhares de pessoas começaram a ocupar a região e fixar moradia, constituindo hoje a Ocupação que se denomina Izidora.

Mapa 1 – Região do Isodoro e Ocupação Izidora



Fonte: Indisciplinar, 2015⁷.

Desde então os moradores sofrem com a ameaça de remoção forçada, além de serem vítimas de discriminação e sofrerem inúmeras violações de Direitos Humanos.

⁷ Disponível em: <<http://blog.indisciplinar.com/declaracao-de-apoio-ao-resiste-isidoro/>>. Acesso em 18 jul/2017.

Conforme relatório elaborado pelo Coletivo Margarida Alves de Advocacia Popular (2015), a tensão com a eminência do despejo chegou a seu ápice em uma manifestação realizada no dia 19 de junho de 2015, na qual cerca de dois mil moradores da Izidora marcharam pela Linha Verde em direção à Cidade Administrativa reivindicando uma negociação mais justa para o conflito.

O cenário da manifestação era composto por famílias, inclusive crianças, idosos e gestantes, que já participaram de marchas anteriores promovidas pelas mesmas ocupações, sempre pacíficas.

Contudo, antes de chegarem ao ponto de retorno, no momento em que havia crianças jogando bola à frente da marcha, e que manifestantes negociavam com chefes da operação policial, a Polícia iniciou disparos de armas de bala de borracha e lançamento de bombas de gás lacrimogêneo e de efeito moral de forma desavisada na direção dos manifestantes. A situação de desespero entre os moradores generalizou-se, com grande correria e tentativa de proteção das pessoas, principalmente das crianças. Isso porque os policiais corriam atrás dos moradores empunhando as armas na direção dos manifestantes, inclusive das mães que tentavam fugir do foco do tumulto com suas crianças, o que restou claro nos vídeos publicizados na internet e nos relatos coletados. (COLETIVO MARGARIDA ALVES, 2015, p.2.)

A atuação do governo de Minas Gerais nesse caso evidencia a concepção bélica com que o Estado desenvolve as políticas de segurança pública. A repressão da marcha, em uma tentativa de criminalizar os moradores que dela participavam, ao mesmo tempo desvia o foco da discussão proposta – o direito à moradia digna – e constitui também “a primeira volta da espiral que impele, cada vez mais, (cada uma dessas pessoas) para o seu papel de marginalizada.” (BARATTA, 2011, p.174.)

CRIMINALIZAÇÃO DA POBREZA

Na contramão da teoria urbana, à semelhança dos Estados Unidos, o Brasil tem adotado políticas públicas, voltadas para a higienização das cidades, ocasionando e intensificando a marginalização e a segregação do pobre, com um conseqüente aumento de políticas repressivas e punitivas. Por esse motivo o século XXI é marcado pelo “autoritarismo *cool*”, como denomina Zaffaroni (2011), em que o discurso midiático imposto ao Estado leva os governos a sancionarem leis penais e processuais autoritárias no intuito de demonstrar a eficácia do sistema penal. E se a criminalidade está diretamente relacionada à pobreza, nada como uma gestão eficiente da miséria, para apaziguar a população e “resolver” problemas sociais.

Na opinião pública, enfim, se realizam, mediante o efeito dos *mass-media* e a imagem da criminalidade que estes transmitem, processos de indução de *alarme social* que, em certos momentos de crise do sistema de poder, são diretamente manipulados pelas forças políticas interessadas, no curso das assim chamadas campanhas de “lei e ordem“, mas que, mesmo independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente para a conservação do sistema de poder, obscurecendo a consciência de classe e produzindo a falsa representação de solidariedade que unifica todos os cidadãos na luta contra um “inimigo interno“ comum. (BARATTA, 2011, p. 204-205.)

Nos Estados Unidos, a medida denominada “tolerância zero” se baseou justamente nisso; na perseguição agressiva às pequenas infrações, na expulsão dos mendigos e dos moradores de rua, punindo severamente pequenas contravenções e perseguindo pequenos traficantes, prostitutas, mendigos, arruaceiros, grafiteiros e pichadores. E finalmente ao subproletariado, que era visto como uma ameaça. (WACQUANT, 2003.) Para Dornelles (2008, p. 64), “a ideia de ‘tolerância zero’ passou

a ser a panaceia, o remédio universal para todos os males da delinquência, das transgressões sociais e da desordem urbana”.

“Combater a pobreza”, nessa lógica, significa desenvolver políticas criminais, sobretudo políticas de segurança pública voltadas para a criminalização da pobreza, permitindo e incentivando que as forças repressivas estatais persigam incessantemente os taxados de “criminosos”, ou seja: pessoas e formas de vida consideradas indesejáveis para a sociedade. Nesse sentido, tanto os moradores da Ocupação Izidora, quanto o modo de vida construído por eles – pautado muita mais na coletividade do que no individualismo – se constituem como uma ameaça ao modo de vida capitalista e à propriedade privada.

Para Dornelles (2008) as políticas de segurança pública foram influenciadas por uma lógica bélica, na qual a classe subalterna é mecanicamente identificada como classe perigosa e, portanto, como agente do crime. Da mesma forma que favelas, determinados bairros e ocupações urbanas (como a Izidora) são categorizadas como “áreas de risco”, e conseqüentemente se constituem como territórios de exceção, locais para os quais esse tipo de política de segurança pública é concebida e onde a violação de direitos humanos é permitida – senão incentivada.

As condutas preconizadas por tais políticas, portanto, não podem ser analisadas como fatores isolados, mas sim como parte de uma lógica corporativa e patrimonialista de gestão das cidades que vem sendo implementadas no Brasil. (ROLNIK, 2011). A utilização da segurança como pretexto para as remoções forçadas é apenas mais um dos instrumentos fortemente relacionados à privatização da esfera pública e à elitização e segregação funcional de partes da cidade, almejando a consolidação de um modelo de cidade-empresa. Para isso há a construção de uma figura de inimigo, que deve ser combatido a qualquer custo.

Para Motta (2005, p.32), a ideia que se consolida é de que “os pobres, ao invés de fazerem jus aos cuidados de assistência, merecem ódios e condenação.” Por isso eles – os indesejáveis – são excluídos e marginalizados da sociedade idealizada, são vítimas do desemprego em massa, da precarização do trabalho e da pouca efetividade das políticas sociais, que paulatinamente vão sendo substituídas por políticas punitivas. Aos

poucos a vinculação de pobreza e criminalidade fica mais forte, sendo mais fácil introjetar os discursos de combate ao crime e repressão aos criminosos propagados pela *massmedia*.

Quando ocorre a personificação de um inimigo, ou seja, quando uma pessoa ou um determinado grupo deixam de ser considerados como tal, seus direitos também passam a ser ignorados. Nesses casos, o abandono da sociedade e o isolamento social do sujeito se torna tão grande que ele se torna quase indefeso.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é considerado sob o aspecto de ente daninho ou perigoso [...] estabelece-se a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a certos seres humanos que são privados de certos direitos individuais (ZAFFARONI, 2011, p. 18.)

Para legitimar os interesses e as ações do Estado, o desenvolvimento das políticas de segurança pública ocorre de forma extremamente seletiva, classista e racista. De uma forma aparentemente contraditória, em nome da segurança e do combate ao crime, ocorrem massacres nas favelas, nas ocupações urbanas e nas comunidades carentes. Nesse contexto, as ações realizadas pela Polícia Militar sob o pretexto de garantir a “paz social” merecem uma especial atenção, já que os agentes policiais atuam diretamente nesses espaços de conflito e muitas vezes o contato com o policial é a relação mais próxima que os moradores têm com um agente estatal.

Muitas vezes oriundos desses estratos marginalizados ou trabalhando em áreas carentes de serviços públicos básicos, os policiais se deparam constantemente com o “dever” de agir contra membros dessas localidades, alvos do “esquecimento” do poder público, e marcam, não raras vezes, sua atuação com cenas brutais de violência que traduzem o não reconhecimento, por parte dos agentes policiais, da humanidade

dos indivíduos habitantes desses espaços sociais. (SOUZA, 2007, p.77.)

As incursões policiais realizadas na Izidora, marcadas pela violência e pelo abuso de poder, assim como a repressão sofrida pelos moradores durante a marcha até a cidade administrativa, demonstram a instrumentalização da Polícia Militar de Minas Gerais pelo poder público. Sob o pretexto de garantir a segurança pública, a PM é utilizada para estabelecer uma vigília permanente na região, causando barulho e incômodo aos moradores, no intuito de provocar a saída deles do território.

A magnitude do conflito da Izidora e a repercussão gerada em torno da remoção forçada de milhares famílias tornaram impossível a realização da megaoperação de reintegração de posse desejada pelo estado-mercado. A ordem de reintegração de posse foi suspensa pelo STJ. Dessa forma, o governo teve que recorrer a outras táticas para a retirada dos moradores. Desde então, as tentativas de criminalização da Izidora e de seus habitantes se intensificou, e a comunidade tem sobrevivido à violentas abordagens policiais e notícias caluniosas veiculadas pela *mass-media*.

Para Nobre e Pinheiro (2002) os conflitos, cada vez mais comuns, entre a função polícia e a sociedade, são provenientes de tensões sociais ocasionadas principalmente por fatores socioeconômicos e do sistema político vigente. Somado a isto, existe ainda os problemas de falta de capacitação e infraestrutura das polícias, da grande rigidez institucional da polícia militar e da utilização dessas forças para fins particulares, políticos e econômicos.

A instrumentalização das forças armadas para combate e repressão de uma parcela indesejada da população não é novidade no país. Segundo Coimbra (2001), a história brasileira é marcada por períodos em que diferentes perfis de inimigos – criminosos – são construídos.

Desde o final do ciclo militar (1964-1985) – marcado por diversos pactos entre as elites, apesar do recrudescimento e fortalecimento dos chamados novos movimentos sociais -, principalmente a partir da

segunda metade dos anos 80, as forças armadas têm sido algumas vezes invocadas como “apoio” na luta contra os “perigosos”. Elas seriam as guardiãs da ordem, diante das “ondas de violência” que assaltam as grandes cidades. (COIMBRA, 2001, p. 140.)

Ou seja, as políticas repressivas e punitivas do Estado não são, e nunca foram voltadas para a sociedade de forma indiscriminada, sempre se dirigiram àqueles que incomodam mais, sendo considerados uma ameaça à ordem. Para De Giorgi (2006) as políticas criminais deixaram de se importar com a neutralização de fatores de risco individual para se basearem, cada vez mais, no controle e na gestão do *risco*; ou seja, não são mais voltadas para o controle de um determinado tipo de crime, ou para o encarceramento de um criminoso particular, e sim para gerenciar, “em nível de populações inteiras, uma carga de risco que não se pode (e, de resto, não se está interessado em) reduzir.” (DE GIORGI, 2006, p. 97.)

Nesse contexto, pessoas como os moradores da Izidora são consideradas como um *risco*, devendo ser controladas e vigiadas de perto. Assim sendo, a implementação de políticas que visam a criminalização dessas pessoas fazem parte de uma tática de gestão da miséria. A presença policial e seus atos de violência servem não apenas para intimidar e constranger os moradores – objetivando a desocupação do terreno – mas como forma de controle de pessoas indesejadas, que são tidas como uma ameaça ou um risco às relações sociais existentes.

Retomando Lefebvre, Davis (2006) analisa a criminalização da pobreza através de uma perspectiva de luta de classes, onde a cidade é por excelência o campo de batalha em que os conflitos de classe ocorrem. A reorganização espacial decorrente desses conflitos “envolve uma diminuição drástica das interseções entre a vida dos ricos e a dos pobres, que transcende a segregação social e a fragmentação urbana tradicionais” (DAVIS, 2006, p.124).

Para Baratta (2011), o sistema penal, concebido como mecanismo regulador do mercado de trabalho, acaba por exercer uma função mais perversa nos estratos mais baixos da escala social; sua função seletiva acaba se transformando em função

marginalizadora. Esse processo, além de ser responsável pela criação e gestão da “população” criminosa, acaba por intensificar, quando não proporcionar, a segregação espacial urbana.

Como evidenciado pelo caso da Izidora, políticas de segurança pública pautadas na criminalização da pobreza acabam intensificando o processo de marginalização, cada vez mais visível na segregação espacial das cidades (DAVIS, 2006). Esse tipo de política é responsável pela cisão dos centros urbanos consolidando uma dicotomia entre ricos e pobres: *cidade formal* e *cidade informal*; favela e asfalto.

O PODER SIMBÓLICO E A REMOÇÃO FORÇADA

A dicotomia entre *cidade formal* e *cidade informal* pode ser simbolizada nesse caso por dois seguimentos da sociedade: de um lado os habitantes da Izidora, lutando pelo seu direito à moradia contra os interesses de uma classe dominante. E de outro, os agentes estatais, representando o poder do Estado-mercado, visando a manutenção da ordem previamente estabelecida. A inevitável tensão que surge nesse cenário, só pode ser controlada através da imposição de um poder, de uma vigilância constante que mantenha a disciplina.

É essa forma de poder, de dominação, que aqui se denomina violência simbólica. Para Bourdieu (1992), toda forma de poder que impõe como legítima, significações que visam dissimular as próprias relações de forças existentes – mas que realmente se constituem como a base que sustenta essas forças – na verdade acrescenta sua própria força, ou seja, torna essas relações de força propriamente simbólica. Para ele, a violência simbólica é uma forma de imposição dessa força que atua no sentido naturalizar, através das instituições – como o próprio Estado – as representações sociais dominantes, visando reforçar a autoridade e o domínio dos grupos ligados ao poder.

A grande maioria dos moradores da Izidora são pessoas provenientes de uma classe social baixa, pessoas acostumadas a serem alvo das políticas de segurança pública, e não protegidas por elas. Nesse contexto, a simples presença da Polícia Militar emana

um poder que simboliza e legitima toda a relação de dominação do Estado perante este tipo de comunidade.

Bourdieu (1992) explica que o poder simbólico é um tipo de poder conferido pelo sujeito “dominado” àquele que o exerce, ou seja, “é um poder que existe porque aquele que lhe está sujeito crê que ele existe”. (BOURDIEU, apud SOUZA, 2007, p. 76.) E diante dos moradores da Izidora é este o papel que a Polícia Militar exerce: um lembrete constante do poderio do Estado e da insignificância daquelas pessoas para a grande parte da sociedade. Insignificância esta, que sempre foi inculcada nessa parcela da população, ao ponto deles próprios acreditarem e legitimarem essa ideia.

Complementando e contribuindo para a manutenção da violência simbólica, a vigilância constante é uma estratégia antiga para perpetuar a subordinação. Para Foucault (2004) as técnicas de observação do indivíduo difundem um poder que evidencia sobre quem os meios de coerção se aplicam. A consciência de uma possível punição e o medo que ela de fato ocorra, ocasionam o exercício da disciplina.

A disciplina faz “funcionar” um poder relacional que se auto-sustenta por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados. Graças às técnicas de vigilância, a “física” do poder, o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e de mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. (FOUCAULT, 2004, p. 148.)

De Giorgi (2006, p. 97) vai mais além, ao analisar a centralidade alcançada pelo dispositivo disciplinar *par excellence* na gestão dos grupos sociais marginais; ele conclui que essa situação atual não é algo muito diferente do que Foucault descreveu, “e que, no fundo, o projeto disciplinar não tenha sido nem de longe extinto e que, ainda uma vez, o objetivo dos dispositivos de controle seja o disciplinamento da força de trabalho desqualificada.”

A construção de políticas de segurança pública que visam uma vigilância constante sobre os grupos marginalizados, portanto, no caso dos moradores da Izidora, serve ao propósito de forçar a saída daquelas pessoas do território sem que o Estado tenha que arcar com o ônus da realização de uma remoção forçada. Dessa forma, esse tipo de política não é aleatória, tampouco despropositada. Ela faz parte de um mecanismo de controle exercido sobre uma parcela indesejada da população, que através do exercício de um poder – a violência simbólica – e da vigilância, induzem a dispositivos de disciplinarização.

Na sociedade contemporânea, predominantemente urbana, é na cidade que os dispositivos de disciplinarização se concretizam. É na segregação do espaço, visível e tangível, que se manifesta o abismo da desigualdade social (MARICATO, 2015). Também é na cidade que o sistema penal desenvolve a atividade para a qual, segundo Baratta (2011), foi concebido: o controle social. Entendendo o espaço urbano não só como pano de fundo, mas como participante ativo e determinante na construção das políticas públicas (ROLNIK, 1994), é patente a necessidade de se analisar as políticas de segurança pública sob um viés crítico, tendo em vista que:

A segregação urbana não é um *status quo* inalterável, mas sim uma guerra social incessante na qual o Estado intervém regularmente em nome do “progresso”, do “embelezamento” e até da “justiça social para os pobres”, para redesenhar as fronteiras espaciais em prol de proprietários de terrenos, investidores estrangeiros, a elite com suas casas próprias e trabalhadores de classe média. (DAVIS, 2006, p. 105).

Nessa guerra social a que se refere Davis (2006), talvez o papel mais importante de comunidades como a Izidora seja a de demonstrar que resistir é possível.

CONCLUSÃO

A história da Izidora é uma história de luta e resistência, que representa a realidade de inúmeros moradores de assentamentos precários, ocupações urbanas e favelas do país. São pessoas que se vêm cerceadas de seus direitos mais básicos, para quem o direito à moradia muitas vezes é um sonho, mas um sonho pelo qual vale a pena lutar.

Para os moradores da Izidora o direito à moradia, garantido pela Constituição da República de 1988, nunca existiu de fato e está sendo um processo longo e doloroso efetivá-lo. Assim, manter suas casas nesses últimos quatro anos foi uma tarefa difícil em que a simples resistência já pode ser considerada como uma conquista. Diante de inúmeros obstáculos, as famílias iniciais persistiram e foram se mantendo no terreno, com isso, aos poucos a ocupação urbana foi crescendo e se consolidando, se constituindo, hoje, como a maior da América Latina.

Considerando que a tentativa de criminalização sofrida pelos moradores da Izidora reflete exatamente a substituição dos instrumentos de regulação social da pobreza pelos dispositivos de repressão penal do desvio (DE GIORGI, 2006), as constatações de que os moradores têm demonstrado forte resistência ao despejo e de que a ocupação permanece no território merece destaque. A mobilização da comunidade juntamente aos movimentos sociais fez com que o conflito repercutisse internacionalmente, sendo inclusive discutido em tribunais internacionais, o que foi fundamental para que o Superior Tribunal de Justiça decidisse em favor da suspensão da reintegração de posse.

Com a ordem suspensa, as tentativas de criminalização se intensificaram, no intuito permanente de legitimar a remoção forçada. No entanto, a proporção que o conflito tomou, permite que os moradores consigam disputar o discurso, contrapondo as versões dos fatos veiculadas pela mídia tradicional e pelo Estado. Portanto, casos como o da Izidora são de grande importância para salientar as vozes de grupos subalternos e minorias sociais, evidenciando uma realidade social invisibilizada pela *mass-media*, e denunciando as graves violações de Direitos Humanos vivenciadas por pessoas em situações de vulnerabilidade e ignoradas pelo poder público.

Essas pessoas, muitas das quais foram abandonadas pelo Estado, criminalizadas, marginalizadas, segregadas dos espaços públicos de convívio social, alvo de políticas públicas repressivas e punitivas, têm conseguido fazer frente aos interesses de grupos que detêm, historicamente, grande poderio político e econômico no país. São elas que demonstram não só a necessidade da superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista (BARATTA, 2011), mas comprovam que essa superação é possível.

A existência e a permanência da Izidora afirmam a necessidade de transformação da atual política criminal – da superação das condições próprias do sistema socioeconômico capitalista (BARATTA, 2011) – mas, acima de tudo, comprovam que resistir é possível.

Portanto, é inevitável, depois de toda essa análise, constatar que sempre existiram, existem e provavelmente vão existir – em diferentes momentos históricos – determinadas parcelas da população consideradas indesejáveis, e, por isso, alvo das políticas criminais. Mas, por outro lado, é surpreendente constatar também, que Izidoras sempre existirão mesmo contra todas as possibilidades, mostrando que é possível (co)existir.

“Enquanto morar for um privilégio, ocupar é um direito.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Florianópolis: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Revan, 2008.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6.ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Revan, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 3ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

COIMBRA, Cecília. *Operação Rio: o mito das classes perigosas: um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública*. Rio de Janeiro: Oficina do Autor; Niterói: Intertexto, 2001.

COLETIVO MARGARIDA ALVES. Relatório sobre as agressões perpetradas pela Polícia Militar de Minas Gerais em manifestação de moradores da Izidora na data de 19/06/2015 em Belo Horizonte/Minas Gerais. Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular. Disponível em: <<http://coletivomargarida.blogspot.com.br/2015/06/relatorio-sobre-as-agressoes.html?view=timeslide>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

DAVIS, Mike. *Planeta Favela*. Tradução Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

DE GIORGI, A. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GEHL, Jan. *Cidade Para Pessoas*. Tradução Anita Di Marco. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

HARVEY, David. *Cidades Rebeldes: Do Direito à Cidade à Revolução Urbana*. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

INDISCIPLINAR. OU Isidoro. Indisciplinar, 2015. Disponível em: <http://oucbh.indisciplinar.com/?page_id=696>. Acesso em: 16 dez. 2016.

JACOBS, Jane. *Morte e Vida de Grandes Cidades*. Tradução Carlos S Mendes Rosa. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

LEFEBVRE, Henry. *O Direito à Cidade*. Tradução Rubens Eduardo Frias. 5.ed. São Paulo: Centauro, 2008.

MARICATO, Ermínia. *Globalização e política urbana na periferia do capitalismo*. In: Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro; Orlando Alves dos Santos Junior. (orgs.). *As metrópoles*

e a questão social brasileira. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan; Fase, 2007, v. 1, p. 51-76.

MARICATO, Erminia. *Para entender a crise urbana*. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MOTTA, A. P. *As garantias processuais e o direito penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOBRE, Maria Teresa; PINHEIRO, Frederico Leão. *Superando a dicotomia sociedade x policial militar: relato de uma experiência*. In: NEVES, Paulo Sérgio da Costa. RIQUE, Cecília D. G. E FREITAS, Fábio F. B. (orgs.) *Polícia e Democracia: desafios à educação em direitos humanos*. Recife: Gajop; Bagaço, 2002.

ROLNIK, Raquel. *10 Anos do Estatuto da Cidade: Das Lutas pela Reforma Urbana às Cidades da Copa do Mundo*. 2011 Disponível em: <<http://raquelrolnik.files.wordpress.com/2013/07/10-anos-doestatuto-da-cidade.pdf>>.

Acesso em: 12 dez. 2016.

ROLNIK, Raquel. *O que é Cidade*. 3.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SOUZA, Marcos Santana de. *Representações sociais, polícia e violência: um estudo sobre a violência policial*. *Scientia Plena*, v. 3, n. 5, 2007. Disponível em: <www.scientiaplena.org.br/spv3n5p75_82.pdf>. Acesso em: 16 dez. 2015.

WACQUANT, Loïc. *As duas faces do gueto*. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Tradução Vânia Romano Pedrosa; Amir Lopes da Conceição. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*. Tradução Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/ Revan, 2011.

**AS MARGENS DA NAÇÃO: COLONIALIDADE E VIOLÊNCIA NAS
COMUNIDADES INDÍGENAS**

Thaís Janaina Wenczenovicz

Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul.
Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global
Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Docente colaboradora do
Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual do
Paraná/Unioeste e Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade do Oeste de
Santa Catarina /UNOESC. E-mail: t.wencze@terra.com.br

Carlos Eduardo de Araújo Rangel

Graduado em Direito. Especialista Direito Penal e Criminologia/ICP; Especialista em
Direito Público/ Procuradoria do Município do Rio de Janeiro. Servidor Público da
Secretaria de Estado de Segurança Pública do Rio de Janeiro, Polícia Civil. Professor de
Graduação e Pós-Graduação. Pesquisador afiliado a Universidade de Buenos
Aires/UBA- Faculdade de Direito.
E-mail: delpol.professorcarlosrangel@gmail.com

Resumo: O modo de pensar e agir na América Latina é, ainda hoje, influenciado pelos centros hegemônicos de poder, ou seja, por meio da colonialidade. Nesse aspecto, compreender a violência exercida sobre as comunidades indígenas requer analisar o processo de ocupação e colonização do território brasileiro. Diversas foram às formas de violências cometidas sobre os indígenas, fruto do ideário de colonialidade que permeou a maioria das ações violentas. Aculturação, assimilação, desterritorialização, doenças, fome, homicídios, suicídios, dentre outros compõem a trajetória histórico-social desse grupo humano. O presente estudo pretende analisar a violência exercida sobre as comunidades indígenas no Brasil através do prisma da colonialidade. Enquanto procedimento metodológico utiliza-se o bibliográfico-investigativo.

Palavras-chave: Colonialidade; Comunidades Indígenas; Violência.

INTRODUÇÃO

A razão pela qual se analisam a colonialidade e a violência nas comunidades indígenas nesse trabalho centra-se essencialmente pelo fato de que o atual modelo jurídico (constitucional) em que se insere o direito estatal resulta da modernidade europeia, calcados no eurocentrismo e nas epistemes moderno/coloniais as quais consolidaram as práticas de dominação/subordinação de grande parte dos grupos sociais no Brasil.

Nesse contexto, é impossível deixar de lado o fato que é no passado colonial projetado nas codificações de colonialidade que se (re)fundou a ordem jurídica com o ideário de unidade e da onipotência estatal. Os arranjos jurídicos que deram forma ao Estado-nação histórico (gênese do Estado democrático de Direito contemporâneo) foram realizados de forma distante da semântica da diversidade e do pluriculturalismo. Por consequência, essa origem unilateral adotada para elaboração do conjunto de normas jurídicas admitiu em sua gênese a segregação de diversos povos e sociedades que compunham a sociedade nacional dando início a violência institucional.

O devido artigo divide-se em três partes. A primeira aborda elementos da colonialidade¹ e as comunidades indígenas na América Latina e Brasil. A segunda traça elementos acerca da violência e das comunidades nativas no Brasil. Na terceira e última parte são apresentadas algumas ações de violências que vitimizaram as comunidades indígenas no Brasil contemporâneo e persistem em suas cotidianidades.

¹ Para o termo colonialidade ver em CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clacso, 2005. LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clacso, 2008. MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, E. (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clacso, 2005. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Eduardo (Org.). **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clacso, 2005. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2009, dentre outras.

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do método bibliográfico-investigativo, acompanhado de documentos jurídicos como a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº143 de 25 de julho de 2002; a Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007); a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO, ratificada pelo Congresso Nacional em dezembro de 2006, e promulgada no país pelo Decreto-Lei nº 6.177, de 1º de agosto de 2007; a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, ratificada pelo Decreto nº 5.753, de 12 de abril de 2006; cartas e decretos da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e a Constituição do Brasil de 1988. Para a comparação de dados e bases estatísticas emprega-se os indicadores da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e o relatório Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2015, publicado pelo Conselho Indigenista Missionário (Cimi). Também tomou-se como leitura complementar o Relatório Figueiredo.²

1. COLONIALIDADE E COMUNIDADES INDÍGENAS

Pode-se dizer que a gênese estrutural da violência no Brasil inicia com o processo de ocupação e povoamento do território através do processo de expansionismo mercantil. Quijano (2005) argumenta que esse processo começou com uma colonização interna de povos com identidades diferentes, mas que habitavam os mesmos territórios e foram convertidos em espaços de dominação interna. Esse fenômeno se estendeu por várias décadas desconsiderando que os povos possuíam etnias, línguas e identidades diferentes,

² O Relatório Figueiredo conta com mais de 7 000 páginas produzido em 1967 pelo procurador Jader de Figueiredo Correia a pedido do ministro do interior brasileiro Afonso Augusto de Albuquerque Lima. Ele descreve violências praticadas por latifundiários brasileiros e funcionários do Serviço de Proteção ao Índio contra os indígenas brasileiros ao longo das décadas de 1940, 1950 e 1960. Para escrevê-lo, o procurador-geral Jader de Figueiredo Correia percorreu com sua equipe mais de 16 mil quilômetros e visitou 130 postos indígenas em todo o país.

bem como habitavam em territórios para além do espaço de dominação interna dos colonizadores impingindo um conceito racionalista de nação. Esse conceito reproduzido intencionalmente com base na ampliação dos espaços da razão em escala universal produziram estigmas e ações coletivas de violência física e simbólica³ nos povos nativos.

Segundo Dussel (1993, p. 7), a modernidade aparece quando a Europa se afirma como centro de uma história mundial (inquestionável) a qual se configurou como um processo violento de expulsão e ocupação de diversos espaços que coincidiram a criação dos Estados Nacionais. Nas Américas os europeus e a consequente dominação dos povos originários, associado à exploração gratuita do trabalho e do servilismo dos indígenas, seguido posteriormente do tráfico e escravização dos negros advindos do continente africano, correspondeu ao reflexo imediato do mito violento da modernidade.

Para Lander (2005, p. 25) a conquista ibérica sobre o continente americano inaugura tanto a organização colonial do mundo, quanto à modernidade. O panorama que é desenhado com o processo de colonização é caracterizado por uma colonialização de saberes, linguagens, memória e imaginário social abrindo-se espaço para a constituição de hierarquizações cronológicas e negação da própria simultaneidade dos eventos sociais. Lander acrescenta que este é um universalismo não-universal na medida em que nega todo direito diferente do liberal, cuja sustentação está na propriedade privada individual. (LANDER, 2005, p. 26).

Depreende-se nesse contexto, a modernidade e o colonialismo. O colonialismo apresenta-se como uma estrutura de dominação e de exploração que se manifesta no controle da autoridade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma determinada população. (QUIJANO, 2005, p. 93) Este torna-se mais que um ideário simbólico – ele atua na dominação econômica, política e sócio-cultural dos povos, bem

³ Bourdieu preocupou-se com o poder simbólico que seria o poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que estão sujeitos a esse poder ou mesmo daqueles que o exercem. A violência simbólica se funda na fabricação contínua de crenças no processo de socialização, que induzem o indivíduo a se posicionar no espaço social seguindo critérios e padrões do discurso dominante. Devido a esse conhecimento do discurso dominante, a violência simbólica é manifestação desse conhecimento através do reconhecimento da legitimidade desse discurso dominante. Vide em **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.

como se apresenta através de uma forma de imperativo jurídico ou administrativo.⁴ Na modernidade, ele está relacionado ao que se convencionou chamar de colonialidade.

Walsh acrescenta:

Con colonialidad me refiero al padrón o matriz de poder que se instala en el siglo XV y XVI, clasificando jerárquicamente las identidades sociales a partir de la idea de ‘raza’, posicionando em la cima y como superior a los blancos europeos y los “blanqueados” de América del Sur, y los pueblos indígenas y afros en los peldaños inferiores como identidad negativas, homogéneas y inferiores. Así a partir de este mismo patrón se estableció el eurocentrismo como perspectiva única de conocimiento, justificó la esclavización y deshumanización y descartó como barbaros, salvajes y no modernos (leer: subdesarrollados y “tradicionales”) las filosofías, cosmologías, lógicas y sistemas de vida de la gran mayoría: los pueblos indígenas y los pueblos de origen africano. Esta matriz o patrón- que siempre ha servido los intereses y necesidades del capitalismo – hace que la mirada se fija em Europa como modelo, perspectiva y modernidad ideal. Y a partir de esa mirada – aun presente – que se formó los Estados nacionales y, por supuesto, sus sistemas jurídicos (WALSH, 2015, p. 346-347).

A Europa, ao se fazer ‘centro’ do pensamento iluminista, com a colonização, torna-se a responsável por ‘iluminar’ todo o restante periférico. Fato que simbólica e efetivamente representa a “justificativa de uma práxis irracional de violência” (DUSSEL, 2005, p. 62) entre sujeitos classificados como desenvolvidos/evoluídos e os bárbaros/primitivos, onde o bárbaro é responsabilizado por sua própria “torpeza” por se

⁴ Sabe-se que a extinção do colonialismo histórico-político nas Américas, com a construção de nações independentes no século XIX, bem como na África e Ásia, por intermédio da descolonização em meados do século XX, não foi condição necessária e suficiente para a emancipação político-econômica e cultural dos países periféricos. Para esse tema ver: LANDER, Edgardo. *Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos*. In: Edgardo Lander (comp.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas**. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2000.

“opor” geográfica e ideologicamente ao “centro” do desenvolvimento da civilização, fator pelo qual é naturalizada toda a violência que se empreende contra esse “primitivo”. Para o pensador latino-americano em questão, o caminho para a superação da negação da realidade é o reconhecimento desse mito da modernidade, observando sempre a perspectiva da “outra-face negada e vitimada da Modernidade” (DUSSEL, 2005, p. 63).

Essa compreensão da existência e consolidação dos ideários de colonialismo e colonialidade possibilita o reconhecimento dos processos de vulnerabilização de grupos sociais invisibilizados até os dias atuais. O extermínio indígena, a discriminação da mulher, o encarceramento da população negra, a intolerância religiosa com as crenças de matriz africana, o desrespeito à diversidade sexual, as posturas xenófobas em relação aos imigrantes e refugiados, atestam, como aponta Bragato, que o projeto de modernidade colonial venceu. Continua-se visualizando e consolidando nas Américas a égide da matriz colonial de poder que denota que embora o colonialismo tenha chegado ao fim, é a colonialidade que marca as relações de poder contemporâneas. (BRAGATO, 2014).

Quijano (2005, p. 2) evidencia que a América constitui-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira identidade da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, conseqüentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.

Em consonância a reinterpretação pós-colonial dos discursos eurocentrados, é possível indicar que a subalternidade e a invisibilidade do conhecimento dos povos não-ocidentais, historicamente subjugados pela tradição ocidental e pelo eurocentrismo, do

ponto de vista das práticas sociais, epistemológica e política tem muito a se revisitar. Por outro lado, nas duas últimas décadas, houve uma sensibilização acerca das comunidades indígenas e essas foram gradativamente inseridas em estudos e iniciativas de revisão crítica quanto ao alcance temático dessas análises através de teorias diversas como as pós-coloniais.⁵ Os estudos pós-coloniais permitem repensar o papel de movimentos sociais mais recentes na América Latina, na releitura e na revalorização das identidades, de grupos, de comunidades e das culturas historicamente subalternizada.

Segundo Santos,

[...] pós-colonialismo é um conjunto de correntes teóricas e analíticas, com forte implantação nos estudos culturais, mas hoje presentes em todas as ciências sociais, que têm em comum darem primazia teórica e política às relações desiguais entre o Norte e o Sul na explicação ou na compreensão do mundo contemporâneo. Tais relações foram constituídas historicamente pelo colonialismo e o fim do colonialismo enquanto relação política não acarretou o fim do colonialismo enquanto relação social, enquanto mentalidade e forma de sociabilidade autoritária e discriminatória (SANTOS, 2004, p. 8).

Em resposta a violência colonialista, uma concepção de identidade regional pode ser destacada entre os latino-americanos e, nesse sentido, Zea (1997), filósofo mexicano, explica o processo singular de formação das nações latino-americanas. Segundo ele, as distintas sociedades existentes antes da colonização não impuseram uma personalidade histórica e comunitária às nações depois da independência. Atualmente, a América Hispânica é composta por cerca de vinte nações. Nenhuma delas pode negar o traço comum identitário deixado após a colonização espanhola. Por consequência, não podem

⁵ Ver em SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro.** Faculdade de Economia de Coimbra, Coimbra / Portugal, Conferência de abertura do VIII Congresso de Ciências Sociais, realizado em Coimbra, de 16 a 18 de setembro de 2004. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_poscolonial. Acesso: em 21 de julho de 2017.

tentar interpretar a sua realidade social isoladamente. Formou-se outro mundo, não mais a sociedade ameríndia ou aquela da Península Ibérica, existe agora uma unidade chamada América Latina.

Em acordo com Montero (1998), observa-se que é possível falar da existência de um modo de ver o mundo, de interpretá-lo e de agir sobre ele que constitui propriamente uma episteme com o qual a América-Latina está exercendo sua capacidade de ver e fazer de uma perspectiva singular. Dentre as ideias centrais deste paradigma encontram-se:

- uma concepção de comunidade e de participação assim como do saber popular, como formas de constituição e ao mesmo tempo produto de uma episteme de relação;
- a ideia de libertação através da práxis, que pressupõe a mobilização da consciência, e um sentido crítico que conduz à desnaturalização das formas canônicas de aprender-construir-ser no mundo;
- a redefinição do papel do pesquisador social, o reconhecimento do Outro como Si Mesmo e, portanto, a do sujeito-objeto da investigação como ator social e construtor do conhecimento;
- o caráter histórico, indeterminado, indefinido, inacabado e relativo do conhecimento. A multiplicidade de vozes, de mundos de vida, a pluralidade epistêmica;
- a perspectiva da dependência, e logo, a da resistência. A tensão entre minorias e majorias e os modos alternativos de fazer-conhecer;
- a revisão de métodos, as contribuições e as transformações provocados por eles (MONTERO, 1998)

A concepção contemporânea da violência é perseguida pela ideia de um declínio-superação do Estado. Este é cada vez menos descrito como causa, fonte ou justificativa da violência, como ocorria quando se tratava de explicar, nos anos 60 e 70, as lutas ditas de libertação, nacional ou social, ou promover projetos revolucionários; o Estado é agora novamente, como no essencial da tradição da filosofia política, pelo menos a partir de Hobbes, a fórmula política que deveria poder inibir a violência física fora de seu campo de ação e de controle, e que aí chegaria cada vez menos a esse resultado. Poder-se-ia certamente evocar inúmeras experiências em que a violência é uma resposta à brutalidade do Estado, a um poder ditatorial ou a uma opressão do tipo neocolonial, por exemplo. Poder-se-ia ainda indicar como, quando mais não seja, no caso da experiência palestina, ela tem a ver com o desejo de construir um Estado dotado de todos os atributos da soberania nacional. (WIEVIORKA, 1997. p. 21)

Nesse ideário, Santos (2004) corrobora dizendo que desdobramentos do colonialismo não ocorreram apenas extramuros, mas também intramuros, sendo necessário devolver alguns e analisar criteriosamente os contextos e teias sociais para criar um novo padrão de interculturalidade. Regressar a esses lugares com outro olhar, mais crítico e mais preciso, permitindo a reinvenção do que foi marginalizado, silenciado e esquecido. Já, Santos e Meneses (2009), na obra intitulada *Um Ocidente não-ocidentalista: a filosofia à venda, a douta ignorância e a aposta de Pascal*, propõe, por meio de uma revisitação, pensar em um novo tipo de relação intercultural e interepistemológica que contribua para a descolonização do saber.

2 COMUNIDADES NATIVAS E A VIOLÊNCIA

O direito a uma vida sem violência tem sido uma das importantes pautas do movimento indigenista brasileiro assentados na realidade vivenciada frente ao contexto de abusos de poder, assassinatos, atentados de morte, homicídios culposos, racismo, vulnerabilidade em saúde e nutrição, agressões ao meio ambiente, precariedades de toda sorte, dentre outros, em face aos fatores que compõem a violência e a violação de direitos que atingem boa parte da população indígena que vive em terras brasileiras, registrados

há décadas. Entretanto, pode-se dizer que debate acadêmico-científico, veio à tona nas três últimas décadas. Antropólogos, historiadores, juristas, sociólogos dentre outros começaram uma caminhada científica para mostrar as velhas e novas formas de violência exercidas sobre as comunidades nativas.

O agravamento e divulgação das formas e índices de violência contra as comunidades indígenas tem sido tema de debate em diversos organismos internacionais e nacionais. Em meados do século XX, com os processos de colonização na Amazônia e outras regiões teve lugar um período de desterritorialização dos povos indígenas, com consequências diretas sobre as condições mínimas de sobrevivência. Mais recentemente, observou-se o ciclo do extrativismo desenfreado sobre os recursos naturais por parte das empresas nacionais e transnacionais seguida da execução de grandes obras civis com impactos negativos sobre os ecossistemas, agravando o quadro histórico de despojo e vulnerabilidade.⁶ A última e mais recente etapa, versa sobre a apropriação dos conhecimentos tradicionais,⁷ a biodiversidade associada a estes e aos recursos genéticos, resultando no extenso processo histórico de desapropriação dos saberes dos povos indígenas da América Latina.

A exploração de recursos naturais junto ou próximo às comunidades indígenas no Brasil atinge precisamente a maioria dos Estados em maior ou menor grau. Um dos maiores desastres ambientais da história brasileira atingiu três povos indígenas em dois estados: os Tupiniquins e os Guarani, no Espírito Santo, e os Krenak, em Minas Gerais. No Espírito Santo, os rejeitos da mineração da barragem Fundão, da Samarco, que rompeu em novembro de 2015, atingiu parte das Terras Indígenas o que inviabilizou sua manutenção na região, já que esse grupo indígena tinha como principal atividade de subsistência a pesca.

⁶ Segundo Claude Raffestin (1980), a territorialidade é um tipo específico de espaço delimitado pelo agenciamento dos personagens que resulta em medições e mapeamentos cartográficos associado ao sistema semiótico de linguagem e suas imagens articuladas.

⁷ Ver em Lima, André. **Quem cala consente? : subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais**. LIMA, Andréa & BENSUSAN, Nurit (Orgs.). São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003. (Série Documentos do ISA; 8)

Em Minas Gerais, o impacto na comunidade Krenak também teve consequências ambientais como a morte dos peixes e a contaminação das fontes de água. Esse desastre também atingiu o cotidiano imaterial – já que o rio faz parte da coletividade como elemento unificador religioso, social espiritual e artística. O grupo indígena Krenak já vinha sofrendo impactos ocasionados por grandes obras que cercam a comunidade. Próximo da comunidade localiza-se a Usina Hidrelétrica de Aimorés, construída sob o Rio Doce. Em operação desde 2006, muitos problemas ocasionados pela sua instalação persistiram e atingiram as comunidades direta ou indiretamente, impulsionando o êxodo forçado. Segundo o relatório da Comissão Especial das Barragens, aprovado pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH) em 2010, a barragem de Aimorés violou 11 categorias enquanto Direitos Humanos.

Os saberes indígenas constituem importante aspecto do complexo de direitos socioambientais, na medida em que se caracterizam como manifestações da própria cultura dessas comunidades. Esses conhecimentos transmitidos pelas comunidades indígenas, por muitas décadas, vinculam-se à sócio-biodiversidade a ponto de se tornarem fundamentais para a preservação do meio ambiente e não raro se confundirem com a própria identidade. Outra consequência dessa realidade é a apropriação dos conhecimentos tradicionais por segmentos comerciais e industriais.

As comunidades indígenas locais dependem dos recursos biológicos para uma variedade de propósitos cotidianos e consideram a si mesmas como guardiãs e protetoras da diversidade biológica. Desta forma, os conhecimentos tradicionais têm ajudado a preservar, manter e até aumentar a diversidade biológica ao longo dos séculos.

O conhecimento tradicional associado à biodiversidade compreende as técnicas de manejo de recursos naturais, os métodos de caça e pesca, as propriedades curativas das plantas, os conhecimentos sobre os ecossistemas, as espécies alimentícias e as diversas formas de categorizações de plantas e animais. No entanto, deve ser observado que, no caso das populações tradicionais, o conhecimento produzido não está relacionado apenas a uma origem utilitária, mas também a valores simbólicos e espirituais tão importantes quanto os anteriores para a proteção de sua identidade (SANTILLI, 2005).

Comparato (2002, p. 539) alerta para a recorrente separação entre ética e técnica na história da humanidade ao discorrer que o desenvolvimento da habilidade técnica em mãos de alguns poucos, somado à falta de contrabalanceamento pela extensão da sabedoria política a todos, engendra um permanente déficit ético que se consubstancia tanto em oligarquias no interior das sociedades locais quanto nas relações internacionais. O resultado disso são as grandes catástrofes manifestas em massacres coletivos, fome, epidemias, explorações aviltantes, fruto da segregação entre minoria e maioria indigente.

O processo de vulnerabilização e subalternização das comunidades indígenas também lançou-os as mais diversas formas de violência, como: discriminação étnico-cultural, estigma, preconceito e racismo. Como já assinalado, somam-se a essas violências simbólicas as físicas. Sabe-se que a violência apresenta-se como um *continuum* na trajetória humana, social e histórica que possui formas que persistem na temporalidade e alcançam quase todas as sociedades, entretanto em se tratando de comunidades indígenas, o problema perpassa pelo desrespeito aos Direitos Humanos, pelas desigualdades sociais, pela insuficiência das políticas públicas e pelas diferenças regionais – atingindo diretamente a dignidade humana.

3 VIOLÊNCIA(S) EM ESCALA

Dentre as diversas ações de violências vivenciadas pelas comunidades indígenas, o delito de assassinato figura entre um dos mais temidos. Precedida ou não de violência simbólica, o assassinato sempre causa desconforto coletivo. Dados do Conselho Indigenista Missionário (Cimi) mostram que, em pouco mais de uma década 891 indígenas foram assassinados.

Em 2015, 137 indígenas foram assassinados no país. Segundo o Relatório Violência contra os Povos Indígenas no Brasil, o total de assassinatos de nativos pode ser ainda maior, já que a Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) reconhece que os

números repassados ao Cimi⁸ estão desatualizados. Segundo o Cimi, os dados enviados pela Sesai foram obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação e não permitem uma análise mais pontual, pois não contêm informações detalhadas das ocorrências – como faixa etária das vítimas, localidade e pertencimento étnico.⁹

O Conselho Indigenista Missionário (Cimi) registrou em 2015, 52 casos com 54 vítimas de assassinatos nos seguintes estados: Acre (1), Amapá (3), Amazonas (5), Bahia (5), Goiás (1), Maranhão (3), Mato Grosso do Sul (20), Minas Gerais (1), Pará (2), Paraná (5), Pernambuco (1), Rondônia (1), Santa Catarina (1) e Tocantins (5). Das 54 vítimas, oito eram do sexo feminino e tinham idades entre 9 e 82 anos. Uma criança do sexo feminino, de 9 anos, está entre as vítimas. As outras 46 pessoas, do sexo masculino, tinham idade entre 2 e 75 anos. Do total de vítimas, incluindo homens e mulheres, nove eram menores, e tinham idade entre 2 e 17 anos.¹⁰

O Relatório Figueiredo também aponta informações acerca do delito de assassinato e reforça que ações de violência que desencadearam em assassinatos corroboraram com o processo de extermínio silencioso de indígenas em todo o país por várias décadas. Em sua maioria, os casos de assassinatos registrados efetivaram-se com o uso de arma de fogo e também armas brancas, com destaque para as perfurocortantes.

Os relatórios que registram a violência acometida contra indígenas, também mostram índices dos casos de tentativa de assassinatos. Ao todo, em 2015, foram registradas 31 tentativas, sendo: em Alagoas (1), no Amazonas (2), no Maranhão (7), em

⁸ O Conselho Indigenista Missionário é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) e estrutura-se em 11 regionais e um Secretariado Nacional, em Brasília. Cada regional tem uma estrutura básica que dá apoio, orienta e coordena o trabalho das equipes nas áreas indígenas. O Secretariado Nacional cumpre o papel de articular diversas instâncias em nível nacional e disponibiliza aos missionários, índios e suas organizações um grupo de assessores nas áreas de Metodologia e Política, Jurídica, Articulação Latino Americana e Imprensa, além de Assessoria Teológica, esta última, localizada em São Paulo. No Secretariado funcionam também a editoria do Jornal Porantim e o Setor de Documentação.

⁹ Cabe ressaltar que o Brasil não conta com dados precisos sobre a população assassinada proveniente das Terras Indígenas. Esta ausência prejudica a implementação de políticas públicas de combate a violência voltadas para este contingente que reforça a invisibilidade social da população indígenas no âmbito das políticas sociais. A metodologia atual desconsidera variáveis de crescimento demográfico, mobilidade geográfica e dinamismo sócio-econômico.

¹⁰ Os dados aqui apresentados estão registrados no **Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil – Dados de 2015**. Conselho Indigenista Missionário – Cimi, 2016.

Mato Grosso (3), no Mato Grosso do Sul (13), em Minas Gerais (1), no Pará (1), em Santa Catarina (1), no Rio Grande do Sul (1) e no Paraná (2). (CIMI, 2016. p. 92)

A título de exemplo pode-se citar um caso ocorrido no Estado do Mato Grosso envolvendo crianças. Segundo dados do Ministério Público Federal (MPF/MT, 5/12/2015) os elementos de crueldade acompanham um grande número das denúncias realizadas nessa categoria. Dentre os diversos casos é possível encontrar ações contra crianças, adolescentes, idosos e mulheres, em ações premeditadas ou repentinas. Como exemplificação alude-se ação registrada e investigada pelo Ministério Público Federal no Estado do Mato Grosso:

VÍTIMAS: Crianças

POVO: Bororó

TERRA INDÍGENA: Jarudori

MUNICÍPIO: Poxoréu

LOCAL DA OCORRÊNCIA: Porteira da aldeia indígena

DESCRIÇÃO: Uma tentativa de envenenamento ocorrida no local onde as crianças aguardam o ônibus escolar, na área indígena, foi denunciada em uma reunião entre a Funai e o MPF-MT. A Funai averiguou e constatou que os peixes envenenados foram deixados, por uma pessoa não identificada, perto da porteira da aldeia. No levantamento realizado pelo MPF nenhuma criança se alimentou dos peixes, mas cinco cães da aldeia, além de animais silvestres, morreram com suspeita de intoxicação. O MPF acionou a Polícia Federal para a apuração dos fatos.

MEIO EMPREGADO: Ameaça à vida. (MPF/MT, 5/12/2015)

Enquanto homicídio culposo, o Conselho Indigenista Missionário registrou em 2015, 18 casos, com 24 vítimas. Em quase todas as ocorrências, as vítimas foram atropeladas. Em pelo menos sete casos, os motoristas fugiram sem prestar socorro. Foram registradas ocorrências no Maranhão (3), Mato Grosso do Sul (5), Minas Gerais (1), Pará (1), Paraná (2), Rio Grande do Sul (3) e Santa Catarina (3). Em grande parte dos Estados

os atropelamentos são recorrentes e, segundo relatórios do Ministério Público Federal (2016), há inclusive suspeitas manifestadas de que muitos atropelamentos são premeditados, e não fruto de acidentes.

As ameaças de morte, em sua maioria ocorrem em decorrência do processo de arrendamento de terras ou das demarcações.¹¹ Segundo o relatório de Comissão Pastoral da Terra/Brasil (2015), mesmo atingindo, indiscriminadamente, famílias inteiras, os conflitos no campo têm alcançado diretamente os povos indígenas. Em uma retrospectiva, nos últimos dez anos, 2.282 pessoas sofreram ameaças de morte por questões relacionadas ao uso ou demarcações de terra. A inação do Estado brasileiro com relação às mortes e violências contra indígenas, bem como em relação à falta de demarcação de terras indígenas, inserem as comunidades indígenas em sinal de alerta constante.

Comumente, a escassez de alimentos, o desmatamento e o avanço das cidades e do agronegócio sobre as terras indígenas são alguns fatores que motivaram povos tradicionais a migrar para áreas urbanas.¹² Apesar de buscar melhores condições de vida na cidade, a maioria dos indígenas vive em situação de pobreza e vulnerável as ações de violência. O deslocamento aos centros urbanos ocorre geralmente para a comercialização de peças de arte e artesanato. Esse deslocamento temporário favorece a vitimização, já que ocupam espaços públicos para pernoitar. Existem vários episódios de violência nesse cenário de aspereza humana.

Essas mudanças de espaço/desterritorialização trazem consigo uma série de alterações em sua cotidianidade. Nessa teia social complexa, a população indígena, em

¹¹ Sobre a legislação que versa acerca da demarcação de terras recomenda-se o Art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Lei 6001/73 – Estatuto do Índio; Decreto n.º 1775/96 – dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas; Decreto n.º 5051/2004 – promulga a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e tribais; Portaria MJ n.º 14/96 – estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas; Portaria MJ n.º 2498/11 – regulamenta a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas; Instrução Normativa Funai n.º 02/2012 – institui a Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias – CPAB e estabelece o procedimento para indenização das benfeitorias implantadas no interior de terras indígenas e Portaria n.º 682/PRES - Funai, de 24/06/2008 – Estabelece o Manual de Demarcação Física de terras indígenas.

¹² As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas foram reconhecidas pela Constituição Federal de 1988 como sendo de posse permanente desses povos, com direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais nelas existentes. Constitucionalmente, este é um direito inalienável, indisponível e imprescritível.

sua grande maioria, vem se deparando com uma acelerada e complexa transformação social, necessitando buscar novas respostas para a sua sobrevivência física e etnocultural. Nessa perspectiva as comunidades indígenas enfrentam problemas concretos, tais como: exploração sexual, aliciamento e uso de drogas, exploração da mão-de-obra, inclusive infantil e alcoolemia.

O processo de desterritorialização traz consigo também experiências traumáticas aos indígenas quando são expostos as mais diferentes formas de violência. A exemplo pode-se mencionar o crime ocorrido em dezembro de 2015 no Estado de Santa Catarina. O Relatório Violência contra os Povos indígenas no Brasil (2015 p. 23) destaca um crime praticado contra um bebê Kaingang que foi degolado enquanto era amamentado no seio de sua mãe na rodoviária de Imbituba, em Santa Catarina.

Vítor estava sendo amamentado pela mãe, Sônia da Silva, quando um homem se aproximou, acariciou seu rosto e, com um estilete, o degolou. Enquanto a mãe e o pai – Arcelino Pinto – desesperados tentavam socorrer a criança, o assassino seguiu caminhando pela rodoviária até desaparecer. Vítor faleceu em um local que a família Kaingang imaginava ser seguro. As rodoviárias são espaços frequentemente escolhidos pelos Kaingang para descansar, quando estes se deslocam das aldeias para buscar locais de comercialização de seus produtos. A família de Vítor é originária da Aldeia Kondá, localizada no município de Chapecó, Oeste de Santa Catarina. Vítor estava na rodoviária com os pais e outros dois irmãos, um de seis anos e outro de 12. (CIMI, 2016)

Esse crime deflagrou novamente a dicotomia da colonialidade quando diversos meios de comunicação questionaram qual seria o ‘lugar certo dos indígenas habitarem’. Refunda-se a cada ação de violência sobre as comunidades indígenas o espectro da civilidade *versus* barbárie.

Outra forma de violência registrada pelos organismos de proteção as comunidades

nativas relaciona-se as lesões corporais dolosas. Essas geralmente também interligam-se aos processos de demarcações de terras. Figuram como Estados de registro dessa forma de violência com maior incidência o Acre, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul.

De acordo com o Relatório Violência contra os povos indígenas no Brasil, em um dos casos registrados no Estado do Mato Grosso do Sul, um grupo de indígenas foi atacado por pistoleiros fortemente armados por terem ocupado uma pequena porção de mata no território que reivindicam como tradicional, onde pretendiam acessar bens naturais necessários como água, comida e remédios ancestrais. Após o ataque inicial com disparos, os indígenas, sobretudo os anciãos, sofreram tortura e espancamentos, apanhando indiscriminadamente com coronhadas e agredidos com socos e pontapés. Após as ações de violência em grande parte do grupo, os indígenas relataram que alguns idosos tiveram seus tornozelos quebrados antes do grupo ser expulsos do local e serem obrigados a caminhar um longo trajeto. Ao final o acampamento foi incendiado. (CIMI, 2015. p. 109),

Dentre as outras tantas ameaças sofridas pelos indígenas é comum também ações de retenção de documentos, trancamento de vias de comunicação, cancelamento do transporte escolar de forma extemporânea, segregação étnica, discursos de ódio nos meios de comunicação local, regional e nacional¹³, uso de policiais militares em abordagens a lideranças, retenção de cartões de seguridade social e previdenciária,¹⁴ dentre outras.

¹³ Os autores constataram discursos de ódio em diversos espaços, porém, destaca-se uma conta na rede social que possui como nome UFSC, embora não seja a página oficial da universidade, diversos comentários preconceituosos e racistas sobre a presença de estudantes indígenas na Universidade Federal de Santa Catarina, que frequentam o curso de Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica. Outro caso de discriminação contra o indígena a ser citado é o administrador da página Portal Apuí no Facebook, Ivanir Valentim da Silva que possuía mais de 30 postagens contendo conteúdos injuriosos e racistas contra indígenas da etnia Tenharim, no Amazonas. O conteúdo foi veiculado pelo portal entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2014. Acesso em <http://radioagencianacional.etc.com.br/geral/audio/2017-07/jornalista-e-condenado-pagar-indenizacao-por-discurso-de-odio-contra-indigenas>

¹⁴ Foi possível identificar através de consulta empírica em alguns meios de comunicação de massa que a Polícia Federal deflagrou operações em diversos Estados para coibir uma máfia de comerciantes que retinham cartões do programa Bolsa Família de indígenas no decorrer dos anos de 2014, 2015 e 2016.

Tornou-se comum também em alguns Estados a prisão de indígenas como resultado de denúncias efetuadas por populares. Geralmente essas denúncias se justificam pelo mal-estar que os indígenas causam ao ocuparem espaços públicos para se alimentarem ou pernoitarem – alterando assim a arquitetura do entorno. É pertinente registrar, que a intolerância ao outro se faz ainda mais evidente em formas urbanas que são explicitamente construídas para impedir a presença dos indesejáveis e, esse tipo de arquitetura voltada à expulsão dos indesejáveis está presente em grande parte das cidades brasileira.

3.1 Prisão de Indígena: reflexões pontuais

É possível sinalizar que os indígenas também estão presentes na população carcerária do país (ONU, 2014). Segundo dados do DEPEN/InfoPen, havia, em dezembro de 2010, um total de 748 (setecentos e quarenta e oito) indígenas internos no sistema penitenciário, sendo 56 (cinquenta e seis) mulheres e 692 (seiscentos e noventa e dois) homens. Sabe-se, no entanto, que estes dados são de aproximação, pois o perfil racial da população carcerária é realizado pelos gestores das unidades por meio do preenchimento de um questionário padrão a qual não se ouve o apenado. Essa diferença na coleta dos dados, a exemplo da metodologia seguida pelo PNUD também minimiza importantes variáveis socioeconômicas dos apenados indígenas.¹⁵

Nesse sentido, a FUNAI, por meio de sua Ouvidoria, e o Movimento Nacional de Direitos Humanos tem acompanhado e colaborado para a melhoria junto a elaboração de boletins, dados numéricos e nos registros do InfoPen (Sistema de Informações Penitenciárias), onde pretende-se incorporar campos para registro de dados como: pertencimento etnocultural (Povo indígena), Terra Indígena (Localidade, Município e Estado), matriz linguística (língua falada e de leitura/escrita), dentre outros elementos

¹⁵ Provavelmente esse é um dos principais responsáveis pelos desvios numéricos e a consequente invisibilidade legal dos índios na esfera estatística prisional do país.

ndispensáveis para um efetivo diagnóstico e acompanhamento da população indígena em situação de encarceramento no país.

Sabe-se que o art. 231 da Constituição Federal assegura aos nativos o reconhecimento de sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Por sua vez, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) assevera que as penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximo da habitação do condenado (art. 56, parágrafo único). Mesmo, assim o número de prisões tem crescido e nesse modo, entende-se que a prisão cautelar também deve se adequar a esse regramento, sob pena de a medida cautelar aplicada durante o curso do processo se revelar mais gravosa que aquela que, possivelmente, será aplicada com o trânsito em julgado de sentença condenatória, violando o princípio da homogeneidade.

Pensar e discutir a condição dos indígenas encarcerados é uma questão recente e está sendo, vagarosamente incorporada na pauta dos movimentos indígenas e das instituições indigenistas. Em uma primeira análise, sugestiona-se o direito à diferença como a principal reivindicação, em face essencialmente a dignidade humana e aos ideários pluriculturais.

Segundo Sommer e Menezes, seriam necessários alguns pontos específicos para garantir a dignidade humana aos nativos encarcerados, dentre eles:

- 1) Apoiados na Declaração das Nações Unidas para os Povos Indígenas, reivindica-se o serviço de interprete para os réus e presos indígenas que não tenham pleno domínio da língua portuguesa.
- 2) Considerando a vulnerabilidade de segmentos da população indígena a doenças contagiosas e epidemias, reivindica-se que os indígenas encarcerados recebam assistência médica da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI).
- 3) Também os hábitos alimentares específicos devem ser respeitados, através da permissão de entrada de comidas tradicionais nos presídios e do direito de acesso a esses alimentos pelos presos indígenas.

4) Reivindica-se, dentro das instituições prisionais, a possibilidade de expressão religiosa segundo matrizes indígenas.

5) Reivindica-se a possibilidade de adaptação do calendário e das datas comemorativas nacionais ao calendário comemorativo e cerimonial dos diferentes povos indígenas, de maneira que o preso indígena possa optar por receber benefícios de saídas temporárias ou “saidões” em datas que sejam mais condizentes com sua realidade comunitária. (SOMMER, 2016. p. 2)

CONCLUSÃO

Tendo em vista a conjuntura colonialista instaurada no Brasil, aliada à trajetória da expropriação das terras ancestrais, à constante supressão do caráter da territorialidade/espacialidade como componente indissociável da diversidade étnica na ordem jurídica, assim como diante da dinâmica desenvolvimentista agressiva, os povos indígenas vivenciaram inúmeras formas de violência no decorrer dos últimos séculos.

A atual situação da territorialidade indígena no Brasil, em particular na região sul e sudoeste, é de permanente crise. Crise essa que se manifesta nas mais variadas formas de violência como: discriminação étnico cultural, estigma, preconceito e racismo. Somam-se a essas violências simbólicas as físicas como: assassinato, tentativa de assassinato, homicídio culposo, ameaça de morte e ameaças várias, lesões corporais dolosas, abuso de poder e violência sexual.

Segundo dados do Conselho Indigenista Missionário e da Fundação Nacional do Índio, os Estados que lideram o ranking da violência contra os indígenas são: Mato Grosso do Sul, Bahia e Roraima. O Mato Grosso do Sul destaca-se com os crimes de ameaça de morte, tentativa de assassinato, assassinatos, lesões corporais e abuso de poder. Os Estados da Bahia e Roraima também figuram dentre as principais formas de violência os assassinatos, tentativas de assassinato, ameaça de morte e homicídio culposo.

A discriminação étnico-cultural e o racismo praticamente acompanham a história de todos os Estados que possuem comunidades indígenas - rurais ou urbanas. Diversas

foram às ações e políticas públicas adotadas frente ao combate à violência contra os povos indígenas nas duas últimas décadas. Entretanto, sabe-se que as visões e práticas de minimização sociopolítica dos povos nativos compreendem uma herança moderno/colonial – com destaque ao processo de ‘racialização’ – por meio da qual as novas relações de poder consolidam a exclusão daqueles que são classificados como inferiores dentro da lógica racionalista burguesa.

REFERÊNCIAS

- BAINES, S. G. Esperando para ser julgado: Indígenas no sistema penitenciário de Boa Vista em Roraima. In: **Faces da Indianidade**. SMILJANIC, Maria Inês; PIMENTA, José & BAINES, Stephen Grant (Orgs.). Curitiba: Nexo Design, 2009.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1992.
- BRIGHENTI, Clovis Antonio. L Colonialidade do poder e a violência contra os povos indígenas. In: **Revista PerCursos**. Florianópolis, v. 16, n.32, p. 103 – 120, set./dez. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DUSSEL, Enrique. 1492: o Encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. In: **Conferências de Frankfurt**/Enrique Dussel; tradução Jaime A. Clasen – Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.
- _____. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (org). **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais –perspectivas latino-americanas**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires/Argentina: CLACSO, 2005.
- LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntricos. In: Edgardo Lander (comp.) **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas**. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005.
- MONTERO, Maritza. Paradigmas, conceptos y relaciones para una nueva era. Cómo pensar las Ciencias Sociales desde América Latina. In: **Seminário Las ciencias económicas y sociales: reflexiones de fin de siglo**. Dirección de Estudios de

Postgrado/Facultad de Ciencias Económicas y Sociales/Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In.: SANTOS, B. de S., **Epistemologias do Sul**, 2009.

_____. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciênciassociais**. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2005.

RAFFESTIN, Claude. **Pour une géographie du pouvoir**. Paris: Librairies Techniques, 1980.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a civilização**. Círculo do Livro/ Editora Vozes, 1968.

_____. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 99

SANTILLI, Juliana (coord.). **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

_____. SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado**. Tabula Rasa. Bogotá - Colombia, n. 9: 131-152, julio/diciembre, 2008. Tradução livre de João B. A. Figueiredo, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

ZEA, Leopoldo. Cultura, cultura latino-americana e cultura nacional. In: DUSSEL, Enrique D. **Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação**. São Paulo: Paulinas, 1997.

FONTES ELETRONICAS

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da descolonialidade. In: **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, nº 1, p. 201-230, 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br>. Acesso em: 27 de julho de 2017.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; CASTILHO, Natalia Martinuzzi. A importância do pós-colonialismo e dos estudos descoloniais na análise do novo constitucionalismo latino-americano. In: **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Orgs. Eduardo Manuel Val, Enzo Bello. Caxias do Sul, RS: Educus, 2014. Disponível em: <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em: 12 de junho de 2017.

BRASIL. **Relatório Figueiredo**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2017.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório – Violência contra os povos indígenas no Brasil. Dados de 2015**. Disponível em: <http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

CPT. Comissão Pastoral da Terra (CPPT/Brasil). Centro de Documentação – Dados e Notas. Disponível em: <https://cptnacional.org.br>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

MAB. Movimento de Atingidos pelas Barragem. **Relatório da Comissão Especial das Barragens. In: Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH)**. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br>. Acesso em 25 de março de 2017.

MP. Ministério Público do Estado do Paraná (MP/PR). **Processo 124622 / PE – Pedido de Extensão no habeas corpus 2008/0283344-0**. Disponível em: <http://www.indigena.mppr.mp.br/modules>. Acesso em 12 de junho de 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro**. Faculdade de Economia de Coimbra, Coimbra / Portugal, Conferência de abertura do VIII Congresso de Ciências Sociais, realizado em Coimbra, de 16 a 18 de

setembro de 2004. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_poscolonial. Acesso em: 21 de julho de 2017.

SOMMER, Patrícia; MENEZES, Gustavo de Souza. **Justiça e Segurança Pública: grupos vulneráveis**. Disponível em: <http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/grupos-vulneraveis-1/indigenas.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

WIERVORKA, Michel. O novo paradigma da violência. In: **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-45, maio 1997. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/wieviorka-onovoparadigmadaviolencia.pdf>. Acesso: em 20 de junho de 2017.

A (DES)ORDEM DO DISCURSO NA FORMULAÇÃO DO PARADOXAL PROGRAMA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA DITO COM CIDADANIA

Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Advogado criminal, Pós-doutorando em Ciências Criminais pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS), Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Mestre em Políticas Públicas (UFMA), Especialista em Direito Público (UCAM-RJ), Bacharel em Direito pela UFMA. Egresso do Programa de Educação Tutorial em Direito (UFMA). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Ceuma e Supervisor de Estágio em Penal e Constitucional. Coordenador do Núcleo de Estudos em Estado, Segurança Pública e Sociedade (NEESS) e Professor da Pós-Graduação em Ciências Criminais da Universidade Ceuma. Professor Titular de Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) e coordenador do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade (UEMA). Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e a Associação Nacional de Pesquisa em Direitos Humanos (ANDHEP).

Autor de diversas obras publicadas. Cristão católico.

Endereço na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5469677786284210>.

Email: t_allisson@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A *(des)ordem* do discurso em matéria de segurança pública: uma análise do *dito* Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). Por meio desse, analisar-se-ão os interesses e racionalidades, explícitos e implícitos, na atuação dos distintos sujeitos no processo de formulação do Pronasci, desvendando *interditos* e continuidades, implicando uma desordem discursiva na pretensão de afigurar-se como um *Modelo de Segurança Cidadã* para o Brasil.

O presente artigo é fruto de pesquisa em sede de doutoramento que elegeu como unidade de análise relacional, o Estado Democrático de Direito, *locus* apropriado ao conflito das diversas ideologias (REALE, 2010), notadamente no pós-1988.

Como problema central: Quais os elementos que demarcam a natureza paradoxal do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania e que medida reproduzem lógicas e ideologias conflitantes no Estado Brasileiro?

O percurso metodológico foi amparado pela *sociologia reflexiva* a partir de Pierre Bourdieu (2011) e Michel Foucault (2013), compreendendo as inúmeras relações no contexto da modernização reflexiva, da sociedade punitiva do risco e dos *microfocos* de poder (FOUCAULT, 2015; 2014) na contemporaneidade fluida brasileira. Pressupõe a avaliação de políticas sociais como uma modalidade de pesquisa social aplicada (SILVA, 2013) bem como delimitou-se a avaliação realizada na fase de formulação do Programa em comento.

Usou-se das técnicas de pesquisa bibliográfica a fim de levantamento acerca das categorias Conflito, *Violências*, *Segurança Pública*, *Seletividade* e *Cidadania* bem como de técnicas apuradas para pesquisa de documentos oficiais referentes ao Programa, a exemplo dos materiais originários usados quando da apresentação do Programa¹ e de obra peculiar que sistematizara diversos relatos orais de sujeitos atuantes no processo de elaboração do Programa a pedido do próprio Ministério da Justiça, levado a cabo pela Fundação Getúlio Vargas.

¹ O documento disponibilizado em arquivo formato *Portable Document Format* (PDF) é o produto das reuniões originárias para a elaboração do Pronasci no início de 2007. É rico em imagens e detalhes, sendo apropriado para análise de discurso realizada. Em virtude de sua própria natureza não possuía numeração; todavia, para facilitar as citações desse material no presente trabalho, os slides foram numerados considerando o primeiro *slide*, que contém o título do Programa, como a primeira página do material. No presente texto, usaremos alguns dos discursos em forma de imagens presentes na totalidade do material, que pode ser encontrado na íntegra em Disponível em: <<http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONASCI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea4bac63893>>.

Os dados foram tratados e usou-se da análise de discurso nos moldes *foucaultianos* (FOUCAULT, 2012)². Na primeira seção, em perspectiva relacional e reflexiva, abordam-se as relações entre a conflituosidade e o fenômeno das violências e da criminalidade e a justificativa da necessária intervenção na problemática por meio das políticas públicas de segurança, especificamente as com pretensões preventivistas e de repressão como o Programa em debate, a partir da base material brasileira da época por meio de dados que refletem a realidade de outrora, na ambiência do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Na sequência, em *suspense*, foram investigados os interesses e racionalidades conflitantes na formulação de políticas públicas de segurança no Brasil e o desenho do *Modelo de Segurança Cidadã* para o país, considerando a multidimensionalidade das violências e suas repercussões e entraves na contemporaneidade.

Na terceira seção, analisou-se a desordem do discurso de cidadania presente no PRONASCI, a partir de alguns elementos, feito recortes, referentes à engenharia, o referencial ético e político e as diretrizes do Programa, inferindo-se acerca dos diversos movimentos estigmatizantes, conservadores e de notas ditatoriais que, conseqüentemente, fomentam a exclusão velada de tantas questões, inclusive de corte racial e de gênero, consagrando a incidência da seletividade, estigmatização e a da violência simbólica do sistema de justiça criminal e da *mão forte* do Estado, a partir da análise do discurso dos materiais originários da formulação e do trato de relatos orais sistematizados.

Ao final, considerações representativas sobre o proposto e as constatações acerca de um *descompassado, excludente e paradoxal* processo de formulação do *dito* Programa de Segurança *com* Cidadania, demarcado por continuidades de um histórico

² Dialogando com Foucault (2013), urge questionar as aparências, os discursos oficiais e os documentos postos. Decerto, o desafio foi ir além da verdade posta quando “[...] só aparece aos nossos olhos uma verdade que seria riqueza, fecundidade, força doce e insidiosamente universal. E, ignoramos, em contrapartida, a vontade de verdade, como prodigiosa maquinaria destinada a excluir todos aqueles que, ponto por ponto, em nossa história procuraram contornar essa vontade de verdade e recolocá-la em questão contra a verdade” (FOUCAULT, 2013, p. 20).

tratamento repressivo, estigmatizante e centralizador, situado na ambiência de conflito de ideologias.

2 CONFLITUOSIDADE, O ISSUE DAS VIOLÊNCIAS E O PRONASCI COMO UMA PROPOSTA DE ENFRENTAMENTO NA AMBIÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Perscrutando a conflituosidade, para Coser (1956) e Simmel (1958), o conflito é positivo e funcional porque assegura a conservação e a integração da ordem social.³ Não são funcionais, todavia, os conflitos que colocam em questão os valores fundamentais de uma comunidade política⁴ sobre os quais se apoia a legitimidade do sistema (BARATTA, 2002, p. 124).

A *disfuncionalidade* traduz, assim, as consequências das violências, oriundas dos conflitos mal gerenciados, em termos de *frustração*, *carências* e *defasagens* (GURR, 1970). Com efeito, constituem a frustração e a ingovernabilidade sintomas das crises geradas na arena de conflituosidade intensa, decorrendo, segundo Offe (1984, p. 239),

³ Entende-se, amparado no marco teórico relacional e reflexivo da literatura bourdiana, apropriado a metodologia da investigação aqui realizada, que a própria noção de sociedade adotada para *procedimentalização* constitucional da Ordem Social demonstra uma fluidez semântica pautando-se na ideia de que “a sociedade torna-se o único princípio possível de totalização da medida do direito com base em uma lógica de acordos e acomodações sociais e políticas. Caracteriza-se por uma socialização dos riscos sociais, por meio de mecanismos de seguros, resseguros, previdência social, responsabilidade objetiva por acidentes de trabalho, etc. Socializações possíveis por meio dos princípios da solidariedade, equilíbrio e razoabilidade que passam a organizar a lógica do pensamento jurídico moderno. Um direito de interesses de grupos, das desigualdades, privilégios de grupos, tendo em vista o restabelecimento do equilíbrio material entre as partes na busca de uma justiça distributiva, em oposição ao princípio da justiça corretiva, predominante na lógica jurídica liberal” (LUHMANN, 1980, p. 47).

⁴ Para Weber (2011, p. 313-314), “o termo comunidade política deve ser aplicado a uma comunidade cuja ação social tem como objetivo a subordinação à dominação ordenada pelos participantes de um território e a conduta das pessoas dentro dele. A dominação tem que ser exercida por meio da disposição de recorrer à força física, ou seja, às forças armadas. A qualquer momento, o território deve, de alguma forma, ser determinável, mas não necessita ser constante ou limitado de modo definitivo. Os habitantes são as pessoas que se encontram no território, seja de forma permanente ou não. Além disso, o objetivo dos participantes pode ser o de adquirir mais territórios para si mesmos.”

“da diferença entre o volume de exigências e a capacidade de direcionamentos dados pelo Estado.”

A ordem social seria, nessa linha, um resultado da tensa coerção que os padrões comunitários exercem sobre os indivíduos. Consoante Bergalli e Ramirez (2015a, p. 209, grifo nosso),

a sociedade não está baseada em um consenso, senão em um *conflito* originado pelos interesses dos diferentes grupos que lutam para impor suas pretensões. A ordem social é, então, resultado mais da coerção que do consentimento e assim a história das sociedades se converteu em uma coleção de triunfos e derrotas de facções particulares.

Considerando a escolha pelo referencial teórico-metodológico da sociologia reflexiva e a utilização de categorias dialógicas para a investigação científica do objeto de estudo desse artigo, pressupõe-se a construção histórica da ambiência do conflito em uma perspectiva plural, relacional, marcada por desigualdades de múltiplas manifestações. Corroborando, Baratta (2002, p. 125) entendeu o conflito como “uma luta que incide sobre os valores e pretensões a *status* sociais escassos, sobre poder e sobre recursos, uma luta na qual os objetivos das partes em conflito são os de neutralizar-se, ferir-se ou eliminar-se reciprocamente”.

Nessa esteira, sendo o Estado Democrático de Direito Brasileiro, inaugurado a partir da Constituição de 1988, como um *locus* apropriado para a manifestação das diversas ideologias, conflitantes e coexistentes nesse espaço relacional; tem-se como

ponto de partida, para a elaboração de uma política pública, a base material do *issue*⁵ gerador da necessária intervenção estatal aqui colocada em *suspense*.

Nesse contexto, uma política pública, decerto, afigura-se como “uma resposta decorrente de pressões sociais a partir de ações de diferentes sujeitos que sustentam interesses diversificados. Portanto, serve a interesses também contraditórios” (SILVA, 2008, p. 90). Assim, no Brasil pós-1988, de redemocratização tardia e *aparente*⁶, a questão da *(in)segurança*⁷, inevitavelmente, tornou-se pauta recorrente na agenda pública e política da nação ante os *incrementos* das violências e criminalidade no mundo real e a partir das *percepções sociais* sobre proteção, nitidamente manipuladas pela cultura do medo, do controle e da punição. Fortaleceu-se, assim, a necessidade de intervenção do Estado na situada problemática, além da expectativa de enfrentamento à histórica situação de *desgoverno* da segurança.

A primeira década do século vigente foi marcada por índices crescentes e alarmantes de violências, notadamente a homicida, com emprego de arma de fogo e contra

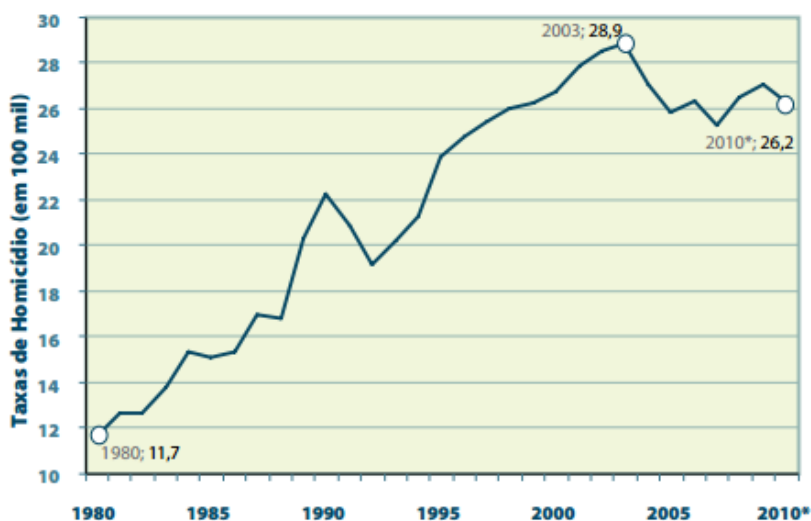
⁵ Na literatura especializada nos estudos referentes às políticas públicas, *issue* remete ao problema, fato gerador e realidade social que atrai a intervenção estatal como necessária. No caso, o *issue* é a histórica problemática das violências, da criminalidade e baixa efetividade das políticas públicas de segurança no Brasil.

⁶ Assim entendido considerando as continuidades dos períodos anteriores marcados por características ditatoriais, ambiência militarizada e por processos de exclusão. A denominada transição brasileira – da ditadura para a democracia – foi marcada por barganhas e concessões, (des)continuidades disfarçadas e outras escancaradas. O paradoxo entre democracia, resquícius e ranços autoritários no Brasil foi refletido por Pinheiro (1997, p. 5, grifo nosso) quando concluiu que “Esses acontecimentos contrastantes mostram que o governo não teve sucesso em transformar muitas das práticas arbitrárias de suas instituições ou em impor as restrições esperadas ao monopólio estatal da violência legal. O Brasil, assim, ilustra o problema que as novas democracias enfrentam ao aumentar o fosso entre o aperfeiçoamento político do Estado e sua persistente violação dos direitos econômicos, sociais e civis. **Essas práticas conflitantes mostram o desafio que os países em desenvolvimento enfrentam ao estabelecer conexões entre as esferas heterogêneas de poder – valores democráticos continuam a coexistir com valores autoritários**”.

⁷ A palavra segurança vem do latim *securus*, significando ocupar de si mesmo, estado de não preocupação. Polissêmica, a segurança no âmbito jurídico, classicamente, remete-se ao conjunto de medidas destinadas à garantia e proteção da integridade das pessoas, comunidades, bens e instituições. Por seu turno, segundo Kasznar (2010, p. 141), “a insegurança abrange uma definição ampla, de incerteza geral em relação aos elementos que a compõem e é alimentada por inúmeros fatores, tais como a inadequação e não cumprimento das leis; a lentidão do Judiciário e os artifícios que podem ser usados para não julgar criminosos; a corrupção e a incompetência em saber lidar com recursos públicos; o crescimento do submundo que vê como viável nele viver e evoluir”.

jovens, em áreas consideradas de vulnerabilidade social. Concretamente, o *issue* da insegurança, das violências e da criminalidade clamava por uma intervenção. Segundo o *Mapa da Violência*, as taxas de homicídios a cada 100 mil habitantes, no Brasil dos anos 2000 oscilavam de 26,7 a 28,9 – quase o triplo do início da década de 80 – como média nacional e já na metade da década referida (2005) apontavam os grandes centros urbanos como local de intensa vitimização homicida, a exemplo de Vitória (ES), Recife (PE) e Belo Horizonte (MG), respectivamente, com taxas de 78,3, 70 e 56,7 homicídios na amostra aqui referenciada. Destaca-se, ainda, que as taxas de homicídios que foram consumados com emprego de arma de fogo, entre os anos de 2000 a 2010, oscilaram entre 68% (no ano de 2000) e 71,6% (no ano de 2007) da totalidade desses crimes contra a vida perpetrados, conforme demonstrados no gráfico 1 (WASELFI SZ, 2016).

Gráfico 1 – Evolução das taxas de homicídio: Brasil, 1980/2010



Fonte: Waiselfisz (2012)

Destarte, dos dados analisados, também eram altíssimas as taxas que se referiam à faixa etária entre 15 e 29 anos, homens, negros como população vitimizada e esses concentravam-se em 10% dos municípios analisados que, por sua vez, abarcavam mais da metade da população (WAISELFISZ, 2016), consagrando a base material para a focalização etária, gênero, racial e eleição de locais tidos como vulneráveis e mais violentos para o Programa. Frisa-se, por seu turno, que os índices não remetiam à realidade criminal que, alcançada pela *subnotificação*, não retrata o *real* Brasil de históricas desigualdades, violências e conflituosidade, tantas invisíveis e veladas, sérias expressões de uma complexa *questão social*.

Parametrizadas por teorias e ideologias conflitantes bem como marcadas por um passado de desgoverno ante às expectativas de mudanças e transformações em ambiências ditas democráticas, as políticas de segurança pública no Brasil caracterizaram-se historicamente por uma atuação predominantemente repressiva⁸, regulamentada por marcos normativos que revestiram de legalidade, inclusive, as diversas práticas violentas e autoritárias em confronto direto a valores humanitários, criando um ambiente de oscilações, impasses e paradoxos em um país marcado por profundas desigualdades sociais, por violações às diferentes manifestações da vida e exclusão, por completo, de diversas vozes e formas de participação.

Na vigência do Plano Nacional de Segurança Pública, concebido no Brasil na metade da primeira década dos anos 2000, ante a necessidade de um *novo modelo* de enfrentamento para o problema da insegurança e considerando as diversas ações já realizadas pelo Estado Brasileiro para tratar a criminalidade crescente e organizada – sem êxito e que apenas reforçaram a ambiência de *desconfiança* –, que o Governo Federal,

⁸ O enfrentamento à criminalidade foi marcado nitidamente pela lógica de repressão, da contenção criminal seletiva e das práticas etiológicas arbitrarias em prol de um dito bem comum e ambiente de insegurança. Já no início do século XX, a célebre frase da “polícia sem política” proferida por Jorge Tibiriçá, presidente do Jornal *O Estado* em 1906 traduzia essa concepção. Entendendo que essa questão se encontra na formação da sociedade brasileira, ressalta-se, com Sousa Neto (2010), uma pesquisa que afirmou que já em 1850, 36,8% das pessoas detidas eram escravos, ex-escravos ou negros livres e que em 1875, apenas 37,9% das pessoas detidas pela polícia eram encaminhadas para a Casa de Correção. Desse número, 60,6% eram compostos por escravos. Segundo o autor, ratifica-se que naquele momento histórico os escravos e desordeiros (leia-se desempregados) foram colocados no centro da repressão policial.

sob a presidência de Luís Inácio Lula da Silva, lançou em agosto de 2007 o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), com a regência de Tarso Genro, então Ministro da Justiça. Regrado via Medida Provisória nº 384/2007, depois convertida na Lei 11.530 de 24 de outubro de 2007, posteriormente alterada pela Lei 11.707, de 19 de junho de 2008, o Pronasci foi, para o Brasil, uma tentativa de projeção interna de um *modelo de segurança cidadã* já gestado em âmbito internacional e que, conforme as diretrizes do Pnud/ONU, superaria a transitoriedade dos governos, além de pretender articular com as demais políticas públicas desenvolvidas pelos diversos setores governamentais, o enfrentamento das situações de violências e da criminalidade.

O Pronasci, para tanto, foi formulado para intervenção por duas grandes vertentes: a) a partir das denominadas *Ações Estruturais* cujo objetivo era a modernização do sistema prisional e das instituições de segurança pública; a valorização do profissional da segurança pública, dos agentes penitenciários; e o enfrentamento à corrupção nas instituições; b) também por meio da implementação de *Programas Locais*, cujo fito era o desenvolvimento de ações específicas para promoção da integração do jovem e da família; para a difusão da *cultura de paz* nas práticas rotineiras; ainda, para o envolvimento e engajamento das comunidades com o fortalecimento de ações sociais que promovessem especificamente o resgate, assim como a afirmação da cidadania em locais previamente *eleitos*.

Referido programa foi apresentado como plataforma política comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de *justiça social* ao povo brasileiro, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil, ainda hoje, se encontra. Todavia, foi, sobretudo, para as limitações do processo de formulação o olhar da presente investigação: analisaram-se os discursos, declarados e velados, que influenciaram a *partidária e descompassada* elaboração do Programa em comento que ratificou a *mão forte* do Estado como excludente e estigmatizante.

3 INTERESSES E RACIONALIDADES CONFLITANTES NO PROCESSO DE ELABORAÇÃO DE UM MODELO DE SEGURANÇA CIDADÃ PARA O BRASIL ANTE À MULTIDIMENSIONALIDADE DAS VIOLÊNCIAS

Direcionando-se à segurança pública, o *Caderno de Gestão de Políticas Públicas Cidadãs*, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento da América Latina e Caribe (PNUD/ONU), parametrizou uma política pública de segurança como

um conjunto de intervenções públicas levadas a cabo por diferentes atores estatais e sociais (públicos e privados) com o fim específico de abordar e resolver aqueles riscos e conflitos (concretos ou previsíveis) de caráter violento e/ou delitivo que provoquem lesões aos direitos e liberdades das pessoas em um determinado âmbito espacial e temporal. Trata-se, pois, de uma política de controle de violência e do delito, mediante prevenção, repressão e investigação administrativa dos mesmos e/ou persecução penal dos responsáveis pelos delitos (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 2).

Com efeito, o trato complexo dado à questão das violências e da criminalidade decorre da *multidimensionalidade* do fenômeno a ser enfrentado. Realça-se o necessário entrelaçamento, ainda que em *estado de tensão*, do Estado Social e do Estado Penal para a discussão e trato da problemática.

Decerto, sobre a complexidade da violência na pós-modernidade, diversas categorias textuais poderão ser apreendidas, corroborando essa como objeto a ser analisado “como um vasto conjunto de experiências que, cada uma à sua maneira, traduzem o risco de implosão pós-moderna, e mesmo seu esboço” (WIEVIORKA, 1997, p. 37). A realidade concreta de violências manifesta

[...] então a perda, o déficit, a ausência de conflito, a impossibilidade para o ator de estruturar sua prática em uma relação de troca mais ou

menos conflitiva, ela expressa a defasagem ou o fosso entre demandas subjetivas de pessoas ou grupos, e a oferta política, econômica, institucional ou simbólica. **Ela traz então a marca de uma subjetividade negada, arrebatada, esmagada, infeliz, frustrada, o que é expresso pelo ator que não pode existir enquanto tal, ela é a voz do sujeito não reconhecido, rejeitado e prisioneiro da massa desenhada pela exclusão social e pela discriminação racial.** Desse ponto de vista, a violência é suscetível de emergir na interação ou no choque das subjetividades negadas ou destruídas, como se observa em alguns motins, onde o sentimento por parte dos amotinados de não serem reconhecidos remete os policiais à convicção simétrica de serem desvalorizados ou insultados por aqueles que eles devem reprimir. Por outro lado, a violência, em lugar de expressar em vão aquilo que a pessoa ou o grupo aspiram afirmar, torna-se pura e simples negação da alteridade, ao mesmo tempo que da subjetividade daquele que a exerce. **Ela é expressão desumanizada do ódio, destruição do Outro, tende à barbárie dos purificadores étnicos ou dos erradicados.** (WIEVIORKA, 1997, p. 37, grifo nosso).

Nesse ambiente de múltiplas relações e determinações, marcado pela tensão entre o mundo da razão e da cultura; entre o mundo objetivo e o mundo da subjetividade e entre os processos de racionalização e subjetivação, nos moldes de Touraine (1992), demarca-se o *campo social*⁹ propício para a análise da violência. Entende-se, por seu turno, que essa análise

[...] deve ser apreendida através de uma de suas novidades radicais: o fato de ser, ao mesmo tempo globalizada, posto que relativa a fenômenos planetários, e localizada; geral, e para utilizar o termo de Hans Magnus Enzensberger (1995), molecular: ela própria mundializada, e fragmentada ou eclodida. Ela não é forçosamente diferente segundo se considere o centro ou a periferia, noções que ela veio contribuir para enfraquecer [...] Esse caráter singular da violência contemporânea nos obriga a refletir ainda mais, indo de um extremo sociohistórico, a outro, centrado na pessoa. **A violência nos interroga, não porque, mais do que em outros momentos, caminharíamos**

⁹ A categoria metodológica do *campo* demarcou as “relações de forças entre as posições sociais que garantem aos seus ocupantes um quantum suficiente de força social - ou de capital - de modo a que estes tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder, entre as quais possuem uma dimensão capital as que têm por finalidade a definição da forma legítima do poder” (BOURDIEU, 2011, p. 28-29)

para o caos generalizado, ou porque, mais do que em outros momentos estaríamos mergulhados na incerteza crescente do pós-Guerra Fria, mas porque devemos aprender a concebê-la de outra forma, com a mais viva consciência de uma nova situação histórica e política. (TOURAINÉ, 1992, p. 28, grifo nosso).

Como sabido, a violência é um fenômeno multifacetado, gerando, pois, consequências para os variados sujeitos e instituições na contemporaneidade, no plano interno e no cenário internacional; é um sério entrave para os governos democráticos (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006); é um problema para a saúde pública (PERES, 2008) que repercute em altos custos no sistema sanitário; é indicativo de fragilização do processo civilizatório e dos arranjos democráticos (ELIAS, 2005; O'DONNELL, 1999); é causa para afastamento de investimentos (AZEVEDO, 2007).

Reflexivamente, afirma-se que a fórmula geral que está por trás da violência estrutural é a desigualdade (CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ, 2002). Essa desigualdade, todavia, não é necessariamente anormal. Conforme Baratta (2002, p. 63), “dentro de certos limites quantitativos, em que não atinge o nível crítico da anomia, [é] um elemento funcional ineliminável da estrutura social”. Frisa-se, com o mesmo autor, “a desproporção que pode existir entre os fins culturalmente reconhecidos como válidos e os meios legítimos, à disposição do indivíduo para alcançá-los, está na origem dos comportamentos desviantes”.

Assim, a violência estrutural,¹⁰ indica que a violência não pode ser entendida apenas em sede de comportamento agressivo; mas como fenômeno que

¹⁰ Utilizando uma categoria em Bourdieu, Cruz Neto e Moreira (1999, p. 279) afirmam que “o *locus* da violência estrutural é exatamente uma sociedade de democracia aparente (no caso, a democracia liberal), que apesar de conjugar participação e institucionalização e advogar a liberdade e igualdade dos cidadãos, não garante a todos o pleno acesso a seus direitos, pois o Estado volta suas atenções para atender aos interesses de uma determinada e privilegiada classe”.

decorre das *relações desiguais em sociedade*, locus situado sobretudo em democracias aparentes, formais, declaradora de direitos pífiamente efetivados. Para o Centro Internacional de Investigação e Informação para a Paz (2002, p. 104, grifo nosso),

Na medida em que uma sociedade possui elevados índices de distribuição negativa da riqueza e que limita a participação dos indivíduos nas decisões – principalmente mas não exclusivamente – no plano econômico, a violência estrutural é ainda maior. Iniquidade, marginalidade e exclusão são termos por meio dos quais a literatura especializada tem se referido ao fenômeno. Desde esse ponto de vista, a não realização dessas dimensões supõe que os indivíduos se encontram impossibilitados de obter níveis minimamente satisfatórios de qualidade de vida, daí ela fazer parte da problemática que envolve a paz e a violência [...] quando se observa a violência estrutural e se selecionam os indicadores, levam-se em consideração dimensões relativas ao acesso à educação, saúde, oportunidades de mobilidade social, outros fatores decorrentes da distribuição dos benefícios do desenvolvimento econômico relacionados à qualidade de vida e dimensões relativas à posse de ativos ou capital mobilizável pelos núcleos familiares ou pelos indivíduos [...]. Além desse aspecto é necessário enfatizar que ao mesmo tempo que a desigualdade econômica se constitui num determinado tipo de violência, ela também se relaciona com outros tipos. **Nesse sentido, pode-se afirmar que tal desigualdade pode incrementar a desintegração social, diminuir as forças de ação solidária ou cooperativas, aumentar a desconfiança mútua e dificultar os processos de governabilidade e os acordos políticos.**

No bojo dos estudos sobre a paz, Galtung (1996, p. 28) destacou a invisibilidade da violência estrutural. Para ele, previsivelmente, não se estranha

[...] que a atenção tenha sido centrada na violência pessoal e não na estrutural. A violência pessoal é visível. O objeto da violência pessoal com frequência sente a violência e pode se queixar, enquanto o objeto da violência estrutural pode ser persuadido a não vê-la de

nenhum modo. A violência pessoal promove mudança e dinamismo; não apenas espuma sobre as ondas, mas ondas em águas que em outras circunstâncias seriam calmas. A violência estrutural é silenciosa, não se mostra; é essencialmente estática, é como água parada.

É nesse ambiente de tantas variáveis contextuais e condicionalidades que o Estado Brasileiro contemporâneo, em seu viés repressor e punitivo, intervém na seara do conflito por meio de agentes que compõem as mais diversas instituições do Sistema de Justiça Criminal¹¹ entendido como um subsistema de controle social. Pode-se entender esse *subsistema* como uma *produção simbólica* (BOURDIEU, 2011) e a partir da leitura de *mundo social* – punitivo e repressivo, marcado por ideologias de repressão – feita por Wacquant (2014, p. 17, grifo nosso), corrobora-se o *aparato penal*, com notas apropriadas para o Brasil, como

um órgão essencial do Estado, expressão da sua soberania e fundamental na imposição de categorias, na sustentação de divisões materiais e simbólicas e na modelagem de relações e comportamentos através da penetração seletiva do espaço físico e social. **A polícia, os tribunais e a prisão não são meros apêndices técnicos, destinados ao cumprimento da ordem legal (como a criminologia afirmaria), mas sim veículos para a produção política da realidade e para a vigilância das categorias sociais desfavorecidas e difamadas e dos territórios que lhes são reservados.** Estudiosos da formação do Estado Moderno em seus primeiros tempos, de Norbert Elias a Charles Tilly e a Gianfranco Poggi, reconheceram inteiramente que o monopólio da força – e, portanto, a construção de uma maquinaria burocrática para o policiamento, o julgamento e a punição de canalhas, capaz de pacificar minimamente a sociedade – era essencial para a edificação do Leviatã.

¹¹ Corrobora-se com Baratta (1993) e Andrade (1994), ao entender que o sistema de justiça criminal é, na verdade, um (sub)sistema de controle social e engloba as formas pelas quais a sociedade responde formalmente a comportamentos e a pessoas que foram eleitas como desviantes, problemáticos, desviantes, inimigos e por meio dessa reação acaba por demarcar, selecionando, classificando e estigmatizando o desvio e a criminalidade como forma peculiar desse.

Bem, a intervenção na realidade social acontece por meio de uma política pública estruturada mediante complexo processo contextualmente situado. O processo dessas políticas públicas, conforme Silva (2001), parte do reconhecimento do problema (ascensão das violências e da criminalidade) e, por conseguinte, da adoção de alternativas políticas para enfrentamento da situação diagnosticada (a exemplo do Pronasci como plataforma para o enfrentamento). Por seu turno, verifica-se a implementação ou execução dos programas como a materialização daquilo que foi formulado a partir do problema e a avaliação dessa política a fim de verificar se foi suficiente para alteração da realidade que se propôs intervir.

Assim, indubitavelmente, também a construção de uma política criminal para o Brasil é produto desse movimento dialético – de contradições e refutações, redimensionamentos e desvirtuamentos – das influências de diversos sujeitos que, por sua vez, são movidos por interesses e distintas racionalidades em um *espaço relacional* multifacetado e pluralístico.

Valora-se, pois, o Estado como *estrutura-estruturante* (BOURDIEU, 2007) já que condiciona as diversas atuações dos sujeitos assim como permite ser condicionado pelos interesses e racionalidades daqueles, além de notadamente marcado pelos diversos aparelhos ideológicos que influenciam, sob diversas maneiras, suas intervenções, ratificando o histórico entendimento *althusseriano*¹² que “é indispensável ter em conta não somente a distinção entre poder de Estado e aparelho de Estado, mas também outra realidade que se manifesta junto ao aparelho (repressivo) do Estado mas que não se confunde com ele” (ALTHUSSER, 1985).

Na sequência, uma análise sistematizada sobre as concepções acerca dos sujeitos, interesses e racionalidades, valoradas como apropriadas ao presente estudo que

¹² Os aparelhos a que se refere Althusser (1985, p. 68) (os aparelhos ideológicos do Estado - AIE) atuam, por vezes, sob o manto da ausência de reflexão como mecanismos incorporados às práticas e discursos que não são sequer percebidos. Diferenciam-se, pois, dos aparelhos repressivos que, pela teoria marxista, foram chamados de Aparelhos do Estado e compreendiam o governo, a administração, o exército, a polícia, os tribunais, as prisões. Para o autor, a qualificação como repressivo indica “que o aparelho do Estado em questão funciona através da violência – ao menos em situações limites (pois a repressão administrativa, por exemplo, pode revestir-se de formas não físicas)”.

foca no processo de construção de uma intervenção e no ambiente relacional aqui demarcado. A fase que ora se analisa é, pela literatura especializada, norteadada pela questão de *quem atua*, de *como se constrói o consenso* e *qual a medida dessa participação*, denotando a participação dos diversos sujeitos na formulação da política. Ademais, com Offe (1995, p. 22), “*quais grupos teriam o direito a que tipo de status*¹³ e *por que razão*”. Em suma,

A questão que se coloca nesse movimento é: Quem decide o que será considerado objeto de uma política? Há certo consenso de que, nas sociedades democráticas, a identificação de problemas ocorre quando indivíduos ou grupos colocam certas demandas para o Estado, a partir de situações que constituem necessidades e insatisfações. (SILVA, 2013, p. 23).

Configurados como *sujeitos* no processo de formulação os grupos de pressão, os movimentos sociais, as diversas organizações sociais, os partidos políticos, os burocratas em distintos níveis e instâncias, os técnicos e planejadores, os poderes constituídos e os meios de comunicação em massa; demarcaram-se as racionalidades administrativa, política, legal e de resultados como produtos da atuação interessada, induzida pela *pluralidade* ou pelo caráter *institucional* do *sujeito social* em questão. Por conseguinte,

As diversidades de sujeitos sociais e de racionalidades [...] conduzem, necessariamente, a desencontros, embates e conflitos, na medida em que se tem diferentes interesses, diferentes competências e papéis, produzindo diferenciação da perspectiva de tempo que orienta cada racionalidade, tornando difícil o

¹³ Em diálogo com a literatura foucaultiana que discute as interdições nos discursos, com Offe (1995, p. 244), “entendemos por *status* o status formal especificamente atribuído ao grupo, em contraste com as relações de cooperação informal entre segmentos políticos e outros segmentos da elite... o status formal é baseado na lei e em regras de procedimento formalmente adotadas que conferem ao grupo de interesse um determinado direito a um status específico [...] deixando de ter suas ações e realizações exclusivamente determinadas pelos interesses, ideologias, percepções de necessidades de seus membros [...]”

estabelecimento de limites e consenso. Todavia, para que seja possível o desenvolvimento do processo das políticas públicas, é necessária a compreensão e compatibilização de funções e papéis, e indispensável a construção de consenso em aspectos centrais desse processo, principalmente no que se refere à aceitação das prioridades estabelecidas no plano político. (SILVA, 2013, p. 30-31, grifo nosso).

Os interesses, por sua vez, constituem o ânimo das condutas indissolúvelmente individuais e sociais; estão presentes em todas as condutas sociais, incluindo as que parecem ‘desinteressadas’; não estão ligados apenas a ganhos materiais; e podem ser simbólicos, relacionados a bens assim considerados, tão influentes quanto aos outros (MARX, 1999; BOURDIEU, 2011).

Os modelos *supra* referenciados apontam a atuação do poder público na premissa da realização da *vontade coletiva* (GRAMSCI, 1991) em ambientes democráticos, plurais, abertos e voltados à concretização de necessidades básicas da comunidade política.

O limite aparente, descortinador da *essência*, é rompido a partir da análise sobre a democracia experimentada.¹⁴ Não obstante a essa configuração apropriada a estados democráticos, registra-se o modelo explicativo voltado à máxima da eficiência que critica os padrões de análise orientados pela maximização da vontade coletiva, pressupondo que os

interesses comuns, os quais em princípio, guiarão o processo decisório que afetam os indivíduos, não resultam necessariamente em ação coletiva [...] pois os interesses de poucos têm mais chances de se organizarem do que os interesses difusos de muitos. (SOUZA, 2006, p. 34).

¹⁴ Recorrendo a Gramsci (2000, p. 32), reflete-se que “[...] a ausência de uma democracia real, de uma real vontade coletiva nacional e, portanto, em face dessa passividade dos indivíduos, a necessidade de um despotismo mais ou menos aberto da burocracia. A coletividade deve ser entendida como produto de uma elaboração de vontade e pensamentos coletivos, obtidos através do esforço individual concreto e não como resultado de um processo fatal estranho aos indivíduos singulares: daí, portanto, a obrigação da disciplina interior, e não apenas aquela exterior e mecânica”.

A política de segurança pública, como faceta da política criminal, é informada por lógicas e antagonismos inerentes aos interesses no jogo da arena democrática situacional. Decerto, o próprio conceito de *ordem pública* adquire contornos imprecisos e fluidos; apresenta-se como vocábulo indeterminado e volúvel que gera incerteza ao ser aplicado no trato dado à segurança pública,¹⁵ sendo “passível de incorporações autoritárias [...] mas também pode habitar o discurso democrático, ao ser concebida como ordem republicana do Estado Democrático de Direito” (SOUSA NETO, 2010, p. 54).

Sistematizam-se, nessa perspectiva, para o estudo das lógicas e dos paradigmas conflitantes na construção das políticas de segurança pública no Brasil e para a formulação, por conseguinte, do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania, marco empírico desse trabalho, duas grandes matrizes: *uma* marcada pelo recrudescimento e por notas de punição para enfrentamento dos delitos e *outra* comprometida com os valores da pessoa humana e com um movimento crítico dos postulados da rigorosa intervenção estatal.

Com existência e influência devidamente admitida no âmbito do Estado Democrático de Direito, pautado na égide da coexistência de doutrinas plurais e razoáveis, a matriz do recrudescimento penal tem fundamentação ideológica no *Movimento de Lei e Ordem*. Como um dos paradigmas teóricos que influenciam a construção das políticas públicas de segurança no Brasil, esse movimento político-criminal possui um viés repressor em conformidade com os velhos parâmetros do regime e discurso punitivo-retributivo, voltados para a manutenção do *status* e

¹⁵ Corroborando, “[...] **a noção de ordem pública já esteve no cerne dos discursos de legitimação das ditaduras**. Para o pensamento autoritário, o fundamental é que tenha lugar uma decisão política capaz de estabelecer a ordem, de substituir o dissenso político pela adesão, ainda que imposta pela força, a um determinado conjunto de valores, subtraídos à esfera das divergências. Se a ordem está em confronto com a lei, a opção dos autoritários é sempre pela ordem. Legitimidade e legalidade são concebidas como eventualmente antagônicas, não dimensões vinculadas de um mesmo arcabouço jurídico-institucional: mais importante que preservar a lei é manter a ordem, ditada pela vontade de quem teve força para tomar a decisão soberana (SOUSA NETO, 2010, p.57, grifo nosso).

predominantemente patrimonialista. Em Garapon, Gros e Pech (2000, p. 13), são os discursos político-econômico e psicopedagógico. Por ambos,

[...] Pretende regular-se pelos interesses imanes de uma comunidade ameaçada. Punir é defender a sociedade; em que se trata de higiene ou de simbólicas sociais, de proteção da segurança ou das liberdades públicas, de conservação da propriedade e de cálculo dos custos; em que o castigável assume as figuras mutáveis do monstro doente, do inimigo, do pequeno déspota, do enganador e do mau calculador [...] Pretende obter pela pena a transformação do condenado. Punir é educar um indivíduo: em que se trata de regeneração e de culpabilização, de condicionamento e de emenda; em que o castigável será um indivíduo educável.

Pinassi (2009, p. 86, grifo nosso) desmascarando, pois, o Movimento Lei e Ordem, além da *aparência* com a qual ele se manifesta, aduziu

Sustentada num Estado crescentemente policial, declara abertamente seu comprometimento com a realização dos direitos relativos à propriedade privada. Ou seja, a história precisou de mais de 300 anos para cumprir na íntegra o que reza o artigo 8 da Constituição de 1793 e revelar a plena função da política burguesa: ‘A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade, a cada um de seus membros para preservação de sua pessoa, dos seus direitos e da sua propriedade’. Nessa medida, adquirem ainda mais sentido as palavras de Marx: ‘A segurança constitui o supremo conceito social da sociedade civil, o conceito de polícia’. Pois bem, que outra relação pode haver entre os massacres do Oriente Médio e os que ocorrem no Brasil, além de materializarem a bestialidade das mercadorias que, aliás, realizam seu valor nos campos de extermínios em expansão?

Movimento de base estadunidense e que reitera a cultura do controle em seu viés institucionalizado através de recrudescimento penal mais gravoso e da vigilância mais invasiva e generalizada,¹⁶ essa matriz pode ser configurada como o conjunto das

¹⁶ Como disse Foucault (1997, p. 63), “*tenemos unas estructuras de vigilancia absolutamente generalizadas, de las que el sistema penal, el sistema judicial es una pieza, y de las que la prisión es a su*

diversas práticas e discursos que reforçam a lógica da contenção, da neutralização, da criminalização da miséria¹⁷ e da seletividade. Coadunando com Baratta (2002, p. 165, grifo nosso), a seletividade

ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. **Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes no poder.**

Defendeu-se, por seu turno, categorias fluidas e conceitos indeterminados que abrem margem à discricionariedade dos distintos agentes que personificam o sistema de justiça criminal que podem ser depreendidas da engenharia do Programa como *encarceramento em massa*,¹⁸ *legislação penal do pânico e da emergência, exasperação da pena, armamentismo, enfrentamento, policiamento ostensivo, pacificação, criminalização da pobreza, áreas vulneráveis etiquetadas*¹⁹ e *Estado Penal* (YOUNG,

vez una pieza, y de las que la psicología, la psiquiatria, la criminología, la sociología, la psicología social son los efectos. Es en este punto, em este panoptismo generalizado de la sociedad em donde debe situarse el nacimiento de la prisión".

¹⁷ Com Young (2002, p. 36-37), sobre a criminalização da miséria a partir do parâmetro sociológico da pobreza material e imaterial, assevera-se que "a contribuição da precariedade econômica e da insegurança ontológica é uma mistura extremamente inflamável em termos de resposta punitiva à criminalidade e da possibilidade de criar bodes expiatórios. Nós já vimos [...] que elas opõem sutilmente os que estão no mercado de trabalho aos que estão transparentemente fora dele. A insegurança ontológica acrescenta a esta situação explosiva a necessidade de reelaborar as definições menos tolerantes de desvio e de reafirmar as virtudes do grupo constituído. Contudo, é importante distinguir tendências de necessidades, bem como especificar o cenário social preciso em que tais dinâmicas se desdobrarão".

¹⁸ A prisão é considerada na contemporaneidade o modo principal de controle social punitivo e de exclusão, neutralização e aniquilamento de indivíduos em conflito com a lei. Para Wacquant (2014, p. 13), "a prisão contemporânea é direcionada para uma neutralização brutal, uma retribuição automática e a um simples armazenamento - por negligência, se não for algo intencional".

¹⁹ Segundo Costa (2005, p. 111, grifo nosso), investigando as ideologias que regem o sistema punitivo brasileiro, "o exercício do poder dos sistemas penais não se dirige à repressão do delito, mas à

2002; CHOUKR, 2002; TEIXEIRA, 2006; WACQUANT, 2007; GARLAND, 2008; MALCOLM, 2014), marcada na imperfeição de um modelo de Estado voltado para a emancipação dos indivíduos dada a *hipertrofia distópica do Estado Penal e a atrofia deliberada do Estado Social* (WACQUANT, 2001).

Com efeito, o etiquetamento passa a ser nota que direciona a focalização de intervenções públicas, inclusive em Programas de Segurança Pública dito com *Cidadania*: Aos inimigos do Estado, a punição severa e a flexibilização dos direitos. Quem é o Outro? Quem pode ser o Outro a ser combatido, perseguido e estereotipado? Por essa inquietação política, o Estado Brasileiro manifesta seus compromissos ideológicos com o sistema capitalista e por ele é determinado, ao preconizar a necessidade de contenção, neutralização e estereotipagem dos eleitos *inimigos*²⁰ por meios das políticas criminais situadas na globalização do movimento de *zero tolerance*.

A ontologia do tratamento dado ao etiquetado como inimigo encontra guarida em uma racionalidade jurídica que legitima os fundamentos do isolamento do sujeito assim considerado. Nessa esteira, Zaffaroni (2007, p. 18, grifo nosso),

a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais, que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais, motivo pelo qual deixaram de ser considerados pessoas, e esta é a primeira incompatibilidade que a aceitação do hostis, no direito, apresenta com relação ao princípio do Estado de Direito.

contenção de grupos sociais bem determinados. O sistema penal, ao utilizar como premissa a noção ontológica da criminalidade, não identifica as zonas de negatividade social, as necessidades individuais e comunitárias que justificam uma intervenção institucional transdisciplinar. Não identificando as causas reais, cai no círculo vicioso de combate aos efeitos.”

²⁰ Discussão amparada em Jakobs (2010) e Zaffaroni (2012), coloca-se em *xequê* a atuação do Estado pautada em um funcionalismo normativo, em uma seletividade da clientela criminal e pela criminalização de estados de vida, de situações econômicas e pelo privilégio à criminalidade organizada e de colarinho branco.

Reproduziu-se uma violência que vulnerabilizou direitos e legitimou uma atuação invasiva que descomprometeu-se com os valores da pessoa humana. Corroborase com Andrade (2003, p. 55) quando reflete que

Enfim, o aprofundamento da relação entre Direito/Sistema Penal e desigualdade conduz, em certo sentido, a inverter os termos em que esta relação aparece na superfície do fenômeno descrito. Não apenas as normas penais se criam e se aplicam seletivamente, e o desigual tratamento de situações e de sujeitos iguais, no processo social de definição de criminalidade, responde a uma lógica de relações assimétricas de distribuição do poder e dos recursos na sociedade (estrutura vertical), mas o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa de conservação e reprodução das relações sociais de desigualdade. São, também, uma parte integrante do mecanismo através do qual se opera a legitimação dessas relações, isto é, a produção do consenso real ou artificial.

Reflexivamente, sobre o descompasso da *mão forte do Estado*²¹ com o acervo jurídico humanitário, garantista e emancipador, Machado (2005) apregoa que tal incompatibilidade dá-se em *reciprocidade*. A política de segurança, então, reproduz os ditames de uma política criminal axiologicamente concebida. Molina e Gomes (2006) assevera que intervenções estatais desenvolvidas em sociedades do medo e da insegurança relacionam-se aos movimentos que apregoam o *império da lei para manutenção da ordem*. Para Garland (2008), os grupos de pressão – entre os quais a mídia – e as diversas instituições de controle têm grande influência nas decisões dos poderes constituídos, no que toca à eleição das prioridades para a construção da agenda política. Sobre esse discurso, forjado com ares de democracia, o autor cita:

Considere-se isto uma cínica manipulação de emoções coletivas para obtenção de dividendos políticos ou uma bem-intencionada tentativa de dar expressão democrática ao sentimento público, o resultado é o

²¹ Em conformidade às ideias de Foucault (2008, p. 422), “a polícia é de fato a arte do esplendor do Estado como ordem visível e força brilhante”.

mesmo. A formulação de políticas se torna uma forma de atuação simbólica que rebaixa as complexidades e o caráter duradouro do controle do crime efetivo, em favor das gratificações imediatas de uma alternativa mais expressiva. **A elaboração de leis se torna uma questão de gestos retaliadores, cujo objetivo é o de reconfortar um público preocupado com o tema e de se alinhar ao senso comum, por mais inadequados que sejam tais gestos para tratar o problema subjacente.** Uma mostra de força punitiva contra os indivíduos é exibida para reprimir qualquer reconhecimento da inabilidade estatal de controlar o crime em níveis aceitáveis. A disposição de aplicar penas severas a criminosos condenados compensa, magicamente, o fracasso em prover segurança para a população em geral. (GARLAND, 2008, p. 283, grifo nosso).

Com propriedade, Molina e Gomes (2006) defendem que a política criminal deve ser respaldada na razão e não na paixão, e que o medo só gera medo, pânico e distorções na retórica e no pragmatismo em prover segurança, incitando inclusive *justiciamento popular*.

Nítida é a seletividade em comunidades aossadas nos morros e nas periferias, alvos de programas de pacificação – e de manutenção da ordem – em áreas dominadas pelo narcotráfico e onde a presença do Estado é mínima no que tange à efetivação de direitos declarados, habitadas em sua grande maioria por negros e pobres, selados pela histórica exclusão e que constituem alvo fácil²² do viés policial do Estado e que

[...] sofrem toda sorte de violências por tropas de choque treinadas para constranger, torturar e eliminar qualquer dos alvos fáceis das favelas. Ações desse tipo têm sido muito frequentes também em outras situações, o que vem demonstrar, desde o ciclo das ditaduras militares na região, uma renovada disposição de repressão oficial/extraoficial no Brasil e na América Latina como um todo. Os exemplos são inúmeros,

²² Criticamente, Zaffaroni (2007, p. 19), aponta “é inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da máscara acredita encontrar um *inimigo*, retira-lhe a *máscara* e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso). Certamente, o Estado pode privá-lo de sua cidadania, porém isso não implica que esteja autorizado a privá-lo da condição de pessoa, ou seja, de sua qualidade de portador de todos os direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo. O tratamento como coisa perigosa, por mais que isso seja ocultado, incorre nessa privação”.

mas destacam-se as operações comandadas contra movimentos sociais e sindicais, rurais e urbanos que, a despeito das atrocidades sofridas, se multiplicam e cobram com disposição igualmente renovada as gigantescas dívidas históricas que essa parte do continente acumula com a classe trabalhadora. Agravam-se também as ameaças e os assassinatos cometidos contra as comunidades indígenas em luta por terras já titularizadas e por direitos já lavrados pela Constituição que os novos colonizadores vêm outra vez assaltar. É preciso lembrar ainda as investidas contra as populações carcerárias insurrectas e inconformadas com a brutalização sem limites do sistema prisional latino-americano (PINASSI, 2009, p. 84-85).

Para além da ideia reducionista da cidadania como mero exercício dos direitos políticos, entende-se que falar nessa categoria significa considerar as próprias mudanças ocorridas na sociedade, proporcionadas pelas inovações da realidade tecnológica e científica e o reconhecimento de novas demandas, que atraem, por seu turno, uma nova atuação do Estado. Tensionando a multidimensionalidade da cidadania com os postulados do sistema de classes e suas ingerências na realidade a partir do processo dialético da política pública em questão, notável guerra no presente século²³, delineiam-se os limites da violência no controle institucionalizado de molde penal. A cidadania como o *direito a ter direitos*²⁴ (ARENDDT, 1993) passou a ser elemento de proteção dos distintos sujeitos face às arbitrariedades, a todo azar de opressão e formas históricas de exclusão. Nesse sentido, inclusive olhando para a base material brasileira, nas palavras de Andrade (2003, p. 74-75),

enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito limitado do poder, da política e da democracia, subestimados

²³ Por esse ângulo, Marshall (1990, p. 103) indicou que “[...] a cidadania e o sistema de classes capitalista tem estado em guerra no século XX. Talvez a frase seja um tanto exagerada, mas não há dúvida de que a cidadania impôs modificações no referido sistema de classes [...]. Os direitos sociais, em sua forma moderna, implicam uma invasão do contrato pelo *status*, na subordinação do preço de mercado à justiça social, na substituição da barganha livre por uma declaração de direitos”.

²⁴ A discussão originária em Hannah Arendt levou ao reconhecimento do direito à pertença que o indivíduo possui face ao acervo jurídico posto por um Estado Nacional aos sujeitos. Entende-se aqui que esse é o ponto de partida: o reconhecimento da sujeição do indivíduo como alvo de um amplo sistema de proteção, pelo plano interno e no plano internacional humanitário, nas diversas manifestações da existencialidade concreta.

na sociedade civil, a percepção da cidadania aqui delineada implica a superação destes pressupostos, uma vez que aponta para a dimensão macro (não-estatal) do poder, da política e da democracia, na sociedade civil; enquanto o conceito liberal de cidadania tem por pressuposto um conceito individualista da sociedade, que somente vislumbra uma cidadania individual e conflitos interindividuais, a percepção aqui delineada busca apreendê-la, também, como construção coletiva que, expressando a coletivização dos conflitos, tem por protagonistas centrais categorias, classes, grupos e movimentos sociais, e não apenas os indivíduos atomizados; enfim, e correlativamente, para além da representação política, postulada pela matriz liberal como conteúdo da cidadania – no bojo de um modelo específico de democracia – a cidadania, tal como aqui concebida, aponta para a participação política e o conjunto dos direitos humanos em sentido amplo.

As notas e repercussões da cidadania constituem partes do fomento da segunda matriz relacionada ao movimento humanitário de proteção à pessoa em suas diversas manifestações e relações com a pluralidade da vida. Tal parâmetro serve, também, para a análise do contraditório processo de emancipação fomentado pelo Estado na contemporaneidade. Nas palavras de Andrade (2003, p. 22),

Enquanto a cidadania é dimensão de luta pela emancipação humana, em cujo centro radica(m) o(s) sujeito(s) e sua defesa intransigente (exercício de poder emancipatório), o sistema penal (exercício institucionalizado de poder punitivo) é dimensão de controle e regulação social, em cujo centro radica a reprodução de estruturas e instituições sociais, e não a proteção do sujeito, ainda que em nome dele fale e se legitime; enquanto a cidadania é dimensão da construção de direitos e necessidades, o sistema penal é dimensão de restrição e violação de direitos e necessidades; enquanto a cidadania é dimensão de luta pela afirmação da igualdade jurídica e da diferença das subjetividades; o sistema penal é dimensão de reprodução de desigualdades e de desconstrução das subjetividades; em definitivo, enquanto a cidadania é dimensão de inclusão, o sistema penal é dimensão de exclusão social.

Nessa senda, o modelo epistemológico que nutriu a construção dessa segunda matriz de influências no Programa em questão é pautado nos pilares e

fundamentos dos manifestos internacionais de afirmação dos direitos humanos;²⁵ no processo de racionalização da intervenção do Estado na questão das violências e da criminalidade otimizados pelos movimentos do garantismo penal e processual penal; além da permanente luta pela efetivação dos direitos e garantias e do movimento crítico e questionador do sistema de justiça criminal posto, da reprodução das violências e das funções desvirtuadas da pena.

Considerando o discurso que envolve o Estado Democrático de Direito, deontologicamente pautado na proteção à diversas manifestações da vida, não há porque coadunar com arbitrariedades e ingerências estatais indevidas e violentas.²⁶ Reflete Sousa Neto (2010, p. 58, grifo nosso) que

Uma ordem pública democrática, em contraste, é aquela estruturada pela Constituição e pelas leis. Preservar a ordem pública significa, sobretudo, preservar o direito, a ordem juridicamente estruturada, garantir a legalidade. **Políticas públicas e ações policiais que desconsiderem direitos fundamentais transgridem, até não mais poder, a própria ordem pública que pretendem preservar.** A democracia política depende do exercício do poder em conformidade com o direito. Não é difícil constar que apenas essa orientação é compatível com a Constituição de 1988, e que, por essa razão, grande parte das políticas de segurança praticadas nas últimas duas décadas está em confronto, aberto ou velado, com a presente ordem constitucional.

²⁵ Lafer (2015, p. 209) em diálogo com as obras de Hannah Arendt ratificou que a cidadania consiste no *direito a ter direitos*. Ratifica-se, pois, que “o que ela afirma é que os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de suas qualidades acidentais - o seu estatuto político – vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante”.

²⁶ Nas palavras de Ferrajoli (2002, p. 30), “[...] fato de que os diversos princípios garantistas se configuram, antes de tudo, como um esquema *epistemológico* de identificação do desvio penal, orientado a assegurar, a respeito de outros modelos de direito penal historicamente concebidos e realizados, o máximo grau de racionalidade e confiabilidade do juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade.”

Andrade (2012) anuncia um fundamento para essa condensação da lógica e da racionalidade de proteção à pessoa. Denominando como *humanismo emancipador*,²⁷ a autora aponta o homem como *referencial*, *sentido* e como *ser histórico e social*:

[...] o homem deve ser entendido como referencial e sentido porque, evitando a tríplice atitude de tomá-lo como coisa (coisificando-o), abstração (universalizando-o) ou dado (imutável), é assumido em sua subjetividade, contextualização e devir. O homem é o ser humano de um tempo e lugar, e tem história. É o homem concreto, material e existencialmente situado e *ressituado* na dinâmica das relações humanas e sociais. Tanto é assim que, na obra de Baratta, o próprio sentido do sujeito está a se redefinir, holisticamente, na trama da vida e dos reencontros das unidades separadas (em classe, gênero, raça, etc.) pela violência socioepistemicida da modernidade. (ANDRADE, 2012, p. 55).

A partir desse pensamento que situa a ambivalência entre a mão forte²⁸ do Estado e o estado de fragilização dos direitos de cidadania em suas diversas facetas, demarca-se a política pública de segurança como expressão de um sistema de justiça criminal seletivo, estigmatizante, violento e pautado no recrudescimento penal, através de uma lógica apropriada ao sistema de produção (e de contenção e de neutralização) capitalista. Ante isso, ratifica-se que

[...] o controle penal globalizado radicaliza a função simbólica do Direito Penal através de uma hiperinflação legislativa, ou seja, a

²⁷ Nessa mesma perspectiva, Jakobs (2010, p. 40) refletiu o necessário reconhecimento da condição de sujeito das pessoas por parte de uma Constituição de base garantista e compromissória. Para ele, “como se tem mostrado, a personalidade, como construção normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída *contrafaticamente* como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda, como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo. Com isso não se pode resolver o problema de como tratar os indivíduos que não permitem sua inclusão em uma constituição cidadã”.

²⁸ Por seu turno, a *mão esquerda* do Estado, lado feminino do *Leviatã*, concretiza-se pelos ministérios dos desperdícios, incumbidos de provisões sociais diversas como educação pública, saúde, habitação, bem-estar social e legislação trabalhista favorável ao desenvolvimento das categorias sociais desprovidas de capital econômico e cultural (WACQUANT, 2014).

promessa e a ilusão de resolução dos mais diversos problemas sociais através do penal, ao tempo em que redescobre, ao lado dos tradicionais, os novos inimigos contra os quais deve guerrear (terroristas, traficantes, sem-teto, sem-terra, etc.) não poupando, ainda que simbolicamente, a própria burguesia nacional (sonegadores, depredadores ambientais, corruptos, condutores de veículos, etc) que se toma também vulnerável face ao poder globalizado do capital. (ANDRADE, 2003, p. 25).

A defasagem social é, pois, compensada com excessos de criminalização, com a multiplicação de prisões, pelo simbolismo da Lei Penal e pelo controle penal da *subcidadania* (ANDRADE, 2003; CARVALHO, 2014), ratificando o Estado em seu viés punitivo e legitimando o discurso do pânico²⁹ e das práticas institucionais violentas, com o fito de prover segurança. Para Wacquant (2014, p. 8),

O novo governo da insegurança social implementado nos Estados Unidos e oferecido como modelo para outros países avançados requer tanto um deslocamento do braço social para o braço penal do Estado (detectável na realocação de orçamentos públicos, de pessoal e de prioridade discursiva) quanto a colonização do setor assistencial pela lógica punitiva e panóptica, características da burocracia penal pós-reabilitação. O deslocamento da atividade estatal do braço social para o braço penal e a incipiente penalização da assistência social fazem parte, por sua vez, da remasculinização do Estado como reação às profundas mudanças provocadas no campo político pelo movimento das mulheres e pela institucionalização de direitos sociais antinômicos à mercadorização (commodification). A nova prioridade atribuída às obrigações sobre os direitos, à sanção sobre o amparo, a retórica severa das ‘obrigações da cidadania’ e a reafirmação marcial da capacidade do Estado de controlar os pobres ‘problemáticos’ (os beneficiários da assistência social e os criminosos) ‘numa relação subordinada de dependência e obediência para com os administradores do Estado, retratados como protetores viris da sociedade contra seus membros rebeldes (YOUNG, 2005, p. 16), todas essas plataformas políticas anunciam e promovem a

²⁹ Wacquant (2014, p. 12) apregoa que “a implementação agressiva do Estado Penal engendrou, na verdade, novas categorias e novos discursos, novos corpos administrativos e políticas de governo, tipos sociais novos e formas associadas de conhecimento no âmbito criminal e no da assistência social.”

transição do gentil ‘Estado Babá’ da era fordista-keynesiana ao rigoroso ‘Estado Pai’ do neoliberalismo.

Configura-se, no Brasil, nos moldes *foucaultianos*, uma *sociedade punitiva*³⁰ demarcada, paradoxalmente, pelos postulados democráticos e constitucionais e a axiologia que lhe é peculiar. Foi nesse cenário que se (re)desenhou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania no bojo das políticas públicas de segurança na contemporaneidade: entre as distintas ambivalências e lógicas conflitantes e os discursos – que se complementam e dialogam – de *manutenção e transformação; prevenção e repressão; emancipação e reprodução; continuidade e ruptura; ser humano e coisificação; aniquilamento e garantismo*.

Repensando o próprio conceito de segurança, depreende-se como apropriada a construção de um modelo de segurança cidadã³¹ para a contemporaneidade fluida, de riscos e incertezas e que tem nos embates das grandes matrizes ideológicas os elementos de construção da intervenção do Estado no problema das violências e da criminalidade. À vista disso, para além da dogmática sobre a segurança pública como intervenção repressiva, Mesquita Neto, (2011, p. 35-36), em *Ensaio sobre a Segurança Cidadã*:

³⁰ Entre outras características, a sociedade punitiva é marcada pelo uso do que Foucault (2015, p. 7-9, grifo nosso) chamou de táticas penais. São 4: excluir, impor compensação, marcar e encarcerar. Para o autor, “**1. Excluir [...] no sentido de exilar, expulsar, pôr para fora.** Com essa tática punitiva, trata-se de proibir a presença de um indivíduo nos lugares comunitários ou sagrados, de abolir ou proibir em relação a ele todas as regras de hospitalidade [...] **2. Impor uma compensação** [...] vão provocar dois procedimentos: a emergência de alguém, indivíduo ou grupo, que será constituído como vítima do dano e poderá, assim, exigir reparação; a culpa provocará algumas obrigações para aquele que é considerado infrator [...] **3. Marcar.** Fazer uma cicatriz, deixar um sinal no corpo, em suma, impor a esse corpo uma diminuição virtual ou visível, ou então, caso o corpo real do indivíduo não seja atingido, infligir uma mácula simbólica a seu nome, humilhar seu personagem, reduzir seu status [...] **4. Encarcerar.** Tática que praticamos, cuja instauração definitiva se situaria na virada do século XVIII para o século XIX [...] Assim, a hipótese inicial seria algo do tipo: há sociedades ou penalidades de exclusão, indenização, marcação ou reclusão.”

³¹ A partir de dois eixos nítidos, pode-se conceituar as políticas comprometidas com o modelo de segurança cidadã. Essas são “entendidas como aquelas voltadas a prevenir e controlar ações violentas e delitivas (eixo substantivo), bem como aquelas que se voltam a reformar e modernizar as instituições do setor de segurança (eixo instrumental), contribuem diretamente para o alcance do paradigma de segurança humana e para o fortalecimento da cidadania civil” (PROGRAMA NACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO, 2006, p. 9).

Diante dessa confusão conceitual e ambiguidade constitucional, grupos e organizações comprometidos com a consolidação e aperfeiçoamento da democracia brasileira, [...], passaram a utilizar o conceito de segurança cidadã em substituição ao conceito de segurança pública [...]. O problema é que essa substituição de um conceito por outro não é suficiente nem necessária para promover mudanças no sistema e nas políticas de segurança pública [...], talvez a melhor estratégia para reformar sistemas e políticas e promover a segurança pública fosse resgatar o significado desse conceito em regimes democráticos.

A *terceira margem*³² poderia ser, pois, concebida a partir das diversas experiências, em âmbito nacional e internacional, que pensam a segurança pública como uma questão de política, marcada pela *intersectorialidade*, e comprometida com os valores de proteção da pessoa nessa ambiência democrática, multicultural e relacional, em que pese trazer em seu bojo aquilo que historicamente fora.

4 INVESTIGANDO A (DES)ORDEM DO DISCURSO EM UM PROGRAMA DE SEGURANÇA DITO COM CIDADANIA

Em um trabalho metodológico preciso como o *ofício* desenvolvido por um *arqueólogo*, utilizou-se do *discurso dado* nos relatos colhidos – como fontes primárias ou secundárias; nos cadernos de trabalho e no material elaborado originariamente para ser utilizado na apresentação do Programa ao Presidente da República e Ministros de Estado à época da formulação, para avaliar politicamente o objeto de estudo aqui delimitado, partindo do pensamento foucaultiano cujo ponto inicial é o

discurso tal como é. Em uma descrição fenomenológica, tenta-se deduzir do discurso algo que concerne ao sujeito falante; trata-se de reencontrar, a partir do discurso, quais são as intencionalidades do

³² Fazendo uso do poema *A Terceira Margem do Rio*, de Rosa (2012); metaforicamente a escolha é pela contemplação dos paradoxos e disparidades; e não de uma margem ou outra. Assim, ocupando um terceiro espaço, é possível compreender os dois lados, os paradigmas em conflito em perspectiva e avançar naquilo que exclui e pode incluir, que é novidade e é continuidade.

sujeito falante, um pensamento que está se formando. O tipo de análise que eu pratico não se ocupa do problema do sujeito falante, mas examina as diferentes maneiras pelas quais o discurso cumpre uma função dentro de um sistema estratégico, onde o poder está implicado e pelo qual o poder funciona. O poder não está, pois, fora do discurso. O poder não é nem a fonte nem a origem do discurso. O poder é algo que funciona através do discurso, porque o discurso é, ele mesmo, um elemento em um dispositivo estratégico de relações de poder (FOUCAULT, 2010a, p. 465).

Assim, para a análise pretendida, os enunciados discursivos³³ com base na literatura foucaultiana foram usados para investigar segredos com o fito de demarcar ambiências ainda não enfrentadas na investigação dos marcos da segurança pública, questionando o *discurso posto* e o *discurso oficial*, a engenharia institucional desenhada e os reais destinatários e interesses da política formulada, corroborando com a exortação de que “ninguém se deixe enganar; mesmo na ordem do discurso verdadeiro, mesmo na ordem do discurso publicado e livre de qualquer ritual, se exercem ainda formas de apropriação do segredo e de não permutabilidade” (FOUCAULT, 2013, p. 38).

Tão logo lançado para o espaço público como *novel* intervenção, algumas críticas já foram tecidas ao PRONASCI tal qual pode se extrair do documento intitulado *Por uma segurança pública e uma justiça para garantia de direitos*, oriundo do Encontro Nacional de Direitos Humanos realizado entre os dias 24 e 26 de setembro na Câmara dos Deputados, cujos anais profetizaram uma *tragédia anunciada* do Programa, já que consideravam que a intervenção continha

avanços em relação aos planos anteriores para o setor, mas ainda preserva a concepção tradicional do papel das polícias, de ação repressiva dirigida a grupos vulneráveis em detrimento da defesa de

³³ Em reflexão, “em lugar de restringir pouco a pouco a significação tão flutuante da palavra ‘discurso’, creio ter multiplicado seus sentidos: às vezes domínio geral de todos os enunciados, às vezes um grupo individualizável de enunciados, às vezes uma prática regrada que dá conta de certo número de enunciados; e essa mesma palavra ‘discurso’, que devia servir de limite e envoltório ao termo enunciado, não a fiz variar à medida que deslocava minha análise ou seu ponto de aplicação, à medida que perdia de vista o próprio enunciado” (FOUCAULT, 2012, p. 106).

direitos. Ao manter essa concepção, herdada de diferentes períodos de arbítrio, pode-se comprometer o sucesso do próprio programa. Também pode representar a perda irreparável de um momento histórico apropriado para essa mudança de paradigma. (COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA, 2007, p. 1).

A escolha política do *locus* socioespacial para focalização do Programa foi nítida nas imagens postas para a primeira apresentação do Programa para o governo: os grandes centros urbanos, de inúmeros movimentos, tráfego de helicópteros, paisagens e atrativos comerciais (BRASIL, 2007a).

O material à época da formulação aponta logo na segunda imagem ali colacionada (figura 1) (BRASIL, 2007a) – como forma, inclusive, de demarcar o *issue* da insegurança sob o qual se legitimaria a intervenção por meio do Programa em análise – uma destacada câmera de segurança como atividade de monitoramento em um *espaço urbano* com contrastes de inúmeros movimentos, gerando tensão e contradição de ideias no receptor da mensagem; fortalecendo, todavia, o ideal brasileiro da necessidade do *panoptismo* nos moldes da sociedade da vigilância e da cultura do controle.

Figura 1 - A (in)segurança pública na pauta política brasileira



Fonte: Brasil (2007a, p. 2)

Fora da pauta no discurso enunciado: os conflitos fundiários e ambientais que vitimam lavradores, lavradoras, indígenas, quilombolas, violências de base estrutural e patrimonial, por vezes, legitimada e com injustos processos de criminalização das *reais* vítimas da opressão e dos movimentos sociais militantes na afirmação desses direitos.

Explicitamente, o governo federal, à época de sua formulação, declarou, por meio de discurso oficial e documentado, que: a) o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania destinaria-se à prevenção, controle e repressão da criminalidade; b) a atuação basearia-se em raízes socioculturais da criminalidade; c) que a intervenção dar-se-ia por uma articulação de ações voltadas para a garantia da segurança pública, por meio de políticas sociais a partir da integração entre a União, Estados e Municípios; d) e que a base referencia as próprias diretrizes do Sistema Único de Segurança Pública (BRASIL, 2007a, p.13). Não disse, todavia, a equipe de formulação, qual seria o marco teórico e ideológico que nortearia a intervenção, ante as raízes socioculturais da criminalidade tampouco o porquê da exclusão da construção conceitual embrionária dos permissivos de participação que, contextualmente apropriados, deveriam ser dados à sociedade por meio da atuação das instâncias de controle social informal.

Além disso, o material embrionário do Pronasci referiu-se à prevenção, controle e repressão da criminalidade, apenas. Não assumiu posição, entretanto, quanto à conflituosidade intrínseca e outros mecanismos de gerenciamento de crises tampouco em relação ao enfrentamento das violências, fenômeno para além da reducionista violência criminal. A (in)segurança, em que pese alvo da experiência inovadora do Pronasci, continuou tratada com fluidez, imprecisão e manipulação por parte daqueles que movimentam a política criminal no Brasil, na medida que não se visualizou trato científico ao *issue* aqui problematizado, corroborada com a desmobilização e apatia popular, fragilizando a atividade de controle sobre a atuação do sistema de justiça criminal e confirmando um referencial ético-político de base repressiva como outrora foram as políticas de segurança pública.

Foram, nessa esteira, objetivos específicos do Pronasci, conforme discurso posto da engenharia institucional do Programa:

Melhorar o sistema de segurança pública e prisional e valorizar seus profissionais;

Ressocializar as pessoas com penas restritivas de liberdade e egressos por meio da implementação de projetos educativos e profissionalizantes;

Promover o acesso aos adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade às políticas sociais governamentais, em territórios de descoesão social;

Promover o acesso à justiça para a população dos territórios de descoesão social;

Intensificar e ampliar as medidas de enfrentamento ao crime organizado e à corrupção policial;

Garantir, por meio de medidas de urbanização, a recuperação de equipamentos: espaços públicos seguros;

Promover os direitos humanos, considerando as questões de gênero, étnicas, raciais, de orientação sexual e de diversidade cultural (BRASIL, 2007a, p. 14-15).

Reflexivamente, os objetivos específicos *supra* referenciados demonstraram, a partir da análise do discurso e seus enunciados (BRASIL, 2007a): a) o realce à *meritocracia*, postulado neoliberal atrelado à lógica do capital e ao Estado Gerencial Brasileiro; b) o reforço a cursos profissionalizantes e o fomento do acesso de jovens em situação de vulnerabilidade às políticas sociais governamentais ratificaram a educação como instrumento de controle social, mecanismo de *adequação e padronização* ante às normas comunitárias postas; c) a concepção de acesso à justiça utilizada reduziu-se à atuação do Poder Judiciário, atividade de litigância, cujo emblema é o Supremo Tribunal Federal, com sua arquitetura clássica e suntuosa, na foto retratado; d) a necessidade de *arregaçar as mangas* no combate ao crime organizado e à corrupção policial, *discurso velado* sugestivo de que o enfrentamento foi historicamente secundarizado e passou – intencionalmente, talvez - *despercebido* pelo sistema de justiça criminal; e) a construção de *espaços públicos seguros*, a partir das medidas de urbanização e recuperação dos diversos equipamentos em praças e outros ambientes para lazer, o que passou pelo pressuposto do reconhecimento da pessoa, em suas diversas fases de desenvolvimento, afastadas as práticas discriminatórias que selecionaram e permitiram, com o beneplácito das elites, *quem faria uso* desses espaços de bem estar. Uma inquietação: qual auditório (PERELMAN, 1996) destina-se à política?

Em relação ao público-alvo do Pronasci, esse foi delimitado, a partir de técnicas de focalização, e segundo documentação referente ao processo de formulação: foi o jovem preso; o jovem egresso do sistema prisional; o jovem oriundo do serviço militar; o jovem em situação de descontrole familiar; os adolescentes em conflito com a lei (BRASIL, 2007^a, p.44), realçando etiquetamento e histórica seletividade excludente penal. Todavia, *nada foi dito* sobre os motivos que ceifam a vida de tantos jovens em situação de vulnerabilidade até os dias atuais como verdadeiros fatores culturais geradores dos diversos tipos de violência e que gerariam uma necessária (re)construção do processo civilizatório hodierno, a exemplo das práticas intolerantes e de discriminação contra jovens negros, jovens homossexuais,

jovens pobres, jovens em situação de rua e outros da época e dos dias atuais (WAISELFISZ, 2011, 2016).

Para *além* do discurso posto, o material da formulação reforçou que “os programas não são apenas sociais, são de segurança pública”, como se fosse possível excluir os programas de segurança pública desenvolvidos pelos Estados – sobretudo os que se apresentam como democráticos – do alcance da efetivação plena de uma ordem social constituída como a do Brasil (BRASIL, 2007a, p. 9).

O enunciado discursivo presente na imagem da página 41 da documentação da formulação do Pronasci sugeriu uma proximidade – tensa e perigosa - entre polícia e comunidade na qual uma criança veste-se com os mesmos *trajes* de um policial, trazendo à baila a reflexão sobre o perigo da reprodução dos postulados militarizados na beleza da infância, sua conseqüente *destituição* e das repercussões dessa *padronização e redenção* nas práticas, violentas e, por vezes, naturalizadas por essas *pessoas em desenvolvimento* (figura 2) (BRASIL, 2007a).

Figura 2 - A infância (des)protegida em xeque



Fonte: Brasil (2007a, p. 41)

Em *suspense*, o entendimento – *simbólico* e relacional às históricas estruturas de dominação – que caberia às mulheres a promoção da paz e aos homens a manutenção e conservação do patrimônio, ainda que façam uso de mecanismos violentos de contenção e intimidação, como a imagem que representam que estariam, nas cores da bandeira nacional, à postos, ativos, operantes, unidos e apresentados *ao confronto* pela ordem e progresso do Brasil na imagem na página 64 (figura 3) (BRASIL, 2007a).

Figura 3 - Homens em prontidão pela ordem e progresso do Brasil



Fonte: Brasil (2007a, p. 64)

Em reciprocidade à análise acima, com o foco na família, destaque para a previsão do projeto originariamente chamado *Mães da Paz* (2007a, p. 44).³⁴

³⁴ A implementação desse projeto, segundo relatório publicado, ocorreu por meio da identificação dos participantes por meio de assistentes sociais ligados ao Pronasci; formação sociojurídica realizada mediante cursos de capacitação, também, com foco em direitos humanos, gênero e mediação pacífica dos conflitos; desenvolvimento de atividades de reeducação e valorização dos jovens e adolescentes; e colaboração e participação nas ações desenvolvidas pelo Protejo em comunhão com os Conselhos Tutelares, partindo do pressuposto que a liderança exercida por essas mulheres em suas comunidades pode contribuir para afastar os jovens da criminalidade (BRASIL, 2010). Nessa perspectiva, o *empoderamento* dessas mulheres que, enfrentando e discutindo todo tipo de opressão, colaboraram na remodelagem do espaço, cultivando valores e novas práticas (FERREIRA; BRITTO, 2010).

Constatou-se um modelo de intervenção social com centralidade na implementação de políticas públicas às mulheres, fossem usuárias de programas de transferência de renda ou como agentes que, atuando em rede, cooperariam para a execução de projetos em ambiências de vulnerabilidade. Nesse sentido, vislumbrou-se que

Essa participação das mulheres nos programas sociais brasileiros incorpora várias concepções de identidade de gênero. Uma dessas identidades valoriza o modelo tradicional de família, visto como um pilar para a construção de redes de segurança para as famílias pobres. **Neste caso, os atributos tradicionalmente associados às mulheres como a vocação para o cuidado e agregação das famílias colocam-se como virtudes a serviço das políticas de distribuição de renda, enfrentamento da pobreza e da vulnerabilidade social.** No caso do enfrentamento da violência, os movimentos de mães contribuíram para o fortalecimento da percepção que associa mulheres, maternidade e não violência, o que alimentou uma série de iniciativas governamentais e não governamentais de mobilização das mulheres para projetos e campanhas contra a violência, o desarmamento, etc. (SILVEIRA et al., 2014, p. 124, grifo nosso).

Salienta-se, por oportuno, na *desordem*, que ainda na fase inicial do processo de formulação, verificou-se um discurso que reduzia o gênero à maternidade, naturalizando a *mãe cuidadora* em detrimento ao necessário *empoderamento*. O projeto foi, inclusive, renomeado por alteração legislativa provocada pela *Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres* (SPM) restando na norma³⁵ como *Mulheres da Paz*, considerando que as mulheres, para além de serem mães, podem exercer necessária função na prevenção das violências, no objetivo de formação e conscientização dos jovens (FERREIRA; BRITTO, 2010).

³⁵ O trabalho desenvolvido pelo *Mulheres da Paz* teve com foco: “I. A mobilização social para afirmação da cidadania, tendo em vista a emancipação das mulheres e prevenção e enfrentamento da violência contra mulheres; e II. A articulação com jovens e adolescentes, com vistas na sua participação e inclusão em programas sociais de promoção da cidadania e na rede de organizações parceiras capazes de responder de modo consistente e permanente às suas demandas por apoio psicológico, jurídico e social” (BRASIL, 2008, não paginado). Segundo Frota et al. (2014, p. 156) referido projeto “contou com o apoio de 25 estados, o Distrito Federal e 173 municípios brasileiros. No total, mais de 11 mil mulheres participaram do Programa”.

Reflexivamente, sobre a concepção familiar como referencial ético para a formulação dos programas locais, depreendeu-se a eleição do tradicional e conservador *conceito de família* pelo Programa, a partir da existência de um homem, uma mulher e uma criança/filho, retratada no enunciado representativo presente no material referente ao desenho pronasciano na fase de sua elaboração (figura 4) (BRASIL, 2007a).

Figura 4 – *Fora da pauta* as demais expressões de família, lugar de afeto e olhares

O infográfico apresenta o tema "PROGRAMAS LOCAIS" e o "Programa 2 – Integração do Jovem e da Família". No centro, há uma fotografia de uma família composta por uma mulher, um jovem e um homem. À esquerda, sob o título "JOVEM", são listados programas para jovens privados e em liberdade. À direita, sob o título "FAMÍLIA", são listados programas como "Maes da Paz", "Reformulação dos Conselhos Tutelares", "Programa Saúde da Família (PSF)" e "Projeto Família".

JOVEM	FAMÍLIA
Jovens privados de liberdade <ul style="list-style-type: none">▪ Remição da pena por estudo regular▪ Brasil Alfabetizado▪ Proeja▪ Preparação para o Enem (ProUni)▪ Pintando a Liberdade▪ Pintando a Cidadania	Maes da Paz
Jovens em liberdade <ul style="list-style-type: none">▪ Protejo▪ Reservista Cidadão▪ Construção de unidades para o cumprimento de medidas sócio-educativas	Reformulação dos Conselhos Tutelares
	Programa Saúde da Família (PSF) CREAS (Centro de Referência Especializado em Assistência Social) CAPS (Centro de Apoio Psicossocial) CRAS (Centro de Referência em Assistência Social)
	Projeto Família Economia solidária Assistência jurídica aos apenados(as) e famílias pela Defensoria Pública

Ministério da Justiça

Fonte: Brasil (2007a, p. 44)

Excluiu-se da pauta as diversas concepções de família, em tempos que já se discutem a *poliafetividade*, além das diversas manifestações e expressões familiares reconhecidos sociojuridicamente (BRASIL, 2007a).

Indubitavelmente, a construção de uma cultura de paz em determinado território relacional deve envolver e mobilizar os mais diversos sujeitos a fim de que essa perdure no tempo, fomentando um novo ambiente e sadias formas de convivência,

otimizadas pela alteridade, solidariedade e respeito à biodiversidade e ao multiculturalismo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Pronasci afigurou-se proposta diferenciada apresentada como comprometida com o desenvolvimento humano e com as diretrizes de uma concepção de justiça social, latente no contexto de desigualdades socioeconômicas e no estágio do processo civilizatório que o Brasil ainda se encontra. Pelo marco normativo, a *intersectorialidade*, o olhar interdisciplinar e o atrelamento de ações preventivas e repressivas dado à problemática complexa e relacional aqui configurada desenvolveriam capacidades estatais em grau máximo de realização para um efetivo tratamento dado à questão, inovando, sem precedentes, na seara.

Problema visível para agentes sociais diversos e também para a gestão pública nas diversas esferas, a insegurança é bandeira permanentemente levantada pelos grupos de pressão. É necessidade básica para o bem-estar e feita, também, estratégia de campanha para eleição e permanência legítima no poder dos que exercem mandato eletivo em democracias representativas já que se trata de desafiadora finalidade protetiva constitutiva do sentido da política e do próprio Estado, facilmente manipulada nos discursos dos palanques eleitorais.

O *Programa*, pela análise feita nas unidades discursivas, revelou-se como uma tentativa de enfrentamento à problemática complexa das violências e da criminalidade e, veladamente, como estratégia política e partidária de apresentar ao país um programa diferenciado, comprometido com as bases de justiça social do partido governista da época de sua formulação e que harmonizasse interesses hegemônicos, historicamente construídos e realçados, de recrudescimento com as notas da repercussão da cidadania, da inclusão e democracia racial, ideologias constitutivas da plataforma de governo petista, sob o comando do Presidente Lula e ratificada pela postura e intento de

um novo *programa para a segurança pública* apresentado na gestão de seu segundo mandato.

O processo de formulação do Pronasci foi marcado por um *jeito* etiquetado como *brasileiro*: o produto, fruto do consenso, teve apelo notadamente institucional, não permitiu a participação das bases na sua elaboração, afluindo-se, pelos *discursos ditos*, a característica político-partidária que lhe transvestia. Simbolicamente, e certamente sem assim perceber-se, a equipe governista como *sujeito constituído formulador* reproduziu a interpelação que impede o reconhecimento da cidadania como o *direito a ter direitos*. Para além de formalmente oficializar como ações integrantes de um dito complexo Programa, em *jogo* os interesses de concretamente garantir *verba orçamentária* para projetos já desenvolvidos por diversos ministérios, ainda que materialmente pouco dialogassem com o conteúdo que o Pronasci demonstrava possuir.

Em *xequê* a própria noção de cidadania. Mais do que um *carimbo* ou rótulo que reconheça a ação como *cidadã ou pronasciana*, seu *substractum* deveria ser voltado para o desenvolvimento multidimensional, em contexto constitucionalmente firmado.

Com base na hermenêutica concretizadora, o *auditório* do agente público ministerial, protagonista do processo de formulação, precisou ser convencido que se tratava de uma nova intervenção, de bases inovadores que poderia surtir excelentes resultados em curto prazo, atendendo as expectativas específicas imediatas, tanto da tessitura social brasileira marcada pelo medo e pela insegurança, iludida pela força da punição para o desiderato pretendido como também do programa de governo vigente que buscava no Pronasci uma saída urgente e efetiva para legitimar sua atuação como Estado Providência, ainda que com a essência – histórica e permanente – de *repressor*.

Foi nesse escopo, pois, que a nomenclatura gerou o *consenso* para a formulação: por uma racionalidade política – e partidária – com o desejo de imprimir inovação a um paradigma, já existente como modelo no plano internacional, que o Ministro da Justiça *batizou* o Programa ora em análise como *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania*.

Revelou-se pelo título do Programa, na *desordem* do discurso, a intenção política de *agradar* interesses distintos do *auditório* brasileiro, de lógicas contrastantes, a saber: a histórica repressão que serve a uma matriz de recrudescimento, estigmatizante e rotulador, característica das políticas de segurança de base autoritária e legitimadas historicamente; e, por meio de um discurso de adequação constitucional, o respeito ao desenvolvimento humano, à democracia racial e inclusiva socialmente por meio da adição das notas de *cidadania*, pífias para a transformação de questão social tão complexa.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Dogmática penal: em busca da segurança jurídica prometida**. 1994. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1994.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2014.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Anais da Assembleia Constituinte**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp>. Acesso em: 10 jun. 2016.

AZEVEDO, Solange. **Cidades violentas perdem negócios: para o economista de Harvard, a criminalidade afasta os empreendedores que impulsionam o progresso: entrevista com Edward L. Glaeser**. **Revista Época**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EDR78226-6009,00.html>>. Acesso em: 1º ago. 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal**. Saarbrücken: Sarlaand, 1993.

BERGALLI, Roberto; RAMIREZ, Juan Bastos. **O pensamento criminológico I: uma análise crítica.** Rio de Janeiro: Revan, 2015a

_____. **O pensamento criminológico II: Estado e Controle.** Rio de Janeiro: Revan, 2015b.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand, 2011.

_____. **Sobre o Estado.** São Paulo: Cia das Letras, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Comissão Nacional da Verdade: relatório final: conclusões e recomendações.** Brasília, DF: MJ, 2014.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007.** Institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci e dá outras providências. Brasília, DF, 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11530.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. **Lei nº 11.707, de 19 de junho de 2008.** Altera a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007, que institui o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/L11707.htm>. Acesso em: 10 jun. 2014.

_____. Ministério da Justiça. Coordenador-Geral de Planejamento Setorial. **Segurança pública com cidadania.** Brasília, DF, 2010.

_____. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania: material da formulação.** Brasília, DF, 2007a. Disponível em: <<http://www.mpro.mp.br/documents/10180/580287/PRONASCI+-+Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf/cc93e1e4-0cbc-4411-aa6e-eea4bac63893>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

CARVALHO, Thiago Fabres de. **Criminologia, (in)visibilidade, reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 2014.

CENTRO INTERNACIONAL DE INVESTIGAÇÃO E INFORMAÇÃO PARA A PAZ. **Estado da paz e evolução da Violência.** Brasília, DF: CIIP, 2002.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal de emergência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIA. **Anais do Encontro Nacional de Direitos Humanos**: por uma segurança pública e uma justiça para garantia de direitos. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2007.

COSER, Lewis A. **The functions of social conflict**. New York: The Free Press, 1956.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural. **Ciência e Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 33-52, 1999.

ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. São Paulo: Editora Zahar, 2005.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITTO, Ângela (Orgs.). **Segurança e Cidadania**: memórias do Pronasci: depoimentos ao CPDOC/FGV. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. São Paulo: GEN, 2012.

_____. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2013.

_____. **A sociedade punitiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

_____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014a.

_____. **Vigiar e punir**. Petrópolis: Vozes, 2014b.

GALTUNG, Johan. Violencia, paz e investigacion sobre la paz. In: _____. **Investigaciones teóricas, sociedad y cultura contemporáneas**. Alicante: Tecnos, 1996.

GARAPON, Antoine; GROS, Frederic; PECH, Thierry. **Punir em democracia e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição Dirigente. 2. ed. Lisboa: Juruá, 2011.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

GURR, Ted Robert. **Why men rebel?** Princeton: Princeton University Press, 1970.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KASZNAR, Istvan. A leitura econômica da violência e segurança. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília, DF: Editora da UNB, 1980.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MALCOLM, Joyce Lee. **Violência e armas**: a experiência inglesa. São Paulo: Vide Editorial, 2014.

MARSHALL, Thomas H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

MARTINS, José de Sousa. **Linchamentos**: a justiça popular no Brasil. São Paulo: Contexto, 2015.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MESQUITA NETO, Paulo de. **Ensaio sobre segurança cidadã**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

MESQUITA NETO, Paulo de. Políticas municipais de segurança cidadã: problemas e soluções. **Análises e Propostas**, São Paulo, n. 33, p. 6-26, dez. 2006.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina. Tradução Otacílio Nunes. **Revista Novos Estudos**, São Paulo, n. 51, p. 37-61, jul. 1998.

_____. **Teoria democrática e política comparada**. Rio de Janeiro, 1999.

OFFE, Claus. **Capitalismo desorganizado**: as transformações contemporâneas do trabalho e da política. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERES, Maria Fernanda Tourinho. Violência: um problema de saúde pública. In: LIMA, Renato Sérgio; PAULA, Liana de (Orgs.). **Segurança pública e violência**: o Estado está cumprindo seu papel? São Paulo: Contexto, 2008.

PINASSI, Maria Orlanda. A ideologia da crise e o surto incontrollável da irrazão. In: SAMPAIO JÚNIOR, Plínio de Arruda. **Capitalismo em crise: a natureza e dinâmica da crise econômica mundial**. São Paulo: Editora Instituto José Luís e Rosa Sundermann, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. State: sponsored violence in Brazil. In: CHALMERS, Douglas A. et al. **The new politics of inequality in Latin America: rethinking participation and representation**. New York: Oxford Studies in Democratization, Oxford University Press, 1997.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Informe sobre desenvolvimento humano de 1994**. Informe Human Security Now. Lisboa: Comissão de Segurança Humana, 1994.

_____. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2006.

_____. Segurança cidadã, desenvolvimento humano e governabilidade democrática: ferramentas para a formulação de políticas em segurança cidadã. In: _____. **Gestão de Políticas Públicas de Segurança Cidadã**: caderno de trabalho. Brasília, DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2005.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROSA, João Guimarães. **A terceira margem do rio**. São Paulo: Nova Fronteira, 2012.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e (Org.). **Pesquisa avaliativa: aspectos teóricos-metodológicos**. São Paulo: Veras, 2008.

_____. **Pesquisa avaliativa: aspectos teóricos-metodológicos**. São Paulo: Veras, 2013.

SILVEIRA, Andrea Maria et al. Projetos Protejo e Mulheres da Paz: a percepção dos participantes em Minas Gerais e Rio de Janeiro. In: SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Pensando a segurança pública: avaliações, diagnósticos e análises de ações, programas e projetos em segurança pública**. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1958.

SOUSA NETO, Cláudio Pereira de. Parâmetros para a conceituação constitucionalmente adequada da segurança pública. In: OLIVEIRA, Fátima Bayma et al. (Orgs.). **Desafios da gestão pública de segurança**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez. 2006.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao Estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? São Paulo: Cortez, 1999.

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

_____. Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal. In: ZAMORA, Daniel (Org.). **Critiquer Foucault**. Bruxelas: Editions Aden, 2014.

_____. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WASELFISZ, Julio Jacobo (Org.). **Mapa da Violência 2012**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2012.

_____. **Mapa da Violência 2016**: os novos padrões da violência homicida no Brasil. São Paulo: Instituto Sangari, 2016.

_____. **Mapa da Violência 2011**: Os Jovens do Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Instituto

WEBER, Max. **O direito na economia e na sociedade**. Brasília, DF: Editora da UNB, 2011.

WIEVIORKA, Michel. O novo paradigma da violência. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 5-41, maio 1997.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Florianópolis: Revan, 2012.

_____. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

FRAGMENTOS SOBRE O FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL EM CASOS ENVOLVENDO VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Vanessa Dorneles Schinke

Professora Adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA), Integrante afiliada da Rede Latino Americana de Justiça de Transição, Pesquisadora Associada à Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED), Doutora em Ciências Criminais (PUCRS), Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: vanessa.schinke@gmail.com.

Resumo: A pesquisa tem como finalidade identificar as falhas do sistema de registro utilizado pela Polícia Civil em casos que envolvam violência de gênero e, especialmente, violência doméstica contra a mulher. O recorte foi realizado no município de Santana do Livramento/RS, através da análise de todos os registros de ocorrências feitos pela Delegacia de Polícia Pronto Atendimento (DPPA), entre 1º de janeiro e 30 de junho de 2017. Através da colheita de informações de delitos específicos (estupro, ameaça, lesão corporal, vias de fato, perturbação da ordem, injúria/difamação/calúnia, feminicídio, violação de domicílio e descumprimento de Medida Protetiva), foi possível identificar os perfis das vítimas e dos agressores, bem como as informações acerca das áreas urbanas e rurais com maiores índices de registros de violências contra a mulher (LINHARES, 2013). Essa estratégia metodológica possibilitou a identificação de diversas falhas no sistema de justiça, algumas mais amplas e outras restritas à Polícia Civil. Em relação às instituições públicas, constatou-se que o Poder Executivo local nunca realizou nenhuma forma de mapeamento sobre violência por razão de gênero, o que impossibilita a implementação de políticas públicas regionalmente adequadas (BARCOS, 2012). Ademais, as instituições do sistema de justiça (Polícias, Vara Criminal, Ministério Público e Defensoria Pública) possuem formas de registros díspares, conforme seja do interesse para o exercício de suas respectivas atribuições (embora também tenham sido identificadas falhas no sistema dessas instituições, ainda que para uso interno).

Paralelamente, essas instituições não mantêm comunicação entre seus bancos de dados e, em regra, não possuem bancos de dados sistematizados. Em relação à Polícia Civil, verificou-se não haver sala destinada para o acolhimento das mulheres vítimas de violência, com exceção de raros momentos em que as vítimas foram encaminhadas para um espaço reservado na Delegacia, em razão do constrangimento causado pela equipe de pesquisa junto aos agentes de polícia. Ainda sobre a Polícia, o sistema de registro não é informatizado, o que dificulta a possibilidade de contribuição para construção de políticas públicas pontuais (RIQUELME, 2014); as violências em razão de gênero são, não raro, incorretamente registradas como violências comuns; há um desconhecimento geral dos agentes de polícia acerca do que seja gênero e violência por razões de gênero, o que pode explicar, em parte, as falhas no tratamento dos registros (SCOTT, 1994). Em relação às vítimas, verificou-se que a maioria tem menos de 18 anos, baixa escolaridade e já foi vítima de violência por razão de gênero por mais de uma vez (BERNARDES, 2016). Quanto aos agressores, as violências aumentam durante os finais de semana e a indicação sobre o estado civil difere quantitativamente da informação prestada pela vítima, sendo comum encontrar registros em que o agressor afirma ser “casado” com a vítima, enquanto a vítima diz ser “solteira” (MACHADO, 2015). Curiosamente, quanto às relações raciais, ainda que residam em áreas vulneráveis do município, a maioria das vítimas e dos agressores não se autodeclaram negro/pardo. Os resultados preliminares apontam para a disfuncionalidade do sistema de justiça para o tratamento de crimes que envolvam o marcador social da diferença gênero, inclusive para o desconhecimento, pelos próprios agentes do sistema, do conceito de gênero e de que forma esse marcador está relacionado com a violência e com o funcionamento das instituições.

Palavras-chave: Mulheres. Gênero. Violência. Polícia Civil. Sistema de Justiça.

INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como finalidade identificar as falhas do sistema de registro utilizado pela Polícia Civil em casos que envolvam violência de gênero e, especialmente,

violência doméstica contra a mulher. O recorte foi realizado no município de Santana do Livramento/RS, através da análise de todos os registros de ocorrências feitos pela Delegacia de Polícia Pronto Atendimento (DPPA), entre 1º de janeiro e 30 de junho de 2017.

Através da colheita de informações de delitos específicos (estupro, ameaça, lesão corporal, vias de fato, perturbação da ordem, injúria/difamação/calúnia, feminicídio, violação de domicílio e descumprimento de Medida Protetiva), foi possível identificar os perfis das vítimas e dos agressores, bem como as informações acerca das áreas urbanas e rurais com maiores índices de registros de violências contra a mulher (LINHARES, 2013).

Essa estratégia metodológica possibilitou a identificação de diversas falhas no sistema de justiça, algumas mais amplas e outras restritas à Polícia Civil. Em relação às instituições públicas, constatou-se que o Poder Executivo local nunca realizou nenhuma forma de mapeamento sobre violência por razão de gênero, o que impossibilita a implementação de políticas públicas regionalmente adequadas (BARCOS, 2012). Ademais, as instituições do sistema de justiça (Polícias, Vara Criminal, Ministério Público e Defensoria Pública) possuem formas de registros díspares, conforme seja do interesse para o exercício de suas respectivas atribuições (embora também tenham sido identificados falhas no sistema dessas instituições, ainda que para uso interno).

Paralelamente, essas instituições não mantêm comunicação entre seus bancos de dados e, em regra, não possuem bancos de dados sistematizados. Em relação à Polícia Civil, verificou-se não haver sala destinada para o acolhimento das mulheres vítimas de violência, com exceção de raros momentos em que as vítimas foram encaminhadas para um espaço reservado na Delegacia, em razão do constrangimento causado pela equipe de pesquisa junto aos agentes de polícia.

Ainda sobre a Polícia, o sistema de registro não é informatizado, o que dificulta a possibilidade de contribuição para construção de políticas públicas pontuais (RIQUELME, 2014); as violências em razão de gênero são, não raro, incorretamente registradas como violências comuns; há um desconhecimento geral dos agentes de polícia

acerca do que seja gênero e violência por razões de gênero, o que pode explicar, em parte, as falhas no tratamento dos registros (SCOTT, 1994).

Em relação às vítimas, verificou-se que a maioria tem menos de 18 anos, baixa escolaridade e já foi vítima de violência por razão de gênero por mais de uma vez (BERNARDES, 2016). Quanto aos agressores, as violências aumentam durante os finais de semana e a indicação sobre o estado civil difere quantitativamente da informação prestada pela vítima, sendo comum encontrar registros em que o agressor afirma ser “casado” com a vítima, enquanto a vítima diz ser “solteira” (MACHADO, 2015).

Curiosamente, quanto às relações raciais, ainda que residam em áreas vulneráveis do município, a maioria das vítimas e dos agressores não se autodeclararam negro/pardo. Os resultados preliminares apontam para a disfuncionalidade do sistema de justiça para o tratamento de crimes que envolvam o marcador social da diferença *gênero*, inclusive para o desconhecimento, pelos próprios agentes do sistema, do conceito de *gênero* e de que forma esse marcador está relacionado com a violência e com o funcionamento das instituições.

A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO MARCO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

As primeiras iniciativas para combater a violência contra as mulheres a nível internacional focaram-se principalmente na ideia de *família*. O Plano de Ação Global para a Promoção da Mulher, aprovado na Conferência Mundial de Ano Internacional das Mulheres, realizada em 1975, na Cidade do México, chamou a atenção para a necessidade de programas educacionais e meios para resolver conflitos familiares que garantissem dignidade, igualdade e segurança para cada um dos membros da família, mas não se referiu explicitamente à violência. No entanto, o Tribunal paralelo formado por organizações não governamentais, realizado no México, e o Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, realizado em Bruxelas, em 1976, deram destaque a formas de violência contra a mulher (RUSSELL, 1984). A partir do enfoque privatista, por anos os

direitos humanos das mulheres não foram protegidos contra a violência, vez que esse paradigma do espaço privado incumbia a regulação e a contenção dos excessos ao direito civil, não cogitando, por óbvio, a implementação de políticas públicas.

Esse arcaico binarismo foi superado pelo marco da Convenção de Belém do Pará, responsável por inserir sob a lupa dos direitos humanos a realidade enfrentada por milhares de mulheres da região, ao adotar como novo paradigma dos direitos humanos - especialmente os direitos humanos das mulheres - a fluidez entre as concepções de esferas pública e privada e, conseqüentemente, remetendo aos Estados o dever indelegável de prevenir, erradicar e responsabilizar os casos de violência contra as mulheres (GUERRERO, 2012, p. 11).

O enorme leque de pesquisas recentes desenvolvidas por distintas instituições e organizações sociais sobre as múltiplas formas de violência contra a mulher, juntamente com campanhas promoção, não raro impulsionadas por políticas públicas, levaram ao reconhecimento de que a violência contra mulher é um fenômeno global e de natureza sistêmica, enraizada em desequilíbrios de poder e na desigualdade estrutural entre homens e mulheres. Nesse sentido, vários trabalhos indicam ser fundamental a identificação do vínculo entre a violência contra a mulher e processos de discriminação (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 9).

O trabalho do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra Mulheres (CEDAW), órgão criado em 1982 para monitorar a implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Mulheres, tem contribuído significativamente para o reconhecimento da violência contra as mulheres como uma questão de direitos humanos. A Convenção não faz referência explícita à violência contra as mulheres, mas o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres deixou claro que todas as formas de violência contra as mulheres se enquadram na definição de Discriminação contra as Mulheres estabelecidos no âmbito da Convenção. Como praxe, o Comitê solicita aos Estados Partes que tomem as medidas necessárias para pôr fim a essa violência. Ilustrativamente, na sua Recomendação Geral nº. 12 (1989), destacou para os Estados Partes a obrigação de proteger as mulheres contra a violência previstos em vários artigos da Convenção e pediu-lhes para incluir em seus relatórios

periódicos encaminhados à Comissão informações relativas à frequência dessas violências e as medidas tomadas para erradicá-las (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 11).

No mesmo sentido, a Recomendação Geral nº 19 (1992) estabelece uma relevante conexão ao afirmar, inequivocamente, que a violência contra as mulheres constitui uma forma de discriminação de gênero e que essa discriminação é uma das principais causas da violência. Essa análise inseriu a violência contra as mulheres nos termos da Convenção, bem como a norma jurídica internacional de não discriminação em razão do sexo. A partir de então, políticas públicas locais, regionais e nacionais têm sido estimuladas conforme o marco internacional de proteção e de erradicação da violência contra a mulher, o que abriu um arcabouço jurisprudencial de denúncias e procedimentos ao abrigo do Protocolo Facultativo da Convenção, em vigor desde 2000, permitindo que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tenha uma sólida jurisprudência na matéria.

A Comissão estabeleceu o direito da mulher de viver livre de violência e discriminação como um desafio prioritário em sistemas de proteção dos direitos humanos nos níveis regional e internacional. O entendimento é que a promulgação de instrumentos internacionais de direitos humanos que protegem o direito da mulher de viver livre de violência reflete um razoável consenso e o reconhecimento pelos Estados de que suas sociedades conferem, historicamente, um tratamento discriminatório às mulheres. O fato de a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) ser o instrumento mais amplamente ratificado do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, junto ao fato de que a maioria dos Estados latino-americanos também ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, bem como seu Protocolo facultativo, reflete o consenso regional de que a violência contra as mulheres é um problema em aberto e generalizado que requer a ação do Estado para alcançar sua prevenção, investigação, punição e reparação.

O precedente legal do sistema interamericano afirma que um acesso *de jure e de facto* às garantias e à proteção judicial é indispensável para erradicar o problema da violência contra as mulheres e, conseqüentemente, para que os Estados cumpram efetivamente as obrigações internacionais que assumiram livremente de atuar no combate a esse grave problema de direitos humanos. No entanto, trabalhos recentes da CIDH sugerem que as mulheres vítimas de violência muitas vezes não têm acesso a recursos judiciais adequados e eficazes para denunciar a violência sofrida, permanecendo a grande maioria destes incidentes impunes. Diante dessa realidade, a Comissão observa que a maioria dos casos de violência contra a mulher são marcados pela impunidade, retroalimentando a perpetuação dessa violação dos direitos humanos (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2007).

Ainda que os instrumentos internacionais não adotem um conceito isolado de violência contra a mulher, há certo consenso no fato de que a violência contra as mulheres é baseada em uma construção de gênero, dirigida contra uma mulher pelo simples fato de ser identificada como uma mulher ou que afete desproporcionalmente grupos de mulheres, nesse aspecto relacionando-se claramente com os marcadores sociais da diferença, incluindo atos que causem sofrimentos físico, mental ou sexual, além de situações como coerção, ameaça, constrangimentos e outras privações de liberdade, interferindo no pleno exercício de direitos sociais, políticos e econômicos.

O MARCO CONSTITUCIONAL E O AUTORITARISMO POLICIAL

No marco brasileiro de proteção penal-normativa à mulher, a Polícia Civil é a porta de entrada do sistema de justiça, ubicado no marco do Estado Constitucional. Responsável pelo primeiro contato com as vítimas e pela decodificação dos relatos para a linguagem burocrática legalista, a ser encaminhada para outras instituições do sistema ou determinante para a tomada de medidas excepcionais de urgência, o espaço responsável por acolher as vítimas de violência motivadas por razão de gênero é resultado de décadas de abusos no uso da força e uma lógica de burocrática de funcionamento

(PINHEIRO, 1997, p. 48). Não por outro motivo, o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade dedicou boa parte das suas Recomendações para as polícias brasileiras (BRASIL, 2014). Daí as referências ao *autoritarismo* das polícias brasileiras. Célia Pedroso, por exemplo, em trabalho dedicado à relação entre Estado autoritário e ideologia policial, utiliza diversas vezes a expressão.

O perigo representado perante o poder de Estado pelas oposições políticas no Brasil serviu de bandeira para a construção do mito da ordem e segurança pública e para a edificação da estrutura autoritária que persistiu ao longo do século XX em nossa sociedade. Cabe ao historiador buscar, ao longo de nossa história política, as relações de poder existentes na sociedade, que serviram de suporte a tal, para a edificação do viés autoritário por parte das elites políticas. (PEDROSO, 2005, p. 92).

Sobre o conceito, Rogério Santos afirma que, historicamente, a sociedade brasileira tem sido incapaz de criar um sistema político em condições de se contrapor efetivamente ao peso avassalador do poder central ou contrabalança-lo. As razões dessa ressalva são muitas. Uma delas, no entanto, é que a oposição ao autoritarismo tende frequentemente a confundir e misturar dois tipos de problemas totalmente distintos. Por uma parte, está o contraste entre o Estado patrimonial, irracional, centralizador, autoritário, e os setores da sociedade que se pretendem autônomos. Por outra, no entanto, está o contraste entre as ideologias liberais de não-intervencionismo, privatismo, e as necessidades ineludíveis de planejamento governamental e intervenção do Estado na vida econômica e social do país. Deve ser possível, tarde ou cedo, chegar a esse novo pacto social entre Estado e sociedade, quando não seja pelo fato de que não parecem existir outras alternativas exceto o autoritarismo puro e simples (DULTRA, 2007, p. 282).

Concentração do poder, o esvaziamento das instituições representativas e a redução dos limites do governo são características associadas ao substantivo *autoritarismo*. Termo que, não raro, é apresentado como autoexplicativo, empalidecendo distinções relevantes entre diferentes contextos históricos. Essa constatação levou Rogério Santos a afirmar que a literatura ajudou a sedimentar o senso comum de que essa expressão seja suficiente para classificar doutrinas que orientavam a formação de modelos de Estado centralizadores no Brasil.

O conseqüente conceito de Estado autoritário – derivado do pensamento liberal que cunhou o termo autoritarismo – é incapaz de definir, entretanto, o conteúdo ou a forma de determinada organização política. Em geral, o conceito serve para assinalar manifestações distintas do Estado liberal, limitando-se a identificar elementos de estados não-liberais. O adjetivo autoritário, em sua inconsistência conceitual, é marcadamente ideológico. Um número sensivelmente significativo de modelos políticos passa a ser classificado como integrante do conjunto de estados autoritários, sem a preocupação com as distinções relativas a cada modelo. (DULTRA, 2007, p. 284).

Para Hannah Arendt, a utilização do termo *autoritarismo* pressupõe a distorção da ideia legítima de autoridade, acarretando uma estrutura política excessivamente hierárquica, a fim de concentrar o poder político, prescindindo ou opondo-se ao funcionamento das instituições liberaldemocrática. Em razão dessa organização hierarquizada, Arendt complementa dizendo que a forma autoritária de governo é a menos igualitária de todas as formas, pois incorpora a desigualdade e a distinção como princípios ubíquos (ARENDR, 2005, p. 135).

Compartilhando esse entendimento, Mario Stoppino (2000, p. 100) chama de autoritários os regimes que privilegiam a autoridade governamental, diminuindo, de forma mais ou menos radical, o consenso e colocando em posição secundária as instituições representativas. Em sentido genérico, o autor define regime autoritário a

partir da oposição com a democracia, distinção que ocorre pela direção em que a autoridade é transmitida e pelo grau de autonomia de outros espaços políticos.

No primeiro enfoque, dá-se a supressão ou o esvaziamento do legislativo, das eleições e do sistema representativo, de forma geral. Sob o segundo aspecto, caracteriza-se pela supressão de liberdades, seja pela via formal, seja material. Para Stoppino, o adjetivo ‘autoritário’ e o substantivo ‘autoritarismo’, que dele deriva, empregam-se especificamente em três contextos: a estrutura dos sistemas políticos, as disposições psicológicas a respeito do poder e as ideologias políticas (2000, p. 94).

Relacionando autoritarismo, liberalismo e constitucionalismo, Rogério Santos entende que conformações antiliberais do Estado não se identificam com um constitucionalismo antiliberal, embora estreitamente relacionados. Um dos caminhos para diferenciá-los parte dos fundamentos sobre a política de autoridade. O antiliberalismo da década de 20, conforme o autor, desloca esses fundamentos da autoridade. O constitucionalismo antiliberal, por sua vez, possibilita a suspensão do direito - autorizada pelo próprio direito -, legitimando a existência de regimes autoritários. Nas palavras de Leonardo Barbosa, o pensamento autoritário é mais do que antiliberal, é anticonstitucional (BARBOSA, 2012, p. 23). Inúmeros outros exemplos poderiam ser listados, mas, por ora, cabe identificar que a literatura aproxima os diferentes conceitos a partir de três elementos: a supressão dos espaços de representação, a ausência de limites ao poder e o prejuízo aos direitos fundamentais.

Conforme Carvalho Netto (2002, p. 4), em uma acepção mais ampla, constitucionalismo traduz-se, em última instância, na permanente busca de instaurar e efetivar, concretamente, a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de uma sociedade complexa – que não pode mais se sustentar em fundamentos absolutos para legitimar seu próprio sistema de direitos e sua organização política: a crença de que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, coautores das leis que regem nossa vida em comum.

No quadro do constitucionalismo, em que há separação e limitação dos poderes e a garantia de direitos fundamentais, o poder judiciário foi incumbido de apontar os excessos do exercício do poder, de proteger os direitos fundamentais e, em alguns

sistemas, de realizar o controle de constitucionalidade, de forma independente e imparcial. Na fórmula do Estado Constitucional, está contida a aspiração a um bom equilíbrio entre o princípio democrático, aferido pelo funcionamento das instituições da democracia política, do papel do legislativo, do executivo, e da ideia, inerente a toda tradição constitucional, dos limites da política, a ser fixada pela força normativa da Constituição e, em particular, através do controle de constitucionalidade, cada vez relevante nas democracias de hoje (FIORAVANTI, 2001, p. 162).

Ao passo que, principalmente no século XX, o termo democracia passou a ser associado à representatividade - o que remete à discussão entre Schmitt e Chantal Mouffe -, a introdução do judiciário no chamado Estado de Direito, em um primeiro momento, está relacionada à proteção dos princípios fundamentais que orientam a vida política e à limitação dos excessos dos representantes eleitos. Daí Roberto Gargarella dizer que as Constituições modernas pressupõem um judiciário independente que, dentro de um sistema de limitação e separação de poderes, é responsável por proteger os direitos fundamentais.

Nos regimes democráticos, o judiciário articula a tradicional divisão das Constituições, que preveem, de uma parte, a organização do governo, dentro da qual cabe ao judiciário o controle da constitucionalidade da legislação - impondo limite ao executivo e ao legislativo e, assim, limitando o espaço dos representantes da soberania - e, de outra parte, a defesa de um rol de direitos civis e políticos - consubstanciando a defesa dos direitos fundamentais, em um exercício contramajoritário (GARGARELLA, 2009, p. 21).

Paralelamente, a ideia de violência por razões de gênero não possui definição canônica, estando intrincada a concepções de justiça de gênero que, por sua vez, é trespassada por diversos paradigmas (GOETZ, 2008, p. 22). A Lei Maria da Penha, por exemplo, embora não contemple à exaustão as possibilidades de violência perpetradas por razão de gênero (CUSACK, 2010), é o documento fundante do acolhimento pelo país das diretrizes internacionais de direitos humanos voltadas para o combate da violência contra a mulher. É nesse contexto que se insere a presente pesquisa, que contempla resultados parciais até o momento.

Embora a decisão em procedimentos penais judicializados caiba ao judiciário, é a Polícia Civil que, em regra, realiza as ações iniciais de acesso a todo o sistema de justiça. A possibilidade de atribuir-se o adjetivo *autoritário* a essa instituição, ainda que na concepção mais largada, relativa a hábitos procedimentais que não requeiram contato direto com os cidadãos, indica o descompasso entre os mecanismos adotados pelo Estado brasileiro para lidar com questões atinentes à defesa dos direitos humanos, dentre as quais se encontram os procedimentos da rede de proteção à mulher. Ademais, os procedimentos pré-judiciais são abarcados pela expansão interpretativa dos princípios constitucionalmente amparados, sobretudo o do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, de forma a excluir rotinas e padrões de conduta incompatíveis com o paradigma do Estado Constitucional.

RESULTADOS PARCIAIS

A pesquisa insere-se em um projeto de extensão que tem como finalidade identificar falhas nos procedimentos adotados pela Polícia Civil de Santana do Livramento/RS no registro de ocorrências que envolvam violência contra de gênero. Ainda que o recorte não tenha sido realizado especificamente para visualizar a aplicação das diretrizes da Lei Maria da Penha, inevitavelmente essa norma acaba sendo a mais mencionada nos procedimentos.

O espaço institucional é a Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento (DPPA), localizada na região central do município e com funcionamento 24 horas. Todas as ocorrências são realizadas nessa unidade da Polícia. Posteriormente, os registros que fazem menção à violência doméstica e familiar são encaminhados para outra Delegacia de Polícia Civil, localizada há poucos metros da DPPA. Nessa segunda unidade, em regra sob o comando de outro Delegado de Polícia, as mulheres são novamente recebidas para o encaminhamento dos procedimentos previstos pela Lei Maria da Penha.

Logo nas primeiras visitas, a equipe de pesquisa constatou diversos alguns entendimentos dos agentes de polícia sobre os casos de violência doméstica, sintetizados nas seguintes assertivas: nenhum procedimento pré ou judicial deve ser instaurado imediatamente (ou ter seu seguimento impulsionado), pois há grande possibilidade de a vítima não querer processar o agressor, o que faz da ida até a Delegacia uma exceção; nessa mesma linha de compreensão, boa parte das denúncias são feitas para “dar um susto” no agressor, sem que haja intuito de processá-lo ou de submetê-lo a outra medida restritiva; os casos de violência aumentam durante os feriados prolongados e os finais de semana, em razão do “excesso de tempo juntos”. Essas ideias preconcebidas pelos agentes de polícia comportam uma rica gama significativa, na medida em que reiteram a ideia de que as instituições de justiça criminal são espaços privilegiados de reprodução da lógica de papéis sociais sexistas (LARRAURI, 2008).

Paralelamente, a equipe acessou os arquivos em que constavam todas as ocorrências realizadas entre 1º de janeiro e 30 de junho de 2017. Os “arquivos” são, de fato, pequenas caixas de papel-cartão com uma indicação exterior sobre o período dos registros, os quais, em regra, abrangiam vinte dias. Esse período variava aleatoriamente, conforme a capacidade da caixa.

Fisicamente, cada caixa possuía centenas de papéis, cada um contendo uma ocorrência. Nesse sentido: “a inexistência de um sistema de dados estatísticos sobre o movimento processual e as decisões judiciais impede que se realize uma boa avaliação das respostas institucionais para a violência doméstica e familiar” (LINHARES, 2013, p. 10).

Verificou-se que a Polícia Civil não possui um sistema informatizado capaz de realizar buscas ou cruzamento de dados conforme a tipificação do fato, perfis das vítimas, do agressor ou quaisquer outras informações. Mais do que isso, o controle das ocorrências em que incide a Lei Maria da Penha são registradas manualmente em um livro, com a indicação “MP” ao lado. De fato, a indicação “MP” refere-se à execução de uma Medida Protetiva, ou seja, desconsidera casos de violência contra a mulher que não tenham requerido o uso das medidas.

A equipe selecionou os tipos penais mais recorrentes em situações de violência contra a mulher, a fim de verificar de que forma os agentes de polícia descreviam o relato da vítima e de identificar possíveis apagamentos de situações de violência, sobretudo pela ausência de clareza dos agentes acerca de conceitos sobre gênero e sobre a margem de proteção da legislação brasileira à violência de gênero. Em relação aos delitos, filtros utilizados foram: estupro, ameaça, lesão corporal, vias de fato, perturbação da ordem, injúria/difamação/calúnia, feminicídio, violação de domicílio e descumprimento de Medida Protetiva. Constatou-se que 50% dos casos fazem menção a existência de lesões corporais ou de ameaça, corroborando conclusões de outros estudos, a exemplo do realizado no estado do Rio de Janeiro (BERNARDES, 2016).

Ademais, foram encontrados nas próprias ocorrências relatos sobre a reiteração dessas violências. Em diversas oportunidades as vítimas relatam que já haviam registrado a violência na Delegacia, o que não alterou a situação de violência; em outros casos, as vítimas afirmam ter relutado em ir à polícia, mesmo após a reiteração das violências. Em ambas as situações o acesso ao sistema de justiça criminal não parece ser um caminho apto para solucionar situações de violência contra a mulher. A equação conduta-punição tende a padronizar os conflitos e fazer com que a atuação obrigatória do Estado seja alimentada por uma segunda seletividade, construída pelos próprios agentes de polícia.

No que tange às vítimas, são mulheres com menos de 18 anos, com baixa escolaridade, cujas residências variam nas regiões do município. Quanto a esse ponto, embora tenham sido encontrados relatos de mulheres da área rural, a maioria reside em áreas urbanas, o que pode indicar que as mulheres das zonas rurais não costumam acionar o sistema formal de justiça para casos de violência por razões de gênero. Em relação aos agressores, a baixa escolaridade também predomina, embora haja uma relativa alteração em relação à idade, com mais casos em que o agente está na faixa entre 20 e 25 anos.

Aproximadamente 60% das vítimas e dos agressores se autodeclaram brancos, havendo poucos casos de pardos ou negros, o que pode sugerir a invisibilização de violências específicas, conforme o cruzamento entre esses marcadores. Essa informação põe em destaque as interseccionalidades afetadas pela variável de gênero.

Os estudos do feminismo interseccional têm destacado o fato de que a simultaneidade das discriminações racial, de gênero e de classe cria experiências específicas de violência. Estas experiências, contudo, não consistem em uma simples “soma” das discriminações próprias a cada um destes modelos de dominação, e, por isto, não são compreensíveis, e normalmente nem mesmo visíveis, a partir de somente uma destas categorias. Da mesma forma, a violência (interseccional) contra a mulher negra e pobre tampouco é alcançada pelos métodos tradicionais de estudo da violência contra a mulher. As próprias categorias “gênero” e “violência de gênero” não dão conta da complexidade das dominações que se manifestam nesta forma de agressão. Nem são as formas de análise regularmente utilizadas capazes de tangenciar estes dados. O tratamento exclusivamente quantitativo e generalizante, via de regra, acaba por reproduzir padrões excludentes ínsitos às epistemologias dominantes, centradas em sujeitos considerados abstratamente, portanto, sujeitos desencarnados sem raça, sem gênero e sem classe. Igualmente, a recepção jurídica da violência interseccional acaba sendo falha justamente por não considerar as imbricações destas dominações, deixando de alcançar efetivamente a mulher em situação de violência. Ao destacar mecanismos de proteção voltados para uma “mulher” universal e abstrata, sem raça ou classe, o aparato jurídico institucional acaba por excluir as mulheres que experimentam as violências de classe, raça e gênero de maneira simultânea. (BERNARDES, 2016, p. 718-719).

Conforme estudo de Piscitelli (2008), para Kimberle Crenshaw as interseccionalidades são formas de capturar as consequências da interação entre duas ou mais formas de subordinação: sexismo, racismo, patriarcalismo. Essa noção de ‘interação’ entre formas de subordinação possibilitaria superar a noção de superposição de opressões. Por exemplo, a ideia de que uma mulher negra é duplamente oprimida, à opressão por ser mulher deve ser adicionada a opressão por ser negra.

A interseccionalidade trataria da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, construindo e, nessas consequências constituiriam aspectos ativos do desempoderamento. A imagem que ela oferece é a de diversas avenidas, em cada uma das quais circula um desses eixos de opressão. Em certos lugares, as avenidas se cruzam, e a mulher que se encontra no entrecruzamento tem que enfrentar simultaneamente os fluxos que constituem, oprimindo-a.

Uma segunda linha de abordagem, denominada pela autora de construcionista, destaca, sobretudo, os aspectos dinâmicos e relacionais da identidade social. Nessa abordagem são marcantes a visão de poder de Gramsci. De acordo com Prins (2006), na primeira linha de abordagem (sistêmica), a agência não é negada aos sujeitos. A ideia é contribuir para o empoderamento dos grupos subordinados. Entretanto, a interseccionalidade aparece voltada para revelar o poder unilateral das representações sociais e as consequências materiais e simbólicas para os grupos atingidos pelos sistemas de subordinação. Os sujeitos aparecem como constituídos por sistemas de dominação e marginalização e, nesse sentido, carentes de agência.

Na segunda linha de abordagem (construcionista), os processos mediante os quais os indivíduos se tornam sujeitos não significam apenas que alguém será sujeito a um poder soberano, mas há algo mais, que oferece possibilidades para o sujeito. E os marcadores de identidade, como gênero, classe ou etnicidade não aparecem apenas como formas de categorização exclusivamente limitantes. Eles oferecem, simultaneamente, recursos que possibilitam a ação. Nesta segunda linha podemos situar autoras como McKlinton (1995) e Brah (2006) (PISCITELLI, 2008).

A história do feminismo está marcada pela procura de ferramentas analíticas para compreender as distribuições diferenciadas de poder que situam as mulheres em posições desiguais e, com base no conhecimento, modificar essas posições. Os conceitos de interseccionalidade e categorias articuladas fazem parte dessa história. Para além de situar a emergência desses conceitos, nesse texto procurei

mostrar como, no momento atual, certas abordagens que trabalham com interseccionalidades oferecem recursos relevantes para compreender a produção de sujeitos. (PISCITELLI, 2008)

A informação acerca do estado civil das vítimas indica uma contradição interessante, pois 20% dos casos sugerem não haver consenso entre a mulher, vítima de violência, e o agressor acerca do vínculo existente entre eles. Foram encontradas, por exemplo, ocorrências em que a vítima afirmava estar “solteira” e o agressor estar “namorando”.

A análise dos espaços dedicados à descrição do fato, preenchidos pelos agentes de polícia revelam a existência de espécies de violências invisibilizadas nesse primeiro contato entre as vítimas de violência e o sistema de justiça. Nesse sentido, 15% dos registros possuem uma incongruência entre a descrição dos fatos e a capitulação legal.

Em regra, as condutas omitidas da capitulação fazem referência a violências consideradas “menos usuais”, como a violência patrimonial e a moral, consubstanciadas, respectivamente, em danos aos bens da mulher e na prática de crimes contra a honra. Tal realidade reitera a afirmação de Bernardes (2016, p. 730), acerca de pesquisa realizada nas Delegacias da Mulher, no Estado do Rio de Janeiro, de que, após a chegada da mulher à Delegacia, sua versão dos fatos é descrita no Registro de Ocorrência, e, “a partir dele, o policial determinará a capitulação e, via de regra, as medidas protetivas que serão solicitadas. Assim, os dados objetivos representam, em alguma medida, a leitura do aparato policial das violências explicitadas pelas mulheres”.

Mas eram minhas coisas... A auxiliar de serviços gerais Nadir já se separou há algum tempo, depois de 10 anos de duro convívio, mas continua tendo que lidar com constantes interferências do ex em sua vida. De fato, já fez vários registros contra o ex-marido por agressões físicas e psicológicas, e solicitou medidas protetivas. Para completar, nos últimos tempos ele tem tirado objetos de valor de sua casa para vender. Dessa vez, ela chegou e encontrou a casa arrombada. Faltavam

o fogão e a geladeira. Ganhando R\$760,00 por mês, vai ficar pesado comprar outros. Thaís tem muito em comum com Nadir. Também é auxiliar de serviços gerais e também teve a casa invadida pelo ex, inconformado com o rompimento. No caso de Thaís, contudo, ele quebrou eletrodomésticos e ameaçou sua vida. O ex-namorado de Juliana também lhe deu prejuízo. Mas, no seu caso, pelo ciúme que sentia, rasgou as roupas da jornalista, para ela não poder sair de casa. Também foi por ciúme, segundo ele, que o ex-marido de Isa entrou em sua casa no meio da madrugada e quebrou a maioria de seus móveis, além de queimar alguns outros. A dona de casa ainda mora na residência que era do casal. (BERNARDES, 2016, p. 731).

Amparando as contradições entre as informações registradas pelos policiais e a capitulação dos fatos, Bernardes (2016, p.731) afirma que o aspecto patrimonial da violência encontrada em parte da pesquisa não foi reconhecido juridicamente em nenhum dos procedimentos analisados. Em uma situação, a capitulação utilizada foi a de Exercício Arbitrário das Próprias Razões (art. 354 CP), tipo penal que exige uma pretensão legítima a ser cobrada, no caso narrado, pretensão de índole financeira. Não foi aventada nos autos, contudo, qualquer dívida da vítima para com o agressor.

Em outra situação, refere a autora que também houve invasão de domicílio e deterioração do patrimônio da vítima, mas com intuito de ameaça, e a capitulação foi a da contravenção Arremesso de Coisa (art. 37 da Lei de Contravenções Penais), que consiste no arremesso em espaço público ou alheio de coisa que possa sujar ou molestar alguém, mas nada fala sobre prejuízo material advindo de tal arremesso. Igualmente, no caso da invasão da casa de uma das vítimas durante a madrugada, que resultou na destruição de diversos móveis, a capitulação feita pela polícia é a de Lesão Corporal (art. 129 CP) (Bernardes, 2016, p.731).

Outro elemento relevante percebido durante o processo de pesquisa foi a falta de comunicação entre as instituições do sistema de justiça criminal e a seletividade entre as informações que cada espaço registra em seus respectivos sistemas internos. Além disso,

essas instituições (Vara Criminal, Ministério Público e Defensoria Pública) não possuem estatísticas nem estudos acerca de seus próprios fluxos internos, ou seja, a situação atual revela a impossibilidade de formulação de políticas públicas locais voltadas, especificamente, para prevenir e combater a violência por razão de gênero, dada a absoluta ausência de leitura da realidade local e dos movimentos institucionais feitos por cada espaço do sistema de justiça criminal.

Convém referir também a percepção que a equipe de pesquisa obteve ao presenciar, involuntariamente, atendimentos de mulheres que chegavam à DPPA para relatar violências sofridas. As ocorrências são registradas por dois policiais, homens, que ficam sentados lado a lado, em guichês separados por um vidro, não havendo, por óbvio, sequer uma proteção visual das vítimas. Em algumas oportunidades, devido ao espaço relativamente pequeno e à arquitetura da delegacia, o relato da vítima é perfeitamente compreensível por quem aguarda pelo atendimento ou por quem está, de forma geral, nas outras salas da DPPA.

Em uma situação específica, o policial responsável por registrar o relato de uma mulher, vítima de violência doméstica, iniciou o procedimento no local original e, ao perceber que a equipe de pesquisa se encontrava na sala ao lado, com amplo contato visual para o atendimento, levou a vítima para uma sala reservada, no intuito de dar cumprimento a uma orientação geral de atender as vítimas de violência doméstica em salas reservados, a fim de resguardá-las de novas exposições. Nos meses seguintes, esse atendimento reservado nunca mais foi presenciado pela equipe de pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo pretende discutir a invisibilização de violências praticadas contra sujeitos vulneráveis, notadamente em função do marcador social da diferença gênero e sua interseccionalidade com raça e classe social. As informações centrais do projeto foram coletadas do banco de dados da Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento

(DPPA) de Santa do Livramento/RS, dentre as ocorrências registradas entre 1º de janeiro e 30 de junho de 2017.

Em razão da revisão bibliográfica realizada, foram escolhidos filtros relativos às formas de violência registradas (feminicídio, lesão corporal, ameaça, vias de fato, perturbação da ordem, crimes contra a honra e crimes sexuais). Da mesma forma, foram eleitos outros filtros, a fim de possibilitar a identificação dos perfis das vítimas e dos agressores (idade, escolaridade, local de residência, histórico de agressões, etc.) e para visualizar possíveis equívocos dos próprios agentes públicos quando do manuseio de questões diretamente relacionadas à violência de gênero, o que é apreensível principalmente através da análise da descrição e da capitulação criminal do fato. Os filtros também possibilitaram a análise dos casos em que as vítimas solicitam as Medidas Protetivas de Urgência (MPU), previstas na Lei Maria da Penha.

O trabalho vale-se do arcabouço normativo internacional sobre direitos humanos, especificamente no que concerne ao reconhecimento da violência contra a mulher como uma violação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos, e de ideias como a de androcentrismo, conceito que organiza o mundo segundo uma divisão de gêneros relacionais. Nessa linha, masculino e feminino, após a diferenciação biológica, ganham sentido objetivo, gêneros hierarquizados e com significado.

Esta organização social, alicerçada na naturalização da construção dos gêneros, institui a divisão do trabalho sexual, a divisão sexual do trabalho e relações de poder que orientam o modelo de sociabilidade vigente nas culturas ocidentais até a atualidade. São duas operações: a naturalização de uma construção social do gênero por meio de sua associação a caracteres biológicos e o estabelecimento de uma relação de dominação baseada nesta ideia naturalizada. Dominação física não se mantém sem uma fonte simbólica legitimadora (PENSANDO O DIREITO, 2015, p. 23).

As narrativas compostas pelos registros oficiais sugerem que espaços voltados para a construção de uma sociedade plural e igualitária podem ser instrumentalizados para perpetuar práticas misóginas e patriarcais. Em última instância, texto pretende sugerir que, na sociedade brasileira, a desigualdade gerada pelas construções binárias de

gênero tem sido alimentada e ressignificada ao longo dos anos, gerando permanências violentas.

As coletas de dados realizadas nas instituições do sistema de justiça criminal permitem visualizar o conceito de *sensu comum teórico dos juristas*, de Luis Alberto Warat (1994, p. 15), em que a linguagem do direito é instrumento de poder, de controle social e de hierarquização. Assim, não por acaso, essa mesma linguagem não identificava nas mulheres - escravas - suporte para o reconhecimento de direitos. Onde há objeto, não há sujeito de direito.

A interpelação discursiva (a/o menina/o), sugerida por Judith Butler, gera expectativas tanto em relação ao futuro dos corpos, quanto aos seus futuros direitos, na figura da esposa e do marido. Decorre dessa padronização (normal/anormal) a dificuldade que grupos considerados desviantes das categorias dicotômicas de gênero e de sexualidade tendem a enfrentar, rotineiramente, no contexto sócio jurídico.

Até o momento, foram analisadas mais de mil ocorrências registradas na Delegacia de Polícia Pronto Atendimento. Foi possível verificar traços bem característicos sobre os perfis das mulheres vítimas de violência doméstica. Em regra, são jovens, com menos de 18 anos e com baixa escolaridade (aproximadamente 70% dos casos possuem vítimas com ensino fundamental ou médio incompleto).

Um quantitativo significativo dos registros permite concluir ser comum que uma mesma mulher seja reiteradamente vítima de violência doméstica e familiar, embora não registre essas violências no primeiro momento. Apenas com a reiteração da violência é que a mulher decide ir até as instituições públicas registrar a situação de abuso.

Tal circunstância pode ser fundamentada, em parte, pela carga afetiva que a violência doméstica e familiar envolve: há uma relutância em dar ciência aos órgãos públicos sobre violências sofridas no âmbito privado. Claramente, essa compreensão possui raízes na antiga dicotomia entre público e privado, o que dificulta a efetividade das políticas públicas sobre justiça de gênero, especialmente as que envolvem aspectos de intimidade e de convívio com o agressor.

Em relação ao perfil dos agressores, também foi constatado possuírem baixa escolaridade e, não raro, a informação sobre o Estado Civil difere da informação prestada pela vítima. Tal fenômeno pode indicar que a violência está relacionada a não aceitação do término de uma relação afetiva, pois enquanto o agressor declara-se casado/namorando, a vítima afirma estar solteira.

Os resultados parciais também permitem constatar que a maioria das agressões são tipificadas como lesão corporal e ameaça. Em seguida, aparecem vias de fato e perturbação da ordem, ocorrências que nem sempre são claramente enquadradas como violência por razão de gênero pelos agentes públicos que cadastram as ocorrências.

Outros fatores acerca do funcionamento do sistema de justiça criminal ficaram evidentes: a ausência de espaços específicos para atendimento das mulheres vítimas de violência (o que constrange e aumenta a exposição das vítimas) e a falta de comunicação entre as instituições, seja em relação aos dados coletados por cada uma, seja em relação às atribuições exercidas.

A pesquisa possui ações previstas para dois anos (2017-2018), possuindo, até o momento, resultados parciais. A ação decorre de um projeto de extensão que pretende colocar os extensionistas em contato direto com a realidade do funcionamento do sistema de justiça criminal, no que tange ao tratamento da violência contra a mulher.

Através de uma constante revisão bibliográfica, é possível analisar a realidade com um sólido viés crítico, fazendo com que os alunos sejam agentes com poder e capacidade de interferência na realidade local. Ademais, o compartilhamento dos resultados do projeto com as comunidades vulneráveis do município permitirá que os discentes conheçam a realidade dessas áreas e, assim, compartilhem expectativas e impressões adquiridas ao longo do desenvolvimento das ações extensionistas.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, A. Miguel. La redefinición de lo público y lo privado. In: Atas do V Congresso Estatal de Intervenção Social. Madrid: Ministério de Trabalho e Assuntos Sociais, 1998.

ARENDDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARCOS, Guzmán Virginia; VIRREIRA, Sonia Montañó. Políticas públicas e institucionalidad de género en América Latina (1985-2010), série *Mujer y Desarrollo*, n° 118 (LC/L.3531), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2012.

BERNARDES, Márcia Nina; ALBUQUERQUE, Mariana Imbelloni Braga. Violências interseccionais silenciadas em Medidas Protetivas de Urgência. In: *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, vol. 07, n. 15, 2016, p. 715-740.

BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação, *Cadernos Pagu* 26, p. 329-365, 2006.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. BRAGA, Ana Gabriela; ANGOTTI, Bruna (Coords.). *Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, IPEA, 2015.

_____. *Relatório/Comissão Nacional da Verdade*. Brasília: CNV, 2014. vol. I.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Cuerpos que importan*. Sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”. Buenos Aires: Paidós, 2012.

CANCELLI, Elizabeth. *O mundo da violência: a polícia da era Vargas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1993.

CARVALHO NETTO, Menelick de Carvalho. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da

Constituição. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 68, n. 2, abr./jun., 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatoría sobre los derechos de la mujer* (2007). Informe de Acceso a la Justicia para las Mujeres víctimas de violencia en las Américas, v. 12, 2009. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/cap1.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

CUSACK, Simone; COOK, Rebecca. *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*.

Bogotá: Profamilia, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

FREIRE, Lucas. Sujeitos de papel: sobre a materialização de pessoas transexuais e a regulação do acesso a direitos. In: *Cadernos Pagu*, n. 48, 2016.

GARGARELLA, Roberto. La lectura mayoritaria del Estado de derecho. In: *Cuaderno Gris*, n. 9, 2007.

GUERRERO, Luz Patricia Mejía. *La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista IIDH, 2012.

GOETZ, Anne Marie. Justicia de género, ciudadanía y derechos. Conceptos fundamentales, debates centrales y nuevas direcciones. In: SINGH, Navsharan. *Justicia de género, ciudadanía y desarrollo*.

Colômbia: Mayol, 2007. p. 13- 46.

LAGARDE, Marcela; VALCARCEL, Alicia. Feminismo, género e igualdad. Género y feminismo.

Desarrollo humano y democracia. *Cuadernos inacabados*. Ed. Horas y Horas. Madrid, 2011.

LARRAURI, Elena . *Mujeres y sistema penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

LINHARES, Leila; PITANGUY, Jacqueline. (Coords.). *Violência Contra a Mulher e Acesso à Justiça. Estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais. Relatório Final.* São Paulo: CEPIA, 2013.

MACHADO, Lia Zanotta. Masculinidade, sexualidade e estupro: as construções da virilidade. In:

Cadernos Pagu, n. 11, 1998, p. 231-273.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (Coord.). *Violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil.* Ministério da Justiça-Secretaria de Reforma do Judiciário: Brasília, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Poner fin a la violencia contra la mujer: de las palabras a los hechos.* Genebra: Editora das Nações Unidas, 2006.

McKLINTOCK, Anne. *Imperial leather, Race, gender and sexuality in the colonial contest.*

Routledge, 1995.

PAUTASSI, Laura. El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos, serie *Mujer y Desarrollo*, nº 87, (LC/L.2800-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2007.

PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial.* São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.

PENSANDO O DIREITO. *Violência contra a mulher e as práticas institucionais.* Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria de Assuntos Legislativos; IPEA, 2015.

PISCITELLI, Adriana. *Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras.* Sociedade e cultura, v. 11, n. 2, 2008.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias.*

Tempo Social, v. 9, n. 1, p. 43-52, 1997.

RIQUELME, María Cristina Benavete; BARRIENTOS, Alejandra Valdés. Políticas públicas para la igualdad de género: un aporte a la autonomía de las mujeres. *Libros de*

la CEPAL, nº 130 (LC/G.2620-P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2014.

RUSSELL, D.; VAN DE VEN, N. Crimes against women: The proceedings of the International Tribunal. East Palo Alto: Well Press, 1984.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e realidade*, v.20, n. 2, jul./dez. 1994.

SANTOS, Rogério Dutra. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 281-323.

STOPPINO, Mario. Autoritarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994. v. I. p. 15.



Área 3: Direito e Sociedade

Democratização do Sistema de Justiça

**UMA POLÍTICA PÚBLICA PELO CONSENSO? NOTAS ETNOGRÁFICAS
SOBRE A CONCILIAÇÃO JUDICIAL EM CAMPINAS/SP**

Elizabete Pellegrini Garcia

Resumo: Este artigo faz parte de uma pesquisa de mestrado que pretende investigar de que maneira a política nacional de conciliação tem colaborado, tal como afirma o Judiciário brasileiro, para a construção de uma justiça mais democrática e acessível. Considerando que a construção de uma política pública favorável à conciliação no Brasil investe num discurso que justifica a utilização da conciliação como um caminho para a pacificação social e o acesso a uma ordem jurídica justa, parto de uma abordagem etnográfica para observar o encontro da esfera política da gestão da justiça com as relações de poder que constituem e são constituídas no cotidiano das pessoas que atuam e utilizam o serviço público. Neste texto, trago alguns resultados preliminares dos dados de campo, que apontam para a existência de uma ideologia da harmonia na política pública brasileira. Ao associar a ideia de “resolução de conflitos por meio de acordo” com ideias de “pacificação social” e “efetividade”, o Judiciário estaria fazendo do “acordo” um ideal a ser alcançado, transformando a audiência de conciliação num ritual propício para práticas de “harmonia coerciva”. Assim, ao invés de fomentar a discussão pacífica que leva a uma solução consensual, a conciliação judicial brasileira estaria perseguindo acordos e dificultando o acesso da população a resolução de disputas pela via processual.

Palavras-chave: reformas judiciais; políticas públicas; acesso à justiça; métodos alternativos; etnografia

1. INTRODUÇÃO

Este artigo¹ faz parte de uma pesquisa de mestrado² que tem investigado de que maneira a política nacional de conciliação tem colaborado, tal como afirma o Poder Judiciário brasileiro, para a construção de uma justiça mais democrática e acessível. Implementada em 2010 e ainda vigente, a política nacional de conciliação representa uma das iniciativas que remetem à reforma judicial no Brasil, que tomou corpo após a promulgação da Constituição de 1988.

Parto da premissa de que as práticas da conciliação judicial têm sido utilizadas pelo Poder Judiciário como forma de reagir a problemas de gestão na administração estatal de conflitos (KOERNER; INATOMI; BARREIRA, 2015). As duas últimas décadas foram marcadas por pressões sociais em busca de reformas na polícia e no Judiciário que trouxeram inovações importantes ao campo da administração de conflitos, tais como a implantação de juizados especiais e varas agrárias, além do incremento de delegacias especializadas (SINHORETTO, 2011, p. 117). É no contexto destas iniciativas que se observa a política nacional de conciliação, que busca fomentar o uso deste método visto como consensual dentro dos tribunais.

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, que passou a ser conhecida como política nacional de conciliação. A iniciativa representa uma aposta mais abrangente do Judiciário em métodos alternativos de gestão de conflitos cíveis, já que, antes da criação desta política, outras iniciativas já incluíam a conciliação em seu bojo, tais como os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os Juizados Especiais Federais e as audiências de conciliação na Justiça do Trabalho. A construção de uma política pública específica para os métodos alternativos investe num discurso que justifica a sua utilização como um

¹ Agradeço a imensa colaboração de Brunela Succi, que me auxiliou com seus preciosos comentários e sugestões sobre este texto.

² Trata-se de uma pesquisa de mestrado em Ciência Política vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Estadual de Campinas, sob orientação do Prof. Dr. Frederico Normanha Ribeiro de Almeida.

caminho para a pacificação social, o acesso a uma ordem jurídica justa e à eficiência dos serviços³.

A adoção dos métodos alternativos é inspirada em experiências internacionais que utilizaram estes métodos dentro de tribunais – tal como a experiência dos tribunais norte-americanos. Considerando que alguns estudos já olharam para os modelos alternativos no âmbito internacional como modelos ideológicos, de transmissão de ideias hegemônicas, criados para exercer o controle social sobre as reivindicações pela efetivação igualitária de direitos (NADER, 1994), esta iniciativa estatal inspira a seguinte inquietação: a política nacional de conciliação brasileira representaria um modelo ideológico que busca uma pacificação social forçada através de acordos supostamente consensuais?

O problema de pesquisa foi suscitado também a partir da constatação de que a conciliação tem ganhado um protagonismo singular dentro dos fóruns, já que desde 2016 a realização de audiências de conciliação passou a ser obrigatória⁴ em todos os processos cíveis, com a vigência do novo Código de Processo Civil. Tendo isto em mente, a questão que orienta esta pesquisa é: quais os sentidos de consenso e de justiça estão sendo construídos e evocados pelas pessoas envolvidas nas práticas de conciliação judicial?

Parto de um estudo etnográfico sobre o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)⁵ da cidade de Campinas/SP para compreender as conexões entre a política pública estatal e as práticas concretas que constituem a gestão estatal de conflitos. O método etnográfico permite a utilização de diversas técnicas, tal como a observação participante, que pode ser entendida como o recurso de obtenção de dados

³ Esta retórica aparece no próprio preâmbulo da Resolução nº 125/2010, quando o texto afirma que “a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social”, que o direito constitucional de acesso à justiça “implica acesso à ordem jurídica justa” e que “a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

⁴ “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (BRASIL, 2015).

⁵ Os CEJUSCs foram criados a partir do artigo 8º da Resolução nº 125 do CNJ, que os descreve como unidades do Poder Judiciário responsáveis pela gestão das audiências de conciliação e mediação, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Em Campinas, a inauguração do CEJUSC se deu em 2012, porém a Cidade Judiciária já contava com um setor de conciliação desde 2005, implementado por uma juíza e coordenado por uma psicóloga judiciária.

através da sujeição física do pesquisador às circunstâncias a que certas pessoas (pesquisadas) estão submetidas ou expostas, de maneira que o pesquisador possa penetrar o círculo social que deseja estudar, indo além da mera escuta das pessoas, buscando captar e aproximar-se de detalhes relativos às reações e percepções das pessoas acerca das situações vividas no contexto estudado (GOFFMAN, 1989, p. 125). O trabalho de campo foi realizado de março a junho de 2017, período em que visitei o CEJUSC semanalmente para acompanhar as práticas de atendimento e as audiências de conciliação no local.

A discussão que estou propondo está inserida no campo de pesquisa de administração estatal de conflitos, que incorpora em sua análise o uso de técnicas não-judiciais de administração de conflito pelas instituições estatais (SINHORETTO, 2010, p. 110). Pretendo explorar as políticas públicas tanto pelo viés do discurso institucional, que abriga os valores e os significados pelos quais se pretende construir os efeitos e a circulação de sentidos da lei, quanto pelo viés do discurso cotidiano dos operadores do direito, que contém diferentes esferas do dizer o direito e do controle social. A abordagem qualitativa e micro proporcionada pela etnografia permitirá observar o encontro da esfera política da gestão estatal com as relações de poder que constituem e são constituídas no cotidiano das pessoas que constroem o serviço público.

Neste artigo, pretendo trazer um breve levantamento do histórico político-jurídico da política nacional de conciliação, bem como uma descrição preliminar sobre as práticas e regularidades observadas no campo.

2. A CONCILIAÇÃO JUDICIAL E SUAS INTERPRETAÇÕES

Sinhoretto (2011, p. 22) lembra, referindo-se a Michel Foucault, que mesmo as “boas ideias” produzem efeitos de poder, assimetrias, desigualdades, separações e exclusões, devendo ser sempre problematizadas em função destes efeitos. Nesta linha, saliento que a conciliação é uma prática que, ao buscar a retomada do diálogo entre as partes em dissenso, pode apresentar diversas vantagens na resolução de conflitos e na reconstrução de laços sociais e afetivos. Friso, contudo, que não tenho a pretensão de

analisar o potencial técnico da conciliação em solucioná-los, mas de investigar os sentidos que a política pública relacionada à conciliação judicial tem criado no cotidiano de um fórum, procurando acompanhar os efeitos que estes sentidos têm produzido no serviço prestado à população.

Nos estudos sobre métodos alternativos, o intermédio de um conflito de forma alternativa geralmente é entendido como um processo informal em que um terceiro neutro ajuda as partes em disputa a alcançar uma solução de mútuo acordo (BUSH; FOLGER, 2005, p. 8). Dentre as possibilidades previstas na lei brasileira, estão as práticas de conciliação, mediação e arbitragem. Vários estudos já exploram o uso destes métodos em iniciativas de reforma do sistema de justiça, tais como os Centros de Integração e Cidadania (SINHORETTO, 2011), os Juizados Especiais Federais (INATOMI, 2009) e os Juizados Especiais Estaduais (CHASIN, 2007; FAISTING, 2010; GROSS-CUNHA, 2001; MARQUES, 2006; VIANNA *et al.*, 1999). Dentre os estudos que se debruçaram especificamente sobre métodos alternativos, há maior interesse pelas práticas alternativas na justiça criminal (FULLIN, 2011; KANT DE LIMA, 1999; SCHUCH, 2005), pela mediação (GABBAY, 2011; OLIVEIRA, 2010; OZORES, 2011) e pela arbitragem (AZEVEDO, 2003; TOSTA; TOLEDO; ALVES, 2013). Apesar da conciliação ser um dos métodos mais utilizados nas reformas judiciais brasileiras, os estudos que acompanham este método ainda se mostram pouco explorados no Brasil, o que me levou a explorar especificamente a conciliação judicial e abrir mão de me aprofundar na discussão sobre os demais métodos alternativos.

Considerando que o próprio Poder Judiciário assume que os métodos alternativos no Poder Judiciário remetem à experiência dos Estados Unidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 26), minha pesquisa buscou entender como estes métodos foram implementados neste país. Segundo Bush e Folger (2005, p. 9–22), há quatro correntes de estudos que explicam a expansão dos métodos alternativos⁶ nos

⁶ Em inglês, os autores utilizam a expressão “movimento de mediação” para se referir ao conjunto de métodos alternativos ao processo judicial que passaram a ser utilizados de forma ampla no país. Em português, a palavra “mediação” é mais utilizada para se referir a um tipo específico de método alternativo e não aos métodos de maneira abrangente. Por esta razão, optamos por não utilizar a expressão utilizada pelos autores para não haver confusão com os termos utilizados no Brasil.

Estados Unidos. São elas: a corrente da “satisfação”, a da “justiça social”, a da “transformação” e a da “opressão”. A primeira, a corrente da “satisfação”, afirma que os métodos alternativos podem produzir mais satisfação na resolução de disputas do que os métodos tradicionais. As especificidades procedimentais e as qualidades do terceiro imparcial em lidar com desequilíbrios de poder são enfatizadas, buscando-se defender que estes métodos seriam mais eficientes na resolução de disputas que a via adversarial. A flexibilidade, a informalidade e a possibilidade de obtenção de consenso seriam apontadas como formas de abrir as dimensões do problema, algo que por métodos tradicionais seria limitado a matérias ou regras impostas pela lei. Estas características seriam também associadas à redução de custos econômicos e emocionais, além reduzir a carga de processos judiciais e a morosidade, liberando os tribunais para os casos que não podem ser resolvidos sem um julgamento. Nesta corrente interpretativa estariam entusiastas sobre o tema, profissionais da área e outros estudiosos, a exemplo de Fisher, Ury e Patton (2005) e Galanter (1985).

A segunda corrente, a da “justiça social”, enxerga os métodos alternativos como meios eficazes de construir laços e estruturas comunitárias mais fortes. Ao reformular questões e focar em interesses comuns, os métodos alternativos criariam um senso de comunidade, que auxiliaria as pessoas a focar mais no interesse social comum do que na percepção do outro como adversário. Os métodos alternativos auxiliariam, ainda, na criação de um novo senso de participação na vida cívica, ao facilitar a reivindicação de direitos por grupos que buscam corrigir desequilíbrios de poder, já que estimulariam os cidadãos a ajudarem uns aos outros e, assim, fortalecerem a confiança das pessoas em sua capacidade de se organizar e defender seus próprios interesses. Esta corrente conta com poucos adeptos, que usualmente estão associados a práticas de justiça comunitária.

A terceira corrente, a da “transformação”, percebe os métodos alternativos por meio de sua capacidade de transformar a qualidade da interação do conflito, de modo que os conflitos possam fortalecer as partes e a sociedade como um todo. A informalidade e a possibilidade de obtenção de consenso são apontados, aqui, como ferramentas para apoiar o exercício da autodeterminação das partes, que decidem como, ou mesmo se devem resolver uma disputa. A ajuda do terceiro facilitador seria destinada a ativar a

capacidade de deliberação e tomada de decisão dos participantes, por meio de habilidades que favorecem a comunicação interpessoal. Os métodos alternativos seriam percebidos como produtores de empoderamento das partes em conflito, que seriam ajudadas a transformar a interação “negativa” e “destrutiva” do conflito para uma força social “positiva” e “construtiva”, transformando inimigos em aliados. Esta corrente teria adeptos entre profissionais da área e estudiosos do tema, tais como Riskin e Welsh (2008) e os próprios Bush e Folger (2005).

A quarta e última é a corrente da “opressão”, que enxerga os métodos alternativos como instrumentos que aumentam a interferência do Estado sobre a vida privada do indivíduo e de manipulação das formas de distribuição da justiça entre diferentes pessoas. A informalidade e busca pelo consenso, apontadas como características benéficas pelas demais correntes, são apontadas por estes autores como características que favorecem o desequilíbrio de poder entre as partes e abrem a possibilidade de coerção e manipulação em nome de um acordo. Por um lado, a coerção seria facilitada pelos representantes do Estado (juízes, funcionários, conciliadores ou mediadores), que têm poderes de decisão aumentados, em nome da celeridade e do consenso, que por sua vez precisam da informalidade e da possibilidade de criação de procedimentos especiais para acontecerem. Com isto, situações de violência simbólica são facilitadas em razão do racismo e do sexismo estrutural, expondo cidadãos a “negociações” coercivas e a acordos forçados. Por outro lado, consumidores e outros nichos com menos poder de negociação também estariam saindo prejudicados, face ao melhor preparo de seus adversários no conflito para a manipulação do procedimento, o que geraria um desequilíbrio de poder nas sessões de acordo. O terceiro facilitador também é apontado como causador de desequilíbrio: ora porque sua postura de “neutralidade” funcionaria, por vezes, como desculpa para não atuar ativamente no equilíbrio de forças entre as partes; ora porque alguns facilitadores usariam a informalidade para controlar a discussão através de valores ou preconceitos pessoais, influenciando nos resultados da sessão. Nesta corrente interpretativa estariam inclusos a maioria dos críticos ao uso dos métodos alternativos por parte do Estado, dentre eles, autores no campo de estudos sobre minorias (DELGADO *et al.*, 1985), sobre gênero

e raça (GRILLO, 1991) e sobre igualdade para grupos desfavorecidos (NADER, 1988, 1994, 2002).

Bush e Folger (2005, p. 15) criticam, em especial, a quarta corrente, dizendo que seus autores enxergam apenas efeitos negativos ou potencialmente negativos, sem apresentar qualquer incentivo para utilização dos métodos alternativos, mas apenas “desincentivos”. Apesar de afirmarem que apresentam o campo para demonstrar sua diversidade e pluralidade, os autores o fazem com a intenção de também se colocarem a respeito dele, já que pretendem se posicionar favoravelmente (e como parte integrante) da corrente da “transformação” (2005, p. 22). Como o objetivo deste artigo não é explorar os potenciais técnicos dos métodos alternativos, mas explorar como a política judicial de incentivo à conciliação tem afetado a igualdade de acesso à justiça, me apoio nos autores da quarta corrente, já que estes apresentam análises sobre os aspectos sociais e políticos das políticas públicas que tratam de administração de conflitos pela via alternativa.

Assim, começo apresentando o estudo da antropóloga norte-americana Laura Nader (1994). Analisando o movimento pelo acesso à justiça, que implantou os métodos alternativos nos Estados Unidos, a autora chama a atenção para o uso de ideologias políticas no incentivo dos modelos alternativos, a partir da associação das ideias de “harmonia”, “pacificação social” e “eficiência” com a ideia de “acordo”. Como parte de uma política que buscava conter a politização da sociedade norte-americana na década de 1960, o “movimento ADR” (*alternative dispute resolution*) foi pensado como um mecanismo para conter o aumento na quantidade de processos judiciais, que cresciam no país em razão das crescentes mobilizações por igualdade de direitos civis, de gênero e consumerista, além de apresentarem duras críticas ao apoio governamental à Guerra no Vietnã.

De acordo com a autora, esses primeiros métodos também favoreciam a transmissão de ideias hegemônicas, corroborando com a ordem estabelecida e com os interesses de classes dominantes. A retórica que rechaçava o conflito teria invadido não apenas o âmbito judicial, mas também a esfera da cultura, como forma de evitar a manifestação da discórdia (sem ter que enfrentar suas causas).

Ao invés de preocupar-se com as causas básicas dos conflitos e o que seria “justo” para as partes, os métodos alternativos buscavam, segundo Nader, controlar aqueles que lutavam por direitos e estavam à margem da sociedade. Em comparação com a intensa atividade política dos anos 1960, os norte-americanos estariam mais apáticos e contidos ao final da década de 1970 e nas décadas de 1980 e 1990.

3. POLÍTICAS CONCILIATÓRIAS NO BRASIL: UMA DEMOCRATIZAÇÃO EFICIENTE?

O ano de 1988 representa um marco para a consolidação de campos de pesquisa relacionados à violência, ao acesso à justiça e, indiretamente, às instituições de justiça (SADEK, 2002, p. 246). No campo da Ciência Política, argumenta-se que os estudos sobre o sistema de justiça se desenvolveram tardiamente⁷, a partir dos anos 1990, quando o regime democrático passou a ser considerado um valor em si mesmo e os efeitos do regime democrático se tornaram visíveis (SADEK, 2002, p. 236).

Na literatura sobre acesso à justiça, um dos estudos mais citados é o de Cappelletti e Garth (1988), que identificou três “ondas” de reformas judiciais que, a partir de 1965, teriam ocorrido em diversos países ocidentais. A primeira onda investiu na oferta gratuita de assistência judiciária à população carente; a segunda onda focou na ampliação dos mecanismos de defesa de interesses difusos (como direitos ambientais e do consumidor); e a terceira onda focou no acesso à justiça, promovendo reformas que buscavam a quebra de barreiras de acesso ao sistema judicial. Esta última onda focou em formas de gerir melhor a demanda judicial, seja pela criação de novas instituições, ou pela adoção de métodos alternativos à via judicial.

⁷ Sinhoretto (2007, p. 83) faz uma crítica à avaliação de Sadek, dizendo ser digno de nota os trabalhos de Maria Sylvia de Carvalho Franco (1976), que reconstituiu as relações políticas entre os cidadãos e agentes estatais em um estado nacional emergente, através da leitura de processos penais do século XIX, e Heloisa Rodrigues Fernandes (1974), que investigou a atuação da polícia militar do estado de São Paulo como um exército local nos primeiros anos da República.

Apesar de ainda muito utilizado, este estudo parece não se adequar inteiramente às especificidades nacionais. Kim Economides⁸, que também trabalhou neste estudo, afirmou recentemente que as ondas renovatórias de acesso à justiça não seriam adequadas para explicar as inovações brasileiras, já que o sistema de justiça no país não seguiu a mesma sequência de reformas descrita no trabalho. Vianna *et al.* (1999, p. 159) explicam que a terceira onda teria alcançado o país sem que a assistência judiciária gratuita tivesse sido expandida (do que é exemplo o fato da Defensoria Pública não ter se generalizado no país até os dias de hoje) e sem que a proteção dos interesses difusos conhecesse grandes avanços. Junqueira (1996, p. 390) concorda que o caso brasileiro não acompanhou este movimento, já que, diferente de outros países ocidentais, a discussão sobre o acesso à justiça, até os anos 1990, não estava pautada pela crise do *welfare state*, mas pela exclusão da maioria da população a direitos sociais básicos, tais como moradia e educação.

Ademais, Vianna *et al.* (1999, p. 159) dizem que a terceira onda teria representado um movimento mundial pelo estabelecimento de uma justiça “coexistencial”, baseada em práticas consensuais, participação da comunidade e critérios de igualdade social distributiva. Já a experiência brasileira teria partido de um movimento de autorreforma do Judiciário, sem qualquer mobilização da sociedade, em um contexto em que as organizações populares (em especial as de grandes centros urbanos) já haviam sofrido efeitos destruturadores desde o regime militar.

Criadas no início dos anos 1990, as iniciativas relacionadas à justiça alternativa refletem a construção democrática brasileira, que resultou de dois projetos: de um lado, o alargamento de um Estado democrático marcado pelo reconhecimento formal de novos direitos, que levou à exigência da ampliação do acesso à justiça e do consequente aumento no número de processos no Judiciário e, de outro, a persistência de propostas neoliberais de estado mínimo, que exigiam a modernização e racionalização do Estado, em especial a busca pela superação de formas burocráticas de se administrá-lo (DAGNINO, 2004, p. 95–96).

⁸ Comentário proferido em palestra no evento “Repensando o acesso à Justiça: velhos problemas, novos desafios”, organizado pela FGV Direito SP, em 30 de maio de 2017, em São Paulo.

O antagonismo destes projetos trouxe consequências para o Poder Judiciário. Parte da literatura entende que a ativação de um Estado de Direito não foi acompanhada por uma ruptura legislativa e organizacional nas instituições políticas que substituiu, desde logo, o autoritarismo do regime militar. A igualdade formal trazida pela Constituição de 1988 teria ficado apenas no papel, o que teria levado a população a buscar auxílio judicial para o cumprimento destes novos direitos (CARVALHO, 2008, p. 199). Outros estudos associam a procura excessiva pelos tribunais ao novo papel exercido pelo Judiciário, que assumiu a função de guardião constitucional (VIANNA *et al.*, 1999, p. 48). O aumento repentino da demanda judicial poderia também ser comparado com a “explosão de litigiosidade” descrita por Santos (1989, p. 145), que identificou este fenômeno nos países que enfrentaram a transformação do Estado liberal para o Estado-Providência na década de 1960.

Estudos recentes associaram a expansão de reivindicações pelo direito à igualdade a uma nova concepção de cidadania, que questiona os regimes de privilégios presentes na sociedade brasileira. Este posicionamento afirma que a ordem constitucional gerou novos atores políticos que, a partir da linguagem dos direitos, expandiram o conceito de cidadania democrática baseada em princípios igualitários, abalando o regime diferenciado, mas sem substituí-lo. Este fenômeno, em processo nas últimas décadas, sinaliza a progressiva legitimação do “conceito insurgente de direitos gerais fundamentados na constituição ou em texto” (HOLSTON, 2013, p. 329) e teria o potencial de contestar os aspectos disjuntivos de nossa democracia, buscando condições para a consolidação de um modelo capaz de diminuir desigualdades e injustiças históricas.

A flexibilidade dos métodos alternativos é apontada como um caminho para um Judiciário mais participativo e acessível (FULLIN, 2013, p. 233). Contudo, a necessidade de conter a sobrecarga dos tribunais trouxe dúvidas sobre se essa ampliação do acesso estaria limitada ao objetivo de gestão institucional, já que aumentar as possibilidades de acesso ao Judiciário nem sempre é sinônimo de expansão da regra da lei e dos ritos igualitários da democracia (SINHORETTO, 2007, p. 324). A informalidade e a simplificação de procedimentos, apontados pelo Judiciário como uma das grandes vantagens da conciliação em relação ao método “tradicional”, já foram percebidas como

produtoras de assimetrias que privilegiam questões econômicas e negligenciam o diálogo sobre questões emocionais (CHASIN, 2007; SINHORETTO, 2007). Ademais, a presença de novos atores (conciliadores e mediadores) tem criado um campo de disputa política dentro do sistema de justiça, tanto em relação às formas de implementar e estruturar as práticas alternativas dentro das cortes (OLIVEIRA, 2010), como em relação aos agentes que pretendem atuar de forma exclusiva nestas atividades (ALMEIDA, 2005; FAISTING, 2010; OZORES, 2011), colocando em evidência os interesses ligados ao monopólio destas práticas e do seu conteúdo.

A consolidação da justiça alternativa é uma agenda antiga do Judiciário brasileiro. Contudo, a obrigatoriedade da realização de audiências prévias de conciliação e mediação trazidas pelas recentes alterações no novo Código de Processo Civil de 2016 evidenciam o esforço de impor uma maior utilização destes métodos. Neste sentido, nos perguntamos: estaria o Judiciário brasileiro propagando uma ideologia coerciva de harmonia, tal como a descrita nos estudos de Nader?

4. CORPOS EM JUÍZO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O CAMPO

A observação participante foi realizada no CEJUSC de Campinas, localizado na Cidade Judiciária, um dos fóruns do município. O CEJUSC recebe atualmente todas as audiências de conciliação cíveis agendadas em processos em curso numa das dezesseis varas judiciais atendidas pelo setor. O atendimento também é aberto para cidadãos que procuram o local para resolver conflitos que ainda não possuam um processo em andamento. Nos dias em que estive no local, o setor realizou cerca de 53 audiências de conciliação por dia, além das audiências de mediação não contabilizadas na pesquisa. A coleta de dados etnográficos foi iniciada em 13 de março de 2017, logo após a aprovação do projeto pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Unicamp⁹, e se estendeu até meados de

⁹ A pesquisa obteve a aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Unicamp em 02/03/2017 (número CAAE 64253816.7.0000.5404).

junho de 2017. O trabalho de campo contabilizou 105 horas de observação e 131 audiências de conciliação assistidas.

Nesta parte, apresentarei alguns apontamentos preliminares acerca dos dados coletados em campo. A análise inicial dos diários de campo tem indicado a importância do controle dos corpos para o desenvolvimento das práticas de conciliação, o que me fez refletir acerca da produção política dos corpos dentro das dependências do CEJUSC e das dependências do fórum como um todo¹⁰. Considerando que nossos corpos consistem num dos mais visíveis e verificáveis efeitos do poder, uma das maneiras de interrogar como funciona o poder na sociedade contemporânea é interrogar como são constituídos os corpos e como se constroem os discursos que os regulam (SINHORETTO, 2011, p. 370). Desta forma, este texto prossegue com a reflexão relativa à corporalidade nos espaços observados.

4.1 Corpos em disputa: o acesso às salas de audiência e a atuação como conciliador

O expediente do CEJUSC começa na sala de espera. Seja no período matutino, quando as primeiras audiências do dia começam, ou no período da tarde, após o retorno dos servidores de seu horário de almoço. A sala de espera é o local onde todos aguardam ser chamados para entrar nas salas de audiência, as quais estão distribuídas em dois corredores. A primeira pessoa que se vê ao chegar na sala de espera é um dos funcionários terceirizados que fazem a segurança patrimonial do fórum. Em pé ou sentados numa cadeira alta, estes funcionários podem enxergar toda a sala de espera e também os corredores, isto é, ninguém atravessa as salas de audiência sem que algum funcionário da segurança possa ver. Na ausência de uma recepção ou de um servidor público na entrada durante o horário de atendimento do CEJUSC, as pessoas que entram na sala de espera e não conhecem os procedimentos do local (ou que precisam de algum tipo de informação) buscam auxílio do funcionário da segurança. Desta forma, estes funcionários exercem a

¹⁰ As percepções que apresento na pesquisa estão marcadas pela minha própria corporalidade, que reflete a minha identidade como mulher cis, branca, heterossexual, brasileira, de classe média e advogada. O método etnográfico permite trabalhar a subjetividade do/a pesquisador/a, de maneira que ela seja considerada durante a coleta de dados no campo e no momento posterior de análise destes dados.

função dupla de segurança patrimonial e atendentes, integrando-se ao serviço prestado pelo local. A maioria dos funcionários da segurança procura orientar os cidadãos com cortesia e presteza. Como seu conhecimento sobre as práticas do local é, por vezes, limitado ao que se pode visualizar no exterior das salas de audiência, é comum a orientação ao cidadão para que aguarde um servidor público.

Quem aguarda o atendimento ou o horário da audiência na sala de espera também costuma observar os servidores públicos circulando entre os corredores das salas de audiências. Em geral, eles conversam sobre as audiências do dia, sobre assuntos pessoais, sobre problemas técnicos relacionados ao sistema de serviços online do tribunal – e-SAJ (que frequentemente é alvo de reclamações). As conversas se desenrolam animadamente, semelhante a um escritório ou ambiente de trabalho qualquer, sem muita diferença de outras equipes de colegas de trabalho. A diferença para outras equipes é de que há um público externo que os observa: os usuários do serviço público e demais pessoas que aguardam o início das atividades. O clima animado de colegas de trabalho, por vezes, é contrastado com o ambiente da sala de espera, no qual os ânimos costumam ser mais tensos e ásperos, uma vez que a presença em um centro de conciliação supõe a presença de um conflito.

Os primeiros a serem chamados para as salas de audiência são os estagiários. Este grupo é constituído por estudantes de graduação em Direito, em Psicologia e de cursos de capacitação de conciliadores e mediadores, que buscam o CEJUSC para assistir audiências como parte das horas de estágio obrigatórias para sua formação. A solução encontrada pelo setor foi colocar uma mesa dentro das salas de audiência somente para estes estagiários¹¹. Contudo, a maioria dos estagiários são estudantes de curso de capacitação para conciliadores e mediadores. Com a exigência de audiência de conciliação no início do processo, o novo Código de Processo Civil fez com que a procura pelos cursos de capacitação tenha aumentado, de maneira que a presença de conciliadores “em treinamento” passou a ser frequente dentro do CEJUSC.

¹¹ Isto facilitou a minha presença nas salas de audiência, já que havia um espaço no qual pude permanecer nas salas sem atrapalhar a dinâmica das atividades.

Mesmo no caso dos estagiários, para quem o acesso às salas de audiência é permitido, a entrada e a saída destes espaços é controlada pelos servidores públicos. Enquanto o fluxo de atividades do CEJUSC vai sendo organizado pelos servidores, os conciliadores vão chegando ao local. Com acesso livre aos corredores e à sala da coordenação do CEJUSC, os conciliadores chamam a atenção quando chegam, tanto pelo acesso, como pela vestimenta diferenciada. Ternos, gravatas e outras vestimentas formais costumam ser as mais comuns, confundindo os conciliadores aos advogados que aguardam na sala de espera.

A grande maioria dos conciliadores é advogado ou profissional aposentado do sistema de justiça. Apesar de não existir impedimento legal para que outros profissionais exerçam a função de conciliador, alguns conciliadores me informaram que o CEJUSC exige a formação em Direito para atuar no setor, além de exigir também um tempo mínimo de dois anos de exercício na área. Esta informação reflete um dado de campo: majoritariamente, os conciliadores com quem conversei são bacharéis ou estudantes de Direito¹². Dentre os estagiários dos cursos de capacitação que conversamos, encontramos mais pessoas que não eram advogada. Dentre os estagiários, uma candidata me relatou que seria difícil atuar como conciliadora no CEJUSC, pois como não possuía diploma em Direito, já tinha conhecimento de que a atuação ali lhe seria vedada, apesar de ter participado de um dos cursos de capacitação com maior grade teórica do mercado.

Apesar dos conciliadores não receberem nenhum tipo de remuneração pela atuação no CEJUSC, os dados também indicaram que há uma lista extensa de voluntários inscritos para atuar no CEJUSC em Campinas (cerca de 300 pessoas). Contudo, alguns conciliadores e estagiários me relataram que para atuar nas audiências não basta estar na lista de inscrito: é preciso de indicação da coordenadora ou do juiz responsável pelo setor, o que indica que é o vínculo pessoal com a coordenadora ou com o juiz responsável que define se o candidato atuará ou não no CEJUSC. Em contrapartida, presenciamos alguns

¹² Apenas uma conciliadora com quem conversei disse não ser formada em Direito. Mesmo com formação como conciliadora judicial e possuindo muitos anos como psicóloga, a conciliadora me disse ter iniciado o curso de Direito, pois entendia que o curso a auxiliaria na atuação como conciliadora em audiências nas quais já existe um processo em andamento.

comentários de funcionários de que estaria faltando conciliadores para alguns dias da semana ou horários, o que poderia indicar que o cadastro não é tão grande quanto relatado, ou que as indicações são restritas a poucas pessoas.

Como a atuação do conciliador é voluntária, perguntamos também para vários conciliadores quais foram as suas motivações para exercer esta função. Quase todos declaram admirar a “função social” proporcionada pela conciliação e a satisfação em auxiliar as pessoas a resolver problemas, associando as práticas de conciliação a um “novo paradigma”, a uma “nova cultura” que ajudaria a “fazer acordos” e que traria a “pacificação social”. Porém, as respostas também giraram em torno do interesse em acumular “pontos” para concursos públicos (Defensoria Pública Estadual, por exemplo, traria meio ponto na classificação) e da busca por atividades após a aposentadoria em cargos públicos (a presença ex-procuradores do Estado é grande). Observei também que os pesquisadores que atuam como advogados na comarca tendem a falar com os funcionários sobre processos que possuem no fórum, beneficiando-se do conhecimento dos funcionários acerca de procedimentos e costumes internos.

4.2 Corpos marcados por gênero e raça

O recorte de gênero é bastante presente no CEJUSC, delimitando os espaços em que mulheres são recebidas, tratadas e interpretadas. O primeiro aspecto que chama atenção é que a presença das mulheres como usuárias dos serviços do CEJUSC se dá, majoritariamente, nas questões de família. No interior das audiências de conciliação, ser mulher e divorciada ainda é um tabu. A legislação que pressupõe a igualdade de direitos e deveres do casal no momento da separação conjugal parece ser conhecida e compreendida pelos operadores do direito (servidores, conciliadores, estagiários e advogados das partes). Contudo, os comentários durante a audiência e, em especial, nos momentos prévios e posteriores às sessões, remetem aos papéis sociais de gênero tradicionalmente reservados às mulheres: mães, esposas, cuidadoras do lar e dos filhos, resilientes por natureza. Qualquer demonstração de que as usuárias do serviço (ou outras mulheres que por ali circulem) pretendem romper com estes estereótipos é motivo de comentários ou julgamentos. Ser mulher, na justiça estadual, ainda é lutar contra os papéis

de gênero impostos pelo patriarcado, que não é esquecido, na maioria dos casos, apenas porque se está num prédio da justiça.

Ao mesmo tempo que o artigo 334 do novo Código de Processo Civil prevê a obrigatoriedade das audiências de conciliação no início do processo, ele também prevê duas hipóteses que desoneram o juiz de marcar estas audiências: o manifesto desinteresse das duas partes no processo e a impossibilidade do conflito admitir uma autocomposição. Um dos poucos casos no qual o CNJ já orientou os juízes a não agendar estas audiências iniciais de conciliação são os processos em que exista histórico de violência doméstica. A justificativa para esta exceção¹³ seria apoiada na vulnerabilidade de uma das partes (a mulher) que, como vítima, não apresentaria condições de negociar em posição de igualdade com seu agressor.

Mesmo com a orientação do CNJ, a orientação do juiz responsável pelo CEJUSC é de que as audiências devem ser agendadas mesmo nos casos em que a usuária do serviço comunicar os funcionários sobre eventual violência prévia ou medida protetiva¹³ contra a parte com a qual ela ingressou um processo. Em determinada ocasião, ouvi de uma servidora que a orientação do juiz responsável pelo CEJUSC é a seguinte: as audiências de conciliação devem ser marcadas nos casos em que há “medida protetiva”, pois “o casal vai ter que se encontrar alguma hora, seja no CEJUSC ou na audiência com ele [o juiz]”.

Assim, mesmo com a ciência de todos os operadores da justiça de que a mulher possui uma restrição contra seu ex-companheiro (acusando o histórico de violência doméstica), as audiências são realizadas normalmente. O que ocorre, aparentemente como medida de “precaução”, é que um dos seguranças patrimoniais do fórum, que possuem porte de arma, acompanham a audiência do lado de fora ou dentro da sala, de acordo com a percepção dos servidores e conciliadores quanto à “gravidade do caso”.

O racismo estrutural é outra marca que tem se destacado nos dados de campo. A violência simbólica que atinge os corpos negros está presente no imaginário do servidores e

¹³ Medida protetiva é o nome da decisão que declara que a violência doméstica contra a mulher está comprovada e que, por esta razão, o agressor (ou agressora) não deve se aproximar da vítima, sob pena de prisão. Juridicamente, a medida protetiva é um sinal cabal de que houve violência doméstica e de que, não apenas a mulher possui a condição vulnerável de “vítima” da agressão, mas também que a outra parte está impedida legalmente de se aproximar fisicamente dela.

funcionários do fórum, que associam a negritude dos corpos com os usuários dos serviços judiciais. Para melhor explicar meu argumento, trago o relato de duas situações vivenciadas por uma estagiária de curso de capacitação para conciliadores, observada por mim num mesmo dia de observação.

Na primeira situação, a estagiária, que era negra, advogada e com cerca de 50 anos, saiu da sala comigo num momento entre uma audiência e outra para ir até a lanchonete do prédio. Após pedir um suco no caixa, a estagiária aguardou ser atendida no balcão com sua ficha na mão, de acordo com o costume local. Após algum tempo de espera, a estagiária foi deixada de lado para que a atendente fizesse o atendimento de uma outra mulher, que acabara de se aproximar do balcão, e foi tratada pela atendente por “doutora”. Minha percepção, neste momento, foi de que a atendente teria entendido que a estagiária era, na verdade, uma usuária dos serviços forenses. Isto porque, em mais de uma ocasião, presenciei este tipo de comportamento por parte das atendentes da lanchonete, que nitidamente atendem com mais simpatia e dão preferência a clientes identificados como funcionários do fórum, juízes e advogados, deixando de lado aqueles que parecem ser “cidadãos comuns”. A cena da estagiária me chamou a atenção, pois a mulher que foi atendida na frente e a estagiária que estava comigo vestiam-se de maneira parecida, usando roupas consideradas “sociais” (comuns na identificação de “advogados” e “advogadas”). A principal diferença na aparência física das duas era o fato de que a estagiária era negra e a outra mulher, branca. Posteriormente, a estagiária acabou nem pedindo o suco, pois esperou tanto que o horário da próxima audiência ficou próximo. Ao falar para a atendente que não teria tempo e que voltaria outra hora, a atendente pouco se importou e nem mesmo desculpas pela demora ela pediu – o que me deixou mais evidente que a atendente teria colocado a estagiária como “usuária”, já que o tratamento foi realmente mais negligente.

O segundo momento foi relatado pela estagiária e não foi presenciado por mim. Após sair da lanchonete, ela teria voltado às dependências do CEJUSC e, antes de entrar na sala, parou para ler algo num mural que fica no corredor das salas de audiência. Enquanto ela estava de pé lendo o mural, um juiz teria passado por ela e, não a reconhecendo, pediu para o funcionário da segurança verificar “o que aquela senhora

fazia ali parada no corredor”. O funcionário da segurança foi até ela e, constrangido, teria justificado sua pergunta contando a ordem que acabara de receber do juiz. Como os cidadãos que buscam o CEJUSC não têm acesso ao corredor de salas, o estranhamento do juiz teria sido, segundo a interpretação da própria mulher, porque ela teria sido confundida com uma usuária dos serviços judiciais.

Em nenhum momento, notei qualquer tipo de comportamento que justificasse a classificação da estagiária como uma usuária dos serviços do fórum, até porque eu mesma tinha percorrido os mesmos locais e apresentado comportamentos semelhantes. Nos dois momentos relatados, isso causou constrangimento à estagiária, que teve seus direitos como consumidora e como cidadã desrespeitados. Por que ela não foi “confundida” com uma advogada, estagiária ou funcionária, por exemplo, mas sim como “cidadão comum”? A resposta que nos parece mais lógica é de que ela era parecida com o imaginário do usuário dos serviços forenses – uma pessoa negra.

5. NOTAS FINAIS

A utilização de métodos consensuais de solução de conflitos não é uma ideia nova nas sociedades. O que se observa é que há novas razões para que as sociedades modernas adotem estas alternativas, tal como a necessidade de tornar o Judiciário mais acessível a toda a população. Este acesso igualitário à justiça seria, segundo Cappelletti (1993, p. 287), seria o preço da própria democracia que as sociedades modernas deveriam sentir-se dispostas a pagar.

Os resultados parciais da pesquisa têm indicado que as alterações normativas trazidas por esta política pública não representam a intenção de criar um serviço público mais amplo em opções que auxiliem a defesa do que é “justo”¹⁴. Ao contrário, as escolhas políticas

¹⁴ Minha intenção não é promover um debate sobre os significados de “justiça”. A utilização dos termos “justiça” ou

“justo” se atém à compreensão de “justiça” como o exercício e a defesa de direitos reconhecidos pelo Estado e à forma como os serviços públicos garantem a possibilidade deste exercício, algo próximo do que o “senso comum” entende estes termos. Essa utilização semântica é semelhante à maneira como Oliveira

do Judiciário parecem refletir uma preocupação com a gestão institucional de recursos, representando uma resposta a conflitos típica de um modelo neoliberal de justiça (GARAPON, 2008), sem a intenção de intervir nas barreiras culturais, sociais e políticas que impedem que a igualdade formal saia da letra da lei e invada a realidade dos cidadãos.

A política nacional de conciliação se apoia na bandeira da democratização do acesso à justiça, justificando as alterações procedimentais por ela implementadas como uma forma de tornar o sistema de justiça mais acessível e eficaz. Na prática, o que tenho observado nos significados mobilizados por servidores públicos, conciliadores, estagiários e advogados é que a ideia de acesso está vinculada especialmente ao número de acordos. Quanto mais acordos, mais acesso e, portanto, mais justiça. Da mesma forma, a eficácia do serviço público se mostra vinculada às estatísticas sobre acordos. Mais processos arquivados ou evitados por meio de acordos, mais eficaz é o setor.

O protagonismo dos conciliadores e servidores públicos na construção dos sentidos de consenso e de justiça no CEJUSC tem reproduzido a mesma lógica observadas em estudos realizados antes da implantação da política nacional de conciliação. A evitação do diálogo sobre emoções, afetos e condições sociais que caracterizam o conflito (CHASIN, 2007; SINHORETTO, 2011), a omissão e a negligência em relação à violência doméstica (OLIVEIRA, 2010), a desvantagem enfrentada pelos consumidores em juízo (INATOMI, 2009; MARQUES, 2006) e a insistência em associar a ideia de “acordo” com as ideias de “paz” e “civilidade” (NADER, 1994) se mostram recorrentes nos dados etnográficos. Apesar da retórica que afirma que a informalidade beneficia o serviço judicial, os efeitos da discricionariedade dos juízes, servidores e demais colaboradores do Judiciário nas práticas de conciliação limitam o sentido de justiça ao sentido acertado entre as partes.

Assim, a conciliação estaria trazendo um acesso ainda menos igualitário à população, ao impulsionar a reafirmação de lógicas estatais, sociais e políticas que

(2010) utilizou-se destes termos em estudo sobre o campo de produção de justiça no âmbito da violência contra a mulher.

privilegiam a manutenção do *status quo*, das hierarquias de poder e das marcações sociais de gênero, raça e classe.

Com isto, a literatura da corrente da “opressão” descrita no item 2, que observa a interferência estatal na vida privada dos indivíduos e a manipulação das formas de distribuição da justiça entre as pessoas tem trazido um grande ganho analítico para a pesquisa. Tal como teria sido observado nas primeiras iniciativas de tornar a conciliação uma prática judicial nos Estados Unidos (NADER, 1994), tenho percebido que a política nacional de conciliação tem criado associações em relação à ideia de “resolução de conflitos por meio de acordo” com ideias de “pacificação social” e “efetividade”. O Judiciário estaria, assim, transformando o “acordo” em um ideal a ser alcançado, convertendo a audiência de conciliação num ritual propício para práticas de “harmonia coerciva”. Ao invés de fomentar a discussão pacífica que leva a uma solução consensual, a conciliação judicial brasileira estaria perseguindo acordos e dificultando o acesso da população a resolução de disputas pela via processual.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro De. *A advocacia e o acesso à justiça no Estado de São Paulo (1980-2005)*. 2005. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- AZEVEDO, André Gomma De (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação - Volume 2*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. , 2015.
- BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. [S.l.]: Jossey-Bass, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 3, p. 282–296, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryanth. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet.

Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARVALHO, José Murilo De. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHASIN, Ana Carolina Da Matta. *Uma simples formalidade: estudo sobre a experiência dos Juizados Especiais Cíveis em São Paulo*. 2007. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. , 2010.

DAGNINO, Evelina. ¿Sociedade civil , participação e cidadania: de que estamos falando? *Políticas de Ciudadanía y Sociedad Civil en tiempos de globalización*. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004. p. 95–110.

DELGADO, Richard *et al.* Fairness and formality: minimizing the risk of prejudice in Alternative Dispute Resolution. *Wisconsin Law Review*, v. 1369, 1985.

FAISTING, André Luiz. O dilema da dupla institucionalização do Poder Judiciário: o caso do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: SADEK, MARIA TEREZA AINA (Org.). . *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. p. 71–105.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005. (1981).

FULLIN, Carmen Silvia. Acesso à Justiça: a construção de um problema em mutação. In: SILVA, FELIPE GONÇALVES; RODRIGUEZ, JOSÉ RODRIGO (Org.). . *Manual de sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 219–236.

FULLIN, Carmen Silvia. *Quando o negócio é punir: uma análise etnográfica dos Juizados Especiais Criminais e suas sanções*. 2011. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: Condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. 274 f. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

GALANTER, Marc. "...A settlement judge, not a trial judge": judicial mediation in the United States. *Journal of Law and Society*, v. 12, n. 1, p. 1–18, 1985.

GARAPON, Antoine. Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité. *Revue Esprit*, n. 349, 2008.

GRILLO, Trina. The mediation alternative: process dangers for women. *The Yale Law Journal*, v. 100, n. 6, p. 1545, abr. 1991.

GROSS-CUNHA, Luciana. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? In: SADEK, MARIA TEREZA AINA (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 43–74.

HOLSTON, James. *Cidadania insurgente : disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*.

São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

INATOMI, Celly Cook. *O acesso à justiça no Brasil: a atuação dos juizados especiais federais cíveis*. 2009. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à Justiça : um olhar retrospectivo. *Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, p. 389–402, 1996.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia, justiça e sociedade no Brasil: uma abordagem comparativa dos modelos de administração de conflitos no espaço público. *Revista De Sociologia e Política*, n. 13, p. 23–38, 1999.

KOERNER, Andrei; INATOMI, Celly Cook; BARREIRA, Karen Sakalauska. Dez anos de racionalização da gestão judicial no Brasil: efeitos e perspectivas. *Direito & Práxis*, v. 7, n. 12, p. 326–364, 2015.

MARQUES, Erik Macedo. *Acesso à justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo*. 2006. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Tradução Cláudia Fleith. v. 9, n. 26, 1994.

NADER, Laura. The ADR explosion - the implications of rhetoric in legal reform. *Windsor Yearbook of Access to Justice*, v. 8, 1988.

NADER, Laura. *The life of the law: anthropological projects*. Berkeley: University of California Press, 2002.

OLIVEIRA, Marcella Beraldo De. *Justiças do diálogo: uma análise da mediação extrajudicial*.

2010. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

OZORES, Audria Helena de Souza Peres. *Conflitos no campo jurídico em torno da profissionalização da mediação judicial*. 2011. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2011.

RISKIN, Leonard L.; WELSH, Nancy A. Is That All There Is? “The Problem” in Court-Oriented Mediation. *George Mason L. Rev.*, v. 15, n. 4, p. 863–932, 2008.

SADEK, Maria Tereza Aina. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, SERGIO (Org.). . *O que ler na ciência social brasileira*. São Paulo/Brasília: ANPOCS, Sumaré: CAPES, 2002. v. 4. p. 233–265.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: _____ (Org.). . *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Ática, 1989. p. 30–65.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de Justiça: Uma Etnografia do “Campo de Atenção ao Adolescente Infrator” no Rio Grande do Sul, depois do Estatuto da Criança e do Adolescente*. 2005.

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

SINHORETTO, Jacqueline. *A Justiça perto do povo: reforma e gestão de conflitos*. São Paulo: Alameda, 2011.

SINHORETTO, Jacqueline. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça. *Anuário Antropológico*, v. 2, p. 109–123, 2010.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. 2007. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TOSTA, Jorge; TOLEDO, Armando Sergio Prado De; ALVES, Jose Carlos Ferreira.

Estudos avançados de Mediação e Arbitragem. [S.l.]: Elsevier, 2013.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

A UTILIZAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL POR MAGISTRADOS NO PROCESSAMENTO DE HOMICÍDIOS DOLOSOS EM MINAS GERAIS

Juliana Neves Lopes Rodrigues

Doutoranda em Sociologia pelo PPGS/UFMG, julianajnlr@gmail.com

Resumo: Este artigo se propõe a problematizar as ambiguidades existentes entre as funções de polícia e de justiça, a partir de um estudo de caso no estado de MG, apoiando-se no seguinte problema de pesquisa: tomando-se o emprego do inquérito policial na fase acusatorial do processamento de homicídios dolosos em Minas Gerais, as funções de polícia e as de justiça são confundidas? Pela análise qualitativa de 63 acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), obtidos por meio de pesquisa jurisprudencial junto ao site desta instituição, evidenciou-se para a totalidade dos casos estudados, no tocante à revisão das sentenças condenatórias amparadas no inquérito como prova, que todos os réus tiveram seus recursos negados e que a justiça mineira entende que este instrumento pode ser utilizado na fase acusatorial. Na prática, tal práxis possui implicações para a consolidação dos direitos civis na ordem republicana brasileira, uma vez que no país convivem paralelamente uma visão democrática e outra reveladora de uma sociedade constituída por segmentos desiguais e complementares. A própria legislação é colocada a serviço dos operadores do sistema para que seja aplicada de modo particularizado, hierarquizado e sempre sujeita à interpretação (Kant de Lima, 2004). Assim, mesmo após a CF-88, a cidadania está longe de ser alcançada, já que o texto constitucional reforçou a inquisitorialidade do inquérito, insistindo em enfatizar seu caráter de procedimento e não de processo.

Palavras-chave: justiça criminal, inquérito, cidadania

INTRODUÇÃO:

As pesquisas sobre fluxo do Sistema de Justiça Criminal (SJC) têm discutido intensamente a importância do inquérito policial (IP) para o processo de elucidação de crimes no Brasil, tendo em vista a morosidade de sua produção (vinculada à tramitação burocrática entre diversas agências do SJC), a inobservância dos direitos e garantias do indivíduo acusado e o tratamento desigual que este instrumento proporciona quando da aplicação dos preceitos legais às camadas sociais ao qual ele atinge – Kant de Lima (1983, 1989, 1997, 2008); Coelho (1986); Santos (1996); Vargas (2000); Cano (2006); Misse e Vargas (2008), Ribeiro (2009); Misse (2010); Ribeiro *et al* (2012). Tudo isso vem fazendo com que os estudos nele referenciados se tornassem não somente mais numerosos, bem como mais relevantes do ponto de vista sociológico e até mesmo jurídico.

A despeito do profícuo debate acerca da contribuição deste instrumento investigatório para o esclarecimento de vários delitos, no entanto, ainda há particularidades não exploradas a respeito do IP que merecem especial atenção por seu significativo impacto sobre a consolidação dos direitos civis no Brasil, como é o caso do objeto deste artigo, a saber: o aproveitamento do inquérito policial durante a fase judicial do processamento de homicídios dolosos no estado de Minas Gerais. O objetivo que ora se apresenta é o de problematizar as ambiguidades existentes entre as funções de polícia e de justiça fundamentando a discussão dessas ambivalências como decorrentes da nossa formação social desigual nos campos social e jurídico. A partir de um estudo de caso no estado de MG, tal análise se apoiará no seguinte problema de pesquisa: tomando-se o emprego do inquérito policial na fase acusatorial do processamento de homicídios dolosos em Minas Gerais, as funções de polícia e as funções de justiça são confundidas?

Para responder a essa indagação, empreendeu-se à análise qualitativa de 63 acórdãos¹ proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) no

¹ De acordo com a lei 13.105/16, acórdão “é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”, ou seja, trata-se de uma decisão judicial proferida em segundo grau de jurisdição por uma câmara/turma de um Tribunal. Os julgados recebem este nome por serem proferidos de forma colegiada e refletirem o acordo de mais de um julgador. Podem ser decisões unânimes ou não unânimes e a escolha deste instrumento de análise se deveu, em essência, ao fato de que se trata de uma decisão extremamente filtrada, na qual não

período compreendido entre outubro de 2016 a março de 2017. Estes documentos foram obtidos por meio de pesquisa jurisprudencial junto ao site desta instituição: www.tjmg.jus.br. Neste sítio eletrônico, a pesquisadora acessou a guia “pesquisa de jurisprudência” e a opção “pesquisa avançada”, escolhendo a guia “acórdãos”. No campo “pesquisa livre”, de preenchimento obrigatório, foram digitados os seguintes termos: “inquérito policial”, “provas” e “homicídios”. Havia, então, dois campos opcionais com referência ao tempo – “data de publicação” e “data de julgamento” – seguido de mais dois outros campos – “órgão julgador” e “relator”, sendo que o preenchimento de, pelo mesmo um destes, era obrigatório.

A primeira dificuldade encontrada se deveu ao fato de que o site somente realiza a pesquisa pelo local de procura, ou seja, a pesquisadora teve que procurar os documentos pretendidos em todos os locais eletrônicos disponíveis para acesso (Câmaras Criminais, Grupos de Câmaras, Conselho Unificado de Jurisprudência Criminal) a fim de verificar se havia acórdãos relacionados aos termos. Aferiu-se, finalmente, que somente havia decisões desses termos proferidas nas sete Câmaras Criminais. Conforme o inquérito policial tenha sido criado em 1871, a pesquisadora tentou efetivar uma busca também por tempo, valendo-se dos campos “data de publicação” e “data de julgamento”, nos quais selecionou o período compreendido entre 20/09/1871 à 31/12/2016. O objetivo era o de contemplar o maior número de decisões proferidas pelo órgão desde a criação do inquérito.

Num primeiro momento, um total de 327 acórdãos foram obtidos, todavia, ao ler parte de tais documentos a pesquisadora percebeu que o conteúdo era diverso daquele pretendido, ou seja, os acórdãos não versavam sobre julgamentos de homicídios que se valessem, pelo menos em parte, das provas produzidas no e pelo inquérito. Diante dessa nova dificuldade, a pesquisadora decidiu realizar nova busca inserindo os seguintes

há manifestação, a priori, do réu, dos advogados ou demais atores do processo. Apenas tem-se acesso ao que os desembargadores interpretaram do conteúdo do processo, ou seja, refere-se a uma visão da justiça sobre o trabalho da polícia (fase inquisitorial) e sobre seu próprio trabalho na instância judicial (acusatorial).

termos: “nulidade”, “julgamento”, “inquérito” e “homicídio”. Chegou-se a estes termos de busca pela leitura dos acórdãos anteriormente pesquisados, numa espécie de tentativa-erro. Esses procedimentos de tentativa-erro foram empreendidos no sentido de encontrar na leitura desses documentos palavras que direcionassem à pesquisa ao objetivo pretendido. Assim, depois de um intenso refinamento da busca, o número de acórdãos encontrados passou de 327 a 63 – total de documentos utilizados nesta pesquisa e que se encontram assim distribuídos: 19 na 1ª Câmara Criminal, 22 na 2ª Câmara Criminal, 7 na 3ª Câmara Criminal, 3 na 4ª Câmara Criminal, 2 na 5ª Câmara Criminal, 3 na 6ª Câmara Criminal e 7 na 7ª Câmara Criminal.

Esse material foi coletado e compilado para que se tivesse acesso, como mencionado anteriormente, ao maior número de decisões condenatórias que envolvessem o uso do IP na fase inquisitorial. Os resultados serão apresentados nas seções seguintes, segmentando a análise em três partes. Num primeiro momento, as funções de polícia e de justiça serão problematizadas em sua forma e conteúdo, desenvolvendo um pouco mais a argumentação iniciada nesta introdução, segundo a qual nossa justiça, desde a sua criação, é marcada pela ambiguidade de funções e princípios orientadores.

Num segundo momento passa-se à análise dos acórdãos, com o objetivo de exemplificar o argumentado na seção anterior. O propósito é o de demonstrar que o inquérito é objeto de uso corrente durante o processamento dos homicídios dolosos na fase judicial no estado de Minas Gerais, de tal forma que a própria legislação é colocada à serviço dos operadores do sistema para que seja aplicada de modo particularizado, hierarquizado e sempre sujeita à interpretação (Kant de Lima, 2004).

Por fim, uma reflexão será iniciada com vistas a questionar as implicações deste “uso judicial” do inquérito para a consolidação dos direitos civis na ordem republicana brasileira. O que se pretende é demonstrar que, mesmo após a Constituição Federal de 1988, a cidadania está longe de ser alcançada, já que o texto constitucional reforçou a inquisitorialidade do inquérito, insistindo em enfatizar seu “caráter de procedimento e não de processo” (Kant de Lima, 1989).

O INQUÉRITO POLICIAL: A PRODUÇÃO DA VERDADE JURÍDICA X A PRODUÇÃO DA VERDADE POLICIAL

O que, afinal, pode ser entendido como função de polícia, o que se compreende por função de justiça e por qual razão essa diferenciação parece não estar bem demarcada para a realidade brasileira? No plano formal, pode-se dizer que no Brasil a função da polícia consiste em promover investigações procurando indícios e evidências da autoria e da materialidade de um crime, compilando o resultado desse trabalho num procedimento administrativo, inquisitorial (porque neste momento, o indivíduo suspeito, em tese, não tem conhecimento de que está sendo investigado) e reduzido a termo, denominado Inquérito Policial (IP). Este documento, então, é enviado ao Ministério Público que, por meio de seus agentes (promotores), decidirá se há elementos suficientes da suposta autoria e materialidade do crime, formalizando uma denúncia e encaminhando-a ao Poder Judiciário.

A função de justiça, por sua vez, consiste em promover um conjunto de procedimentos que devem ser seguidos no intuito de se condenar ou absolver um indivíduo denominado acusado ou réu (também chamado suspeito e indiciado durante a fase inquisitorial de elaboração do IP). Este conjunto de procedimentos forma o processo judicial, que é presidido por um juiz e se assenta, basicamente, em dois grandes princípios: acusatorial (ao indivíduo acusado é oferecido amplo direito a defesa) e da verdade real (o juiz possui a prerrogativa de incluir as provas que julgue pertinentes para formar seu livre convencimento no transcorrer do processo). Tudo isso feito de tal forma que as provas produzidas durante a feitura do inquérito (à exceção das provas técnicas) sejam preteridas e novo conjunto probatório seja criado, agora com total conhecimento por parte do acusado de todos os atos envolvidos neste processo. Cabe à justiça em termos formais, portanto, formar a culpa do acusado ao mesmo tempo em que lhe garante o mais amplo leque de defesa. Para melhor compreensão de tais funções, no entanto, é preciso recuperar a ideia de seu surgimento, o que se traduz em reconstituir concepções tanto de justiça (aqui compreendida como forma de administração de conflitos) como de inquérito no Ocidente.

A justiça moderna, como um todo, está baseada em códigos explícitos, gerais, que estipulam regras de “como proceder” quando da necessidade de se punir alguém. Na Idade Média, essa punição consistia em supliciar o corpo e este corpo supliciado estava inserido num “cerimonial judiciário” que se incumbia de fazer manifestar a verdade de um crime. Nada obstante, ao final do século XVIII e início do século XIX, a mecânica da punição vê suas engrenagens transformadas por completo e a intenção da punição promovida pelos chamados sistemas de justiça se transfere do corpo para a alma (Foucault, 2005). O sistema judiciário penal será reformado e reorganizado nos diferentes países da Europa de modo que o Estado Moderno passará a deter o monopólio das formas de resolução de conflitos. Haverá, por isso mesmo, todo um conjunto de lutas até que o Estado Moderno universalize os mecanismos estatais de resolução de conflitos, essenciais para a preservação e construção da ordem pública (Kant de Lima, 1983). Tanto os modelos de controle social como a elaboração de formas jurídicas de construção da verdade fazem parte dessas lutas.

Reconstruindo parte destas lutas, as análises de Foucault (2005) apontam para o surgimento do inquérito² ainda na Idade Média como forma de pesquisa da verdade no interior de uma ordem jurídica e que se liga diretamente à construção dos controles políticos e sociais no momento de formação da sociedade capitalista. A expressão inquérito, na forma como se utiliza o autor, deriva do latim *inquisitu*, *inquerre*, significando o ato ou efeito de inquirir, isto é, o ato ou efeito de procurar informações sobre algo. Basicamente, as características deste inquérito eram: a presença do poder político como personagem essencial; a concepção de que a verdade era algo desconhecido e, portanto, a ser descoberta através de questionamentos, além de ser uma forma de verdade ligada à gestão administrativa, uma modalidade de gestão, ou ainda: uma maneira de exercer poder. Isso é demonstrado por Foucault (2005), quando de sua releitura acerca do mito edípiano, na qual Édipo seria este instrumento de poder. Sua preocupação nunca

² Não confundir o inquérito a que faz referência Foucault com o inquérito policial do ordenamento jurídico brasileiro. O *inquest* é um instrumento da Idade Média que foi utilizado para substituir a antiga forma de resolução de conflitos – contestação direta entre indivíduos – por uma nova forma que confere ao Estado o direito de resolver litígios. Já o inquérito brasileiro será definido mais adiante.

foi a de se defender acerca das “acusações” que poderiam incidir sobre ele, com respeito à morte de Laios - seu pai - e o casamento com a própria mãe. Sua preocupação foi, desde sempre, a de se manter no poder, muito mais do que provar sua inocência. A resolução do litígio sobre quem havia matado Laios surge somente com a figura do pastor que é, na verdade, uma testemunha.

É exatamente esse conhecimento por testemunho que originará a figura do inquirido, trazendo um terceiro elemento que atuará como prova e fazendo deslocar o direito de resolver um litígio para um terceiro “personagem exterior”: o poder político e judiciário. Alguém que represente o povo, um procurador – um representante do Rei – que se sente lesado pelo simples fato de ter havido um crime. Neste momento, dirá Foucault (2005), o poder político se apossará dos procedimentos judiciários e uma nova categoria, até então inexistente, será criada: o crime, que passa a ser entendido como uma ruptura com a lei e um dano à sociedade. A maior implicação disso é que a vingança não mais poderá ser utilizada, pois o que se deseja é reparar a perturbação causada à sociedade. Aliás, a penalidade não terá como fim a defesa geral desta sociedade ofendida. Ela servirá a um propósito maior de controle: o controle de indivíduos, bem como de comportamentos e atitudes por parte do Estado. Tal concepção se racionaliza somente na Idade Média, por meio da Igreja Católica e do próprio Estado, que passou a utilizá-la de forma administrativa na resolução de conflitos imprimindo a necessidade de que a verdade seja autenticada.

Esse processo de autenticar a verdade, todavia, não se deu de maneira uniforme no Ocidente, sofrendo vários desvios em seu percurso. Cada sociedade produziu suas próprias formas de atingir “a verdade” por meio de práticas penais, formando seus sistemas jurídicos. Em muitas sociedades ocidentais, essas práticas são ancoradas numa legislação: o Direito Penal e o Processo Penal. O Direito Penal condensa o conjunto de regras pelas quais o Estado exterioriza seu direito de punir os delitos e se materializa no Processo Penal, o qual se desenvolve através de determinados órgãos e instituições, encarregados tanto da chamada persecução penal (fase de investigação preliminar) quanto da administração da justiça no processo judicial propriamente dito.

Na medida em que quem estava no poder conseguiu universalizar formas de procedimentos de resolução de conflitos que pudessem se estender a todos os indivíduos, foram se formando, de acordo com Kant de Lima (1983), as duas grandes vertentes processuais de resolução de conflitos pelo Estado: uma anglo americana (*Trial by jury system*) ligada ao direito costumeiro (*Common Law Tradition*) e outra europeia-continental (*Civil Law Tradition*) que tem como principal instrumento de resolução de conflitos o inquérito. Essas vertentes nada mais são do que culturas jurídicas ou judiciárias e uma cultura judiciária produz verdades sob diversos modelos de justiça.

Aqui começa a ser revelado o problema brasileiro. No caso brasileiro, o modelo de justiça adotado é apresentado como um sistema denominado misto que conjuga tanto características dos sistemas processuais com ênfase inquisitorial (inquérito policial) como dos sistemas processuais com relevo acusatorial (fase judicial), contudo origina uma terceira forma (Kant de Lima, 1989), ou seja, o desenho da realidade brasileira passa pelo entendimento destas duas culturas, mas principalmente pela compreensão de como elas não se mostram puras em nosso cenário jurídico, o que se encontra estreitamente vinculado à nossa herança portuguesa, como também apontam Ribeiro e Duarte (2011).

Segundo as autoras, aquilo que se convencionou chamar de Sistema de Justiça Criminal³ (SJC) brasileiro constitui-se a partir da difusão de regulamentos e instituições portuguesas demonstrando, portanto, tratar-se de um sistema que veio de fora. Tal sistema desconsiderou a base social brasileira e reordenou as forças sociais aqui existentes em conformidade com o direito vigente na sociedade de Portugal, de forma que o direito e a legislação criminais no Brasil não são informados por costumes locais e sim por costumes da metrópole portuguesa, desde o período colonial (Ribeiro e Duarte, 2011). Essa é uma das razões, inclusive, pelas quais se afirma que o estado brasileiro antecedeu a organização da própria sociedade brasileira.

³ O Sistema de Justiça Criminal (SJC) no Brasil pode ser entendido como o conjunto de organizações encarregadas de registrar, investigar e processar os fenômenos sociais classificados como crime pela legislação brasileira. Trata-se de um arranjo de instituições que engloba os subsistemas policial, judicial e de execução penal, cujas funções compreendem desde o policiamento, passando pela fase de apuração de responsabilidades até a execução da pena. As organizações que o formam são a Polícia Militar (PM) e a Polícia Civil (PC), no âmbito estadual; a Polícia Federal, no âmbito federal; a Defensoria Pública (DP); o Ministério Público (MP); o Judiciário e a Administração Prisional, presentes nas esferas estadual e federal.

E como funcionava a administração da justiça portuguesa importada para a realidade brasileira? Diante de um suposto crime, no Brasil colonial, adotava-se procedimentos eclesiásticos de caráter inquisitorial para o processo punitivo. Assim é que, desde as Ordenações Afonsinas (1379), os acusados de um delito eram investigados de forma sigilosa e os processos de descoberta dos fatos estavam alicerçados em “um formalismo legalista e um individualismo político” (Kant de Lima, 1983) que marcou e vem marcando ainda hoje nossa forma de fazer justiça.

No Brasil Imperial, por sua vez, cabia a um juiz de paz a função de chefe de polícia. Seu papel era ambivalente na medida em que lhe competia investigar (função administrativa) e formar culpa (função judiciária) por meio do sumário de culpa⁴. Curiosamente, o período de maior abertura em nosso percurso punitivo talvez tenha se dado exatamente com o Código Criminal do Império (1830) e com o Código do Processo Criminal do Império (1832) que, por meio de uma legislação liberal e descentralizada, ofereceu mais garantias aos acusados, de forma que crimes entendidos como graves passaram a ser julgados por juízes de direito em um sistema semelhante ao Júri. Foi, no entanto, um período breve de procedimentos mais acusatoriais, enfrentando seguido retrocesso com as reformas de 1841 e 1871, as quais, respectivamente, extinguiram o Júri de acusação (atribuindo funções judiciais aos policiais e funções policiais aos juízes⁵), bem como, criaram o inquérito policial. Em 1841, quando o sumário de culpa é suprimido, o judiciário passa a delegar suas atribuições aos chefes de polícia, delegados e subdelegados. Formalmente, a partir deste momento, a formação de culpa estaria restrita ao judiciário. Na prática, contudo, a situação mostrou-se diferente, vez que estes delegados passaram a exercer funções investigativas e judiciárias, além de permanecerem sob um enquadramento unicamente administrativo (Misse, 2010). Tal situação mantém-se inalterada até hoje, tendo sido consolidada na criação do inquérito policial (1871).

⁴ Sumário de culpa é o documento utilizado desde o Império para lavrar o auto de corpo delito e formar a culpa dos delinquentes (Misse, 2010)

⁵ Isso pode ser personificado com a criação das figuras de delegados e subdelegados, em 1841, a quem a responsabilização pela elaboração do sumário de culpa é transferida, acumulando funções policiais e criminais.

Diante desse cenário, percebe-se por quais razões o inquérito se revela tão problemático para a realidade da justiça criminal brasileira. Definido pelo Código de Processo Penal (CPP) brasileiro como “*todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e dos autores e cúmplices, o qual deve ser reduzido a instrumento escrito*”, sua elaboração ficou a cargo dos delegados. Dessa forma, coube à polícia o comando da investigação e, por conseguinte, a incumbência de elaborar o instrumento legal do processo investigativo (o IP) definindo a linha de investigação a ser adotada, os atos e provas técnicas/periciais empregados, a forma que estes assumirão e o mais importante: quem, quando e como será ouvido, num misto de procedimentos que envolvem o uso de meios ilegítimos na obtenção de informações, a busca de provas e indícios baseada na idéia de segredos e de suspeitas, além de comportamentos discricionários (Rodrigues, 2011).

A situação piora e a “confusão” se instala exatamente no momento do indiciamento, ou seja, o momento em que um provável autor do crime é indicado pelo delegado. Este é o marco que torna completamente fluida a delimitação entre função de polícia e função de justiça, uma vez que o CPP brasileiro não define claramente quando alguém passa à condição de investigado e que direitos lhe são pertinentes. O código especifica apenas que o indiciado é qualificado como a pessoa formalmente submetida ao inquérito policial e que ainda não foi objeto de denúncia. Essa lacuna traz um conjunto de implicações para a construção do inquérito, uma vez que, na prática, o indiciamento não existe, havendo apenas um interrogatório a ser conduzido sem as observâncias legais, ou seja, sem a presença do defensor, com quem o suspeito possa entrevistar-se reservadamente, antes do interrogatório (Art. 185, CPP, Lei 10.792/2003).

Formalmente, portanto, a polícia judiciária deveria estar separada do sistema judiciário a partir da criação do IP, porém na prática esta separação mostrou-se parcial, tendo em vista que a polícia continuou a executar funções administrativas e judiciárias, razão pela qual o trabalho policial não se restringe às diligências feitas para apurar as circunstâncias e autoria de um crime. Seu trabalho encampa a formação da culpa e a produção de provas pela tomada de depoimentos em cartório, os quais irão compor o inquérito (Misse, 2010; Vargas & Nascimento, 2010). Não obstante, este inquérito será

entranhado ao processo judicial, ou seja, fará parte deste, demonstrando mais uma vez a não separação referida anteriormente. O que a justiça faz, a partir daí, consiste basicamente em referendar o trabalho policial.

Tecidas essas considerações e na tentativa de revelar o contexto em que justiça e inquérito se constituem tanto no Ocidente como no Brasil, é que se tratou, nesta seção, de desnudar as funções de polícia e de justiça, cuidando em demonstrar como as mesmas não são claramente delimitadas em nossa cultura jurídica. A seguir, aponta-se como essas conformações da justiça criminal brasileira podem ser verificadas na prática cotidiana de atores do SJC, em especial, dos desembargadores: instâncias máximas da justiça criminal que, em termos práticos, legitimam sujeitos de direito penal, mas não necessariamente sujeitos de direitos civis.

“SE QUERES SER BOM JUIZ, OUVES O QUE A POLÍCIA DIZ”: O CASO DE MINAS GERAIS

De acordo com dados do mapa da violência (Waiselfisz, 2016), nos anos compreendidos entre 1980 e 2011, o número absoluto de homicídios no Brasil foi de 1.145.908: um crescimento percentual de 275% do ano de 1980 (13.910 homicídios) ao ano de 2011 (52.198 homicídios). Dentro do mesmo intervalo e considerando o período de 2001 a 2011, o estado de Minas Gerais foi o único, dentro da região Sudeste, cujas taxas cresceram significativamente (21/5%), de acordo com o mesmo estudo. Some-se a este cenário outro correlato a ele (que se refere às baixíssimas taxas de esclarecimento⁶ desse tipo de crime no Brasil) e, por si só, haveria fundamentos suficientes para empreender análises sobre esta categoria criminal.

A opção de análise do crime de homicídio doloso, no entanto, não se deveu somente à sua importância social; ao fato de seus registros serem, em regra, mais

⁶ Dados do Relatório Nacional da Execução da Meta 2 (2012) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) analisando inquéritos policiais por homicídio doloso em todas as unidades da federação, instaurados até 31/12/2007 e não concluídos até o final do ano de 2013 demonstraram que apenas 6,1% (8.287) de um volume de 134.944 inquéritos chegaria à fase de denúncia. O mesmo relatório revela ainda que a taxa de esclarecimento deste tipo de crime no Brasil gira em torno de 5 a 8%.

fidedignos ou à existência de um volume significativo de pesquisas acadêmicas que poderiam oferecer maior sustentação teóricoempírica a este estudo. A escolha se encontra estreitamente vinculada, para além desses motivos, ao fato de que homicídios apresentam um tipo de investigação bastante diferenciada quando comparada a outros crimes, impactando todo o fluxo de processamento desses crimes, bem como refletindo-se nas baixas taxas de esclarecimentos dos mesmos, para a qual um dos maiores entraves se encontra no momento de elaboração do IP. Conforme o objeto desta análise se volte a este instrumento e suas conformações judiciais, a seleção deste tipo de delito foi determinante.

O estudo de caso de Minas Gerais é um excelente exemplo de como funções de polícia podem ser apropriadas pela magistratura no exercício de sua jurisdição, no entanto, antes de problematizar a forma de atuação da magistratura mineira, pretende-se traçar um “panorama quantitativo” geral de seus julgados. Dos 63 acórdãos analisados, apurou-se que a maior parte destes documentos (27) se referia a homicídios ocorridos na Região Metropolitana de Belo Horizonte (RMBH), ou seja, 43% dos casos analisados estavam concentrados nos municípios de Belo Horizonte (17), Contagem (4), Sete Lagoas (4) e Betim (2). Os demais encontravam-se dispersos em 26 outros municípios menores do interior do estado.

Quanto à natureza das reclamações, a maior parte delas era constituída de apelações criminais⁷ (39) e recursos em sentido estrito⁸ (21). Os acórdãos contemplam 91 reclamantes (réus condenados por homicídios por juízes de primeira instância ou acusados pronunciados que serão submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri), sendo que a maior parte deles foi definida como pertencente ao sexo masculino (88) e apenas 3 foram classificadas como do sexo feminino. O Ministério Público figurou como parte reclamada

⁷ Apelações criminais são recursos interpostos da sentença definitiva ou com força de definitiva, para a segunda instância, com o fim de que se proceda ao reexame da decisão, com a consequente modificação parcial ou total desta decisão. São chamados residuais e somente se aplicam nos casos em que não caiba, por exemplo, o recurso em sentido estrito. Suas possibilidades de aplicação estão dispostas nos artigos 593 a 606 do CPP.

⁸ Recurso em sentido estrito é o recurso mais utilizado no Direito Penal, interposto (conforme artigos 581 a 592 do CPP) quando, dentre outros motivos, o réu quer anular a sentença de pronúncia que o leva a julgamento em Júri popular desclassificando o crime que lhe é atribuído, ou seja, argumenta que houve um crime, mas este não seria, por exemplo, um homicídio doloso. Também é um instituto que visa anular a instrução criminal (em parte ou como um todo).

na totalidade dos casos. Não há, contudo, informações acerca da idade, cor ou escolaridade de reclamantes e reclamados, limitação que impede o desenho de um perfil destes.

Igualmente, não há qualquer informação acerca dos defensores que pudessem ser obtidas pela simples leitura do acórdão, logo, não foi possível determinar se os reclamantes ingressam em juízos superiores por meio de defensores públicos ou privados. Apenas é possível afirmar que todos os réus são assistidos por um defensor, porque, invariavelmente, os acórdãos mencionam a expressão “*por meio de seu defensor*” ou “*por seu advogado ora constituído*”.

A média de dias que um acórdão leva entre o julgamento e sua publicação é de, aproximadamente, uma semana (7,8 dias) e, naquilo que se refere aos pedidos de anulação da sentença ou do próprio julgamento ocorrido em primeira instância, 100% das decisões foi desfavorável aos reclamantes, o que será tratado mais adiante. Isso não corresponde a afirmar que todas as decisões foram desfavoráveis aos reclamantes. Elas o foram apenas parcialmente e em casos nos quais a argumentação sobre aproveitamento do IP na fase judicial foi acionada. Casos nos quais os pedidos se referiam a abrandamento da pena ou a isenção de custas processuais foram parcialmente atendidos.

Abaixo segue pequeno demonstrativo dos principais tipos de reivindicações dos reclamantes nos acórdãos, bem como os tipos de jurisprudências acionadas por desembargadores do TJMG para proferir decisão desfavorável aos mesmos e, em seguida, após apresentada essa visão bastante geral e limitada do desenho institucional, passo à análise dos acórdãos propriamente dita:

QUADRO 1: REIVINDICAÇÕES DE RECLAMANTES x JURISPRUDÊNCIAS ACIONADAS POR DESEMBARGADORES NOS ACÓRDÃOS DO TJMG PARA HOMICÍDIOS DOLOSOS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Tipos de reivindicações dos acórdãos por parte do apelante:	Tipos de jurisprudências (legislação) acionadas pelos desembargadores do TJMG nos acórdãos
Nulidade da sentença de pronúncia porque baseada no IP	Acórdãos de outros Tribunais estaduais
Nulidade de julgamento por leitura de prova produzida no IP	Acórdãos do Supremo Tribunal Federal
Nulidade de julgamento por violação do princípio de ampla defesa	Súmulas do Supremo Tribunal Federal
Submissão do réu a novo julgamento	Súmulas do próprio TJMG
Abrandamento do regime	Habeas corpus julgados por outros tribunais estaduais
Redução de pena	Habeas corpus julgados por outros tribunais estaduais
Outros Nulidade porque o réu é menor e foi ouvido na polícia sem curador	Revista dos Tribunais
Outros (desclassificação do crime, isenção de custas)	

Fonte: Acórdãos do TJMG

Como assinalado anteriormente, a totalidade dos acórdãos proferidos pelas Câmaras Criminais do TJMG contém decisão desfavorável aos reclamantes quando o motivo para interposição de recurso às instâncias superiores da justiça criminal mineira

se volta à anulação da sentença de pronúncia ou do próprio julgamento em função da utilização de provas produzidas na fase inquisitorial durante a fase judicial (especialmente as chamadas provas testemunhais), como demonstrado a seguir:

“A leitura dos depoimentos prestados na fase de inquérito, para fins de ratificação em juízo, não gera qualquer nulidade, tratando-se, ao contrário, de procedimento costumeiro nas audiências de instrução e julgamento, que visa à judicialização da prova, em observância aos princípios da celeridade e economia processual”. (Acórdão 1.0672.13.001477-8/004, apelação criminal da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 1, grifo meu)

“A preliminar de nulidade do processo porque ‘o acervo probatório colhido no inquérito policial não é harmônico e coerente’ não merece ser acolhida. Oportunamente, vale ser ressaltado que o Inquérito Policial é mero procedimento administrativo de investigação inquisitória, e não um ato de jurisdição, que visa à apuração dos fatos aparentemente criminosos, não se aplicando, assim os princípios do contraditório e da ampla defesa. E, eventuais irregularidades nele contidas não têm o condão de anulá-lo” (Acórdão 1.0024.06.051751-3/001, recurso em sentido estrito da 5ª Câmara Criminal do TJMG, p. 3, grifo meu)

Inicialmente, chama a atenção (no primeiro excerto) a expressão *judicialização da prova*. Figueira (2008), estudando o contexto de utilização da categoria “prova” nos autos de processos criminais de homicídios ocorridos no Rio Janeiro, descobriu que esta categoria semântica possui diversas variações de sentido quando de sua utilização pelos diferentes operadores do Direito, o que se aplica, conforme também apurei, aos desembargadores mineiros. Assim, a prova pode ser usada como um agregado de atos executados com o objetivo de “formar a convicção da autoridade judiciária acerca da existência ou inexistência de um fato ou da veracidade/falsidade de uma afirmação”,

conforme explica o autor, e também como “um meio para os atores judiciários demonstrarem a ‘verdade dos fatos’”. Em ambos os casos, no entanto, o objeto da prova é um discurso, fruto de um processo de construção social.

Razão pela qual, inclusive, o discurso jurídico é capaz de, simultaneamente, criar duas funções para o IP, conforme sua conveniência. Na primeira função, o instrumento pode ser tratado como inquérito policial (caso do segundo excerto), “diminuindo” a verdade policial nele contida quando o magistrado o classifica como “mero procedimento administrativo”. O IP é de tal forma secundarizado nessa versão do discurso jurídico que, ainda que tenha sido elaborado em meio a irregularidades que o próprio magistrado reconhece, tais “vícios” não capazes de macular o processo.

Ao mesmo tempo, a magistratura também pode “elevantar” o inquérito a uma condição de judicial, ou seja, na impossibilidade de produzir provas dentro de um aparato que realmente assegure o contraditório ao acusado, a prova inquisitorial é corroborada. Assim é que, ora a magistratura se refere às “provas produzidas em sede policial” e ora se refere aos “indícios colhidos na fase inquisitorial”, que não podem ser incluídos “no bojo do acervo probatório”.

Além da seletividade que permite ao magistrado escolher o peso que atribuirá ao IP (se policial ou se judicial), a força interpretativa da condição da magistratura merece ser destacada:

“Sendo assim, em uma interpretação sistemática do art. 155 do CPP, entendo que o julgador não pode desprezar a prova produzida no inquérito policial, podendo utilizá-la de forma razoável e desde que devidamente fundamentada” (Acórdão 1.0672.13.001477-8/004 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 7, grifo meu)

“Outra conclusão não há, senão a de que todas as provas existentes nos autos apresentam-se concatenadas, ou melhor, interligadas entre si, em perfeita consonância, conduzindo com tranquilidade a um juízo de certeza e verdade. Ou seja, a análise de todo

o

acervo probatório revela que a colheita de provas realizada durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório e sob o manto da ampla defesa, corroborou, em sua inteireza, o arcabouço investigatório que serviu de base à denúncia”. (Acórdão 1.0672.13.001477-8/004 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 16, grifo meu)

“(…) entendo ser possível que o acusado seja pronunciado com provas colhidas apenas no inquérito policial, porquanto o Ministério Público ainda poderá produzir provas em Plenário a lastrear a denúncia. No caso em análise, ressalto, porém, que, além dos elementos de informação colhidos em sede policial a revelar indícios da autoria dos recorrentes, o policial Fulano de tal confirmou em juízo toda a dinâmica delitiva narrada por Beltrano na fase policial (fl. 202). (Acórdão 1.0707.13.022757-2/002 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 9, grifo meu)

Alega o apelante que duas juradas integraram quadro da Polícia Civil e teriam interesse, portanto, na condenação do agente, o que, a meu sentir, não restou comprovado no processo. (Acórdão 1.0707.13.022757-2/002 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 3, grifo meu)

O discurso jurídico (Capez, 2001; Nucci, 2008) reafirma sistematicamente a figura do juiz como elemento completamente imparcial do processo, dotado de uma racionalidade puramente técnica cujo propósito único se dirige à aplicação da lei. Este mito da imparcialidade, todavia, ignora por completo o fato de que toda a magistratura, enquanto ente social, interpreta os códigos ou qualquer outra disposição normativa de seu campo de atuação. Daí porque, nos excertos acima, o desembargador “interpreta sistematicamente, “analisa” todo o acervo probatório, “entende ser possível que o acusado

seja pronunciado com provas colhidas apenas no inquérito policial” e “a meu sentir, não restou comprovado no processo”. Interpreta-se para dar sentido, para formar um juízo e aplicá-lo. Os verbos interpretar, analisar, entender e sentir, nesse contexto, remetem a um processo interpretativo que, num certo sentido, quase abandona a racionalidade para se filiar a um campo de conhecimento ainda mais abstrato que é o do “sentimento”.

Tão significativo quanto todos esses aspectos, no entanto, é a utilização da norma para tentar legitimar os julgamentos sem efetivo contraditório, reforçando a condenação de homicídios ancorados em provas inquisitoriais no estado de Minas Gerais. Neste sentido, o dispositivo legal mais utilizado para fundamentar as decisões é o artigo 155 do CPP. Reza o texto desta norma que “*o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.* (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) ”.

Essa norma possui duas funcionalidades, basicamente. Num primeiro momento é invocada para justificar o aproveitamento do IP na fase judicial sob a alegação de que o conteúdo desta norma não pode ser aplicado à sentença de pronúncia. Por quê? Porque quem pronuncia, ou seja, quem decide levar um acusado a julgamento em Júri Popular não é o magistrado, mas sim os jurados, cujo compromisso não se vincula à busca da verdade real dos fatos. Conforme alegam os próprios magistrados, a decisão que submete o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri “não exige um juízo de certeza, mas tão somente que seja apontada a materialidade do delito e os indícios suficientes sobre a autoria”:

“(...) a norma extraída do art. 155 do CPP se destina expressamente à pessoa do magistrado, que, apesar de, assim como os jurados, também julgar conforme seu livre convencimento, deve motivar e fundamentar sua decisão, o que não ocorre com o Conselho de Sentença. Os jurados decidem, ao contrário, a partir de íntima apreciação das provas, sendo desnecessário que declarem em que se basearam para chegarem ao veredito e, conseqüentemente, inviável que

se conclua em qual elemento constante nos autos eles se apoiaram para a decisão. (Acórdão 1.0672.12.003166-7/002, da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 4, grifo meu)

O segundo emprego do artigo 155 do CPP se relaciona ao advérbio *exclusivamente* incluído no texto constitucional. A leitura dos acórdãos permite inferir que os desembargadores se valem da redação deste dispositivo normativo para reafirmar a sentença condenatória proferida em primeira instância que sentencia um acusado apoiando-se em elementos colhidos no curso do Inquérito Policial. Única ressalva é feita no sentido de impedir que estes sejam os únicos elementos a fundamentar a decisão, entretanto, os acórdãos demonstram que essa ponderação é sublimada no discurso jurídico e, por vezes, substituída por outro tipo de orientação, ou seja, a despeito do conteúdo do art. 155, se o juiz fundamentar sua decisão, nada impede que a condenação se dê com base em provas colhidas no curso de elaboração do IP:

“Sendo assim, em uma interpretação sistemática do art. 155 do CPP, entendo que o julgador não pode desprezar a prova produzida no inquérito policial, podendo utilizá-la de forma razoável e desde que devidamente fundamentada” (Acórdão 1.0672.13.001477-8/004 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 7, grifo meu)

“Outrossim, como se sabe, vigora no Processo Penal o princípio do livre convencimento motivado/persuasão racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova judicializada, nos termos do artigo 155 do CPP, em busca da verdade real, proferindo sua decisão, contudo, de forma fundamentada. ” (Acórdão 1.0672.13.001477-8/004 da 1ª Câmara Criminal do TJMG, p. 8, grifo meu)

O que se percebe é que as normas são invocadas nos mesmos moldes preceituados por Kant de Lima (1989) de modo que a construção do CPP obedece à orientação de uma

“dogmática jurídica”, própria de nossa cultura legal, a qual privilegia a concepção normativa, abstrata e formal do Direito. Daí porque se diz que o mundo do Direito não corresponde ao mundo dos fatos sociais. Somente após um tratamento lógico-formal é que os fatos adquirem permissão para adentrar o mundo do Direito. É necessário haver processo para que haja Direito. Aquilo que antecede ao processo não possui franco acesso a este mundo e, ainda que em tese, o inquérito policial em nosso ordenamento encontra-se à margem deste universo jurídico, tornando ainda mais contradita a utilização do instrumento no processo, pois se é de (re) conhecimento dos próprios magistrados que o inquérito policial possui “vícios” e é elaborado de “forma irregular”, como poderia ser, então, aproveitado na fase judicial, servindo de base à sentença proferida ao final da ação penal? Como esse instrumento poderia não contaminar o processo penal e não comprometer os direitos e garantias do indivíduo acusado?

Essas questões remetem necessária e urgentemente à discussão de cidadania brasileira no âmbito da justiça criminal e embora se reconheça que há inúmeros outros aspectos que nos permitem refletir sobre o aproveitamento do IP na fase judicial e seu endosso por toda a magistratura superior, o esforço nessa análise empreendido pretende apenas lançar luz sobre a necessidade de melhor compreender as práticas da justiça criminal, em especial das instâncias superiores, com vistas a alcançar um debate muito mais amplo: a não consolidação dos direitos civis na realidade republicana brasileira. É o que se intenciona delinear nas considerações a seguir.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE CIDADANIA E JUSTIÇA CRIMINAL

O presente artigo discorreu breve e amplamente sobre o aproveitamento do inquérito policial pela justiça criminal mineira enquanto instrumento “legítimo” (assim considerado pela magistratura) para condenar e reafirmar a sentença condenatória de um acusado por cometimento de homicídio doloso no estado. A pretensão foi a de promover uma reflexão sobre como este processo é repleto de ambiguidades e contradições no tocante às atribuições de polícia e de justiça. Os próprios códigos que normatizam a construção do IP e seu aproveitamento judicial já denotam que este instrumento conjuga

princípios no mínimo paradoxais, pois, em sua formulação, procedimentos inquisitoriais (busca de indícios e provas baseada na idéia de segredo e da suspeita) se chocam com princípios republicanos de igualdade (presunção de inocência). Segundo Paes (2010), o simples fato de se valorar aquilo que está ou já foi escrito privilegia por si só o discurso da acusação, uma vez que à defesa resta apenas contra argumentar sobre matéria produzida pela acusação.

Neste sentido, é indispensável um olhar sobre o instrumento que remeta a uma discussão mais ampla sobre cidadania e igualdade, uma vez que a consolidação dos direitos civis possui estreita relação com a igualdade jurídica e a opção por não pensar o IP sob o ponto de vista cidadão apenas reforçará seu uso como instrumento que, desde a sua criação, está condenado a servir a interesses que só servem à manutenção das desigualdades já existentes em nossa (des)ordem social.

Em sua concepção liberal acerca da cidadania, Marshall (1967) concebeu o termo sob três dimensões: civil, política e social. A dimensão civil é formada pelos direitos necessários à liberdade individual – como direito à propriedade e direito de ir e vir – e tem nos tribunais de justiça as instituições mais intimamente relacionadas a eles. O elemento político, por sua vez, compreende o direito de participar do poder político (ex: ser um eleitor) e o social “se refere a tudo que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais” (Marshall, 1967:63-64). Esses três elementos, portanto, formam a cidadania que, por meio de um estado nacional, terá como incumbência maior a proteção dos direitos individuais, uma vez que em sistemas capitalistas, as desigualdades sociais, econômicas e políticas sempre estarão presentes. O paliativo de camuflagem destas desigualdades, portanto, estaria em assegurar a igualdade jurídica dos cidadãos. Melhor esclarecendo: garante-se uma igualdade no plano do *status*, ou seja, os homens devem ser livres e iguais em *status*, mas não em poder.

As concepções de Marshall podem ser problematizadas para a realidade brasileira, todavia no contexto nacional é preciso ter claro que a cidadania se dá de forma difusa e

incipiente, concentrando-se ora no plano político (ex: direito de voto) ora no plano da dogmática formal assentada em princípios normativos e abstratos. Some-se a isso o fato de que a obtenção de cidadania no Brasil é sempre objeto de luta, uma vez que o princípio fundador de nossa sociedade, como tantas vezes salientado por Kant de Lima, é o princípio da desigualdade, tão manifesta em nossa justiça criminal, desde a formação de seus operadores ao produto por eles desenvolvidos. Daí porque a magistratura é majoritariamente recrutada entre as classes sociais mais abastadas em comparação aos policiais, que pertencem a estratos sociais mais baixos. Da mesma forma, a verdade produzida pela polícia é sempre preterida se comparada àquela produzida por magistrados – cujo prestígio muitas vezes se encontra em seu caráter fluido e interpretativo – e somente acionada quando nenhuma outra opção estiver disponível, como demonstrado nesta análise pela problematização da categoria “prova”, ora tratada como “indício”, ora como “prova judicializada”.

A cidadania como garantidora de igualdade jurídica, política e social no Brasil, então, é difícil de ser alcançada em termos mínimos muito em função dos direitos civis que, de acordo com Carvalho (2001), são direitos fundados numa justiça independente, eficiente, barata e acessível a todos e, por conseguinte, basilares à própria existência e continuidade da sociedade civil. Sobre este ponto, a justiça brasileira, além de lenta e cara, funciona sob uma lógica inquisitorial de produção da verdade, ou, como melhor exprime Kant de Lima (2004), “as relações entre modelos repressivos de controle social, formas inquisitoriais de produção da verdade e desigualdade jurídica formam um todo coerente em nossa justiça criminal”. O preço a pagar pela justiça inquisitorial praticada no Brasil é, portanto, o comprometimento dos ideais republicanos e de uma democracia já fragilizada, além da manutenção de uma estruturação social desigual, uma vez que:

“A consequência perversa desse sistema paradoxal é que, ao invés de enfatizar mecanismos de construção da ordem, enfatiza sistemas de manutenção da ordem, através de estratégias repressivas, em geral a cargo dos organismos policiais e judiciais, vistas como necessárias à administração deste paradoxo. Desse modo, as estratégias comumente

usadas para a manutenção da ordem, ora são militares – fundadas nas técnicas de destruição do inimigo, a origem mais evidente da explicitação do conflito, visto como perigosamente desagregador (Silva, 2003) – ora são jurídicas, voltadas para a punição de infrações da ordem. Nenhuma delas, é claro, está adequada à construção e à manutenção de uma ordem pública democrática, que deve ser baseada na negociação pública e coletiva dos interesses divergentes de partes iguais” (Kant de Lima, 2004, p.58)

REFERÊNCIAS:

- CANO, Ignácio (2006). **Mensurando a impunidade no sistema de justiça criminal do Rio de Janeiro**. 3º Congresso Latino-Americano de Ciência Política: Democracia e Desigualdades. UNICAMP.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CARVALHO, J.M. de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- COELHO, E.C. (1986). **A administração da justiça criminal no Rio de Janeiro: 1942-1967**. Dados - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Iuperj, vol. 29, n.1, pp.61-81.
- FIGUEIRA, Luiz Eduardo. 2008. **O ritual judiciário do tribunal do júri**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora.
- FLORY, Thomas. (1981). **Judge and Jury in Imperial Brazil, 1808-1871**. Social control and political stability in the New State. Austin, University of Texas Press.
- FOUCAULT, Michel (2005). **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª Edição Rio de Janeiro: NAU Editora, 160p.
- KANT DE LIMA, Roberto (1983). **Por uma Antropologia do Direito no Brasil in Ensaios de Antropologia e Direito**, Rio de Janeiro, Lumen Juris

_____, Roberto, (1989). **A cultura jurídica e práticas policiais:** a tradição inquisitorial.

Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, Anpocs, nº10, v. 4.

_____, Roberto (1997). **Polícia e exclusão na cultura judiciária.**Tempo Social; Rev. Sociol. USP. São Paulo 9 (1) p.169-183

_____, Roberto. **Direitos civis e Direitos Humanos:** uma tradição judiciária pré-republicana? São Paulo Perspec. [Online]. 2004, vol.18, n.1 [citado em 02/10/2017], pp.49-59.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100007&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-8839.

<http://dx.doi.org/10.1590/S010288392004000100007>.

_____, Roberto. **Estado Mínimo, desde que com Repressão Máxima?** In: Ensaio de Antropologia e de Direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Cap. 7, p. 223-232.

MARSHALL, T.H (1967) . Classe, cidadania e status. Rio de Janeiro: Zahar.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Acórdãos de Câmaras Criminais.

Disponíveis em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>.

Acesso em 02/10/2016

MISSE, Michel; VARGAS, Joana Domingues (2008). **A produção decisória do sistema de justiça criminal no Rio de Janeiro ontem e hoje:** um estudo preliminar. 31º Reunião Anual da ANPOCS, Caxambu.

MISSE, Michel (2010). **O inquérito Policial no Brasil:** uma pesquisa empírica. Rio de Janeiro:

NECVU/IFCS/UFRJ; BOOKLINK, 2010. 476p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PAES, Vivian (2010). **Do inquérito ao processo**: Análise comparativa das relações entre polícia e

Ministério Público no Brasil e na França. *DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social* - Vol. 3 - n 7 - JAN/FEV/MAR. pp. 109-141

RIBEIRO, Ludmila. **Administração da Justiça Criminal na cidade do Rio de Janeiro**: uma análise dos casos de homicídio. Rio de Janeiro: IUPERJ (tese de doutorado). 2009.

_____, Ludmila; DUARTE, Thais Lemos. **Do processo penal colonial à reforma processual penal de 2008**: análise sócio-histórica do sistema de justiça criminal brasileiro. *Interseções (UERJ)*, no prelo, 2011.

_____, Ludmila; MACHADO, Igor e SILVA, Klarissa. **Tempo na ou da justiça criminal brasileira**: uma discussão metodológica. *Opinião. Publica* [online]. 2012, vol.18, n.2 [citado em 02/10/2017], pp.355-382. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762012000200005&lng=en&nrm=iso ISSN 0104-6276.

<http://dx.doi.org/10.1590/S010462762012000200005>.

RODRIGUES, Juliana Neves Lopes. **O INQUÉRITO POLICIAL para o crime de homicídio**: inquisitorialidade, discricionariedade e conflito em busca da verdade e de culpados. 2011. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *et alli*. (1996). **Os tribunais nas sociedades contemporâneas** .

Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo (11)30:29-61, 1996.

VARGAS, J. Domingues (2000). **Crimes sexuais e sistema de justiça**. São Paulo, IBCCRIM.

_____, J. Domingues. (2004) **Estupro: Que Justiça? Fluxo do Funcionamento e Análise do Tempo da Justiça Criminal para o Crime de Estupro**. Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro. Tese de Doutorado.

WASELFISZ J. **Mapa da violência 2014**: os jovens do Brasil. Brasília (DF): Secretaria-Geral da

Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude, Secretaria de Políticas de Promoção da

Igualdade Racial; 2014. [Acesso em 12 ago 2017].

Disponível em:

http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/Mapa2014_JovensBrasil.pdf

**AÇÃO DECLARATÓRIA DO “CASO FAMÍLIA TELES” COMO
INSTRUMENTO PARA BUSCA DA JUSTIÇA NO ATUAL CENÁRIO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Laura Bittencourt Silva

Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa
(UEPG).

E-mail: l.bittencourtsilva@gmail.com

João Irineu de Resende Miranda

Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP).

E-mail: joaoirineu@uol.com.br

Rodrigo Simionato

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

E-mail: rodrigosimionato@hotmail.com

Roberjan Prestes Filho

Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de
Ponta Grossa (EMAP/PG). E-mail: roberjan.prestes@gmail.com

Resumo: Este trabalho estuda a Ação Declaratória da família Teles, cujo objeto foi o reconhecimento pelo Estado Brasileiro de que os autores foram torturados por Carlos Alberto Brilhante Ustra, então Major do Exército Brasileiro, durante o Regime Militar. Seu objetivo é demonstrar como a ordem jurídica brasileira – em especial a Lei de Anistia de 1979 – protege interesses conflitantes com os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição de 1988. Com este objetivo o trabalho estuda o crime de tortura, como ato ilícito nas esferas internacional e no Direito Penal brasileiro e sua ampla utilização durante o Regime Militar para, na sequência, analisar a Ação Declaratória proposta pela família Teles, considerando seu objetivo e as principais decisões presentes

no Processo. Como resultado, o trabalho conclui que aspectos como a imprescritibilidade dos direitos da personalidade e a contínua implementação de princípios da justiça de transição no Brasil colocam em xeque a barreira atualmente existente e lançam desafios ao Poder Judiciário, a começar pelo reconhecimento oficial da ocorrência desses crimes, sendo o âmbito criminal uma seara privilegiada para o atual movimento de ativismo judicial.

Palavras-chave: Regime Militar brasileiro; Ação Declaratória; Lei de Anistia; acesso à Justiça Penal.

INTRODUÇÃO

O Regime Militar brasileiro – iniciado em 31 de março de 1964 e findado em janeiro de 1985, com a eleição indireta de Tancredo Neves – é analisado como um fato histórico com consequências jurídicas relevantes e impactantes no passado, presente e futuro do Brasil. Com este enfoque, será realizado estudo de caso da Ação Declaratória proposta pela Família Teles em face do Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra e considerações sobre as consequências da sentença para a democratização do sistema de justiça pátrio.

Como meio para delimitação do tema “Regime Militar”, foi necessária a escolha de um fato específico, bem como um recorte temporal bem definido; por isso a opção pelo estudo de referido caso com aporte histórico. Com essa análise será possível demonstrar sua importância ao ordenamento jurídico pátrio, assim como à sociedade como um todo, afinal, a história de um povo é elemento essencial para sua construção e diferenciação perante os demais.

O objetivo geral é compreender a decisão civil no caso Família Teles, que reconheceu o falecido Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra como torturador, e o pedido determinante para o resultado obtido.

Na seara dos objetivos específicos, analisar as repercussões da Lei de Anistia nas

esferas cível e penal, especialmente no tocante à responsabilização dos autores de crime. É objetivo, também, investigar as consequências do reconhecimento do uso legítimo de Ação Declaratória para reconhecimento de vínculo jurídico originado por atos de tortura praticados durante o Regime Militar brasileiro.

O método adotado é o dialógico, pois foi essencial para a realização da pesquisa o diálogo transdisciplinar, necessário para conciliar o conhecimento jurídico (eminentemente de Processo Civil; Direito Penal, Direito Constitucional; Direitos Humanos e Direito Internacional) ao conhecimento histórico, para que ao final da pesquisa fosse alcançado um meta ponto de vista.

O trabalho se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica e análise documental. Para tanto, foram utilizadas fontes como livros; artigos; documentos legislativos e sites relacionados ao tema. Dessa forma, ao final do artigo, restará demonstrada a relevância e especificidade da Ação, tornando possível alcançar um novo patamar na compreensão do objeto de estudo e indicativo da necessária mudança de paradigma na forma como a sociedade e o Poder Judiciário atualmente respondem à demanda.

BREVE APORTE DO REGIME MILITAR BRASILEIRO

O Regime Militar brasileiro, período que compreende os anos de 1964 a 1985, foi marcado por dicotomias nas mais variadas searas. Como explicita e resume o historiador Napolitano (2016, p. 8):

Entre uma data e outra [...] o Brasil passou por um turbilhão de acontecimentos que, em grande parte, nos definem até hoje e ainda provocam muito debate. A economia cresceu, alçando o país ao oitavo PIB mundial. Mas, igualmente, cresceram a desigualdade e a violência social, alimentadas em boa parte pela violência do Estado. A vida cultural passou por um processo de mercantilização, o que não impediu

o florescimento de uma rica cultura de esquerda, crítica ao regime. Os movimentos sociais, vigiados e reprimidos conforme a lógica da “segurança nacional”, não desapareceram. Muito pelo contrário, tornaram-se mais diversos e complexos, expressão de uma sociedade que não ficou completamente passiva diante de autoritarismo.

Singer (2014) destaca três formas muito evidentes de resistência entre esses anos: o movimento estudantil; o movimento camponês e o movimento operário. Em decorrência das conturbações sociais (mormente causadas pela rebeldia decorrente dos movimentos mencionados), diversas medidas foram tomadas pelo governo para tentar controlar as mais variadas expressões da sociedade que eram contrárias ao Regime, como por exemplo: censura e tortura, sendo a segunda um dos principais objetos do presente trabalho, afinal, foi a experiência sofrida pelos membros da Família Teles.

Durante o governo de Emílio Garrastazu Médici (1969-1974) ocorreram as violações relatadas pelos membros da Família Teles – coautores da Ação Declaratória (Janaína de Almeida Teles, Edson Luís de Almeida Teles, César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida – todos pertencentes a núcleo familiar comum) que tem como Réu o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra.

Também durante o governo Médici que o gaúcho Ustra (então Major), em setembro de 1970, aos 38 anos, assumiu o comando do Destacamento de Operações de Informação (DOI) paulista substituindo o Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury. Previamente foi classificado como um “oficial incompetente” e até então sua carreira poderia ser considerada banal, tal qual o estilo de vida que levava; tendo sempre acreditado que havia uma guerra, foi comandando o DOI que se viu finalmente em combate junto com sua tropa de algozes (GASPARI, 2014). Os Destacamentos de Operações de Informação (DOIs) como um todo, surgidos em 1970, formavam “unidade policial autárquica, concebida de forma a preencher todas as necessidades da ação repressiva (informações; operações; carceragem e serviços jurídicos) sem depender de outros serviços públicos” (GASPARI, 2014, p. 182).

Sob o comando de Médici também ocorreu a intensificação dos atos repressivos de modo geral, principalmente pela elaboração dos Atos Institucionais de números 6 a 17 (logo, 12 dos 17 Atos baixados durante o Regime Militar) aliados à recente instituição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, um dos mais reconhecidos em decorrência de seu conteúdo altamente restritivo de direitos e liberdades públicas que, inclusive, colocou em recesso o Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores¹. Destaca Reis Filho (2014, p. 74):

No estado de exceção determinado pelo AI-5, com as margens de liberdade e de críticas políticas reduzidas a zero, era como se estivessem realizando as previsões catastróficas de *utopia do impasse*. O advento do tudo ou nada. Ou, como se dizia entre os revolucionários, socialismo ou barbárie, sem nuances nem meios-termos. Assim, entre 1969 e 1972, desdobraram-se ações de guerrilha urbana: expropriações de armas e fundos; ataques de surpresa a quartéis ou a postos policiais; propaganda armada. Nas cidades, as operações de captura de diplomatas estrangeiros foram, sem dúvida, as mais importantes.

É neste cenário, como já mencionado, que ocorrem as sevícias sofridas pela Família no caso aqui analisado, sendo essencial à pesquisa melhor delinear dois aspectos atinentes ao caso e que se inserem no contexto do período compreendido pelo Regime Militar: a tortura e a (auto) anistia, que ocorreu em 1979, já no governo de João Baptista de Oliveira Figueiredo. Dessa forma, os itens a seguir tratarão respectivamente da tortura e da anistia no caso brasileiro.

¹ “Suspende a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; exclui da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências” (PLANALTO, s/d).

TORTURA

De acordo com De Plácido e Silva (2006, p. 1.411), tortura é “*sofrimento*, ou a *dor* provocada por maus tratos físicos ou morais. [...] é ato desumano, que não se coaduna com as ideias da era presente, sendo atentatório à dignidade humana”.

Não obstante as vedações previstas nos incisos III e XLIII do art. 5º da Constituição da República de 1988, onde os quais preveem respectivamente: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” e “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura [...] por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”, tal regra já estava contemplada no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Ademais, durante o Regime Militar brasileiro foi aplicada já ilegalmente pelos militares, afinal, não há lei do período que permita qualquer tipo de uso da força para obtenção de informações. Ao contrário: ainda que de forma genérica, os atos de tortura podem também ser relacionados à Lei nº 4.898/65, que considera abuso de autoridade qualquer atentado à incolumidade física do indivíduo, bem como a ordem ou a execução de medida privativa da liberdade individual com abuso de poder e, por fim, a submissão de pessoa sob a custódia de autoridade a vexame ou constrangimento não autorizado por lei (artigos 3º, alínea “i” e 4º, alíneas “a” e “b”).

A tortura no Brasil foi praticada de diversas formas em variados níveis, conforme se depreende do livro “Brasil: Nunca Mais” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985), que conta com prefácio de D. Paulo Evaristo Arns e foi baseado no chamado “Relatório Sábado” (assim conhecido por ter sido presidido por Ernesto Sabato), publicado na forma do livro-informe “Nunca Mais” (CONADEP, 1984). A versão brasileira, em sua primeira parte de seis, denuncia a tortura utilizada contra os chamados “subversivos”, ou seja, aqueles que de alguma forma suspeitava-se serem contra a forma de governo então vigente. São 20 páginas exclusivamente voltadas à tortura que contam com denúncias de utilização de presos como cobaias para aulas de tortura onde se difundiam (novas)

práticas, bem como relatos de torturas sofridas por pessoas de variadas idades e ambos os sexos, inclusive crianças/menores e gestantes – casos onde houve ocorrência, inclusive, de abortos, ou mesmo incitação a esse ato (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985). Apesar de a tortura ser uma prática ilegal no Brasil, inclusive durante o Regime Militar – como já destacado –, “Brasil: Nunca Mais” denuncia que ela passou de abuso dos interrogadores sobre os presos para obtenção de confissões e informações à condição de “método científico” incluído nas grades curriculares dos cursos de formação de militares (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985). Ocorre que o ensino deixou de ser teórico e passou a ser prático, em um processo de “macabro aprendizado”, com o objetivo de “criar, no preso, a suprema contradição entre o corpo e o espírito, atingindo-lhe os pontos vulneráveis”, conforme descrito por Langguth em citação na obra “Brasil: Nunca Mais” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 32).

Entre os modos e instrumentos de tortura apresentados em “Brasil: Nunca Mais”, os mais difundidos no imaginário popular brasileiro são o “pau de arara”; o choque elétrico e a “cadeira do dragão”, tendo os membros da Família Teles sofrido os três, conforme inferido da petição inicial (BRASIL, 2005). Apesar de muitas terem sido as formas de tortura aplicadas aos presos políticos durante o Regime Militar brasileiro, dar-se-á, nesta pesquisa, ênfase àquelas utilizadas nos Coautores do caso Família Teles.

Sobre o pau de arara, Augusto César Salles Galvão, com 21 anos em 1970, Belo Horizonte, relata em carta de próprio punho (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 34):

[...] O pau-de-arara consiste numa barra de ferro que é atravessada entre os punhos amarrados e a dobra do joelho, sendo o “conjunto” colocado entre duas mesas, ficando o corpo do torturado pendurado a cerca de 20 ou 30 cm. do solo. Este método quase nunca é utilizado isoladamente, seus “complementos” normais são eletrochoques, a palmatória e o afogamento. [...].

O choque elétrico ou eletrochoque era aplicado de diversas formas e em variadas combinações com outras técnicas de tortura. Por vezes, eram utilizadas instalações

elétricas improvisadas; havia também máquinas específicas para isso, como a “pimentinha” e os dobradores de tensão (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985). O engenheiro José Milton Ferreira de Almeida, no mesmo documento, relata caso de uso de eletrochoque associado ao pau de arara (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985), o que demonstra a vasta gama de técnicas e métodos de tortura.

A “cadeira do dragão” é descrita no relatório “Brasil: Nunca Mais” em duas versões, uma de São Paulo e outra do Rio de Janeiro. Em consonância com o objeto de estudo deste trabalho e considerando que os Coautores da ação foram presos e torturados em São Paulo, passa-se à descrição da forma paulista de emprego deste método – ainda com base no relato de José Milton Ferreira de Almeida (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 36):

[...] uma cadeira extremamente pesada, cujo assento é de zinco, e que na parte posterior tem uma proeminência para ser introduzido um dos terminais da máquina de choque chamado magneto; que, além disso, a cadeira apresentava uma travessa de madeira que empurrava as suas pernas para trás, de modo que a cada espasmo de descarga as suas pernas batessem na travessa citada, provocando ferimentos profundos.

O método conhecido como “telefone” consistiu, na dicção do estudante Pedro Coutinho de Almeida, em “tapas dados nos dois ouvidos ao mesmo tempo sem que a pessoa esteja esperando” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 40). Essa agressão, diante da força empregada e do local afetado, acarreta diferentes sintomas. O estudante descreveu ainda que “passou uma série de dias sem estar ouvindo” e notou sangramento interno três dias após os golpes (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 40).

Outra forma amplamente empregada para a tortura física consistiu no uso de armas para lesões contundentes, dentre as quais a “palmatória”, descrita em auto interrogatório como “uma borracha grossa, sustentada por um cabo de madeira” por Manoel da

Conceição Santos, agricultor, 35 anos em 1972 (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 41).

Em busca de informações que os investigados negavam-se a fornecer mesmo depois de reiteradas agressões, os militares usaram a substância conhecida como pentotal ou “soro da verdade”, que poderia ser injetada ou ministrada como soro e “que faz a pessoa falar, inclusive em estado de sonolência”, como informa em auto de qualificação e interrogatório Olderico Campos Barreto, lavrador, 31 anos em 1979, Salvador (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 39-40).

Por fim, primordial destacar o depoimento do casal coautor do caso aqui analisado, César Augusto Teles e Maria Amélia de Almeida Teles, no importante relato histórico que é a obra “Brasil: Nunca Mais”, utilizada como apoio bibliográfico fundamental não apenas neste item, como também em estudos voltados ao período do Regime Militar brasileiro. Na denúncia, César Augusto e Maria Amélia narram a retirada de seus filhos de seu lar e da permanência deles na dependência militar comandada à época pelo então Major Carlos Alberto Brilhante Ustra. *In verbis* (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p. 45):

Na tentativa de fazerem falar o motorista César Augusto Teles, de 29 anos, e sua esposa, presos em São Paulo em 28 de dezembro de 1972, os agentes do DOI-CODI buscaram em casa os filhos menores deles e os levaram àquela dependência policial-militar, onde viram seus pais marcados pelas sevícias sofridas: ‘[...] Na tarde desse dia, por volta das 7 horas, foram trazidos seqüestrados, também para a OBAN, meus dois filhos, Janaína de Almeida Teles, de 5 anos, e Edson Luiz de Almeida Teles, de 4 anos, quando fomos mostrados a eles com as vestes rasgadas, sujos, pálidos, cobertos de hematomas. [...] Sofremos ameaças por algumas horas de que nossos filhos seriam molestados. [...]’. A companheira de César, professora Maria Amélia de Almeida Teles, também denunciou no mesmo processo: ‘[...] que, inclusive, ameaçaram de tortura seus dois filhos; que torturaram seu marido

também; que seu marido foi obrigado a assistir todas as torturas que fizeram consigo; que também sua irmã foi obrigada a assistir suas torturas [...].

Destacados os relatos e algumas técnicas de tortura, importante frisar que as torturas mencionadas a partir de agora na presente pesquisa restam já explicadas e exemplificadas, evitando dessa forma quaisquer dúvidas ou divergências possíveis acerca das sevícias, bem como tornando a leitura dos fatos mais direta no decorrer do trabalho, evitando intromissões explicativas.

Na sequência, será analisado o tratamento jurídico dado às torturas praticadas durante o Regime Militar após o advento da chamada Lei de Anistia.

LEI DE ANISTIA

De Plácido e Silva, em seu Vocabulário Jurídico, apresenta três verbetes para explicar o termo “anistia”. A “anistia fiscal”, a “anistia administrativa” e simplesmente “anistia”; sendo este o conceito analisado no presente item, são desprezados os dois primeiros mencionados, pois não guardam pertinência ao tema.

Em suma, o verbete define anistia da seguinte forma (2006, p. 109):

É termo que se usa na linguagem jurídica, para significar o perdão concedido aos culpados por delitos coletivos, especialmente de caráter político, para que cessem as sanções penais contra eles e se ponha em perpétuo silêncio o acontecimento apontado como criminoso. [...] Ato de clemência emanado do poder público, somente pode ser conferido pela União, competindo-lhe legislar sobre ela [destaque nosso].

Assim, a anistia é concedida principalmente aos responsáveis pelo cometimento de delitos de caráter político, objetivando o impedimento da propositura de novas ações

penais, bem como obstando, nos processos criminais eventualmente em curso, a imposição de sanções penais contra os agentes autores dos fatos. Caracteriza-se, pois, como causa de extinção da punibilidade². Importante frisar que na definição de De Plácido e Silva, nada se fala acerca da responsabilidade civil.

A respeito da natureza jurídica da anistia na seara Penal, o autor Cezar Roberto Bitencourt (2010) leciona que trata do esquecimento jurídico e tem por objeto condutas definidas como crime, em geral direcionada a crimes políticos, militares ou eleitorais. Quanto ao critério temporal, a anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, no que tange aos efeitos, todos os de ordem penal são extintos (inclusive reincidência), mas persiste a obrigação de indenizar.

Feita essa colocação, é importante ressaltar: são extintos, com a anistia, os efeitos penais, porém permanece a obrigação de indenizar. É possível depreender disso que a responsabilidade civil é mantida e, por consequência, permanece viável a utilização da Ação Declaratória para o reconhecimento dos ilícitos civis praticados pelos agentes anistiados penalmente de crimes (normalmente) políticos.

Sobre o objeto principal da anistia – os crimes políticos – assim pronunciou-se o Procurador Regional da República Marlon Alberto Weichert (2008) assenta que tais infrações são praticadas com motivação política, que é seu elemento subjetivo, em face de bens políticos da ordem política e somente essa conjugação o define.

Cezar Roberto Bitencourt destaca que, além da concessão de anistia ser competência exclusiva do Congresso Nacional, ela “independe da aceitação dos anistiados, e, uma vez concedida, não pode ser revogada” (2010, p. 804). Ou seja, no caso brasileiro, em que a anistia foi concedida pela Lei nº 6.683, promulgada em 1979 (a chamada “Lei de Anistia”), ela foi dada, tal qual um presente, aos anistiados previstos no *caput* de seu artigo primeiro:

É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes

² Artigo 108 da redação original da parte geral do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40) e artigo 107 da versão atual, normatizada pela Lei nº 7.209/84.

políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

A Lei de Anistia foi elaborada e aprovada em momento de intenso debate político, com posições divergentes entre os grupos que seguiam ideologias de direita e de esquerda, bem como opiniões contrárias dentro de referidos grupos. Entre muitos, vige a ideia de que sua aprovação “só foi possível por uma ampla campanha popular, em que se envolveram estudantes, jornalistas e políticos de oposição” (BUSATO, 2015, p. 609). Ao demonstrar a tensão que o Regime Militar procurou dirimir com a elaboração da Lei, Daniel Aarão Reis Filho expõe que “do ponto de vista do governo, a Lei de Anistia teria que, simultaneamente, promover a libertação dos presos remanescentes, o retorno dos exilados e a proteção dos aparelhos de segurança, denunciados como executores da tortura como política de Estado” (2014, p. 132).

Ademais, a aprovação de uma Lei de Anistia geraria impactos que extrapolariam o campo jurídico e trariam reflexos imediatos e futuros à experiência política brasileira, como sintetiza Gaspari (2016, p. 86-87):

Na sua expressão mais simples, a anistia parecia significar o esquecimento do passado. Era muito mais do que isso. Ela redesenharia o futuro político do país. As reformas de Geisel, o fim da censura à imprensa escrita e a revogação do AI-5 seriam mudanças na estrutura do regime, mas a anistia significaria seu desfecho, devolvendo à política personagens que dela estavam banidos. [...] Concedida a anistia, o jogo político seria outro.

Outro indicativo que demonstra claramente as intensas tensões sociais em torno da Lei é o placar da votação final: a Lei de Anistia recebeu 206 votos favoráveis e 201

votos contrários (REIS FILHO, 2014), tornando visível a cisão do Congresso Nacional (que, à época, já era de maioria do Movimento Democrático Brasileiro – MDB –, não da Aliança Renovadora Nacional – ARENA, partido da situação e que sustentava politicamente o Regime Militar).

As sucessivas mudanças de redação nos projetos de texto legal surtiram o desejado efeito, pois no mês de abril de 2009 o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que as disposições da Lei de Anistia beneficiam também os torturadores e demais agentes do Regime Militar (BUSATO, 2015), optando pelo sentido ampliado do termo “conexos”.

Essa decisão aparenta não ponderar a extensão e periculosidade das torturas sofridas por alguns indivíduos durante o Regime Militar. Afinal, a tortura não é apenas física – que, tal qual um hematoma, desaparece –, como também é psíquica, pois apesar das marcas na maioria das vezes sumirem, os fatos permanecem na memória assombrando a vida dos torturados. Conforme Edson

Teles (s/d, p. 01): “A Lei de Anistia foi o marco da transição entre a ditadura e o Estado de Direito, visando superar – e mais do que isso, silenciar, o que limita ou elimina a superação – o drama vivido diante da violência estatal”.

Como se verá adiante, a Lei de Anistia sofreu análise por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 (ADPF nº 153, BRASIL, 2010), a qual sedimentou sua constitucionalidade. Dessa forma, a próxima Seção discutirá brevemente o período após o Regime Militar (a transição à democracia) e os principais fatos jurídicos relacionados à Ação Declaratória da Família Teles, quais sejam: referida ADPF e o caso Gomes Lund no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

DESAFIOS PÓS – REGIME MILITAR

O Regime Militar teve seu fim em 1985, com a eleição indireta de Tancredo de Almeida Neves para a Presidência do Brasil, sobre Paulo Salim Maluf, por 480 a 180 votos. Porém, o candidato eleito faleceu pouco antes da posse em decorrência de complicações cirúrgicas causadas pela retirada de um tumor benigno (leiomioma),

assumindo a presidência o vice José Sarney de Araújo Costa, conforme diretriz da Constituição vigente (GASPARI, 2016).

Assim, findado o Regime Militar, após 21 anos, ficaram como “heranças” (GASPARI, 2016, p. 308-309):

a maior inflação até então registrada na história nacional (224%) e a maior dívida externa do mundo (100,2 bilhões de dólares). Depois de dois anos de crescimento negativo, os brasileiros tinham uma renda *per capita* de 1.680 dólares. Quando Figueiredo [último presidente militar] assumiu, ela estava em 2 mil dólares. Seu temperamento, que ajudara a destruir seu governo, arruinara-lhe também a cena final. Trocou o papel de personagem central de uma cena histórica por uma ausência mesquinha e simbolicamente ridícula [ao sair pela porta lateral do Palácio da Alvorada, sem passar a faixa da presidência em mãos a José Sarney].

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, também conhecida como “Constituição Cidadã”, fruto de Assembleia Nacional Constituinte presidida pelo Deputado Federal Ulysses Silveira Guimarães, que, em continuidade ao processo de redemocratização do país, trouxe as bases de uma nova ordem jurídica, comprometida com a proteção dos Direitos Humanos no território brasileiro.

Outra “herança” do Regime Militar é a autoanistia concedida em 1979. Com ela permanece o “perpétuo silêncio” mencionado por De Plácido e Silva em seu Vocabulário Jurídico (2006), conforme já mencionado anteriormente, que impede a persecução penal a respeito dos crimes praticados no período. Sua validade ainda causa discussões apesar da confirmação da recepção no ordenamento jurídico pátrio vigente por meio da ADPF nº 153 que será tratada adiante. Essa vigência causa constrangimento inclusive internacional, mormente por conta do caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia), julgado

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional da Organização dos Estados Americanos – OEA).

De forma crítica, Teles aponta em relação à memória e ao silêncio brasileiros no que diz respeito ao Regime Militar (s/d, p. 16):

Parece haver dois tipos de silêncio no pós-ditadura brasileiro: há o silêncio das vítimas e dos sobreviventes da repressão que se calam pela própria incapacidade de dizer o indizível do horror vivido nas salas de tortura, pela ausência de uma dimensão pública para a narrativa; e, há o silêncio mais geral, de parte da sociedade brasileira – indivíduos e instituições, do Estado e não-governamentais –, que se nega a falar ou ouvir o assunto, eximindo-se de qualquer responsabilidade coletiva que todo povo, governo e instituições têm com o coletivo e com sua história.

Sobre o silêncio institucionalizado acerca do período, Teles discorre: “O silêncio das instituições brasileiras, mas também da sociedade, indicam que o mais chocante no pós-ditadura seja o comportamento dos democratas em não enfrentarem os crimes do passado” (s/d, p. 16), afinal, a história não discutida e apenas absorvida é mais cômoda, porém acarreta graves reveses ao desenvolvimento social e institucional de um país que acaba desconhecedor de seu passado e acrítico quanto ao seu futuro.

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 153

Conforme delimitado por Bastos e Vargas (2000), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é instrumento do controle concentrado de constitucionalidade por meio do qual o Supremo Tribunal Federal pode proferir decisões com uma baliza precisa do que se considera fundamental para a ordem jurídica.

Pode ser fruto de uma provocação de interessados sobre determinado tema, como é o caso da ADPF nº 153, que visava a reanálise da Lei de Anistia sob o ponto de vista da recepção ou não de referida Lei no ordenamento jurídico atual, proposta pela Ordem dos

Advogados do Brasil (OAB), representada pelos advogados Fábio Konder Comparato e Rafael Barbosa de Castilho. (BRASIL, 2010).

Protocolada em 21 de outubro de 2008, a ADPF nº 153 tinha potencial para causar reviravolta no cenário jurídico brasileiro e estabelecer o início da análise penal de casos referentes aos crimes praticados durante o Regime Militar. Porém, a maioria dos Ministros votou pelo indeferimento, tendo como resultado a permanência dos debates ligados àqueles casos, bem como o conflito entre as interpretações nacionais e internacionais sobre (auto) anistia.

O Ministro Eros Grau (relator), votou pela improcedência da arguição e foi acompanhado pelos Ministros Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e Gilmar Mendes. O Ministro Ricardo Lewandowski votou em sentido contrário, para dar parcial provimento à arguição, nos termos do seu voto; o Ministro Ayres Britto julgou-a parcialmente procedente, para excluir do âmbito de incidência da Lei de Anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição da República. Não votaram os Ministros Joaquim Barbosa, por estar licenciado e Dias Toffoli, em razão de impedimento (BRASIL, 2010). Dessa forma, em 28 de abril de 2010, restou de fato recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro a Lei de Anistia, causando *stress* internacional em razão da divergência de interpretações.

Principalmente em decorrência da condenação do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) (CIDH, 2010) surgiu conflito internacional no que diz respeito à Lei de Anistia, afinal, internacionalmente, autoanistias não são consideradas válidas e no item que trata das “Obrigações de investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis e de determinar o paradeiro das vítimas” a Corte afirma que o Estado brasileiro não pode utilizar a Lei de Anistia como escudo protetor daqueles que cometeram crimes, mesmo alegando que essa Lei deve ser compreendida levando em conta o período histórico e momento social de sua criação; o que ela representava aos brasileiros naquele momento (CIDH, 2010). O que deve importar é a preservação dos direitos das vítimas e seus familiares, que ocorreria em sede de cumprimento da condenação.

A Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de março de 2009, ao notar que a despeito do prazo (prorrogado) concedido ao Estado brasileiro para cumprimento de recomendações presentes em seus Relatórios, não haviam sido satisfatoriamente implementadas mudanças no âmbito interno. Recebido o caso Gomes Lund (Caso nº 11.552) pela Corte, foi prolatada sentença condenatória ao Estado brasileiro em 24 de novembro de 2010. Nela, dentre outras sanções (inclusive a acatada criação de uma Comissão Nacional da Verdade), coube ao Brasil rever sua Lei de Anistia como forma de coibir a impunidade aos agentes e atos criminosos, ou “assegurar que a Lei de Anistia e as leis de sigilo não continuem a representar um obstáculo para a persecução penal contra graves violações de direitos humanos” (CIDH, 2010, p. 95).

Ocorre que, coincidência ou não, meses antes do julgamento pela Corte Internacional, o STF sentenciou a recepção da Lei de Anistia no ordenamento jurídico vigente (conforme apresentado acima), dificultando o cumprimento da iminente condenação que, sabidamente, o Brasil sofreria no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos (SILVA, 2013).

Surge dessa situação o atual impasse relativo à Lei de Anistia no caso brasileiro, que ainda respira por meio da ADPF nº 320, a qual visa, dentre outros objetivos, à exclusão dos efeitos de referida Lei para crimes que consistam em graves violações de Direitos Humanos cometidos por agentes públicos, bem como os casos de crimes continuados ou permanentes que não cessaram na data limite da concessão da (auto) anistia (BRASIL, 2014); o que, se deferido for, facilitará o cumprimento da sentença condenatória internacional.

De acordo com manifestação da Procuradoria-Geral da República, o Autor requereu ao STF a declaração de que a Lei de Anistia não se aplica aos crimes que consubstanciem graves violações aos Direitos Humanos, praticados por agentes públicos, militares ou civis, bem como de que não incide aos casos de crimes continuados ou permanentes cuja consumação continuou após 15 de agosto de 1979. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo conhecimento em parte da arguição e, na parte conhecida, pela procedência em parte dos pedidos, para que os efeitos da anistia não incidam sobre crimes permanentes e para que não incida prescrição em relação a crimes

de lesa-humanidade ou conexos cometidos por agentes públicos, civis ou militares (BRASIL, 2014).

A questão aguarda pronunciamento do Ministro relator, Luiz Fux, que recebeu os autos conclusos em 03 de agosto de 2015, última movimentação processual cadastrada no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (ACOMPANHAMENTO, 2017). A expectativa é grande, especialmente após a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund. A posição do Ministro sobre o tema é uma incógnita, afinal, ele não participou do julgamento original, tendo sido nomeado ao Supremo justamente para ocupar a vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Eros Grau, relator da ADPF nº 153.

O cenário de lei de anistia vigente e com confirmação pelo STF, combinado com ausência de previsão de imprescritibilidade para graves violações a direitos humanos tornou praticamente impossível a atuação da justiça penal para o reconhecimento de punição dos atos de tortura praticados durante o Regime Militar. Desse modo, a análise do “Caso Família Teles” é ponto de partida para entendermos as iniciativas que buscam reverter a atual impunidade.

A seguir, análise da ação declaratória proposta pela Família Teles.

ANÁLISE DO “CASO FAMÍLIA TELES”

No ano de 2005, a Família Teles ajuizou Ação Declaratória – doravante também denominada simplesmente “Ação” – para reconhecimento de danos morais em razão de fatos contra eles praticados a partir de suas prisões arbitrárias no Destacamento de Operações de Informação – Centro de Operações de Defesa Interna (DOI-CODI) da Rua Tutóia, em São Paulo/SP, sede da Operação Bandeirante (OBAN), à época comandada pelo então Major Carlos Alberto Brilhante Ustra.

A presente Seção está estruturada praticamente como uma petição inicial, ou seja, dividida em fatos (3.1), direito e pedido (3.2), sendo acrescido a isso um item

tratando da opção pela via da Ação Declaratória (3.3), afinal, é a via processual que dá relevância ao caso e ensejo ao presente trabalho. As sevícias sofridas pelos Coautores da Ação Declaratória que serão narradas ou mencionadas no item a seguir estão explicadas minuciosamente no item 1.1 supra, dessa forma, na presente Seção, os relatos de tortura são pontuais e havendo qualquer dúvida acerca do procedimento adotado, é pertinente retorno a referido item, denominado “Tortura”.

FATOS

São Autores da Ação: Janaína de Almeida Teles, Edson Luís de Almeida Teles, César Augusto Teles, Maria Amélia de Almeida Teles e Criméia Alice Schmidt de Almeida, todos pertencentes a núcleo familiar comum. Como se depreende da petição inicial (BRASIL, 2005), Criméia é irmã de Maria Amélia, a qual é casada com César Augusto e, juntos, são pais de Janaína e Edson Luís.

É Réu da Ação: “O Coronel do Exército (da reserva) Carlos Alberto Brilhante Ustra, na época [do cometimento das torturas] major do Exército, foi comandante do DOI-CODI, um dos maiores centros de repressão da ditadura militar, no período de 1970 a janeiro de 1974” (CVESP, s/d, p. 01). Falecido em 15 de outubro de 2015 (MACEDO, 2015), pouco antes do trânsito em julgado da sentença.

Consta que César Augusto e Maria Amélia eram filiados ao Partido Comunista do Brasil (PCdoB), ao passo que Criméia participou do movimento conhecido como “Guerrilha do Araguaia” ao lado de seu marido, André Grabois, morto durante ação militar realizada contra o grupo guerrilheiro (BRASIL, 2005). São essas atividades que os tornaram suspeitos e objetos de investigação do Regime Militar.

César e Maria foram presos em 28 de dezembro de 1972 e imediatamente submetidos a interrogatórios mediante tortura ocorridos na sede da Operação Bandeirante, local em que foram recebidos pelo Réu da Ação, (à época) Major Ustra. No dia seguinte e mediante ordem do Major, foram presas Criméia e as crianças Edson e Janaína, as quais

estavam aos cuidados da tia. Inclusive, Criméia estava no sétimo mês de gestação (BRASIL, 2005).

Logo após chegarem à sede do DOI-CODI, as crianças viram seus pais serem retirados de salas de tortura, momento em que os genitores apresentavam diversas equimoses pelo corpo. Durante os dias seguintes, embora não tenham sido confinados em celas, os infantes andaram pelos corredores do edifício e puderam escutar gritos de dor dos presos políticos, além de terem-se tornado objetos de tortura psicológica contra seus pais (BRASIL, 2005).

Especificamente em relação às agressões sofridas durante o período de encarceramento, assim relatou Maria Amélia (BRASIL, 2005, p. 07):

Distribuíram choques nos ouvidos, na boca, nos tornozelos, nos seios, no ânus, na vagina. Numa ocasião caí numa cama de campanha, semi acordada. Um dos torturadores aproveitou-se para esfregar-se em mim, masturbando-se, jogando esperma. Poderia haver algo pior? Sim. Poderia. Durante as sessões de tortura, enquanto eu estava no pau-de-arara aplicavam-me injeções nas nádegas que diziam ser “soro-da-verdade” e jogavam pequenas quantidades de coca-cola em minhas narinas dizendo que era para matar a sede.

César relatou ter sido despido e agredido com golpes de palmatória nas costas, golpes simultâneos nos ouvidos (conhecidos como “telefone”) e sessões de choques elétricos no instrumento conhecido como “cadeira do dragão” (BRASIL, 2005).

Por ter sido presa no momento em que cuidava dos sobrinhos, inicialmente Criméia foi confundida como a babá das crianças. Em razão disso, foi interrogada sem sofrer torturas físicas, pois não era sabido seu parentesco com César e Maria Amélia. Contudo, posteriormente os militares a identificaram como participante do Movimento Estudantil e do XXX Congresso da União Nacional dos Estudantes (UNE) e, a partir de então, passou a ser sistematicamente agredida (BRASIL, 2005).

Além dos atos praticados contra si, Criméia presenciou algumas das ocasiões em que sevícias foram sofridas por sua irmã. Conforme acima mencionado, os militares ameaçaram praticar aborto em seu filho, bem como proferiram contra ela ameaças de morte (BRASIL, 2005). Ademais, os presos foram diretamente expostos às mortes que ocorriam em decorrência da tortura realizada na prisão. Exemplificativamente, presenciaram os últimos dias da vida de Carlos Nicolau Danielli. Carlos era amigo da família, militante político, dirigente do Partido Comunista e foi preso junto a César e Maria Amélia. Durante os primeiros dias de encarceramento, os Autores transitaram pelos corredores da sede da OBAN e, além de escutarem os gritos de dor do colega, presenciaram os ferimentos em seu corpo (BRASIL, 2005).

O caso do dirigente do Partido Comunista Carlos Nicolau Danielli é ainda denunciado por Maria Amélia Teles no livro “Brasil: Nunca Mais” (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, p.

252):

[...] conduzidos para a OBAN todos os três, ou seja: Carlos Nicolau Danielli, (ela e) seu marido, foram encaminhados para três salas de tortura diferentes, sendo que pediu a eles que não torturassem seu marido, pois estava tuberculoso, acabara de sair de um sanatório e era diabético; [...] que Carlos Danielli foi torturadíssimo durante três dias, pois a interroganda ouvia seus gritos até que ele faleceu; (...) que eles mostraram para a interroganda um jornal noticiando a morte de Carlos Nicolau Danielli, descrevendo que ele teria sido morto num tiroteio, exatamente como a história de morte que teriam a depoente e seu marido [...] que Carlos Nicolau Danielli era pai de três filhos.

Tais fatos demonstram claramente que, além da violência empregada para a obtenção de informações sobre a “Guerrilha do Araguaia”, os militares exibiram poder aos Autores, vez que comprovaram ser capaz de manipular laudos de exames de necropsia e a informação enviada à imprensa, pois transformaram uma morte decorrente de tortura em

ferimento por arma de fogo após confronto policial. Nas palavras da inicial (BRASIL, 2005, p. 18):

[...] os repressores fizeram questão de demonstrar para os torturados **Maria Amélia, César e Criméia** total menosprezo à legalidade; à moral, e aos direitos humanos, reforçando os sentimentos de impotência, impunidade e injustiça diante da prática de tais barbáries, promovendo árdua tortura psicológica [destaques do original].

Em complemento, são encontradas no livro “Brasil: Nunca Mais” minúcias da evidente adulteração que ocorreu em documentos públicos oficiais, como o Laudo de Exame Necroscópico e a Certidão de Óbito de Carlos Nicolau Danielli (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985) que, para todos os efeitos legais, foi causada por projétil de arma de fogo, com entrada pelas costas, e não em decorrência de torturas.

Essa alteração demonstra o poderio dos integrantes do regime militar e, quando francamente exibida aos Autores, é convertida em clara ameaça, porquanto indica que eventual morte deles poderia ser facilmente desvirtuada, inclusive com a anuência de outros agentes públicos. Em reforço, há relato que o Delegado da Polícia Civil dirigiu as seguintes palavras a Maria Amélia: “Aqui nós damos a versão que quisermos sobre suas mortes e vocês também poderão ter uma manchete como essa” (CVESP, s/d, p. 09).

Quanto ao tempo de cárcere, de acordo com a exordial, César Augusto passou quarenta e cinco dias na sede da OBAN. No ano de 1975, César Augusto foi condenado a 5 anos de prisão (por meio de sentença confirmada pelo Superior Tribunal Militar) e cumpriu pena no Presídio Especial do Barro Branco da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Após período de cumprimento de pena, César Augusto foi solto, mediante liberdade condicional, em 1977 (BRASIL, 2005).

Maria Amélia ficou continuamente exposta a torturas de 28 de dezembro de 1972 a 13 de janeiro de 1973 e Criméia foi mantida no cárcere, sofrendo sevícias contínuas, de 29 de dezembro de 1972 a 19 de abril de 1973. Importante destacar que o nascimento de seu filho ocorreu durante o período de custódia e o recém-nascido foi entregue a uma tia para que ela fornecesse os cuidados necessários à criança. Maria Amélia teve alvará de

soltura expedido por decisão do Superior Tribunal Militar em outubro de 1973 e Criméia em abril do mesmo ano (BRASIL, 2005).

César necessitou de transplante de pele da coxa para o pé, procedimento realizado no Hospital Brigadeiro. No local, sofreu infecção hospitalar após a cirurgia e ficou bastante enfraquecido (BRASIL, 2005). Maria Amélia “passou longos anos sem poder dormir à noite, pois tinha constantes pesadelos e acordava aos gritos, suada, como se estivesse em sessões de tortura” (BRASIL, 2005, p. 21).

A vítima Criméia de Almeida relatou que, como consequência das ações do réu, desenvolveu medo de andar em locais desertos e de sair sozinha à noite. Além disso, em suas noites são constantes os sonhos que envolvem perseguições e tiroteios (BRASIL, 2005).

A coautora Janaína foi acometida por enurese noturna, uma doença psicossomática. Aos seis anos de idade, entrou em processo de puberdade precoce e precisou de tratamento específico. A partir dos dezoito até os vinte e quatro anos de idade, teve crises diárias de diarreia. Aos vinte e oito anos, sofreu menopausa precoce e ficou estéril por quatro anos (BRASIL, 2005).

Após descrever os fatos vivenciados pelos Autores e as nefastas consequências para suas vidas, a petição inicial passa a expor a base jurídica na qual se fundam as alegações, como se verá no item a seguir.

DIREITO E PEDIDO

Em sequência à narrativa dos fatos, há na petição inicial o realce do arcabouço jurídico que justifica o ajuizamento da Ação, bem como a subsunção dos fatos às normas jurídicas que os Autores afirmam ser aplicáveis ao caso levado a julgamento. A tese central da ação analisada neste trabalho é a de que, em razão das condutas do Réu, que na condição de integrante do Exército Brasileiro, exerceu o comando do DOI-CODI do II Exército e chefia da OBAN na cidade de São Paulo/SP, os Autores (BRASIL, 2005, p. 26-27):

sofreram danos à integridade física e danos de natureza moral, que atingiram diretamente a dignidade humana ao ferirem os atributos mais íntimos da personalidade, tais como a disposição sobre o próprio corpo; o direito à liberdade; a incolumidade física e psíquica; o tratamento indigno; os tratamentos desumanos, etc.

Consta na petição inicial que se pretende durante o processo provar a ocorrência de atos de tortura, causadores de danos morais e capazes de estabelecer relação jurídica entre Autores e Réu. Porém, antes de tecer considerações quanto ao mérito da causa, há na petição argumentos relativos à imprescritibilidade dos direitos da personalidade e dos direitos humanos, bem como imprescritibilidade das ações cuja pretensão seja meramente declaratória.

Para esclarecimento quanto ao conteúdo dos direitos da personalidade, lição dos civilistas Gagliano e Pamplona Filho (2014, p. 186):

Conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros [destaques do original].

Ou seja, é possível identificar que, dentro do campo do Direito Civil não há apenas regulações de ordem estritamente econômica ou comercial (como por exemplo: obrigações, contratos, propriedade, direito de crédito, sucessões e regime de bens em casamentos), mas regramento jurídico que visa à proteção da pessoa, reconhecida como titular de direitos extrapatrimoniais e que são indispensáveis para seu próprio reconhecimento enquanto ser humano e cidadão: são os direitos da personalidade.

Os autores anteriormente mencionados apresentam, também, diversas características específicas dos direitos da personalidade: caráter geral (ou generalidade); absoluto; extrapatrimonial; indisponível; imprescritível; impenhorável e vitalício (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014). Na dicção deles (2014, p. 198):

A imprescritibilidade dos direitos da personalidade deve ser entendida no sentido de que inexiste um prazo para seu exercício, não se extinguindo pelo não uso. Ademais, não se deve condicionar a sua aquisição ao decurso do tempo, uma vez que [...] são inatos, ou seja, nascem com o próprio homem.

Em linhas gerais e ainda no que tange à imprescritibilidade dos direitos à personalidade, encontra-se na exordial menção à doutrina de diversos juristas, como por exemplo, Goffredo Telles Júnior, Orlando Gomes e Francisco Clementino de San Tiago Dantas. Para o último (BRASIL, 2005, p. 27):

Os direitos da personalidade são com a prescrição naturalmente incompatíveis, porque sendo indispensáveis, não poderíamos admitir que a lesão do direito a respeito deles convalescesse. **Jamais poderíamos admitir que a lesão de um direito da personalidade convalescesse pelo decurso do tempo, porque isto importaria na disposição desse direito em favor de quem o estivesse ofendendo** [destaques do original].

Dessa forma, em suma, não existe prazo para o exercício material de direitos da personalidade, tampouco para obter a reparação por atos que os violem. A lógica contida nessa excepcionalidade (vez que no sistema jurídico brasileiro a prescrição é regra, seja qual for a seara analisada – Civil, Penal, Tributária, etc.) é a de que a personalidade é atributo que acompanha o ser humano durante toda sua existência e, enquanto houver vida, haverá direito ao exercício e a reparações por violação de tais direitos.

Também é veiculada na petição inicial a ideia de que as condutas do Réu consistiram em atos ilícitos de maior magnitude e ofensividade, porque não somente violaram direitos da personalidade como também direitos humanos fundamentais. Assinalam, nesse sentido, que os direitos das vítimas da tortura ao reconhecimento de relação jurídica decorrente de atos praticados pelo Réu não estão sujeitos à extinção por prescrição porque consistem violações a Direitos Humanos.

Sendo os Direitos Humanos atributos imprescindíveis à vida digna, pode-se concluir que a mera negação, inobservância, negligência ou ausência de reconhecimento de um direito fundamental é ato suficiente para ensejar reclamação por seu titular, inclusive pela via judicial. Com muito mais razão, uma conduta positiva que implique violação, por indevida restrição ou extinção de direito fundamental, deve ser tratada como ato ilícito e integralmente reparada. É encontrada, na petição, raciocínio semelhante durante a exposição dos direitos que os Autores afirmam socorrer-lhes.

Ademais, como reforço argumentativo, são expostas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Em diversos julgamentos, referida Corte firmou posicionamento de acordo com o qual não há prazo para buscar judicialmente o reconhecimento da prática de atos de tortura durante o período de Regime Militar.

Este é, em síntese, o tripé que sustenta as argumentações do autor: (I) a imprescritibilidade (material) dos danos que atingem direitos da personalidade; (II) a imprescritibilidade de ações (de qualquer natureza) que visem à reparação decorrente de atos atentatórios aos direitos humanos e (III) a imprescritibilidade, em geral, das ações meramente declaratórias. Os dois primeiros vértices foram tratados, em seus aspectos mais relevantes, neste item do trabalho. O terceiro aspecto, a regra geral de imprescritibilidade das Ações Declaratórias, diante de sua relevância tanto para o estudo ora desenvolvido quanto para o resultado final da Ação será detalhado no item 3.3 da presente monografia. Dessa forma, o tripé sustentador das argumentações do autor restará integralmente examinado dentro do que propõe esta pesquisa.

Assim, afirmam os Autores que as condutas do Réu não estão abarcadas pela anistia concedida pela Lei nº 6.683/79. Importante retomar aqui, o conteúdo completo do

artigo 1º de referida Lei, afinal, é destacado na petição inicial o seu conteúdo, assim como sua abrangência limitada a crimes (BRASIL, 1979):

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram **crimes** políticos ou conexo com estes, **crimes** eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. § 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal [destaque nosso dado em razão do destaque realizado na menção feita a este artigo na petição inicial].

Ou seja, a partir da interpretação residual dada ao artigo 1º da Lei de Anistia, é construído o argumento de que seu conteúdo normativo contempla apenas a seara penal e, por conseguinte, não abrange o sistema civil de reparação de danos, possibilitando, dessa forma, a propositura de Ação Declaratória – via corretamente utilizada no caso aqui analisado.

Após a narrativa detalhada dos fatos e o exame de todos os direitos que entendeu aplicáveis ao caso concreto, o autor formula pedidos, os quais têm caráter conclusivo e, nos dizeres de Fredie Didier Jr., bitolam a prestação jurisdicional que o magistrado responsável poderá entregar no caso concreto, vez que a decisão final “não poderá ser *extra, ultra ou infra/citra petita*, conforme prescreve a regra da congruência” (2015, p. 565).

Importante identificar o que a doutrina processual entende especificamente por pedido, termo que na ciência processual assume apenas um significado (é, portanto,

unívoco) e pode ser descrito como o requerimento de “emprego de uma *técnica processual* que permita a prestação da *tutela do direito*” (MARINONI; ARENHART e MITIDIERO, 2016, p. 162).

O pedido pode ser dividido de acordo com o aspecto da relação jurídica processual e da relação jurídica de direito material veiculada (WAMBIER e TALAMINI, 2016, p. 212):

O pedido desdobra-se em duas vertentes: uma de natureza processual (objeto imediato) e outra vinculada ao direito material subjacente à pretensão (objeto mediato). O pedido imediato concerne à providência processual que se busca obter do juiz. O pedido mediato diz respeito ao próprio bem da vida almejado pela parte (i. e., a vantagem, a utilidade concreta por ele buscada).

Logo, de acordo com a classificação proposta pelos professores Wambier e Talamini, em decorrência dos fatos narrados e dos direitos que os Réus afirmaram ser titulares na petição inicial, o pedido imediato é o de provimento jurisdicional declaratório; ao passo que o pedido mediato refere-se ao reconhecimento de relação jurídica³ existente entre os Autores e o Réu, especificamente com vistas à declaração de que o então Major Carlos Alberto Brilhante Ustra agiu dolosamente ao torturar as vítimas coautoras na ação ora analisada e, em razão disso, praticou ato ilícito passível de reparação, vez que causou danos morais e danos à integridade física dos Autores (BRASIL, 2005).

Os demais pedidos são comuns a toda e qualquer ação, pois há manifestação pela citação do Réu, produção de provas mediante todos os meios admitidos em direito e intimações e publicações em nome dos advogados.

OPÇÃO PELA AÇÃO DECLARATÓRIA

³ Por relação jurídica, deve-se entender o fato humano que, por receber tratamento jurídico-normativo, estabelece consequências jurídicas, especialmente a sanção (REALE, 2007).

No ordenamento jurídico brasileiro e, especificamente, no conjunto de normas que compõem o Direito Processual Civil, a Ação Declaratória é dotada de características próprias, não identificáveis em outros tipos de ações e, em razão disso, tornou-se a ferramenta que permitiu aos

Autores ingressar em juízo e requerer tutela jurisdicional do Estado para satisfazer seus objetivos.

Em definição doutrinária, “a ação meramente declaratória é aquela que tem o objetivo de certificar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma situação jurídica” (DIDIER JUNIOR,

2015, p. 292). As ações são classificadas segundo “a eficácia da pretensão deduzida no processo” (ASSIS, 2015 p. 673) em cinco classes autônomas⁴: declaratória (ou declarativa⁵); constitutiva; condenatória; executiva e mandamental. Conforme adverte Araken de Assis, “é preciso ter em mente que na sentença coexistirão, com importância diferente, essas forças, uma das quais surge como predominante” (ASSIS, 2015, p. 674).

No caso que é objeto de estudo deste trabalho, o pedido era de declaração de existência de relação jurídica entre os Autores e o Réu, a partir de atos ilícitos por este praticados de forma dolosa, os quais causaram danos morais e danos à integridade física dos postulantes. Esse tipo de pedido é juridicamente possível, pois é função precípua do Poder Judiciário reconhecer a existência de relações jurídicas, que constituem a base dos direitos intersubjetivos.

Na época em que os fatos narrados na petição inicial ocorreram, Carlos Alberto Brilhante Ustra era major do Exército e comandante do DOI-CODI, local em que a tortura era amplamente utilizada como meio de obtenção de informações a respeito das ações consideradas subversivas, especialmente as ligadas a ideais comunistas (CVESP, s/d). Ainda assim, o Réu alegou em contestação ser parte ilegítima para a demanda, vez que atuou como representante do Exército Brasileiro e, com base no artigo 37, §6º, da

⁴ A classificação quádrupla (ou quinária) das ações é criação da doutrina brasileira, especialmente a partir de Pontes de Miranda (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2007).

⁵ Nomenclatura dada por ASSIS, 2015. Araken de., op. cit., p. 674.

Constituição da República⁶, sustentou que apenas a pessoa jurídica de direito público deveria ser demandada.

Em réplica, os Autores afirmaram que o dispositivo constitucional é previsto em favor do credor da relação jurídica e visa a facilitar a reparação do dano, jamais embará-la. A depender de quem é demandado (a pessoa jurídica de direito público ou o agente público, diretamente), muda a forma de demonstração da responsabilidade.

A sentença de primeiro grau, bem como os acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça confirmaram a legitimidade passiva de Carlos Alberto Brilhante Ustra para ser demandado, pessoalmente, na Ação Declaratória. Como sintetizado na ementa do Recurso Especial relativo ao caso: “deve ser reconhecido [...] o direito individual daqueles que sofreram diretamente as arbitrariedades cometidas durante o regime militar de buscar a plena apuração dos fatos, com a declaração da existência de tortura e da responsabilidade daqueles que a perpetraram” (BRASIL, 2014).

Não encontra conformidade com o ordenamento jurídico o argumento de que não há pretensão a ser deduzida nas ações declaratórias ajuizadas antes da ocorrência do ato ilícito. Nesse sentido, excerto de Talamini e Wambier (2016, p. 239):

A ação declaratória positiva pode ser promovida mesmo quando o direito a cuja declaração de existência se visa já foi violado. Mesmo já tendo havido descumprimento do direito, o credor não é obrigado a desde logo promover ação para obter o seu cumprimento. Pode preferir antes se limitar a obter uma declaração de que tal direito existe, pelas mais variadas razões.

No caso ora analisado, a ação declaratória foi ajuizada posteriormente à violação dos direitos dos Autores (à incolumidade física, à higidez mental, à liberdade, à atenção

⁶ *In verbis*: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. (BRASIL, 1988)

especial para a gestante, dentre outros), mas tal fato não impediu o devido conhecimento e processamento da Ação, cujo objetivo era o reconhecimento judicial de relação jurídica do Réu com os Autores. Nas palavras constantes na réplica à contestação (BRASIL, 2005, p. 07 – réplica):

Em nenhum momento os Autores requereram na presente demanda que o Juiz declarasse fatos, não é disto que se trata. O pedido e a *causa petendi* dizem respeito ao reconhecimento da existência de uma relação de responsabilidade por danos morais, causada por atos e omissões do Réu, muito embora os Autores não pleiteiem indenização alguma.

De tudo o que foi exposto e, especialmente, das considerações tecidas neste item, é possível concluir que a Ação Declaratória foi o meio juridicamente adequado para os fins que os autores buscaram: a “satisfação de ordem moral” (BRASIL, 2005, p. 09 – réplica) advinda do reconhecimento oficial de Carlos Alberto Brilhante Ustra como torturador.

Disso decorre o acerto na utilização da Ação Declaratória para o caso em questão, pois não foi levada para apreciação do Poder Judiciário a possibilidade de condenação à reparação, mas somente o reconhecimento de relação jurídica de responsabilidade civil entre Autor e Réu, a partir dos atos por este praticados.

RESULTADO DO PROCESSO

O trabalho passa a expor, no item a seguir, as principais implicações do resultado da ação para o movimento de democratização do sistema de justiça, o que certamente abarca a inclusão das vítimas de graves violações a direitos humanos como atores a serem reconhecidos e lança aos Poderes da União o desafio de rever estruturas e entendimentos até então dominantes, em nome da valorização e da dignidade humana.

DESDOBRAMENTOS NA ORDEM JURÍDICA NACIONAL

Antes da decisão contida na Ação, pairava sobre militares como o coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra a suspeita de que tivessem praticado torturas no período do Regime Militar. Isso porque não havia a comprovação cabal de tais atos e, em um Estado Democrático de Direito, ela ocorre por meio de decisão definitiva emanada do Poder Judiciário. Este foi o principal impacto da procedência da ação: a certificação de que pessoas foram torturadas pelo coronel Ustra em dependências do Exército Brasileiro, diga-se: membros da Família Teles. Diante da repercussão social do assunto tratado na Ação e da sensibilidade dos temas afetos ao Regime Militar para a história brasileira, cabe agora discorrer sobre os desdobramentos da decisão na ordem jurídica nacional.

No texto de encerramento da parte III do Tomo I do relatório da Comissão paulista, há passagem que sintetiza parte do que o ajuizamento e a confirmação da declaração da responsabilidade pessoal de um militar pelos danos morais decorrentes de tortura imposta durante o Regime Militar significam para a sociedade brasileira (CVESP, s/d, p. 24):

Esta ação trouxe para o debate público a necessidade veemente de apurar os crimes da ditadura que devem ser devidamente esclarecidos e apontados os responsáveis. Com isso, houve um ressurgimento na mídia dos temas: ditadura, desaparecidos, torturadores e anistia, que se encontravam bastante ausentes, e serviu de alerta para a sociedade de que não há como esquecer um passado recente de obscurantismo e de terrorismo de estado. As duas ações lançaram um debate no sistema de justiça e uma mobilização social no sentido de reivindicar a punição aos torturadores e exigir que haja uma reinterpretação da lei da anistia compatível com a Constituição Federal de 1988 e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos assinados e ratificados pelo Estado brasileiro.

Em decorrência das informações contidas na Ação, que se somaram a outros depoimentos e documentos compilados pelas Comissões, o Coronel Carlos Alberto

Brilhante Ustra atendeu convocação da Comissão Nacional da Verdade e prestou depoimento em audiência pública ocorrida em 10 de maio de 2013. Na oportunidade, apresentou ordem de *habeas corpus* concedida pela 12ª Vara da Justiça Federal que o assegurou o direito ao silêncio. Ainda assim, o Coronel optou por responder parte das perguntas formuladas e, reiteradamente, negou a ocorrência de torturas e homicídios na sede do DOI-CODI ou em decorrência de ações militares no período em que exerceu a chefia do órgão (CNV, 2013).

Em outro aspecto, o cenário jurídico já enriquecido pela inédita decisão do Judiciário brasileiro ganhou vulto com a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund. Nesse contexto, permeada pela reconstrução histórica dos fatos, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal editou portaria, por meio da qual criou Grupo de Trabalho com os objetivos de examinar casos de graves violações a direitos humanos ocorridos durante o Regime Militar do Brasil e de obter, quando possível, a responsabilização criminal dos autores de tais violações (BRASIL, 2011).

O cenário na esfera penal, atualmente, é extremamente desafiador e incipiente, pois predomina nos tribunais brasileiros o entendimento de que a Lei de Anistia tem aplicação irrestrita aos fatos ocorridos durante o Regime Militar. Nesse sentido, recente relatório de atuação do Ministério Público Federal, intitulado “Crimes da Ditadura Militar” descreve que, nos últimos cinco anos, foram ajuizadas vinte e sete ações penais em face de quarenta e sete agentes estatais (dentre militares, Delegados de Polícia e peritos) envolvidos em crimes⁷ de tortura, sequestro, morte, ocultação de cadáver e falsificação de laudos, condutas que vitimaram trinta e sete pessoas. Contudo, até a presente data, não há notícia de pretensão punitiva julgada procedente (BRASIL, 2017).

No cenário do Direito Internacional, eventual condenação penal de agentes responsáveis por detenção ilegal, sequestro, tortura, desaparecimento forçado (ou qualquer outra grave violação perpetrada durante o Regime Militar) pode constituir marco

⁷ No total, há 11 acusações de homicídio, 09 de falsidade ideológica, 07 de sequestro, 06 de ocultação de cadáver, 02 de quadrilha armada, 02 de fraude processual, 01 de estupro, 01 de favorecimento pessoal, 01 de transporte de explosivos, 01 de lesão corporal e 02 de abuso de autoridade (BRASIL, 2017).

de renovação no cenário jurídico brasileiro no que tange à responsabilização por violação de Direitos Humanos; novo passo adiante em se tratando de Justiça de Transição – cujos pilares são os direitos à memória, à verdade e à justiça (ONU, 2010) – no caso brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A parte inicial deste trabalho destacou que, durante o Regime Militar brasileiro (1964-1985), foram registrados diversos conflitos entre as instituições de segurança pública e de defesa (notadamente o Exército Brasileiro) e opositores ao Regime, grupo que abrangeu desde pessoas que meramente simpatizavam com os ideais comunistas até membros da luta armada e de guerrilhas urbanas e rurais que eclodiram no território nacional.

A análise de documentos históricos (em especial o livro-relatório “Brasil: Nunca Mais”) revelou que, durante o Regime, integrantes das Forças Armadas incumbidos pela repressão praticaram atos de tortura contra presos políticos, conduta vedada pelo ordenamento jurídico da época, tanto na ordem interna, pelas disposições da Lei nº 3.071/1916 (Código Civil) e da Lei nº 4.898/65 (que regula a responsabilidade administrativa, civil e penal em casos de abuso de autoridade), quanto internacional, com destaque para a Carta das Nações Unidas, de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Apesar da notoriedade dos casos de tortura, antes da propositura da Ação ajuizada pela Família Teles o único reconhecimento formal da responsabilidade estatal pelos atos de repressão estava contido na Lei nº 9.140/1995, por meio da qual o Estado reconheceu como mortas as pessoas desaparecidas as pessoas detidas por agentes públicos que participaram ou foram acusadas de participação em atividades políticas (BRASIL, 1995). Por meio dessa lei, a União ficou obrigada a prestar indenização sem, contudo, identificação da responsabilidade individual de agentes públicos ou de órgãos de defesa. Portanto, a procedência do pedido na Ação representou avanço no resgate histórico do

Regime Militar, pois pela primeira vez um membro das Forças Armadas (no caso, à época do Regime, Major do Exército Brasileiro) foi reconhecido como responsável pelos atos de tortura que infligiu a três pessoas presas e sob sua autoridade, fatos ocorridos nos anos de 1972 e 1973.

Desse modo, é possível concluir que os advogados dos Autores encontraram um novo uso para a Ação Declaratória, que constitui recurso valioso para o reconhecimento da relação jurídica de responsabilidade civil entre torturadores e vítimas durante o Regime Militar brasileiro. Um dos principais méritos do uso da Ação Declaratória é justamente o objeto do pedido, que não visa à condenação, mas apenas à declaração de existência de relação jurídica. Em decorrência disso, não se aplicam ao caso argumentos como a prescrição da pretensão de reparação de danos, pois a pretensão para ação meramente declaratória não se submete a prazo prescricional, tampouco se pode argumentar a incidência da Lei de Anistia, já que seu âmbito é exclusivamente penal.

Iniciativas como a Ação são importantes para fomentar o debate jurídico e social, ainda mais após a Corte Interamericana de Direitos Humanos ter declarado que as disposições da Lei de Anistia que impedem a investigação e a sanção de graves violações Direitos Humanos ocorridas no Regime Militar são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos e, portanto, referida lei não pode obstar a identificação e punição dos responsáveis por tais atos (CIDH, 2010).

O reconhecimento oficial de um agente das Forças Armadas como torturador cria, no mínimo, constrangimento na sociedade e pressiona a possibilidade de reconhecimento também na esfera penal (a qual, embora independente, faz parte do sistema jurídico, idealmente uno, coeso e livre de contradições).

A pressão é ampliada em três frentes: a declaração de invalidade da lei de (auto) anistia brasileira, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (caso Gomes Lund e outros, julgado em 2010); a tese, crescente no Direito Internacional dos Direitos Humanos, de que os atos que importem graves violações aos direitos humanos são imprescritíveis e, por fim, o pedido formulado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 320 (pendente de julgamento e conclusa ao relator desde agosto

de 2015), no sentido de conferir interpretação conforme a Constituição à Lei de Anistia para excluir de seu âmbito de incidência os crimes que consubstanciem graves violações aos Direitos Humanos, praticados por agentes públicos, militares ou civis, bem como para que não produza efeitos aos casos de crimes continuados ou permanentes cuja consumação continuou após 15 de agosto de 1979 (data de publicação da Lei).

É esperado que as vítimas e seus familiares – que se mostraram extremamente unidos e engajados na luta pela punição adequada aos torturadores – encontrem no reavivamento do cenário jurídico a possibilidade de finalmente obter o acesso ao sistema de justiça penal, que há décadas encontra-se, de uma forma antidemocrática, barrado pelas disposições da Lei de Anistia.

Diante disso, é possível concluir que a Declaração analisada no presente caso representou significativo avanço no contexto da identificação dos responsáveis por significativas violações de Direitos Humanos no período do Regime Militar e, de igual modo, este trabalho – sem a pretensão de esgotar o tema – buscou lançar luzes nas consequências extraprocessuais da declaração de responsabilidade, sobretudo no campo criminal, com o objetivo maior de servir como base para que outros casos semelhantes possam obter o devido reconhecimento, nas searas cível e penal, bem como para que mais pesquisadores analisem, discutam e aprofundem temas relativos ao Regime Militar e à Justiça de Transição.

REFERÊNCIAS

ACOMPANHAMENTO Processual. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 320. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4574695)

incidente=4574695>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. Brasil: Nunca Mais - Um relato para a história.

Petrópolis:

Vozes, 1985.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Proclamada em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2017.

ASSIS, Araken de. Processo Civil Brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro e VARGAS, Alexis Galiás de Souza. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 30, p. 69-77, jan./mar. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória Cível nº 0202853-19.2005.8.26.0100 (583.00.2005.202853). Autores: César Augusto Teles e outros. Réu: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Juiz de Direito: Gustavo Santini Teodoro. São Paulo, 1º de dezembro de 2005. Petição Inicial disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra)

[Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra)>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. Ação Declaratória Cível nº 0202853-19.2005.8.26.0100 (583.00.2005.202853). Autores: César Augusto Teles e outros. Réu: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Juiz de Direito: Gustavo Santini Teodoro. São Paulo, 1º de dezembro de 2005. Réplica disponível em:

<[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra)

[Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI32525,11049-Peticao+inical+e+Replica+do+caso+Carlos+Alberto+Brilhante+Ustra)>.

Acesso em: 03 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 26 mar. 2017.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Diário Oficial da União, Brasília, 13 dez. 1965. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 19 mar. 2017.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências.

Diário

Oficial da União, Brasília, 28 ago. 1979. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 05 dez. 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9140.htm>. Acesso em: 23 abr. 2017

_____. Ministério Público Federal. Manifestação da Procuradoria-Geral da República na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 320. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=5102145&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

_____. Ministério Público Federal. Portaria 2ª Câmara nº 21. Brasília, 25 de novembro de 2011. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-gruposde-trabalho/justica-transicao/composicao/composicao/Portaria%2021.pdf>>. Acesso em: 22 abr.

2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.434.498/SP (2013/0416218-0).

Relatora:

Ministra Nancy Andrighi. Relator para Acórdão: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira

Turma, julgado em 09/12/2014, DJe 05/02/2015. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1434498&&b=ACOR&t](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1434498&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true)
[hesaurus=JURIDICO&p=true](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1434498&&b=ACOR&tthesaurus=JURIDICO&p=true)>. Acesso em: 23 fev. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Distrito Federal. Sentença do dia 28 de abril de 2010. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 320.

Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em:

<[http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=320&proc](http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=320&processo=320)
[esso=320](http://stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&sl=320&processo=320)>.

Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de instrumento nº 568.587-4/5-00. Agravante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Agravadas: Ângela Maria Mendes de Almeida e outra. Relator: Desembargador Luiz Antônio de Godoy. São Paulo, 23 de setembro de 2008. Disponível em:

<[http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3293989&cdForo=](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3293989&cdForo=0&vlCaptcha=EPeUT)
[0&vlCaptcha=EPeUT](http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3293989&cdForo=0&vlCaptcha=EPeUT)>.

Acesso em: 21 abr. 2017.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido

Rangel. Teoria Geral do Processo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

COMISSÃO DA VERDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO. As Ações Judiciais das Famílias Teles e Merlino (relatório). Tomo I, parte III. Disponível em:

<http://verdadeaberta.org/relatorio/tomo-i/downloads/I_Tomo_Parte_3_As-acoes-judiciais-dasfamilias-Teles-e-Merlino.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2017.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Carlos Alberto Brilhante Ustra. Disponível em:

<http://www.cnv.gov.br/images/documentos/Capitulo15/Nota%2039%20-%2000092.000666_2013-17.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2017.

CONADEP, Comissão Nacional Sobre o Desaparecimento de Pessoas na Argentina. Nunca Mais: 30 mil mortos, 340 campos de concentração: o saldo da repressão militar na Argentina. Tradução de: Roberto Mara. Porto Alegre: L&PM. 1984.

CONSULTA de Processos de 1º Grau. Carlos Alberto Brilhante Ustra. Disponível em:

<<https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2SZX725M70000&processo.foro=100&conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=SAJ&dadosConsulta.valorConsulta=carlos+alberto+brilhante+ustra&uuidCaptcha=&paginaConsulta=1>>.

Acesso em: 21 abr. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.

Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C No. 219.

Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 10 jan. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. vol. 1. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

GASPARI, Elio. A Ditadura Acabada. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

_____. A Ditadura Escancarada. 2. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. v. 1. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Fausto. Morre coronel Ustra, ex-chefe de órgão de repressão da ditadura. Estadão. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/morre-coronel-ustra/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 2. ed. rev., atual. e ampl.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAIS, Taís; SILVA, Eumano. Operação Araguaia: os arquivos secretos da Guerrilha. São Paulo:

Geração Editorial, 2005.

NAPOLITANO, Marcos. 1964: História do Regime Militar Brasileiro. São Paulo: Contexto, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Guidance note of the Secretary-General: United

Nations Approach to Transitional Justice. Disponível em:

<https://www.un.org/ruleoflaw/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf>.

Acesso em: 23 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PLANALTO. Atos Institucionais. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portalleis/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 19 abr. 2017.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27. ed. 7. tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

REIS FILHO, Daniel Aarão. Ditadura e Democracia no Brasil: do golpe de 1964 à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Laura Bittencourt. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o caso Gomes Lund: conduta do Estado Brasileiro na iminência da decisão. In: ENCONTRO ANUAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA, 22., 2013, Foz do Iguaçu. **Anais eletrônicos...** Foz do Iguaçu: EIAC, 2013. Disponível em:

<<http://200.201.88.178/anais/artigo.php?cod=4569>>. Acesso em 31 ago. 2016.

SINGER, Paul. O significado do conflito distributivo no golpe de 1964. In: TOLEDO, Caio Navarro de (Org.). 1964: visões críticas do golpe: democracia e reformas no populismo. Campinas:

Unicamp, 2014.

TELES, Edson. Políticas do silêncio: a memória no Brasil pós-ditadura. Disponível em: <http://www.academia.edu/640382/Pol%C3%ADticas_do_sil%C3%A2ncio_a_mem%C3%B3ria_no_Brasil_p%C3%B3s-ditadura>. Acesso em: 31 mar. 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo. v. 1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WEICHERT, Marlon Alberto. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de anistia e prescrição penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 74, p. 170-229, set./out.

2008.



Área 3: Direito e Sociedade

Justiça Juvenil e Segurança Pública

UNIDADE EXPERIMENTAL DE SAÚDE – UM HISTÓRICO DE VIOLAÇÕES

Ana Luíza Beato Cardoso

Graduada em Direito pela PUC-Campinas. Aluna de Iniciação Científica, bolsista FAPIC/Reitoria.

Fernanda Carolina de Araujo Ifanger

Doutora pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo. Mestre pelo Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Universidade de São Paulo. Professora em regime de dedicação integral da PUC-Campinas.

Resumo: O trabalho tem por objeto o estudo da Unidade Experimental de Saúde criada pelo governo do Estado de São Paulo, com o objetivo de receber adolescentes e jovens adultos com diagnóstico de distúrbio de personalidade e de alta periculosidade, que cometeram atos infracionais graves, egressos da Fundação Casa e/ou interditados pelas Varas de Família e Sucessões. O objetivo é analisar a legitimidade dessa intervenção estatal que priva o indivíduo de seu direito de ir e vir com fundamento na sua suposta personalidade perigosa. Para tanto, foram analisadas as circunstâncias que levaram à criação da referida unidade, bem como os fundamentos legais que supostamente autorizam a privação da liberdade destes jovens. Após a questão será analisada no como reflexo da sociedade de controle estudada pela Criminologia.

Palavras-chave: Criminologia. Direito da Infância e Juventude. Unidade Experimental de Saúde.

Abstract: The objective of this study is to study the Experimental Health Unit created by the State of São Paulo, with the objective of receiving adolescents and young adults with

a diagnosis of personality disorder and high risk, who committed serious infractions, Home and / or interdicted by Family Sticks and Successions. The objective is to analyze the legitimacy of this state intervention that deprives the individual of his right to come and go based on his supposed dangerous personality. In order to do so, it was analyzed the circumstances that led to the creation of this unit, as well as the legal grounds that supposedly authorize the deprivation of liberty of these young people. After the question will be analyzed in the reflection of the control society and the studies of criminology.

Keywords: Criminology. Children and Youth Law. Unit of Experimental Health.

Sumário: 1. Introdução; 2 UES: Do surgimento à concepção atual da Unidade Experimental de Saúde: a Guantánamo paulista; 2.1. O caso “Champinha”. 3. Conflitos da internação na UES: uma análise à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei 10.216/01; 4. Discussão no âmbito Criminológico – a UES como reflexo da sociedade de controle; 5. Manifestações internacionais e internas contra a Unidade Experimental de Saúde; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A Unidade Experimental Saúde (UES) é uma instituição criada no Estado de São Paulo, em 2006, com o objetivo de abrigar jovens egressos da Fundação Casa, que cometeram graves atos infracionais, e/ou foram interditados pelas Varas de Família e Sucessões, diagnosticados com distúrbio de personalidade, de alta periculosidade, os quais demandam tratamento psiquiátrico em regime de contenção.

Desde que iniciou os seus trabalhos, a instituição **encontra-se** em um limbo jurídico, em que não se consegue verificar a sua real natureza jurídica - se corresponde a

um estabelecimento penal ou a uma unidade de tratamento psiquiátrico-, nem qual o fundamento legal para que jovens fossem enviados e internados na referida unidade.

Para entender melhor a problemática, o trabalho foi realizado fundamentalmente em pesquisa bibliográfica, em especial nos trabalhos acadêmicos que envolveram o estudo do caso “Champinha”, além da análise das legislações aplicáveis e a obra de David Garland.

Em sua consecução, inicialmente foram observadas as alterações nos diplomas normativos responsáveis pela organização da instituição, as modificações de posicionamento do poder executivo e judiciário e o porquê destas mudanças, as quais culminaram no modelo organizacional atual da unidade.

No segundo momento, a análise ateu-se à questão da legalidade das internações dos jovens na UES, primeiramente pela perspectiva do ECA, legislação responsável por reger a Justiça Juvenil, e depois pela legislação civil, em especial, o Código Civil de 2003, e a Lei 10.216/01, que tratam das regras que envolvem os direitos dos indivíduos com distúrbios mentais e pela internação compulsória.

Finalmente, seguindo a hipótese de que a referida unidade carece de respaldo legal para a sua manutenção, tratando-se apenas de uma medida adotada pelo Poder Público como forma de acalmar o clamor popular pela maior repressão penal, a questão foi analisada a partir da Criminologia, como reflexo da sociedade de controle, de acordo com o referencial teórico de David Garland.

2. UES – DO SURGIMENTO À CONCEPÇÃO ATUAL DA UNIDADE EXPERIMENTAL DE SAÚDE: A GUANTÁNAMO PAULISTA.

A Unidade Experimental Saúde (UES) é uma instituição criada no Estado de São Paulo, formalmente instituída por ato do Poder Executivo estadual, pela Portaria

Administrativa da FEBEM nº 1.219/06, complementada pelos Decreto do Executivo nº 52.419/07 e 53.427/08 (DOE/SP).

Desde que iniciou os seus trabalhos, são levantadas dúvidas acerca da natureza jurídica da instituição, referentes à sua caracterização como um estabelecimento penal ou uma unidade de tratamento psiquiátrico, bem como sobre o fundamento legal para internação dos jovens.

Visando a compreender este meandro jurídico envolvendo a questão, necessário observar as alterações nos diplomas normativos responsáveis pela organização da instituição, as modificações de posicionamento dos poderes Executivo e Judiciário e o porquê destas mudanças, as quais culminaram na utilização da unidade como um local para o depósito de jovens indesejáveis.

A Unidade Experimental de Saúde nasce em razão da pressão do Poder Judiciário paulista por um melhor atendimento em saúde mental a jovens e jovens adultos privados de liberdade no sistema socioeducativo de São Paulo (Frasseto, 2011).

Neste momento duas medidas são propostas para resolver o problema. A primeira era a de oferecer, durante o cumprimento da medida socioeducativa de internação, atendimento diferenciado na área de Saúde Mental, em virtude do qual foi estabelecida uma parceria entre o Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP e a Fundação Casa. A segunda, foi a criação da UES. (Ribeiro, 2013).

Quando da sua criação, a Portaria Administrativa nº 1.219/06, emanada do Poder Executivo estadual, determinava a vinculação da UES à Fundação Estadual do Bem Estar do Menor (FEBEM), atualmente denominada de Fundação Casa (Carlos, 2011), determinando tratar-se de unidade destinada aos jovens, sob medida socioeducativa de internação, que apresentassem “distúrbio psicológico”.

Segundo Frasseto (2011), o próprio anúncio de inauguração afirmava que a UES tratava-se de uma nova unidade da FEBEM para abrigar adolescentes internados considerados “problemáticos”, não se utilizando da expressão “distúrbio psicológico”.

Tanto que, conforme descreve Frasseto (2011, p. 9), a própria superintendente da Saúde afirmou que a unidade não abrigaria doentes mentais, mas adolescentes com condutas antissociais, definidos por ela como “*internos com tendência a depredar a unidade, que não cuidam de suas coisas, são questionadores e não seguem as normas, os agitados*”.

Sob estas condições, ficava clara a natureza exclusivamente penal da instituição, parte integrante da Justiça Penal Juvenil.

A UES foi inaugurada em dezembro de 2006, com capacidade para 40 jovens, mas neste momento não recebeu nenhum interno, situação que perdurou até meados de maio de 2007. Foi, justamente, neste último marco, que mudanças começaram a ocorrer na unidade, numa clara tentativa de transformá-la em uma unidade de saúde.

Assim, no ano de 2007 foi editado o Decreto do Poder Executivo nº 52.419 (DOE-SP), o qual transferiu a referida unidade para a competência da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, em conjunto com a Administração Penitenciária e com a Fundação Casa.

Segundo, Frasseto (2011), no dia seguinte à edição deste Decreto, foi firmado um “termo de cooperação técnica” entre as instituições mencionadas, no qual restou determinada a conjugação de esforços para proporcionar um tratamento adequado à patologia diagnosticada nos jovens sob regime de contenção.

Mais tarde, com o advento do Decreto do Executivo nº 53.427/08 (DOE-SP), a administração da referida unidade foi transferida exclusivamente para a Secretaria da Saúde, a qual passou a ter todo o controle tratamento disponibilizado aos jovens.

Junto com as modificações realizadas pelos mencionados decretos, a ideia de que a instituição estaria vinculada diretamente, à área da saúde, passa a ser difundida pelo Poder Executivo, como forma de adequar os contornos da unidade às solicitações do Poder Judiciário.

Tal afirmação pode ser verificada por meio da análise da fundamentação jurídica empregada pelos magistrados nas decisões que determinaram o abrigamento dos jovens

na UES, as quais estão fundadas na necessidade de submissão a tratamento médico psiquiátrico, em regime de contenção, independentemente dos jovens estarem ou não em cumprimento de medida socioeducativa, ao contrário do que se propugnou inicialmente, quando se determinou que a UES deveria recepcionar somente os jovens em privação de liberdade que necessitavam de tratamento curativo.

Tal dinâmica pode ser constatada pela redação do Decreto 53.427/08, da qual se extrai que, apesar do ato de criação da referida Unidade ter advindo do Poder Executivo, a instituição estava sendo moldada para atender as determinações do Poder Judiciário.

Assim dispõe:

“JOSÉ SERRA, GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO, no uso de suas atribuições legais, considerando as determinações do Poder Judiciário ao Executivo para que adolescentes e jovens adultos, autores de atos infracionais graves, portadores de distúrbios de personalidade e de alta periculosidade, tenham a conversão da medida socioeducativa em medida protetiva, recebendo tratamento psiquiátrico em local com contenção; e considerando que a política de saúde mental do Sistema Único de Saúde - SUS/SP preconiza a atenção psiquiátrica, quando hospitalar, em ambientes livres de contenção e preferencialmente em hospitais gerais (...) Artigo 2º - Cabe à Unidade Experimental de Saúde: I - cumprir, exclusivamente, as determinações do Poder Judiciário de tratamento psiquiátrico em regime de contenção, para atendimento de adolescentes e jovens adultos com diagnóstico de distúrbio de personalidade, de alta periculosidade: a) egressos da Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente - Fundação CASA - SP, que cometeram graves atos infracionais; b) que forem interditados pelas Varas de Família e Sucessões” (BRASIL, 2008) (*grifo nosso*).

Pois bem. As determinações advindas do Poder Judiciário consistem, segundo o Decreto, em fornecer um tratamento psiquiátrico, em regime de contenção, “*para que*

adolescentes e jovens adultos, autores de atos infracionais graves, portadores de distúrbios de personalidade e de alta periculosidade, tenham a conversão da medida socioeducativa em medida protetiva, recebendo tratamento psiquiátrico em local com contenção”. (Brasil, 2008).

Observe-se que com essa nova configuração da UES realizada no ano de 2008, a unidade deixa de servir para abrigar jovens em cumprimento de medida socioeducativa de internação, tal qual previsto inicialmente, mas passa a ter como alvos jovens que tiveram sua medida socioeducativa convertida em protetiva, sob o fundamento da necessidade a tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime de contenção, bem como jovens com distúrbios de personalidade que demandam tratamento em regime de contenção, mas que já haviam cumprido com a medida socioeducativa a eles imposta em razão da prática de ato infracional grave.

Nesta situação, após o término da medida socioeducativa, a saída jurídica adotada é promover a interdição civil destes jovens perante a Vara de Família e Sucessões e, naqueles autos, determinar a internação compulsória e o encaminhamento a UES.

Segundo Carlos (2011), da leitura do Decreto de 2008 defluiu-se que poderiam ser também internados na unidade jovens com distúrbio de personalidade e com alta periculosidade que jamais houvessem passado pela Fundação CASA. De todo modo, na prática, isso nunca aconteceu.

Portanto, à UES, em sua novel organização, abrigar jovens cujas medidas socioeducativas foram convertidas, durante o seu cumprimento, em medidas protetivas, como também aqueles que já cumpriram suas sanções socioeducativas e foram interditados, proporcionando a eles um atendimento médico psiquiátrico em regime de contenção.

Para entender esta mudança legal ocorrida no ano de 2008, incentivada pelo Poder Judiciário, conjugado com o Poder Executivo, basta cotejar o percurso aqui relatado com os atos praticados pelo Poder Público em relação a um famoso crime ocorrido no início dos anos 2000.

2.1. O caso “Champinha”.

Antes de realizar uma síntese dos fatos ocorridos envolvendo o jovem apelidado de “Champinha”, o primeiro interno da UES, cumpre esclarecer que a maioria dos dados aqui descritos tomam por base trabalhos acadêmicos desenvolvidos sobre o tema, que se utilizaram das mais diversas fontes, tais como reportagem jornalísticas, dados disponibilizados por alguns advogados, juízes e promotores que em algum momento tiveram contato com a unidade, além de notícias veiculadas no jornal *O globo*.

Essa escolha foi feita visto que as únicas informações disponibilizadas pelas autoridades acerca da UES estão nos decretos e em entrevistas dadas a mídia, não havendo acesso aos jovens internados, sob alegação de proteção dos sigilos do adolescente e médico.

Nesse sentido, explica Carlos (2011, p. 48),

a unidade não aparece no organograma da Secretaria da Saúde, não está inscrita no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) e seus prontuários médicos nunca foram apresentados aos jovens, seus familiares ou defensores (sob o argumento de sigilo profissional). A segurança interna é realizada por agentes penitenciários.

Feitas tais considerações, passa-se à explanação do caso. Em 2003, o jovem Roberto Aparecido Alves Cardoso, apelidado de “Champinha” à época em que era menor de idade, acompanhado de mais quatro comparsas com mais de dezoito anos, sequestrou um jovem casal de namorados, Liana Friendebach e Felipe Caffé, que estavam acampando na cidade de Embu-Guaçu.

O objetivo inicial dos indivíduos era exigir resgate dos familiares dos jovens, mas o plano foi alterado quando Felipe Caffé informou aos sequestradores que sua família não tinha recursos.

Ante a esta informação “Champinha” e seus comparsas executaram o jovem, mas mantiveram Liana por alguns dias em cativeiro, período em que ela foi estuprada inúmeras vezes pelos envolvidos, e, posteriormente, executada a facadas por “Champinha” (Carlos, 2011)

“Champinha”, por ser menor de idade, foi julgado e condenado, em janeiro de 2014, nos termos estabelecidos pelo ECA, sendo-lhe aplicada a sanção mais gravosa estabelecida do art. 121 da referida lei, qual seja, a internação em estabelecimento destinado a adolescentes, onde permaneceu pelo prazo máximo previsto em lei, de três anos (CARLOS, 2011).

Os outros comparsas também foram julgados e condenados, mas à época a imprensa, baseada na versão oficial da polícia, apontava o jovem “Champinha” como o mentor do crime, minimizando a participação dos demais.

“Champinha” estava próximo de completar três anos de internação quando voltou a ser notícia da mídia, em razão do medo ecoado na população de que o jovem fosse libertado e retornasse ao convívio social.

Para impedir que isso ocorresse, com base na fundamentação de que o jovem apresentava sinais de distúrbio psicológico que o impediam de retornar ao convívio social, o Poder Judiciário determinou a aplicação de uma medida protetiva para garantir sua internação até os 21 anos, idade limite para liberdade compulsória prevista no art. 121 §5º do ECA (Budó, 2015).

Nesse momento, segundo Frasseto (2011, p 9), a Secretaria da Saúde informou “*ser impossível operar tal encaminhamento em razão de o caso não ser elegível para hospital psiquiátrico*”. O jovem, internado desde novembro de 2003, permaneceu, então,

até de 3 de maio de 2007 na Fundação CASA, momento em que fugiu da instituição (Globo, 2007, a).

Noves horas após a sua fuga o jovem foi recapturado e enviado novamente a Fundação Casa, por decisão da justiça, mesmo ele já tendo cumprido a medida socioeducativa de privação de liberdade que lhe fora imposta, por mais de três anos, contrariando o pedido feito pelo Governo do Estado para que se internasse o jovem no presídio da Casa de Custódia de Taubaté, unidade destinada a presos adultos (Globo, 2007, b).

Na ocasião, Luiz Antônio Guimaraes Marrey, secretário de Justiça do Estado de São Paulo, em entrevista ao jornal O Globo afirmou: “Champinha não é mais menor de idade. Pouco importa se ele era menor de idade quando cometeu os crimes. Agora ele pode ir para a Casa de Custódia de Taubaté, que é o local adequado para alguém do perfil dele” (Globo, 2007, B).

O Ministério Público se manifestou em juízo no sentido de encaminhar “Champinha” para a UES da Vila Maria, Zona Norte de São Paulo, unidade que naquele momento estava desativada, a despeito de ter sido inaugurada aproximadamente um ano antes e nunca ter recebido nenhum interno. Não obstante, a justiça acatou a sugestão e deu ao governo do Estado o prazo de 24 horas para cumprir a determinação (Globo, 2007, B).

Para reabrir unidade às pressas, o governo o Estado remanejou funcionários de outras unidades da Fundação Casa para trabalhar provisoriamente na UES e reforçou uma grade de proteção existente no local (Globo, 2007, c).

Como “Champinha” estava prestes a atingir os 21 anos, idade em que teria de ser liberado da instituição, outra manobra começara a ser operada visando a manutenção da sua segregação. Trata-se da promoção, por parte do Ministério Público, de uma ação de interdição civil, para determinar que o jovem fosse considerado incapaz e internado compulsoriamente, sob o fundamento de que” sofria de um transtorno de personalidade

antissocial, era perigoso, de modo que provavelmente iria voltar a delinquir, e, portanto, necessitava de tratamento em regime de contenção.

A ação foi julgada procedente, ficando pendente somente resolver qual a instituição que deveria executar a contenção de “Champinha”, uma vez que o jovem não poderia ser encaminhado para um hospital psiquiátrico, medida comumente fixada nos casos de interdição civil, pelo fato do mencionado estabelecimento obedecer às diretrizes da política da saúde mental do SUS, que não dispõem de espaços físicos de contenção (Frasseto, 2011).

É neste momento, a saber, no dia 28/11/07, que o governo do Estado de São Paulo edita o Decreto nº 52.419/07, o qual transfere a administração da UES da Fundação Casa para a Secretaria da Saúde, bem como altera o seu local de funcionamento, retirando a UES de dentro de uma das unidades da Fundação. (BRASIL, 2007).

Assim o jornal O Globo (2007, c) descreveu a ação do governo do Estado no caso ora em análise:

Para evitar a libertação de Roberto Aparecido Alves Cardoso, o Champinha, o governo de São Paulo fez uma manobra administrativa. Hoje, deve ser publicado no Diário Oficial do Estado o decreto passando para a Secretaria de Saúde o comando da unidade experimental de saúde do complexo Vila Maria da Fundação Casa (antiga Febem), onde está Champinha, acusado de violentar e matar a jovem Liana Friedenbach em 2003.

Conforme mencionado no excerto anterior, foi no dia seguinte à elaboração deste Decreto que as Secretarias de Estado da Saúde, da Administração Penitenciária e da Justiça firmaram um “termo de cooperação técnica” para adequar a configuração da referida Unidade (Frasseto, 2011). Assim, ficou determinado que a Fundação Casa seria responsável pela administração da UES durante o período de transição; a Secretaria da Saúde, enquanto isso, iria indicar um gestor para a unidade, bem como a equipe médica

responsável; e a Secretaria da Administração Penitenciária ficaria a cargo da coordenação da segurança, visando a garantir a contenção dos internos.

No ano seguinte, foi editado o Decreto nº 53.427/08, determinando a retirada da Fundação Casa da administração do local e a continuidade da realização da segurança por agentes de segurança penitenciária, o que configura uma ilegalidade por ter a UES a natureza de instituição de saúde e não de hospital de custódia (Carlos, 2011).

Em entrevista dada para Carlos (2011, p. 50), transcrita em sua tese de mestrado, o advogado Thales de “Champinha” afirmou que

a Unidade foi transfigurada de repente, para outras finalidades, por isso a FEBEM a rejeitou, a Unidade sobrou para a Secretaria da Saúde e a FEBEM quer uma dessas, quer uma diferente, com princípio que era de antigamente. Que também é segregatória e também é terrível, mas dizem que a situação é melhor do que essa Unidade como tá hoje. Então eles falam que “o filho não é deles, só falta isso. Só falta assumir que não tem nada a ver com a história dessa Unidade. Tem! Embora queiram dizer hoje que não tenham mais. Institucionalmente não tem, porque se volta ai a fita, naquele decreto que você leu, ainda era um público alvo jovens egressos as Fundação casa e jovens nas vars de família.

O sucesso das manobras efetivadas pelo Poder Executivo estadual, as quais possibilitaram criação da UES, apelidada pela mídia de “Guantánamo paulista”, foram comemoradas pelo então governador do Estado, José Serra, o qual afirmou, em entrevista dada em 2010, que “*‘Bandido tem que ser enfrentado com dureza’; ‘tem que engaiolar’, para a seguir assumir: ‘nós impedimos que Champinha fosse solto’* (Budó, 2015, p.81).

De acordo com informação descrita por Frasseto (2011), o número de internos na UES até 2011 foi de no máximo sete, sendo que cinco deles estavam na mesma situação

de “Champinha”, isto é, foram interditados pela Vara de Família e Sucessões e internados após já terem cumprido as medidas socioeducativas a eles impostas.

Frasseto (2011) afirmou ainda que dos jovens recolhidos na UES apenas um chegou a ser liberado pela Justiça da Infância e Juventude, mas logo acabou aprisionado em sua própria residência em cumprimento de ordem judicial de recolhimento derivada de processo de interdição.

No caso de “Champinha” e dos outros cinco jovens, as ordens de internação compulsória tem como característica a absoluta indefinição do tempo de privação de liberdade, já que *“não há por parte do juiz que as determina, qualquer referência nem mesmo a prazos de reavaliação do caso, nem definição da equipe incumbida de promovê-la”* (Frasseto, 2011).

A partir desse ponto o caminho estava aberto para que outros jovens, nestas condições, fossem encaminhados para a UES e afastados definitivamente da sociedade.

3. CONFLITOS DA INTERNAÇÃO NA UES: UMA ANÁLISE À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DA LEI 10.216/01

Nesta primeira parte deste excerto serão apresentadas as ilegalidades envolvendo a internação dos jovens na UES, pela perspectiva do ECA. Após, a questão será confrontada perante a legislação civil, em especial, a referente à interdição, bem como a Lei 10.216/01, que traz as envolvendo os direitos dos indivíduos com distúrbios mentais e a internação compulsória.

A noção de responsabilização vinculada ao sistema de justiça juvenil prevista no ECA destina-se aos jovens entre 12 anos completos e 18 anos incompletos e tem por base a doutrina da Proteção Integral, derivada da Convenção dos Direitos da Criança da ONU, da qual o Brasil é signatário (Borghi; Frasseto, 2014).

Por meio do sistema juvenil pretende-se responsabilizar, e não simplesmente punir, os jovens pelos atos infracionais¹ praticados. Para tanto, o sistema prevê princípios, tais como o respeito da condição peculiar de desenvolvimento, o da intervenção mínima e o da excepcionalidade da internação, que devem orientar a aplicação das medidas socioeducativas. (Borghi; Frasseto, 2014).

As medidas socioeducativas são sanções estatais de natureza coercitiva aplicadas ao adolescente condenado em razão da prática de ato infracional e, portanto, estão sujeitas ao princípio constitucional da legalidade (art. 5º, inciso XXXIX, da CF), não podendo ser aplicadas ao jovem outras reprimendas além das expressamente relacionadas na legislação competente, sob pena de configurar arbitrariedade.

Pois bem, feitas tais considerações, cabe estudar as medidas socioeducativas previstas no ECA. Segundo o art. 112 do ECA (Brasil, 1990),

verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; V - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração. § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições (grifo nosso).

¹ O ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção no Código Penal ou nas legislações penais esparsas, recebendo este nome para diferenciar as condutas praticadas pelos jovens daquelas perpetradas pelos adultos.

Frisa-se, da leitura do *caput* do referido artigo, que inexistente uma prévia correlação entre a conduta praticada e a sanção a ser aplicada, devendo o magistrado selecionar dentre o rol de medidas aquela mais adequada a cada adolescente, levando em consideração a capacidade deste de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

A mais gravosa das medidas socioeducativas que pode ser imposta ao adolescente é a internação, prevista no VI do artigo, por meio da qual ele é privado de sua liberdade e encaminhado a uma das unidades da Fundação Casa, tratando-se de ato infracional praticado no estado de São Paulo.

O prazo máximo da aplicação dessa medida, conforme já abordado no excerto anterior, é de três anos (art. 121 §3º do ECA, numa clara mitigação ao princípio da proporcionalidade aplicado no Direito Penal, sendo o ECA claro ao estabelecer que “*em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos*”).

Dessa forma, mesmo levando em consideração a suposta “tendência perigosa” do adolescente, a qual não deveria entrar na análise realizada para a dosagem da aplicação de uma medida socioeducativa, essa não teria o condão de fazer com que a privação da liberdade se estendesse por mais que três anos. Após atingir este limite, o adolescente deverá ser liberado definitivamente, ou colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

Assim, no relatado caso do “Champinha”, do ponto de vista da medida socioeducativa, fica evidente que já não havia mais motivo pra mantê-lo na Fundação Casa desde 2006, quando atingiu o prazo máximo de internação (Carlos, 2011).

Ademais, a suposta condição de doença psiquiátrica dos adolescentes apenas confere a eles o direito de receberem tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições, conforme prevê art. 112 § 3º do ECA, não permitindo que estes jovens sejam privados de sua liberdade para além dos limites temporais estabelecidos no ECA.

Nesse sentido, explica Budó (2015) que não há previsão para a aplicação de uma medida de segurança para adolescentes em casos de diagnóstico de enfermidade mental e que apesar de existirem projetos para tanto, tais propostas nunca foram aprovadas e transformadas em lei, em virtude da doutrina da proteção integral e da privação da

liberdade ser considerada medida excepcional, breve e com respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Ainda que se admitisse no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação de uma medida de segurança para adolescentes, esta estaria limitada ao tempo da medida socioeducativa, sob pena de configurar uma prisão perpétua.

Nos termos estabelecidos no Código Penal, por sua vez, a medida de segurança, seja de internação, seja de sujeição a tratamento ambulatorial, é autorizada quando o autor do crime é inimputável ou se encontra com a culpabilidade diminuída e constata-se a necessidade de tratamento curativo.

Quanto a sua duração, perduraria enquanto persistisse a periculosidade, consistente no *“simples perigo para os outros ou para a própria pessoa, e não o conceito de periculosidade penal, limitado à probabilidade da prática de crimes.”* (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 732).

Dessa ideia decorre que a medida de segurança aplicada aos adultos não teria limite máximo, ou seja, poderia ter duração perpétua se não evidenciada a cessação da periculosidade, o que é expressamente vedado em nosso ordenamento jurídico, por força do art. 5.º, XLVII, b, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 733) defendem que

não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo. Nesse sentido, o STF já se manifestou sobre o assunto, determinando o limite máximo de 30 anos para o cumprimento de medida de segurança. Cf ementa oficial: A interpretação sistemática e teleológica dos arts. 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execução Penal, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões

perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. (HC 84.219-4-SP— 1.a T. — j.16.08.2005 — rel. Min. Marco Aurélio — DJU 23.09.2005)”.

Assim, no âmbito da justiça juvenil não poderia ser diferente, ainda mais considerando a condição de pessoas em desenvolvimento dos adolescentes e a determinação internacional da observância de sua proteção integral. No entanto, estas vedações não observadas no caso dos jovens internados na UES. Isto porque, estão eles confinados em uma suposta unidade de saúde, por conta de terem praticados atos infracionais graves e apresentarem transtorno de personalidade, por tempo que ultrapassa o limite máximo da privação de liberdade previsto no ECA, o que impede o argumento sustentado pelos Poderes Executivo e Judiciário de que a UES é um hospital de custódia.

Além dessa argumentação não se sustentar no plano legal, ela também não pode ser amparada diante da análise das situações concretas envolvendo as internações efetivadas na UES. Basta observar o que ocorreu no caso “Champinha”, em que aplicou-se ao jovem uma medida protetiva, quando do término do período de três anos da sanção de internação, para depois, quando estava na eminência de completar 21 anos, ou seja, momento em que não mais estaria sujeito às determinações do ECA, esta suposta medida protetiva foi transformada, no âmbito civil, em uma internação compulsória.

Fato é que a medida protetiva tinha como base a suposta necessidade de tratamento médico psiquiátrico, a qual obrigou a Secretaria de Estado da Saúde, na figura de seu secretário, a acolher o paciente em um de seus hospitais psiquiátricos (Ribeiro, 2013). Contudo, os termos desta medida protetiva não encontravam respaldo no ECA e nem nas diretrizes do tratamento de pessoas com doença mentais.

Dentre as medidas protetivas aplicadas aos jovens esta previstas no art. 101, V do ECA “*a requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial*” (Brasil, 1990). Frisa-se que, neste caso, “*se o adolescente foi encaminhado ao serviço de saúde entende-se que sua medida socioeducativa foi*

convertida em tratamento, passando a prevalecer a lógica da saúde mental e dos fluxos inerentes ao sistema de saúde” (Frasseto; Joia, 2014, p. 250).

A disposição do ECA está, inclusive, de acordo com as diretrizes mencionadas no sentido de que o tratamento dispendido aos jovens deve ser hospitalar ou ambulatorial, não havendo menção a tratamento em regime de contenção, o que já demonstra a impropriedade da decisão que determinou a internação de “Champinha” na UES, naquela ocasião.

A decisão determinava que o jovem fosse submetido a um tratamento psiquiátrico em regime de contenção, uma mescla de medida protetiva que impunha um atendimento psiquiátrico - o qual atualmente é feito de forma ambulatorial, salvo em casos de surto - com um hospital de custódia², local onde há o controle de segurança equivalente ao de uma penitenciária, mas que se destina ao cumprimento de medida de segurança de pessoas condenadas pela prática de crimes, considerados imputáveis ou inimputáveis (Carlos, 2011).

O SUS dispõem de leitos psiquiátricos, porém, neles a contenção não é plena. Este tipo de contenção só é feito em hospitais de custódia, locais para onde são encaminhados adultos em medida de segurança, mas “Champinha”, além de não estar sob cumprimento desta medida, por ter praticado ato infracional durante a sua adolescência e não um crime após ter atingido a maioridade penal, não poderia ser encaminhado para um hospital de adultos, por expressa vedação do art. 123 do ECA. (Carlos, 2011).

Fato é que a contenção feita em desacordo com o estabelecido para o tratamento de pessoas com problemas mentais no SUS, só indica que a imposição de internação na UES tem natureza penal, como se fosse decorrente da aplicação de medida de segurança, a qual, conforme já descrito, não é permitida adolescentes. Ademais, ainda que houvesse previsão de aplicação de medida de segurança a jovem em conflito com a lei, esta não poderia ser executada tendo em vista que “Champinha”, no momento de sua transferência a UES, já havia cumprido a medida socioeducativa ele imposta.

² Esse ideário de hospital de custódia também pode ser observado no próprio Decreto 53.427/08, o qual utiliza a palavra custodiado para se referir aos jovens abrigados na UES.

Assim, a decisão que determinou a transferência do jovem à unidade contrária de tal modo os ditames que preceituam o atendimento médico psiquiátrico dos adolescente, tratando-se de uma aberrante excepcionalidade, que a Secretaria de Saúde não conseguiu cumprir a determinação de imediato, tendo “Champinha” permanecido na Fundação Casa por um tempo (Frasseto, 2011), até que surgisse a ideia de desvincular formalmente a UES desta instituição. Após essa adequação, os demais jovens que tiveram convertidas as suas medidas socioeducativas em protetivas foram encaminhados diretamente para a UES.

Sobre a inadequação da medida adotada, basta observar o que Frasseto e Joia (2014, p. 248) ensinam sobre a internação de jovens e adolescentes para tratamento psiquiátrico:

No caso de necessidade de internação, devem permanecer os critérios de tempo de permanência e de conveniência da internação concebido na avaliação da equipe de saúde mental, e de acordo com as demandas da criança ou o adolescente, respeitando-se a excepcionalidade e a brevidade da internação. O Direito a convivência familiar, portanto, deve estar assegurado, privando a criança o menor tempo possível da segregação ou do contexto familiar/comunitário e, inclusive, não impedindo a permanência dela na escola. A internação psiquiátrica de crianças e adolescente, portanto, deve resguardar tais diretrizes, conformando estratégias diante de situação de crise, devidamente fundamentado por laudo médico.

Resta evidente que as garantias mencionadas pelos autores não foram e continuam não sendo asseguradas aos jovens internados na UES. Nestes casos, parece que “o poder judiciário tem tomado, muitas vezes, o tratamento de saúde como extensão da medida socioeducativa, condicionando a sua saída a autorização judicial, logo, como uma internação compulsória” (Frasseto; Joia, 2014).

Cumpra que esclarecer ainda que qualquer justificativa pífia que ainda possa existir no ECA para justificar a manutenção da referida unidade se encerra quando estes indivíduos completam 21 anos. Conforme explica Ribeiro (2013, p. 218), “questões subjetivas como risco à sociedade, severidade do crime ou perfil criminal não podem suplantar o critério cronológico (três anos de internação) ou o atingimento da idade limite de 21 anos, que determinam a extinção da medida socioeducativa e finalizam o próprio alcance do estatuto”. Por tudo o que se expôs até aqui parece faltar aos responsáveis pelas contenções dos jovens na UES a percepção de que as diretrizes do ECA devem ser respeitadas, pois representam garantias conquistadas por meio de muita luta.

Consoante anunciado no início do excerto, cabe a partir de agora analisar o instituto da interdição e da internação compulsória, disciplinados em normas de Direito Civil, uma vez que essas temáticas relacionam com o caso “Champinha” e sua internação na UES³.

“Champinha” quando da iminência de completar 21 anos, idade na qual não estaria mais submetido ao ECA e, como consequência, a ele não se aplicaria mais nenhuma das medidas protetivas disciplinadas na legislação de proteção e responsabilização dos adolescentes, foi interditado civilmente para submissão a

³ Cumpra esclarecer que atualmente a regulamentação do instituto da interdição sofreu alterações com o advento da Lei 13.146 de 6 de julho de 2015, a saber, o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No entanto, não serão analisadas aqui estas alterações por três motivos básicos. Primeiro, porque todos os jovens internos da UES foram interditados sob a égide da legislação anterior. Segundo, porque hoje, de acordo com o Promotor de Justiça do Estado de São Paulo Arthur Pinto Filho, a Secretaria da Saúde, órgão atualmente responsável pela administração da UES, não permite a entrada de mais nenhum interno na instituição, haja vista que no local “ainda se tenta estabelecer procedimentos de tratamento. Falta um trabalho individualizado” (Isto é, 2011).

Em terceiro, porque a nova dinâmica da lei impõe ainda mais limites para a interdição e internação da pessoa, ao devolver à pessoa com deficiência o seu *status* de pessoa capaz, determinando apenas que, de acordo com um laudo individualizado, ela seja considerada relativamente incapaz para alguns atos da vida civil, tais quais ações de cunho patrimonial, e somente nos casos em que ela não possa exprimir a sua vontade (Art. 1.767, I do Código Civil, após alteração dada pelo Estatuto da Pessoa com deficiência).

Além disso, o atual regramento prevê, em seu art. 1.777, que na excepcional hipótese de incapacidade relativa, os indivíduos deverão “receber todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio.” (grifo nosso), o que dificulta ainda mais sustentar que a internação na UES está em conformidade com os ditames legais da área, já que a medida tem em sua natureza a característica da segregação, por meio da contenção destes indivíduos.

tratamento médico psiquiátrico, por apresentar, supostamente, um distúrbio de personalidade, o qual demandava tratamento em regime de contenção.

Assim, como forma de dar contornos de estabelecimento de saúde a UES e fazer-se cumprir as exigências dadas pela legislação Civil de 2002 e pela lei 10.216/01 no que se refere ao tratamento de pessoas com distúrbios mentais, a unidade ela passa a ser formalmente gerenciada somente pela Secretaria de Saúde.

Desse modo, cabe analisar a legislação civil em vigor a época em que as internações foram realizadas na UES.

A interdição estava prevista nos artigos 1.767 ao 1.778 do Código Civil, e sua finalidade era, primordialmente, a proteção do incapaz, para que a sua condição de baixa capacidade cognitiva não fosse aproveitada por outras pessoas para lhes impor obrigações excessivamente onerosas, situações vexatórias ou abuso de direitos.

De acordo com a previsão do art. 1.767 do Código Civil, as hipóteses de interdição pressupõem que o indivíduo não tenha condições de discernir o que é melhor para si, tratando-se, portanto, de instituto que visa a proteção do incapaz. O Ministério Público poderá prover a interdição, nos casos descritos no art. 1.769 da mesma lei.

A possibilidade de internação dos indivíduos interditos é dada pelo art. 1.777, que estabelece que serão recolhidos em estabelecimentos adequados os interditos referidos nos incisos I, II, IV do art. 1.767, quando não se adaptarem ao convívio doméstico. Disso decorre que a internação só se justificaria quando o indivíduo não estiver apto ao convívio doméstico harmônico, elemento que não entrou em discussão/avaliação no caso da internação de “Champinha”, e nem dos outros jovens, situações em que o referencial era sempre o da existência de uma suposta tendência criminosa (Carlos, 2011).

A internação é regulamentada pela a Lei 10.216/01, a qual dispõe, entre outras temáticas, sobre a possibilidade da internação compulsória. Ela é conhecida como lei da reforma psiquiátrica e tem como principal finalidade devolver a condição de cidadania ao doente mental e garantir os seus direitos humanos reflexos da luta antimanicomial.

Dessa forma, apoiada no contexto de reformulação do Estado e do reconhecimento do direito à saúde na Constituição Federal, “a lei previa o reordenamento da rede de atenção a saúde mental, e a sua consequente ênfase nos equipamentos de atendimento aberto, regionalizado e suas articulações com outros setores que pudessem garantir o cuidado e a inserção social em detrimento das logicas certificantes e hospitalocentricas” (Frasseto; Joia, 2014, p. 230).

Em seu art. 2º, VII, a lei garante à pessoa com transtorno mental o direito de ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis. Tanto que nos outros incisos do art. 2º há a previsão do direito ao tratamento com humanidade e respeito, realizado com o interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando a alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade, bem como o direito a tratamento, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

De acordo com o art. 6º da referida lei, há três tipos de internação psiquiátrica, sendo elas a internação voluntária, que se dá com o consentimento do usuário; a internação involuntária, que ocorre sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e, por fim, a compulsória, determinada por decisão judicial, que é o caso dos internos da UES.

Seja qual for o tipo de internação, a lei dispõe, em seu art. 4º, que essa medida somente é indicada quando os demais recursos extra-hospitalares de tratamento se mostrarem insuficientes e sempre, nos termos do art. 5º, com a finalidade de reinserção social e com assistência integral, tanto médica, quanto psicológica e social (Belloni, 2010).

Inserida em todo este contexto de proteção ao paciente, Belloni (2010, p 54-55) expressa que a internação hospitalar compulsória nunca deve ser utilizada como punição por um crime. Ademais, do ponto de vista médico e da Lei 10. 216/01, a indicação de internação é a última das medidas a ser adotada, e com isso, a internação compulsória deve ser “encarada como o ‘último dos últimos’ dos recursos à mão”.

Para Belloni (2010, p. 55) a internação não é uma “retenção-tratamento, mas uma maneira de retenção-proteção, portanto, de caráter circunstancial”, razão pela qual se exige em todas as formas de internação médica a existência de um laudo médico circunstanciado, no qual devem estar descritos os motivos da internação, consoante dispõe o *caput* do artigo 6º da Lei Antimanicomial, objetivando proteger o paciente em momentos de surto.

Não obstante, “persistem hoje, a despeito de ideário reformista, práticas de judicialização equivocadas, postas a serviço da criminalização da loucura, nas quais discursos e autoridades prestam colaboração para legitimar estratégias de segregação, aprisionamento ou tratamento forçado” (Frasseto; Joia, 2014, p.231.), como é o caso das internações na UES.

Como indício desse desvirtuamento da proteção, Ribeiro (2011, p. 220) descreve que

na psiquiatria forense brasileira, os transtornos de personalidade não são considerados incapacitantes, pois não afetam a capacidade de entendimento do ilícito – as funções cognitivas são preservadas. A presença de alterações volitivas nos transtornos de personalidade antissocial, ou seja, controle dos impulsos, não é um consenso, visto que, a esmagadora maioria consegue planejar e adiar a execução de atos de violência, não sendo um comportamento automático ou instintivo.

Em outras palavras, o transtorno de personalidade imputado a estes jovens não os torna incapazes para os atos da vida civil, e ainda por cima, evidencia Ribeiro (2011), a violência a eles imputada não é algo instintivo, ou seja, eles podem barrá-la e evitá-la.

Outro relevante problema apresentado na internação compulsória destes jovens é a discordância acerca da necessidade da contenção. Tomando-se o caso de “Champinha” como base, a indicação médica para a sua internação não foi unânime, em verdade, apenas um dos laudos indicou a necessidade da medida, a saber, o IMESC, instituição conhecida pelo seu caráter lombrosiano (Carlos, 2011).

No caso outras inúmeras avaliações foram realizadas por diversos órgãos e peritos oficiais, os quais manifestaram-se contra a aplicação da internação compulsória a Champinha: Laudos realizados pela FEBEM, enquanto o jovem estava internado nesta instituição; Laudos da Sociedade Rorschach; Instituto Médico Legal de São Paulo (IML), Instituto de Medicina Social e Criminalística de São Paulo (IMESC) e Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da USP (IPQ-HCFMUSP), em que há nítida manifestação contrária medida de internação compulsória. (BUDO, 2015) (Ribeiro, 2011).

Nesse sentido, ao analisar a decisão que determinava a interdição do jovem, Budó (2015, p. 92) concluiu pela sua desconformidade com o que foi determinado nos laudos, descrevendo que nela se operou uma inversão das diretrizes de tratamento de pessoas com doenças mentais, pois, “*ao invés de partir da liberdade como regra, parte-se dela como exceção*”, haja vista que juiz considerou que como não foi apresentada alternativa apta, impunha-se a internação⁴.

A interpretação dada pelo juiz é de que “*Os laudos deixaram claro que o interditando revela periculosidade e personalidade voltada a delitos, impondo-se sua internação compulsória*”. Quando na realidade, tanto as características de periculosidade e personalidade voltadas a delitos, quanto a sua conclusão lógica, de que a medida indicada era a internação compulsória, “*são de estrita autoria são do ministério público e da justiça. Nenhum dos laudos usa destas expressões e dessa orientação prática*”. (Budó, 2015, p. 90).

⁴ Na realidade, havia a indicação do advogado de defesa indicando ao juiz a possibilidade de se enviar “Champinha” para o tratamento do jovem como doente mental no SUS dentro das diretrizes (Budó, 2015)

Isto só revela que quando se trata de perigo à sociedade, a tendência é sempre a exclusão do diferente. Sendo assim, um mecanismo que serviria para constatação de um transtorno mental, que levaria naturalmente o paciente ao SUS, converte-se em um atestado de periculosidade e de predestinação à prática de crimes, o qual é tido como motivo para a privação de liberdade de indivíduos.

Assim, apesar da manutenção dos jovens na UES estar amparada pela interdição e na internação compulsória, o argumento que justifica a aplicação desta medida é sempre a questão de personalidade e periculosidade, sem que em nenhum momento se evidencie a existência de doença mental incapacitante (Ribeiro, 2011).

Este tipo de atuação por parte do Poder Judiciário afronta os direitos das pessoas com transtorno mental, haja vista que desconsidera a natureza de *ultima ratio* da internação compulsória, prevista na Lei 10. 216/01.

Nela há a necessidade de se respeitar uma ordem cronológica de tratamento, que se inicia no ambulatório, depois passa a internação voluntária, a involuntária e, por fim, e somente em último caso, a internação compulsória, a qual somente poderá ser decretada quando os demais recursos se mostrarem ineficientes. No caso destes jovens as outras medidas nunca foram tentadas, simplesmente pelo fato desses serem egressos da Fundação Casa, como se os atos infracionais por eles cometidos os definissem.

Vale também mencionar que o único contato externo que estes jovens possuem, além de seus advogados, é com seus familiares, restrito a uma vez por semana, aos domingos, regime semelhante àquele em vigor nas unidades prisionais e na Fundação Casa, quando no sistema da saúde estas visitas são flexibilizadas (Frasseto, 2011).

Para Belloni (2010, p. 57), a UES conta com “*muros com cerca de 5 metros, com rede de arames farpados, policiamento extramuro, grades, portas de aço entre as salas, uma rede de agentes penitenciários, disciplina de horários para o banho de sol e casas separadas, o que impede o convívio social adequado*”.

Belloni (2010, p. 57), ainda explica que

quando se trata de algum caso mais especial, com alta repercussão midiática, a casa desse jovem ganha elementos distintivos, como cercas próprias e cadeados visíveis. Se não é equipamento hospitalar, tampouco estabelecimento de educação, essa verdadeira “casa de internamento” mais se assemelha à custódia e à punição que fizeram o sistema penal moderno ser atravessado pela noção da periculosidade.

Ademais, a mais grave das violações contra os jovens recolhidos na UES refere-se à falta de previsão para o término da medida e à falta de prazo definidos para a reavaliação médica, que condicionam suas liberdades ao arbítrio do juiz competente.

De acordo com Ribeiro (2011, p. 223) uma

discussão em seminário promovido pelo Cremesp em dezembro de 2012, com convidados diversos (CRP-SP, CRESS-SP, Fundação Casa, TJ-SP, SES-SP, UERJ, IPQ-HCFMUSP, Câmara Técnica de Psiquiatria do Cremesp, Santa Casa de São Paulo, IMESC), puderam convergir no entendimento de que a unidade não pode ser vista, nos moldes atuais, como equipamento de saúde destinado ao tratamento psiquiátrico ou psicológico de infratores ou à sua ressocialização, justamente porque não deveriam ou não teriam mais indicação de tratamentos clínicos sob internação. Estão apenas custodiados pelo Estado, por força de ordem judicial (grifo nosso).

Em suma, por um ato infracional cometido, estes jovens perderam a condição de seres humanos com direito a respeito, a dignidade, a privacidade, a subjetividade sã, bem como a possibilidade de crescer e apreender a viver em sociedade (Belloni, 2010).

Dessa forma, independentemente da UES ser uma instituição de natureza penal ou médica, embora nitidamente exerça a função de uma instituição penal, não há nada na

legislação brasileira que justifique, atualmente, a privação da liberdade destes jovens na unidade, muito menos por tempo indeterminado.

A UES representa, assim, uma prisão de exceção, utilizada como um depósito de jovens supostamente perigosos, alimentada por decisões judiciais equivocadas que ignoram o ordenamento jurídico, mas que visam a atender à pressão social que propugna pelo afastamento de certas pessoas.

4. DISCUSSÃO NO ÂMBITO CRIMINOLÓGICO – A UES COMO REFLEXO DA SOCIEDADE DE CONTROLE

Neste capítulo iremos analisar o processo de criação da UES, como reflexo da construção do desvio e das reações sociais, principalmente pelos processos estabelecidos na sociedade contemporânea do controle.

As regras são criadas por grupos sociais que “definem situações e tipos de comportamento a ela apropriados, especificando algumas ações como “certas e proibindo outras como erradas” (Becker, 2008, p. 16).

De acordo com Becker (2008), quando uma regra social é quebrada, a pessoa que a infringiu passa a ser vista com tipo especial, alguém que não se espera que viva de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Estas pessoas passam a ser encaradas como *outsiders*.

O grau de como este indivíduo é visto como *outsider* varia, esta variação depende do nível de identificação da sociedade com o criminoso. Assim, um indivíduo que infringe uma regra de trânsito ou então bebe um pouco mais em uma festa, não é visto como algo muito diferente de nós e, portanto, o seu ato transgressor é tratado com tolerância. Já o ladrão, não é tão semelhante, e assim merece uma punição mais severa. Agora, crimes como assassinato, estupro ou traição levam o transgressor a verdadeira condição de *outsider* (Becker, 2008).

A forma com a qual a sociedade reage aos atos criminosos, também determina o nível de desvio e segregação deste *outsider*. Uma pessoa pode cometer ato contrário a uma regra e sofrer apenas com mexericos, ou então receber uma a resposta prevista no Direito Penal. No entanto, esta acusação pode vir a conhecimento público e, neste caso, gera reações sociais em larga escala as quais poderão levar a repressão do indivíduo e a sua conduta a outros níveis, tais como a exclusão total da visão daquele como pessoa de direitos.

Nas palavras de Becker (2008, p. 24), “O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outras reagirão como se isso tivesse acontecido (...) O grau em que outras pessoas reagirão a um ato varia enormemente”, a depender de diversos fatores, em especial, a variante de quem comete o crime e de quem é prejudicado por ele.

Tomando por base estudos sobre a delinquência juvenil, Becker (2008, p. 25) esclarece que meninos de classe média, “quando detidos, não chegam tão longe no processo legal como os meninos dos bairros miseráveis”.

Para explicar como estas variantes levaram a criação da UES, somada ao fato de como a sociedade contemporânea pensa na resposta ao fenômeno do crime, toma-se como premissa ideia difundida por Garland (2014) de que os arranjos sociais, econômicos e culturais, daquilo que ele chama de pós modernidade do século XX, moldaram uma nova experiência coletiva a respeito do delito e a insegurança.

Apesar do estudo de Garland ter se desenvolvido a partir da análise dos fenômenos sociais envolvendo a Inglaterra e os Estados Unidos, as considerações por ele feitas são relevantes para entender “como e por quê no Brasil a sociedade em geral dá aval a práticas punitivas que correm muitas vezes à revelia da lei ou que se limitam a alcançar os estratos mais pobres e privados dos direitos mais elementares” (Salla; Gauto; Alvarez, 2006).

Em seus estudos, Garland descreve o período entre o final da década de 60 e o início dos anos 80 ficou caracterizado como um período de grandes transformações as quais impactaram a economia mundial, a composição do Estado, os modos de atuação política de velhos e novos atores sociais, bem como as formas de sociabilidade até então existentes.

No âmbito das questões envolvendo a criminalidade, também não foi diferente, existindo profundas modificações na maneira de gerenciar e combater as condutas descritas como criminosas (Salla; Gauto; Alvarez, 2006).

De acordo com os estudos realizados por David Garland (2014), até o meio dos anos 70, havia por parte dos países centrais a adoção de uma política *welfarism ou previdenciarismo penal, fundado na ideia de Estado de Bem Estar social*, constituído nos países capitalistas centrais após a Segunda Guerra Mundial.

Tal pensamento possuía como principal fundamento a busca da reabilitação do indivíduo criminoso, visando a sua reinserção na sociedade. Havia uma mistura do controle do delito tradicional com a ideia liberal. Isto porque, ao mesmo tempo em que se adotava o sistema penal como forma de controle da criminalidade, privilegiava-se também a perspectiva ressocializadora, considerada mais humana, relativizando-se, assim, a concepção do controle penal como meio de repressão e crueldade.

Neste momento, nos países centrais, a políticas de controle da criminalidade, estava ligada a percepção de que “a sociedade era em parte responsável pela emergência dos crimes e, como tal, deveria assumir a tarefa de recolocar o indivíduo em seu seio”. Assim, há uma certa atenuação das penas, além da oposição a pena de morte e à pena perpetua ganharem espaço nas discussões. (Salla; Gauto; Alvarez, 2006, p. 330)

Com a dinâmica da Globalização, o Estado é instado a abandonar a ideia de *welfare state*, para assumir, dentro do contexto neoliberal, uma função meramente policial, como garantidor das atividades capitalistas e do acúmulo individual de riquezas.

Essa nova dinâmica é caracterizada por colocar o Estado em dimensões mínimas, com o objetivo de reduzir os seus gastos, e, como isso acaba por abdicar a capacidade de proporcionar requisitos básicos a populações (Salla; Gauto; Alvarez, 2006).

Neste momento, ocorre o abandono das práticas *previdenciaristas* penais, e as ideias ressocializadoras, para tomar lugar as políticas de *law and order* e de tolerância zero,

características dessa nova face do controle do crime, as quais têm por finalidade tão somente a defesa social, cujo objetivo é maximizar a intervenção do sistema penal, como forma de desestímulo ao cometimento dos atos delitivos, por meio da difusão do medo da sanção penal. (Shecaira, 2008)

Tal mudança vem ocorrendo na maior parte dos países do Ocidente, na qual há “um deslocamento importante na forma como as sociedades modernas tratam os crimes e os criminosos, e que por certo guarda relação com os acontecimentos políticos, sociais e econômicos mais gerais que caracterizam o contexto histórico recente”. (Salla; Gauto; Alvarez, 2006, p. 330).

Essa nova forma de percepção do crime e das respostas dadas pela sociedade a eles, ocorre como reflexo da nova conjuntura social presente na sociedade pós moderna do século XX, qual lida com diversos novos fatores, entre os quais estão a opinião pública e a ação dos meios de comunicação (Garland, 2014).

Vale a ressalva de que, diferentes dos países centrais do capitalismo, o Brasil e a Argentina “nunca contaram com mecanismos em condições de substituir as funções exercidas pelo sistema penal, tanto no plano material quanto no plano simbólico”, haja vista que tais países, conviviam e ainda convivem, com grandes desigualdades sociais, tais como a baixa escolaridade de seus cidadãos, com restrição do ensino superior a pequenos setores da sociedade, além de ter que lidar com um sistema produtivo que inviabiliza o acesso a renda a amplos setores da população; parte da população em extrema pobreza (Azevedo, 2005, p.222).

Assim, neste momento, o Brasil não passa por esse abandono das ideias previdenciaristas, mas sim um processo de recrudescimento ainda maior do sistema penal como resposta ao fenômeno da criminalidade, impulsionado pelo “aumento das taxas de criminalidade, decorrente de fatores como a grande concentração populacional produzida pela migração do campo para as grandes metrópoles urbanas, consolidada no Brasil durante o período de governo militar” (Azevedo, 2005, p. 222 apud Adorno, 1994).

Estamos, então, em meio ao processo de redemocratização do país, e aos novos governantes, agora eleitos, tiveram que lidar com o problema da segurança pública, a qual passou a ser colocada como uma das principais pautas da opinião pública, questão ampliada pela atuação dos meios de comunicação na dinâmica pós moderna (Azevedo, 2005), a qual está mais complexa e suscetível a novos riscos e a novas demandas (Masi, 2014).

Isto porque, a dinâmica da produção capitalista, a qual preconiza a acumulação de capital, as buscas incessantes por novos mercados, e a obsessão pelo lucro, levaram a uma rápida transformação da tecnologia, bem como dos meios de transporte e da comunicação. Ademais a estruturação de uma sociedade de consumo e ânsia pela aquisição destes novos, permitiram o crescimento da desigualdade e a exclusão social de classes que não poderiam ser facilmente utilizados de modo lucrativo.

Foi a incessante procura de novos mercados, por retorno mais elevado e pela divisão mais eficiente do trabalho, que criou mercados internacionais, e o fluxo de informações e dinheiro ao redor do planeta e uma econômica globalizada, na qual os Estados são cada vez menos capazes de controlar os destinos sociais e econômicos de seus cidadãos. Ademais disso, com a mudança na forma de produção, as mulheres passaram a ingressar no mercado de trabalho, em virtude da diminuição da renda familiar, o que proporcionou a intensificação dos ideais feministas e o aumento da tolerância nas novas formas de família, proporcionaram uma mudança nos aspectos da vida diária (Garland, 2014).

Diante dessa nova dinâmica, houve certa elevação na prática de crimes, em especial, contra o patrimônio, somado ao fato do aumento das oportunidades da prática de crimes, e a redução dos controles situacionais, bem como aumento da população em situação de risco.

Assim, há também um processo de modificação do meios de comunicação, em especial, com o advento da televisão e a consolidação da indústria dos jornais, os quais aturam de modo a intensificar a questão da criminalidade e a segurança pública, como

objeto constante da preocupação população e dos políticos tanto candidatos, como aqueles que já possui cargos eletivos, transformando a percepção da população a respeito do crime.

Isto porque, ela ampliou a visibilidade dos eventos, os quais eram limitados a uma percepção local e direta, passando agora a ser difundida pela mídia, em larga escala, que irá determinar qual informação e como será fornecida a população. (Garland, 2014).

Ademais, tais meios de comunicação transmitem uma imagem da sociedade como estritamente violenta e desestabilizada, tomada pela ação da criminalidade, talvez para servir a própria lógica econômica, tratando aqueles excluídos da sociedade de consumo como monstros e, assim, afastar qualquer a percepção acerca do dano que este tipo de sociedade os impõe.

Assim, a ideia disseminada é de pânico geral instalado na sociedade, no qual todos são vítimas em potencial dos monstros criminosos que acabam com a paz social, o que torna as pessoas altamente propensas a aceitarem quaisquer propostas de aniquilamento desse perigo, sejam elas legítimas ou não (Masi, 2014).

Ante a este sentimento de insegurança crescente, com o aumento da percepção pública a respeito das diversas esferas da criminalidade, a resposta estatal é insistentemente cobrada, seja ela de qual âmbito do poder público, se do Poder Judiciário, Executivo ou Legislativo (Azevedo, 2005).

Há, na visão de Garland (2014), um direcionamento dado pela sociedade na questão do controle social, no qual os indivíduos são vistos apenas em suas condutas antissociais e criminais que só podem ser impedidas através da imposição do controle, o que só impulsiona e alimenta o chamado “populismo” penal. Por meio da solução penal, os governantes acalmam a população transmitindo-lhe a sensação de que algo está sendo feito, mas tais atitudes não negam a propagada situação de perigo constante, nem propaga uma percepção solidária sobre o indivíduo criminoso.

A partir de todo esse cenário, há o enfraquecimento do espírito de tolerância e alteridade na sociedade, onde passa a operar uma verdadeira segregação em relação ao outro reconhecido como delinquente, reputado como único e verdadeiro responsável pela perturbação da paz social, e cria-se outra cultura, a do ódio, que é propagada através dos discursos da população leiga ao estudo das ciências criminais, incitando medidas em nítido desrespeito às garantias individuais.

Com isso, há em todas as áreas,

a ampliação dos fatos caracterizados como delitos, num movimento de criminalização que procura acompanhar a velocidade das mudanças em curso nas sociedades contemporâneas. Junto com as demandas internas por redução dos riscos inerentes à vida social em um contexto de transformações aceleradas. Tais mudanças esbarram em uma cultura repressiva, fruto do papel historicamente desempenhado pela polícia em países com tamanha desigualdade social como Brasil e Argentina (Azevedo, 2005, p. 222)

Todo este movimento é acentuado pela “a situação de crise das instituições de segurança pública – polícia, justiça penal e sistema penitenciário”, o qual demonstra problemas como “erro no seu funcionamento desenho organizacional que dificultam a celeridade e eficiência dessas instituições; falta de recursos orçamentários e tecnológicos ante o aumento da criminalidade; distanciamento entre as instituições de segurança pública e a sociedade civil”. Há, assim, uma sensação de falência por parte do Estado como aquele único provedor da segurança. (Azevedo, 2005, p. 231)

Assim, o remédio penal é utilizado intensamente por todas as instâncias de poder do Estado, como forma de atender a ânsia populacional por maior segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, e assim reafirmar algum confiança no aparato estatal.

O sistema penal se transforma, então, em um mecanismo simbólico, empregado para conter os clamores sociais, sem que haja verificação sobre a sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. “O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos” (Azevedo, 2005, p. 236).

A partir deste modelo, guiado por interesse particulares e políticos, sem qualquer espécie de controle sobre os reflexos e eficiência da adoção deste mecanismos, bem como movida pela ânsia de se promover soluções rápidas para a questão criminal, cria-se uma intensa atividade estatal voltada o recrudescimento penal, a repressão e ao poder punitivo.

A esse tipo de conduta, Garland (2008, p. 288-289) define como sendo uma manifestação da *criminologia do outro*, aquela em que o criminoso é visto monstro da sociedade, um terceiro estranho, marginalizado, são mecanismos invocados para “demonizar o criminoso, para expressar simbolicamente os medos e ressentimentos populares e para promover apoio ao poder punitivo estatal”, de caráter evidentemente punitivo, opera por meio da segregação e da incapacitação seletiva de certos indivíduos, permitida em razão dos usos das tecnologias de segurança e supervisão. É a verdadeira configuração do indivíduo como *outsider*.

Diante desse cenário, os fatos envolvendo a UES se mostram apenas um exemplo extremo de toda a nova conjuntura moderna, em que toda frustração social é direcionada ao criminoso, que se torna, aos seus olhos, responsável por todo o mal social. A partir dessa canalização, o que se quer é que estes indivíduos, principalmente aqueles que ganham notoriedade, sejam totalmente esquecidos e isolados, quiçá mortos.

Assim, ante a um caso como o do “champanha”, em que a lei seria pouco severa de acordo com o senso comum, o judiciário se utilizou do ingresso de elementos estranhos nas decisões a respeito da internação na Unidade Experimental de Saúde como forma de evitar que tais indivíduos retornassem ao convívio social, ignorando a proteção dos memores, e a falta de respaldo na legislação vigente.

Isto porque, no caso destes jovens há presença todos os elementos descritos por Becker (2008) para caracterizar o indivíduo na posição máxima de *outsider*, primeiramente pela gravidade dos crimes por eles cometidos, pela posição social de quem comete o ato infracional e quem a vítima, além da repercussão destes casos, o que impulsionou a resposta extrema de segregar estes indivíduos da sociedade por tempo indeterminado, resposta que tem sempre lugar na sociedade contemporânea.

Assim, tais elementos podem ser verificados pelo padrão de jovens enviados a UES, os quais são jovens de classe muito pobre, que cometeram atos infracionais graves, que chocaram a sociedade brasileira, ou então o local onde residiam, contra vítimas com qualificação diferenciada, geralmente de classe média alta.

Segundo entrevista realizada por Carlos (2011), o defensor Augusto, que atua nos casos enviados para UES, descreve que o padrão é de crimes com algum grau de violência, como crimes contra a vida ou violência sexual, mas em todos os casos, o que, curiosamente, aparece ser determinante é a qualificação da vítima. Primeiro Liliane, adolescente de classe média, branca e bonita. Depois, Augusto cita outros dois casos enviados a UES, em que a vítima de latrocínio era uma socialite de Sorocaba e outro homicídio, no qual a vítima era um policial rodoviário. Atos que, apesar de terem tido repercussão nacional, tiveram grande impacto na comunidade local, pela ampla divulgação da mídia.

Segundo Ribeiro (2011. p. 216) nesta linha poderiam ser acrescentados outros casos, tais como o

assassino de 16 anos do garoto João Hélio no Estado do Rio de Janeiro ou do “Maníaco da Cruz” do Estado do Mato Grosso do Sul, que se tentou transferir para esta mesma unidade no Estado de São Paulo, dentre tantos outros casos chocantes em que a perversidade do ato nos acende a dúvida: “será normal este indivíduo, mentalmente são e capaz de tomar decisões autonomamente?”

Tem-se, então, no padrão o terceiro elemento da comoção social e repercussão midiática. Como exemplo deste último, há a pesquisa desenvolvida por Carlos (2011), a

respeito da divulgação do caso “Champinha” na mídia, que implicou nessa comoção social para a sua contenção.

De acordo com Carlos (2011, p. 62), entre os “acontecimentos de novembro de 2003 até o final daquele ano, foram veiculadas na folha de São Paulo 63 notícias envolvendo os nomes de Liliana, Felipe ou Champinha. Foram 63 notícias sobre dois dos 1.637 homicídios de jovens de 15 a 19 anos ocorridos naqueles anos, na região metropolitana de São Paulo”.

Tal volume de notícias acerca de um crime contribui para aflorar, ainda mais, os sentimentos de choque, medo, repulsa e revolta que o caso poderia despertar. Se constrói, com isso, um imaginário social que transforma tais jovens em monstros, destruindo qualquer possibilidade de pensá-los como pessoas com direito a liberdade. O julgador destes casos não está livre de toda essa pressão advinda da comoção social amplificada pela mídia.

Conforme Augusto, em entrevista concedida a Carlos (2011, p. 59),

Então há um recorte social muito claro aí, né? Então, toda essa... Isso vai sendo aperfeiçoado pela mídia de um lado, pelo processo judicial de outro, a ponto, por exemplo, nesse processo de internação mais de uma vez a juíza falar, o Ministério Público falar, que também em função da mídia ter criado essa imagem monstruosa e ele não pode ser liberado, pelo bem dele, ele tem que ser contido, porque se for liberado...”

Cria-se, então, um mecanismo de aparente legalidade para a segregação destes jovens, rejeitados pela sociedade, como forma de acalmar o clamor social e demonstrar certo poder por parte do Estado na questão da defesa social, e, assim, reafirma seu status de provedor da segurança.

Este mecanismo foi a utilização de laudos psiquiátricos para nos casos de jovens que cometeram atos infracionais com “repercussão nacional, estadual ou regional, além de histórico de indisciplina institucional severa em alguns casos, optou-se por uma internação como forma de tentar tratá-los e adiar sua liberação”. Ribeiro (2011, p. 219)

Na verdade, o que se operou foi a utilização da área de intersecção entre psiquiatria e saber jurídico, em uma verdadeira zona cinzenta, marcada pela utilização do conceito de periculosidade.

Segundo Matsuda (2009), a construção de tal conceito está ligada a propósitos de repressão e estigmatização, o qual embora marcado por uma ideia de tratamento, pouco a pouco se aproxima mais dos objetos de eliminação do risco e imobilização e que vem sendo utilizado para justificar segregações mais enérgicas, muitas vezes sem respaldo legal.

Nos casos em questão, nas palavras de Ribeiro (2011, p. 225) parece que “a psiquiatria está sendo usada para manter indivíduos ditos “perigosos” e indesejados afastados das ruas, algo que, no nosso entendimento, caberia às leis, de forma objetiva e clara, e não às avaliações e laudos, que são subjetivos”.

Dessa forma, em nome da suposta defesa social, tais indivíduos são privados de sua liberdade, sem qualquer respaldo no ECA e na Lei 10.216/01, a revelia de todos os seus direitos, apenas e tão somente como forma de acalmar a população, a qual se encontra permeada pela sensação de risco, característica da sociedade contemporânea.

A UES só existe para atender os clamores sociais, e, enquanto mantida,

os seis indivíduos lá custodiados, que ingressaram por suspeita de doença mental, permanecem por suas características de personalidade, em flagrante ilegalidade e injustiça, enquanto centenas de anônimos são devolvidos às ruas diariamente, após cometer crimes semelhantes e com personalidades também semelhantes às deles. (Ribeiro, 2011, p. 223)

Vê-se, assim, como a conjuntura contemporânea possibilita esta reação monstruosa em relação a um *outsider*, os quais serão eternamente perseguidos por um único fato, criando até mesmo uma verdadeira aberração jurídica, como forma de segregá-

los, negando-lhes o seu direito à liberdade, a ter uma vida em sociedade, em suma, sem direito a nada.

5. MANIFESTAÇÕES INTERNACIONAIS E INTERNAS CONTRA A UNIDADE EXPERIMENTAL DE SAÚDE

Ante aos pontos aqui elencados, a situação de arbitrariedade e ilegalidade da existência de uma instituição como a Unidade Experimental de Saúde, é gritante, tanto que a questão não passou despercebida pelos Órgãos Internacionais.

O Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Degradante ou Desumanas – SPT, em visita ao Brasil no ano de 2011, com relatório publicado em 2012, manifestou preocupação com a manutenção da referida unidade e recomendou expressamente o seu fechamento.

Como fundamento, o relatório reafirma a situação de obscuridade da suposta unidade de tratamento, explanando que “a Unidade Experimental de Saúde não é uma unidade de medidas socioeducativas, nem foi prevista pelo ECA. Tampouco se trata de uma prisão, centro de detenção preventiva, ou hospital de custódia e tratamento” (ONU, 2012, p.33), ou seja, trata-se, verdadeiramente de uma prisão de exceção, um local para o depósito de jovens indesejáveis.

O relatório continua descrevendo a situação dos jovens que ali se encontram. Ao todo, a comissão identificou seis jovens detidos na instituição em 2012. Sobre o fundamento dessa detenção avaliou que

os detidos nessa unidade já tinham cumprido a sentença máxima de 3 anos como menores. Eles permaneceram, entretanto, detidos por um período de tempo ilimitado devido a sua suposta periculosidade. O SPT expressa grande preocupação com a situação legal dos detidos nesse centro e com o sofrimento mental que uma detenção sem prazo definido pode causar (ONU, 2012, p. 33).

Ante a flagrante ilegalidade da manutenção destes jovens na Unidade Experimental de Saúde, o subcomitê, além recomendar o fechamento da instituição, apontou a necessidade de se cumprir as disposições do ECA, o qual impõe que o tempo máximo para a aplicação de medida de internação de adolescentes não deve exceder três anos, com liberação compulsória aos vinte e um anos. Contudo o Estado brasileiro se manteve silente em relação à recomendação feita, conforme o documento Resposta do Governo Brasileiro às Recomendações do Subcomitê de Prevenção da Tortura da Organização das Nações Unidas de Outubro de 2012.

Em 2013, foi a vez do Grupo de Detenções Arbitrárias da ONU visitar a UES. No relatório produzido pelo grupo, ficou reconhecida a ausência de fundamentos legais para a manutenção dos jovens na instituição, principalmente pelo fato de, segundo o próprio grupo de visita, não existir nenhuma previsão para o término do período da internação, nem para a revisão dos laudos médicos psiquiátricos (ONU, 2014).

Aponta, ainda, a contrariedade da medida com as regras estabelecidas na Constituição Federal brasileira e na Declaração Internacional de Direitos Humanos, o que só reforça a arbitrariedade da criação e manutenção de tal instituição.

Além das manifestações internacionais, no âmbito interno a principal medida adotada contra a manutenção da referida Unidade, foi a propositura de uma Ação Civil Pública, autuada sob o número 0006621-70.2013.4.03.6100.

Movida pelo Ministério Público Federal, em conjunto com a Associação Conectas Direitos Humanos, a Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCED), o Instituto de Direito de Defesa (IDDD) e o Conselho Regional de Psicologia da 6ª Região – CRP- 06, a ação tem por objetivo final a condenação da União e do Estado à obrigação de fazer, consistente na desativação da Unidade Experimental de Saúde.

Como alternativa à destinação dos internos, os autores propõem, ainda, a transferência destes para estabelecimento de saúde inscrito no Cadastro Nacional de Estabelecimentos e Saúde (CNES), que seja adequado às diretrizes do Sistema Único de Saúde e aos princípios de Direitos Humanos estabelecidos pela Lei 10.216/01.

Segundo a descrição contida na petição inicial da ação, a medida judicial tomou como base inquérito civil instaurado, ante as inúmeras reclamações apresentadas ao Ministério Público, o qual concluiu, após diligências, que a referida Unidade apresenta inúmeras irregularidades, haja vista que contraria as disposições do ECA, bem como da Lei 10.216/01 (CONNECTAS, 2013).

Ocorre que a ação encontra-se sem uma resposta de mérito da justiça até o presente momento, uma vez que, segundo consta no site do TRF-3ª Região, o processo encontra-se aguardando resposta de recurso interposto perante ao Superior Tribunal de Justiça, sendo o objeto deste recurso questões envolvendo a legitimidade ativa do Ministério Público Federal e do Conselho Regional de Psicologia para a propositura da ação, bem como a ilegitimidade passiva da União.

Desse modo, ante a exclusão destas partes, reconheceu-se que não havia mais competência da Justiça Federal para o julgamento da ação e os autos foram remetidos a Justiça Estadual (BRASIL. Tribunal Regional Federal 3. Região, 2015).

Enquanto não resolvida esta questão, a Unidade Experimental de Saúde continua a funcionar, de maneira ilegal e arbitrária, mantendo internados jovens sem nenhuma perspectiva de uma possível liberdade.

6. CONCLUSÃO

A partir da análise das modificações ocorridas nas normas envolvendo a criação da UES, sincronizadas com os fatos referentes ao caso “Champinha”, foi possível estabelecer que a finalidade da referida unidade sofreu transformações de modo adequá-la a uma possível legitimação da privação de liberdade do referido jovem, bem como de outros casos de adolescente que supostamente apresentam uma personalidade perigosas com tendência a prática de crimes.

Assim, a UES, inicialmente projetada para ser uma extensão da Fundação CASA no cumprimento das medidas socioeducativas de jovens que apresentassem alguma espécie de transtorno mental, é remanejada para a Secretaria da Saúde, com objetivo de dar aparentes contornos de instituição ligada ao tratamento médico psiquiátrico.

No entanto, como base na análise referente ao sistema de Justiça Juvenil, bem como na legislação civil responsável por reger a interdição e internação compulsória no país, foi possível estabelecer que legalidade da internação desses jovens na referida instituição é bastante questionável, restando evidente que a medida é consequência de uma pressão social realizada no poder público para a contenção de jovens com este perfil.

Após esta constatação, a questão foi confrontada como reflexo da forma em que a sociedade contemporânea lida com a questão da criminalidade e do criminoso, tomando como base as obras da criminologia crítica.

Em suma, foi possível concluir que UES é uma instituição criada apenas e tão simplesmente para manter estes jovens privados de sua liberdade, como forma de acalmar a população que grita por uma suposta justiça, que só se concretizaria com a segregação total destes indivíduos da sociedade.

7. BIBLIOGRAFIA.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias* [online]. 2005, n.13, pp.212-241.

BELLONI, Fabio. *Mais um capítulo da construção moral da “delinqüência”*: O adolescente autor de ato infracional entre o discurso médico e o discurso socioeducativo. 2010. 120f (Mestrado em Psicologia Social) – Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, [2010].

BRASIL. Decreto nº 53.427, de 16 de setembro de 2008. *Cria e organiza, na Secretaria da Saúde, a Unidade Experimental de Saúde e dá providências correlatas*. Diário Oficial, São Paulo, SP, 17 set. 2008. Seção 1, p. 3.

_____. Decreto nº 52.419, de 28 de novembro de 2007. *Transfere da administração da Secretaria de Economia e Planejamento para a da Secretaria da*

Saúde, o imóvel que especifica, no Bairro do Pari, na Capital. Diário Oficial, São Paulo, SP, 01 dez. 2007. Seção 1, p. 3.

_____. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002.

_____. “Resposta do Governo Brasileiro às Recomendações do Subcomitê de Prevenção da Tortura da Organização das Nações Unidas de Outubro de 2012”. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/resposta-do-governo-brasileiro-as-recomendacoes-do-subcomite-de-prevencao-da-tortura-da-onu-outubro-2012>>. Acesso em: 23/09/2016

_____. Tribunal Regional Federal Da 3ª Região. 3ª Turma. APELAÇÃO CÍVEL Nº 2013.61.00.006621-3/SP, Rel. Juiz federal Convocado Carlos Delegado, julgado em 21/01/2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0000039-93.2009.8.26.0450/SP. Rel. Lucila Toledo, julgado em: 20/10/2015.

BORGHI, Adriana Padua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de responsabilização no sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147- 180, jul./ago. 2014.

BUDÓ, Marília De Nardin. Do anormal ao perigoso: a psiquiatrização da medida socioeducativa de internação e a prisão perpétua à brasileira. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, n 57, p. 69-98, abril/ junho 2015.

CARLOS, Juliana de Oliveira. Experimento de exceção: política e Direitos Humanos no Brasil contemporâneo. 2011. 145f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, [2011].

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. *Conectas e parceiros pedem desativação da Unidade Experimental de Saúde*. (2013) Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/ministerio-publico-federal-pede-fechamento-de-unidade-experimental-de-saude>. Acesso em: 22/05/2017.

FRASSETO, Flávio Américo; JOIA, Julia Hatakeyama. Internações psiquiátricas involuntárias e compulsórias: apontamentos sobre as responsabilidades do sistema de justiça e do sistema de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 227-257, jul./ago. 2014.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La privacion de libertad como forma de "proteccion" de la infancia: um caso paradigmatico de construccion judicial de vulnerabilidad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 109, p.133-145, jul./ago. 2014.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GLOBO DO BRASIL. "Assassino de casal paulista foge." *O Globo de Brasil*, 3 Maio 2007. AcademicOneFile, go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=puccamp_br&v=2.1&id=GALE%7CA162936643&it=r&asid=6e0722f3d1da34d102366368e100014e. Acesso em: 12/05/2017.

_____. "Champinha e recapturado em SP." *O Globo de Brasil*, 4 Maio 2007. AcademicOneFile, go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=puccamp_br&v=2.1&id=GALE%7CA162987644&it=r&asid=e7cf5bd8a7c01d035f9e571c7fee3dd. Acesso em: 12 Maio 2017.

_____. Febem inaugura unidade para internos 'problemáticos'. *O Globo*, 18/12/2006 Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,AA1391191-5605,00-FEBEM+INAUGURA+UNIDADE+PARA+INTERNOS+PROBLEMATICOS.html>. Acesso em: 21/04/2017.

_____. "SP abre unidade so para abrigar Champinha." *O Globo de Brasil*, 5 Maio 2007. Academic OneFile, go.galegroup.com/ps/i.do?p=AONE&sw=w&u=puccamp_br&v=2.1&id=GAL E%7CA163015822&it=r&asid=b6856b04d72ef9b5d26c5cb40b9c9c22. Acesso em: 12 Maio 2017.

MASI, Carlo Velho. (2014), *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MATSUDA, Fernanda Emy. *A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil*. 2009. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/D.8.2010.tde-23032010-110904. Acesso em: 2017-05-24.

ONU. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*.(2012) Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun_2012. Acesso em: 23/09/2016.

ONU. *Report of the Working Group on Arbitrary Detention*. (2014) Disponível em: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/27/48/Add.3. Acesso em: 21/11/2016.

Prisão perpetua à brasileira. Disponível em: http://istoe.com.br/135118_PRISAO+PERPETUA+A+BRASILEIRA/. Acesso em: 12/05/2017.

RIBEIRO, Rafael; CORDEIRO, Quirino. Unidade Experimental de Saúde como modelo para a discussão da responsabilidade penal em menores infratores. In: *Medida de Segurança: uma questão de saúde e ética*. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013. p. 214-224.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê e ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. *Tempo soc.* [online]. 2006, vol.18, n.1, p.329-350.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. “Pena e política criminal”. (2008), In: SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia e os problemas da atualidade*. São Paulo: Atlas.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

CARACTERÍSTICAS DOS ADOLESCENTES QUE INGRESSAM NO SISTEMA DA JUSTIÇA JUVENIL NA CIDADE DE SÃO PAULO

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

Resumo: O presente estudo visa abordar as características dos adolescentes que ingressam no sistema de justiça juvenil, com foco exclusivo na Cidade de São Paulo. Para tanto, será necessária consultar aos dados de uma pesquisa de campo realizada em 2016, que obteve dados pertinentes para realizar uma crítica a realidade da justiça juvenil. Uma das vertentes desses estudos é a análise da realidade social dos adolescentes e a prática do ato infracional, considerando paralelamente o universo do direito penal. O sistema de justiça juvenil foi instalado no Brasil com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1991. O sistema foi elaborado para apuração da prática do ato infracional e a aplicação de uma sanção em razão do cometimento do ilícito. Ato infracional, segundo o artigo 103 do ECA, é toda conduta da criança e do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal, todavia, o ECA instituiu que só responde por ato infracional, na justiça juvenil, os adolescentes, ou seja, pessoas com 12 anos completos até 18 anos incompletos. Atualmente, poucos reconhecem a justiça juvenil como autônoma, tanto que há doutrinadores que preferem o termo “direito penal juvenil” classificando-a como uma subárea do direito penal. Com isso a justiça juvenil inevitavelmente absorveu algumas características do direito penal brasileiro, cumulando com as heranças do Código Mello Matos, conhecido como o “código de menores”. Para Sposato (2013, p.31) existe na justiça juvenil o direito penal do autor, onde o juiz fundamenta sua sentença com base, apenas, no modo de ser do autor excluindo as características do ato praticado, característica essa deixada pela doutrina da situação irregular, pilar do código de menores. Sabe-se que após o cometimento do ato infracional, o adolescente é levado à autoridade policial, sendo essa a primeira autoridade a decidir o destino do jovem. Em sequência o adolescente é encaminhado para o representante do Ministério Público, que após uma oitiva informal decide o destino do adolescente com base no artigo 180 do ECA. Destaca-se o fato de que o *parquet* não tem

critérios objetivos definidos em lei para tomar a decisão. No que concerne ao direito penal, o sistema carcerário brasileiro está sobrecarregado, sendo claro que as pessoas que ingressam no sistema são em sua maioria negras, de baixa renda, que não concluíram os estudos, e que já são automaticamente marginalizadas pela sociedade. Assim, o estudo visa especificamente, descobrir se o sistema da justiça juvenil também carrega essas características, se os adolescentes que ingressam no sistema também seguem a mesma linha social. Ainda, observar se a segurança pública da cidade de São Paulo marginaliza os adolescentes, levando-os a um sistema de cunho penalizador, e se os operadores da justiça juvenil carregam tão empiricamente esses preconceitos que fomentam o exercício da prática policial.

Palavras chave: Ato infracional – justiça juvenil – situação social – marginalização – preconceito

INTRODUÇÃO

O presente estudo se debruçou em entender as características dos adolescentes do sistema da justiça juvenil, ou seja, aqueles adolescentes que cumpriram medida socioeducativa, para a presente pesquisa o foco é com relação a medida socioeducativa de internação prevista no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A escolha da medida é baseada no requisito legal para aplicação da medida previsto no artigo 122, incisos I e II do referido código.

A pesquisa teve o objetivo de determinar de onde saímos e onde estamos, ou seja, o início da história da justiça juvenil e onde estamos na legislação e na realidade da sociedade com relação a responsabilização de adolescente pelo ato praticado.

A pesquisa iniciou a análise no Código de Mello Mattos, pois o código foi considerado uma revolução, na época, no tratamento de crianças e adolescentes. Mas em 1990 o Brasil promulgou a norma que realmente seria uma revolução no tratamento, pois deixava o tratamento baseado na situação irregular e iniciava o tratamento baseado na doutrina da proteção integral.

O estudo se desenvolveu com análise histórica da infância e juventude, e para isso foi necessária uma pesquisa doutrinária, levantamento de livros e artigos voltados para o tema. Posteriormente foi analisado os dados obtidos em uma pesquisa científica¹ anterior, para determinar a idade dos adolescentes, a raça dos adolescentes a situação social da família do adolescentes assim como a estrutura familiar.

Com a pesquisa empírica realizada entre 2015 e 2016 foi possível analisar 100 processos, sendo 50 processos anteriores a 2012 e 50 processos posteriores a 2012. O ano de 2012 foi selecionado como divisor em razão da promulgação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Com a análise dos processos foi possível observar processos desde 1998 e coletar informações com relação aos adolescentes, considerando que nos autos dos processos são juntados os relatórios da Fundação CASA, e foi nesses relatórios que foi constatado a realidade da vida dos jovens que ingressam no sistema de justiça juvenil da cidade de São Paulo. Importante salientar que para ter acesso a esses processos foi solicitado autorização ao Departamento de Execução da Infância e Juventude (DEIJ), o que foi prontamente concedido.

Com dados encontrados nos processos comparamos com a realidade encontrada no sistema carcerário brasileiro. Nota-se que o a Fundação CASA não é reconhecida como parte do sistema carcerário, isso ocorre pela negação de reconhecer que a medida socioeducativa tem o cunho retributivo. Mas essa questão não é o foco do estudo.

O foco da pesquisa é as características dos adolescentes que ingressam no sistema de justiça juvenil, acompanhar a característica histórica das crianças e adolescentes que praticam ato infracional, e que são responsabilizadas por esses atos.

Entre 2015 e 2016 a pesquisa foi realizada na cidade de São Paulo, e esses dados foram coletados sem a pretensão de realizar o presente estudo, todavia, é inevitável analisar tantos processos e não perceber uma que não há grandes mudanças de um processo para o outro, que as características dos jovens não mudam, o muda é apenas o

¹ Pesquisa científica desenvolvida entre 2015 e 2016, para determinar o lapso temporal de prescrição na justiça e juvenil da cidade de São Paulo, que resultou no artigo “A prescrição aplicada às medidas socioeducativas de internação na cidade de São Paulo”.

número do processo, e as vezes o ato infracional praticado. Mas a origem do jovem, as circunstancia do ato infracional, minuciosamente idênticos.

Outro dado que não pode ser ignorado é com relação as sentenças proferidas pelos magistrados da infância e juventude, sendo que em regra se baseiam na situação social dos adolescentes, nas características do adolescente, fatores usados nos códigos de menores.

Dessa forma, o presente estudo analisou a realidade do sistema de justiça da infância e juventude no que concerne as características dos adolescentes. Nos limitando a cidade de São Paulo e aos adolescentes que foram submetidos a medida de internação.

HISTÓRIA DE IMPLEMENTAÇÃO DO ECA

Para melhor entendimento do assunto e do sistema juvenil é necessário entender sua história e suas características, para assim, compreender se a atual situação é uma novidade social ou uma herança histórica. A história da justiça juvenil e o tratamento com crianças e adolescentes no Brasil é longa, a Lei do Ventre Livre foi a primeira legislação importante e um marco para a luta de proteção com a infância. Mas nos atemos a estudar a partir do Código Mello Mattos.

O Código Mello Mattos foi instituído em 1927 por meio do decreto 17.943-A, e foi considerado um grande avanço para a época, no que concerne à proteção de crianças e adolescente.

“Embora elaborado exclusivamente para o controle da infância abandonada e dos delinquentes de ambos os sexos, menores de 18 anos (art.1º), o Código Mello Mattos seria, apesar disto, o primeiro diploma legal a dar um tratamento mais sistemático e humanizador à criança e ao adolescente, consolidando normas esparsas anteriores e prevendo, pela primeira vez, a intervenção estatal nesta delicada seara social.”
(AZEVEDO, p.03)

Com o código de Mello Mattos nasceu a doutrina da situação irregular, onde as crianças e adolescentes não eram reconhecidos como seres de direito. A intenção do Código era manter a ordem social, a manutenção da ordem no que concerne à juventude. Crianças e adolescentes que tinham família estruturada e financeiramente estáveis não eram objeto do código, mas as crianças abandonadas, pobre ou delinquente eram considerados em situação irregular, e entravam na ordem de proteção do Código.

"Sob os cuidados do Juízo, os menores eram recolhidos a um abrigo até que tivessem seu destino definido a partir de avaliação realizada por um médico psiquiatra, um professor e pelo próprio Mello Mattos, que investigavam aspectos considerados fundamentais à vida de um menor (escolaridade, meio social e situação sócio-econômica da família, entre outros) para definir o seu encaminhamento. A classificação sistemática da infância pobre em categorias como "menor abandonado" e "menor delinquente" passou a ser utilizada para definir o cuidado destinado a cada um dos grupos identificados. Paralelamente a esse enquadramento, verifica-se a criação de locais para educar ou regenerar a partir da difusão da instrução e da formação profissional: "em vez de cadeias há escolas, onde o menor se regenera pela instrução, pela educação e pelo trabalho"⁹⁹, afirmava o magistrado." (PINHEIRO,2014,p.64)

Ressalta-se que o Código tinha o cunho assistencialista e protetor para os "menores", sendo eles tutelados pelo Estado, com isso a família perdia o poder sobre a vida da criança, perdia-se o pátrio poder sobre a criança.

A história da delinquência juvenil é longa no Brasil, e sempre foi motivada pelo clamor público que pediam leis mais severas para a penalização das criança e adolescente. Ocorre que o Código, arraigado no paternalismo, incluiu todas as crianças e adolescentes no mesmo sistema.

Ainda, o Código carregava em si a teoria da criminalidade com base na saúde do indivíduo. O médico psiquiatra que fazia parte do Juízo de menores, tinha o dever de

analisar a família do menor custodiado, para avaliar os antecedentes hereditários e pessoais da criança e do adolescente, assim como avaliar o menor diretamente.

Artigo 150 do Decreto 17.943-A

Art. 150. Ao medico-psiquiatra incumbe:

I, proceder a todos os exames medicos e observações dos menores levados a juizo, e aos que o juiz determinar;

II, fazer ás pessoas das famílias dos menores as visitas medicas necessarias para as investigações dos antecedentes hereditarios e pessoaes destes;

III, desempenhar o serviço medico do Abrigo anexo ao juizo de menores.

A avaliação do “menor” como um problema psiquiátrico nos remete a escola penal correcionalista, onde o médico social era responsável pela recuperação do delinquente, onde tratavam o delinquente, a pessoa e não o crime, considerando que o problema era o enfermo e não a enfermidade.

Cabia ao juiz de menores proteger todos os menores de 18 anos de idade, limitando-se a competência do juizado de órfãos. Veronese (1999, p.31) afirma que havia quem denunciasse a inutilidade do código, sendo que a indústria ocupava o tempo dos pais, e o governo não criava nenhuma lei para amparar a questão social.

O problema da delinquência juvenil estava diretamente ligado à situação social, os pais, a classe trabalhadora, fazia diversas cobranças por legislação de cunho social. O juiz reclamava sobre o estado das instituições e a falta de investimento.

Em 1941 para reverter os resultados do juizado de menores, foi criado o Serviço de Assistência a Menores (SAM), com o objetivo de ir além do código e de forma nacional. Para Veronese (1999, p.32) o SAM fracassou o que elevou os índices de delinquência, e gerou revolta entre seus atendidos, pela sua ineficácia, sendo que a instituição não tinha autonomia para os atendimentos que já eram inadequados.

Para estancar o fracasso do SAM, em 1964 foi criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Sob o regime militar as políticas nacionais do bem-estar do menor foram asseguradas pela Escola Superior de guerra.

Para Veronese (1999, p.35) o número de crianças marginalizadas foi aumentando com a política adotada pelo Brasil, sendo que a criança era tratada como um simples sujeito passivo.

Em 1979 o código recebeu uma reforma que foi instituído pela Lei 6.697/1979 que também manteve a doutrina da situação irregular, de forma exaustiva para toda pessoa menor de 18 anos.

“O Código de 1979 viria a praticamente repetir o disposto no CMM em relação aos poderes normativos do juiz; mas tomaria o cuidado de prever, ainda que débil e abstratamente, a limitação dos poderes das autoridades administrativas incumbidas de vigilância e da internação dos menores.” (Azevedo, p.16)

O código dispunha que as entidades de proteção e assistência seriam criadas pelo poder público, e assim nasceu a FEBEM. Todavia, essas instituições já existiam, apenas passaram para o controle estadual. Com a pobreza aumentando e as violações por parte do Estado, grupos ativistas se organizavam para promover a proteção da infância e juventude, esses movimentos resultaram no nascimento da Pastoral do menor, conforme traz Marcílio (1998, p.226).

A Constituição Federal de 1988 se antecipou a Convenção dos Direitos da Criança da ONU de 1989, e implementou em seu artigo 227 a doutrina da absoluta prioridade. Veronese (1999, p.42) traz que o ECA foi promulgado com um quadro de 40 milhões de crianças e adolescentes em situação de abandono.

E para garantir a aplicação do artigo 227 e 228 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi promulgado em 13 de julho de 1990, sob a Lei 8.069/90, trazendo grandes inovações para a proteção dos direitos da criança e adolescentes, inclusive abandonando a doutrina da situação irregular. Todavia, o ECA pecou em não

acolher e promover a proteção da primeira infância, que seria garantida apenas com a promulgação da Lei nº 13.257/2016.

DIREITOS HUMANOS E A INFÂNCIA E JUVENTUDE

Enquanto o Brasil lutava para conseguir promover normas que garantisse a proteção da infância e juventude, as comunidades internacionais também lutavam para garantir os direitos da minoria.

Um fator importante do ECA, é que aceitou as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, algo que aconteceu pela primeira vez na história da infância e juventude do Brasil.

“O reconhecimento de cada criança e adolescente como sujeito de direitos, deixando de ser objeto de direito, podemos invocar todos os direitos humanos de proteção que tocam a um adulto e outros direitos próprios da pessoas que estão nessa condição, somente ocorreu num período muito recente, tendo como marco internacional a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, e como marco jurídico interno, a Constituição de 1988, sendo que esta ao incluir conteúdo de proteção às crianças teve uma influência das discussões preparatórias das citadas Convenção, ocorridas na esfera internacional.” (JÚNIOR, 2012. p.35)

Nesse ponto, é de grande importância analisar o ECA como área dos Direitos Humanos, inclusive para aplicação das medidas socioeducativas. A promulgação da Constituição de 1988 se antecipou a Convenção dos Direitos da Criança, todavia, a Constituição foi elaborada enquanto já se discutia a Convenção, então não houve uma antecipação nos pensamentos doutrinário, mas sim na publicação da norma.

Após a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, iniciou-se uma luta para a proteção dos direitos dos grupos especiais, conhecidos como

minorias. Para Reis (2012, p.165) em razão das crianças estarem em processo de desenvolvimento e serem fisicamente mais frágeis do que os adultos, são alvos mais vulneráveis para a violação dos direitos humanos. E após a luta internacional para a proteção da infância, em 1989 a ONU promulgou a Convenção, quase 40 anos depois da promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com base na Constituição Federal o ECA foi elaborado, e considerado a legislação mais atual, um avanço para o tratamento das crianças e adolescentes.

“Este avanço, no plano da efetividade dos direitos humanos de crianças e adolescentes, expressos no Brasil no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90, não resulta de uma dádiva do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. Resulta do irreversível processo de construção de direitos humanos conquistados e afirmados pela marcha civilizatória da humanidade.” (SARAIVA, 2012. p.222)

E após anos de luta, o Brasil tem sua primeira legislação de proteção à infância e juventude que para proteger não exclui do convívio social de forma absoluta, e que é aplicável para todas as crianças e adolescentes, independentemente da situação socioeconômica e da estrutura familiar, como era no Código de Menores.

PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA

O ECA foi elaborado com o objetivo de dar efetividade aos direitos já garantidos na Constituição Federal. E com a intenção de criar um novo sistema de justiça juvenil, um sistema que efetivamente observe os princípios constitucionais, assim como concedesse as crianças e adolescentes o título e o tratamento de pessoas detentoras de direitos. E para isso, a própria Constituição Federal traz um dos princípios norteadores do ECA, o princípio da prioridade absoluta.

“O Princípio da Prioridade Absoluta, erigido como preceito fundamento da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no art. 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.” (Saraiva. 2010,p.225)

A prioridade absoluta deve reger toda relação que alcance crianças e adolescentes, esse princípio tem o cunho de priorizar as necessidades básicas e fundamentais de toda e qualquer criança. Nesse sentido o Estado Brasileiro deve formular políticas públicas e normas infraconstitucionais para garantir a eficácia dos direitos da infância e juventude.

Ainda, o ECA trouxe o conceito de que as crianças e adolescentes estão em peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. Para Machado (2013, p.109) as crianças e adolescentes estão em condição de desenvolvimento por que não formaram por completo sua personalidade. É natural que durante o crescimento passe por diversos estágios, que influenciam diretamente no comportamento das crianças e dos adolescentes.

Para Mendes (2006, p.11) em decorrência dessa condição peculiar é que o ECA criou uma série de direito que se denominou proteção integral, visando o desenvolvimento adequado e perfeito das crianças e adolescentes.

A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Após passar anos sendo regida pela doutrina da situação irregular, a legislação brasileira conseguiu alcançar a proteção necessária para a infância e juventude. O ECA foi elaborado com base na doutrina da proteção integral, sendo que esta doutrina rege todo o código: “*Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.*”

“Quando o assunto em debate é a proteção integral, muitos têm a impressão, equivocada, que o tema é extremamente inovador, apresentado tão somente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Muitos, ainda, vêem essa proteção como algo totalmente distante e inegável, como se fosse uma verdadeira utopia” (MENDES, 2006. p.59)

O ECA e a proteção integral não são utópicos, mas sim o melhor caminho para alcançar os objetivos da Constituição Federal e erradicar a delinquência juvenil. E para isso a proteção integral deve abranger todas as áreas de aplicação do ECA, a proteção integral junto com a prioridade absoluta deve ser o ponto de partida para toda e qualquer ação que trate da infância e juventude.

A proteção integral deve estar presente no que concerne o direito à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade, convivência familiar e convivência comunitária.

Assim como prevê a Constituição Federal é dever da família, do Estado e de toda a sociedade zelar pela infância e juventude, inclusive na proteção integral. Aliás, abarcando todos como responsáveis, é a melhor forma de garantir os direitos da infância e juventude.

DIFERENÇA ENTRE MEDIDA DE PROTEÇÃO E MEDIDA SOCIOEDUCATIVA

No que concerne ao tratamento destinado as crianças e adolescentes o ECA tratou de diferenciar esses dois grupos, assim como diferenciou medida de proteção de medida socioeducativa, algo distinto do Código de menores.

Assim como alude o artigo 2º do ECA, criança é toda pessoa com até doze anos de idade incompletos, adolescente toda pessoa entre doze anos completos e dezoito anos incompletos.

Quanto a diferença entre medida protetiva e medida socioeducativa é importante termos conhecimento de que ambas fazem parte do sistema garantista. São três sistemas de garantias, e de forma esplêndida Saraiva (2012, p.225) resume cada sistema:

1. o Sistema Primário, que dá conta das Políticas públicas de Atendimento à criança e adolescentes (especialmente os arts. 4º e 85/87);
2. o Sistema Secundário que trata das Medidas de Proteção dirigidas a crianças e adolescentes em situação de risco pessoal ou social, não autores de ato infracionais, de natureza preventiva, ou seja, crianças e adolescentes enquanto vítimas, enquanto violados em seus direitos fundamentais (especialmente os arts. 98 e 101);
3. o Sistema Terciário, que trata das medidas socioeducativas, aplicáveis a adolescentes em conflito com a Lei, autores de atos infracionais, ou seja, quando passam à condição de vitimizadores (especialmente os arts. 103 e 112).

Para Saraiva (2012, p.225) os três sistemas operam de forma harmônica. É de grande valia ressaltar que as medidas de proteção podem ser aplicadas cumuladas com a medida socioeducativa, é o caso de adolescente que recebe uma das medidas socioeducativas (elencadas no artigo 112 do ECA) e é usuário de drogas, deverá ser encaminhado para tratamento, o que é uma medida de proteção estabelecida pelo art. 101, inciso VI do ECA.

Assim, a medida socioeducativa é privativa para adolescente autores de ilícitos que caracterizam crime ou contravenção penal, que no ECA recebem a nomenclatura de atos infracionais. Quando uma criança comete um ato infracional, uma conduta tida como ilícita, não recebe uma medida socioeducativa, mas uma medida de proteção, assim como alude o artigo 105 do ECA. Dessa forma, a responsabilização por atos infracionais no Brasil inicia-se aos 12 anos de idade.

Dessa maneira, temos que a medida socioeducativa é aplicada ao adolescente que cometem ato infracional, mas antes de aplicar a medida socioeducativa o adolescente deve passar por um processo de apuração de ato infracional. Neste processo deve ser aplicado todos os princípios e garantias da Constituição Federal e das normas internacionais a qual o Brasil é signatário e que tratam do tema.

Ainda, há a discussão quanto a natureza da medida socioeducativa, pois há quem negue seu caráter retributivo, reconhecendo apenas o caráter pedagógico.

Não se pode ignorar que o Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu no Brasil um sistema de Direito Penal Juvenil. Estabelece um mecanismo de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulando sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal mínimo, até porque inegável que tem igualmente um caráter de defesa social. (SARAIVA 2012. p.227)

Todavia, a teoria que mais se encaixa a realidade do ECA é a aludida por Saraiva, considerando que as medidas socioeducativas possuem os dois caracteres, tanto pedagógico quanto retributivo. O caráter retributivo não pode ser afastado, considerando que é uma resposta estatal para o ato infracional praticado.

PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Ao criar um sistema de justiça especial para processar adolescentes que cometem atos infracionais, o ECA garantiu a eles todas os princípios processuais da Constituição Federal, entre eles e o mais importante, o respeito ao devido processo legal.

Pois nos Códigos anteriores a internação do jovem sem o devido processo legal, ou sem o conhecimento das acusações era rotineiro. A decisão era baseada de forma

unilateral, muitas vezes os jovens não sabem o motivo pelo qual estavam sendo internados.

Mas o legislador respeitou a constituição e elaborou um sistema que garante ao adolescente o devido processo legal, anexado a esses princípios está o direito a uma defesa técnica.

Nessa fase, analisaremos o processo de apuração do ato infracional. Em tese o adolescente é apreendido após o cometimento de um ato infracional, levado à Delegacia de Polícia. A apreensão em regra é realizada pelo polícia militar, e em regra acontece em flagrante delito, ou seja, durante o ato infracional, ou logo após o cometimento do ilícito.

Na delegacia cabe ao delegado decidir se irá liberar o adolescente para um representante legal, ou se irá encaminhá-lo para o judiciário. Nota-se que a liberação para o representante legal, não significa a não elaboração do boletim de ocorrência, mas sim, que o adolescente está sendo liberado e deverá se apresentar junto ao representante do Ministério Público no mesmo dia, o mais tardar no primeiro dia útil subsequente.

“No caso de apreensão em flagrante, e se o ato infracional tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça contra a pessoa, a autoridade policial deverá elaborar auto de apreensão em flagrante (art.173 do ECA). Esta peça deverá conter as declarações do adolescente e de testemunhas, além de outros elementos de prova (perícias, apreensão de objetos etc.). Tratando-se de atos infracionais não violentos a polícia poderá simplesmente elaborar boletim de ocorrência que contenha suficientes informações sobre os fatos (art. 173, parágrafo único, do ECA). Em qualquer caso, o expediente será imediatamente enviado ao Ministério Público (arts. 174 a 176 do ECA).” (ALVES, 2005. p.80-81)

Importante frisar que o período que o adolescente passa dentro da delegacia deve ser mantido em sala separada das destinadas aos adultos.

Quando o delegado de polícia escolhe por encaminhar diretamente o adolescente ao *parquet*, este deve entrar em contato com Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA), para certificar-se que há vagas na unidade de atendimento inicial. Ao garantir a vaga, o adolescente é encaminhado para esta unidade.

Nota-se que pertinentemente a unidade de atendimento inicial na cidade de São Paulo, se localiza ao lado do fórum das Varas especiais da Infância e Juventude, localizado no bairro do Bras.

Ao chegar na unidade o adolescente é encaminhado para uma oitiva informal com o representante do Ministério Público. Nessa oitiva não é necessária a presença de um advogado ou do representando legal do adolescente, a conversa ocorre apenas entre o promotor e o adolescente. Dessa conversa resulta uma decisão muito importante para o adolescente, com base no artigo 180 do ECA, o *parquet* poderá: I – promover o arquivamento dos autos; II – conceder remissão; e III – representar à autoridade judiciária para aplicação da medida sócio-educativa.

Ao representar o adolescente o promotor pode requerer a internação provisória do adolescente, para que este aguarde o processo de apuração do ato infracional custodiado. A internação provisória tem o prazo máximo de 45 dias não podendo ser prorrogáveis, a contagem do prazo inicia no momento em que o adolescente perdeu a liberdade, inclusive o tempo em que ficou na delegacia.

Em regra, quando o *parquet* requer a internação, o juiz concede. Sendo o adolescente encaminhado para uma unidade de internação provisória. Nota-se que até esse momento não houve a notificação dos representantes dos adolescentes, considerando os adolescentes que foram encaminhados diretamente pelo delegado de polícia.

Ao longo desses 45 dias, deve ocorrer toda apuração do ato infracional, inclusive a prolação da sentença. A primeira audiência é para apresentação do adolescente perante o juiz, ou seja, o adolescente fica de frente com o juiz, ministério público e advogado de defesa, e conta a sua versão dos fatos. Nota-se que é a primeira vez que o adolescente tem contato com o seu advogado, que em regra é membro da Defensoria Pública.

O adolescente após fornecer sua versão dos acontecimentos que o levaram a ser apreendido, é encaminhado novamente para a unidade de internação provisória. Nesse momento o juiz agenda a audiência de instrução e julgamento. Nessa audiência o adolescente não é ouvido, mas é encaminhado para o fórum. Essa é uma audiência destinada a oitiva das testemunhas e da vítima.

Importante salientar que em regra as testemunhas são os mesmos policiais que apreenderam o adolescente, e já são suficientes para fundamentar uma sentença de aplicação de medida socioeducativa.

Após ter todos dos os elementos pertinentes, o juiz profere a sentença. Se reconhecer que o adolescente praticou o ato infracional, o juiz aplica uma medida socioeducativa. E pós a prolação da sentença, inicia-se o processo de cumprimento da medida, que de competência do Departamento de Execução da Infância e Juventude (DEIJ).

AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

O artigo 112 do ECA traz as seis medidas socioeducativa que podem ser aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional. São elas:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - advertência;
- II - obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - liberdade assistida;
- V - inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Para termos conhecimento de cada medida socioeducativa, cumpre aqui explicá-las de forma resumida. A função da advertência é resumida em seu nome, o juiz adverte o adolescente sobre a prática do ato, e alerta para os riscos caso volte a infracionar.

A medida socioeducativa de obrigação de reparar o dano, e a forma de fazer o adolescente reparar o prejuízo da vítima, em regra aplica-se aos atos infracionais patrimoniais e necessita de recursos financeiros.

(...) “Foi destacado que esta medida se torna muitas vezes inviável em virtude da situação sócio-econômica de grande número das famílias cujos filhos são processados pelas Varas Especiais da Infância e Juventude. (PIETROCOLLA, 2000. p.39)

A prestação de serviço à comunidade consiste em realizar tarefas gratuitas a sociedade, o adolescente é destinado ao um local, onde irá realizar alguma tarefa. A realização das tarefas não poderá ser realizada por mais de 08 (oito) horas semanais e não pode exceder 06 (seis) meses de duração. A aplicação desta medida é da competência da prefeitura do município a qual o adolescente reside.

Liberdade assistida é uma das medidas mais aplicadas, consiste da vigilância do adolescente por uma entidade. Conhecida pelos jovens como LA, a medida pode ser aplicada pelo prazo mínimo de 06 (seis) meses e pode ser prorrogada a qualquer tempo, desde que não ultrapasse o prazo máximo de 03 (três) anos. A LA é uma medida administrada pela prefeitura, que encaminha o adolescente é uma entidade para orientar o adolescente.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;

II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;

III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

IV - apresentar relatório do caso.

Semiliberdade é a segunda medida mais grave que pode ser aplicada aos adolescentes. Consiste na internação noturna do adolescente e ao longo do dia tem sua liberdade para frequentar a escola, cursos e trabalhar.

“Uma outra crítica à essa medida refere-se à obrigatoriedade estabelecida do pernoite na Febem. Para alguns entrevistados, deveria ser o inverso, ou seja, o jovem deveria participar de atividades pedagógicas durante o dia na Febem e retornar à noite ao convívio familiar, o que favoreceria o estreitamento dos vínculos familiares. Todavia, em casos de famílias consideradas “desestruturadas”, foi mencionado que o bar acaba sendo o local preferido do jovem, onde encontra os seus companheiros e os apelos às novas infrações. É o caso também, segundo outros entrevistados, daqueles que saem à procura de trabalho e, encontrando-o ou não, deixam de retornar à Febem. São essas, provavelmente, algumas das principais razões pelas quais se pode entender o alto índice de evasão, avaliado em 50%.” (PIETOCOLLA, 2000. p.45)

A medida mais severa que pode ser aplicada ao adolescente é a medida de internação, nessa medida o adolescente perde totalmente sua liberdade, passando 24 horas do seu dia dentro de uma unidade, realizando toda as suas tarefas dentro da unidade, inclusive a frequência no ensino formal. A medida de internação não tem prazo pré-determinado e pode ser cumprida até os 18 anos de idade. Essa medida assim como a semiliberdade é de competência do Estado aplicá-las, assim como o seu acompanhamento

por meios de relatórios, para noticiar o juiz de todos os progressos ou regressos do adolescente.

Dentro de uma unidade de internação os adolescentes vivem sob regras severas, sendo que possuem horário para toda e qualquer atividade. Eles estudam, praticam esportes, e têm cursos profissionalizantes dentro das unidades.

Passam o dia acompanhada por um agente de segurança ou educacional. Recebem atendimento psicológico, cujo cunho é relatar ao juiz qual o progresso do adolescente. Toda e qualquer necessidade do adolescente é atendida dentro da unidade.

“As medidas socioeducativas descritas no art. 112 distinguem-se das demais em face de seu caráter penal sancionatório. Sua condição de existência não está no adolescente e em suposta situação vivenciada por ele, mas na prática anterior de ato definido como crime ou contravenção penal; sendo este seu pressuposto de existência.” (SPOSATO, p.65)

Quando o juiz aplica a medida socioeducativa de internação ou de semiliberdade, o jovem é encaminhado para a unidade adequada, e para isso deve ser considerado o ato infracional praticado, a idade, o porte físico do adolescente.

As medidas socioeducativas são regidas pelo ECA e pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

ANALISE DOS DADOS OBTIDOS

Após analisar 100 processos nos deparamos com uma realidade já conhecida no sistema carcerário do Brasil. Como já analisamos na história da justiça da infância e juventude os que foram encaminhados para internação, ainda no sistema da situação irregular, eram jovens pobres com a família desestruturada.

Não há condições de comparar os números a relação da raça dos jovens internados na época com os adolescentes internados sob a égide do ECA. Todavia, com base na história e na situação social da época podemos considerar que os jovens internados sob

as leis do código de menores eram negros e pobres. Ainda, considerando que esses jovens sempre foram marginalizados.

Aqui nos deparamos com 99 processos onde os adolescentes eram de famílias desestruturadas, e de baixa renda. Desses adolescentes 99 estavam com defasagem escolar, ou estavam fora do núcleo escolar ou estavam em série incompatível com sua idade. A única exceção se dá a um adolescente com a família consideravelmente estruturada, de escola particular, residente de um bairro nobre.

Em regra, essas famílias são formadas apenas pela mãe e irmãos, considerando também que são famílias numerosas no que concerne à quantidade de filhos. Essas famílias estão na linha da pobreza, com salários baixos que não pode prover uma vida digna aos integrantes da família.

Por toda a história do Brasil, famílias de baixa renda e numerosas são obrigadas a mandar as crianças para o mercado de trabalho. Nesse contexto ao chegarem aos 12 anos, alguns já trabalham, os 16 já trabalham e abandonaram o seio escolar. Considerando a falta qualificação esses jovens são expostos a exploração e ao mundo do crime, prova desse fato é que em regra os adolescentes cometem crimes patrimoniais e tráfico de drogas. Ambos os crimes têm o objetivo de captar dinheiro, seja para ostentar, seja para ajudar na manutenção da casa.

Como já vimos, a responsabilidade no Brasil inicia-se aos 12 anos de idade, dessa forma, investigamos a idade dos adolescentes que cumpriram medida de internação na cidade de São Paulo, a pesquisa original foi dividida em duas partes, processos antes de 2012 e após 2012.

Dessa forma, nos processos anteriores a 2012, 34% dos adolescentes tinham a idade de 17 anos, 6% tinham 15 anos, 6% tinham 16 anos, 10% 18 anos, 2% tinham 14 anos e infelizmente 42% dos processos não tinham informações com relação à idade do adolescente. Após 2012, 36% tinha idade de 16 anos, 28% 17 anos, 24% estavam com 15 anos, 4% com 18 anos, 6% com 14 anos, e 2% dos processos não tinham informação sobre idade. Frisamos que essa informação é com relação ao cumprimento da medida de internação, e que alguns desses jovens já haviam cumprido outras medidas socioeducativas.

O sistema carcerário brasileiro é formado por pessoas de baixa renda e negras. No sistema de justiça juvenil a realidade não muda, nos processos anteriores a 2012, 34% dos adolescentes se declararam pardos, 20% brancos, 16% negros e em 30% dos processos não havia informação quanto à raça do adolescente. Nos processos após 2012, 40% se declararam pardos, 26% brancos, 16% negros e 18% não tinham informação.

Dos 100 processos analisados, 99 eram de meninos, apenas 01 desse processo era de uma menina. Ao analisarmos os dados do portal da Fundação CASA, nota-se que o número de meninas no sistema de justiça juvenil, ao menos cumprindo medida de internação, é muito inferior ao número de meninos.

Ao analisarmos os processos, notamos que ainda há decisões baseadas na situação social do adolescente. Essa herança do código de menores não foi abandonada por alguns magistrados, e claramente não foi abandonado pela sociedade.

Com as famílias desestruturadas, e com a baixa renda, morando nos bairros pobres da cidade, esses adolescentes não tem muitos caminhos para percorrer. Considerando que o Estado é o primeiro a marginaliza-los.

Já mencionamos que o sistema de garantia é dividido em três partes, e uma antecede a outra. A primeira fase, e a mais importante é o Sistema Primário, que deveria ser a criação de políticas públicas para garantir o desenvolvimento e o acompanhamento das famílias. Essas famílias foram crescendo sem a condição mínima de sustentar todos os membros, os genitores em regra são de escolaridade baixa, como já mencionados, essas famílias são regidas, sustentadas apenas pelas genitoras. Nas famílias onde há figura masculina, também há a violência moral e física. Pais que são alcoólatras e violentos, ou simplesmente violentos, esses adolescentes cresceram vendo a violência como algo comum.

Para ajudar no sustento da família, muitos iniciam no mundo do trabalho precocemente. Todavia, qual trabalho e renda um adolescente sem qualificação pode conseguir? Em meio a realidade da atual sociedade, onde os jovens ostentam smartphome, tênis e roupas de marca, viagens etc. é difícil esperar que um jovem se conforme com menos de um salário mínimo recebido em uma lancho-te. Enquanto o mundo do crime, o tráfico de drogas é capaz de oferecer a mesma quantia em apenas uma semana.

O Estado é primeiro violador, não cumprindo sua parte no sistema de garantia. Não disponibilizando mecanismos para a garantia dos direitos da infância e juventude.

“Pela ampla visão Estatuto da Criança e do Adolescente, somente com esses envolvidos não seria suficiente, posto que poderia faltar-lhes condições para o exercício pela da doutrina da proteção integral. Para que eventuais falhas pudessem ser cumpridas e para que todos os até então envolvidos pudessem ter plenas condições de cumprir suas obrigações para com os menores, o ECA fez por bem incluir no rol dos responsáveis por essa proteção integral o próprio Poder Público.”
(p.43)

Assim, o cabe ao Estado fornecer condições para a proteção integral das crianças e adolescentes, fornecendo medidas sociais, e para isso é necessário fornecer educação e trabalho para os genitores desses jovens, para que esses possam garantir a proteção de seus filhos, para que tenham o melhor desenvolvimento possível.

Todavia, o Estado ainda não alcançou esse objetivo, desde o Código Mello Mattos o Estado deveria elaborar políticas públicas que visasse a proteção da família, mas o que acontecia na realidade eram medidas que tiravam a criança do pátrio poder. Atualmente o Estado se mostra inerte até o cometimento do ato infracional, momento em que veste sua camisa de autoridade e Estado protetor e penalizador.

Ainda, as autoridades da justiça juvenil se mostram contrarias as doutrinas do ECA, isso pode ser constado nas sentenças onde muitas vezes o magistrado fundamenta sua sentença na condição social do adolescente ou na personalidade do adolescente.

Ao realizar um estudo de caso Matsuda traz uma realidade assustadora do pensamento das autoridades da justiça juvenil.

O infrator, isso é de comezinho conheci mento, mostra periculosidade pouco

comum mesmo aos criminosos mais violentos de que se tem conhecimento.

[...]

O caso é brutal, reveste-se de especialíssima gravidade e chocou o país. Pelos atos praticados pelo adolescente infrator pessoas foram às ruas e pediram mudanças legislativas visando possibilitar aplicação de medidas mais severas para casos que tais.

A violência, frieza, vilania de sentimento e ausência de ética nortearam a conduta do infrator, devendo, nesta quadra, também nortear a medida sócio-educativa a ser imposta.

A única medida possível ao caso é a internação por tempo indeterminado. A propósito disso, este subscritor está absolutamente convencido que a correta medida a ser aplicada deveria ser a morte do adolescente, se possível fosse [...].

Ocorre, todavia, que o Brasil ainda não se desenvolveu o suficiente para aceitar a inexorável conclusão segundo a qual, para sancionar casos que tais, apenas pena de morte seria adequada.

Quiçá o triste episódio não movimente a sociedade organizada e a legislação seja modificada para possibilitar a sanção de morte, para maiores ou menores, em gravíssimas situações como aquela retratada nos presentes autos. (2009.p.67)

Não é novidade esse tipo de pensamento no Brasil, em São Paulo, na sociedade, inclusive em autoridades, inclusive em operadores do sistema de justiça. Todavia, há algo de errado, considerando que um operador de uma norma tão protetiva, e baseada em direitos fundamentais, tenha esse tipo de pensamento.

CONCLUSÃO

Ainda, diverso da ideia passada as crianças e adolescentes internados sob o código de menores não recebia a melhor educação e saia da ordem protetora do Estado como um “doutor”. Essas crianças tinham seus direitos fundamentais violados, a violência institucional era tida como normal. Sabe-se que a violência gera violência, não se pode tirar a criança do seio familiar, por mais frágil que seja, e submete-los as garras do Estado correccionalista e esperar que saiam “doutores”.

Dessa forma, com os antigos códigos de menores era natural que a violência se propagasse e em consequência a criminalidade, inclusive por crianças e adolescentes. Após a promulgação do ECA, e a instalação legal da prioridade absoluta e da proteção integral, a violência deveria diminuir, e diminuiu. Todavia, a violência não cessa, e nunca irá acabar enquanto a sociedade continuar a estabelecer previamente quem é bandido e quem não é. Essas pessoas são rotuladas antes mesmo de cometer qualquer ilícito. O simples fato de serem negras, de baixa renda, já as predestina a serem criminosas.

A falta de estudo formal reforça esse estigma, é certo que o Estado faz parte de sua obrigação, qual seja, prover escolas, mas não é suficiente para evitar a criminalidade. Não enquanto esses jovens forem obrigados a ingressarem precocemente no mundo do trabalho para ajudar no sustento da família.

É uma cadeia de violações que acabam na inevitável pratica do ato infracional. Jovem sem estudo consegue apenas trabalhos que chegam a pagar menos de um salário mínimo. Do outro lado temos a renda fácil. Rápida e alta, o que chama mais a atenção desses jovens.

Dos processos analisados muitos desses jovens comercializam entorpecentes, e muitos deles faziam uso da droga. Questiona-se se já indagaram esses jovens qual a motivação? Não questionar de forma supérflua, mas profunda.

Muitos desses jovens não possuem criticidade, ou seja, muitos deles não entendem as consequências de seus atos, não entendem as consequências de muitas coisas. Não foram educados para pensar, mas para aceitar. Outra educação que não acaba com a violência, apenas a propaga, pois, o jovem aprende aceitar a prisão, a falta de liberdade,

mas não entende a razão de ser considerado inferior, não entende os motivos de alguns possuírem bens e eles não.

Da mesma forma que esses jovens não entende a razão de serem taxados como inferiores a outros, em razão da sua cor, da sua situação socioeconômica, e da região onde mora. O que esses jovens entendem, e desde cedo, é que precisam batalhar para prover a sua subsistência.

Nesse ponto, percebemos que a justiça juvenil carrega as mesmas características do sistema carcerário. Sua população é composta de pessoas negras, de baixa renda, sem estudo e que foram marginalizados pela sociedade. Ainda, o sistema de justiça juvenil ainda carrega a doutrina da situação irregular, não apenas o sistema de justiça, mas toda a sociedade.

Assim, esses jovens são catalogados como “criminosos” antes de praticarem qualquer ato contrário a lei, e os deixam sob os holofotes da polícia. Esses jovens são um atentado contra a segurança pública, e não é necessário praticar ato infracional para isso, basta nascer negro e pobre.

Ao final, após analisar todos os dados e a história da justiça juvenil, podemos concluir que o ECA criou um sistema de justiça juvenil, que garante o devido processo legal, assim como a observância de todas as garantias. Todavia, a legislação não tem o poder de mudar o senso das pessoas, não tem a capacidade de alterar a história e excluir a doutrina da situação irregular.

O ECA também não tem mecanismo para mudar a realidade social da cidade de São Paulo, em dos preconceitos estabelecidos para determinar quem é ou não criminoso.

A respeito do trecho citado por Matsuda não é novidade esse tipo de pensamento, mas é inadmissível, principalmente para um operador do sistema de justiça juvenil.

Se um promotor de justiça ostenta tais pensamentos, como pedir que a sociedade reaja de forma diversa? Como a proteção integral será aplicada se os responsáveis pela sua aplicação têm pensamentos tão diversos do ECA e da Constituição Federal.

É impossível mudar o sistema se os operadores têm pensamentos tão radicais. Enquanto os direitos sociais não forem aplicados, enquanto as autoridades não abraçarem a doutrina da proteção integral, não haverá mudanças no sistema. E os jovens abarcados

por este sistema serão sempre os mesmos, negro, pobre e sem escolaridade. E assim reafirma os preconceitos o que disponibiliza ao estado uma brecha para também agir com preconceitos em nome da segurança pública.

Ainda, no que concerne à medida de internação e a doutrina da proteção, é irracional tentar reeducar adolescentes com regras tão rígidas, que beirão a violência institucional. Ainda, no que concerne ao estudo dos adolescentes, é certo que o Estado disponibiliza curso de profissionalização, mas são cursos que os adolescentes não querem seguir. Nessa fase da vida ainda é idealizada a profissão, a função que proverá o sustento da família e que agrade o trabalhador. Mas os cursos oferecidos para esses jovens não são o idealizado por eles, e nem pelo mercado de trabalho.

A unidade de internação, em seu papel de reeducar e proteger o adolescente pode estar fracassando, quando finge que educa, quando ocupa o tempo desses jovens com formação que não serão úteis ao longo de sua vida, com formação que não poderá prover a mudança em sua realidade fora da unidade.

Dessa forma, o perfil dos adolescentes são os já mencionados, e criados pelo próprio Estado, enquanto é o primeiro violador de garantia e proteção da infância e juventude.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roberto Barbosa. **Direito da Infância e da Juventude**. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZEVEDO, Maurício Maia de. **O código Mello Mattos e seus reflexos na legislação posterior**.

http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30354/codigo_mello_mattos_seus_reflexos.pdf
>. Acessado em: 10/01/2016.

FREITAS, Ana Paula Cristina Oliveira Freitas. BORGHI, Adriana Pádua. TASOKO, Marcelle Agostinho. **A prescrição aplicada às medidas socioeducativas de internação na cidade de São Paulo**. São Paulo, Revista adolescência e conflitualidade, 2017.

Disponível em <
<http://www.pgsskroton.com.br/seer/index.php/adolescencia/article/view/4291>>

MACHADO, Martha Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Brasil Manole, Barueri, 2013.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da Criança Abandonada**. São Paulo, Huc-tec, 1998.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MENDES, Moacyr Pereira. **A doutrina da proteção integral da criança e adolescente frente à Lei 8.069/90**. Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito penal de adolescente: elementos para uma teoria garantista**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente, ato infracional e direitos humanos**. In: PES, João Hélio Ferreira (Org.). **Direitos humanos crianças e adolescentes**. 1º Ed. Editora Jurua, 2012.

SOUZA, Tatiana Sampaio de. **A doutrina da proteção integral e a possibilidade de um direito penal juvenil**. Revista Direito e Liberdade: 2013.

PIETROCOLLA, Luci Gati; **O judiciário e a comunidade: pós e contras das medidas sócio-educativas em meio aberto**. São Paulo: IBCCRIM, 2000.

PINHEIRO, Luciana de Araújo. **O “magistrado paternal”: o Juiz Mello Mattos e a assistência e proteção à infância (1924/1933)**. Tese de Doutorado, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2014.

REIS, Suzéte da Silva. **Educação em direitos humanos: Perspectivas de promoção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes**. In: PES, João Hélio Ferreira (Org.). **Direitos humanos crianças e adolescentes**. 1º Ed. Editora Jurua, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTR, 1999.

JÚNIOR, Hermes Siedler da Conceição. **Os direitos das crianças e adolescentes no contexto histórico dos direitos humanos.** In: PES, João Hélio Ferreira (Org.). Direitos humanos crianças e adolescentes. 1º Ed. Editora Jurua, 2012.

INTERNAÇÃO DE ADOLESCENTES: DA SITUAÇÃO IRREGULAR A IRREGULARIDADE DO ESTADO

**Andrea Caon Reolão Stobbe
Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Jacqueline Quaresemim de Oliveira**

Sumário: 1) Introdução. 2) Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente; 3) A recepção na Carta Magna de 1988 do direito da criança e do adolescente; 4) A norma infraconstitucional (ECA) frente a constituição; 5) A inimputabilidade inserida no artigo 228 na Carta Magna; 6) Idade de responsabilização penal; 7) A medida socioeducativa de internação e a responsabilidade penal; 8) Interpretação, Efetividade e Aplicação da legislação; 9) Considerações finais; 10) Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho abordará a questão de que embora a Constituição tenha garantido a inimputabilidade penal para menores de 18 anos, o que se percebe é que adolescentes com 12 anos já são imputáveis por seus atos infracionais. Aplicando-se a legislação Penal tanto na configuração do ato infracional quanto na execução desta sanção, apesar da inimputabilidade.

Para tanto se examinará a evolução histórica do direito da criança e do adolescente, o comando constitucional, a legislação infraconstitucional, e também a efetividade pelos aplicadores desse ordenamento.

O presente estudo surge da percepção do não cumprimento da promessa constitucional de inimputabilidade dos adolescentes autores de ato infracional (menores de 18 anos) o que leva a inquietação dos motivos que levaram a tal prática que não contempla aquelas promessas constitucionais.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O marco histórico na luta pelos direitos da criança nos Tribunais deu-se a partir do caso Marie Anne, de nove anos de idade, vítima de maus-tratos perpetrados por seus pais, no ano de 1.896. O caso fora levado aos Tribunais pela Sociedade Protetora dos Animais de Nova Iorque sobre o argumento que se aquela criança fosse um cachorro, um gato ou um cavalo, que estivesse submetida àquele tratamento, teria ela legitimidade para agir e, então, com maior razão, se tratar-se de um ser humano. Assim, a criança e os animais eram vistos como "coisas" de propriedade de seus pais e não tinham a condição de objeto de proteção do Estado.¹

Em 1.899 é criado em Ilinois, Estados Unidos, o primeiro Tribunal de Menores. Outros países o seguiram e criaram seus juízos de menores: Inglaterra em 1.905, Alemanha em 1.908, Portugal em 1.911, França em 1.912, Argentina em 1.921 e o Brasil em 1.923².

Em 1.911 foi realizado o Primeiro Congresso Internacional de Menores em Paris. Segundo Martha Machado "na época o pensamento dominante era a preocupação em dar combate à criminalidade juvenil e combate não apenas repressivo em face do crime já praticado, mas também e principalmente preventivo, sob a ótica da criminologia positivista."³

No final do século XIX e início do século XX já existiam casas públicas de custódia de crianças e adolescentes. Com o mesmo objetivo, em 1.942, é fundada a Legião Brasileira de Assistência (LBA). O referido instituto representa um marco no tratamento da questão do menor pelo Estado, mesmo que ainda sob o enfoque assistencialista.

¹ SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença a proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade juvenil. 2 ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pag. 33/34

² No Brasil o Primeiro Juízo de Menores, foi criado no Rio de Janeiro, na época capital do Brasil, através do Decreto Federal número 16.273, de 20/12/1923.

³ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. Pag. 37

Já por volta da década de sessenta, foi editada a Lei 4.513, criando a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, passando o Poder Público a intervir de modo mais significativo na questão, ampliando o atendimento. Anota-se que antes da Constituição da República de 1.988 e da vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, a grande maioria, entre 80 a 90%, das crianças e jovens internados nas Febems não eram autoras de fato definido como crime.⁴

Em 1.979, através da Lei no 6.697⁵ consagrou-se a Doutrina da Situação Irregular mediante o caráter tutelar da legislação e a idéia de criminalização da pobreza. A criança era considerada como objeto de medidas judiciais e assistenciais.

É Vera Batista quem apresenta alguns exemplos das idéias que eram preconizadas quando vigente essa legislação: 1) R.C.A., uma menina parda de 17 anos, moradora de Paciência, detida em "companhia de indivíduos maiores de idade que faziam uso de maconha", temos: "a menor é proveniente de família desestruturada, de nível socioeconômico baixo"; 2) A.C.A, 16 anos, branco, vendedor de refrigerante na praia, pego com 1,6g de maconha, é "membro de família desestruturada"; 3) R.O.P., 15 anos, pardo, morador de São Gonçalo, trabalhando em "biscates de carregador de água", preso em 1.978 com uma "trouxinha" de maconha, "é menor com família desestruturada, já que vive com a tia e avó paterna já que sua mãe é muito pobre";⁶ 4) O local onde reside -área favelada- propicia seu envolvimento com pessoas perniciosas à sua formação moral.⁷ Assim, observa-se que as representações da juventude pobre e perigosa constituíam o sistema de controle social no país. (grifo nosso)

No plano internacional, há um conjunto de normativos compostos por regras e diretrizes voltadas especialmente à proteção das crianças e adolescentes em conflitos com a lei, que tornaram as legislações e o sistema da "doutrina da situação irregular" ultrapassados.

⁴ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. Pag. 27

⁵ Denominado Novo Código de Menores

⁶ BATISTA. Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: Droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. Pag.118

⁷ BATISTA. Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: Droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. Pag. 126

Nesse caso, vale destacar aquelas criadas no âmbito da ONU: "Regras de Beijing"⁸, as "Regras das Nações Unidas Para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade"⁹, as "Diretrizes de Riad"¹⁰ e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989¹¹ a qual o Brasil ratificou-a.¹²

No Brasil é promulgada, em 1988, uma nova Constituição acolhendo a doutrina da proteção integral a crianças e adolescentes e revogando o código de menores de 1.979.

Em 13 de julho de 1990 é criado pela Lei 8.069 o Estatuto da Criança e do Adolescente abandonando a idéia de criança e adolescente como objetos e lhes atribuindo a condição de sujeitos de direito.

Por fim, tais documentos orientaram a Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2.012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamentando a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que pratiquem ato infracional.

3. A RECEPÇÃO NA CARTA MAGNA DE 1988 DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição de 1.988 é fruto de intensa mobilização social que levou à assembléia constituinte, porém, paralela a esta participação social articulou-se conforme

⁸ Regras Mínimas da ONU para a Administração da Justiça da Infância e Juventude, editada através da Resolução n°40/33 da Assembléia Geral de 29 de novembro de 1985, a qual tem como objetivo garantir atendimento digno aos jovens privados de liberdade.

⁹ Editadas em 14 de dezembro de 1990 e constituem um instrumento para assegurar que as crianças e adolescentes privados de sua liberdade sejam mantidos em instituições somente quando houver uma grande necessidade dessa medida, considerando a sua condição e com respeito aos seus direitos humanos.

¹⁰ Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, editada em 14 de dezembro de 1990, através da Resolução n° 45/112 cujo objetivo é estabelecer regras para que cada Estado Membro possa construir estratégias a prevenção da delinquência juvenil.

¹¹ Adotada pela Resolução n° L 44 (XLIV) da Assembléia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de Setembro de 1990. A qual define como crianças e adolescentes todas as pessoas com menos de 18 anos de idade, que devem receber tratamento especial e totalmente diferenciado dos adultos, principalmente nos casos de envolvimento criminal.

¹² Através do decreto 99.710 de 21 de novembro de 1990 que promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Martha Machado uma "poderosa força de pressão aglutinada em torno da defesa dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes"¹³.

Essa autora anota que essa força foi: "composta por profissionais ligados diretamente ao atendimento deles (médicos, assistentes sociais, juízes, promotores, advogados, pedagogos) e por organismos da sociedade civil organizada, ligados à defesa de crianças e adolescentes e à defesa dos Direitos Humanos, que culminou em uma Frente Parlamentar suprapartidária em prol desses interesses, composto por membros de todas as agremiações políticas representadas na assembléia"¹⁴.

No âmbito dos direitos da criança e do adolescente o tratamento dado aos "menores" antes da Constituição, através do Código de Menores, que preconizava a doutrina da situação irregular, cerceando a liberdade de crianças e adolescente em situação de abandono, pobreza, órfãos e delinquentes, levou ao descontentamento popular. Esse contexto histórico integra o texto constitucional como bem observa Luis Roberto Barroso "a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo".¹⁵

Assim, a sociedade ávida pela inserção no corpo da Constituição do princípio da doutrina da proteção integral, consubstanciados nas normas das Nações Unidas, as quais passaram a integrar o texto da Constituição Federal, como garantia fundamental. Tal inserção deu-se em razão de duas emendas, entregues ao constituinte, pelos grupos de defesa dos direitos da criança e do adolescente. Consistente em um manifesto em favor da atual redação do art. 227 e 228 contendo cerca de cinco milhões de assinaturas, denotando uma ampla participação popular.

Na obra Comentários à Constituição do Brasil de J.J. Gomes Canotilho extrai-se que "o tratamento dado ao menor na Constituição foi, preponderantemente, como sujeito de direitos, principalmente porque as instituições sociais que participaram ativamente do

¹³ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. Pag. 25

¹⁴ MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, São Paulo: Manole, 2003. Pag. 25

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Pag.103

movimento buscavam regularizar a situação das crianças e dos adolescentes sob sua tutela. Esta proteção foi bastante ampla, com grande preocupação de que fosse capaz de se tornar efetiva."¹⁶

Pois bem, para se alcançar a eficácia é mister orientar-se pelos caminhos trilhados com vista a chegar ao seu destino, qual seja, a doutrina da proteção integral, esta conquista é caracterizada como uma revolução no marco regulatório das crianças e adolescentes, sendo considerado por muitos como um novo direito.

Desta forma anota Konrad Hesse "A Constituição Jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade."¹⁷

Em outra passagem continua este autor "A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitam assegurar a força normativa da Constituição."¹⁸

Neste ínterim, a Lei fundamental, teve ampla participação popular, recepcionando e elevando a condição de direito fundamental a criança e adolescente na condição de sujeitos, rompendo com o direito menorista até então vigente, mas, somente o fato de estar inscrito na Lei Fundamental não lhes atribui força normativa capaz de transformar a concepção menorista até então vigente.

Ou no dizer de Konrad Hesse "constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo.

¹⁶ CANOTILHO, J.J.Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários a constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Pag. 2124

¹⁷ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Pag. 24

¹⁸ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Pag. 25

Isso lhe há de assegurar, enquanto ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral." ¹⁹

O que se observa é que a carta constitucional inseriu a criança e o adolescente em um novo patamar. Essa inserção ocorreu basicamente por conta da mobilização popular. Ou no dizer de Oliveira "ao olhar seus dispositivos deve se levar em conta a sua origem, fator de legitimação".²⁰ Assim, a partir de então é necessário um novo olhar sobre o direito menorista, que deve observar o clamor dos atores envolvidos na construção desse direito fundamental, bem como o seu objetivo de modificação de estado de coisas.

4. A NORMA INFRACONSTITUCIONAL FRENTE A CONSTITUIÇÃO

Da Lei Fundamental emana um sistema de proteção especial para crianças e adolescentes, face a condição especial de desenvolvimento de suas potencialidades. Inseridas como direito fundamental nos art. 227 e 228 e até agora vem sendo ignoradas, pois Lassalle indaga "que idéias ou que noções vão associadas a esse nome de Lei fundamental, aquela que constitua o verdadeiro fundamento das outras leis. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país"²¹ ou como assevera Fábio de Oliveira "a normatividade dirigente muitas vezes precisa da interveniência do legislador infraconstitucional para alcance da eficácia."²² É o caso dos direitos desta categoria de sujeitos.

A legislação infraconstitucional, a Lei 8.069 de 1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, inspirada na Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente elevou esses a categoria de sujeito de direitos e segundo leciona Josiane Veronese "á análise da doutrina que esta sendo formulada, concepções técnicas e

¹⁹ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Pag. 20

²⁰ OLIVEIRA, Fábio. Notas sobre uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil.

²¹ LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. Pag. 8

²² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pag. 250

conceituais, bem como à construção jurisprudencial, as quais são reveladoras das formas como os juristas têm se posicionado diante da lei 8069/90: se estão imbuídos deste novo sopro, ou seja, a percepção dos novos direitos, ou se ainda estão presos ao dogmatismo menorista ou, o que seria ainda pior, se estão estruturados a uma dogmática penal conservadora, pautada na punição e no afastamento, em forma de institucionalização dos indesejáveis sociais."²³

Este novo direito não afasta a responsabilidade penal dos adolescente ao contrário conforme preceitua João Batista Saraiva "institui no país um Direito Penal Juvenil, estabelecendo um sistema de sancionamento, de caráter pedagógico em sua concepção, mas evidentemente retributivo em sua forma, articulado sob o fundamento do garantismo penal e de todos os princípios norteadores do sistema penal enquanto instrumento de cidadania, fundado nos princípios do Direito Penal Mínimo."²⁴

Assim, a norma infraconstitucional, atendendo ao preceito constitucional, normatizou o atendimento as crianças e adolescentes no país, entretanto, no que permeia ao adolescente autor de ato infracional não houve grandes avanços perdurando ainda hoje o "encarceramento" de adolescentes autores de ilícitos sem a observância das garantias constitucionais aplicadas no direito penal adulto.

5. A INIMPUTABILIDADE INSERIDA NO ARTIGO 228 NA CARTA MAGNA

A Constituição Federal de 1.988 inovou e inseriu em seu texto o Art. 228. onde prescreve: "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". Assim, passou a tutelar o limite de idade de responsabilização penal, nota-se que a idade de responsabilização penal até então era tratada exclusivamente na legislação infraconstitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente ratifica esta inimputabilidade, entretanto, responsabiliza os adolescentes pelas suas normas conforme se depreende do Art. 104:

²³ WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pag.66

²⁴ SARAIVA, João Batista Costa.

"São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei".

Mas, a inimputabilidade²⁵ a que aduz a Lei Fundamental e a legislação infraconstitucional não são sinônimo de irresponsabilidade. Significa que o adolescente não responderá pelas sanções entabuladas no direito penal adulto, mas sim pelas "sanções" previstas na lei especial.

Francisco de Assis Toledo ao abordar o tema da inimputabilidade aduz "quando se diz que determinado fato é imputável a certa pessoa, está se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato. Quando se afirma que certa pessoa é imputável esta se dizendo ser ela dotada de capacidade para ser um agente penalmente responsável."²⁶ Wilson Liberati complementa a "inimputabilidade, no entanto, não implica em impunidade, vez que o Estatuto estabelece medidas de desenvolvimento dos autores de ato infracional."²⁷

Para compreender o sistema de responsabilização do adolescente é mister compreender, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que se entende por ato infracional, o qual compreende-se nos termos do Art. 103: "considerando ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal", chamando a legislação os atos delituosos da criança²⁸ e do adolescente de ato infracional, e que a resposta do Estado dá-se através das medidas socioeducativas.

Afirmar que o adolescente não pratica crime é uma inverdade, pois, o ato infracional é uma conduta tipificada como crime ou contravenção penal e crime e delitos

²⁵ Entendemos por inimputabilidade a capacidade de discernimento do sujeito de entender o caráter ilícito da conduta, entretanto, no texto constitucional diz respeito a presunção absoluta de inimputabilidade do menor de 18 anos com base no critério cronológico.

²⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pag.312/313

²⁷ LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena? São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. Pag.95

²⁸ As crianças autoras de ato infracional receberão medida de proteção e não estão sujeitas a socioeducação conforme prescreve o ECA no art. 105: "Ao ato infracional praticado por criança corresponderão as medidas previstas no art. 101.

no conceito de Johannes Wesseles "são fatos antijurídicos, a que se comina no mínimo uma pena privativa de liberdade."²⁹

Ora se ato infracional é igual a crime, sendo apenas uma questão de terminologia, o autor de um ou outro será responsabilizado tal qual o adulto com uma pena e o adolescente com uma medida socioeducativa. Segundo Johannes Wesseles "o fundamento jurídico da responsabilidade é o fato injusto: com ele deve começar qualquer investigação metódica"³⁰ ou Francisco de Assis Toledo a "responsabilidade constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos."³¹

Desta feita, o adolescente que pratica um ato infracional é inimputável, mas não fica impune. Ele é responsabilizado conforme a legislação especial, Beccaria já afirmava que "o que inibe o criminoso não é o tamanho da pena, mas sim a certeza de punição", porém, a idéia de inimputabilidade do adolescente esta mal colocada na opinião pública criando uma a falsa impressão de impunidade que não existe no país, mas isso não se deve ao Estatuto da Criança e do Adolescente.

6. IDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

A Constituição Federal (art. 228) e as leis infraconstitucionais, Código Penal (art. 27) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104) indicam o inicio da responsabilização penal aos 18 anos, entretanto, o que acontece é bem diferente, pois as medidas sócio-educativas aplicadas aos menores são verdadeiras penas, iguais as que são aplicadas aos adultos, logo não é difícil concluir que a maioridade penal, no Brasil, começa aos 12 anos de idade.

²⁹ WESSELS, Johannes. Direito penal: aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavarez. Porto Alegre: Fabris, 1976. Pag. 7

³⁰ WESSELS, Johannes. Direito penal: aspectos fundamentais. Tradução de Juarez Tavarez. Porto Alegre: Fabris, 1976. Pag. 17

³¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994. Pag. 314

Desta forma, o Brasil é um dos países em que responsabiliza o jovem mais cedo no mundo: a partir dos 12 anos, ao lado dele a Bolívia, Canadá, Costa Rica, El Salvador, Espanha, Equador, Holanda, Irlanda, Países Baixos, Venezuela, Peru, Portugal que também adotam essa idade para a responsabilização penal. Alias Portugal, Peru e Alemanha adotam, assim como o Brasil, medidas correcionais aos jovens. Importante destacar que os Estados Unidos encarcera a partir dos 10 anos de idade embora seja somente para delitos graves é coincidentemente o país com maior número de pessoas em situação de privação de liberdade.

Marcelo Cabral bem posiciona a questão "ao contrário do que sustentam alguns, desde os 12 anos de idade o jovem pode ser responsabilizado pela prática de algum crime e receber punições"³², que podem consistir na supressão da liberdade por até três anos.

Quiçá a questão esteja mal focada e transferida erroneamente a idéia a população, que clama pela redução da idade penal, questão imutável frente a condição de cláusula pétrea da norma fundamental, apesar de inúmeras propostas de emendas permearem o assunto, entretanto, é como chover no molhado, pois, a idade mínima para responsabilidade penal que se tem obscuramente divulgado no país corresponde a 12 anos, início da jurisdição criminal infanto-juvenil, conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A legislação infraconstitucional frente a inimputabilidade dos menores de 18 anos negou vigência ao texto constitucional e adotou a idade de responsabilização penal aos 12 anos.

Talvez seja este o fator preponderante da insatisfação popular no que alude a idade penal: O desconhecimento? A falsa idéia de que a lei 8069/90 é protecionista e não responsabiliza os adolescente autores de ato infracional restando-os impunes, mas, esta falsa crença dá-se pelo não cumprimento da promessa constitucional de inimputabilidade do menor de 18 anos confundindo com impunidade.

³² CABRAL, Marcelo Malizia. Prisão para jovens: Será este o caminho? in Juizado da Infância e Juventude/ [Publicado por] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Corregedoria -Geral de Justiça, n.1 (nov.2003). Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

No caso aborda-se o artigo 288 da Constituição que constantemente vem sofrendo "agressões" com vários projetos de emendas constitucionais tramitando no legislativo cujo conteúdo visa a alterar seu texto além dos juristas com posições diversas sobre o assunto.

Ou no dizer de Fábio de Oliveira "quanto mais a Constituição promete, direciona para metas de difícil obtenção, maior a chance de desilusão, de ressentimento constitucional (Verdú), isto é, de frustração. A frustração, por sua vez, inclina ao desgosto ou à indiferença em relação à Lei fundamental."³³

Ou no dizer de Lassale "quando podemos dizer que a Constituição escrita é boa e duradoura? Quando esta constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país. Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual mais dias menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país."³⁴

E continua Lassale "onde a constituição reflete os fatores reais e efetivos do poder, não pode existir um partido político que tenha por lema o respeito a constituição, por que ele já é respeitada, é invulnerável. Mau sinal quando esse grito repercute no país, pois isso demonstra que na constituição escrita há qualquer coisa que não reflete a constituição real, os fatores reais do poder."³⁵

A questão, portanto, não estaria focada na redução da maioria penal, que na "prática" já foi reduzida, mas sim discutir o processo de execução das medidas socioeducativas, ou melhor, o local de cumprimento, se junto aos adultos ou em separado e ou se terão direito as garantias constitucionais e o reconhecimento de um direito penal juvenil.

Quiçá a falta de um dispositivo no Estatuto da Criança e do Adolescente que assegure a efetividade ao texto Constitucional bem como a correta interpretação do texto

³³ OLIVEIRA, Fábio. Procad. Pag. 18

³⁴ LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. Pag. 37.

³⁵ LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. Pag. 44.

constitucional contribuam aos que discorrem a favor da redução da idade penal, entretanto, poucos focam na questão do Estatuto da Criança e do adolescente já ter feito esta alteração sem a aplicação das garantias constitucionais e a humanização da privação de liberdade mediante um devido processo legal, sobre a forma de socioeducação.

7. DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL

Pois bem, o fato de serem inimputáveis os menores de dezoito anos frente ao dispositivo constitucional não significa impunidade dos atos infracionais, mas sim uma imputabilidade, pelas normas do Estatuto da Criança e do Adolescente. Após os 12 anos, esta responsabilização ocorre sobre a forma das medidas socioeducativas, ou seja, o adolescente³⁶ passa por um regime especial de ressocialização.

A regra, em se tratando de ato infracional, verificada a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade³⁷ e praticado por adolescente³⁸, consiste na aplicação de uma das medidas socioeducativas³⁹ previstas nos incisos I a V do art. 112 do ECA⁴⁰. As medidas são: advertência; obrigação de reparar o dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; inserção em regime de semi-liberdade e internação em estabelecimento educacional;

Essas se constituem sanção, uma vez que o jovem é obrigado a cumpri-la, e têm a mesma correspondência do direito penal adulto. João Batista Saraiva destaca que "a

³⁶ A lei 8069/90 estabelece que adolescente é toda pessoa com idade entre 12 e 18 anos incompletos.

³⁷ Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127. Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria.

³⁸ Art. 2º da lei 8069/90- Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

³⁹ Definimos a medida socioeducativa como a sanção afliativa imposta coativamente pelo Estado, ao autor de um ato infracional consistente em um fato que Lei tipifica como crime ou contravenção.

⁴⁰ Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

sanção socioeducativa, tenha finalidade pedagógica, em uma proposta de socioeducação. Não há, porém, sendo sanção, deixar de lhe atribuir natureza retributiva, na medida em que somente ao autor de ato infracional se lhe reconhece aplicação. Tem força de coercitividade, sendo, pois, imposta ao adolescente."⁴¹

Neste aspecto, prossegue esse autor ao observar que "a medida socioeducativa insere-se em um conjunto de sanções que se pode definir como sanções penais, entre as quais a Pena atribuída ao imputável (maior de 18 anos), faz-se uma espécie."⁴² Onde verifica-se que a internação equipara-se a prisão, a semiliberdade equipara-se ao regime semi-aberto, a liberdade assistida equipara-se a prisão albergue ou domiciliar, e a prestação de serviços à comunidade é prevista com o mesmo perfil das penas alternativas. Isto sem falar na execução da internação existir o Regime Disciplinar Diferenciado sobre a denominação de isolamento.

Dentre as medidas socioeducativas focaremos na internação que nos termos do Art. 121 do ECA consiste: "a internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento".

A internação é dentre as medidas socioeducativas a mais grave imposta ao adolescente infrator, eis que, impõe grave limitação à liberdade do infrator e carrega acentuado caráter punitivo e coercitivo.

Ora, veja-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece a privação de liberdade, travestida de internação, inclusive de forma provisória⁴³. Ao adolescente que se atribui a suposta prática de um ato infracional, nos moldes do direito penal adulto, com

⁴¹ SARAIVA, João Batista Coste. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Pag.71

⁴² SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional*. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. Pag.72

⁴³ Art. 174 do ECA: Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

previsão expressa de aplicação do Código de Processo Penal⁴⁴ e conceituando ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal⁴⁵ ainda a internação provisória equipara-se a prisão preventiva. No caso do menor resta por ser mais grave, pois, um adulto jamais seria segregado com a fundamentação de necessitar de proteção.

Entretanto, há limitações à privação da liberdade, e estão previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo que somente poderá ser aplicada a medida de internação quando: I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa; II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves; III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Nesse passo, alguns dados merecem análise. O estado de São Paulo abrigava em suas unidades de internação, no ano de 2012, 1.787 adolescentes que, em tese, não deveriam estar cumprindo medida socioeducativa de internação por contrariedade ou não preenchimento dos requisitos constantes do artigo 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁴⁶

Em alguns casos, a privação de liberdade é mais severa quando o fato, que levou ao cerceamento da liberdade, fora praticada por um adolescente do que quando este mesmo fato fora praticado por um adulto. Se tomar, por exemplo, o delito tipificado no art. 121 do Código Penal. O fato típico é o homicídio simples, seja ele praticado por maior ou menor de idade. O tipo penal é o mesmo, entretanto, a pena aplicada ao adulto se mínima de seis anos, este irá progredir com o cumprimento de 1/6 desta. Já se o fato for perpetrado por adolescente, a pena máxima será de 3 anos. Assim, o tratamento jurídico, privação de liberdade, será o mesmo tanto para um adolescente de 12 anos quanto para

⁴⁴ Art. 152 do ECA: Aos procedimentos regulados nesta Lei aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente.

⁴⁵ Art. 103 do ECA: Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.

⁴⁶ SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei - 2009. Disponível em:

http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDCA.pdf.

Acesso em : 08/01/0214

um maior de 18 anos, o que irá diferenciar é o local de cumprimento da reprimenda e há probabilidade do adolescente suportar um tempo maior de privação de liberdade.

A privação de liberdade, dentre as sanções, é a forma mais gravosa de responsabilização e surge da necessidade do estado manter o controle social, denotando que o Estado reprova aquela conduta. Quando falharam as demais instâncias, nesta seara, o cerceamento da liberdade do adolescente segue esta relação, porém obedecendo a separação de adolescentes e adultos.

A teor da regra do Art. 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes..."

Para Viviam Calderoni "as medidas de internação nada mais são do que a efetiva privação da liberdade em estabelecimento próprio destinado a isso, onde convivem somente adolescentes que praticam atos infracionais. Apesar das diferenças existentes entre cadeias e as instituições destinadas a internação de adolescentes, a semelhança em sua essência é muito grande, pois não fogem de suas características de instituições totais."⁴⁷

Tanto é que, ainda hoje, chegam ao Supremo Tribunal Federal pedidos de transferência de cumprimento de medida socioeducativa das penitenciárias para unidades de internação de adolescente infrator, tal como decidido no HC **104405, julgado em fevereiro de 2012**: "A pretensão de remover o paciente da cadeia pública e transferi-lo a instituição adequada ao cumprimento de medida socioeducativa de internação prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente resta prejudicada ante a informação nos autos de que o pleito foi atendido"⁴⁸.

Em que pese não ter sido apreciado o mérito neste julgado, evidencia-se que há internação de adolescentes em penitenciárias. Corrobora esta vertente o Código Penal Comentado de Celso Delmanto ao observar que "o Supremo Tribunal Federal considera

⁴⁷ CALDERONI, Vivian. Adolescente em conflito com a lei: considerações críticas sobre a medida de internação. Revista Liberdades, n.5. setembro-dezembro de 2010. Pag. 41

⁴⁸ STF, HC 104405/MG, 1ºT, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 14/02/2012.

que mesmo em cela especial e separado, não é recomendável nem encontra guarida na lei a detenção de menor em prisão comum (RF 256/346)".⁴⁹

Segundo uma pesquisa da Secretaria Especial de Direitos Humanos (Sedh) e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)⁵⁰, com dados de 2006, apresentados a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Sistema Carcerário, identificou que há 685 jovens encarcerados ilegalmente em prisões para adultos em 8 Estados - 7% dos 10.500 jovens internados no País⁵¹. Caso de repercussão nacional na mídia ocorreu no Pará, na delegacia de Abaetetuba, em novembro de 2007, a adolescente L.D.A, de 15 anos, ficou presa 24 dias em uma cela com 20 homens.

Também, o Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei da Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente apontou a existência de um montante de 208 (duzentos e oito) adolescentes privados de liberdade em cadeias públicas num único estado.⁵²

Como o Brasil ratificou a Convenção da Organização das Nações Unidas de 1.989 os adolescentes com idade inferior a 18 anos não podem ser submetidos ao mesmo tratamento penal dos adultos ai compreendendo a custódia em cadeias e presídios, entretanto, verificamos que a legislação é inócua.

A relevância desta discussão é realçada no fato de que o discurso mais presente nos meios de comunicação, que, a um só tempo, formam e expressam a opinião pública, é de que as medidas de internação não são penas e de que os adolescentes infratores não são punidos pela Justiça, como houvesse uma espécie de complacência com estes.⁵³

A falsa percepção de que a medida de internação constitui-se em um bem, e sua aplicação é de caráter protetivo, afasta a sua verdadeira índole penal, este argumento leva-

⁴⁹ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR Roberto Delmanto; DELMANTO Fabio de Almeida. Código penal comentado. 8.ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. Pag.188

⁵⁰ Órgão criado pela Lei 8.242, de 12 de outubro de 1991, com a missão de formular diretrizes para a Política Nacional de Proteção dos Direitos de Crianças e Adolescentes. É composto paritariamente por representantes do governo federal e entidades da sociedade civil.

⁵¹ Portal de notícias da globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0..MUL192081-5598.00.html>>. Acesso em: 12 de jan. 2014.

⁵² http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDCA.pdf

⁵³ CALDERONI, Vivian. Adolescente em conflito com a lei: considerações críticas sobre a medida de internação. Revista Liberdades, n.5. setembro-dezembro de 2010. Pag. 41

nos a retroceder ao tempo da extinta Fundação do Bem Estar do Menor cujo o lema era FEBEM faz bem.

Hoje, um adolescente com 12 anos de idade, que pratica um ato infracional, pode ser levado à internação e ser privado sua liberdade em estabelecimentos que são verdadeiros "presídios", isso em nome de sua proteção! Sotomayor citado por Karyna Sposato aduz que "tratam-se de estabelecimentos que diferenciam das prisões apenas pelo rótulo externo"⁵⁴.

Aliás, estes estabelecimentos, tal qual o sistema penal adulto, apresentam violações de direitos no processo de desenvolvimento destes sujeitos garantidos na Constituição e nas leis e constituem uma rede de estabelecimentos que violam os direitos dos adolescentes que se tornam vítimas no cumprimento de medidas socioeducativas.

Um exemplo são os Centros de detenção juvenil do Rio de Janeiro que são tão ruins que alguns jovens alegam ser adultos para evitar a detenção dentro do sistema juvenil, o fato foi verificado pela Defensoria Pública, no ano de 2003, que em cinco meses encontrou 18 adolescentes que preferiam cumprir pena entre adultos, em delegacias ou presídios, a serem submetidos às medidas socioeducativas em unidades do Governo Estadual do Rio de Janeiro.⁵⁵

Neste paradigma o Conselho Nacional de Justiça com intuito de analisar a execução das medidas socioeducativas de internação, no período de julho de 2010 a outubro de 2011, onde na ocasião o número de internos era 17.502, elaborou pesquisa com a mostra de 1.898 internos e o fim de analisar as condições de internação a que estavam submetidos os adolescentes o relatório apontou que: 28% declararam ter sofrido algum tipo de agressão física por parte dos funcionários, 10%, por parte da Polícia Militar

⁵⁴ SPOSATO, karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. Revista de Direito GV 7(1). São Paulo: 2011. Pag.281

⁵⁵ HUMAN RIGHTS WATCH. Verdadeiras masmorras: detenção juvenil no Estado do Rio de Janeiro, n.7 (B), vol.16. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1204pt.pdf>>. Acesso em 10/01/2014

dentro da unidade da internação e 19% declararam ter sofrido algum tipo de castigo físico dentro do estabelecimento de internação.⁵⁶

Em 2.009 um Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei, realizado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, já apontava para as irregularidades relacionadas a graves violações de direitos, como ameaça à integridade física de adolescentes, violência psicológica, maus tratos e tortura, passando por situações de insalubridade, negligência em questões relacionadas à saúde e o comprometimento dos direitos processuais dos adolescentes privados de liberdade.⁵⁷

Assim, esse atual processo de execução da infância é semelhante ao adotado para o adulto, que é reconhecidamente falido. Nos ensinamentos de Antonio Fernando Amaral e Silva "é útil aos direitos humanos que se proclame o caráter penal das medidas sócioeducativas, pois, reconhecida tal característica, só podem ser impostas se observado o critério da estrita legalidade. Sua execução, por esse motivo, tem de ser jurisdicionalizada, redobrando-se operadores judiciais e administrativos em cuidados para não malferirem os direitos dos jovens, tolhendo ou limitando a liberdade, sem motivo autorizado por lei"⁵⁸.

Pois, o não reconhecimento de que as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente são sanções penais e atribua responsabilidade penal aos adolescentes contribui para a compreensão distorcida do sistema⁵⁹.

Urge a necessidade de reconhecer, de uma vez por todas, o direito penal juvenil e a idade de responsabilização penal no Brasil, a partir dos 18 anos, que apesar de inscrita na Carta Magna, não vem sendo observada pelos aplicadores do ordenamento jurídico

⁵⁶ Conselho Nacional de Justiça. Panorama nacional da execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em 08 de jan. 2014

⁵⁷ http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDC.A.pdf

⁵⁸ SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O mito da imputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente.

⁵⁹ SPOSATO, karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. Revista de Direito GV 7(1). São Paulo: 2011.Pag.280

que evoluíram no ordenamento e involuíram na aplicação criando um novo "neomenorismo".

8. INTERPRETAÇÃO, EFETIVIDADE E APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO

Como visto acima a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico.

Para Konrad Hesse "a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições."⁶⁰

Corroborando Lenio Streck "A Constituição emerge primariamente da própria existência (da Sociedade do Estado, dos direitos sociais-fundamentais inconclusos) e sempre a ela se remete. Por isso, é ela um existencial. Mas, ao mesmo tempo, temos que ter claro que a Constituição deve provocar-nos a necessária angústia do estranhamento. Como bem diz Gadamer, ter horizonte significa não estar limitado ao que está mais próximo de nós, mas, sim, poder ver além. Entretanto, há que se perguntar: estamos vendo além? Compreendemos a Constituição como o "novo" em *terra brasilis*. Estamos olhando o novo como os olhos do novo?"⁶¹

É mister sepultar as velhas concepções preconizadas no código de menores (doutrina da situação irregular) e dar efetividade e eficácia as normas atinentes a doutrina da proteção integral inseridas no texto constitucional, sob pena de passarmos a ter uma situação irregular do Estado que não respeita os limites constitucionais.

⁶⁰ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Pag. 14/15.

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, organizador, participante STRECK, Lenio Luiz. Canotilho e a Constituição Dirigenete. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Pag. 84

Por efetividade compreende-se, conforme conceituação de Luís Roberto Barroso, "a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social".⁶² Já a eficácia conforme José Afonso da Silva "é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador".⁶³

Jacinto Coutinho assevera que "a Constituição é um dinamismo, é contemporânea à realidade. Quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza".⁶⁴

Mas quem interpreta e como aplica o texto? Ou no dizer de Peter Habermas "Há de se indagar como os direitos fundamentais não de ser interpretados em sentido específico."⁶⁵

A interpretação não é feita de forma isolada, o interprete por sua vez não pode desvincular-se de seu contexto histórico. Hesse leciona "se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada

⁶² BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag.82/83

⁶³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6.ed. São Paulo: Melheiros editores, 2002. Pag. 66

⁶⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, organizador, participante GRAU, Eros. Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Resenha do prefácio a 2ª edição.

⁶⁵ HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1997. Pag 16

situação. Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode - ou deve- provocar mudança na interpretação da Constituição."⁶⁶

Pode-se dizer, então, servindo-se de Fábio de Oliveira que "a Lei Maior é violada pelo descumprimento do dever de concretização dos seus comandos, seja por ação ou omissão, afronta que vem do Executivo, do Legislativo e do Judiciário".⁶⁷

Analisando a produção legislativa, resta evidente que a Lei 8069/90, no que aduz a privação da liberdade não acolheu as garantias e os direitos fundamentais inseridos na Carta Magna.

Os juristas, por sua vez, não interpretaram o novo texto com todas as acepções de seu contexto e passaram a "negar" o que a Carta Magna pactuou com a sociedade, ou seja, dizer *não* a situação irregular dos adolescentes autores de delitos, quando lhes cabia, como bem assevera Luís Roberto Barroso "formular estruturas lógicas e prover mecanismos técnicos aptos a dar efetividade às normas jurídicas".⁶⁸

Assim, o judiciário, frequentemente, emana decisões baseados em argumentos não jurídicos bem como na construção da idéia de periculosidade dos adolescentes, como se esta ainda fosse o cerne deste direito, podemos verificar esta interpretação nos argumentos de justificação da internação, extraídos de alguns julgamentos do STF:

"a medida de internação mostra-se a mais adequada, porquanto, além da comprovada participação do menor na prática de condutas graves, o laudo de estudo social elaborado dá conta de que o adolescente está afastado dos estudos, não possui ocupação lícita e está efetivamente envolvido com o tráfico de entorpecentes⁶⁹; a medida socioeducativa de internação está devidamente fundamentada não apenas na gravidade do ato infracional equiparado ao crime de latrocínio (CP, art.157, § 3º),

⁶⁶ HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. Pag. 22/23.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fabio Correa. Morte e vida da constituição dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pag. 231.

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag.84.

⁶⁹ STF, HC 111540/MG, 2ºT - Rel. Min: Ricardo Lewandowski, Julgado em 24/04/2012

mas também na violência exercida contra a vítima, que integra o próprio tipo penal, e na desajustada conduta social do paciente, viciado em drogas;⁷⁰ (grifo nosso)

A medida socioeducativa de internação está devidamente fundamentada não apenas em face da gravidade do ato infracional equiparado ao crime de homicídio qualificado, na forma tentada (CP, art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II), mas, também, na violência exercida contra a vítima, violência que integra o próprio tipo penal - *essentialia delicti* -, na desajustada conduta social do menor, posto viciado em drogas e afastado da escola, acrescida pelo fato de que o meio social em que vive é desfavorável e na impossibilidade de controle ou contenção de seus atos por sua única responsável;⁷¹ (grifo nosso)

Ainda mais agressivo é privar o adolescente de sua liberdade sobre o fundamento de protegê-lo ou por ato infracional que não seja considerado grave. Um adulto jamais seria "preso" sobre o argumento da proteção ou pelo descumprimento de uma transação penal.

Conforme se observa, embora o ato infracional em tela (análogo a furto) não possa ser considerado grave, a medida aplicada encontra fundamento no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a possibilidade de aplicação da medida socioeducativa de internação por reiteração no cometimento de outras infrações graves. No caso o paciente possui 09 passagens pela Vara da Infância e da Juventude, por atos infracionais análogos aos crimes de furto e uso de substâncias entorpecentes, recebeu 06 remissões e as medidas protetivas matrícula/frequência em instituição de ensino, tratamento para toxicomania e abrigo em entidade, todas descumpridas pelo adolescente.⁷²

⁷⁰ STF, HC 104405/MG, 1º T, Rel. Luiz Fux, Julgado em 14/02/2012

⁷¹ STF, RHC 104144/DF, 1º T, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 14/06/2011

⁷² STF, HC 107712/MG 1º T, Rel. Min. Luiz Fux, Julgado em 13/12/2011

Estes julgados encontram conformidade com os dados colacionados na pesquisa, “Responsabilidade e Garantias ao Adolescente Autor de Ato Infracional: uma proposta de revisão do ECA em seus 18 anos de vigência”, apoiada pelo Ministério da Justiça e publicada na revista de direito GV onde denota-se “que a medida de internação é sistematicamente imposta com baixa fundamentação legal, e em não poucos casos sem a devida consideração dos requisitos legais exigidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente”⁷³ ou a cultura de inclinação ao encarceramento juvenil se revela posicionamento recorrente na jurisprudência brasileira, fundamentada (não na lei, mas) numa suposta periculosidade atribuída aos antecedentes dos adolescentes, à falta de respaldo familiar, ao desajuste social, ao uso/abuso de drogas, no que se reconhece na medida de internação uma forma de segregação e uma estratégia de ressocialização, ou ainda, a coloca em meio ao discurso do “benefício” ou da “correção” atribuído como justificativa à aplicação de medida de internação: “isolar para tratar”⁷⁴

Frisa-se que o conceito de periculosidade era um dos suportes ideológicos que fundou a estruturação do Juizado de Menores na década de vinte, a burguesia precisava equiparar o sistema jurídico penal com medidas que punissem além do crime⁷⁵ e os motivos que levavam os doutrinadores a indicar as causas da delinquência juvenil hoje ainda o são considerados, tais como, as desigualdades sociais.

Pode se dizer que se esperava, a época da Constituição, romper com as políticas institucionalizantes da legislação menorista e inserir os direitos fundamentais da criança e adolescente no texto constitucional constituiu um avanço, entretanto, em relação a internação a situação irregular ainda persiste. Complementado o exposto Fábio de Oliveira bem ilustra a questão “o fato é que a Constituição não é o remédio para todos os males. Os problemas não se resolvem somente por terem sido reduzidos a escrito.”⁷⁶ E

⁷³ SPOSATO, Karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. Revista de Direito GV 7(1). São Paulo: 2011. Pag.278

⁷⁴ Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDCa.pdf acesso em 08/01/2014

⁷⁵ BATISTA, Vera Malaguti. Difíceis ganhos fáceis: Droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renavan, 2003. Pag.68

⁷⁶ OLIVEIRA, Fábio Correa. Morte e vida da constituição dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pag. 209.

prossegue "é inevitável reconhecer que a Constituição permanece inefetiva em muitas das suas normas,⁷⁷ pois, conforme os julgados as políticas de mero encarceramento adotadas no país refletem a aplicação da doutrina da situação irregular e negação do contexto histórico e o espírito da Lei conduzindo o Estado para a irregularidade.

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em um determinado momento histórico e tem como escopo assegurar os direitos fundamentais, fornecendo elementos de limitação do poder estatal sobre os quais se assentam todas as normas infraconstitucionais.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no que compete ao adolescente infrator, propôs um novo paradigma, mas na prática pouco evoluiu, pois, vem sendo interpretado e aplicado, destoando dos preceitos constitucionais e por esta razão a sociedade e a classe política, negam a existência de um direito penal juvenil, interferindo e privando a liberdade de adolescentes com inobservância das garantias constitucionais.

Desta forma, não se pode permitir que a legislação infraconstitucional elimine normas concretizadoras de direitos fundamentais, já que isto resultaria na retirada da eficácia jurídica das normas constitucionais, uma vez que o cumprimento de um comando constitucional resulta na conversão em proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.⁷⁸ Sob pena de termos superados o paradigma da doutrina da situação irregular preconizada no código menorista para adentrarmos na situação irregular do Estado (que não garante oportunidades reais de educação, profissionalização e apoio psicossocial) e que interpretando erroneamente os seus comandos nega vigência a Lei Fundamental encarcerando inimputáveis.

⁷⁷ OLIVEIRA, Fabio Correa. Morte e vida da constituição dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. Pag. 228

⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pag.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Penal brasileiro. Decreto-Lei nº 2.848 de 7-12-1940. 46^a ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 20 de dez. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA. Vera Malaguti. Díficeis ganhos fáceis: Droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992

CABRAL, Marcelo Malizia. Prisão para jovens: Será este o caminho? in Juizado da Infância e Juventude/ [Publicado por] Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Corregedoria -Geral de Justiça, n.1 (nov.2003). Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2003.

CALDERONI, Vivian. Adolescente em conflito com a lei: considerações críticas sobre a medida de internação. Revista Liberdades, n.5. setembro-dezembro de 2010.

CANOTILHO, J.J.Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários a constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama nacional da execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf>. Acesso em 08 de jan. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, organizador, participante
STRECK, Lenio Luiz. Canotilho e a Constituição Dirigenete. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, organizador, participante
GRAU, Eros. Canotilho e a Constituição Dirigenete. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
Resenha do prefácio a 2ª edição.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR Roberto Delmanto; DELMANTO Fabio de Almeida. Código penal comentado. 8.ed. rev.atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

HABERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1997.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HUMAN RIGHTS WATCH. Verdadeiras masmorras: detenção juvenil no Estado do Rio de Janeiro, n.7 (B), vol.16. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/brazil1204pt.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2014

LASSALLE, Ferdinand. A essência da constituição. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena? São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. A proteção Constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Morte e vida da Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Fábio. Notas sobre uma teoria da constituição dirigente constitucionalmente adequada ao Brasil.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença a proteção integral: Uma abordagem sobre a responsabilidade juvenil. 2 ed.rev.ampl- Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARAIVA, João Batista Costa. Compêndio de Direito Penal Juvenil: Adolescente e ato infracional. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei 2009. Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/sedh/documentos/Levantamento_Nacional_SINASE_2009_SDH_SNPDCA.pdf>. Acesso em : 08/01/2014

SPOSATO, karyna Batista; MINAHIM, Maria Auxiliadora. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. Revista de Direito GV 7(1). São Paulo: 2011.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O mito da inimputabilidade penal e o estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <http://home.cml.pr.gov.br/home/jornada/artigos/anexo/Artigo_7.pdf>. Acesso em: 30 de dez. 2013.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6.ed. São Paulo: Melheiros editores, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

**A PROBLEMÁTICA DOS JOVENS NO CEARÁ: VÍTIMAS NAS RUAS E
NAS INSTITUIÇÕES SÓCIO-EDUCATIVAS**

*THE PROBLEM CONCERNING THE YOUNGSTERS THE STATE OF CEARÁ:
VICTIMS INSIDE THE SOCIAL-EDUCATIONAL INSTITUTIONS AND ON THE
STREETS.*

Arnelle Rolim Peixoto

*“De aqui, de dentro da guerra,/ qualquer tropeço é
motivo./A morte te olha nos olhos,/ te chama, te
atrai, te cobiça.//De aqui, de dentro da guerra,/ não
tem DIU nem camisinha/ que te proteja da estúpida/
reprodução/ da fome, da miséria,/ da ínfima
estrutura/ que abafa o cantar das favelas,/ antigas
senzalas modernas./ Cemitério Geral das pessoas.//
De aqui, de dentro da guerra,/ eu grito pra ser
ouvida./ De aqui, de dentro da guerra,/ eu me armo
e policio.// De aqui, de dentro da guerra,/ é que eu
protejo meus sonhos// pra não virar a cabeça,/ pra
não virar a palavra,/ pra não virar estatísticas.”
Dinha, “De aqui, de dentro da guerra” (SILVA e
DARA 2015,p. 88)*

Resumo: A situação da violência no Brasil é preocupante, porque o elevado número de homicídios em determinadas cidades, faz com que o sistema de controle do Estado seja mais repressivo, principalmente, nas zonas cuja pobreza prevalece. No estado do Ceará essa questão vem sendo percebida há bastante tempo, principalmente, com o aumento da presença e do domínio de determinadas facções criminais para o controle do tráfico. Diante dessa problemática, os jovens são o alvo propício para sofrerem essa vitimização,

tanto sendo vítimas do tráfico, quanto vítimas da força policial. Quando estão nas ruas, esses jovens sofrem com número elevado de homicídios na sua faixa etária e, estando dentro das instituições socioeducativas, padecem de outros tipos de violações de direitos humanos, como por exemplo, a integridade física. A problemática em torno dos jovens em Fortaleza vem ressaltada pelo aumento dos homicídios dentro dessa faixa etária, como também pela escassa função de ressocialização dos sistemas socioeducativos. No Ceará, de acordo com o índice de homicídios na adolescência, a taxa de morte é de 9,95 para cada mil habitantes, o que induz a um estudo sobre o porquê e em quais pontos estão falhando as políticas públicas de segurança. Juntando-se a esta perspectiva, os adolescentes ficam à margem de um sistema de ressocialização eficiente. A questão do marco conceitual de juvenicídio (morte sistemática de jovens) (Valenzuela 2015) faz com que se possa ser utilizado para o estudo concreto dessa situação no Ceará. Contemplar esta teoria e todas as suas causas (pobreza, desigualdade, estigmatização) leva a perceber a realidade preocupante do Ceará. Por outro lado, a falta de estrutura adequada, de formação e de iniciativa em investir nas instituições socioeducativas, faz com que esses adolescentes sejam outra vez vítimas, ao entrarem nessas instituições estatais. Um estudo exploratório com bibliografia, documentos e artigos, juntamente com dados quantitativos, tanto com relação aos homicídios quanto à falta de educação e do abandono escolar, ajuda a retratar a primeira situação “vitimizadora” do adolescente. Para retratar a segunda situação, na qual o adolescente está na situação de vítima da realidade do tratamento dos sistemas socioeducativos, utiliza-se um estudo exploratório de bibliografia e informes de instituições internacionais (OEA). Um estudo dessas duas perspectivas faz-se necessário, para observar a realidade da falta de amparo que acomete os adolescentes, seja nas ruas ou internos em instituições estatais, da falta de políticas públicas que necessitam ir além das ações nas ruas, expandindo-se para o interior das instituições. Desse modo, evita-se, que esses adolescentes sejam vítimas duas vezes, a primeira, nas ruas e a segunda nas instituições sócioeducativas que atualmente servem somente para contenção de adolescentes infratores.

Palavras chave: juvenicídio, instituições socioeducativas, Ceará

Abstract: The violence in Brazil is an alarming situation, and because of the high number of homicides in certain cities, the State's control system has become more repressive, mainly in the poorer areas. In the State of Ceará this issue has been observed for a long time, especially with the rise of the presence and dominance of criminal groups that fight to having control over the drug trafficking. In face of this reality, young people are largely affected by it, as they have become victims of the criminal world and the police force. While on the streets, these youngsters have been victimized by a high number of homicide, and once they are referred to the social-educational institutions they will suffer other types of human rights violations, for instance, the ones concerning physical integrity. The problem regarding these young people from the city of Fortaleza is being stressed by the rising rate of homicides amongst them, as well as the ineffectiveness of the resocialization measures that have been taken by the social-educational systems. In the State of Ceará, according to the rate of homicides among teenagers, the death rate is 9,95 per 1.000 inhabitants, which leads to a study on the reasons why that situations has been happening and what is needed to be changed concerning the public security policies. Along with this perspective, the teenagers still remain under an ineffective system of resocialization. This issue regarding the juvenile homicides allows the use of the concept (the killing of the youngsters) (Valenzuela 2015) in the analysis of that situation in Ceará. By analysing this theory and its causes (poverty, social inequality, stigmatization) it will be possible to perceive this alarming reality in Ceará. On the other hand, the lack of an effective structure and teacher education, as well as the lack of initiative in investing on social-educational institutions, produces a situation where these teenagers will be, again, victimized by these institutions. An exploratory study using a specific bibliography, documents and articles, along with statistics data concerning these homicides, as well as the lack of educational background and school dropout rates, would allow to portrait the first victimizing condition of these teenagers. As to the second situation, in which they are victims of the reality lived inside the social-educational institution system, an exploratory study using bibliography and reports from international institutions (OEA) would be applied. It is necessary a study approaching these two perspectives in order to

better observe not only the reality of these teenagers on the streets, but also as they enter those institutions. The study is also needed in order to comprehend the level of effectiveness regarding the public policies that are held inside and outside the institutions, and what has to be changed. In this way, this situation of a double victimization would be avoided; the first one, referring to the teenagers on the streets and the second, concerning the measures that are applied inside the social-educational institutions, nowadays seen as mere places used to confining young offenders.

Keywords: juvenile homicide; social-educational institutions; Ceará.

1. INTRODUÇÃO

Uma das problemáticas centrais que gera constante preocupação nos brasileiros e no seu governo é a violência. O aumento contínuo das taxas de homicídios em determinadas regiões do país, vem colocando em discussão essa temática tanto nos meios de comunicação, quanto nas agendas políticas dos governantes. No caso do Ceará, não é diferente. Houve um considerável aumento no número de homicídios no estado, passando de 21 casos no ano de 2005 para 46,7 no ano de 2015, estimativas para cada 100 mil habitantes (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017). São taxas ainda mais alarmantes quando acrescenta o latrocínio e a lesão corporal seguida de morte, ou seja, a taxa do CVLI- crimes violentos letais e intencionais. Essa onda de violência vem atormentando os habitantes do Ceará, exigindo-se cada vez mais a adoção de medidas de segurança mais duras, mais controladoras, com maior encarceramento. Nesse sentido, há a inversão de ética, na qual pela paz se exige mais guerra, e pela segurança mais insegurança (DUNKER, 2015).

Entretanto, ao se falar sobre a violência e o anseio pela segurança, vem em mente a classe mais vulnerável e que, portanto, torna-se vítima comum tanto do crime quanto do Estado: os adolescentes e jovens. O aumento da presença de facções criminosas no Ceará e a briga pelo controle do tráfico de drogas nos bairros, estão fazendo com que cada

vez mais as vítimas de homicídios sejam mais jovens e, por outro lado, são os mais propensos a serem presos pela polícia, porque são a “ala de frente” que comete crimes e que entra em confronto com a polícia. Nesta perspectiva, pode-se conduzir ao pensamento de que os jovens estão em um papel de dupla vitimização nas ruas, possivelmente, perdendo suas vidas ou na mão do estado, cujo controle social punitivo faz com que cada vez mais o número de adolescentes nas instituições socioeducativas seja alarmante, pois, em vez destas proporcionarem a ressocialização, simplesmente atuam como contenção de adolescentes infratores.

2.O CONCEITO DE JUVENICÍDIO

Em situações nas quais a taxa de morte de jovens é elevada, pode-se contextualizar utilizando-se o termo juvenicídio, trabalhado pelo sociólogo Valenzuela. Para ele, a morte sistemática de jovens dentro de parâmetros como a vulnerabilidade, precariedade, estigmatização e criminalização são cenários perfeitos para estudar toda essa problemática. Essas questões de âmbito econômico, político, social e cultural são as que permitem aplicar estratégias de controle sociocorporal (VALENZUELA, 2015). Dentro desse contexto, a aplicação da necropolítica, que adota o poder e o direito de decidir quem pode viver e quem deve morrer, é bem mais visível. É nesse panorama que se consegue classificar quais são as vidas que devem ser protegidas e quais são as prescindíveis.

Deste modo, para classificar se o alto índice de homicídios de jovens em determinada sociedade possa se tratar de juvenicídio, é necessário analisar sob uma perspectiva multidimensional, para encontrar pontos em comum que estão presentes nessas mortes. Trata-se de, classificar identidades desacreditadas, criminalizadas e irrelevantes, usando para isso a noção de vida nua, na qual quem provoca a própria morte estaria impune, também considerada vida *matável* (AGAMBEN, 2010). Nesse contexto, trabalha-se entre a vida sacrificável e o poder que têm determinadas políticas em ditar quem merece viver e quem merece morrer (necropolítica). Dentro desse parâmetro, o

homem excluído da comunidade (por diversos fatores) pode ser morto impunemente, situação bastante comum nas zonas cujo nível de desigualdade e violência é elevado.

Portanto, é fácil observar que as pesquisas sobre violência apontam os jovens negros e pobres como os que mais sofrem com a insegurança, sendo alvos comuns dentro de zonas cuja “guerra contra o crime” faz vítimas diárias. Nessa situação ajustar esses jovens na classificação de *vida matável* denota fatores comuns que lhes cercam. O primeiro fator é a precariedade, que desagrega em diversos âmbitos, dentro dos quais, podemos iniciar com a precariedade econômica. A precariedade econômica na qual a pobreza e a extrema pobreza se reproduzem, ou seja, o jovem que vive em ambiente marcado por essa falta de recursos econômicos, está propenso a viver com uma renda mensal similar ao que vivem seus pais. São recursos tão escassos, que mal conseguem cobrir as necessidades básicas de uma família, para que possam viver com dignidade.

Outro âmbito desta precariedade é o educativo, com o qual a falta de acesso à escola ou a falta do seu seguimento faz com que muitos dos jovens tenham baixo nível de escolarização. Essa falta de escolarização ou o baixo nível de escolaridade vem como consequência de um conjunto de motivos, como por exemplo, a falta de escola; o número reduzido de vagas; o abandono escolar por falta de interesse do próprio estudante; falta de políticas públicas que estimulem os jovens no âmbito da educação; abandono escolar por necessidade econômica que obriga o adolescente a trabalhar.

Esses dois âmbitos de precariedade estão interligados e leva a um terceiro, a precariedade na vida laboral, na qual a oportunidade de encontrar trabalho, com a baixa escolaridade, é escassa ou, quando se encontra, muitas vezes são trabalhos informais sem o mínimo de garantias. É um círculo vicioso de precariedade, que acaba por inter-relacionar esses fatores, no qual a falta de oportunidade e o descaso do Estado em oferecer suportes para o desenvolvimento social, resultam na vulnerabilidade desses jovens, em excluí-lo como integrantes da sociedade, permitindo que possam ser aplicadas políticas necrofilicas (VALENZUELA, 2015).

O segundo fator é a estigmatização, ou seja, uma desclassificação antecipada de uma camada social. Esse estigma muitas vezes vem de um critério evidente, o racial, bastante perceptível na sociedade brasileira. A incapacidade de oferecer uma igualdade

de direitos às minorias étnicas ou aos negros, que são a maior parte da população brasileira, faz com que sejam desclassificados dentro da sociedade. São estes grupos sociais, onde a maioria está desprovida de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e sociais, que a violência mais ataca e a impunidade persiste.

O terceiro fator, que também está relacionado com o anterior, é a criminalização, a construção de um sujeito com carga social desacreditada, baseada em estereótipos. São as expressões “malandro”, “sem futuro” ou “usuário de droga” que ajudam a construir o discurso de conformação ante a violência sofrida por estes sujeitos estigmatizados e criminalizados. Um ponto que contribui bastante para essa criminalização são os meios de comunicação, com os quais ajudam a difundir através dos programas policiais a figura do jovem infrator. Transmitem a imagem “criminal” do jovem pobre, daquele que vive na periferia, como sendo “os grandes causadores” dessa insegurança. Esses meios de comunicação traçam o roteiro do pânico (mostrando todo tipo de violência e crueldade), contribuindo para que a sociedade tenha a ânsia por um poder punitivo forte. Criam a imagem de que os infratores sejam uma categoria social isolada, que a única via para eles é a de impor um dispositivo de segurança (URTEGA Y MORENO, 2015), é a construção do populismo punitivo, presente tanto nos programas policiais quanto nos discursos políticos.

São essas políticas de vitimização que servem como regulador social, na dissociação entre os direitos do homem e os direitos dos cidadãos, ocasionando o fim da liberdade ou até mesmo da vida em nome da segurança.

3. A SITUAÇÃO DOS JOVENS NO CEARÁ: VÍTIMAS NAS RUAS

É evidente a situação problemática em que se encontram os jovens na América Latina e, particularmente, no Brasil. De acordo com as estatísticas, houve um aumento de 669,5% dos homicídios praticados com arma de fogo por pessoas com idade entre 15 a 29 anos. Dentro dessa estatística dos homicídios por arma de fogo, 58% das vítimas, em 2014, foram jovens (WAISELFIZ, 2015). Os mais vulneráveis neste grupo são os jovens

negros, pobres e que moram na periferia, já que 77% das vítimas de homicídios no Brasil pertencem a este grupo social (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2015). Diante desse panorama, pode-se afirmar que esses jovens encaixam-se na situação que Agamben define como

¿Existen vidas humanas que hayan perdido hasta tal punto la calidad de bien jurídico, que su continuidad, tanto para el portador de la vida como para la sociedad, pierde asimismo de forma duradera cualquier valor? (2010, p.174).

Nesse sentido, os indivíduos que não interessam ao Estado e que, portanto, são considerados os “não sujeitos de direito”, também os são, por assim dizer “matáveis”

Essas taxas são igualmente alarmantes na região do Ceará. Mais especificamente, os adolescentes são os que mais sofrem com essa violência. De acordo com o Índice de Homicídios de Adolescentes (IHA), em 2014 foram 8,71 homicídios de adolescentes para cada 100 mil habitantes, havendo só na capital (Fortaleza) um índice de 10,94 homicídios (OPOVO, 2017)¹. No ano de 2015, os números absolutos de adolescentes entre 10 e 19 anos mortos no Ceará foram de 816, no caso mais específico onde concentra um índice visível de mortes em uma cidade, é em Fortaleza onde foram um total de 387, como destaca o Relatório do Comitê Cearense para Prevenção de Homicídios na Adolescência (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ, 2016). Esse alto índice de homicídios evidencia que o Ceará como um todo, e especificamente sua capital, são zonas carregadas de violência, ocupando Fortaleza o 12º lugar na lista das cidades mais violentas do mundo em 2015 (CONSEJO CIUDADANO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y JUSTICIA PENAL A.C, 2016)². Nos últimos anos, esse aumento foi devido ao conflito que se vem arrastando com a disputa de zonas de tráfico de drogas entre as

¹ Por enquanto que o índice ideal do IHA seja zero, o do Brasil corresponde a 3,65. Observa-se a problemática existente no Ceará, e mais ainda a capital. São tão elevados o número de homicídios de adolescentes que se iguala a zonas de guerras.

² Em dados mais atualizados, só de janeiro a julho de 2017 foram 1 mil assassinatos em Fortaleza (TRIBUNA DO CEARÁ. 2017)

facções criminosas, cada vez mais presente tanto na capital como em outras zonas do Ceará.

Pode-se perceber, de acordo com a figura abaixo, qual o grupo e a idade que está mais propenso a essa violência no Estado.

FIGURA 1 - IDADE E PERFIL DAS VÍTIMAS DE HOMICÍDIOS NO CEARÁ



Fonte: Assembléia Legislativa do Ceará (2016, p.7)

FIGURA 2: TAXAS DE HOMICÍDIOS POR VÍTIMAS



Fonte: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará(2016)

Pode-se, de acordo com esse gráfico, entender o porquê desta situação de violência e insegurança nessa região, ser o tema de segurança pública que ocupa a primeira linha de debate na comunidade e entre os políticos. Portanto, esta preocupação faz com que as medidas pensadas para serem aplicadas diante dessa insegurança sejam de caráter “imediato”, ou seja, uma maior repressão, o braço forte da violência justificada por parte do Estado. Conseqüentemente ocasiona a perda de mais vidas destes jovens e não acaba com o problema de fundo que abrange a questão da situação desses jovens vulneráveis.

Como determina Valenzuela, a explicação dessas mortes sistemáticas vai mais além

Precariedad, vulnerabilidad e indefensión conforman la base económica, política, social y cultural que permite el ejercicio de la biopolítica y sus estrategias de control sociocorporal y de la necropolítica que se arroga el poder y el derecho de decidir quién puede vivir y quién debe morir. (2015, p.1)

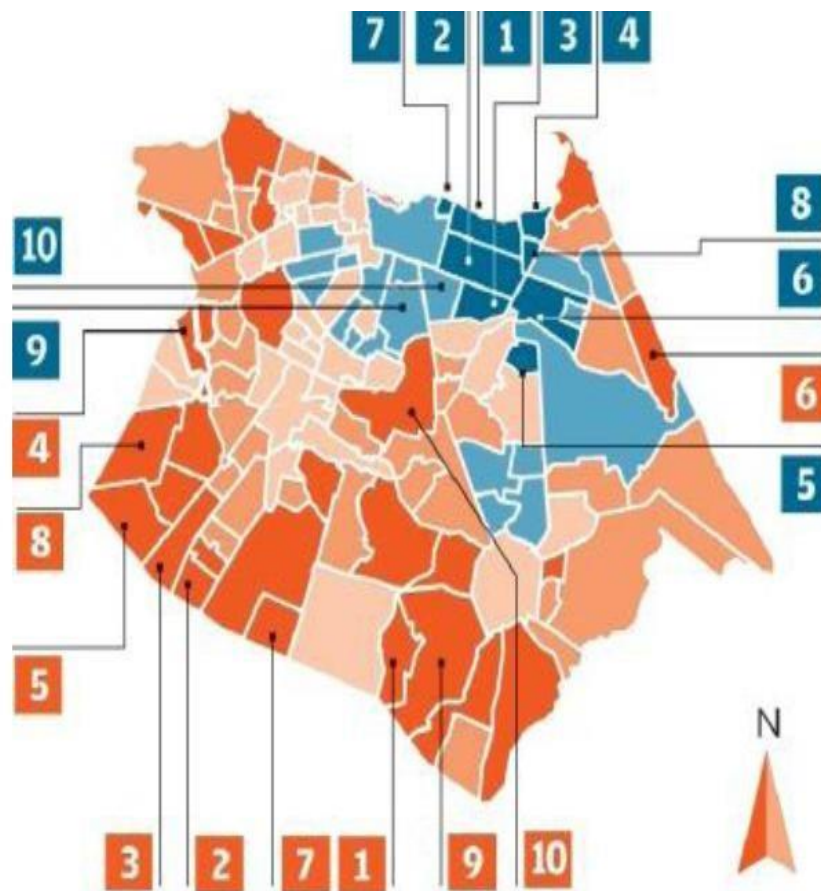
Na visão do sociólogo, o que há por trás dessa violência existente, seriam exatamente a precariedade e a vulnerabilidade. E como não poderia ser diferente, em determinadas zonas do Ceará, as mais pobres, estão castigadas pela pobreza e desigualdade³, inclusive sendo mais visíveis na capital, o que leva a favorecer o círculo vicioso da violência.

Esta brecha de desigualdade pode ser observada por um exemplo claro da diferença do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que existe entre alguns bairros da cidade de Fortaleza.

³ De acordo com o IBGE, Fortaleza tem uma população de 2.609.716, com o índice de pobreza de 43,17.%.






FIGURA 3: ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO (IDH)

NO MAPA DA CIDADE DE FORTALEZA DIVIDIDO POR
BAIRROS



Fonte: OPOVO(2014)

FIGURA 4: QUANTIDADES DE BAIRROS POR IDH DE FORTALEZA

	IDH	Nº de bairros
	0,1195 - 0,2500	28
	0,2501 - 0,3500	34
	0,3501 - 0,5000	28
	0,5001 - 0,7000	21
	0,7000 - 0,9531	8

Fonte: OPOVO(2014).

FIGURA 5: 10 MELHORES E 10 PIORES BAIRROS DE FORTALEZA

Os 10 bairros com melhor desenvolvimento humano		Os 10 bairros com o pior desenvolvimento humano		
1	Meireles	0,953	1 Conjunto Palmeiras	0,119
2	Aldeota	0,867	2 Parque Presidente Vargas	0,135
3	Estância (Dionísio Torres)	0,860	3 Canindezinho	0,136
4	Mucuripe	0,793	4 Genibaú	0,139
5	Guararapes	0,768	5 Siqueira	0,149
6	Cocó	0,762	6 Praia do Futuro II	0,168
7	Praia de Iracema	0,720	7 Planalto Ayrton Senna	0,168
8	Varjota	0,718	8 Granja Lisboa	0,170
9	Fátima	0,695	9 Jangurussu	0,172
10	Joaquim Távora	0,663	10 Aeroporto (Base Aérea)	0,177

Fonte: OPOVO(2014)

Partindo dessa desigualdade e da precariedade existente em alguns bairros, pode-se relacionar que muitos dos homicídios desses adolescentes estão nos bairros mais pobres. De acordo com o Relatório do Comitê Cearense para Prevenção de Homicídios na Adolescência

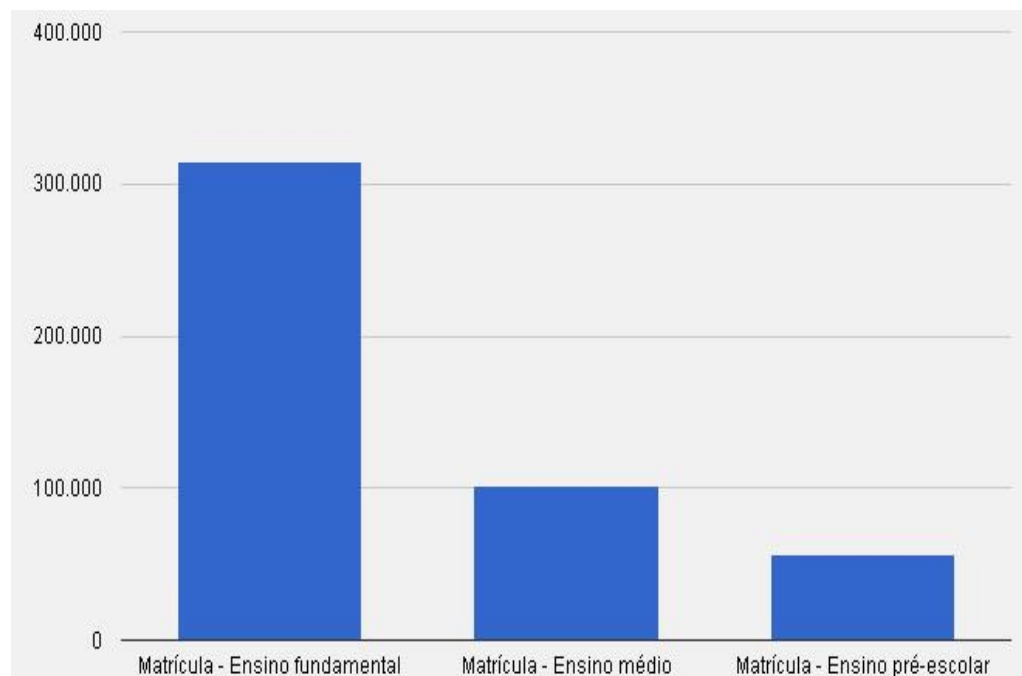
Os homicídios de adolescentes não se dão de maneira homogênea nas cidades. Em Fortaleza, 44% das mortes aconteceram em apenas 17 dos 119 bairros. Quase um terço dos homicídios de adolescentes da cidade foi entre moradores de 52 comunidades (onde vive 13% da população capital em uma área equivalente a 4% de Fortaleza). A maioria dos adolescentes morreu no próprio bairro. Esses bairros apresentam infraestrutura e serviços precários [...]. (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ, 2016, p.12)

São, portanto, adolescentes que estão longe da zona de conforto de alguns bairros, vivendo em zonas castigadas pela pobreza e pela falta de atuação do próprio Estado, nas quais, o que predomina é o “auto governo” implantado pelos traficantes ou facções criminosas. Nesse contexto, os próprios adolescentes estão acostumados com essa vulnerabilidade, precariedade, violência e impunidade, ou seja, eles nascem, mal vivem e morrem no seu próprio bairro.

Acrescentando a esta precariedade da zona de moradia, também existe a precariedade educacional. Muitas das zonas onde se concentram essas mortes, os fatores que fazem para que esta problemática na educação venha sucedendo são devidos: à falta de escola no bairro, ou não existência de vagas suficientes para atender a demanda da comunidade, ou inclusive a falta de apoio dos governantes de aplicar políticas educacionais que incentivem a continuidade dos estudos. Este panorama pode ser

observado na tabela sobre a situação da capital (Fortaleza) em relação ao número de matrículas realizada em cada etapa do ensino.

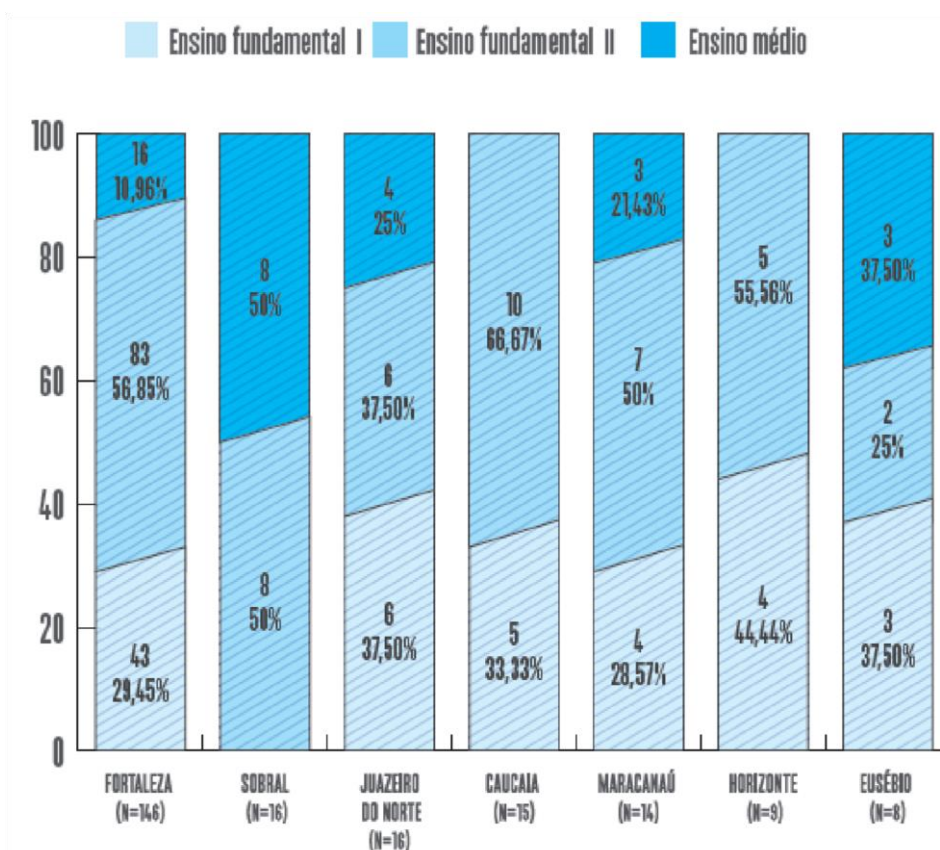
FIGURA 6: NÚMERO DE MATRICULAS DE ESTUDANTES POR NIVEL DE ENSINO



Fonte: IBGE (2016)

Ao observar a situação educacional dos jovens mortos nas principais cidades do Ceará, retrata-se a similaridade da falta de continuidade nos estudos, onde predomina o ensino fundamental como o nível de educação mais alto que chegam essas jovens vítimas.

FIGURA 7: NÍVEL DE ESCOLARIDADE DOS JOVENS ASSASINADOS



Fonte: Comitê Cearense para Prevenção de Homicídios na Adolescência (2017, p. 19)

O abandono escolar retratado no gráfico, pode levar ao surgimento de uma questão, que seriam as consequências ocasionadas aos adolescentes em virtude disso. Como consequência, as zonas estigmatizadas, onde existe uma concentração de pobreza, violência e sem infra-estrutura adequada, convertem-se em uma zona onde favorece a impunidade, o braço forte da repressão policial e do narcotráfico que, às vezes, torna-se a figura do “Estado”. Nesse sentido, Nateras (2015) destaca a violência como relações assimétricas de poder, que estão dentro dos vínculos sociais, seja desde Estado, do crime organizado, ou das instituições.

Pode-se entender que, a falta de persuasão do Estado em aplicar programas direcionados ao fortalecimento de uma escola mais ativa dentro do bairro, seja um motivo importante desse abandono escolar. São necessárias escolas que exerçam um papel relevante de reivindicação de políticas públicas para melhorar não só dentro do centro educativo, como também no seu entorno. Perante essa ausência de oportunidade e incentivos, a trajetória dos adolescentes fica nas mãos de quem comanda o bairro, de grupo que manda nessa comunidade.

Para reverter essa situação, um apoio e orientação da escola voltada aos pais e à comunidade são meios que podem ser eficazes para essa mudança de paradigma. Isto se deve porque a escola exerce o papel chave nessa relação de adolescente versus criminalidade, devido ao fato de que a maioria desses jovens não tem o amparo de suas famílias, já que vivem na pobreza e precarização, onde o que mais importa é a renda que entra na unidade familiar, ou seja, é o que cada família tem por mês para poder suprir suas necessidades básicas.

Esta falta de apoio/vínculo escolar é um dos fatores de riscos que podem representar esse elevado número de assassinatos de adolescentes

sexualidade precoce; exposição ao sofrimento físico; insuficiência de valores e limites; violação de direitos; insuficiência de conhecimento pela família sobre dimensão dos cuidados de zero a seis anos; exposição midiática inadequada para a faixa etária; ausência de estrutura familiar e de vínculo afetivo; não atendimento às necessidades básicas; falta de conhecimento sobre drogas; negligência dos pais; abuso na infância; sofrimento ou transtorno mental; traços de personalidade; inexistência de vínculo com a escola; fragilidade da relação com a comunidade; crescimento em áreas pobres e marginalizadas; normas sociais que favorecem o uso abusivo de substâncias psicoativas. (Comitê Cearense para Prevenção de Homicídios na Adolescência, 2016, p. 154)

Com base nesse parâmetro no qual vivem os jovens no Ceará, e mais ainda, os de Fortaleza, pode-se ressaltar que o elevado número de mortes entre adolescentes assim como todos os aspectos do seu entorno, a figura do juvenicídio pode encaixar-se perfeitamente na situação vivida nesta zona. O que piora, ainda mais essa situação, é que todo o contexto histórico, social e político que contribui para a existência dessa situação segue persistindo, causando ainda mais vítimas nas ruas.

4. A SITUAÇÃO DOS JOVENS NO CEARÁ: VÍTIMAS NAS INSTITUIÇÕES SOCIOEDUCATIVAS

A proteção da criança e do adolescente, no âmbito brasileiro, está amparada na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que garante o direito à vida, à dignidade, à saúde, à liberdade, à educação, dentre outros. Junto a estas garantias protetoras, estão a regulamentação dos atos como infracionais cometidos por adolescentes a partir de 12 anos:

Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I-advertência

II- obrigação de reparar o dano;

III-prestação de serviços à comunidade;

IV-liberdade assistida;

V-inserção em regime de semi-liberdade;

VI-internação em estabelecimento educacional;

VII-qualquer uma das previstas no art.101, I a VI

§1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração [...]. (artigo 112 da Lei nº 8.069/90).

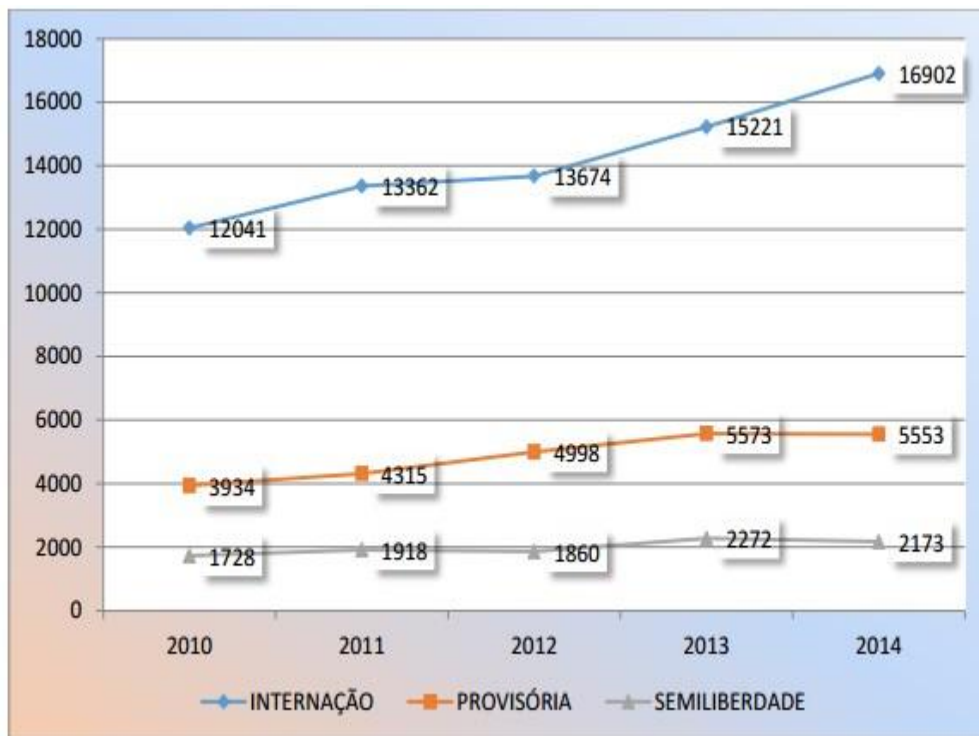
Dentre essas medidas estão previstas a inserção em medida de semiliberdade, podendo realizar atividades extras, e a medida de internação, na qual se dá a privação da liberdade do adolescente. É a medida “mais dura” (ou de último grau) para os adolescentes que cometeram infração.

A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;
- II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (artigo 112 da nº 8.069/90).

A internação, apesar de ser a medida aplicada em “último grau”, é a que habitualmente vem sendo decretada. Esta é uma constante que vem sendo observada em todo o Brasil, no qual em 2014 se encontravam 24.628 adolescentes e jovens privados de liberdade (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014).

FIGURA 8: NÚMERO DE ADOLESCENTES E JOVENS EM INTERNAÇÃO, INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E SEMILIBERDADE NO BRASIL



Fonte: Ministério dos Direitos Humanos Brasil (p.19)

Esse aumento na variação de adolescentes privados de liberdade dentro dos socioeducativos, fez com que o Congresso Nacional, em 2012, estabelecesse através da Lei nº 12.594, um Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), para coordenar uma política de atendimento socioeducativo, estabelecendo normas para a reorganização da atenção a esses adolescentes.

No que corresponde à região do Ceará, o levantamento do ano de 2014 realizado pelo SINAE, previa que havia 954 adolescentes e jovens restritos ou privados de liberdade (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2014, p.16). De acordo com a Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Ceará, nos últimos cinco anos ingressou um total de 16.000 adolescentes nos centros socioeducativos. Este aumento tornou-se bastante evidente nas instituições socioeducativas na capital (C.E. Aldaci Barbosa Mota, C.E. Cardela Aloísio Lorscheider, C.E. Dom Bosco, C.E. Patativa do Assaré, C.E São Francisco, C.E São Miguel, C.E. do Canindenzinho e C.E Passaré).

A problemática em relação a esse aumento tornou-se bastante evidente no ano de 2010, no qual, o acúmulo desses jovens, ocasionou o problema da superpopulação nas instituições socioeducativas. Com isto, o Ceará passou para a quarta posição entre os estados brasileiros com maior número de adolescentes privados de liberdade (FÓRUM DCA, 2011). Existindo, já no ano de 2010, unidades superlotadas, com 67,81% de adolescentes a mais do que a capacidade total. Para se ter idéia, dentre as oito unidades da capital cearense, que tinham na época cerca de 463 adolescentes, encontram-se agora com um total de 915, um aumento de 197,6% a mais da sua capacidade (Ibidem, p.12). Esta situação constatada já no ano de 2010 vem persistindo, já que se emitem cada vez mais penas de privação de liberdade, o que ajuda neste contínuo e crescente aumento de adolescentes, conforme pode-se observar no gráfico abaixo.

FIGURA 9: QUADRO COMPARATIVO ENTRE OS ANOS 2010 E 2013 NAS UNIDADES DE INTERNAÇÃO NO CEARÁ

UNIDADES DE INTERNAÇÃO DE FORTALEZA (Uis)	CAPACIDADE DA UNIDADE DE INTERNAÇÃO (segundo informação dos entrevistados)	NÚMERO DE ADOLESCENTES INTERNOS EM 2010	NÚMERO DE ADOLESCENTES INTERNOS EM 2013	% DE SUPER-LOTAÇÃO EM 2010	% DE SUPER-LOTAÇÃO EM 2013
Unidade de Internação Patativa do Assaré	60	139	160	231%	267%
Unidade de Internação Passaré	94	66	138	73%	147%
Unidade de Internação Provisória São Francisco	60	140	148	233%	238%
Unidade de Internação Dom Aloisio Loschneider	60	164	150	273%	250%
Unidade de Internação Feminina Aldaci Barbosa	40	24	63	60%	158%
Unidade de Internação Dom Bosco	60	140	152	233%	253%
Unidade de Internação Provisória São Miguel	60	194	148	265%	247%

Fonte: Fórum DCA (p. 27)

Nesse contexto, pode-se falar que os jovens inseridos no sistema socioeducativo estão na situação de vítima perante toda a carência e precariedade que vem resultar na permanência dentro destes sistemas institucionais, nos quais encontram-se em situações degradantes e desumanas, chegando, em alguns casos, encontrar-se a prática de tortura nesses centros, para conter situações agressivas dos internos.

Tal situação veio ocasionar uma denúncia contra o Brasil no âmbito do sistema interamericano. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu uma denúncia referente às violações de direitos humanos dos adolescentes em 3 centros de internação no Ceará (C.E. São Miguel, C.E Dom Bosco, C.E Patativa do Assaré). Para a denúncia, foram citados vários instrumentos internacionais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Protocolo El Salvador, Convenção da Criança das Nações Unidas), como forma de enfatizar as violações do direito a vida, direito a integridade pessoal, direito a educação, entre outros.

Devido a gravidade e urgência constatada na situação dos socioeducativos, a Comissão Interamericana emitiu uma medida cautelar (MC 60-15), solicitando que apliquem medidas como, por exemplo: adequar a infraestrutura oferecida em relação a educação, alimentação, saúde e higiene dos adolescentes; adequar os funcionários que trabalham no âmbito; implementar medidas que garantam a segurança nesses centros; aplicar atividades para garantir o bem-estar e a integridade física, psíquica e moral dos internos; aplicar ações para diminuir essa superpopulação.

É nesta situação preocupante que os adolescentes e jovens do Ceará se encontram, por um lado, em uma precariedade e vulneração diante da desigualdade vivida dentro da comunidade que residem, onde muitos são alvos fáceis para serem recrutados pelo tráfico e entrar em uma vida de infrações e crimes. E por outro, a estigmatização dos jovens pobres infratores faz com que a única situação imediata que visam para conter este aumento de insegurança, seja a aplicação da medida de internamento dentro dos centros socioeducativos. E, são nessas instituições, que esses adolescentes voltam a encontrar-se numa situação de vulnerabilidade e precariedade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfoque dado neste trabalho, através do conceito de juvenicídio e da situação que se encontram esses jovens no Ceará, pôde-se observar que este grupo da sociedade é o que mais sofre dentro da realidade de violência que vive a região. São vítimas de violação, seja vulneração a integridade pessoal ou até mesmo ao direito a vida, no qual muitos são assassinados em idade muito jovem, por culpa da violência marcante e constante nos seus territórios.

A situação de pobreza desses jovens junto com a falta da presença de um sistema educacional ativo, faz com que perpetue essa criminalidade entre os jovens. Excluí-los socialmente, deixando-os “separados” da visibilidade dentro da cidade, faz com que aumente esta vulnerabilidade e aumente também a estigmatização da sociedade com os jovens pobres e moradores de periferia. Esta criminalidade da pobreza, esta falta de preocupação (ou até mesmo irrelevância) dos jovens mortos nas periferias são a maneira de desclassificá-los como cidadãos, já que são os considerados “maus” da sociedade.

Esta morte sistemática de jovens faz repensar que a violência seja um meio de construção política, onde estabelecem-se práticas e relações sociais, produzindo o fim da liberdade ou da vida em nome da segurança pública. A banalização do mal e o encarceramento massivo são resultado de um Estado Penal punitivo, que aplicadas nas ruas ou nas instituições socioeducativas servem como gestão dos corpos “infames”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgi. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I.**

Valencia: Pretextos, 2010.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ. **Relatório**

Final da Pesquisa do Comitê Cearense para Prevenção de Homicídios de Adolescentes-Cada vida Importa. Fortaleza: Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, 2016.

PEIXOTO, Arnelle Rolim; MARTÍN, Arkaitz Pascual. **La violencia en Fortaleza: el derecho a la “seguridad” VS la problemática de las instituciones socioeducativas.** Trabalho apresentando no Congreso Internacional de Historia de los Derechos Humanos. Dimensiones del Derecho Humano de Seguridad y Expansividad del Mismo. Salamanca, Espanha, julho 2017.

BRASIL. LEI Nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 15 de julho de 2017.

COMISSAO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautela MC 60-15.** Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC60-15-PT.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2017.

CONSEJO CIUDADANO PARA LA SEGURIDAD PÚBLICA Y JUSTICIA PENAL. **Informe Seguridad, Justicia y Paz.** México, 2015.

DA SILVA, Débora Maria; DARA, Danilo. Mães e familiares de vítimas do Estado: a luta autônoma de quem sente na pele a violência policial. In: Kucinski, B et al. **Bala Perdida. A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação.** São Paulo: Boitempo, 2015, P. 83 – 90.

DUKER, Christian I.L. A violência como nome para o mal esta. In: Kucinski, B et al. **Bala Perdida. A violência policial no Brasil e os desafios para sua superação.** São Paulo: Boitempo, 2015, p. 45- 50.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da Violência**. São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2017/06/FBSP_atlas_da_violencia_2017_relatorio_de_pesquisa.pdf>. Acesso em: 10/08/2017.

_____. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2016, Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>>. Acesso em: 20/07/2017.

FÓRUM DCA. **Monitoriamento do sistema socioeducativo: diagnóstico da privação de liberdade de adolescentes no Ceará**. Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.cedecaceara.org.br/wp-content/uploads/2014/09/Monitoramento-do-sistema-socioeducativodiagn%C3%B3stico-da-priv%C3%A7%C3%A3o-da-liberdade-de-adolescentes-no-Cear%C3%A1.pdf>>. Acesso em: 20/07/2017.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS BRASIL. **Levantamento do SINASE 2014**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>. Acesso em 02/08/2017.

NATERAS, Alfredo. El aniquilamiento identitario infanto-juvenil en Centroamérica: el caso de la Mara Salvatrucha (MS-13) y la pandilla del Barrio 18 (B-18). In: Valenzuela, J.M. (coord.). **Juvenicidio. Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina y España**. Barcelona & México: NED Ediciones, 2015

OPOVO. Fortaleza lidera ranking de homicídio entre adolescentes. **OPOVO**, Ceará, 6 de jun 2017. Disponível em: <<http://mobile.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2017/06/fortaleza-lideraranking-de-homicidios-entre-adolescentes.html>>. Acesso em 28 de julho de 2017.

_____. Meireles é o bairro mais desenvolvido; Palmeiras o menos. **OPOVO**,
Ceará, 21 de fev de 2014. Disponível em:
<http://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2014/02/21/noticiasjornal_cotidiano,3210082/meireles-e-o-bairro-mais-desenvolvido-palmeiras-omenos.shtml>.
Acesso em 28 de julho de 2017.

COMITÉ CEARENSE PARA PREVENÇÃO DE HOMICÍDIOS DE
ADOLESCENTES. **Trajetórias Interrumpidas**. Fortaleza: UNICEF, 2017.

URTEAGA Maritza; MORENO, Hugo. Corrupción e impunidad versus justicia y
Derecho en México. In: Valenzuela, .M. (coord.). **Juvenicidio. Ayotzinapa y las vidas
precarias en América Latina y España**. Barcelona
& México: NED Ediciones, 2015

VALENZUELA, José Manuel. Remolinos de viento: juvenicidio e identidades
desacreditas. In: Valenzuela, J. M (Coord.). **Juvenicidio. Ayotzinapa y las vidas
precarias en América Latina y España**. Barcelona & México: NED Ediciones, 2015.

_____.Ayotzinapa, juvenicidio, necropolítica y precarización.In: MORAÑA, M.
Moraña; Valenzuela, Juan Manuel (coords.), **Precariedades, exclusiones y
emergencias,
inédito,mimeo**.Disponívelem:<http://clacsovirtual.org/pluginfile.php/11816/mod_page/content/31/Valenzuela.%20Ayotzinapa%2C%20juvenicidio%2C%20necropol%20ADtica.pdf> Acesso em: 16 de julho de 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Morte Matadas por armas de
Fogo**. Brasilia: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015.

PAPEL DOS OPERADORES DO DIREITO NO PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL

Eduardo Moureira Gonçalves

Procurador Jurídico da Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente (Fundação CASA). Especialista em Processo Civil pela USP-RP (Universidade de São Paulo em Ribeirão Preto). Especializando em Políticas Públicas e Socioeducação pela UNB (Universidade de Brasília). Membro do Grupo de Estudos Ciências Criminais e Direitos Humanos (GCCrimDH) do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).

PALAVRAS-CHAVE: ato infracional – processo apuração – princípios – operadores direito

1. INTRODUÇÃO

Versa o presente estudo como recorte dentro dos Estudos da Infância e Juventude em específico na apuração de atos infracionais, e o acompanhamento dos atores jurídicos e judiciais em suas funções típicas com a inevitável comparação com os papéis desempenhados nas demais searas de atuação daqueles (operadores) como no Direito Penal, Processual e Civil, em que naturalmente devem assumir um dos lados da pirâmide em que se posiciona.

Jurisdição, ação e processo estão intimamente ligados com a noção de Poder Judiciário e claramente delimitada na ciência processual. Cada ciência a seu modo, mas Jurisdição está ligada as funções estatais de gerir os conflitos com intuito claro de busca pela pacificação social, que deve se manter inerte, agindo por meio de provocação denominada ação com os legitimados devida e previamente apontados nos diplomas legais específicos e que devem obedecer normas rigorosamente definidas pelo legislador. Estas são regras mínimas de qualquer processo.

Quando o processo e suas regras são aplicadas aos Direitos de Regulação e limitação de comportamentos, como o Direito Penal que é adjetivado como *ultima ratio* ante ao caráter primordial de punição, e, só deve ser utilizado quando todas as demais forma de controle se mostraram insuficientes para reprimir determinada prática considerada nociva para a maioria, existe uma presunção de hipossuficiência do acusado, devendo as dúvidas de autoria e materialidade serem julgadas com olhos a beneficiar o particular.

Deste norte, no processo penal e na apuração dos delitos, deve ser privilegiada as garantias individuais do cidadão frente ao Estado que detém Supremacia na apuração e condução do processo, direito este exercido em sua grande maioria pelo Ministério Público, e, raramente autorizado o manejo por particulares.

Umbilicalmente a Infância e Juventude está relacionada com o Direito Penal, seu objeto e estudo deriva daquele. Nos termos do artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Teoricamente, os pontos de contato deveriam terminar na definição de um do que seja crime e contravenção, e, no restante existir regramento específico para lidar cada qual com seu público alvo, separando, literalmente adultos de adolescente.

Considerado como divisor de águas, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nasce essencialmente em decorrência de que se deve conferir tratamento diferenciado entre adultos e adolescentes claramente norteado pelo princípio peculiar de pessoa em desenvolvimento, com prevenção especial e tratamento adequado para sua integral social como sujeito de direito efetivamente integrado a sociedade.

Todavia, apenas o ECA não foi suficiente para o rompimento com o caráter punitivo conferidos as medidas socioeducativas, sendo necessário a criação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, que dentre outras providencias, conseguiu a

uniformização de procedimento com a aprovação da Lei nº 12.594/2012 batiza com mesmo nome.

Avanços legislativos e jurisprudenciais paulatinamente vem sendo feitos, e, gradativamente, avanços com os Direitos e Garantias aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei, entretanto, os operadores e atores jurídicos envolvidos, conscientes ou inconscientemente, permanecem atuando sem distinção no exercício de seu mister.

Tal conclusão pode ser alcançada sem maior esforço ante a existência de jurisprudência neste sentido. Não teríamos jurisprudência nos Tribunais Superiores se o tema não fosse recorrente, mesmo em um lapso tão curto entre apreensão, apuração e cumprimento de medida socioeducativa, tendo por comparação o Direito Penal.

Uma das balizas indispensáveis para atuação na Infância e Juventude está na leitura dos princípios que a sustenta como os corolários da proteção integral e absoluta prioridade, devendo assim, sempre primar ao respeito de sua condição de pessoal em desenvolvimento.

Claro que, aqui deve ser feita uma ressalva extremamente importante, que é a limitação do Poder Econômico decorrente das escolhas do Poder Político de ocasião, que tem impacto direto sobre como operacionalizar todo o Sistema de Garantia de Direitos Humanos no tocante aos adolescentes em conflito com a lei.

Normalmente espera-se que se tenha um Delegado de Polícia 24h (vinte e quatro horas) por dia para atendimento das ocorrências de todos os tipos que demandam uma cidade de grande e médio porte, ou ainda, o atendimento em sistema de plantão em localidade não muito distante. No Mato Grosso do Sul, para atendimento da infância e juventude só foi possível por meio de ação judicial proposta pelo Ministério Público, que foi julgada procedente em primeira instância, mas reformada pelo Tribunal de Justiça, e, felizmente reformada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos a ementa do título do acórdão do RESP 1.612.931/MS¹:

“Recurso especial. Ação civil pública. Imposição de obrigação de fazer consubstanciada no deslocamento de delegados e servidores para atendimento ao plantão de 24 horas em delegacia de menores infratores. Corte de origem que interpretou ser indevida a medida por suposta infringência ao regular exercício do poder discricionário da Administração. Verificação de descumprimento de normas da Constituição Federal, da Lei 8.069/90 (ECA) e das regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça da infância e da juventude. Controle de legalidade. Possibilidade. Recurso especial do ministério público do estado de Mato Grosso do Sul provido.”

Assim, além do aspecto prático conhecido pela jurisprudência, busca-se com o esboço em linhas gerais de estudo, uma análise de como deve ser o procedimento dos envolvidos e com contato com os jovens em conflito com a lei, bem como o inevitável paralelo com o Direito Penal e as formas rígidas de atuação de cada um, iniciando de sua apreensão e apresentação ao Delegado de Polícia até o fim da instrução processual e prolação de sentença.

2. PROCESSO DE APURAÇÃO DE ATOS INFRAACIONAIS

Para os fins de apuração de atos infracionais existe previsão legal de rito próprio nos artigos 171 a 191 do ECA, complementados pelo Código de Processo Civil no que tange ao manejo recursal, e, parte da doutrina entende ser aplicado subsidiariamente o Código de Processo Penal enquanto perdurar a instrução para consolidação de autoria e materialidade.

¹ Na Ementa original todos os dizeres estão em letra maiúscula, e, temos como curiosidade que sua distribuição em primeira instância se deu em 21/06/2012 sob o nº 0808749-43.2012.8.12.0001 e ainda não transitado em julgado em agosto/2017.

Assim, feitas estas considerações, passemos aos atores judiciais responsáveis por delimitar o bem jurídico protegido, apontamento do responsável por sua lesão e as consequências da violação da norma.

Noticiada a prática de ato infracional ou com a apreensão em flagrante do adolescente em conflito com a lei, este é encaminhado para autoridade policial que fará a primeira análise de legalidade, com recolhimento material de provas e direcionamento para o Ministério Público (artigos 175 e 176²).

O Promotor de Justiça aqui tem papel dúplice: inquisidor e julgador prévio. Inquisidor na medida em que faz a oitiva informal do adolescente (artigo 179, sem a obrigatoriedade de advogado, e, em regra, não há tempo hábil para constituição de um) seguido por um dos atos processuais elencados no artigo 180: promover o arquivamento, conceder remissão administrativa ou representar o jovem para autoridade judicial.

Em oferecendo a representação, o Ministério Público estará exercendo função típica com vias a proteção dos interesses da sociedade.

Entendendo pelo arquivamento (perdão sem contrapartida) ou pela remissão (perdão com contrapartida) estará exercendo juízo prévio que deve ser homologado judicialmente (art. 181).

Ato seguinte o adolescente-suspeito será encaminhado para o juízo para que proceda a oitiva (art. 184) em que seus responsáveis serão notificados para comparecer em audiência acompanhado de advogado. Aqui é o primeiro momento em que o jovem possui uma defesa técnica.

Frente a autoridade judicial, o adolescente terá oportunidade de expor uma vez mais seu ponto de vista sobre os fatos ocorridos (primeiro contato com autoridade

² Ausente indicação de Diploma legal que se refere o artigo, sempre terá por base o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990.

policial, seguida pelo representante do Ministério Público), devendo o magistrado se pronunciar sobre a legalidade da restrição de liberdade imposta ao jovem.

Neste aspecto, vale aqui um parente que dissocia o Rito Processual de apuração do ato infracional para os delitos ordinários gizados pelo Código de Processo Penal (CPP). Aqui, o jovem é o primeiro a ser ouvido em juízo, ao revés que no CPP a oitiva do acusado será feita apenas ao termo da instrução processual, pós colheita de depoimento de testemunhas e produção de prova técnica (art. 400 do CPP).

Em um dos julgados com esta alteração legislativa (foi inserida por meio da Lei nº 11.719/2008), o Ministro Ricardo Lewandowski nos autos da Ação Penal nº 528/DF assim se manifestou:

“Possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório”

Este ponto representa uma verdadeira inversão do tramite processual quando comparada as duas áreas, impossibilitando o pleno exercício de ampla defesa e contraditório constitucionalmente assegurados para o Processo Penal, mas que, para a Infância e Juventude Infracional tem condão diverso, e, suscita enormes questionamentos.

De um lado, temos o tratamento prático de uma Justiça Penal Juvenil, e, de outro a imposição legal de Garantia da Proteção Integral, com avanço para a autonomia da Infância e Juventude como Ciência apartada do Direito Penal e Processual.

Debate interessante sobre as teses faz Alexandre de Moraes Rosa nas linhas introdutórias de seu livro, com apontamento das principais escolas penais e seus contrapontos. Sentencia (MORAIS, 2011):

“A falácia da Responsabilidade Penal Juvenil decorre, desde a base, da alienação (ou forclusão) de seus defensores sobre o real funcionamento do Sistema de Controle. Pode-se, assim, utilizar o modelo garantista como referencial, desde ciente de suas limitações e principalmente que para o garantismo sério, a resposta estatal, no caso de representada pela medida socioeducativa, não pode melhorar, nem piorar o adolescente: é agnóstica. Na forma de instrumento democrático, pode-se apresentar alternativas, somente. O resto é ranço lombrosiano.”

Nesta linha de pensamento, aderimos mais ao pensamento de Alexandre de Moraes Rosa sobre o distanciamento da Justiça Penal Juvenil para construção de uma seara autônoma de Direito, do que autores que defendem o Direito Penal por base.

Parente feito e fechado, sigamos.

Pós oitiva do adolescente, desta vez assistido por defesa técnica, poderá ainda ouvir os pais ou responsáveis do acusado se entender pertinente, bem como ter parecer técnico da entidade responsável pela guarda e encaminhamento durante o período de internação provisória (artigo 186), podendo, após ouvido o representante do Ministério Público, conceder remissão como suspensão condicional do processo (artigo 186, §1º).

Entendendo pela existência de elementos suficientes condizentes com a gravidade do ato infracional hábil ao decreto de medida socioeducativa privativa de liberdade (internação por prazo indeterminado ou semiliberdade), designará audiência de continuação e instrução (artigo 186, §2º), tendo o defensor, nomeado ou constituído, prazo de três dias para apresentar defesa escrita (artigo 186, §3º).

Ouvidas as testemunhas arroladas em representação pelo Promotor de Justiça e em defesa prévia pelo Defensor, com razões finais orais e juntado aos autos parecer da equipe interprofissional, o magistrado proferirá sentença (artigo 186, §4º).

Em discordando, poderão as partes interpor recurso no prazo de dez dias, podendo o magistrado exercer o juízo de retratação sobre sua sentença (artigo 198).

Podemos assim, resumir que desde o recebido dos autos e com apresentação informal ao Promotor de Justiça até a prolação da sentença, retroagindo a data da apreensão do jovem até a decisão de primeiro grau deverá o procedimento ser encerrado improrrogavelmente em até 45 (quarenta e cinco) dias, nos termos do artigo 183 do ECA.

Prolatada a Sentença de Mérito, inaugura-se uma nova fase processual, com possibilidade de recurso de Apelação pelas partes sucumbentes (art. 198 do ECA), existindo inclusive a figura do juízo de retratação antes da remessa dos autos ao Tribunal de Justiça. Aqui cessão os prazos delimitados para o Poder Judiciário, que julgará a insurgência conforme sua conveniência e oportunidade.

Considerações iniciais feitas, passemos ao estudo dos Poderes dos Atores e Operadores do Direito na apuração de possível prática de ato infracional.

2.1 DELEGADOS DE POLÍCIA

Aqui temos a figura da Autoridade Policial e as muitas feridas abertas de um período traumático da recente Ditadura Militar, em que, tais figuras exerciam formas de controle e pressão social para interesses dos Governantes de época.

Recebe capítulo especial dentro da Constituição Federal em seu artigo 144, elenca os órgãos responsáveis (além de ser direito e responsabilidade de todos) por exercer a Segurança Pública, estando as atribuições da Polícia Civil no §4º, incumbindo a chefia e direcionamento aos Delegados de Polícia.

Quando o adolescente é apreendido em flagrante, será desde logo encaminhado para a Autoridade Policial (artigo 172), ou ainda, outra forma de apresentação será ao longo da investigação sendo possível autor menor de idade, será expedido mandado de busca para de igual sorte ao Delegado de Polícia ser apresentado.

Vale neste aspecto destacar que, o adolescente em conflito com a lei não poderá permanecer junto com adultos acusados de prática de crimes, com previsão expressa de segregação nas Regras de Beijing no item 12.1, tratando da Especialização Policial para cuidados de jovens acusados de prática de ato infracional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é ainda mais específico quanto ao prazo limite de cinco dias para transferência do jovem apreendido sob pena de responsabilidade (artigo 185, §2º).

Tem objetivo claro tal restrição, vejamos as palavras de Murilo e Ildeara Digiacomio ao tecer comentários ao Parágrafo Único do artigo 172 do ECA (DIAGIACOMO, 2013):

“Busca-se, também, evitar ao máximo o contato do adolescente com imputáveis acusados da prática de infrações penais, bem como com o ambiente degradante e, em regra, insalubre, de uma Delegacia de Polícia ou cadeia pública. É de se destacar, aliás, que a especialização policial, em tais casos (que é também prevista no item 12.1 das Regras de Beijing), importa no cumprimento do contido no art. 88, inciso V, do ECA, que estabelece, como uma das diretrizes da política de atendimento, a integração operacional de diversos órgãos, dentre os quais os policiais, para fins de agilizar e otimizar o atendimento inicial prestado a adolescentes acusados da prática de atos infracionais, que precisam receber, da forma mais rápida e eficaz possível, a resposta socioeducativa adequada às suas necessidades pedagógicas específicas (cf. arts. 113 c/c 100, caput, primeira parte, do ECA).”

Desta feita, em sendo possível, deveriam existir Delegacia de Polícias especializadas no atendimento ao adolescente em conflito com a lei, bem como, deveria esta repartição pública ser integrada aos demais órgãos de atuação, como Juízo da Infância e Juventude, Ministério Público, Defensoria Pública e Conselho Tutelar (artigo 88, V).

Em continuando, o chefe da Polícia Civil é o responsável pelo primeiro ato de encaminhamento do jovem apreendido, podendo restringir sua liberdade ou após os atos

preparatórios de investigação encaminhar os autos ao Ministério Público e o adolescente para sua família mediante compromisso de apresentação deste ao Promotor de Justiça (artigo 173).

Como primeira autoridade judiciária a analisar o caso, deve o Delegado de Polícia tomar uma das providências elencadas no artigo 174 do ECA:

“Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.”

Assim, o primeiro juízo de valor recairá sobre duas condicionantes específicas: gravidade do ato infracional e sua repercussão social. No primeiro caso, o critério é objetivo e nasce do texto da lei, sendo autorizado a privação de liberdade do adolescente apenas e tão-somente se o ato infracional for praticado com grave ameaça ou violência, nos estritos termos do artigo 122.

Não sendo cabível, em tese, a aplicação de medida socioeducativa de internação por tempo indeterminado pela prática do ato infracional apurado, de igual sorte terá sua restrição imediata autorizada ou mesmo decretada por Autoridade Policial, não tendo margem para interpretação, sendo o texto de lei taxativo.

No segundo (repercussão social, garantia da segurança pessoal e manutenção da ordem pública) ele é totalmente discricionário e tem por objetivo a proteção do adolescente, devendo tal ato ser devidamente justificado sob pena de responsabilidade posterior em controle de ato administrativo.

Deve o Delegado de Polícia agir com parcimônia e extremo cuidado na escolha de imposição de restrição de liberdade eis que extremamente cara para qualquer pessoa,

ainda mais para uma que reconhecidamente está em desenvolvimento e exposto aos mais diversos estímulos pela primeira vez.

Aqui, na Infância e Juventude não tem papel essencialmente investigativo como condutor e inquisidor na apuração e elucidação dos delitos praticados no seio da sociedade e com atribuição aos autores aos absolutamente capazes, com a tríade do ato típico, antijurídico e culpável.

Em sua análise, deve considerar os corolários da prioridade absoluta, da pessoa em condição peculiar de desenvolvimento e da impossibilidade de tratamento mais gravoso que o conferido ao adulto.

Sua decisão de caráter soberano e sem consulta prévia a qualquer outra instância ou órgão externo. Decidirá com base nos dados de informação coletados de imediato pelos Policiais Militares ou Guardas Municipais, palavra da vítima se disponível e nos demais elementos de prova apresentados com a apreensão do adolescente, sendo sua decisão incondicional, ou seja, não poderá ser firmado fiança para sua efetivação, por exemplo.

Neste sentido, também leciona a doutrina (DIACOMOGO, 2013):

“Importante destacar que a liberação do adolescente aos pais ou responsável, em tais casos, deverá ser efetuada diretamente pela autoridade policial, independentemente da intervenção de outro órgão ou autoridade, como o Conselho Tutelar e/ou do recolhimento de fiança. As disposições relativas à fiança, contidas no CPP, não se aplicam ao presente procedimento, onde vigora a aludida regra geral da liberação imediata do adolescente, sem que para tanto seja necessário recolher valores a qualquer título.”

Assim, em análise de caso concreto, é possível a segregação do adolescente apenas quando o ato atribuído ao educando seja praticado mediante grave ameaça e/ou violência como critério objetivo, seguido pelo diagnóstico da conveniência para manutenção da segurança pessoal do jovem ou manutenção da ordem pública.

Neste aspecto, vale ressaltar que, mesmo discricionário, o ato do Delegado de Polícia não pode simplesmente ser calcado na experiência pessoal do titular do cargo, mas em análise pormenorizada da imperiosa necessidade da medida, como comoção social, revolta imediata de um grupo grande de pessoas ou ameaças de flagelos físicos ao suposto autor do ato infracional.

Em estando em risco de vida, justificada está sua restrição de liberdade, com as ressalvas específicas para o Promotor de Justiça dê os devidos encaminhamentos para a Rede de Proteção existente para a proteção do jovem.

Todas estas particularidades devem estar devidamente justificadas e pormenorizadas no Boletim de Ocorrência Circunstanciado para fins de possibilidade de exercício do Ministério Público de seu múnus, podendo com plenitude de razões adequar a realidade das ruas, vista pelos agentes de segurança pública e reduzida a termo, adequar a legislação vigente e a rede de proteção rompida ou falha em relação ao adolescente em confronto com a lei.

2.2 MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA TÉCNICA – EMBATES

Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, nos exatos termos do artigo 127 da Constituição Federal, tendo destaque no Capítulo destinado as Funções Essenciais da Justiça, incumbindo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tem papel de destaque na apuração dos atos infracionais e acompanhamento da vida em sociedade da juventude do país, contando com Capítulo Específico de baliza em sua atuação no ECA nos artigos 200 a 205.

Centralizado está na figura do Promotor de Justiça a competência para investigar, inquirir, perdoar e atuar como acusador nos processos de apuração de atos infracionais atribuídos aos adolescentes.

Diversamente do que ocorre na apuração criminal, em que seu desempenho é suplementar, podendo requer diligências ao Delegado de Polícia para complementar o Inquérito Policial, e, assim dar regular andamento as ações penais de sua competência. Na infância e juventude é responsável por proceder as diligências que entende necessárias, a exceção daquelas já praticadas pela Autoridade Policial.

Ao Delegado de Polícia cabe as providências imediatas, com confecção de Boletim de Ocorrência Circunstanciado e produção de prova técnica, exceto quanto aqueles praticados sem grave ameaça ou violência, da qual o representante do Ministério Público recebe todos os documentos, assemelhado do que ocorre com o Inquérito Policial (artigo 177).

No Manual Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo, recomenda na fase pré-processual:

“A ausência da devida investigação por parte da polícia judiciária compromete sobremaneira o deslinde dos casos de atos infracionais cometidos sem violência ou grave ameaça, impedindo, em algumas vezes, seja aplicada a medida mais adequada ao caso. (...). Se a comprovação material do ato infracional mostrar-se impossível, o arquivamento dos autos será medida processual cabível. É possível citar alguns exemplos de atos infracionais que deixam vestígios e exigem a comprovação material: pichação, dano, uso de drogas, porte de arma de fogo, entre outros.”

Como condutor da investigação, natural que uma vez consolidado entendimento pela autoria e materialidade da infração, dele não se demova. Atuará como verdadeiro órgão de acusação em sua persecução para fins de aplicação da medida socioeducativa que entende mais adequada ao caso concreto.

De posse dos documentos coletados, procederá a oitiva informal do jovem acusado, que, pela segunda vez passará por um interrogatório, muito embora a doutrina afaste o uso deste termo. Um primeiro feito na presença do Delegado de Polícia e o segundo pelo Promotor de Justiça.

Na oitiva informal, será dado encaminhamento para fins de formação de convicção do membro do Ministério Público quanto a autoria e materialidade do ato infracional. Neste aspecto, o Manual Prático das Promotorias de Justiça da Infância e Juventude de São Paulo é muito claro em afastar que não se trata de situação diversa do interrogatório, fundamento especialmente quanto a decisão de apreensão em flagrante do adolescente:

“Na fase policial o adolescente é ouvido pela Autoridade Policial para que esta forme sua convicção a respeito de ser aquele o autor ou não do ato infracional que lhe é imputado. Significa dizer: se a Autoridade Policial não verificar elementos mínimos que comprovem a autoria ou a participação do adolescente no ato infracional apurado, não poderá, por exemplo, proceder à apreensão em flagrante do imputado.”

Todavia, a Defensoria Pública tem entendimento diametralmente oposto sobre a oitiva informal, entendendo claramente se tratar de verdadeiro interrogatório, aprovando inclusive um enunciado sobre o tema no I Congresso Nacional de Defensores Públicos da Infância e Juventude realizado em São Paulo no ano de 2010: “A oitiva informal prevista no artigo 179 do ECA é inconstitucional por ofender o princípio da inafastabilidade da jurisdição, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Artigo 227, §3º, da CF/88”³.

Neste ponto, se afastam por completo o entendimento de defesa e acusação, iniciando os primeiros embates sobre a condução do processo de apuração de atos infracionais. E a primeira e grande crítica está na ausência de um representante técnico do jovem.

A Advocacia, tal qual o Ministério Público é função essencial a Administração da Justiça, garantida inclusive sua inviolabilidade de manifestação no exercício da profissão,

3

Disponível

em

<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Repositorio/33/Documentos/I,%20II,%20III,%20IV%20e%20V%20CONGRESSOS%20NACIONAIS%20DOS%20DEFENSORES%20P%C3%9ABLICOS%20DA%20INF%C3%82NCIA%20E%20JUVENTUDE.pdf>, acessado em 12/08/2017 às 13h40

nos exatos termos do artigo 133 da Constituição Federal, com ampliação para a Advocacia Pública (artigos 131 e 132 da CF) e da Defensoria Pública (artigo 134 e 135 da CF).

Também tem suas balizas dentro do Estatuto da Criança e do Adolescente gizadas nos artigos 206 e 207, sendo a legislação expressa ao determinar que “nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor”.

Desta forma, em um sistema híbrido como o de apuração de ato infracional na qual a figura do órgão apurador se confunde com o acusador, sem cindir a figura tal qual como ocorre no processo ordinário de investigação criminal (Polícia Civil – Ministério Público), impossibilitar o exercício de defesa e do contraditório com a alegação da proteção integral parece um pouco desproporcional.

Em julgado paradigmático sobre a temática, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 94.717/SP:

“Determina o Estatuto da Criança e do Adolescente que, durante a realização tanto da audiência de apresentação quanto da oitiva do adolescente – observados os princípios do contraditório e da ampla defesa –, seja o menor assistido por defensor, particular ou público, a teor do disposto no art. 111 daquele estatuto.

Acolhendo, pois, o parecer ministerial, concedo a ordem a fim de declarar nula a sentença (também o acórdão), devendo a instrução ser retomada; em consequência, determino que o adolescente aguarde, em liberdade assistida, o desfecho do processo.”

A principal linha de raciocínio para que se deva exigir a presença de defensor nesta fase processual está na macula de todo o processo especialmente quanto ao desequilíbrio das partes com a convicção do membro do Ministério Público sobre a autoria e materialidade do ato infracional atuando para reforçar seus argumentos se

afastando da teoria inicial de independência e autonomia na condução da investigação e condução do processo.

Mesmo entre os membros do Ministério Público (DIACOMOGO, 2013), a participação de defesa técnica, embora não seja exigida por lei é recomendada para fins de ajuste da medida socioeducativa a ser sugerida em caso de remissão ou mesmo de efetiva representação deste para a Autoridade Judicial, mas, entretanto, colaciona julgado que reforça a ideia de ausência de nulidade a não participação de advogado:

“Caso o adolescente possua defensor constituído, este deverá acompanhar o ato e, embora a lei ainda não o obrigue, é salutar a presença de um defensor público nomeado quando da realização do 267 Parte Especial ato, especialmente quando do eventual ajuste de medida socioeducativa não privativa de liberdade (existe um Projeto de Lei em tramitação no Congresso Nacional estabelecendo a obrigatoriedade da presença do defensor do adolescente, constituído ou nomeado, já quando de sua oitiva informal pelo MP). A ausência do defensor no momento da oitiva informal, no entanto, não acarreta a nulidade do procedimento, valendo neste sentido transcrever o seguinte aresto: HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. OITIVA INFORMAL. ATO EXTRAJUDICIAL. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. IRREGULARIDADE DO ATO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CONFISSÃO RATIFICADA EM JUÍZO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ART. 563 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A ausência de defesa técnica na audiência de oitiva informal do menor perante o Ministério Público não configura nulidade, mas mera irregularidade. 2. Inexistindo prejuízo à Defesa, em razão da ratificação do depoimento do menor perante o Juízo competente, sob o crivo do contraditório, não há como reconhecer a nulidade apontada, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal. 3. Ordem denegada. (STJ. 6ª T. HC nº 109241/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. J. em 04/04/2011)”

Seguindo o procedimento, pós oitiva informal do adolescente, temos que o Promotor de Justiça poderá optar por uma das três possibilidades do artigo 180: (i)

promover o arquivamento dos autos, (ii) conceder remissão ou (iii) representar a autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa. Daqui em diante existe um controle judicial próximo das atividades do Ministério Público, que deverá submeter sua escolha ao crivo do Poder Judiciário por meio do juiz da infância e juventude.

Promovendo o arquivamento com suas razões para tanto, após breve exposição dos fatos (artigo 181), seu parecer será remetido para o magistrado que poderá ou não homologar os motivos de descontinuidade do processo.

Aqui, temos um embate entre magistrado e Promotor de Justiça caso discordem, devendo os autos serem remetidos para o Procurador Geral de Justiça, que poderá ratificar o arquivamento ou designar outro representante do Ministério Público para que proceda a representação (artigo 181, §2º), a exemplo do que ocorre na esfera penal (artigo 28 do CPP).

Neste ponto, vale destacar que uma vez mais a defesa deixa de se manifestar, sendo alijada do processo de decisão sobre o jovem acusado.

Continuando, existe a possibilidade de o Promotor de Justiça sugerir a remissão ao adolescente em conflito com a lei, mas dependendo de igual modo de homologação judicial. O ECA fala em conceder, e, parte da doutrina entende como irrenunciável a concessão desta remissão, cabendo ao magistrado apenas homologar, nos termos do artigo 181, §1º:

“Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.

§ 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.”

No texto frio da lei não existe possibilidade de interpretação para recusa, todavia, tal medida é discutível, pelas mesmas razões da ausência de defensor em oitiva informal.

Para a Infância e Juventude, remissão como nas outras searas do Direito não significa simplesmente o perdão sem qualquer contrapartida, embora possa existir. A remissão ofertada pelo Ministério Público na fase pré-processual como forma de exclusão do processo, pode ser concedida cumulativamente com o cumprimento de medida socioeducativa (artigo 126), não podendo ser considerada para fins de antecedentes.

No começo, algum entendiam ser possível aplicação de todas as medidas socioeducativas, inclusive as privativas de liberdade, entendimento este superado pela pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores bem como consagrado pela doutrina uníssona.

Estamos aqui, falando de remissão como forma de exclusão do processo com imposição de medida socioeducativa em meio aberto, como Liberdade Assistida ou Prestação de Serviço à Comunidade em face pré-processual, muito embora seja posteriormente homologada pelo Magistrado da Infância e Juventude.

Em existindo descumprimento, quais as medidas podem ser tomadas? Aqui temos um novo embate entre defesa e órgão de acusação.

Para o Ministério Público deve ser iniciado o procedimento do artigo 122, §1º do ECA, a denominação internação-sanção, com oitiva do jovem para justificativa do descumprimento, e, se necessária/adequada restrição de liberdade pelo prazo máximo de três meses.

Todavia, a defesa técnica tem entendimento diverso ante a natureza jurídica da remissão, que é expressa ao excluir o processo, logo, nenhuma providencia poderia ser tomada. Uma vez optando por não representar ao juízo está preclusa tal possibilidade.

Temos uma Súmula junto ao STJ que lida com o tema, mas que, sempre geram debates acalorados por parte de quem faz a leitura, nos termos da Súmula 108 “a aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela pratica de ato infracional, e da competência exclusiva do juiz”.

Logo, a remissão como exclusão do processo, em tese, não é possível qualquer consequência por seu descumprimento, inclusive para fins de antecedente, o que difere da remissão como suspensão condicional do processo, ofertado pelo magistrado em oitiva informal após representação pelo Ministério Público.

Em audiência inaugural, esta será feita com a presença dos pais ou representantes legais do adolescente em conflito com a lei, bem como a presença de seu defensor constituído ou, sendo silente sobre a indicação deverá ser nomeando⁴ Defensor Público ou Advogado Dativo para proceder sua defesa técnica (artigos 184 e 186), podendo o adolescente em entrevista prévia e particular consultar seu patrono.

Entendendo o magistrado como desnecessária o decreto de internação por prazo indeterminado ou semiliberdade, ou ainda, sendo possível a privação de liberdade, mas considerados os aspectos do adolescente como ausência de antecedentes e comportamento social adequado e bom aproveitamento escolar, poderá oferecer ao adolescente em conflito com a lei, remissão como forma de suspensão e exclusão do processo de apuração do ato infracional (artigo 186, §1º).

Em sendo recusado, o processo terá curso normalmente com a instrução processual (artigo 186, §4º), em sendo aceito os autos serão remetidos para o Promotor de Justiça para que emita parecer não vinculante. Homologada, a remissão como suspensão do processo equivale a uma transação, uma vez cumprida à medida

⁴ Neste ponto, vale abertura de um outro parente, sobre a nomeação de Defensor Público ou Advogado Dativo para proceder a defesa do jovem. O texto da norma faculta a nomeação apenas para fatos graves passíveis de internação (artigo 186, §2º - § 2º Sendo o fato grave, passível de aplicação de medida de internação ou colocação em regime de semi-liberdade, a autoridade judiciária, verificando que o adolescente não possui advogado constituído, nomeará defensor, designando, desde logo, audiência em continuação, podendo determinar a realização de diligências e estudo do caso.), todavia, este é um entendimento já superado, sendo indispensável à nomeação para todos os casos em que fora ofertada representação pelo membro do Ministério Público. Este ponto também está expresso nos artigo 207 Art. 207. Nenhum adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, ainda que ausente ou foragido, será processado sem defensor. § 1º Se o adolescente não tiver defensor, ser-lhe-á nomeado pelo juiz, ressalvado o direito de, a todo tempo, constituir outro de sua preferência. § 2º A ausência do defensor não determinará o adiamento de nenhum ato do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente, ou para o só efeito do ato. § 3º Será dispensada a outorga de mandato, quando se tratar de defensor nomeado ou, sido constituído, tiver sido indicado por ocasião de ato formal com a presença da autoridade judiciária.

socioeducativa imposta pelo magistrado, o processo é arquivado sem maiores consequências para o adolescente. Descumprida, o processo retorna ao estado de onde parou.

Discordando, o Ministério Público pode manejar recurso próprio para prosseguimento do feito, bem como a defesa, caso o adolescente não concorde com a proposta de remissão, mas, como apontado na introdução, sem efeito suspensivo.

Aceita e homologada a remissão, temos a fase de cumprimento da transação. Sendo plenamente cumprida, o processo será extinto, sendo desrespeitadas as regras determinadas em despacho retornam os autos para a fase anterior, com designação de audiência de instrução, debates e julgamento (artigo 186, §4º).

Prolatada sentença de mérito com imposição de medida socioeducativa, ela tem aplicação imediata, mesmo com a interposição de recurso este será recebido apenas no efeito devolutivo, mesmo podendo o juiz exercer o direito de retratação sobre seu julgado (artigo 198, V), lembrando que estes (os recursos) podem ser manejados independentes de preparo.

Sobre o cumprimento imediato da sentença, o STJ tem entendimento consolidado quanto à possibilidade independente de qual seja, como o consignado nos autos do HC nº 346.380/SP:

“(...) condicionar, de forma peremptória, o cumprimento da medida socioeducativa ao trânsito em julgado da sentença que acolhe a representação – apenas porque não se encontrava o adolescente já segregado anteriormente à sentença – constitui verdadeiro obstáculo ao escopo ressocializador da intervenção estatal, além de permitir que o adolescente permaneça em situação de risco, exposto aos mesmos fatores que o levaram à prática infracional. (...)”

Em linhas gerais, são estas as considerações do processo de apuração de ato infracional em que temos os principais embates entre acusação em defesa, sendo o primeiro com a possibilidade de se cumular na figura do Promotor de Justiça as figuras

do inquisidor própria dos investigadores com de titular da representação sem a presença de um advogado em fase pré-processual, seguida por um novo confronto quando da possibilidade de concessão de remissão pelo Ministério Público e de suas conseqüências, enquanto este entende que descumprida suas regras, impõe-se a possibilidade de internação-sanção, a defesa entende por um nada jurídico.

2.3 MAGISTRADO

Claramente a principal figura dentro do processo de apuração de ato infracional, o magistrado da Infância e Juventude tem atribuições acima das que ordinariamente são de sua competência em outras searas do Direito, podendo realizar inclusive providencias de ofício, sem necessidade de provocação específica, rompendo a inércia da Jurisdição.

Entretanto, o poder do magistrado não é absoluto, e, quando diante da possibilidade intervenções extremamente como o afastamento de criança ou adolescente de sua família, ou mesmo em colocação de família substituta, deverá submeter sua decisão previamente ao contraditório e a ampla defesa (artigo 153).

Desta feita, tal atuação de ofício só ocorrerá em situações excepcionais, limitados para a proteção imediata das crianças e adolescentes em risco de perecimento por lapso de tempo necessário para apuração judicial.

Deve o magistrado zelar pela paridade nas atuações da defesa e da acusação, e, sempre que possível, como ocorre nas instruções trabalhistas com a lembrança da conciliação, observar os principais princípios esculpidos no ECA com vias a sempre resguardar o melhor interesse do adolescente, mesmo que isso imponha sacrifícios imediatos com vias a garantir sua plena ressocialização, se o caso.

Como bem esclarecido por Alexandre de Moraes Rosa ao abordar “o papel democrático do juiz no procedimento em contraditório” (ROSA, 2011):

“Assim é que apesar dessa participação – sujeito do processo -, não se pode confundir a função do juiz com a das partes, eis que não assume a condição de contraditor, a qual é exercida pelos interessados, mas de terceiro, responsável, todavia, pela sua regularidade na produção dos significantes probatórios. Sua função é também de expedir, em nome do Estado, o provimento com força imperativa, atendido o devido processo legal, levando em consideração os argumentos construídos o procedimento, em decisão motivada, mesmo.”

A garantia do contraditório e o exercício da ampla defesa devem ser sempre observados e garantidos pelo magistrado que preside a apuração da prática de ato infracional, devendo, inclusive deixar de se influenciar por fatores externos para a condução do feito, como repercussão em mídia ou impacto local dos fatos, devendo se postar de modo imparcial de modo a assegurar o equilíbrio (ROSA, 2011)

Deve também, em sua sentença se referir aos argumentos e ato produzidos dentro do processo, devendo afastar suas opções ideológicas e pessoais, sempre que possível observar os requisitos indispensáveis para produção de sentença formulados na legislação adjetiva, como o artigo 489 do Código de Processo Civil⁵.

Por fim, um último aspecto relevante na participação do magistrado está na leitura que pode se fazer da sentença em que, em sendo procede ou parcialmente procedente a representação ofertada pelo Ministério Público, esta sempre será feita de maneira

⁵ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

ampliativa de modo a garantir direitos, assim, por exemplo, todas as restrições devem ser expressas, e, sua ausência no dispositivo considerada como permitidas.

Tal entendimento é uma construção consolidada na jurisprudência e doutrina, que, foi positivada de modo expresso com o SINASE na Lei nº 12.594/2012, inserida expressamente nos artigos 1º, §2º, III e artigo 49, III.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tende o presente esboço de trabalho contribuir para a busca de um processo mais justo e claro sobre os processos de apuração de ato infracional partindo da premissa de exposição dos atos possíveis de cada um dos atores e como eles se relacionam com os princípios da ampla defesa e do contraditório típicos de todos e qualquer processo judicial com os corolários próprios da Infância e Juventude, como da proteção integral, respeito e tratamento como pessoa em desenvolvimento, bem como a impossibilidade de tratamento mais gravoso ao adolescente do que para um adulto em situação análoga.

Aparentemente, os operadores do direito ainda estão extremamente presos as figuras tradicionais de acusação e defesa, com os embates característicos destes pontos distantes, tendo a figura do magistrado como controlador e responsável por garantia da paridade das armas disponíveis, equilibrando as relações.

Existe ainda um longo caminho a ser perseguido para que a Infância e Juventude se fixe como ciência autônoma e apartada do Direito Penal, dissociando suas finalidades precípuas, sendo que para aquele primeiro se busca o caráter sancionador seguida por sua ressocialização, e, para o estudo da Infância e Juventude seu fim primeiro é a educação como norte para sua integração social quando do alcance sua plena cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. Curitiba, Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2013. 6ª Edição. Disponível em http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_anotado_2013_6ed.pdf, acessado em 12/08/2017 às 14h30

NETO, Lélío Ferraz de Siqueira. ARAUJO, Fernando Henrique de Moraes. SILVA, André Pascoal da. CAMPANA, Eduardo Michelin. **Manual Prático das Promotorias de Justiça e Infância e Juventude Volume I**. São Paulo, 2012. 3ª Edição. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/infanciahome_c/MANUAL_INFANCIA_rev3.pdf acessado em 12/08/2017 às 17h20

NEWTON, Eduardo Januário. O processo justo e o ato infracional. **Revista da Defensoria Pública de São Paulo**. São Paulo, 2012. Edição Especial Direito da Criança e do Adolescente. Disponível em https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/0/Edepe_Revista.pdf acessado em 12/08/2017 às 15h45

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais** / Alexandre de Moraes Rosa, Ana Christina Brito Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. **Adolescente em Conflito com a Lei da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

**SELETIVIDADE MIDIÁTICA: REPRESENTAÇÕES DA
REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL PELO JORNAL *O GLOBO***

Érica Oliveira Fortuna

Doutoranda do curso de Pós-graduação em Comunicação da Universidade do Estado do
Rio de Janeiro (UERJ) – erica.fortuna@gmail.com.

Resumo: A partir da análise das reportagens de *O Globo*, refletimos, neste artigo, acerca das representações da redução da maioridade penal elaboradas pelo jornal. Fixaremos nosso olhar nas narrativas jornalísticas sobre o caso do ciclista vítima de um assalto na Lagoa Rodrigo de Freitas, ocorrido em maio/junho de 2015. Articulando a *tríplice mimesis* de Paul Ricoeur (1994) com outros importantes autores, nossa hipótese é que o processo cíclico das narrativas jornalísticas gera uma sensação permanente de medo e insegurança que estigmatiza o jovem “menor de idade”, negro e pobre como “bandido” e principal responsável pelos casos de violência urbana no Rio de Janeiro.

Palavras-chave: narrativas jornalísticas; representações; jornalismo impresso; violência urbana; redução da maioridade penal.

O objetivo deste artigo é investigar a produção de sentidos da redução da maioridade penal na cobertura jornalística do jornal *O Globo*. Fixaremos nosso olhar nas narrativas jornalísticas que abordam crimes e levantam o debate sobre a redução da maioridade penal. Utilizamos como metodologia a análise de narrativas, nos moldes da *tríplice mimesis* proposta por Paul Ricoeur (1994), concentrando a nossa análise nas reportagens sobre o caso “Jaime Gold”, em maio/junho de 2015. Nesse sentido, analisaremos a construção narrativa do jornalismo que contribui para a formação de consenso e legitimação da redução da maioridade penal.

O estudo parte da hipótese que o processo cíclico das narrativas jornalísticas gera uma sensação permanente de medo e insegurança que estigmatiza o jovem “menor de idade” negro e pobre como “bandido” e “principal responsável” pelos casos de violência cometidos no Rio de Janeiro. Há uma construção de narrativas jornalísticas que reforça sobremaneira o processo estigmatizatório, “aprisionando” o jovem “menor de idade” no ciclo de violência que ocorre em nossa sociedade.

Acreditamos que as narrativas jornalísticas sobre diferentes casos de violência urbana se “interrelacionam” (FISHMAN 1990), produzindo sentidos que legitimam o projeto de emenda constitucional 171/93, cujo objetivo é a diminuição da idade penal como solução imediata e necessária à contenção de crimes. Graves questões sociais não são problematizadas pelo *O Globo*, dando a ver que elas são discursivamente reduzidas a “problema” e “solução” quando o assunto é criminalidade na cidade do Rio. As reportagens dão pistas do que *O Globo* compreende por violência urbana. Este gesto de interpretação se afina a interesses políticos, apontando para a centralidade do jornalismo na construção de consenso sobre as possíveis soluções na contenção de crimes que “afetam” a cidade.

Apresentaremos um debate sobre a redução da maioria penal, abordando o processo legislativo de tramitação da PEC 171/93, que propõe a diminuição da idade penal. Além disso, discutiremos aspectos jurídicos e suas nuances, como a constitucionalidade da alteração da norma e o seu processo. Queremos, ainda, situar a discussão a nível mundial, averiguando parâmetros internacionais tanto no que diz respeito à maioria penal quanto à contemplação (ou não) dos direitos humanos no tocante ao tema.

PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL 171/93

Neste primeiro momento, nos debruçamos principalmente sob o aspecto descritivo da redução da maioria penal. Para tanto, levantamos discussões jurídicas e de tramitação legislativa da PEC 171/93 que propõe a alteração da idade penal. Dessa forma, formamos

uma base necessária para estudar e contextualizar as representações que se formam a partir de matérias jornalísticas sobre violência urbana.

A escolha da maneira como contamos os fatos é uma forma consciente ou não de se estabelecer a experiência humana no tempo. Quando pensamos em narrativas construindo representações, buscamos as contribuições de Paul Ricoeur (1994), para quem narrar é organizar o tempo, dar sentido através do tempo. Esse tempo, porém, não é só cronológico, mas também um esforço de produção de sentidos. Trazemos no presente o nosso passado e futuro. A história é contada para estar no mundo e assim entendê-lo. Ao narrar, criamos o acontecimento, a identidade, estamos dizendo quem somos. Com Ricoeur (1994), percebemos que a narrativa não se resume a uma problemática linguística. Ela permite representar no discurso diferentes perspectivas. Podemos e devemos ir além do sentido do texto, projetado no mundo do leitor. Queremos olhar para as narrativas e buscar possíveis instâncias de produção de sentidos, olhar mesmo atento à “refiguração narrativa”, sentidos que reorganizam a nossa experiência temporal.

Propomos uma articulação da perspectiva de Ricoeur (1994) com a de Certeau (1994), que ressalta a importância de se desviar o olhar dos sistemas linguísticos e privilegiar as práticas significativas. Certeau afirma que sua pesquisa “pertence a este tempo „segundo “ da análise, que passa das estruturas às ações” (1994, p. 201). As narrativas têm o poder de transformar lugares em espaços e espaços em lugares, a partir da organização de jogos de linguagem que influenciam as relações e a forma de ocupação da cidade.

Os aspectos temporais são considerados os grandes indutores da narrativa que pedem a narração do fato. De tempos em tempos, questões já superadas voltam à pauta. Benjamin (1985) nos mostra, na teoria da obra aberta, a dinâmica ilimitada da memória e da constituição do relato, pois a continuação da vida poderá levar o texto a diversos caminhos. A narrativa está em permanente construção, já que pode ser modificada pelo leitor, diariamente.

A cobertura jornalística policial ganhou força no final do século XX no Brasil, sobretudo com o “boom” do jornalismo sensacionalista nos anos de 1920. Nos últimos vinte e cinco anos, destaca-se a emergência da redução da maioria penal. Segundo a

cobertura dos principais jornais cariocas, a sociedade “clama” por uma solução imediata. Nessa perspectiva, o jornalismo apresenta narrativas que parecem fomentar o endurecimento da legislação penal. De forma cíclica, o público fala sobre o assunto, e o jornal o alimenta com narrativas repetitivas que podem levar à estigmatização, classificando o culpado.

De tempos em tempos, projetos que visam à diminuição da maioria penal voltam à pauta legislativa. Esses ciclos obedecem à pressão política de atores sociais que têm interesses no agendamento dessa pauta. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal rejeitaram, inúmeras vezes, emendas que versavam sobre o tema, pois consideravam a alteração da idade penal uma violação constitucional. A recorrência com que as emendas aparecem pode ser observada como termômetro do comportamento social. É evidente que não estamos afirmando que o Legislativo brasileiro seja consuetudinário, mas sofre os impactos das oscilações do poder público.

O art. 228 da Constituição Federal é considerado uma cláusula pétrea, um núcleo duro e que não pode ser alterado pelo poder derivado que salvaguarda os direitos fundamentais e a democracia do país. A idade penal aos 18 anos foi uma conquista consagrada pela constituinte de 1988. Sendo assim, a alteração dessa norma pode ser considerada um grave retrocesso social¹.

O medo da violência que acomete a cidade e a responsabilização de adolescentes pelos crimes estão diariamente nas páginas dos jornais, no noticiário da TV, nos discursos políticos, na Internet e na fala da maioria das pessoas, que muitas vezes reproduzem o que é dito nos veículos de comunicação. Isso se confirma quando verificamos a redação da proposta de emenda constitucional, elaborada pelo deputado Benedito Domingos (PP – Partido Progressista). O próprio deputado utiliza a mídia como argumento para justificar a necessidade da alteração da norma, tendo em vista que, segundo a imprensa, a maioria dos casos de violência é cometido por jovens menores de idade.

¹ Princípio do não retrocesso social ou da proibição da evolução reacionária: uma vez conquistados, direitos sociais e econômicos passam a constituir uma garantia constitucional. Trata-se de um direito subjetivo que, depois de concretizado, não pode ser diminuído ou esvaziado, mesmo que através de lei ou reforma.

O noticiário da imprensa diariamente publica que a maioria dos crimes de assalto, de roubo, de estupro, de assassinato e de latrocínio, são praticados por menores de 18 anos, quase sempre, aliciados por adultos. A mocidade é utilizada para movimentar assaltos, disseminação de estupefacientes, desde o "cheirar a cola" até o viciar-se com cocaína e outros assemelhados, bem como agenciar a multiplicação dos consumidores. Se a lei permanecer nos termos em que está disposta, continuaremos com a possibilidade crescente de ver os moços com seu caráter marcado negativamente, sem serem interrompidos para uma possível correção, educação e resgate (D.O. 1993, p. 23063²).

O projeto foi publicado em 27 de outubro de 1993, mas não teve continuidade. Por vezes, pela interposição de apensos que versavam sobre o tema, a discussão da PEC voltou ao Congresso, mas não seguiu em frente. Entretanto, em março de 2015, a Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou a proposta de emenda constitucional 171/39, que visa à redução da idade penal de 18 para 16 anos, dando prosseguimento ao feito. Independente dos apensos, o texto base da proposta continua sendo o do deputado Benedito.

Em 2015, em meio ao processo legislativo da Emenda Constitucional 171/93, ocorreu um crime de grande repercussão midiática, potencializando as discussões sobre o tema: Jaime Gold, ciclista, médico, morador da Zona Sul da cidade foi vítima de um assalto na Lagoa Rodrigo de Freitas. Faleceu no dia seguinte ao assalto em decorrência de golpes de faca. Os assaltantes eram, supostamente, jovens menores de idade.

Da profusão de notícias de violência como essa, veiculadas diariamente pelos jornais, que incriminam jovens, foi criada uma comissão especial para examinar o conteúdo da proposta de alteração constitucional que discute a maioridade penal. Antes da referida comissão se posicionar, deputados que defenderam (e defendem) a redução estavam temerosos com o não prosseguimento do projeto, e apresentaram um substitutivo

² <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD27OUT1993.pdf#page=10> acessado em 26/07/2016.

para que a diminuição da maioria penal fosse restrita aos crimes hediondos. Apesar de parecer uma proposição limitadora, deputados contrários à redução acreditam que foi uma manobra articulada para que o projeto continuasse o seu trâmite, mesmo que de forma prejudicada. Nesse sentido, no dia 17 de junho de 2015, a Comissão Especial da Câmara deu parecer favorável ao relatório que trouxe a alteração do texto. De acordo com o processo legislativo, o projeto de emenda constitucional ainda precisa da aprovação de 3/5 de cada Casa, em dois turnos.

No dia 30 de junho de 2015, a Câmara dos Deputados rejeitou a proposta de redução da maioria penal no primeiro turno da votação. Importante salientar que no dia seguinte à votação, o presidente da Câmara colocou em pauta e conseguiu a aprovação da polêmica emenda aglutinativa³ que permite a responsabilização criminal de jovens de “16 e 17 anos, em casos de crimes hediondos, homicídio doloso e lesão corporal seguida de morte” em uma manobra discutível. O então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, disse se basear no regulamento da Casa, mas políticos e juristas alegaram que o procedimento adotado foi inconstitucional. O projeto foi encaminhado para o Senado Federal. Cabe ressaltar que políticos e juristas insatisfeitos com a suposta ilegalidade do procedimento, se uniram para reclamar junto ao Supremo Tribunal Federal. Ainda será necessário mais uma votação, em cada Casa, para prosseguimento do processo de emenda constitucional.

Para entendermos o contexto em que a redução da maioria está sendo discutida, precisamos aprofundar questões políticas, midiáticas e de direito, além de analisar o perfil de um personagem importante na tramitação do projeto: Eduardo Cunha, ex-presidente da Câmara dos Deputados. Responsável por presidir todo o processo da PEC 171/93 na Câmara, faz parte da bancada conservadora do Congresso, posicionando-se, por exemplo, contra a descriminalização do aborto, da maconha e união estável homoafetiva. Defensor da diminuição da idade penal, foi responsável por colocar a votação em pauta na Câmara. A continuação do projeto foi negada, pois não atingiu a

³ “Espécie de emenda à proposição que se propõe a fundir textos de outras emendas, ou a fundir texto de emenda com texto de proposição principal. Muito usada no momento da votação de proposições em plenário. RICD, Art. 118” - <http://www2.camara.leg.br/glossario/e.html> - acessado em 27/07/2016.

quantidade mínima de votos para prosseguir. O grupo contra a redução da maioria penal teria vencido. Não satisfeito, no dia seguinte, Cunha articulou e colocou em pauta a votação de uma emenda aglutinativa.

No primeiro dia de votação o plenário estava cheio, a mídia transmitia o que se passava no Congresso e os movimentos contra o prosseguimento da PEC estavam presentes, pressionando os deputados. Todos haviam sido comunicados previamente sobre data e horário da votação, como deve ser feito. Entretanto, no dia seguinte, o presidente colocou em pauta a emenda aglutinativa, votada sem divulgação prévia, com o plenário mais vazio e a presença de deputados defensores da redução, que não estavam presentes (sem justificativa) no dia anterior. Além disso, os movimentos contra a redução, que pressionavam pelo não andamento do processo, também não compareceram porque não foram avisados. No final do dia, para a surpresa de todos, os jornais noticiavam que PEC 171/93 tinha atingido votos suficientes para que o processo de aprovação continuasse.

No dia 20 de agosto de 2015, Cunha foi denunciado, pela Procuradoria-Geral da República, por corrupção e lavagem de dinheiro ao Supremo Tribunal Federal (STF), acusado de receber mais de cinco milhões de reais em “propina”. Rodrigo Janot, Procurador-Geral da República desde setembro de 2013, acusou Cunha de usar a Câmara e seus parlamentares como um “escudo de proteção” para tentar se esquivar de julgamentos por possíveis atos ilícitos. No dia 25 de setembro de 2015, o juiz responsável pela Operação Lava Jato, Sérgio Moro, enviou um novo pedido de denúncia ao STF.

Paralelamente às suspeitas investigadas no país, em 1º de outubro de 2015, o Ministério Público da Suíça enviou ao Brasil um processo criminal instaurado em abril do mesmo ano por suspeita de corrupção e lavagem de dinheiro. O processo se baseou no levantamento de movimentos em contas bancárias na Suíça. Essas contas estariam no nome de Eduardo Cunha e de seus familiares. Contudo, até hoje acredita-se que todas são controladas pelo deputado. O processo foi concluído e culminou no congelamento das contas do deputado. Enquanto isso, no Brasil, mesmo com a divulgação de documentos que comprovavam a responsabilidade dos atos ilícitos, Eduardo Cunha divulgou uma nota, através da assessoria de imprensa da Câmara dos Deputados, acusando o

Procurador-Geral Rodrigo Janot de utilizar uma “estratégia arditosa” na divulgação desses dados. Vale destacar que essas provas consubstanciaram argumentos da Procuradoria nas duas denúncias feitas ao STF.

A desconfiança se instalou no país e no Congresso. O plenário estava cada vez mais polarizado entre defensores e aliados de Cunha contra a oposição, que almejava a instauração do processo. O caso foi levado ao Conselho de Ética e Decoro da Câmara dos deputados. Depois de muitas discussões, adiamentos de pauta e recursos protelatórios, no dia 15 de dezembro de 2015, o Conselho autorizou, em votação apertada de 11 a 9 votos, o prosseguimento das investigações sobre as supostas contas de Eduardo Cunha no exterior. No dia 3 de março de 2016, o STF aceitou por unanimidade a denúncia proposta pela Procuradoria-Geral da República contra Eduardo Cunha pelos crimes de corrupção passiva⁴ e lavagem de dinheiro⁵.

No dia 5 de março de 2016, o ministro do STF Teori Zavascki, acompanhado pelos demais onze ministros, suspendeu o mandato de Eduardo Cunha da presidência da Câmara. Pouco depois, Cunha renunciou ao mandato de presidente da Câmara, mas continua sendo réu no Conselho de Ética (além dos processos que estão sendo julgados pelo STF). Parte dos deputados, como Alessandro Molon (Rede Sustentabilidade), alega que o ex-presidente preferiu “sair de cena” para continuar com seu foro privilegiado no Supremo. Cunha foi o parlamentar responsável pela manobra que votou a emenda aglutinativa, dando prosseguimento favorável ao trâmite da PEC, continuando a articular a aprovação da redução da maioria penal.

⁴ Art. 317 do CP: corrupção passiva: "solicitar ou receber, para si ou para outros, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem."

⁵ Lavagem de dinheiro: expressão que se refere a práticas econômico-financeiras que têm por finalidade dissimular ou esconder a origem ilícita de determinados ativos financeiros ou bens patrimoniais, de forma a que tais ativos aparentem uma origem lícita ou a que, pelo menos, a origem ilícita seja difícil de demonstrar ou provar.

DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE NA ALTERAÇÃO DA NORMA

A emenda é a modificação de certos pontos, cuja estabilidade o legislador constituinte não considerou tão grande como **outros mais valiosos**, se bem que submetida a obstáculos e formalidades mais difíceis que os exigidos para a alteração de leis ordinárias. (DA SILVA, 1999 p.64 – grifo nosso).

A emenda constitucional é o único mecanismo mantido pela Constituição de 1988 que permite a alteração da carta magna. Qualquer mudança só pode ser feita com base no art. 60 da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), respeitando os limites que se apresentam. Segundo José Afonso da Silva (1999), é essa rigidez na técnica através de um procedimento mais dificultoso na modificação que garante a supremacia da constituição. O constituinte originário optou por estabelecer a possibilidade de alteração da norma como forma de assegurar que a letra da constituição não se torne obsoleta e possa continuar a produzir efeitos em diferentes momentos da história. Entretanto, para o autor, renomado constitucionalista, a rigidez do processo acontece porque o legislador tentou proteger direitos considerados “valiosos”, conquistas importantes e que precisam ser mantidas para a manutenção e evolução do Estado Democrático de direito.

As emendas constitucionais podem ser feitas pelo poder constituinte derivado reformador⁶. Ou seja, somente por meio de iniciativa do legislativo pode se alterar o que fora promulgado pelo poder constituinte originário. Diferente do poder constituinte originário, que pode promover qualquer mudança na construção de uma nova constituição, o poder constituinte derivado é condicionado a limitações previstas na constituição. As limitações podem ser procedimentais, que tratam do trâmite do processo legislativo, encontradas no artigo 60 da CRFB, mas também podem ser limitações materiais, definidas como um núcleo intangível da Constituição, chamada pela doutrina

⁶ É aquele criado pelo poder constituinte originário para reformular (modificar) as normas constitucionais. A reformulação se dá através das emendas constitucionais

de cláusulas pétreas, constante no art. 60, parágrafo 4º da CRFB. De acordo com as cláusulas pétreas, não pode ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional que tente abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais. Esse texto foi uma inovação e um avanço da constituição de 1988, pois a constituição anterior, de 1967, previa como cláusula pétrea apenas a Federação e a República. Essa importante consideração nos direciona para o entendimento do por que a imutabilidade e proteção desses direitos devem ser garantidos, e quais os perigos que uma possível modificação pode nos trazer.

Levando em consideração o procedimento estabelecido pela nossa constituição, a emenda poderá ser proposta por três tipos de iniciativa (privativa e concorrente): 1/3, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação. Em seguida, a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, sendo aprovada se obtiver 3/5 dos votos de seus respectivos membros, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Discutido e aprovado, o projeto segue para a promulgação.

Importante observar que não existe sanção ou veto presidencial no processo legislativo de alteração de emenda constitucional. Sendo assim, depois de promulgada, o Congresso Nacional publica a emenda constitucional. Se rejeitada ou prejudicada, a matéria constante na proposta não pode ser apresentada na mesma sessão legislativa, ou seja, considerando que o ano legislativo costuma começar em fevereiro e terminar em dezembro, proposta de emenda que contenha matéria já rejeitada ou prejudicada só pode ser colocada em pauta no ano legislativo seguinte.

Entendendo o processo, nos aproximamos da justificativa de políticos e juristas que foram contra a votação da emenda aglutinativa proposta por Eduardo Cunha. Segundo a constituição, uma vez votado, o projeto de emenda constitucional que contenha mesma matéria só pode ser votado na próxima sessão legislativa (ano seguinte),

diferente do que aconteceu no processo da PEC 171/93. O presidente se baseou no Regulamento do Estatuto da Câmara dos Deputados para agir daquela forma⁷.

A Constituição da república possui um núcleo duro, uma parte da legislação que só pode ser alterada pelo constituinte originário⁸, ou seja, no advento de uma nova constituição, com o objetivo de salvaguardar direitos já concretizados. De uma forma geral, o poder derivado⁹ pode alterar a legislação mesmo se tratando de uma norma constitucional. Do contrário, a constituição perderia força e se tornaria obsoleta com o passar do tempo. Assim, o legislador deve acompanhar a história para que a escrita tenha significado prático, inclusive implementando novas regras, quando necessário.

Deve respeitar, no entanto, a parte imutável da constituição a fim de que se garanta o não retrocesso social.

A imputabilidade penal aos 18 anos é um direito fundamental do indivíduo explícito no patamar constitucional¹⁰. Qualquer tentativa de supressão desses direitos pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIN)¹¹. Esta limitação não é eterna. Existe apenas nos casos de revisão da lei. Uma nova constituição poderia diminuir a maioria penal e vincular seu poder reformador a isso. O importante é saber que hoje existe uma limitação material que inibe a alteração de cláusula pétrea expressa na constituição, limitando o poder reformador. Qualquer manobra legislativa que não a acate pode ser considerada inconstitucional e arguida em processo judicial. Se a emenda constitucional que diminui a idade penal ocorrer, a violação dessa norma poderá ser

⁷ Atualmente aguarda-se o pronunciamento do STF sobre o embate.

⁸ O poder constituinte originário é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica anterior. Ele possui natureza autônoma, ilimitada juridicamente, incondicionado e soberano na tomada de decisões. Sendo assim, pode modificar ou absorver qualquer norma que entenda importante para o novo ordenamento jurídico.

⁹ Poder constituinte reformador ou derivado é criado e instituído pelo poder originário. Ele tem a capacidade de modificar a constituição através de um procedimento específico, obedecendo as regras previamente estabelecidas e limitando-se aos parâmetros impostos.

¹⁰ Situa-se no art. 5º, parágrafo 2º c/c art. 228 c/c art. 60, parágrafo 4º, IV da CRFB.

¹¹ ADIN (art. 102, I, a da CRFB): a ação direta de inconstitucionalidade é uma ação submetida ao Supremo Tribunal Federal com o objetivo de controlar a constitucionalidade de lei ou ato normativo que se mostre incompatível com o sistema.

considerada um grave retrocesso social e um atentado à democracia brasileira. Paulo Rangel (2015) é assertivo ao explicar o tema

Não há legitimidade dentro desse Estado, enquanto Estado fundante da República, de admitir a Emenda à Constituição para diminuir a menor idade penal. Se o Congresso Nacional o fizer, será uma grande, grave e inadmissível afronta à Carta Política do País. Inadimplemento do contrato social assinado na carta de 1988 cansada que estava a sociedade da repressão e da supressão de direitos (RANGEL, 2015, p. 217).

A Constituição da República Federativa de 1988, pós-ditadura militar, foi uma vitória do Brasil contra a supressão de direitos. Qualquer comando que a viole, como a redução da maioria penal, pode promover um grande retrocesso social no estado de direito. Democracia não se constrói nem se mantém com encarceramentos de jovens. Rediscutir essa questão é um retrocesso social por desrespeitar a constituição e, por conseguinte, a democracia, além de direitos já conquistados pelos indivíduos.

De acordo com políticos e juristas que são contra a redução da maioria penal, se o processo legislativo da PEC 171, que contém tantos vícios, realmente prosseguir e for aprovado, o país abrirá precedente para que outras garantias constitucionais também sejam questionadas. Muitos políticos e empresários estão preocupados com seus próprios interesses, independente do mal que isso possa causar à população. Por isso, a imutabilidade de certas garantias se mostra tão importante. Uma república que se funda no respeito à dignidade da pessoa humana e objetiva uma sociedade livre e justa com a erradicação da pobreza e da marginalidade não pode violar seus preceitos constitucionais.

Existem doutrinadores do Direito, como Miguel Reale Jr. e Pedro Lenza, que não vêem ilegalidade na alteração à constituição para a redução da maioria, pois entendem que a diminuição da idade penal não faz parte do rol imutável de garantias individuais. Para Lenza (2010),

Embora parte da doutrina assim entenda a nossa posição é no sentido de ser perfeitamente possível a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos, uma vez que não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir. (LENZA, 2010, p.164).

Em contrapartida, a maioria da doutrina constitucionalista consagrada, tanto os professores mais tradicionais da área do Direito, como José Afonso da Silva, quanto os pertencentes a nova geração, como Guilherme Pena, é contra a redução da maioridade penal, considerando o andamento da PEC 171 uma violação aos direitos e garantia constitucionais.

Os meios de comunicação, por sua vez, alimentam uma sociedade historicamente punitiva com discursos repetitivos e associativos que parecem fortalecer a posição favorável à diminuição da maioridade penal. Os discursos jornalísticos potencializam a criminalização do adolescente negro e pobre quando responsabilizam, majoritariamente, esses jovens pela violência que acontece na cidade. Não são raras as reportagens sobre grupos de adolescentes que fazem “arrastões” ou praticam atos violentos na Zona Sul do Rio de Janeiro.

Nesse momento de discussão da idade penal, quando um crime supostamente praticado por “menores de idade” toma vulto na mídia, observamos os jornais repletos de fontes políticas que defendem o endurecimento da lei. São validações em defesa das “pessoas de bem” que mais parecem uma “alavanca eleitoreira”. Evidencia-se uma orquestração de vozes que silencia a “raiz” do problema e as consequências negativas que tal lei trará para a sociedade.

Segundo Vania Fortuna (2016), o silenciamento de opiniões contrastantes em matérias jornalísticas da imprensa hegemônica revela-se uma estratégia discursiva de construção de consenso. A ênfase dada a alguns aspectos em detrimento de outros

demonstra o quanto o jornalismo repete práticas e constrói discursos como armadilhas de silenciamento. Observamos essa estratégia discursiva na cobertura jornalística da violência urbana no Rio de Janeiro, o que aponta para um processo estigmatizatório que sustenta a construção de consenso sobre a redução da maioria penal.

Quando a matéria não propõe um debate profundo que complexifique questões sobre violência, segurança pública e suas divergências, parece que os culpados são sempre os mesmos: jovens, negros e pobres. Este argumento é questionável. É um gesto de silenciamento do jornalismo, pois não se discute fatos relevantes que promovem o debate sobre a redução da maioria penal.

O discurso punitivo da segurança pública nos parece superficial e não está voltado para o aprofundamento de uma questão tão importante para a nossa sociedade. O objetivo é aumentar a pena para inibir a prática do crime de forma preventiva. Entretanto, segundo entendimento de Vera Malaguti (2016)¹², será pouco provável que o adolescente pense na pena que lhe será atribuída antes de cometer o delito. A “punição” que ele já possui não é branda, conforme acredita grande parte da população. Existe um sistema de leis específico ao qual o adolescente infrator é submetido (ECA). Além disso, existem denúncias de que o sistema de internação é extremamente precário e possui graves problemas como superlotação, falta de condições básicas e relatos de tortura. Ou seja, o jovem pobre da favela, que sempre esteve “à margem” da sociedade, não vai se importar porque não tem expectativas melhores nas circunstâncias em que vive.

A diminuição da idade penal fará apenas com que eles cumpram pena de adultos, tendo menos oportunidades de voltar ao convívio social. O caráter da lei não deveria ser visto como punitivo, mas sim ressocializador, de forma a dar subsídios para que o indivíduo possa se reinserir na sociedade: entendendo o cometimento do erro e habilitando-o para uma vida livre do crime. O endurecimento da lei em um país que possui um sistema carcerário degradante como o nosso pode promover a segregação e o

¹² De acordo com aulas ministradas pela professora Vera Malaguti na Pós-Graduação de Direito na UERJ (2016).

ódio. A tendência é uma piora da situação, facilitando o retorno do adolescente para o ciclo da violência.

Observamos parte da população defendendo a redução da maioridade penal replicando argumentos trabalhados pela grande mídia. O site *Politize*¹³ sintetizou os cinco principais motivos “por que [as pessoas] argumentam a favor” da diminuição da idade penal. Primeiramente, aponta para a formação de um consenso: “porque a maior parte da população é a favor”. Em segundo, “porque adolescentes de 16 e 17 anos já têm discernimento suficiente para responder seus atos” e “a impunidade de menores gera apenas mais violência”. Na sequência, “muitos países desenvolvidos adotam maioridade penal abaixo dos 18 anos”. E finaliza com “as punições atuais para menores são muito brandas”.

Conforme estudaremos ao longo deste capítulo, muitas dessas crenças são equivocadas, como: a impunidade que gera mais violência, “os menores não são punidos” ou possuem uma “punição muito branda” e, ainda, que muitos países desenvolvidos adotam a idade penal abaixo de 18 anos. Existe um movimento que constrói discursos e produz sentidos que parecem consensuais. Temos mídia e público atuando na reverberação desses sentidos.

A possibilidade de inserção desses meninos no sistema carcerário diz respeito a toda sociedade, desde os operadores da lei até a população. O movimento de colocar adolescentes de 16 a 18 anos sob custódia do sistema penal influencia diretamente a vida de todos e, provavelmente, potencializará a violência urbana. Não se trata apenas da preocupação com o outro, o que por si só já mereceria toda a nossa atenção.

O CASO DO CICLISTA NA LAGOA RODRIGO DE FREITAS

O caso do ciclista Jaime Gold é emblemático para a nossa discussão. No dia 19 de maio de 2015, foi amplamente noticiada a morte do médico Jaime Gold, vítima de um

¹³ Disponível em: <http://www.politize.com.br/5-argumentos-a-favor-e-contra-a-reducao-da-maioridade-penal/> - acessado em 14/07/2016.

assalto na Lagoa Rodrigo de Freitas, zona sul do Rio, quando andava de bicicleta. O jornal *O Globo* traz na primeira página a chamada: “*Na Lagoa, mais um esfaqueado*”.

Um ciclista foi esfaqueado no abdômen ontem à noite na Lagoa Rodrigo de Freitas, durante um assalto. A vítima, que até o fim da noite não havia sido identificada foi encontrada pelo médico Roberto Oberg que fazia exercícios físicos, na altura da Curva do Calombo, em frente ao centro náutico do Botafogo, por volta das 19h. Segundo ele, (...) o homem estava junto a uma árvore, sangrando muito e já inconsciente. Bombeiros foram chamados e levaram o ciclista para o Hospital Miguel Couto, onde ele seria operado. (...) Testemunhas não presenciaram o momento exato do assalto, mas viram quando dois bandidos armados com faca fugiram de bicicletas. Eles teriam tido a cobertura de um terceiro criminoso, que aparentava ter menos de 18 anos. A bicicleta da vítima foi levada (*O Globo*, 19/05/2015, p. 13).

Para conhecermos o caso de forma ampla e entendermos os fragmentos de reportagens apresentados, cumpre fazer um breve resumo das notícias que abordaram o assunto, veiculadas nos meses de maio e junho do mesmo ano. Jaime Gold foi esfaqueado em decorrência de uma tentativa de roubo. O médico foi levado ao hospital e faleceu na manhã seguinte. Um jovem de 16 anos, negro, foi apreendido e levado à divisão de homicídios. Diante da revolta da população por um crime que acontecera em um dos “cartões postais” da cidade, além da pressão feita pelos veículos de comunicação, o Estado precisava dar uma resposta rápida. Um adolescente de 15 anos, negro, foi apreendido e a delegada responsável veio a público dizer que o caso estava encerrado. Alguns dias depois, no entanto, outro jovem de 16 anos, negro, apresentou-se na delegacia confessando o crime. O erro foi reconhecido e o segundo menor liberado. Mas a sensação de que os três são culpados, independente de quem praticou a ação, permanece.

O principal argumento da corrente que defende a diminuição da maioridade penal se sustenta na seguinte questão: se o adolescente com 16 anos já tem capacidade para votar, também tem discernimento suficiente para saber o que é certo ou errado e responder penalmente pelos seus atos.

A Constituição brasileira de 1988 adotou o critério biopsicológico – que foi ratificado na promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1991 – quando estabeleceu a maioridade penal em 18 anos. Os adolescentes entre 12 e 18 anos incompletos submetem-se às normas do ECA. O critério não leva em consideração apenas o valor numérico da idade. Acredita-se que o adolescente ao completar 18 anos já possui o nível de desenvolvimento psicológico suficiente para compreender seus atos e ser responsabilizado de acordo com as regras do código penal. Não se trata apenas de entender os fatos, mas de ter condições reais de compreender as consequências de sua conduta e maturidade para avaliar os atos que devem ou não se praticados.

Em 22 de maio de 2015, foi publicada uma matéria no jornal *O Globo* sobre o caso Jaime Gold, relacionando a redução da maioridade penal ao argumento de que os adolescentes a partir de 16 anos estariam prontos para serem julgados como adultos: “*Luto na Lagoa: projeto que reduz a maioridade penal divide opiniões*” (p.9). Ao longo do texto, o jornalista cita a posição favorável de importantes políticos como Pezão (governador do estado) e Eduardo Cunha (então presidente da Câmara dos Deputados do Rio de Janeiro). Além disso, informa que grande parte da Comissão que dará o parecer sobre o projeto também é favorável à redução. Na sequência, um artigo retoma a discussão: “*Capacidade de entender a conduta criminosa*”.

Os jovens de hoje são bem mais informados que os jovens de 1940, quando da edição do Código Penal. A mídia, a internet, as redes sociais, o cinema contribuem para isto. Aos 16 anos, podem votar, isto é, podem escolher os nossos representantes nas câmaras e assembleias e nos cargos executivos. Emancipados, podem realizar todos os atos da vida civil, inclusive contrair matrimônio. A verdade é que os jovens de 16

anos de idade têm, de regra, entender a conduta criminosa. (*O GLOBO*, 2015, p.8).

A matéria “vende” uma falsa ideia de que o menor de 16 anos já possui discernimento suficiente para entender a prática de uma conduta criminosa, porém, não identificamos a contextualização necessária ao assunto. O menor de idade com 16 anos tem capacidade para votar, mas não pode ser votado, não tem idade suficiente para assumir qualquer tipo de cargo político, não pode dirigir, entre outras restrições. O argumento de que o menor compreende seus atos porque já possui capacidade para votar não é suficiente se contextualizado no ordenamento jurídico brasileiro. O próprio legislador sabia disso ao editar normas que trouxeram o requisito de idade mínima para obter certas capacidades. Portanto, a tese que se veicula dizendo que o jovem de 16 anos está completamente preparado para avaliar suas próprias condutas e ser submetido ao sistema penal não se sustenta. Enquanto isso, as representações que se formam a partir desses argumentos tentam legitimar a legalidade da redução da maioridade penal no nosso ordenamento jurídico.

Podemos observar que o discurso da matéria aparentemente nos mostraria a diversidade da questão, mas, em verdade, traz uma campanha eleitoreira que legitima a redução da maioridade penal. Essas representações são formadas por argumentos parciais, propondo a alteração da norma como solução para diminuição nos índices de criminalidade no país a partir da vinculação de um caso de grande repercussão à necessidade do endurecimento da lei.

1.3 Sistema Internacional Dos Direitos Humanos

Na esteira da discussão sobre a idade ideal para se estabelecer a maioridade penal, precisamos situar nossa discussão em nível internacional para entendermos como os outros países vêm se comportando diante do tema. Encontramos informações no jornal

que pouco estimulam a reflexão crítica. O silenciamento da grande mídia também aponta para determinada produção de sentidos.

Pensar a questão do silêncio não é buscar apenas o que não foi dito. Se o silêncio não fala, mas significa, cabe-nos a missão de entender para quais posições no jogo de poder tais silenciamentos apontam. Em outras palavras, quem (ou que aspecto da complexidade das questões) está sendo silenciado quando apenas uma fonte (ou um “modelo” de interpretação real) está sendo autorizada a falar e a omitir opiniões. (MENDONÇA, 2015, p.47)

Sobre os silenciamentos do jornalismo, as contribuições de Kleber Mendonça (2015) são esclarecedoras. Ao analisar as coberturas telejornalísticas do RJTV 1ª Edição sobre as Unidades de Polícia Pacificadoras (UPPs) no Rio, veiculadas entre 2010 e 2013, Mendonça (2015) afirma que o “mito de retomada de território pelo estado” é construído discursivamente por estratégias de silenciamentos, potencializadas pelas escolhas das fontes informativas. Estruturando sua pesquisa neste caminho metodológico, Mendonça (2015) chama atenção para a escolha de moradores de comunidades como fontes noticiosas, vozes modalizadas para legitimar as “pacificações”.

A combinação das falas desses moradores à ausência das falas de lideranças tradicionais comunitárias, silencia a longa história de resistência, de conquistas e de exigência da presença do Estado. Outro ponto importante discutido pelo autor é o empoderamento armamentista do tráfico de drogas nas favelas, pois grande parte desse armamento é vendida por policiais. Uma questão que precisa ser complexificada para a compreensão da violência urbana e das representações construídas pelo jornalismo. Evidenciar tais silenciamentos nas regularidades discursivas, entre outros, possibilita Mendonça desnaturalizar o “mito da retomada de território pelo Estado” e a afirmar que o Estado sempre esteve presente nas comunidades, mesmo que de forma precária.

Sob esse viés metodológico, importante analisarmos dados de outras fontes para estabelecermos um comparativo e entendermos por que esse silenciamento de questões sobre violência urbana acontece, assim como seus reflexos na sociedade.

Segundo Paulo Rangel (2015), quando comparamos a situação legal brasileira com a de outros países não podemos utilizar apenas o caráter numérico. É preciso contextualizar a definição eleita pelo legislador com a realidade política, econômica, social e cultural do país, pois a escolha de qual sistema o adolescente será submetido passa por questões sociais inerentes ao lugar em que ele vive.

Em nossa pesquisa, não encontramos reportagens que mencionem o tratamento dado à maioria penal em outros países (apenas uma citação aos Estados Unidos foi encontrada no *globo on line*). Para traçarmos um panorama em nível mundial, analisamos o estudo *Porque dizer não à redução da maioria penal*, desenvolvido pela UNICEF, em 2007. De acordo com as pesquisas, 79% dos países (total de 42 países pesquisados) utilizam a maioria penal de 18 anos, quais sejam: Alemanha, Escócia, Espanha, Itália, Portugal, Romênia, Grécia, entre outros. Pela lista, observamos que muitos desses países são desenvolvidos ou estão em desenvolvimento. A divulgação desses números para as grandes massas poderia ajudar na construção de um pensamento crítico sobre o tema, mostrando ao leitor casos de sucesso ou fracasso de alguns lugares que já passaram pela fase complexa que estamos passando. Isso possibilitaria mais informação para o cidadão que, ao ler o jornal, pode apreender o conteúdo, fazer um comparativo e formar melhor a sua opinião.

Cabe ressaltar que muitos desses países admitem ainda um sistema chamado de “jovens adultos”. Nesses casos, o ordenamento jurídico do país verificará se devem ser aplicadas as regras do sistema juvenil ou do sistema penal tradicional aos jovens entre 18 e 21 anos, quando suspeitos de praticar crimes, a partir de um estudo individual do discernimento de cada um. Retomando a discussão sobre a importância de se analisar as circunstâncias em que os jovens se encontram, nos parece que o legislador, ao prever essa possibilidade, está preocupado também com a questão social, e não só com a dimensão quantitativa que traz a norma. Percebemos uma forma não só de garantir os direitos humanos do acusado, mas também uma responsabilidade de que as melhores e mais

adequadas medidas sejam aplicadas, buscando uma ressocialização de fato, e consequente o não retorno ao ciclo da violência.

O silenciamento da mídia em relação a países que já diminuíram a maioria penal e não obtiveram sucesso em suas escolhas também é evidente, já que não encontramos nenhuma matéria no jornal *O Globo* que fizesse menção ao estudo da UNICEF. Tais informações deveriam ser levadas a público para que o leitor tivesse melhores condições de análise. A Espanha, por exemplo, diminuiu a maioria penal e voltou atrás por conta dos péssimos resultados alcançados. De acordo com Rangel (2015), o Código Penal da Espanha, ao entrar em vigor em maio de 1996, restituiu a idade penal de 18 anos, tendo em vista que a redução da maioria penal para 16 anos não diminuiu a violência na Espanha, e sim aumentou, contradizendo o que imaginavam autoridades espanholas.

No ano de 2015, cada estado dos EUA tem a sua própria legislação. Alguns ainda possuem a maioria penal no patamar inferior aos 18 anos. Dois deles querem urgentemente retornar à imputabilidade aos 18: Texas e Nova York. No Texas, existem três projetos em tramitação; já em Nova York, o governador convocou uma comissão, recomendando aos legisladores o aumento da idade penal, inclusive com o apoio do ex-presidente Barack Obama. Sobre a campanha para o aumento da maioria penal, que vem sendo feita ao longo dos últimos três anos nos EUA, *O Globo on line* se limitou a postar uma única reportagem, no dia 3 de julho de 2015: “*Governador de Nova York propõe aumentar a idade de 17 para 18 anos*”.

Informações mais aprofundadas, como essas que pesquisamos, poderiam mostrar ao leitor o que vem se apresentando como unanimidade: os países que baixaram a idade penal voltaram atrás por conta do aumento da criminalidade urbana. Ou seja, temos exemplos de países que já experimentaram a situação legal, que discutimos atualmente no Brasil, e não obtiveram um bom resultado. Mas são escassas na grande mídia notícias que abordam essa questão. Sem referências, a sociedade pode ser levada a erro, acreditando que uma nova lei, mais severa, pode diminuir a violência. O acesso à informação pela divulgação de estudos, posições de importantes organizações, índices de fontes sérias, resultados em outros países, são fundamentais

Nesse contexto de informações silenciadas, a ONU aparece como uma importante organização internacional que merece atenção e divulgação de suas análises. Ao longo da história, as grandes guerras mundiais trouxeram tempos de barbárie e intensa violação dos direitos humanos. No período pós-guerra, líderes mundiais, orientados e pressionados por grupos sociais progressistas, formaram uma Comunidade Internacional das Nações, chamada de *Organização das Nações Unidas- ONU*, visando garantir direitos. Segundo Carlos Weis (2012), defensor público do Estado de São Paulo e profundo estudioso dos direitos humanos, o objetivo era estabelecer um conjunto de normas e organismos voltados à preservação dos direitos inerentes aos seres humanos, diminuindo a possibilidade de que os governos nacionais pudessem subverter a democracia interna e ignorar direitos.

Para consolidar um sistema universal de direitos humanos, criou-se a Carta Internacional de Direitos humanos, composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. São instrumentos que cuidam genericamente dos direitos humanos e estabelecem um conjunto de direcionamentos cada vez mais universal, indivisível, independente, exigível e justiciável. Com essa evolução permanente, o estado-nação ou o cidadão de países signatários encontram-se mais protegidos. De acordo com as Nações Unidas, está em seu propósito e obrigação:

Conseguir uma cooperação internacional para **resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário**, e para **promover e estimular o respeito aos direitos humanos** e às liberdades fundamentais para todos, **sem distinção de raça, sexo, língua ou religião** (WEIS, 2012, p. 82 – grifo nosso).

Seguindo tais preceitos, em junho de 2015, a ONUBR tornou pública uma carta intitulada *Adolescência, juventude e redução da maioria penal*, ratificando seu posicionamento sobre as diferentes propostas de lei sobre imputabilidade penal dos adolescentes que transitam no Congresso Nacional, particularmente o projeto de emenda

constitucional 171/93, que visa alterar o art. 228 da Constituição Federativa do Brasil, reduzindo a maioria penal de 18 para 16 anos.

A redução da maioria penal opera em sentido contrário à norma internacional e às medidas necessárias para o fortalecimento das trajetórias de adolescentes e jovens, representando um retrocesso aos direitos humano, à justiça social e ao desenvolvimento socioeconômico do país. **Salienta-se, ainda, que as infrações cometidas por adolescentes e jovens forem tratadas exclusivamente como uma questão de segurança pública e não como um indicador de restrição de acesso a direitos fundamentais, o problema da violência no Brasil poderá ser agravado**, com graves consequências no presente e futuro (ONUBR, 2015, p.3 – grifo nosso).

Analisando o jornal *O Globo*, observamos que o governador do Estado do Rio de Janeiro, Luis Pezão, trata a situação dos adolescentes sem acesso aos direitos fundamentais como uma questão inteiramente de segurança pública. Isso fica claro em alguns de seus discursos, quando por muitas vezes o ouvimos falar em endurecimento de penas, e não de políticas públicas de educação. Podemos confirmar essa posição quando no dia 23 de maio de 2015, o jornal noticiou sobre o crime ocorrido na Lagoa: “*Uma história cruel: adolescente de 16 anos tem histórico de 15 passagens pela polícia por furto e roubo*”. Sem trazer à tona opiniões contrárias ou explicar os efeitos que tal posicionamento pode ter, o jornal trouxe novamente um discurso de apoio à redução da maioria, destacando as palavras do governador Pezão:

Eu não quero que a gente fique enxugando gelo. A maioria de apreensões que fazemos é de menores. (...) Só quero que seja feita uma discussão no Congresso Nacional. A polícia bateu recorde de apreensão de menores e não está sendo suficiente (*O GLOBO*, 23/05/2015, p. 8).

Além do discurso de endurecimento de pena, Pezão mostra sua insatisfação com o sistema, alegando que o problema não estaria mais na polícia, uma vez que ela tem “êxito” quando bate recorde de apreensões. O problema então se deslocaria para a questão de que o jovem pratica ato infracional¹⁴ análogo a crime, mas não recebe punição “suficiente”. Há divergências nesse assunto. A carta da ONU ressalta o que já está em diversas normas: toda pessoa menor de 18 anos que tenha cometido um delito deve receber tratamento em conformidade com as normas de justiça juvenil. Neste sentido, para processar e culpabilizar o jovem, devemos obedecer ao princípio da proporcionalidade e responsabilizá-lo de acordo com a sua idade, pois “em nenhuma circunstância o adolescente acusado de cometer delitos deve ser julgado pela justiça penal de adultos, nem responder perante o código penal” (ONUBR, 2015, p. 6).

O Brasil reconhece a fase de 12 a 18 anos como um momento de desenvolvimento humano, estabelecendo um conjunto de medidas que garante a responsabilização dos jovens pelo cometimento de atos infracionais. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 102, versa sobre as medidas socioeducativas que devem ser adotadas quando comprovada a responsabilidade dos menores. São seis medidas diferentes, sendo a mais grave delas a internação que culmina na restrição de liberdade do indivíduo. Esta pode ser utilizada quando o ato infracional ocorrer mediante grave ameaça ou violência à pessoa; por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente proposta.

Segundo a ONU, com a aplicação do conjunto de normas, espera-se que o adolescente possa ser reinserido na sociedade de forma social, educacional, cultural e profissional. É por esse processo de ressocialização, aliado a políticas de prevenção de delitos, que podemos ter resultados benéficos para toda a sociedade. Entretanto, não é isso que percebemos nos últimos anos. De acordo com estatísticas apresentadas pela organização, o número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas tem aumentado nos últimos anos.

¹⁴ Juridicamente, menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ou seja, não cometem crime, mas uma infração à norma semelhante a ele. Portanto, "ato infracional análogo" é a ação de jovem menor de idade semelhante a um crime previsto no Código Penal.

Em 2009, eram 16.940 jovens cumprindo medidas socioeducativas em ambiente fechado, já em 2012 esse número aumentou para 20.532, estabelecendo uma taxa de internação de 100 adolescentes por 100 mil habitantes¹⁵. Concluiu-se, ainda, que grande parte desses meninos (as) apresentavam baixa escolaridade e trajetória escolar descontinuada ou interrompida, entre outras características que indicam contextos de vulnerabilidade social e/ou violação de direitos.

Nas representações da redução da maioria penal construídas pela mídia, observamos violações aos direitos humanos quando suspeitos pela prática de crimes são expostos e condenados simbolicamente antes de passar por um devido processo legal penal. O jovem, negro, pobre e favelado é tratado como criminoso em alguns veículos de comunicação, e por parte da sociedade. A estigmatização ocorre não por indícios de autoria e materialidade, o que por si só já seria ilegal, tendo em vista que existe uma ordem jurisdicional responsável por condenar ou inocentar pessoas, mas por questões relacionadas à cor e condição social. Essa criminalização não é recente. Ocorreu ao longo da história. Mais de 300 anos de escravidão não se apagariam após 127 anos da Lei Áurea, que libertou os escravos, mas não os reinseriu na sociedade. Mostra-se urgente a necessidade de rechaçar o tratamento desigual por se tratar de uma clara violação aos direitos humanos.

Entendemos que a ONU e a Declaração dos Direitos Humanos surgiram para ajudar na reconstrução da ordem mundial, fundada em novos conceitos de direitos internacionais que se contrapõem à soberania nacional absoluta. Com o advento deste sistema, é possível relativizar as leis de cada país a partir dos princípios fundamentais que respeitam a dignidade humana, afim de que se possa solucionar divergência entre leis e garantir que qualquer violação aos direitos humanos seja coibida.

Além dos instrumentos já mencionados, existem tratados específicos que versam sobre os direitos humanos de grupos socialmente vulneráveis, por serem pessoas historicamente desfavorecidas que merecem um olhar mais cuidadoso. Pouco se tem conhecimento desse

¹⁵ Conforme carta *Adolescência, juventude e redução da maioria penal* publicada pela ONUBR em junho de 2015.

assunto, já que ele não aparece como pauta dos principais jornais do país. Este, por exemplo, é o caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, estabelecida por conta da herança que a escravidão de milhares de negros nos deixou. O preconceito e suas consequências são latentes em nossa sociedade e precisam ser debatidos com a atenção que o tema merece.

Neste sentido, a grande mídia seria instrumento por excelência para levar informações às pessoas e promover a causa: tanto para um conhecimento mais profundo da luta contra o racismo, como para entender os efeitos diretos que uma não conscientização provoca na sociedade. A visibilidade dada ao racismo sofrido por celebridades globais é grande, mas isso acontece cotidianamente à população pobre negra.

A legislação brasileira, por sua vez, tenta minimizar esses danos tipificando penalmente condutas que geram preconceito e discriminam raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, criminalizando quem pratica essas ações. Os resquícios da estigmatização do negro como marginal, a falta de uma moradia digna com saneamento básico, de acesso à educação e a dificuldade de emprego, são problemas que continuam a existir. E são condições fundantes no processo de criminalização e no ciclo da violência que acontece no país.

Na legislação internacional, o Pacto San Jose aparece como texto fundamental no sistema americano de direitos humanos. O tratado garante força cogente aos seus signatários (o Brasil é um deles), tornando norma legal os direcionamentos estabelecidos pela Carta de Direitos Humanos. Assim, a Corte Internacional de Direitos Humanos vem utilizando-o para responsabilizar os países tanto pela violação do direito material quanto pelo não cumprimento de medidas legislativas, administrativas ou judiciais que sirvam para dar eficácia aos direitos humanos. Hoje, no Brasil, podemos observar instituições de diferentes áreas, inclusive parte da mídia, atuando como “agências criminalizadoras” quando estigmatizam o indivíduo, nos moldes propostos por Zaffaroni e Batista (2003). Entretanto, não observamos medidas que tentem conter este processo.

É importante salientar que não estamos simplificando o problema, responsabilizando o jornalismo pelo o preconceito que acomete a sociedade. Muito menos propondo qualquer tipo de censura que viole a liberdade de expressão e de

imprensa, princípios constitucionais de extrema importância para a manutenção da democracia no Estado Brasileiro. Buscamos problematizar determinadas condutas que acabam por reforçar preconceitos, sejam por parte do judiciário (ou de qualquer outra instituição), da mídia ou do cidadão. Acreditamos que os princípios e a legislação nacional e internacional devem ser relativizados de acordo com cada caso concreto, através de um juízo de ponderação de valores que garanta direitos humanos.

Sucedemos um tempo marcado pela escravidão. A luta para garantir os direitos humanos é longa e envolve diversos fatores. A ideia não é de estabelecer um processo de culpabilização, mas sim de conscientização de todas as instituições e da sociedade, especialmente pelo acesso à informação. Só o conhecimento e aprofundamento dessas questões podem conduzir a um pensamento crítico que vai além do senso comum. Sendo assim, o jornalismo aparece como instrumento fundamental a esse processo de conscientização, mas discursos simplificadores se repetem, apontando para um movimento cíclico da imprensa.

1.4 movimento cíclico das narrativas jornalísticas

Para aprofundar as investigações das narrativas jornalísticas do Jornal *O Globo* e analisar a estigmatização feita pela mídia ao menor de idade, negro, pobre e favelado, recorreremos ao grande fluxo narrativo e a *tríplice mimesis* de Ricoeur (1994). Dessa forma, trazemos à discussão o conceito de *mimesis I* a *mimesis III*, visando articular o arco hermenêutico no ciclo vicioso das reportagens.

Percebe-se, em toda sua riqueza, qual o sentido de *mimesis I*: imitar ou representar a ação é, em primeiro lugar, pré-compreender o que é o agir humano: sua semântica, sua simbólica e sua temporalidade. É nessa pré-compreensão, comum ao poeta e ao leitor, que se delineia a construção da intriga e, com ela, a mimética textual e literária (RICOEUR, 1994, p. 28).

Na estruturação das narrativas em *mimesis I*, Ricoeur (1994) inaugura uma rede conceitual da ação em que narrador e receptor são membros de um conjunto. Por meio dessa relação de intersignificação, todos os envolvidos devem estar familiarizados com os termos expostos para atingir a sua compreensão narrativa. Segundo Benjamin (1985), a narrativa é uma troca de experiências transmitida pelo relato que deve ser comum ao narrador e ouvinte. Ambos estão inseridos em um mesmo fluxo narrativo unidos pelo interesse em conservar aquilo que está sendo narrado. Barthes (1985) também ressalta essa função de troca que existe entre doador e beneficiário.

Para iniciar essa relação, o narrador deve ter a preocupação precípua de que o texto seja passível de uma apropriação pelo leitor. Ricoeur (1994) chama de intriga a composição verbal através da qual o texto se transforma em narração, é por ela que o narrador seleciona e organiza os acontecimentos para que a história contada esteja completa. O texto deve ser um conjunto de instruções que permita orientar a sua compreensão. Ricoeur (1994) explica o mundo prefigurado e nos apresenta os aspectos simbólicos das narrativas. Todos nós passamos por um processo de culturalização que constrói a nossa visão de mundo, é a nossa bagagem, tudo que apreendemos ao longo da vida. Quando narramos um fato, inevitavelmente, colocamos no texto nossas impressões, pois já temos uma representação pré-constituída sobre o assunto. Neste sentido, todas as narrativas trazem, com seus aspectos simbólicos, um pouco da visão de quem a escreve.

Podemos verificar esses conceitos trazidos por Ricoeur na matéria jornalística. O jornal tem essa função de troca com o leitor, as duas partes querem que a informação seja entendida. Por isso, cabe ao veículo elaborar um texto com informações suficientes que permitam ao leitor entender os fatos. Além disso, a significação incorporada à narração é passível de ser decifrada. Conhecendo o contexto, o leitor está mais apto a identificar se o autor narra de forma tendenciosa.

Em *mimesis III*, Ricoeur (1994) fala sobre o mundo refigurado pelo leitor, colocando-o como elemento constituinte e atuante no processo da narrativa. São apropriações e reapropriações feitas por alguém que tem suas próprias visões de mundo. Barthes (1985) coaduna com esse entendimento quando diz que a narração só pode

receber seu efeito no mundo que a usa, com influência de elementos externos. Neste sentido, o público também aparece como parte integrante na produção de sentido. Para Ricoeur, o leitor cria a referência no momento que devolve a mensagem para o mundo. A partir dessa nova referência, temos a construção simbólica de um repertório cultural que será reutilizado por outros na formação de novas narrativas.

O ponto de chegada da narrativa é também o ponto de início, de recomeço. Esse processo pode nos passar a ideia de uma circularidade, mas Ricoeur afirma que um processo narrativo deve ser espiralado. A *tríplice mimesis* forma um arco hermenêutico pelo qual existem duas formas de enviar *mimesis III* à *mimesis I*: a transfiguração de uma para outra pode acontecer pela ideologia, em que *mimesis III* e *mimesis I* fazem parte de um ciclo vicioso e permanecem no mesmo lugar; ou pela utopia, quando uma nova realidade se inventa e pode originar a construção de outras narrativas, seguindo o procedimento espiralado.

Ideologia e utopia são duas variações imaginativas. A primeira reforça o sentido anterior, é uma utopia que já foi absorvida e agora fixa o leitor na mesma ideia, estabelecendo um ciclo vicioso. Já a segunda, transforma a ideia projetando um novo futuro e o leitor pode imaginar a realidade de uma forma diferente. Quando atinge o processo espiralado, *mimesis III* volta a ser *mimesis I* de uma maneira reinventada, e a história não é a mesma. Entretanto, no jornalismo, percebemos o caráter cíclico e a formação de ideologias. Com narrativas repetitivas e persuasivas o jornal seleciona os fatos sobre violência que devem ser publicizados e classifica os responsáveis.

No cenário atual, em que se discute a redução da maioria penal, temos a impressão de que grande parte da violência está relacionada ao menor. No dia 21 de maio de 2015, o jornal *O Globo* abre a sua capa com: “*Tragédia anunciada choca Rio. A cidade amanheceu ontem com a notícia da morte do cardiologista Jaime Gold que causou indignação na população*”. Tivemos uma extensa matéria informando o falecimento de Jaime, após ter passado por uma cirurgia no hospital. A reportagem *Adeus Doutor* (p.8) enfatiza que o crime ocorreu em bairro abastado e ressalta a reputação ilibada da vítima que era um médico.

A segregação já começa quando se dimensiona o problema pelo local e contra quem ele ocorre. Diariamente, acontecem casos como esse por toda a cidade, mas, em geral, só tomam vulto quando atingem à classe média e alta. A reportagem trouxe ainda depoimentos sobre o caso e um deles nos chamou a atenção: “essa morte é um retrato do que está acontecendo, a situação é péssima!”. Esta frase é de um ator da *Rede Globo* e a matéria não explica se ele conhecia a vítima ou se estava apenas dando a sua opinião.

A sensação de insegurança em uma importante região da cidade gerou o clamor por uma resposta punitiva do estado. Além da apreensão dos culpados, a sociedade exigia a revisão e o endurecimento de penas. Nesse diapasão, muitas reportagens sobre o crime vincularam e incitaram a redução da maioria penal. Confirmamos esse entendimento quando no dia 23 de maio de 2015, um suspeito, menor de idade, negro foi apreendido pela divisão de homicídios. E uma página inteira do jornal narrou: “*Uma história cruel: adolescente de 16 anos tem histórico de 15 passagens pela polícia por furto e roubo*”. A matéria elabora um diagrama e mostra todos os antecedentes do acusado. No entanto, o menor nega participação no crime. Nos últimos parágrafos, o jornal reacende a discussão sobre o projeto de emenda constitucional citando as palavras do governador do Estado:

Eu não quero que a gente fique enxugando gelo. A maioria de apreensões que fazemos é de menores. (...) Só quero que seja feita uma discussão no Congresso Nacional. A polícia bateu recorde de apreensão de menores e não está sendo suficiente (*O GLOBO*, 23/05/2015, p.8).

Em 21 de maio de 2015, página 11, encontramos a reportagem intitulada “*Frequentadores mudam a rotina para driblar assaltos*”. A promoção da mídia na segregação na cidade aparece ainda mais clara. O jornal veicula um mapa da Lagoa Rodrigo de Freitas indicando os locais mais perigosos. O corpo da reportagem fala em como as pessoas estão mudando suas rotinas e evitando o local. Quando traçamos rotas “seguras” excluimos lugares que não são considerados bons, com isso também excluimos e separamos pessoas, alimentando o próprio ciclo da violência. Estamos escolhendo o nosso caminho, em todos os sentidos.

Na sequência da matéria, o seguinte subtítulo: “*Em quatro meses, 167 feridos a faca no Rio*”. Essas narrativas incitam o medo e aumentam o temor a assaltos por faca. Baseado nos números de quatro hospitais, o texto não diz ter havido qualquer comprovação que esses ferimentos aconteceram em decorrência de crimes, ou, que a violência de fato tenha aumentado. Essa técnica de unir assuntos aparentemente "interrelacionados" não foca no que realmente está acontecendo e potencializa questões que provavelmente já existiam, aumentando a sensação de insegurança.

Para entendermos a associação dessas notícias, buscamos as contribuições de Mark Fishman (1990), referência nos estudos de “fabricação de notícias”. Pesquisando a “onda de crimes” contra idosos que acontecia em Nova York, identificou que, por meio de elementos comuns (valores-notícia), os temas são conceitos que organizam os jornais.

(...) permitem que diversos incidentes sejam vistos como interrelacionados, na medida em que podem ser vistos como instâncias de algum tema abrangente. Os temas noticiosos permitem aos editores organizar um conjunto de eventos, que de outro modo seriam confusamente apresentados, em pacotes ou grupos de itens noticiosos interrelacionados (FISHMAN, 1990, p.3).

Nesse “pacote” não estão apenas matérias sobre o crime específico, mas questões que envolvem o sistema punitivo atual, indagações sobre os meios utilizados para a prática dos atos, entre outros. No dia 24 de maio, por exemplo, *O Globo* noticiou: “*A pé ou de bicicleta, um não a violência. Missa campal e bicicleta marcam protestos contra morte de médico na Lagoa*” (p.18). Ao final da matéria, o jornal volta o olhar para a questão repressiva, mostrando que houve um aumento no número de policiais que cuidam do local. Como se apenas repressão policial fosse diminuir a violência cotidiana. Além disso, a matéria retoma a discussão sobre a culpabilidade do menor de idade e crimes com faca. Percebemos que a associação de assuntos dentro dessas matérias instigou a criminalização da arma branca e, novamente, a redução da maioria penal.

Apesar de todo esse processo, a estratégia de persuasão da mídia também pode caminhar na direção contrária e produzir estranhamento. Em notícias com teor sensacionalista, alguns leitores podem se indignar. Nas discussões sobre a PEC 171, são formados grupos que se tornam inimigos dos veículos de massa e se mobilizam contra a opinião do jornal, pois percebem uma narrativa tendenciosa que não problematiza questões caras à sociedade. Temos manifestações de grupos facilmente encontradas nas redes sociais e na mídia contra hegemônica.

O *amanhecer contra a redução da maioria penal*¹⁶ é um grupo que publica questões diárias em sua página no Facebook. São vídeos, depoimentos, reportagens, opiniões, que tentam dar voz a uma parte da discussão que nos parece encoberta. No dia 14 de junho, o grupo reuniu milhares de pessoas na Lapa, Centro do Rio, para um evento em apoio à causa. A juventude coloriu o local. Intervenções culturais, debates, shows de música e dança se apresentaram ao longo do dia. Quando mencionado por sites de notícias, foi citado como evento carnavalesco, retirando a credibilidade que importa ao tema e inferiorizando a dimensão da mobilização que ocorreu, denegrindo a imagem do movimento.

É importante observarmos que as narrativas jornalísticas não podem ser consideradas uma cópia da realidade, este é um objetivo inatingível. Mas, de outra perspectiva, entendemos que está é uma característica natural e inerente ao jornalismo. Seguindo os estudos de Hyden White (2008), entendemos que, na busca de traduzir o real, as narrativas possuem lacunas que são preenchidas pela imaginação para dar sentido e completude às histórias. Essa inacessibilidade do real nos leva a concluir que qualquer narrativa, mesmo as que surgem de matérias jornalísticas (com objetivo de passar a informação verdadeira), são ficcionais e podem conduzir a um determinado juízo de valor quando pouco contextualizadas. Articulado com os conceitos de Ricoeur, esse preenchimento de espaços através do imaginário acontece com emissor e receptor nas três dimensões da *mimesis*: a primeira, no mundo prefigurado do narrador, quando ele utiliza as suas visões de mundo para compor a narrativa, na *mimesis II* quando organiza

¹⁶ <https://www.facebook.com/amanhecercontraareducao?fref=ts> – acessado em 14/07/2015.

os acontecimentos para tessitura da intriga; e em *mimesis III*, quando o leitor usa as suas visões de mundo para se apropriar da narrativa e apreender os fatos. Logo, os dados contados ao longo da história e as matérias jornalísticas sempre estarão imbuídos de um lado ficcional, entremeado pelo imaginário, independente da vontade do narrador de alcançar um discurso fiel da realidade seja passada ou presente.

Neste sentido, a individualidade das narrativas pelo preenchimento das lacunas do imaginário nos parece evidente, tanto para narrar como para apreender uma história. A grande questão da nossa análise está na forma como isso acontece: as notícias estão sendo passadas ao leitor com objetivo de informar, conforme a interpretação de um jornalista que produziu a matéria ou se o texto possui lacunas sugestivas, entre outros mecanismos de linguagem, que direcionam a comunicação dos fatos para produzir sentidos que fixam o leitor em uma mesma ideia e dificultam o pensamento crítico sobre tantas questões importantes à sociedade, fundamentalmente na política e no campo social.

No processo dialético, o discurso é momento da prática social, estabelecido como resultado de articulações com outros elementos da sociedade. São diversas instituições agindo, notadamente a mídia, a política e o judiciário. Esta articulação materializa as relações de poder. O discurso é uma esfera de hegemonia que se naturaliza por consenso através dessas relações. Assim, o jornal *O Globo* produz sentidos que querem parecer consensuais sobre a redução da maioria penal. Discurso mesmo que coopera para o número significativo de pessoas que defende o projeto de emenda constitucional - aproximadamente 87% da população -, segundo pesquisa do Datafolha¹⁷.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Juarez Cirino dos Santos (trad). Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁷ Disponível em: <http://www.politize.com.br/5-argumentos-a-favor-e-contr-a-reducao-da-maioridade-penal/> - acessado em 14/07/2016.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Mídia Sistema Penal no Capitalismo Tardio*. Disponível em: http://bocc.ubi.pt/pag/_texto.php3?html2=batista-nilo-midia-sistema-penal.html

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos da sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. *O Narrador*. São Paulo: Ática, 1985.

BORGES, Vânia Coutinho Quintanilha. BORGES, Wilson Couto. *A materialidade do medo: o papel da narrativa jornalística na ampliação deste estado afetivo*. In: Revista Contracampo, v. 26, n. 1, ed. abril, ano 2013. Niterói: Contracampo, 2013. P. 106-125.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

CALDEIRA, Tereza Pires do Rio. *Cidades de muros: crimes, segregações, cidadania em São Paulo*. São Paulo: Edusp/Editora 34, 2000.

COHEN, Stanley. *Folk Devils and Moral Panics*. London: Routledge, 2004 [original: MacGibbon and Kee, 1972].

FISHMAN, Mark. *Manufacturing news*. Austin: University of Texas Press, 1990.

FREITAS, Ricardo. *Comunicação e espaços urbanos de consumo: o imaginário dos shopping centers*. In: *Olhares Urbanos: estudos sobre a metrópole comunicacional*.

FREITAS, Ricardo; OLIVEIRA, Janete (orgs.). São Paulo: Summus, 2011.

GOFFMAN, Erving. *Estigma - notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do direito penal*. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2008.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LOPES, Lucília Elias. *Atendendo na guerra: dilemas médicos e jurídicos sobre o crack*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MATHEUS, Letícia Cantarela. *Narrativas do medo: o jornalismo de sensações além do sensacionalismo*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.

MENDONÇA, Kleber; DAEMON, Flora. Os “outros” da rua: o acontecimento discursivo das manifestações de 2013. In: Revista *Comunicação, mídia e consumo*. ESPM/SP, ano 11, v. 11, n. 30, p. 37-55, jan/abr 2014.

MOLICA, Fernando. Entre nomes e números: uma análise do jornalismo policial. In: *Mídia e Violência: novas tendências na cobertura da criminalidade e segurança no Brasil*. RAMOS, Sílvia; PAIVA, Anabela (orgs.). Rio de Janeiro: IUPERJ, 2005.

MORETZSOHN, Silva. *Jornalismo em “tempo real”*: o fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan: 2002.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*. Campinas, SP: Papyrus, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SODRÉ, Muniz. *Sociedade, Mídia e Violência*. Porto Alegre: Sulina: Edipucrs, 2006.

RANGEL, Paul. *A redução da menor idade penal: avanço ou retrocesso social?: a cor do sistema penal brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? O crime e o criminoso entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. V.1. Rio de Janeiro: Revan 2003.

**SELETIVIDADE E REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL:
CRIMINALIZAÇÃO DOS MARGINALIZADOS**

Mariana Silva Conte

Advogada. Membro da Comissão de Assuntos Penais da 24ª Subseção da OAB/RJ.
Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro –
UNIRIO.

RESUMO: O presente estudo objetiva apresentar a possibilidade de caracterização das propostas de redução da maioria penal como meio de fortalecimento de um sistema seletivo e articulado de encarceramento em massa da adolescência negra e pobre do país. Nesse contexto, o artigo aborda, inicialmente, a evolução histórica da responsabilização penal de crianças e adolescentes desde o tratamento indiferenciado até a incidência da Doutrina da Proteção Integral. Além disso, a partir de dados constantes de relatórios elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o presente trabalho demonstra a realidade do sistema socioeducativo brasileiro e trata do fenômeno da institucionalização seletiva, concluindo, que a consolidação das propostas reducionistas aumentaria, ainda mais, a política de encarceramento em massa existente no país, na medida em que seria uma ferramenta legal de criminalização dos marginalizados. Para a elaboração deste estudo foi empregado o método de revisão bibliográfica, a partir da utilização de obras e artigos concernentes à literatura especializada nas áreas de Direito Penal e Direito da Criança e do Adolescente, bem como o método de análise de documentos, através de observação de relatórios que versam sobre a temática abordada.

Palavras-chave: adolescente infrator; redução da maioria penal; seletividade.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o estudo relativo ao Direito da Criança e do Adolescente deve ser analisado sob o prisma da aplicabilidade dos direitos fundamentais, quer seja em suas relações com o Estado, quer em suas relações entre si. Todavia, a história da consolidação dos direitos da criança e do adolescente demonstra que, somente num passado próximo, essa categoria tornou-se, de fato, alvo de preocupação “do mundo dos adultos”.

Assim, – não diferentemente da situação mundial – apesar de contar com o apoio de determinados movimentos revolucionários, o reconhecimento dos direitos fundamentais garantidos às crianças e aos adolescentes enfrentou diversas resistências políticas e sociais para, enfim, se consolidar plenamente no Brasil.

Nessa perspectiva, tem-se que tão somente a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 – que implementaram a Doutrina da Proteção Integral no país – é que crianças e adolescentes deixaram de ser objetos de proteção do Estado e passaram a ser titulares de direitos e garantias fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão.

Ademais, contrapondo-se à Doutrina da Situação Irregular, ao reconhecer crianças e adolescentes como sujeitos plenos de direitos, a Doutrina da Proteção Integral instituiu um sistema de responsabilização próprio aplicado aos adolescentes autores de atos infracionais diferente do sistema penal aplicado aos adultos.

Todavia, em virtude do gradativo aumento da violência urbana, bem como da difundida sensação de insegurança que assola as maiores cidades brasileiras, diversos setores da mídia nacional vêm, ao longo dos anos, propagando falsas ideias de que tal sistema de responsabilização regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não seria eficaz a conceder uma resposta ao ato infracional praticado.

Assim, o clamor social por medidas mais incisivas na punição dos atos infracionais faz com que, por diversas vezes, a população, em geral, procure buscar “soluções” que visem a um enfrentamento eficaz das questões que, na sua visão, são determinantes para a propagação da criminalidade.

Nesse contexto, incentivada por diversos setores da mídia que alertam sobre um falso sentimento de impunidade no que concerne à responsabilização de adolescentes infratores, presencia-se, no cenário brasileiro, discursos e argumentos que propõem a redução da maioria penal como alternativa para a diminuição de atos infracionais.

Tal concepção reducionista – que atinge determinados setores da sociedade e, até mesmo, alguns operadores do direito – se baseia, principalmente, na errônea ideia de que a inimputabilidade penal constitucionalmente atribuída aos menores de 18 (dezoito) anos os torna irresponsáveis e impunes às condutas infracionais por eles praticadas.

Diante dessa visão, o presente artigo busca demonstrar, a partir de uma análise do sistema socioeducativo brasileiro, que os discursos reducionistas estão fundados em um sistema seletivo e articulado de encarceramento em massa da adolescência pobre e negra do país, concluindo, assim, que a consolidação dessas propostas acabaria por regulamentar e aumentar ainda mais a criminalização dos marginalizados.

Cabe salientar que para a realização do artigo fora utilizado, predominantemente, o método qualitativo, na medida em que, através de uma abordagem dialética, objetivou-se compreender o fenômeno e apresentar a problematização da questão estudada. E, além disso, foram utilizados dados quantitativos que dizem respeito ao perfil dos adolescentes infratores no país e às condições do sistema socioeducativo brasileiro.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Até o início do século XX, não havia uma codificação específica para tratar das questões inerentes às crianças e aos adolescentes. Assim como no âmbito internacional, as peculiaridades desta classe não eram objeto de tutela do Estado, fazendo com que tivessem que se amoldar às regras estabelecidas ao mundo dos adultos.

No que se refere, especificamente, à responsabilização penal, Emílio Garcia Mendez define que, juridicamente, a evolução do direito penal juvenil pode ser dividida em três etapas: de caráter penal indiferenciado; de caráter tutelar e de caráter penal juvenil (MENDEZ, 2000, p.16).

Como caracterização da primeira etapa, tem-se que às crianças e aos adolescentes era atribuído tratamento praticamente igual àquele conferido aos adultos, de modo que eram estabelecidas normas de privação de liberdade parecidas e que, além disso, tanto maiores quanto menores de idade eram recolhidos no mesmo espaço para cumprimento das sanções que lhes eram impostas.

Nesse contexto, tanto o Código Penal do Império de 1830 quanto o Código de Penal da República de 1890¹ adotavam o sistema biopsicológico de imputabilidade penal para punição de crianças e adolescentes, culminando na denominada teoria do discernimento.

Não havia medidas específicas, aparato judiciário distinto e nem tampouco normas peculiares para os menores. Se fossem considerados capazes de malícia, discernimento ou, modernamente, *dolus malus*, receberiam as penas dos adultos, e a pouca idade somente funcionava como circunstância atenuante ou, no máximo, como causa de diminuição de pena. (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 15).

O critério do discernimento pode ser representado pelo antigo método da “prova da maçã de Lubeca” adotado por países como Itália e Inglaterra no período feudal. Para verificar a responsabilização penal da criança, tal procedimento consistia em oferecer-lhe uma maçã e uma moeda. Caso escolhesse a moeda, restava comprovada a sua malícia e afastado qualquer argumento protetivo. (MINAHIM, 1992, p. 24).

Assim, o objetivo do método do discernimento era realizar uma avaliação sobre a aptidão da criança em distinguir o bem do mal, o lícito do ilícito e o justo do injusto, a fim de que fosse devidamente responsabilizada pelo eventual ato delituoso cometido. Ou seja, caso fosse comprovado o seu discernimento, o “menor” seria devidamente julgado pela autoridade competente e, eventualmente, condenado pela prática da suposta conduta ilícita.

¹ Cabe ressaltar que, a partir do critério biopsicológico, a imputabilidade penal se dava entre sete e quatorze anos de idade no Código Penal do Império de 1830 e entre nove e quatorze anos no Código Penal Republicano de 1890.

Referindo-se ao Código Penal Republicano de 1890, Maria Luiza Marcílio leciona sobre a influência das ideias de Lombroso² na especificação do critério adotado à época.

As ideias lombrosianas de “criminalidade nata” impuseram a idade de responsabilidade penal aos 9 anos (art. 27). Partia-se da suposição de que aos 8 anos completos a criança já possuía “discernimento” entre o “certo” e o “errado”. Nessas condições, o Estado adquiria condições de intervir na vida da criança e de decretar seu internamento em instituições totais, a fim de educá-la “corretamente” ou regenerá-la. (MARCÍLIO, 2000, p. 41).

Dando início à etapa do caráter tutelar, a Lei 4.242 de 05 de janeiro de 1921 estabeleceu uma ruptura com o antigo critério biopsicológico e determinou o começo da imputabilidade penal aos quatorze anos de idade. Posteriormente, em 20 de dezembro de 1923, foi promulgado o Regulamento de Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes (Decreto nº 16.272) que, através de normas de ordem social, visava a proteger os “menores” abandonados pela família, bem como aqueles que cometiam algum ato delituoso, ou seja, se encontravam fora dos padrões comportamentais esperados pela sociedade.

Nesse sentido, o binômio carência/delinquência – que não distinguia os abandonados dos infratores – passou a ser o fundamento utilizado pelas primeiras legislações brasileiras em relação ao novo Direito da Criança.

Nessa perspectiva, foi criado, em 12 de outubro de 1927, o primeiro código de menores brasileiro (Decreto nº 17.943-A). Fundamentado na Doutrina do Direito do Menor, o Código Mello Mattos – como ficou conhecido – abrangia num mesmo entendimento o “menor abandonado” e o “menor”, ainda que a proposta fosse oferecer a ambas as categorias assistência e proteção.

² Segundo a teoria de Cesare Lombroso, os ditos “criminosos” possuíam características físicas em comum como as dimensões de mandíbula e crânio, bem como determinadas assimetrias na face e em outras partes do corpo. Para ele, o criminoso já nascia com uma patologia criminosa e, por essa razão, as influências externas pouco influenciavam.

Diante disso, o caráter tutelar da norma “(...) acabava por distinguir as crianças bem nascidas daquelas excluídas, estabelecendo uma identificação entre a infância totalmente desvalida e a infância ‘delinquente’, criando uma nova categoria jurídica: os menores.” (SARAIVA, 2013, p. 43).

Esta nova categoria expressa no binômio carência/delinquência, aliada à distinção que se fez entre a infância ali inserida e as “boas crianças”, vai conformar todo o direito material da Infância e da Juventude e as instâncias judiciais criadas para aplicação desse direito especial, que, ele sim, já nasceu “menor”. (MACHADO, 2003, p. 33).

Em 10 de outubro de 1979 nascia um novo Código de Menores (Lei nº 6.697/79) que trazia embutida em suas normas a ideia da Doutrina da Situação Irregular que “(...) pode ser sucintamente definida como sendo aquela em que os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em estado de patologia social, assim definida legalmente (no revogado Código de Menores em seu artigo 2º).” (SARAIVA, 2002, p. 14).

Sendo assim, considerando seu caráter punitivo e partindo do pressuposto de que todos os que possuíam essa “patologia” se encontravam em condição de “situação irregular”³, foram criadas grandes instituições que acolhiam, concomitantemente, os menores autores de condutas delituosas e os menores “vitimizados” pelo abandono social ou pelos maus-tratos perpetrados por seus familiares; originando um verdadeiro ambiente de violação de seus direitos mais basilares.

³ Conforme pressupunha o artigo 2º do extinto Código de Menores, considerava-se em situação irregular o menor que era privado de condições mínimas de subsistência, saúde e instrução obrigatória, em virtude de falta, ação ou omissão dos pais ou responsável, bem como aquele que vivenciava situação de perigo moral em razão de encontrar-se, habitualmente, em atividade exploratória ou em local contrário aos bons costumes. Além disso, também se enquadrava nos casos de situação irregular aqueles que eram vítimas de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; e, por fim, autor de infração penal. (BRASIL, 1979).

No âmbito da Doutrina da Situação Irregular, portanto, crianças e adolescentes eram tratados como objetos de proteção, não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, mas sim, como pessoas incapazes.

A ideia de incapacidade dos menores, colocados como insusceptíveis de qualquer responsabilidade, os colocava em uma condição similar aos inimputáveis por sofrimento psíquico, tanto que as medidas aplicáveis aos menores se faziam por tempo indeterminado, em um caráter muito semelhante à medida de segurança aplicável aos inimputáveis por incapacidade mental. (SARAIVA, 2013, p. 48).

Em virtude dessa classificação de incapacidade atribuída ao menor, observa-se que suas opiniões eram irrelevantes e que o Juiz de Menores não estava limitado pela lei, possuindo amplo poder discricionário para intervir nas condições judiciais e sociais da família e da criança, partindo da premissa de que deveria “protegê-la”.

A etapa tutelar foi assim identificada por concentrar na autoridade do juiz de menores o poder de decidir, em nome da criança, sobre o que é melhor pra ela. (...) A personalidade dos menores havia de ser corrigida como uma máquina que funciona mal. Nada mais adequado que a institucionalização de caráter tutelar/terapêutico com a finalidade de correção e reeducação, por tempo indeterminado, até cessar o perigo. [...] O juiz se converte em um autêntico médico penal que exerce a cura, e para tanto não estará condicionado às exigências legais do contraditório para desempenhar seu papel discricionário. (SPOSATO, 2006, p. 42-44).

Além disso, havia uma distinção entre criança e menor, na medida em que os “bem nascidos” teriam seus litígios solucionados na seara do Direito de Família e aqueles em situação irregular seriam “protegidos” pelo Juizado de Menores que, na pessoa do

magistrado, impunha a solução que lhe condizia, sem precisar vincular-se a uma fundamentação plausível.

Nesse contexto, salienta-se que tanto os menores “vítimas” quanto os autores de infração penal recebiam medida de privação de liberdade por tempo indeterminado até que houvesse a cessação do “perigo” – que poderia ser para sociedade ou para o próprio menor – ocasionado pela sua “situação irregular”.

Ademais, no que concerne aos adolescentes em conflito com a lei, salienta-se que, não lhes era assegurado um processo justo com todas as garantias conferidas aos adultos, eis que, não havia, sequer, a presença do contraditório e da ampla defesa durante a persecução.

Diante disso, cabe ressaltar que a “proteção” conferida pelo extinto Código de Menores frequentemente violava ou restringia garantias basilares da criança e do adolescente, eis que não se fundava na perspectiva dos direitos fundamentais.

2. DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL: UMA NOVA PERSPECTIVA DE RESPONSABILIZAÇÃO

Rompendo, definitivamente, com as ideias estabelecidas pela Doutrina da Situação Irregular e inaugurando a terceira etapa do Direito Penal Juvenil brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 fundaram, no país, a então vigente Doutrina da Proteção Integral.

Nessa perspectiva, tem-se que “pela primeira vez na história das Constituições brasileiras, o problema da criança é tratado como uma questão pública e abordado de forma profunda, atingindo, radicalmente, o sistema jurídico.” (LIBERATI, 2006, p. 27).

A partir dos preceitos garantistas dessa nova concepção jurídica, crianças e adolescentes deixaram de ser considerados “objetos de proteção” e passaram a ser reconhecidos como sujeitos plenos de direito. Assim, caracterizados por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, tornaram-se titulares de direitos fundamentais e protagonistas de sua própria realidade.

Esta nova ordem jurídica preconiza que as opiniões de crianças e adolescentes são devidamente consideradas e o juiz responsável pela Vara da Infância e da Juventude tem seus “poderes” limitados pelo sistema de garantias de direitos. (BELOFF, 2004, p. 18-21).

Ao estabelecer direitos e garantias fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes, a Doutrina da Proteção Integral instaurou um sistema de responsabilização próprio – diferente daquele aplicado aos adultos –, construindo “um novo modelo de responsabilização do adolescente em conflito com a lei, superado o paradigma da incapacidade.” (SARAIVA, 2010, p. 93).

Essa conceituação rompe a concepção de adolescente infrator como categoria sociológica vaga implícita no antigo Código de Menores, concepção que, amparando-se numa falsa e eufemística ideologia tutelar (doutrina da situação irregular), aceitava reclusões despidas de todas as garantias que uma medida de tal natureza deve necessariamente incluir e que implicavam uma verdadeira privação de liberdade. Todo o sistema de contenção do adolescente do antigo Código e da “Política de Bem-Estar do Menor” estava organizado para tratar um “delinquente”, e não para atender um adolescente que transgrediu uma norma. Por isso consideramos fundamental a distinção entre o que é ser infrator ocasional e o que é ser delinquente habitual. (VOLPI, 2011, p. 15).

O “sistema penal paralelo da responsabilidade juvenil” (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 59) assegura que os adolescentes autores de atos infracionais não se submetam às regras estabelecidas pelo Sistema Penal comum e, conseqüentemente, sejam responsabilizados através da aplicação de medidas de precípua finalidade pedagógica e socioeducativa, considerando, sobretudo, “as características da infração, as circunstâncias sociofamiliar e a disponibilidade de programas e serviços socioeducativos em âmbito municipal, regional e estadual.” (VOLPI, 2011, p. 20).

As medidas socioeducativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento integral empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social. (...) Essas medidas somente serão aplicadas quando puderem respeitar a capacidade do infrator para cumpri-las, as circunstâncias e a gravidade da infração. Caso contrário, o infrator não poderá ficar sujeito ao cumprimento de medidas em circunstâncias vexatórias ou que importem violação de sua dignidade. (LIBERATI, 2012, p. 117).

Previstas no artigo 112 do referido Estatuto, tais medidas podem ser não privativas de liberdade (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida) ou podem caracterizar-se por submeterem o adolescente infrator à privação de sua liberdade (inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional) (BRASIL, 1990).

Conforme preceituam os ditames estabelecidos pela Doutrina da Proteção Integral, a aplicação de determinada medida socioeducativa visará sempre uma interferência no processo de desenvolvimento do adolescente, a fim de que o mesmo seja conduzido a uma melhor compreensão da realidade e a uma efetiva integração com sua própria família e com a sociedade, incentivando-o, a partir dos métodos de execução legalmente previstos, a reconstruir os valores eventualmente violados por sua conduta.

Entretanto, em que pese sua finalidade pedagógica e socioeducativa, “tais medidas, por serem restritivas de direito, inclusive da liberdade, consequência da responsabilização, terão sempre inocultável caráter penal. Essa característica (penal especial) é indesmentível e, em antigas ou novas legislações, não pode ser disfarçada.” (SILVA, 2006, p. 57).

Isso porque, a resposta dada pelo Estado ao adolescente autor de ato infracional baseia-se nas ações tipificadas na legislação penal e caracteriza-se pela imposição de uma sanção que vise ao ajustamento de sua conduta. Ou seja, há, na prática, a incidência de uma forma de controle social fundada num caráter retributivo.

Aos adolescentes não se pode imputar (atribuir) responsabilidade frente à legislação penal comum. Todavia, pode-se-lhes atribuir responsabilidade com base nas normas do Estatuto próprio, pois respondem pelos delitos que praticam submetendo-se a medidas socioeducativas de caráter penal especial. Tal caráter justifica-se especialmente porque as referidas medidas são impostas aos sujeitos, ao mesmo tempo que decorrem da prática de atos infracionais, ou crimes tipificados na lei penal, e, ainda, é indiscutível seu caráter aflitivo, especialmente tratando-se da privação de liberdade. (COSTA, 2005, p. 79).

Assim, ainda que o Estado se empenhe em implementar as condições de educação, assistência e profissionalização estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – respeitando a finalidade pedagógica e socioeducativa das medidas –, o simples fato de se atribuir ao adolescente a prática de um ilícito penal e de impor-lhe restrições a determinados direitos fundamentais, já configura um inegável caráter aflitivo, eis que tais medidas – ainda que não sejam privativas de liberdade – em muito se assemelham com as penas aplicadas aos adultos. (VILLAS-BÔAS, 2012, p. 36).

Todavia, mesmo que, na prática, as medidas socioeducativas possuam caráter distinto daquele previsto no sistema normativo, é certo que os princípios estabelecidos pela Doutrina da Proteção Integral proporcionaram um avanço inegável no que diz respeito ao reconhecimento de garantias fundamentais ao adolescente autor de ato infracional.

Considerando, portanto, que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República Federativa do Brasil estabelecem que todas as crianças e adolescentes terão seus direitos fundamentais devidamente assegurados, observa-se que são concedidos ao adolescente infrator os mesmos direitos de qualquer outro menor de idade, reconhecendo, sobretudo, a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

De qualquer sorte, o adolescente, enquanto sujeito com responsabilidade juvenil, por conta do princípio da peculiar condição de desenvolvimento, qualidade que ostenta e o distingue do adulto, deve receber todas as garantias e mais um *plus* de garantias próprios de sua condição de pessoa em desenvolvimento, o que se constitui em uma discriminação positiva⁴ (...). (SARAIVA, 2010, p. 41).

Ao estabelecer o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a Doutrina da Proteção Integral prevê que os adolescentes, inclusive aqueles autores de atos infracionais, devem ser respeitados em relação ao modo como enxergam o mundo, através de suas perspectivas etárias e socioculturais. (COSTA, 2012, p. 151).

Além disso, é válido esclarecer que, em atenção ao sistema normativo internacional de direitos, o adolescente autor de ato infracional tem suas garantias processuais e constitucionais perfeitamente respeitadas, de modo que não lhe seja atribuída condição pior que aquela que seria concedida a um adulto na mesma situação, cabendo ressaltar, inclusive, que a privação de liberdade é utilizada como derradeira alternativa e, quando aplicada, deverá respeitar o princípio da brevidade, em razão de seu caráter excepcional.

Dessa feita, reconhecido que o adolescente infrator pertence a uma categoria jurídica e que, portanto, é um sujeito de direitos, observa-se que a prática do ato infracional não obsta a aplicação das garantias resguardadas a qualquer outro adolescente, coibindo quaisquer distinções que venham a ser estabelecidas.

Na medida em que a normativa nacional reconhece o adolescente infrator como um sujeito de direitos, percebe-se que se encontra em plena conformidade com o que pressupõem todos os regulamentos internacionais que versam sobre direitos humanos de

⁴ Segundo Flávia Piovesan (2005), a "discriminação positiva" (conhecida como "ação afirmativa") é concretizada na sociedade a partir da implementação de práticas especiais de incentivo ou proteção a determinados grupos ou indivíduos culturalmente marginalizados, a fim de promover sua ascensão social até que se tornem igualmente incluídos como os demais.

crianças e adolescentes, principalmente, no que concerne à Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança⁵.

3. A REALIDADE DO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO BRASILEIRO

Apesar do que pressupõe a Doutrina da Proteção Integral, sabe-se que a realidade de grande parte dos órgãos e unidades responsáveis pela execução das respectivas medidas socioeducativas – principalmente aquelas privativas de liberdade – não condiz com sua base normativa e principiológica.

Ao analisar o percentual dos estabelecimentos de internação quanto a sua estrutura física, verificou-se, no ano de 2011, que, além da incidência da superlotação (uma média de 102% no país), 32% das estruturas não possuíam enfermaria e 22% das unidades não possuíam refeitório, na medida em que os alimentos eram consumidos em espaços inapropriados para este fim. Ademais, 69% dos estabelecimentos não dispunham de salas com recursos audiovisuais, 49% não possuíam biblioteca e 42% não tinham sala de informática, inviabilizando, assim, a consolidação de determinados direitos fundamentais como educação e saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 39).

Em virtude da situação de precariedade e infringência do sistema normativo presente no cotidiano de grande parte das unidades de internação brasileiras, debateu-se,

⁵ Originada após trinta anos da consolidação da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 (episódio crucial no ordenamento jurídico internacional no que concerne à afirmação dos direitos da criança e do adolescente), a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança (aprovada em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, conforme dispõe o Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990) caracterizou-se por trazer em seu bojo conceitos como separação, participação e responsabilidade, bem como a premissa de que não se deve conferir ao adolescente autor de ato infracional tratamento mais gravoso que aquele que seria conferido ao adulto nas mesmas condições. Ressalta-se que há, ainda, outras normas de grande relevância para o reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes e que também integram esse conjunto normativo internacional: as Regras de Beijing – Resolução 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de novembro de 1985 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores); Regras de Tóquio – Resolução 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade); Diretrizes de Riad – Resolução 45/112 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990 (Princípios orientadores das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil); Resolução 45/113 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de dezembro de 1990 (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade).

durante muito tempo, a necessidade de implementação de alternativas legais que buscassem a real efetivação desse sistema de responsabilização próprio, a fim de que os objetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente fossem verdadeiramente alcançados.

Diante desse contexto e enfatizando a necessidade de criação de um documento legislativo que contemplasse a realidade prática da execução das medidas socioeducativas, Afonso Armando Konzen assim se posicionava:

No vazio da norma, as respostas pertencem à lei daquele “com mais poder”. Ou àquele com opinião mais estruturada. Se muda a pessoa, o risco é de mudança de opinião. Se muda a opinião, muda a execução. E nem sempre o interesse principiologicamente prevalece, o interesse do adolescente, faz parte dos fundamentos da mudança. Só por isso, para minimizar o imprevisto e permitir um mínimo de estabilidade, um regramento específico poderia contribuir positivamente. Por isso a necessidade imperiosa, indispensável, urgente, já por demais protelada, uma falta incompatível com o estado democrático de direito, na norma de execução das medidas. (KONZEN, 2006, p. 347).

Nesse cenário, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) fora instituído no Brasil através da Lei Federal nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012, com o objetivo de evitar as disparidades recorrentes propagadas nas unidades, bem como propiciar, de forma efetiva e humanizada, a execução das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, buscando assegurar, sobretudo, seu caráter pedagógico.

Nessa perspectiva, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo caracteriza-se por ser um “conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolve desde o processo de apuração de ato infracional até a execução de medida socioeducativa.” (BRASIL, 2006, p. 22). E que, nessas condições, inclui, “por adesão, os sistemas estaduais, distrital

e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.” (BRASIL, 2012).

Dessa forma, atua como um sistema integrado que busca proporcionar uma inter-relação entre os três níveis de governo, estabelecendo um complexo de redes de atuação com o objetivo de implementar programas, planos e políticas específicas para adolescentes autores de atos infracionais em cumprimento de suas respectivas medidas.

Considerando, principalmente, a situação vivenciada pelos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas privativas de liberdade – e estabelecendo, inclusive, que tais medidas devem ser aplicadas somente em último caso –, o SINASE “objetiva primordialmente o desenvolvimento de uma ação socioeducativa sustentada nos princípios dos direitos humanos. Defende, ainda, a ideia dos alinhamentos conceitual, estratégico e operacional, estruturada, principalmente, em bases éticas e pedagógicas.” (BRASIL, 2006, p. 16).

Entretanto, é certo que, mesmo com a instituição do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo no ordenamento jurídico brasileiro, a realidade do sistema socioeducativo – principalmente das unidades de internação – não tem sido diferente daquela observada anteriormente à lei.

Segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no ano de 2014, havia uma média de 120,8% de superlotação nas unidades de internação do país. Além disso, 30,3% dos adolescentes não cumprem a medida de internação em unidade próxima à residência de seus pais ou responsáveis e 39,1% das unidades de internação não possuem condições mínimas de salubridade que propiciem o cumprimento humanizado de tais medidas (condições de higiene, ventilação, iluminação e conservação adequada), de modo que as situações mais graves foram observadas nas regiões norte e centro-oeste do país que apresentam, respectivamente, índices de 68,3% e 68% no que se refere às unidades que não se enquadram nas condições de salubridade adequadas. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 24, 41 e 43).

Verifica-se, portanto, que os dados obtidos são extremamente preocupantes e impossibilitam o efetivo cumprimento dos preceitos estabelecidos tanto pelo Estatuto da

Criança e do Adolescente quanto pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo que, por sua vez, continuam sendo gravemente violados.

No que diz respeito à educação e ao direito à profissionalização – ainda considerando os dados obtidos no ano de 2014 – 28,7% das unidades de internação no país não possuem salas de aula adequadas, equipadas, iluminadas e com biblioteca e 38,5% não garantem oficinas de profissionalização adequadas, iluminadas e equipadas. Além disso, 28,4% das unidades de internação não possuem espaços apropriados para a prática de esportes, cultura e lazer. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 46-47).

Como se já não bastasse a grave violação de direitos constitucionalmente assegurados (educação, saúde, lazer, dentre outros), constata-se, a partir dos dados obtidos, que, no cumprimento de suas respectivas medidas socioeducativas – especificamente nas unidades de internação – há relatos de adolescentes que sofreram algum tipo de violência perpetrada por aqueles que deveriam garantir seus direitos.

De acordo com o estudo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, dos adolescentes entrevistados na pesquisa, “28% declararam ter sofrido algum tipo de agressão física por parte dos funcionários, 10%, por parte da Polícia Militar dentro da unidade da internação e 19% declararam ter sofrido algum tipo de castigo físico dentro do estabelecimento de internação.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 128).

Ainda nesse sentido, cabe ressaltar que, ao contrário do que dispõem os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº 12.594/12 (SINASE), os adolescentes não são devidamente separados por faixa etária, compleição física, modalidade de internação e gravidade da infração, de modo que tal condição resulta mais facilmente em situações de violência dentro das unidades.

Desse modo, a partir de dados obtidos no ano de 2014, tem-se que mais da metade dos estabelecimentos visitados (55,2%) não cumprem a determinação de separar os adolescentes pela modalidade de internação, de modo que aqueles que se encontram cumprindo internação provisória dividem o mesmo espaço com aqueles que já o fazem

na modalidade definitiva (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 48-50).

Tal situação, além de infringir o sistema normativo nacional, viola os princípios expressos em documentos internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes, especificamente, no que diz respeito às Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade que prevê a garantia de que “os detidos sem julgamento devem estar separados dos menores condenados”. (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1990).

Além disso, restou constatado também que 76,3% das unidades de internação visitadas não separam os adolescentes por idade, 68,1% não o fazem em razão do critério da compleição física e 83,9% dos estabelecimentos não cumprem a determinação de separar os adolescentes em virtude do tipo de infração cometida. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2015, p. 50-53).

A partir dos dados demonstrados, observa-se que a realidade do sistema socioeducativo brasileiro, de fato, não condiz com os preceitos que regem a Doutrina da Proteção Integral, de modo que os direitos fundamentais assegurados aos adolescentes são nitidamente violados pelo próprio Estado que, por sua vez, deveria agir como garantidor desses direitos.

4. INSTITUCIONALIZAÇÃO SELETIVA

Verificadas as características fáticas do sistema socioeducativo brasileiro, necessário se faz observar o perfil dos adolescentes que, realmente, estão sujeitos à realidade promíscua e perversa das unidades de internação.

Ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 12.594/12 (SINASE) estabeleçam a incidência do princípio da excepcionalidade no que diz respeito à aplicação

de medidas socioeducativas – de modo que as medidas privativas de liberdade devem ser preteridas em detrimento daquelas aplicadas em meio aberto – é certo que, segundo levantamento realizado no ano de 2014, 24.628 (vinte e quatro mil, seiscentos e vinte oito) adolescentes cumpriam medida socioeducativa de restrição ou privação de liberdade. Desses adolescentes, a 66% deles fora aplicada a medida de internação, representando, assim, 16.902 (dezesesseis mil novecentos e dois) adolescentes internados no país. (BRASIL, 2017, p. 15).

A experiência da privação de liberdade, quando observada pela percepção de quem a sofreu, revela toda a sua ambiguidade e contradição, constituindo-se num misto de bem e mal, castigo e oportunidade, alienação e reflexão, cujo balanço final está longe de ser alcançado, uma vez que as contradições da sociedade nunca serão isoladas no interior de qualquer sistema, por mais asséptico que ele seja. (VOLPI, 2001, p. 56).

Percebe-se, portanto que, na verdade, há, no Brasil, um expressivo aumento de uma cultura de institucionalização totalmente fundada em concepções equivocadas de juízo de valor que são propagadas, todos os dias, pela mídia nacional, como forma de garantir à sociedade uma resposta rápida ao problema da criminalidade.

Nesse sentido, tem-se que a aplicabilidade desta institucionalização desenfreada recai, principalmente, sobre a população marginalizada do país, atingindo, sobretudo, um grupo específico de adolescentes que se caracterizam por serem negros, pobres e moradores das áreas periféricas que circundam os grandes centros urbanos.

Corroborando a ideia de que a maioria dos adolescentes institucionalizados vivenciam situações de vulnerabilidade social, de acordo com os dados mais recentes, em média, 60% dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa de privação de liberdade são negros e 66% vivem em famílias extremamente pobres (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 15).

Além disso, segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, no que se refere à escolaridade, 57% dos adolescentes entrevistados declararam que não frequentavam a escola antes de cumprir a medida de internação e 86% não tinham concluído, sequer, o ensino fundamental. No que diz respeito à estrutura familiar, 43% dos adolescentes afirmaram ter sido criados apenas pela mãe, 17% pelos avós, 4% pelo pai sem a presença da mãe e 38% criados por ambos. Cabe ressaltar, ainda, que, aproximadamente, 75% dos internos disseram que faziam uso de drogas ilícitas. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 15-20).

Considerando tais informações, verifica-se que, na prática, os desafios enfrentados pelos atores que integram a rede de proteção dos direitos de crianças e adolescentes precisam ser efetivamente observados e vão além daqueles previstos legalmente no sistema normativo que versa sobre a Doutrina da Proteção Integral.

Nesse contexto, percebe-se que há uma seletividade no que concerne à responsabilização de adolescentes infratores, haja vista que as instituições de controle atuam baseadas no status social do adolescente, criminalizando aqueles que vivenciam situação de vulnerabilidade social e econômica e penalizando não o fato em si, mas a posição marginal do infrator. (SANTOS, 2016, p. 93).

Assim, a realidade dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa privativa de liberdade demonstra que, numa visão fática, o contexto social vivenciado pelo adolescente o estigmatiza e o torna propício à aplicação de tais medidas, a partir de uma visão seletiva do Sistema de Justiça Juvenil.

A partir desta visão, observa-se que, da mesma forma como ocorre no Sistema Penal aplicado aos adultos, há uma seletividade enraizada no exercício do poder punitivo estatal que ocorre através de um conceito pré-determinado do que viria a ser um dito “criminoso” ou, no caso em análise, um adolescente infrator.

Portanto, a seletividade penal – perfeitamente entendida como aplicável nos casos que envolvem julgamento estigmatizado de adolescentes autores de atos infracionais –

baseia-se em estereótipos estéticos⁶ e econômicos do indivíduo, de maneira que “na América Latina, os estereótipos sempre se fundamentam a partir das características de homens jovens e economicamente mais desfavorecidos (...)” (ZAFFARONI, 1998, p. 135).

Com a incidência desta perspectiva seletiva de institucionalização, compreende-se que – ainda que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição da República Federativa do Brasil garantam que os direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes devam ser igualmente efetivados a todos eles, independentemente de quaisquer distinções que possam ser estabelecidas –, aos adolescentes brasileiros são atribuídas condições sociais diversas que dificultam ou, até mesmo, impossibilitam o exercício de seus direitos.

(...) deve-se conhecer e reconhecer que um conjunto de vulnerabilidades, presentes na sociedade, afetam de maneira mais grave os adolescentes. (...) entre os adolescentes, há os que sofrem as maiores violações aos seus direitos. Nascer branco, negro ou indígena, viver no Semiárido, na Amazônia ou numa comunidade popular nos grandes centros urbanos, ser menino ou menina, ter deficiência, ainda determinam de forma cruel as possibilidades que os adolescentes têm de exercer seus direitos à saúde, à educação, à proteção integral, ao esporte, ao lazer, à convivência familiar e comunitária. (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2011, p. 4-5).

Logo, é certo que, somada à condição propícia de exposição a situações de vulnerabilidade social, o sentimento de necessidade de pertencimento à sociedade – principalmente no que se refere aos parâmetros de consumo estabelecidos – acaba por

⁶ Apesar de ultrapassadas, as ideias lombrosianas, ainda que de forma mais contida, continuam presentes em argumentos do senso comum – e, até mesmo, de membros do Sistema de Justiça – que, a partir de uma visão extremamente racista e segregadora criam estereótipos dos sujeitos passíveis de cometimento de algum ato ilícito ou de comportamento que não esteja nos parâmetros aceitáveis pela sociedade em questão, estabelecendo uma criminalização daquele indivíduo marginalizado socialmente.

colocar os adolescentes socialmente marginalizados em situações errôneas que são criminalizadas pelo Estado, mas que foram geradas por sua própria omissão na efetivação dos direitos desse público.

Até porque, o fato de um adolescente vivenciar condições de vulnerabilidade social não o faz diferente de outro que não as vivencie, na medida em que “a adolescência, deflagrada pela puberdade, é para todos, dos bairros mais nobres à periferia, submetidos às mesmas aflições próprias desta época, alcançados pelos mesmos apelos de mídia, destilando hormônios, desejantes, fascinados pelo mesmo tênis importado.” (GALEANO, 1999, p. 19-20).

Se, de um lado, os adolescentes de diferentes contextos sociais pertencem ao mundo globalizado, consumista e individualista; de outro, os jovens que não acessam facilmente ao consumo estão à margem, embora seu desejo de ser aceito e reconhecido percorra os mesmos caminhos dos demais consumidores. (...). Existem muros claros que separam a possibilidade de ter de quem vive nas periferias das grandes cidades, sendo a pobreza o limite objetivo. Se a realidade de não pertencer torna-se insuportável, estratégias de sobrevivência são acessadas, como a compra de produtos falsificados, ou sua aquisição por meios ilícitos. (COSTA, 2012, p. 61).

Ainda nesse contexto de inserção e invisibilidade social⁷, muitos adolescentes “(...) acabam por buscar essa visibilidade social por meio da violência. Sentem-se, com o envolvimento em grupos, mais fortes individualmente e reconhecidos em uma sociedade que dificilmente lhes propiciaria tal reconhecimento.” (SHECAIRA, 2008, p. 117).

Na verdade, o estigma da institucionalização seletiva encontra-se tão presente na realidade brasileira, que, antes mesmo de ser proferida sentença que lhe atribua a prática

⁷ Numa concepção de invisibilidade social, importante se faz demonstrar que Norberto Bobbio (2004, p. 09) leciona que existe uma parte da humanidade que não possui direitos de fato, ainda que estejam solenemente proclamados. Assim, categorias como adolescentes infratores, na maioria das vezes, não são enxergados pela sociedade e, por isso, não possuem seus direitos aplicados na prática.

de algum ato infracional, o adolescente que vivencia situação de vulnerabilidade social já se encontra, de fato, previamente julgado por se enquadrar nas características pré-determinadas de infrator.

Considerando, portanto, que a ideia de “infrator” é limitada a adolescentes que pertencem a determinados grupos sociais, observa-se que, assim como ocorre no Sistema Penal, as políticas de privação de liberdade – que, conforme os preceitos trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela lei que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, devem ser a última opção a ser considerada – tornaram-se verdadeiras políticas de encarceramento em massa da adolescência negra e pobre do país.

5. REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: CRIMINALIZAÇÃO DOS MARGINALIZADOS

Nesse ambiente de institucionalização seletiva e invisibilidade social, surgem os argumentos e as propostas que classificam a redução da maioridade penal como alternativa eficaz à diminuição da criminalidade no país.

Sob o pretexto de que a inimputabilidade penal constitucionalmente atribuída aos menores de 18 anos enseja irresponsabilidade perante as condutas delituosas por eles praticadas, propostas de emenda constitucional⁸ tramitam no legislativo brasileiro com o objetivo de atender o clamor social reducionista.

⁸ Proposta de Emenda à Constituição nº 74 de 2011 – Acrescenta parágrafo único ao artigo 228 da Constituição Federal para estabelecer que nos casos de crime de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, são penalmente inimputáveis os menores de quinze anos; Proposta de Emenda à Constituição nº 33 de 2012 – Altera o artigo 129 da Constituição Federal para dispor que são funções institucionais do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública e o incidente de desconsideração de inimputabilidade penal de menores de dezoito e maiores de dezesseis anos. Altera o artigo 228 da Constituição Federal para dispor que lei complementar estabelecerá os casos em que o Ministério Público poderá propor, nos procedimentos para a apuração de ato infracional praticado por menor de dezoito e maior de dezesseis anos, incidente de desconsideração da sua inimputabilidade; Proposta de Emenda à Constituição nº 21 de 2013 – Altera o artigo 228 da Constituição Federal para reduzir a maioridade penal de 18 (dezoito) anos para 15 (quinze) anos; Proposta de Emenda à Constituição nº 115 de 2015 – Estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial, ressalvados os maiores de dezesseis anos, observando-se o cumprimento da pena em estabelecimento separado dos maiores de dezoito anos e dos menores inimputáveis, em casos de crimes hediondos.

Todavia, conforme já demonstrado neste artigo, ao contrário do que dispõe esse pensamento, os adolescentes que praticam atos infracionais não deixam de ser responsabilizados por suas condutas, uma vez que se submetem às regras de um sistema de responsabilização próprio, o qual fora devidamente implementado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente contempla um modelo de responsabilidade juvenil, fazendo estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, sancionando as medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade, com indesmentível natureza sancionatória (...). A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. (SARAIVA, 2010, p. 50-51).

Portanto, “sendo a imputabilidade (derivado de imputare) a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação de determinada lei, seja ela penal, civil, comercial, administrativa ou juvenil, não se confunde com a responsabilidade, da qual é pressuposto.” (SILVA, 2006, p. 56).

Dessa forma, não se pode estabelecer qualquer relação de igualdade entre o instituto jurídico da inimputabilidade e a característica de irresponsabilidade equivocadamente conferida aos adolescentes infratores. Tampouco, pode-se considerar que a garantia constitucional de ser inimputável perante os ditames da legislação penal atribui uma condição de impunidade em relação aos atos cometidos por esses adolescentes.

Ao afirmar (...) a inimputabilidade dos menores de 18 anos, a norma constitucional os remete à responsabilização prevista na legislação especial que regula seus direitos, reconhecida sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento. A inimputabilidade penal não os faz

irresponsáveis, nem inimizabilidade penal faz-se sinônimo de impunidade. (SARAIVA, 2010, p. 87).

Observa-se, portanto, que, ao mesmo tempo em que estabelece a plena aplicabilidade das garantias e dos direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes em geral – eis que são plenamente reconhecidos como sujeitos de direitos –, a Doutrina da Proteção Integral pressupõe uma normatização específica para os casos que dizem respeito aos adolescentes infratores, na medida em que “chama o adolescente autor de ato infracional à responsabilidade, aplicando-lhe sanções pelo descumprimento de seus mandamentos e das demais leis de nosso ordenamento jurídico.” (LIBERATI, 2012, p. 149).

Ademais, a própria natureza jurídica das medidas socioeducativas impostas aos adolescentes em conflito com a lei – assunto já, oportunamente, abordado neste artigo – configura a existência de um sistema de responsabilização penal juvenil.

Isso porque, apesar de sua finalidade pedagógica, a aplicabilidade de tais medidas é feita de forma coercitiva e impositiva, salientando-se, ainda, que tratam-se de sanções inteiramente evadas de cunho retributivo e aflitivo, principalmente, no que concerne àquelas que submetem o adolescente infrator à restrição ou à completa privação de sua liberdade.

Como traço fundante da sanção jurídica se tem a ameaça de um castigo, e ninguém pode ignorar que o recolhimento compulsório a uma unidade de internamento, por melhor proposta educacional que encerre, tem caráter punitivo. Demais, o traço que distingue a sanção jurídica de outras técnicas de controle social é exatamente o caráter de uma reprovação institucionalizada pelo Estado. (SARAIVA, 2010, p. 72).

Assim, tem-se que a circunstância de um tratamento diferenciado atribuído ao adolescente autor de ato infracional se constitui numa discriminação positiva que, entretanto, não se caracteriza em uma irresponsabilidade.

(...) são pessoas em situação peculiar de desenvolvimento. Não são, por isso, subcidadãos. Dentro de sua incompletude ou imaturidade física, mental e emocional, são considerados titulares de seus próprios direitos. Isso faz com que o protagonista do direito da criança e do adolescente mereça diferenciada atenção quando entra em conflito com a lei. Porém, isso não quer dizer que o jovem infrator não sofrerá qualquer sanção ou reprimenda legal. Será, sim, responsável pelas ações ou omissões praticadas em afronta à lei, mas terá a oportunidade de, por meio das medidas que lhe serão aplicadas, ajustar sua conduta atual e futura, para a regularidade da convivência comunitária, sem ferir direitos ou interesse alheios. (LIBERATI, 2012, p. 151).

Além do argumento da irresponsabilidade diante dos atos infracionais, dentre os discursos utilizados por aqueles que defendem o rebaixamento da maioria penal, encontra-se a ideia de que a redução do início da imputabilidade penal se faz necessária, eis que, atualmente, crianças e adolescentes estão sujeitos a um amadurecimento precoce, em razão da ampla rede de informações que está a sua disposição em seu cotidiano.

Todavia, tal raciocínio – concebido pelo sistema biopsicológico⁹ que fora adotado no antigo Catecismo Romano – nos leva às últimas consequências, fazendo incidir a conclusão de que qualquer criança ou adolescente, independentemente da idade, possa ser submetida ao sistema penal conferido aos adultos e, conseqüentemente, recolhida ao cárcere, desde que tenha capacidade suficiente para distinguir o “bem” do “mal”, uma vez que é inegável que, até mesmo crianças bem pequenas sabem que não se pode, por exemplo, machucar ou matar alguém. (SARAIVA, 2010, p. 54).

Assim, independentemente do argumento apresentado, é certo que a proposta de lançar o adolescente ao falido sistema carcerário brasileiro de longe se concretiza na

⁹ Conforme anteriormente demonstrado neste artigo, o Brasil já adotou, a partir do critério do discernimento, o sistema biopsicológico de imputabilidade penal, sendo certo que, naquela oportunidade, encarcerou suas crianças no mesmo ambiente dos adultos, numa política altamente arbitrária e antiguarantista.

solução para o enfrentamento da criminalidade e tampouco contribuirá para o resgate da cidadania nacional.

Nesse sentido, tem-se que, conforme se depreende do pronunciamento feito pelo antigo Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo em entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo, a redução da maioria penal aumentaria ainda mais a criminalidade, na medida em que fortaleceria as organizações criminosas:

(...) nossos presídios são verdadeiras escolas de criminalidade. Muitas vezes, pessoas entram na prisão por terem cometido delitos de pequeno potencial ofensivo e, pelas condições carcerárias, acabam ingressando em grandes organizações criminosas. Porque, para sobreviver no cárcere, é preciso entrar no crime organizado. (...) Reduzir a maioria penal significa negar a possibilidade de dar um tratamento melhor para um adolescente. (...) Boa parte da violência no Brasil, hoje, tem a ver com essas organizações que comandam o crime de dentro dos presídios. Quem não quer perceber isso é alienado da realidade. (...) Criar condições para que um jovem vá para esses locais, independentemente do delito cometido, é favorecer o crescimento dessa criminalidade e dessas organizações. É uma política equivocada e que trará efeitos colaterais gravíssimos. (PATSCHE, 2013).

Além disso, contrariando as informações cotidianamente propagadas pela mídia, a maior parte dos atos infracionais praticados por adolescentes diz respeito àqueles análogos aos crimes de roubo (44,41%) e de tráfico de drogas (24,24%), sendo certo que os análogos aos crimes de homicídio, latrocínio e estupro representam, respectivamente, 9,47%, 2,13% e 1,28% das infrações. (BRASIL, 2017, p. 28).

Considerando, portanto, que o maior índice de atos infracionais diz respeito àqueles referentes à lesão ao patrimônio alheio e ao tráfico de drogas – que, na maioria dos casos, tem sua prática impulsionada pelas condições de vulnerabilidade econômica e invisibilidade social –, cabe ao Estado identificar as causas que atingem o contexto social de diversas crianças e adolescentes que, sem possuir condições mínimas de

sobrevivência, antes de serem considerados “vitimizadores”, são, na verdade, as reais vítimas de um sistema fortemente repressor e violador de seus direitos fundamentais.

(...) o problema da criminalidade juvenil, longe de demandar a severidade da relação penal do Estado e de estimular indiscriminada excessiva providencia radical da internação do infrator, com grave prejuízo do emprego positivo das medidas socioeducativas em regime de liberdade, deve impor ao poder público a identificação dos fatores sociais que geram o estado de abandono material e a situação de exclusão social das crianças e dos adolescentes, que, vagando dramaticamente, pelas ruas das grandes cidades, sem teto, sem afeto e sem proteção, constituem a denúncia mais veemente de que são vítimas – muito mais do que autores de atos infracionais – das condições opressivas que desrespeitam a sua essencial dignidade, advertindo-nos, mais do que nunca, de que é chegado o momento de construir, em nosso País, uma sociedade livre, justa e solidária, que permita erradicar a pobreza e suprimir a marginalização, cumprindo, desse modo, as promessas solenemente proclamadas no texto de nossa própria Constituição. (MELO FILHO apud SARAIVA, 2010, p. 63-64).

O equivocado sentimento de impunidade percebido pela sociedade é ocasionado, portanto, pela própria omissão estatal no que concerne à execução de todos os princípios que embasam a Doutrina da Proteção Integral, de modo que a efetivação plena de seu sistema normativo é medida eficaz à redução da criminalidade. Basta que o Estado coloque em prática tudo aquilo que já se encontra perfeitamente consolidado.

Ainda nessa visão, cabe trazer à baila trecho do discurso de posse proferido pelo então Ministro da Justiça Nelson Azevedo Jobim em 02 de janeiro de 1995:

Não se confunda a política de segurança pública com política de ação social ou não se pode pretender, e esta é a visão que passa por dentro do Ministério e por dentro do Governo, que as questões de segurança

pública neste país sejam resolvidas exclusivamente com a capacidade repressiva do Estado. (JOBIM apud KOERNER JÚNIOR, 2011, p. 111-112).

Tomando como base o perfil dos adolescentes institucionalizados, observa-se que, na verdade, a efetivação das propostas de redução da maioria penal acabará por regulamentar algo que, na realidade brasileira, já ocorre desenfreadamente: a criminalização dos marginalizados, a partir de uma perspectiva seletiva e higienista que intitula determinados grupos sociais como ditos “criminosos”.

(...) repudiamos os discursos midiáticos e demagógicos que se utilizam do sofrimento alheio para impor a ideia da redução da maioria penal como um instrumento eficaz contra a criminalidade, desconsiderando as estatísticas e a atual conjuntura sociopolítica, econômica e cultural na qual os adolescentes e jovens despontam como as maiores vítimas e não os principais autores da violência. [...] Refutamos veementemente a lei do menor esforço, que deseja criminalizar os adolescentes, em sua maioria pobres e negros, ao invés de direcionar esforços na implementação de políticas públicas que estejam de acordo com a Doutrina da Proteção Integral do Direito Brasileiro, o qual exige que os direitos humanos de crianças e adolescentes sejam respeitados e garantidos de forma integral e integrada às políticas de natureza universal, protetiva e socioeducativa. (CONSELHO MUNICIPAL DE JUVENTUDE DE CURITIBA, 2013).

Sendo assim, torna-se muito mais cômodo ao Estado estabelecer normas de controle social que “joguem” a adolescência negra e pobre dentro de um sistema carcerário totalmente falido a buscar soluções para enfrentar os problemas que, de fato, são relevantes para o aumento da criminalidade no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além de estabelecer os direitos e as garantias fundamentais concernentes às crianças e aos adolescentes, a Doutrina da Proteção Integral, de fato, implementou no ordenamento jurídico brasileiro um sistema próprio de responsabilização juvenil, aplicando princípios garantistas e, sobretudo, reconhecendo o adolescente infrator como sujeito pleno de direitos.

Assim, respeitando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante que o adolescente autor de ato infracional seja devidamente responsabilizado pela conduta delituosa por ele praticada, sendo-lhe, posteriormente, atribuída a medida socioeducativa cabível que, apesar da finalidade pedagógica, possui inegável caráter retributivo.

Contrapondo-se, portanto, às propostas favoráveis à redução da maioridade, embora o adolescente seja penalmente inimputável à luz da legislação penal, é plenamente responsabilizável perante o sistema estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de certo que a inimputabilidade penal constitucionalmente assegurada não significa irresponsabilidade.

Ainda nesse sentido, é certo que, ao analisar a realidade do sistema socioeducativo brasileiro, observa-se que há a incidência de uma cultura de institucionalização seletiva no que se refere à responsabilização de adolescentes autores de atos infracionais, uma vez que a maioria deles possui características sociais comuns: são negros, possuem baixo nível de escolaridade e vivem em famílias desestruturadas e economicamente vulneráveis.

Isso porque, em que pese a Doutrina da Proteção Integral estabeleça que os direitos fundamentais devam ser aplicados indistintamente, verifica-se que, na realidade, a efetivação desses direitos não atinge, igualmente, todas as crianças e adolescentes, em razão das condições sociais diversas que lhes são impostas.

Desse modo, observando-se que o maior índice de atos infracionais diz respeito àqueles referentes à lesão ao patrimônio alheio e ao tráfico de drogas – que, na maioria dos casos, tem sua prática impulsionada pelas condições de vulnerabilidade econômica e invisibilidade social – é certo que a problemática da marginalização social e da, conseqüentemente, prática de atos infracionais encontra fundamento na própria omissão

estatal em assumir maior compromisso com efetiva finalidade da Doutrina da Proteção Integral, promovendo políticas públicas que garantam a aplicabilidade indistinta dos direitos fundamentais previstos, bem como a percepção de tais adolescentes como sujeitos de direitos.

Nessa perspectiva, considerando que, a partir de uma visão seletiva, o contexto social vivenciado pelo adolescente é o que determina, na prática, sua condição de infrator, conclui-se que a consolidação das propostas reducionistas aumentaria, ainda mais, a política de encarceramento em massa existente no país, na medida em que seria uma ferramenta legal de criminalização dos marginalizados.

Ademais, partindo do pressuposto de que os presídios brasileiros são verdadeiras “escolas do crime”, tem-se que inserir menores de idade no falido sistema penitenciário só aumentaria ainda mais a criminalidade, oportunizando o contato direto desses adolescentes com diversas organizações criminosas.

Dessa forma, verifica-se que, ao contrário do que propagam os diversos setores midiáticos, reduzir a maioria penal não é a solução para enfrentar o gradativo aumento da violência urbana, sendo certo que, acima de tudo, a prevenção e a repressão da criminalidade se dão com a efetiva promoção de igualdade social e não com maior rigorosidade normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade de 14 de dezembro de 1990*. AGNU, 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProMenPrivLib.html>>. Acesso em: 25 jul. 2017.
- BELOFF, Mary. *Los derechos del niño em el sistema interamericano*. Buenos Aires: Del Porto, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Lei Federal nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Brasília, DF, 10 de out. 1979. (Revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 18 jul. 2017.

_____. Presidência da República. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo – SINASE*. Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Brasília-DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Levantamento anual SINASE 2014*. Brasília-DF: Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente do Ministério dos Direitos Humanos, 2017.

Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/pdf/levantamento-sinase-2014>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

CONSELHO MUNICIPAL DE JUVENTUDE DE CURITIBA. *Nota pública*: Conselho Municipal de Juventude de Curitiba contra a Redução da Maioridade Penal. 11ª Reunião Ordinária. Curitiba, 25 jun. 2013. Disponível em: <<https://18razoes.wordpress.com/2013/06/27/nota-publica-conselho-municipal-de-juventude-de-curitiba-contra-a-reducao-da-maioridade-penal/>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Panorama Nacional. A execução das medidas socioeducativas de internação. Programa Justiça ao Jovem*. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/panorama_nacional_doj_web.pdf> Acesso em: 27 jul. 2017.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Relatório da Infância e Juventude – Resolução nº 67/2011 : um olhar mais atento às unidades de internação e semiliberdade para adolescentes*. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/Um_Olhar_mais_Atento_02.07_WEB-completo-ok-1_1.pdf> . Acesso em: 27 jul. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Os adolescentes e seus direitos fundamentais: da invisibilidade à indiferença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. *O direito de ser adolescente: Oportunidade para reduzir vulnerabilidades e superar desigualdades*. Brasília, DF: UNICEF, 2011. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/br_sabrep11.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2017.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Tradução: Sérgio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 1999.

KOERNER JÚNIOR, Rolf. A menoridade é carta de alforria? In: VOLPI, Mário (Org.). *Adolescentes Privados de Liberdade: A Normativa Nacional e Internacional & Reflexões acerca da responsabilidade penal*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

KONZEN, Afonso Armando. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Processo Penal Juvenil: a garantia da legalidade na execução da medida socioeducativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*. Barueri: Manole, 2003.

MARCÍLIO, Maria Luiza. O menor infrator e os direitos da criança no século XX. In: LOURENÇO, Maria Cecília França (org.). *Direitos humanos em dissertações e teses da USP: 1954-1999*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

MENDEZ, Emílio Garcia. *Adolescentes e responsabilidade penal: um debate latino-americano*. Porto Alegre: AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS, 2000.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal da emoção: a inimizabilidade penal do menor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PATSCH, Sofia. 'A redução da maioridade penal só favorece o crime', afirma Cardozo. *O Estado de S. Paulo*. São Paulo, 29 abr. 2013. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,a-reducao-da-maioridade-penal-so-favorece-o-crime-afirma-cardozo,1026738>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. In: *Caderno de Pesquisa* vol.35 n°124 São Paulo Jan./Apr. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742005000100004&script=sci_arttext>.

Acesso em: 24 jul. 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 2, p. 90-99, maio 2016. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/32>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. *Direito penal juvenil: adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Compêndio de direito penal juvenil: adolescente e ato infracional*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. O Estatuto da Criança e do Adolescente e Sistema de Responsabilidade Penal Juvenil ou o Mito da Inimputabilidade Penal. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (orgs.). *Justiça, Adolescente e Ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

SILVA, Enid Rocha Andrade da.; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. *O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários*. Nota técnica nº 20. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/150616_ntdisoc_n20>. Acesso em: 03 jul. 2017.

SPOSATO, Karyna Batista. *O direito penal juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

VILLAS-BÔAS, Eduardo da Silva. *Direito penal e o paradigma da responsabilidade juvenil: ato infracional, medida socioeducativa e direitos fundamentais*. Salvador: EDUFBA, 2012.

VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *O adolescente e o ato infracional*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca de las penas perdidas: deslegitimacion y dogmática penal*. 2º ed. Buenos Aires: EDIAR, 1998.

**A VIOLENTA APREENSÃO DAS JOVENS INTERNAS NO SISTEMA
SOCIOEDUCATIVO DO RIO DE JANEIRO**

Paola Bettamio Mendes

Mestranda em Direitos Humanos em Políticas Públicas (PPDH) na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Pós-Graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Candido Mendes (UCAM).

Resumo: O presente artigo tem como objetivo tratar da política de apreensão de jovens meninas internadas no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro (Degase). Neste sentido, foi realizada uma pesquisa de campo no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (CENSE PACGC) onde foram encontradas diversas narrativas que tratam da violência e das violações dos direitos fundamentais destas jovens mulheres no momento de sua apreensão.

Abstract: The present article has as objective to deal with the policy of apprehension of young girls interned in the socio-educational system of Rio de Janeiro (Degase). In this sense, a field research was carried out in the Center of Socioeducation Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (CENSE PACGC) where several narratives were found that deal with the violence and violations of the fundamental rights of these young women at the time of their apprehension.

Palavras chave: internação; violência; meninas; apreensão e criminologia crítica.

INTRODUÇÃO

A "cultura de institucionalização"¹ de juventudes e infâncias no Brasil é antiga e desde antes da Roda dos Expostos² já havia institutos brasileiros para o exclusivo recolhimento das meninas e meninos. É também antiga a história de que as práticas de recolhimento destas crianças e adolescentes eram violentas, onde eram levados na maioria das vezes contra vontade e a pontapés. A nova roupagem desta política de recolhimento, as apreensões, apesar de estar respaldada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que garante a integridade física de quem está sendo apreendido, mantem à mesma lógica violenta que encontrávamos no começo do século XIX, a violência ainda é a regra.

A implementação do ECA no Brasil traz uma perspectiva muito diferenciada para o direito juvenil. Começando pela experiência que a antecede, Constituição Federal de 1988, em que havia debates emancipatórios sobre as infâncias e juventudes e que questionavam os tratamentos que eram dados para adolescentes e crianças. Esta influência atinge diretamente a formação do ECA, a partir daí consolidamos a adoção da doutrina da proteção integral³ e abandonamos a doutrina da situação irregular⁴.

Com a adoção do ECA, optamos por um procedimento especial nos casos de apreensão de jovens em conflito com a lei, isto porque o Código Penal adotou a inimputabilidade penal do menor de 18 anos, logo o procedimento de apreensão não poderia ser o mesmo que o da prisão em flagrante. Ao longo do artigo eu explicarei o

¹ RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente. Rio de Janeiro: Puc/Rio; Edições Loyola, 2004.

² De origem europeia, este dispositivo engenhoso era composto por um cilindro, fechado por um dos lados, que girava em torno de um eixo e ficava incrustado nos muros dos conventos, com uma campainha a ser acionada quando uma criança era colocada na roda e esta era girada, de modo que o "doador" do recém-nascido não fosse visto. Ver em LIMA, João de Deus Alves; MINADEO, Roberto. Ressocialização de menores infratores: Considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/127-ARTIGO#_ftn7 . Acesso em: 14 ago. 2017 às 17:22.

³ Artigo 227 da Constituição Federal.

⁴ A Doutrina da Situação Irregular oficializou a institucionalização como a mais eficiente forma de recuperação ou educação para as crianças e adolescentes em situação de conflito com a lei ou em abandono, enaltecendo, mais uma vez, abrigos e reformatórios. E este formato oscilava entre um assistencialismo ruim ou uma total segregação e privação, colocando jovens e crianças desvinculadas da vida em sociedade, isto tudo sob o arbítrio do judiciário. Norival Engel (2006, p.14), diz que a doutrina da situação irregular "era aquela em que menores passam a ser objeto da norma quando se encontram em estado de patologia social".

passo a passo deste procedimento, entretanto, é importante fazer esta leitura em conjunto com o Artigo 5º do mesmo Estatuto⁵ que vai dizer que nenhuma criança ou adolescente podem estar expostos à violência, negligência, crueldade e opressão. E o que vemos com os relatos das meninas internadas no PACGC são justamente histórias que tratam de violências sexuais, psicológicas e físicas somadas a processos de opressão e negligência.

Uma das razões pelas quais eu aponto a manutenção desta prática de violência nesta política de apreensão, se encontra no fato de que estamos falando de jovens que conflitam com a lei, jovens que são consideradas como “infratoras”, “ervas daninhas” e até mesmo enquanto “inimigas” da sociedade. Por isto, o tratamento dado a elas é violento porque a partir do momento que estas meninas são retratadas por todos estes estigmas e estereótipos, é retirado delas a qualidade de jovens e adolescentes, por consequência, também são retirados suas garantias e direitos.

Outra razão que trabalho neste artigo para a continuidade da violência durante a apreensão destas meninas, se encontra no fato de que estamos falando de meninas e não meninos. As jovens mulheres no Brasil, além do racismo e da distinção de classe, estão expostas a discriminação específica de seu gênero. O que garante que o conflito com a lei extrapole os limites da esfera judicial quando se trata do gênero feminino. A jovem mulher “transgressora” sofre duplamente a punição: a da lei e da sociedade. Os estigmas se somam, pois ela não está somente transgredindo as condutas sociais que são desviantes, mas também as leis morais que regulam o comportamento de gênero.

Isto garante que as práticas de apreensão sejam duplamente violentas, não é a toa que as meninas relatam casos de assédios e estupros durante o momento da apreensão. Neste sentido, também não se pode ignorar a questão racial que vem acoplada com estes processos, o racismo institucional é responsável pelo genocídio e a seletividade penal da população negra brasileira, a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil ⁶, a violência contra as mulheres negras sobe em comparação a violência contra as mulheres

⁵ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

⁶ Ver mais em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 15 ago. 2017.

brancas e só nestes últimos meses duas meninas negras foram mortas por ações policiais⁷ no Rio de Janeiro.

Por fim, este artigo tem o objetivo de trazer visibilidade às estas violações e violências através do relato de 10 meninas que se encontram internadas no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro. Estes relatos trazem questões importantes sobre como o procedimento de apreensão se dá na prática e como esta prática é violenta e viola os direitos fundamentais destas meninas.

CAMINHOS METODOLÓGICOS DE PESQUISA

Como já dito anteriormente, a presente pesquisa foi realizada no Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (CENSE PACGC), localizado no estado e município do Rio de Janeiro no bairro da Ilha do Governador. Usei de diversos recursos ditos metodológicos para realizar este artigo, a pesquisa documental, a revisão bibliográfica, a análise de dados e fontes oficiais e por fim, o estudo de campo, ou pesquisa de campo.

No campo eu conversei com 19 meninas que se encontravam internadas ou internadas provisoriamente e através da história oral de vida tópica junto à limitação de eixos temáticos tais como: educação, lazer, família e entre outros, consegui obter uma compreensão maior de como estas meninas entendem seu passado, vinculam a sua vivência com seu contexto social e dão significados e sentimentos as suas histórias. E foi assim, quase como sem querer, que surgiu o tema deste artigo, ou melhor, surgiram 10 narrativas que contam diversas violências e violações de direitos fundamentais no momento da apreensão destas meninas.

OBSERVAÇÕES SOBRE O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

⁷ Ver mais em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/manifestantes-fazem-protesto-no-lins-zona-norte-do-rio.ghtml> e <http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-03-30/estudante-e-morta-dentro-de-escola-em-acari.html>. Acesso em: 15 ago. 2017

Este ano o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) completa 27 anos de existência, tendo se mostrado um divisor de águas para as infâncias e juventudes⁸ brasileiras. A promulgação do ECA (Lei nº 8.069/90) veio acompanhada da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, dentro de uma conjuntura de redemocratização do país pós ditadura militar de 1964. O próprio cenário que antecede o momento da criação do Estatuto foi marcando por um profundo debate sobre a diminuição das desigualdades sociais e em respeito às diferenças raciais, de sexo e idade. E foi neste mesmo período, que os movimentos sociais foram criando identidade própria, área de atuação, reivindicações, debates e pautas que os identificavam e distinguiam de outros.

E nisto, é importante destacar a incorporação de movimentos, como o MNMMR, Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua, que integraram a construção da nova Constituição brasileira. Os integrantes do MNMMR, junto de outros movimentos⁹, ajudaram na divulgação de duas campanhas, durante o processo da Constituinte. A primeira chamada de “Criança e Constituinte (Setembro/1986)”, que tinha o olhar sobre na primeira infância, era de iniciativa do Ministério da Educação e atraiu diversos setores governamentais e da sociedade civil. A segunda, “Criança e Prioridade Nacional (Junho/87)”, que tinha o objetivo de alcançar adolescentes e acabou culminando numa mobilização por coleta de assinaturas, com a finalidade de aprovar uma emenda popular¹⁰ com o próprio nome da campanha¹¹. As duas campanhas foram fundamentais, posteriormente, para a criação dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, que terá seu conteúdo reescrito no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seguida.

⁸ Uso o termo juventudes, no plural, por influência de Pais (1996, p. 36), “não há de fato, um conceito único de juventude que possa abranger os diferentes campos semânticos que lhe aparecem associados. As diferentes juventudes e as diferentes maneiras de olhar essas juventudes corresponderão, pois necessariamente, diferentes teorias”. Ver mais em: As correntes teóricas da sociologia da juventude. Pais, Jose. Culturas Juvenis. Lisboa: Imprensa Nacional, 1996.

⁹ Outros movimentos pioneiros pela defesa infanto-juvenil no Brasil foram, a Frente Nacional de Defesa dos Direitos da Criança, criada em 1985 e a Pastoral do Menor de 1978.

¹⁰ Uma das reivindicações desta movimentação era que creches e pré-escolas fossem abrangidas pelo novo texto constitucional, não apenas enquanto uma solicitação das mulheres, mas como direito próprio da criança à educação.

¹¹ Desta iniciativa surge o Fórum Nacional Permanente de Entidades Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criada e do Adolescente- Fórum DCA-, em março de 1988, passando a ser um dos principais interlocutores da sociedade civil junto ao Congresso Nacional.

A verdade é que a Constituição Federal foi promulgada como um suspiro no que tange ao direito infanto-juvenil. Era a primeira vez que no Brasil, reconhecíamos o direito da criança pequena fora do Direito da família, o acesso à educação em creches e pré-escolas e o entendimento que criança e adolescente eram sujeitos plenos de direitos, indiretamente ou diretamente¹².

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988, nas palavras de Salo de Carvalho (2012,p.17), “projeta, portanto, um Estado materialmente democrático em relação à efetividade dos direitos fundamentais, procurando superar o anterior modelo de Estado autoritário”. A Constituição efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana, o que garante direitos que podem ser conceituados como bens e valores essenciais ou básicos ao ser humano, ou seja, aqueles que transferem ao homem e a mulher, a dignidade para ser o que são e para desenvolverem e usufruírem seus potenciais.

As crianças e adolescentes, ainda que estejam em condição de desenvolvimento, são merecedores desta garantia e neste sentido, o artigo 227 do texto Constitucional traz a responsabilização integral do Estado, da sociedade e da família na proteção destes indivíduos.

No caso específico dos direitos da criança e do adolescente, a Constituição projeta a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana a partir da adequação às diretrizes internacionais do direito humanitário. Assim, incorpora em seu texto preceitos de Direitos Humanos como os da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (COSTA,2012,p.128). Não obstante, para regulamentação dessas diretrizes humanistas no tratamento dispensado às crianças e aos adolescentes previsto na Constituição, o legislador originário promulgou o ECA. (CARVALHO, 2012, p.18)

Além disso, é importante lembrar que foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20

¹²Art. 7º, incisos XVIII, XIX e XXV, do capítulo Dos Direitos Sociais, Art. 203 da seção Da Assistência Social e o parágrafo 4º do Art. 212 da seção Da Educação todos da Constituição Federal.

de julho de 1989; a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

Com a promulgação da Constituição de 1988 acoplada do ECA (Lei 8.069/90) é consolidada uma grande conquista pra sociedade brasileira em contraponto as legislações anteriores. As crianças e adolescentes se tornam sujeitos de direitos e não menores tutelados pela presença paternalista do Estado. Há a efetiva troca da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral.

A adoção da doutrina da proteção integral é influência direta da Convenção Internacional dos Direitos da Criança¹³. Ainda que a convenção não incluía adolescente, ela usa como padrão, menores de 18 anos, portanto, compatível ao ordenamento jurídico brasileiro. É importante ressaltar a dimensão deste documento, porque a Convenção sobre os Direitos da Criança é um dos instrumentos dos direitos humanos que mais foi aceito na história, ratificada por 193 países, e o Brasil foi o primeiro país da América Latina a incorporar o modelo da Convenção através da Constituição de 1988.

A partir da Constituição, há incorporação da doutrina da proteção integral enquanto princípio fundamental para formação do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴. Neste sentido, o ECA passa a entender como essencial a autonomia cultural e política da criança que está em desenvolvimento, proporcionando prioridades no atendimento, convivência familiar e comunitária e a liberdade individual, como regras gerais. “Além disso, a municipalização de atendimento e, sobretudo, a segregação somente em razão da prática de atos infracionais, jamais em razão da desigualdade” (Machado,2015,p.6) marcam um importante rompimento com o que previa o antigo Código de Menores.

¹³ Tratado que objetiva à proteção de adolescentes e crianças em todo o mundo. Foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

¹⁴ Junto dos princípios do melhor interesse do menor e da absoluta prioridade.

Nesse sentido, toda a estrutura normativa pauta-se na ideia de emancipação a partir da inclusão, razão pela qual as medidas socioeducativas em meio aberto devem ter prioridade à segregação. Até porque não se pode olvidar que o núcleo familiar deve ter proteção prioritária por parte do Estado, cabendo aos adultos a defesa e proteção do ser em crescimento, e não o Estado. Aliás, o encorajamento da família na proteção e consagração dos direitos da criança deve ser estratégia para a própria efetividade desses direitos, porque quando “se faz necessária a presença do Estado para defender uma criança, ele chega sempre tarde” (JUNQUEIRA, 1989, p. 71). A proteção de crianças e adolescentes passa a ser incorporada como programa de concretização de direitos humanos (TUARDES DE GONZÁLEZ, 1996), reconhecendo o interesse superior da criança. (MACHADO,2015,p.6)

Contudo, como afirma Emilio García Méndez (2006), que vai fazer uma análise mais ampla sobre o debate dos direitos das crianças e adolescentes, o ECA nascerá no meio de uma dupla crise: a de implementação e a interpretativa. A primeira crise diz respeito à ausência de implementação das políticas sociais garantidas pelo ECA, tais como o direito à educação, saúde, alimentação e tantas outras garantias fundamentais. A precariedade no que tange à implementação deste sistema garantidor de direitos fundamentais irá se estender nas estruturas institucionais destinadas a acolher a juventude que cumpre medida socioeducativa em regime aberto, semiaberto e na própria internação. No último caso, a precariedade na estrutura das unidades de internação as aproxima cada vez mais dos cárceres e menos do caráter “educativo”.

A segunda crise, Salo de Carvalho (2012) afirma a direta relação com a proximidade de conceitos relativos ao “neomenorismo”¹⁵. Neste sentido:

O grande dilema enfrentado pelos atores que trabalham com adolescentes em conflito com a lei está nessa espécie de interpretação retroativa produzida nas práticas

¹⁵ Práticas novas que reforçam as concepções antigas sobre a Doutrina da Situação Irregular.

jurídicas, na qual os direitos são interpretados como concessões ou benefícios, reintroduzindo-se a lógica inquisitória da doutrina menorista nos critérios de aplicação das garantias postas no ECA. (CARVALHO,2012,p.27)

Está segunda crise atinge diretamente a opinião pública, entendendo que não se pode desassociar da mesma o projeto que segue em discussão pela redução da maioria penal.

É notório que a Constituição Federal de 1988, conjugada com o Estatuto da criança e do Adolescente e demais documentos para proteção infanto-juvenil, inauguram uma nova perspectiva, revogando a Doutrina da Situação Irregular e seu caráter de vigília, o controle repressivo e tutelar. Ao mesmo tempo, introduz a Doutrina da Proteção Integral como locomotiva do sistema (SPOSATO,2006,p.256).

Entretanto, é preciso distinguir o sistema de garantias fundamentais e direitos que o ECA traz e a parte que corresponde a matéria dos atos infracionais e medidas socioeducativas, ou nas palavras de Sposato (2006, p.256), “não podemos reduzir o Direito da Criança e do Adolescente à disciplina da prática de atos infracionais”, seria contraditório com a própria construção destes documentos.

Ao passo que devemos legitimar, por toda a trajetória já descrita em relação ao direito infanto-juvenil, estes avanços para vida das crianças e adolescentes no Brasil, devemos questionar a parte das responsabilizações penais que são fundamentadas nestes mesmos documentos, porque ainda que no texto da lei se encontre como *ultima ratio*¹⁶, o que a vida real tem nos mostrado é que a Proteção Integral passou a adotar o sistema de repressão no lugar da prevenção.

SOBRE OS PROCEDIMENTOS DE APREENSÃO DE JOVENS EM CONFLITO COM A LEI SEGUNDO O ECA

¹⁶ Art. 122 do ECA, parágrafo 2º: Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada.

O procedimento de apuração dos ditos “atos infracionais”, que correspondem aos atos praticados pelas crianças e adolescentes que conflitam com a lei, não se sujeitam ao Código de Processo Penal, isto porque não há processo ou julgamento penal de crianças e adolescentes. Portanto, não falamos de “prisão em flagrante” – instituto do processo penal-, quando nos referimos aos jovens, falamos de apreensão, assim como também não falamos “prisão preventiva” e sim de internação provisória.

Ainda sobre este elemento, vale a pena lembrar que não existe apreensão em flagrante de crianças (até 12 anos de idade incompletos), o artigo 105 do ECA dirá que “ato infracional” praticado por criança serão aplicadas as medidas previstas no art. 101¹⁷ pelo Conselho Tutelar (art. 136, I) ou Juiz da Infância e Juventude (art. 262). Caso haja uma ocorrência de “ato infracional” realizado por criança, devem, primeiramente, encaminhar para o Conselho Tutelar e fazer o registro da ocorrência, na sua ausência devem conduzir a criança para o Juiz da Infância e Juventude, mediante termo de entrega e por fim, caso Juiz da Infância e Juventude esteja ausente, devem entregar aos responsáveis ou pais e encaminhar, depois, por meio de comunicação, o registro da ocorrência ao juizado.

Sobre os procedimentos de apreensão de jovens, o que nos interessa para este artigo, existem duas formas para a realização da mesma. Através da apreensão ou captura por meio do “flagrante do ato infracional” que pode vir a ser cometido sem ou com violência ou grave ameaça à pessoa¹⁸ ou através do cumprimento de mandado de busca e

¹⁷ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta.

¹⁸ Artigo 173 do ECA.

apreensão, realizado por autoridade judiciária competente através de ordem escrita, Artigo 106 do ECA.

Sobre qualquer um dos tipos de apreensão, o ECA dirá que o primeiro passo é a comunicação aos responsáveis, “autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada”¹⁹, caso não haja na localidade autoridade judiciária competente, são encaminhados a delegacia comum. Se por um acaso, este adolescente estiver em coautoria com alguém maior de 18 anos, o Artigo 172, parágrafo único do ECA, dirá que os dois devem ser enviadas para repartição especializada e em seguida o adulto será encaminhado para repartição policial própria.

Se esta apreensão é fruto de um “ato infracional” mediante violência ou grave ameaça à pessoa, será realizado o Auto de Apreensão em Flagrante, de acordo com o Artigo 173 do ECA, caso a apreensão seja sobre um ato sem violência ou grave ameaça à pessoa, realizaram o Boletim de Ocorrência Circunstanciado. Segundo os artigos 174 e 107²⁰ do ECA, a regra é a soltura após os procedimentos indicados anteriormente, sendo a exceção a manutenção da internação e somente nos casos de manutenção da ordem pública ou garantia da segurança pessoal.

Nos casos em que não há a liberação destes jovens, deveram ser imediatamente encaminhados para o representante do Ministério Público com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência. No mesmo dia, se possível, os promotores realizarão a vista do procedimento encaminhado, procederão informalmente a oitiva dos responsáveis ou pais, testemunhas e vítimas, de acordo com o Artigo 179, caput do ECA. Depois disso, o Artigo 180 do ECA dirá que existiram três possibilidades de ação dos promotores: 1) promover

¹⁹ Artigo 106, parágrafo único e 107, caput do ECA.

²⁰ Art. 174. Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública.

Art. 107. A apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinenti comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada. Parágrafo único. Examinar-se-á, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata.

o arquivamento dos autos; 2) conceder a remissão ou 3) representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa, pedindo ou não, na peça inaugural da persecução infracional, a internação provisória. Segue na Figura 01 um fluxograma que mais ou menos ilustra como são os procedimentos vistos até aqui.

Figura 01- Procedimentos para apreensão de jovens em conflito com a lei



Caso não seja possível esta apresentação imediata ao membro do Ministério Público, os e as adolescentes deverão ser encaminhados a uma entidade de atendimento, de acordo com o Artigo 70, VII do ECA, que deverá fazer a representação ao Ministério Público dentro de 24 horas, conforme o Artigo 175, § 1º. Se não houver esta entidade de atendimento, a apresentação fica a cargo da autoridade policial e os e as adolescentes deverão ficar numa dependência separada da dos maiores e não poderá exceder o prazo de 24 horas, segundo o Artigo 175, parágrafo 2º do ECA.

Não encontrei nenhum Artigo no ECA que fale sobre a apreensão de meninas ou das jovens por agentes homens. Porém, fazendo uma analogia ao Código de Processo Penal que prevê no seu Artigo 249, “a busca em mulher será feita por outra mulher, se

não importar retardamento ou prejuízo da diligência”, as meninas deveriam ser apreendidas por mulheres, deixando apenas para exceções a apreensão masculina.

Outra lacuna no ECA é ausência do corpo de delito destes adolescentes nos casos de apreensão, porém, Luiz Carlos Rocha (2002, p. 469) dirá que "um exame que não pode ser esquecido, *ad cautela*, é o exame de corpo de delito do menor infrator. A legislação não prevê, mas o delegado deve providenciar esse exame ".

UMA NOTA ATUAL SOBRE AS UNIDADES DE INTERNAÇÃO FEMININA

No Rio de Janeiro existe mais de uma unidade prisional feminina, contudo, hoje somente funciona uma unidade socioeducativa de internação para meninas e jovens mulheres, o Centro de Socioeducação Professor Antônio Carlos Gomes da Costa (CENSE PACGC). Não que se compartilhe a ideia de que quanto mais unidades melhor, mas é estranho se comparado com o investimento e a quantidade de unidades masculinas no Rio de Janeiro²¹, até porque, só existe uma unidade feminina na capital que visa atender meninas no estado inteiro.

A pesquisa nacional realizada pelo o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em parceria com Unicap (Universidade Católica de Pernambuco)²² chegou à conclusão que isto não era uma coincidência. Praticamente todas as unidades de internação feminina ficam nas capitais, com exceção de Goiás, São Paulo e Mato Grosso do Sul. Além disso, das 33 unidades de internação que temos no Brasil, segundo esta pesquisa, 8 destas unidades são mistas, o que significa dizer que são divididas entre meninos e meninas.

O sentimento que meninas são mais difíceis de disciplinar ou lidar também é um dado recorrente para os operadores do Direito e das instituições de controle, como se

²¹ Centro de Socioeducação Dom Bosco , Centro de Socioeducação Gelso de Carvalho Amaral, Centro de Socioeducação Irmã Asunción de La Gándara Ustara e Centro de Socioeducação Professora Marlene Henrique Alves.

²² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dos espaços aos direitos: A realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/cb905d37b1c494f05afc1a14ed56d96b.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2017.

houvesse numa escala algo que se somasse ao desvio, o fato de ser jovem mulher ou menina, traz elementos diferenciados que por si já caracterizam um “problema” a exemplo da sexualidade. A pesquisa realizada pelo Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro divulgada em 2016 traz na fala do diretor do CENSE PACGC exatamente este sentimento.

O diretor afirmou ser complicado trabalhar com adolescentes do sexo feminino, e quando questionado o motivo de sua afirmação respondeu que as meninas são mais questionadoras e demoram mais para se adequarem as normas, como o uso do uniforme, ficar com as mãos para trás e cabeça baixa, comportamento naturalizado no sistema socioeducativo como sinônimo de disciplina.

Para corroborar com esta fala, trago aqui uma passagem da pesquisa acima citada do CNJ que também demarca esta ideia.

[...] infelizmente, saí marcada por uma fala de uma funcionária dita durante a reunião: ‘Nós esperamos receber adolescentes “Maria Mãe de Deus”, mas elas estão mais para “Maria Madalena” com modelos dicotômicos que perpassam gerações (Diário de campo – pesquisadora DF).

O CNJ considerou unidades de internação nos estados de Pernambuco, Pará, Distrito Federal, São Paulo e Rio Grande do Sul para realização desta pesquisa, e uma passagem revela que as práticas educativas estabelecidas hoje nas unidades de internação não se diferenciam das realizadas nos processos de acolhimento, descritas no começo do capítulo.

Em todas as unidades visitadas as adolescentes são corresponsáveis pela realização das tarefas de limpeza, alimentação e outras que ordinariamente são consideradas como domésticas. Cada adolescente costuma integrar uma equipe nas tarefas durante a semana e sabe qual

é o seu dia a partir do quadro organizado pela equipe técnica e disponibilizado para elas (MELLO,2015,p.190).

As práticas institucionais de recolhimento clausural que se via em meados da Colônia, parecem um ranço persistente que até hoje se encontram em espaços de internação. O tratamento dado a uma jovem mulher ou criança, vista enquanto desviante, seja em conflito com a lei ou em conflito com valores morais, ainda é o da disciplina e da ordem do patriarcalismo, garantindo que estigmas e construções ultrapassada de gênero ainda sejam pilares na estrutura de sociedade em que nos inserimos.

Além disso, uma avaliação de que mulheres, quando criminalizadas, são automaticamente solitárias, é como se a indignação não fosse pelo crime e sim pelo gênero. É natural esperar de um menino ou jovem homem a criminalidade, porque, afinal, a criação masculinizada do homem é voltada para o público e para naturalização da violência como forma de poder. Não se espera o mesmo do gênero feminino, ainda que haja diferença na criação feminina, conforme raça e classe, o “estigma do crime” está ligado à violência e não se espera que mulheres consigam atingir o mesmo grau “frieza” que um homem.

A VIOLENTA APREENSÃO DAS MENINAS INTERNADAS NO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO DO RIO DE JANEIRO

A minha pesquisa de campo foi realizada durante três meses na unidade PACGC onde estive em contato com 19 meninas que se encontravam internadas ou internadas provisoriamente. Uma das observações que notei durante nossas conversas eram as repetidas narrativas sobre a violência no momento em que as mesmas foram internadas, das 19 meninas 10 contam histórias sobre violações de seus direitos e sobre violência física ou psíquica durante este momento em que foram apreendidas.

Eu trabalho com a ideia de que estas violências e violações acontecem de forma dupla já que estamos falando de meninas em situação de conflito com a lei. A primeira violência, que ocorre de forma naturalizada pelos aparatos policiais, trata-se da

construção da imagem de um inimigo perigoso, algo que Zaffaroni (2007) chamará de Direito Penal do Inimigo²³, que não é merecedor das garantias processuais e materiais das leis.

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso, e por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas por é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso (ZAFFARONI, 2007, p.18).

Podemos dizer que na sociedade brasileira este inimigo ganhou um perfil muito específico durante os anos. A imagem do perigo e do inimigo está justamente na imagem “do criminoso e da criminosa”, “bandido”, “traficante” e outros termos que dizem a mesma coisa de forma diferente. Quando tratamos de adolescentes em conflito com a lei, estamos tratando também de um inimigo em potencial, pois, aqui nós construímos dois tipos de juventudes e infâncias, uma considerada boa e merecedora de garantias e direitos e outra que desde a Colônia foi escravizada, segregada e entendida como ontologicamente deturpada. A segunda categoria é uma ameaça para a primeira, ameaça que pode vir a depravar “sua inocência” e também para a sociedade como um todo, porque se entende que estes “já nasceram tortos”. Neste sentido, se esta juventude e infância são consideradas tais como inimigas e não são merecedoras de direitos e garantias, não existem proteções legais para as mesmas e a violência se torna a prática de tratamento.

Sobre o segundo tipo de violações e violências que estas meninas sofrem, faço referência à violência contra as mulheres num sentido geral. Notório que mulheres estão mais expostas a um segmento de violência que os homens, por exemplo, os estupros, a violência doméstica e os feminicídios. O fato de estarmos lidando com meninas e não

²³ Ver mais em: Zaffaroni, E. Raúl (2007). O inimigo no Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan.

meninos faz com que as mesmas estejam vulneráveis e suscetíveis a sofrer este tipo de violência, principalmente, se o tratamento é dado por um agente ou um policial homem.

Segundo a pesquisa realizada por Daniel Cerqueira e Danilo de Santa Cruz Coelho, “Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde (2014)”, “nos registros do Sinan, verificamos que 89% das vítimas são do sexo feminino, possuem em geral baixa escolaridade, sendo que as crianças e adolescentes representam mais de 70% das vítimas”²⁴. Isto significa dizer que no Brasil o perfil das vítimas do estupro são crianças e adolescentes, menores de 18 anos, meninas e de baixa escolaridade. Este perfil se assemelha muito com o que eu encontrei dentro do PACGC, meninas entre 15 a 20 anos e majoritariamente cursando o ensino fundamental²⁵. Então, além das violências que estas meninas estão expostas por estarem em conflito com a lei, elas se enquadram dentro do perfil que mais sofre estupro no Brasil, duplamente vulneráveis a violência.

Neste sentido, os relatos que irei trazer agora podem ser analisados pelas duas perspectivas que apresentei, uma sobre a violência empregada pela polícia nos casos das adolescentes em conflito com a lei porque as mesmas são enxergadas enquanto não merecedoras de garantias e direitos. Outra por elas serem meninas, o que as torna vulneráveis a uma violência específica do seu gênero fundada no patriarcalismo.

Além do mais, não podemos esquecer-nos de outro fator fundamental para se entender a violência no procedimento de apreensão destas meninas e este fator é o racismo institucional. Majoritariamente as meninas que conversei eram negras, 13 eram negras, 2 pardas e 4 brancas. Este recorte racial é importante para compreender que existe um projeto político em curso no Brasil que pretende ou exterminar uma juventude negra ou a institucionalizar, encarcerar ou internar.

Este projeto político é antigo e intensificado no Rio de Janeiro durante o começo do século XIX com a política higienista carioca que passa a criminalizar a capoeira e a vadiagem e criar espaços de internação de crianças e jovens “abandonados”, em situação de rua. A seletividade racial, tanto destas leis que criminalizam a vadiagem e a capoeira

²⁴ Ver em: http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf

²⁵ Somente duas meninas tinham o ensino médio completo, duas estavam cursando ainda e as demais ainda estavam no ensino fundamental.

quanto dos espaços de internação durante este período, refunda estigmas e estereótipos que ligam diretamente a população negra à criminalidade. Neste sentido, Ana Flauzina (2006) contribui:

O racismo passa a se constituir enquanto pedra angular fundamental no recrutamento dos indivíduos pelo sistema penal. Mais: desde uma imagem que vem sendo historicamente construída como caricatura do mal, a negritude aparece como o emblema por excelência, o alvo mesmo a ser removido do convívio social sadio, que deve ser preservado a qualquer custo. Assim, se os corpos negros nunca saíram da mira preferencial do sistema, dentro de um processo de marginalização de amplos contingentes, ocupam, como sinalizamos, o primeiro lugar no cardápio indigesto do neoliberalismo (FLAUZINO, 2006, p.89 e 90).

A violência contra a população negra também se mostra maior se analisarmos os mapas da violência no Brasil, “morrem 2,6 vezes mais negros que brancos vitimados por arma de fogo”²⁶ e “taxas de homicídio de brancas caem na década analisada (2003 a 2013): de 3,6 para 3,2 por 100 mil, queda de 11,9%; enquanto as taxas entre as mulheres e meninas negras crescem de 4,5 para 5,4 por 100 mil, aumento de 19,5%”²⁷. Portanto, a questão da violência se triplica se analisarmos que estamos falando de meninas negras que conflitam com a lei.

Ademais, quando falamos sobre estes procedimentos violentos de apreensão no Rio de Janeiro não podemos esquecer que a violência da polícia militar dentro de favelas e periferias também é habitual. Há uma divisão geográfica do Rio de Janeiro em que bairros vivem uma verdadeira guerra, o exército e a força nacional, inclusive, se encontram em alguns destes bairros. A própria militarização da polícia (PMERJ)

²⁶Mapa da violência de 2016. Ver mais em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em 14 ago. 2017.

²⁷Mapa da violência de 2015. Ver mais em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em 14 ago. 2017.

contribui para esta lógica violenta, já que a formação desta polícia é militarizada e tem como fundamento “uma guerra contra certos inimigos”, e estes inimigos, como já expliquei, são selecionados por classe social e raça. Em contrapartida, os bairros com maior poder aquisitivo não passam por esta dinâmica violenta da militarização, lá a polícia ainda que seja militarizada não atua com a mesma intensidade que atua em bairros pobres de periferia ou favela.

OS RELATOS DAS MENINAS INTERNADAS NO PACGC

S.²⁸ conta sobre o momento de sua “prisão”, ainda assustada de como os policiais foram agressivos com ela e com seu corpo, puxando sua blusa e pedindo para que ela mostrasse seus seios a eles no meio da rua, enquanto ela chorava e negava o pedido os mesmos arrancaram sua blusa à força e a golpearam no rosto com um cassetete. B. confirma a história dizendo que quando S. chegou no PACGC seu rosto estava muito machucado e quando questionei sobre o corpo de delito e se ela pretendia contar esta história no dia da audiência, ela levantou seu dedo miúdo fazendo um sinal negativo, murmurando “você sabe como é, né, tia? Se eu falo, eu rodo”. G. também fala que no momento em que foi apreendida também houve agressão da polícia, na verdade relata que todas às vezes a apreensão foi truculenta e violenta e que havia sido xingada e levado tapas no rosto.

Fazendo coro com a G., A. também havia sido apreendida de forma violenta, conta que apesar de “achar o tráfico mais seguro”, na hora da apreensão, a violência também era maior, conta que foi agredida diversas vezes por mais de um policial e que era comum os chutes e socos virem acompanhados por xingamentos como “vadia” e “piranha”. Quando pergunto se a apreensão era feita por mulher, A. deu uma risadinha e respondeu, “se nem aqui as agentes são fem²⁹”. B., novata³⁰, mas já ambientada, se intromete nesta

²⁸ Os nomes das meninas que conversei foram substituídos por letras para que não haja identificação das mesmas.

²⁹ Termo usado para chamar mulheres agentes.

³⁰ Primária e a primeira vez que se encontrava internada.

hora para dizer que teve uma arma apontada na sua cabeça e uma ameaça contínua de que seria morta no momento da sua apreensão.

Sobre suas apreensões, D. conta, apontando para sua pele – ela menina negra, da primeira vez que ela que foi apreendida:

“Teve um dia que eu tava vindo da praia, aí tava um montão de gente, aí roubaram o telefone de uma mulher, aí tiraram todo mundo preto que tava dentro no ônibus e aí levaram todo mundo para delegacia, eu tava sem identidade, tive que ir. Aí fizeram um boletim de ocorrência e tiraram foto minha e depois vim parar aqui, rodei sem nem ver a cor do celular”.

O que D. conta não é novidade, o artigo escrito pelo historiador Walmyr Junior (2015) “Pobre e favelado? Na minha praia, não!” ao site Geledés³¹ conta um pouco sobre a habitualidade de ônibus, que se locomovem entre a zona sul carioca, serem parados e jovens negros, pobres e favelados, serem expulsos destes transportes coletivos sem qualquer tipo de pudor da polícia. O estigma que associa a cor da pele ao crime ou “ato infracional” não é um ato meramente falho da polícia ou do sistema punitivista, é na verdade um projeto construído, como já falado no capítulo anterior, há muito tempo para criminalizar e exterminar a população negra.

D. diz que da segunda vez que foi apreendida, era por volta das seis horas da tarde e que em seguida ela foi encaminhada para a “delegacia de maior” e que lá ficou isolada até quatro horas da manhã, quando foi encaminhada para Delegacia de Proteção à Criança e Adolescente (DPCA). Depois disso, ela conta que foi o momento da perícia, “aí chegou o momento da perícia, entrou um homem e mandou eu tirar minha roupa toda, eu não queria tirar a roupa não, para um homem? Eu queria que fosse uma mulher, mas ficar pelada para um homem? Eu achei aquilo o fim mas tive que tirar porque o policial disse que se eu não tirasse ali para ele ia ter que tirar para todo mundo”, nisto R. interrompeu a

³¹ Ver mais em: <https://www.geledes.org.br/pobre-e-favelado-na-minha-praia-nao/#gs.dg=3DMU>. Acesso em 31 jul. 2017.

fala de D. e disse que isto também tinha acontecido com ela. T. relata também a violência a qual foi submetida durante o período em que esteve na DPCA, “ele botou várias coisas na minha mente, ele deu um tapa na minha cara, minha mãe passando mal e ele gritando, “fala a verdade” e minha mãe passando mal ali do lado”.

Sobre a sua apreensão, C. conta que teve que ficar no que elas chamam de porquinho³², sozinha, durante 48 horas e sem alimentação, fala que no caso dela ainda a colocaram pelada nas primeiras 24 horas e que mais de um policial a viu pelada e tocou nos seus seios.

K. lembra que antes de ser encaminhada ficou sete dias no porquinho enquanto o namorado, que era de maior, ficou apenas três dias:

“Eu tinha que ter descido antes dele que era de maior, mas não, fiquei lá no porquinho sozinha por sete dias, quando você entra no porquinho você perde a noção de que horas são e que dia é. Outra coisa que eu tô sempre falando, no dia que me prenderam eles me bateram e todos ficaram me xingando de “piranha”, engraçado que com meu namorado não teve nenhum xingamento, quando foi a hora da revista colocaram uma faxineira para me revistar porque não tinha policial mulher presente, eu acho isto tudo um absurdo, isto tá fora da lei e ninguém se importa”.

F. fala que no dia que foi apreendida foi levada para uma delegacia comum onde ficou quatro dias sentada em uma cadeira e um dia e meio presa no porquinho, “foram quatro dias sem tomar banho, quando pedia para tomar banho os policiais debochavam de mim falando que iam junto”. Eu perguntei porque ela achava que eles faziam isto, “é porque eu sou mulher, com os meninos que estavam lá não tinha esta graça toda”. F. diz que notoriamente sentiu diferença do tratamento durante a apreensão e sabia que esta diferença era porque ela era menina, “quando chegaram lá em casa ficaram dando lição

³² Lugar dentro da delegacia comum ou da DPCA onde elas ficam esperando para serem levadas para o PACGC ou para serem colocadas em liberdade assistida.

de moral para a minha mãe, se fui eu que fiz por que tinha que ir colocar a culpa nela? Eu fui muito bem criada, minha mãe é trabalhadora e eles não precisavam falar aquilo para ela”.

J. diz que sua apreensão, não diferente das demais histórias, foi feita por homens e que quando ela chegou na delegacia não havia espaço para ela ficar, já que tinham que separar ela dos adultos e dos meninos, na ausência de um lugar específico ela ficou na porta em pé presa por algemas durante 24 horas e que só com a saída de todos do porquinho que ela foi encaminhada para lá. Dentro do porquinho ela ficou mais 24 horas até que foi encaminhada para o “Degase masculino” de Campos onde passou a noite para depois ser encaminhada para o PACGC, *“lá só tinha homem, fiquei morrendo de medo, vi um dos policiais batendo em um menino e perguntei por que ele tava fazendo isso, a resposta foi que se eu continuasse falando ia levar também, morri de medo”.*

N. lembra que o momento da sua última apreensão foi algo que a deixou traumatizada:

“Eu tinha um fuzil com o bico frio apontado para minha cabeça e um pé na minha bunda, eu pensei que naquele momento ia morrer, esta sensação foi um estalo para mim, ou eu morria ou iria ficar para sempre indo para as cadeias. Depois que me pegaram fui levada para delegacia e fiquei lá durante três dias dormindo algemada do lado de fora do porquinho porque eu era a única adolescente menina. No primeiro dia eu não comi nada, no segundo dia eu consegui almoçar e no terceiro dia umas moças que passaram lá, que eram da igreja, ficaram com pena de mim e me compraram um lanche”.

Estes relatos demonstram que não há qualquer tipo de cuidado no momento da apreensão destas meninas. A maioria delas é apreendida por homens, sofrem violências físicas, psicológicas e sexuais durante a apreensão, não recebem nenhum tipo de auxílio ou apoio institucional que as possibilitem contar sobre estes episódios tão traumáticos, são mantidas por mais de 24 horas em espaços não adaptados para elas sem alimentação e até mesmo no momento do corpo de delito há relatos de violência sexual. Não estamos

falando somente de violações aos procedimentos do ECA, estamos falando de processos que violentam estas meninas, aliás, estamos tratando aqui de uma questão muito séria, do abuso de autoridade policial no momento da apreensão e da prática de diversas outras condutas consideradas criminosas, tal como o assédio sexual e o estupro.

A maioria destes episódios é invisibilizado, as meninas não tem segurança para contar isto em juízo por medo de retaliações dos policiais e não há qualquer tipo de acompanhamento destas apreensões por parte de qualquer outro órgão ou instituição se não a própria polícia, o que garante mais uma vez que estas práticas continuem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência policial é tão ignorada que faz com que a máquina do Estado não se movimente – ou se movimento muito pouco – para apuração e responsabilização dos policiais infratores, voltando-se todo o Sistema de Garantia de Direitos única e exclusivamente à responsabilização do adolescente. Dentro do Sistema de Justiça e Socioeducativo sua voz não tem valor, tendo assim muito pouca ou nenhuma ressonância quando os adolescentes são as vítimas de crimes, ainda que sejam extremamente bárbaros (SENADO FEDERAL, 2016, CPI ASSASINATO DE JOVENS)³³.

Esta é uma das conclusões da pesquisa realizada pelo Senado Federal, “*CPI assassinato de jovens*”. A verdade é que quando eu resolvi tratar sobre a temática da apreensão violenta de jovens internas no sistema socioeducativo do Rio de Janeiro, eu já sabia que esta violência era prática comum da polícia militar do Rio de Janeiro (PMERJ), porque diariamente nos deparamos com notícias que relatam estas práticas contra uma população majoritariamente negra e periférica ou favelada. Acontece que para além desta

³³ Ver mais em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 15 ago. 2017.

violência entendida como habitual, o que encontrei dentro destes relatos são casos de assédio sexual e até mesmo de estupros de vulneráveis.

Não há como mudarmos esta realidade sem entendermos que devemos reivindicar a desmilitarização da polícia do Rio de Janeiro. Entendo que esta prática violenta advém de uma cultura militarizada da polícia que usa da violência como forma de controle social de uma parcela da população. Neste sentido, é preciso que esta polícia seja humanizada para que ela consiga servir a sua finalidade, ou seja, para que ao invés dela amedrontar e violentar uma parcela da população sirva como um mecanismo de auxílio de segurança. A militarização da polícia contribui para a intensificação da ideia de que temos inimigos sociais e que estes precisam ser combatidos, exterminados, encarcerados ou internados em unidades socioeducativas, o que eu exaustivamente tratei neste artigo.

Ademais, entendo que é preciso que o ECA incorpore de forma mais incisiva o Artigo 249 do Código de Processo Penal, em que prevê que as buscas realizadas em mulheres serão realizadas por outras mulheres, sendo exceção o uso de homens para esta função. É notório que o fato destas meninas serem apreendidas por homens abre margem para que estas violências se multipliquem, tornando-as mais vulneráveis e suscetíveis a assédios sexuais e estupros. Sobre isto ainda, é preciso ratificar o quanto é constrangedor a realização do corpo de delito nestas meninas por homens, mais uma vez reafirmo que a ausência desta preocupação faz com que estas meninas sofram duplamente violências.

Finalizo lembrando o quanto é importante que haja o acompanhamento de algum órgão, tal como o Conselho Tutelar ou Defensoria Pública, nestas apreensões. Ao entrarem em contato com o aparato policial sem acompanhamento, mais uma vez ficam expostas a qualquer tipo de violência. Além disso, a maioria delas fica com medo de receber retaliação caso denunciem estas violências praticadas pela polícia, por isto, é importante o acompanhamento destas apreensões e a criação de espaços seguros onde as mesmas possam relatar este tipo de procedimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARÁUJO, Tiago. **A apreensão em flagrante do adolescente infrator na fase policial.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17373/a-apreensao-em-flagrante-do-adolescente-infrator-na-fase-policial/2>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BARREIRA, Gabriela. **Moradores e colegas de menina de 10 anos morta no Lins fazem protesto na Zona Norte do Rio.** Rio de Janeiro. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/manifestantes-fazem-protesto-no-lins-zona-norte-do-rio.ghtml>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BENEDITO, Luana. **Estudante é morta dentro de escola em Acari.** Rio de Janeiro: O Dia. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2017-03-30/estudante-e-morta-dentro-de-escola-em-acari.html>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final: CPI ASSASINATO DE JOVENS.** 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/06/08/veja-a-integra-do-relatorio-da-cpi-do-assassinato-de-jovens>. Acesso em: 15 ago. 2017.

CARVALHO, Salo; FERNANDES, Eduardo; MAYER, Denise. **Direitos da criança e do adolescente no Brasil: da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral.** Processos educativos com adolescentes em conflito com a lei. Porto Alegre: Editora Mediação, 2012.

CERQUEIRA, Daniel; COELHO, DANILO. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde.** IPEA, número 11, março de 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dos espaços aos direitos: A realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões.** 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/cb905d37b1c494f05afc1a14ed56d96b.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2017.

ENGEL, Norival. **Prática de ato infracional e as medidas socioeducativas: uma leitura a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos princípios constitucionais.** Dissertação(Mestrado). Univali – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, SC, 2006. Disponível em:

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Norival%20Ac%C3%A1cio%20Engel.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. Brasília, DF, 2006. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: http://www.cddh.org.br/assets/docs/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

JUNIOR, Walmyr. **Pobre e favelado? Na minha praia não**. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/pobre-e-favelado-na-minha-praia-nao/#gs.dg=3DMU>. Acesso em 31 jul. 2017.

LIMA, João de Deus Alves; MINADEO, Roberto. **Ressocialização de menores infratores: Considerações críticas sobre as medidas socioeducativas de internação**. Revista Liberdades, v. 10, p. 59-85, 2012.

MACHADO, Érica. **A doutrina da proteção integral e a atividade judicante da infância e juventude: uma orientação no cenário de populismo punitivo**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 19, n. 29, p.1-20, jan.-jul., 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2016/IJC12_09.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017.

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. **Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro**, 2016. Disponível em: <http://piaui.folha.uol.com.br/lupa/wp-content/uploads/sites/24/2016/03/Mulheres-Meninas-e-Priva%C3%A7%C3%A3o-de-Liberdade-no-Rio-de-Janeiro-010316.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MÉNDEZ, Emilio García. **Evolución histórica del derecho de la infancia: ¿Por que una historia de los derechos de la infancia?** In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

PAIS, José. **Culturas Juvenis**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1996.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Puc/Rio; Edições Loyola, 2004.

ROCHA, Luiz Carlos. **Manual do Delegado de Polícia: Procedimentos policiais**. Bauru, São Paulo: Edipro, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. **O Direito Penal Juvenil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, E.R; et al. **Direito Penal Brasileiro: V. 1**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **El discurso feminista y el poder punitivo**. In: SANTAMARÍA, Ramiro Ávila, VALLADARES, Lola (Orgs.) **El género en el derecho. Ensayos críticos**. Quito: V&M, 2009.

_____. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução: Amir Lopes da Conceição e Vânia Romano Pedrosa. 5ª Ed. Rio de Janeiro, 2001.

WAISELFISZ, Julio. **Mapa da Violência 2016: Homicídios Por Armas De Fogo No Brasil**. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2016/Mapa2016_armas_web.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. **Mapa da Violência 2015: Homicídio de Mulheres no Brasil**. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.