

Anais do II CPCRIM

**II Congresso de Pesquisa
em Ciências Criminais**

De 29 a 31 de agosto de 2018
São Paulo - SP



CPCRIM

II CONGRESSO DE PESQUISA EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTE

Cristiano Avila Maronna

1º VICE-PRESIDENTE

Thiago Bottino

2º VICE-PRESIDENTA

Eleonora Rangel Nacif

1º SECRETÁRIO

Renato Stanziola Vieira

2º SECRETÁRIO

Roberto Corcioli Filho

1º TESOUREIRO

Edson Luis Baldan

2º TESOUREIRO

Bruno Shimizu

**DIRETOR NACIONAL DAS
COORDENADORIAS REGIONAIS
E ESTADUAIS**

Carla Cilene Gomes

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 Biazi

BIBLIOTECA

Renato Watanabe de Moraes

BOLETIM

Fernando Gardinali Caetano Dias

COMUNICAÇÃO

Gabriel de Freitas Queiroz

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

Thayná Yaredy

CONVÊNIOS

João Paulo Martinelli

**COOPERAÇÃO JURÍDICA
INTERNACIONAL**

Maria Helena Rolim

CURSOS

Yuri Felix

CURSOS IBCCRIM-COIMBRA

Rafael Serra de Oliveira

**ESTUDOS E PROJETOS
LEGISLATIVOS**

Luis Guilherme Mendes de Paiva

**ESTUDOS SOBRE *HABEAS
CORPUS***

Alberto Zacharias Toron

INFÂNCIA E JUVENTUDE

Mariana Chies Santiago Santos

INICIAÇÃO CIENTÍFICA

Natália Macedo Sanzovo

JORNAL DE CIÊNCIAS**CRIMINAIS**

Marina Pinhão Coelho Araújo

JUSTIÇA E SEGURANÇA**PÚBLICA**

Dina 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

Christiano Fragoso

SISTEMA PRISIONAL

Patrick Cacicedo

**22º CONCURSO DE
MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS
CRIMINAIS – IBCCRIM**

Frederico Normanha de Almeida

**24º 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

EQUIPE DO IBCCRIM**SUPERVISÃO GERAL**

Luciana Zaffalon

EQUIPE

Fernanda Costa Barreto

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**

Paulo Cesar Malvezzi

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**

Douglas Calixto

EQUIPE

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

Vitor Munis da Silva

**NÚCLEO DE EDUCAÇÃO
SUPERVISÃO**

Amarilis Regina Costa da Silva

EQUIPE

Andreza Martiniano da Silva

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Manuela Santos

Tânia Andrade

**NÚCLEO DE PUBLICAÇÕES
SUPERVISÃO**

Willians Meneses

EQUIPE

Rafael Vieira

Taynara Lira

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000



ANAIS DO II CONGRESSO DE PESQUISAS EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

COORDENAÇÃO GERAL

Jacqueline Sinhoretto
Silvio Luiz de Almeida

COORDENAÇÃO EXECUTIVA

Allyne Andrade e Silva
Poliana da Silva Ferreira
Lorraine Carvalho Silva

COORDENAÇÃO POR ÁREA:

DOG MÁTICA JURÍDICO-PENAL: TEORIAS CONTEMPORÂNEAS

João Paulo Orsini Martinelli

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Frederico Horta
Marco Aurélio Florêncio

CRIME E PENA

Humberto Barrionuevo Fabretti
Ana Míria dos Santos Carvalho
Carinhanha

PROVA PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Orly Kibrit

PENA, PRISÃO E ENCARCERAMENTO

Edson Luz Knippel
Rogério Cury

DESAFIOS DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antônio Pedro Melchior
Flávia Rahal

SEGURANÇA PÚBLICA E SELETIVIDADES

Giane Silvestre
Maria Gorete de Jesus Marques

GÊNERO, SEXUALIDADE E RELAÇÕES RACIAIS NA JUSTIÇA CRIMINAL

Ana Paula Portella
Thaís Janaina Wenczenovicz
Thula de Oliveira Pires

JUSTIÇA JUVENIL

Mariana Chies Santiago Santos
Ana Claudia Cifali

DEMOCRATIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA

Frederico Normanha de Almeida
Elizabeth Pellegrini Garcia

Ficha catalográfica

A551

Seminário Internacional de Ciências Criminais (24. : 2018: São Paulo, SP)

Anais do II Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais, de 27 a 31 de agosto de 2018, São Paulo, SP [recurso eletrônico] / Organizado por Jacqueline Sinhoretto e Silvio de Almeida. – São Paulo : IBCCRIM, 2018.

... p. 1.264 (Anais; II)

Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/cpcrim>>

ISSN 2594-9527

1. Dogmática jurídico-penal 2. Crime e pena 3. Democratização do sistema de justiça 4. Pena, prisão e encarceramento 5. Direito penal econômico 6. Prova penal e estado democrático de direito 7. Gênero, sexualidade e relações raciais 8. Justiça criminal I. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

CDD: 345

CDU: 343.97

APRESENTAÇÃO

Em 2018, aconteceu a segunda edição do Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais (CPCRIM) entre os dias 29 a 31 de agosto, buscando fomentar a discussão sobre os temas de ciências criminais e propiciar um ambiente de construção teórica conjunta, além de ampliar a rede de contatos entre pesquisadoras e pesquisadores em linhas de pesquisas semelhantes. O objetivo do II CPCRIM foi a continuidade de um espaço para a difusão de conhecimento com apresentação de pesquisas recentes no campo do Direito e das Ciências Sociais.

A segunda edição do CPCRIM foi dividida em 10 (dez) Grupos de Trabalho: 1. Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas; 2. Direito Penal Econômico; 3. Crime e Pena; 4. Prova Penal e Estado Democrático de Direito; 5. Pena, prisão e encarceramento; 6. Desafios do Processo Penal Brasileiro; 7. Segurança Pública e Seletividade; 8. Gênero, sexualidade e relações raciais na justiça criminal; 9. Justiça juvenil; 10. Democratização do Sistema de Justiça.

A ampliação e adequação dos temas e das ementas de cada Grupo de Trabalho em relação à primeira edição, onde havia 9 (nove), reflete uma avaliação da coordenação a partir dos trabalhos recebidos anteriormente e do estado atual do debate acadêmico nas Ciências Criminais, possibilitando que o Congresso alcance a amplitude dos temas e as principais discussões da atualidade.

A Coordenação Geral foi exercida pelos professores Jacqueline Sinhoretto e Silvio de Almeida e a Coordenação Executiva por Allyne Andrade, Poliana Ferreira e Lorraine Carvalho.

Após aprovadas, as produções científicas foram apresentadas no II CPCRIM em cada um dos dez Grupos de Trabalho (GTs), seguidas de discussões facilitadas pelos coordenadores e coordenadoras, especializados nos temas de cada GT.

O Grupo de Trabalho 1, intitulado Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas, foi coordenado pelo professor João Paulo Orsini Martinelli. Foram selecionados trabalhos que aprofundaram o estudo em um dos institutos da parte geral do direito penal e que

refletiam acerca da prática judicial, apontando, com fundamentos, as tensões entre a dogmática e a jurisprudência.

Coordenado pelos professores Frederico Horta e Marco Aurélio Florêncio, o Grupo de Trabalho 2 - Direito Penal Econômico reuniu trabalhos de pesquisa jurídica sobre Teoria da Norma Penal e Teoria do Delito aplicadas aos crimes econômicos ou empresariais, ou sobre o conteúdo e alcance dos tipos de injusto socioeconômicos. O GT foi composto por trabalhos que contribuíram para problematizar o tema proposto, apresentar inovação ou testar soluções conhecidas.

O Grupo de Trabalho 3, denominado Crime e Pena, foi coordenado pelos professores Humberto Fabretti e Ana Mária Carinhonha. Os trabalhos analisaram como a seletividade penal atua no momento de definição legislativa dos crimes e das penas, bem como na aplicação do direito pelo Sistema de Justiça Criminal desde a polícia, passando pelo Ministério Público, o Poder Judiciário, o sistema penitenciário e a implementação de penas alternativas em substituição à prisão.

A professora Orly Kibrit coordenou o GT Prova penal e Estado Democrático de Direito que reuniu produções sobre a prova penal por uma perspectiva que passa por uma profunda revisão nos últimos anos. Os conceitos de prova ilícita, cooperação jurídica internacional, standards de prova e cadeia de custódia foram destacados para o debate na doutrina e na jurisprudência e os trabalhos demonstraram análises sobre esses temas.

O Grupo de Trabalho 5 denominado Pena, Prisão e Encarceramento, abordou os fundamentos da pena e a necessária revisão da adequação e das finalidades da pena privativa de liberdade, sob uma ótica garantista. Coordenado pelos professores Edson Luz Knippel e Rogério Cury, o GT analisou pesquisas sobre o perfil, a vivência e as dinâmicas da população encarcerada, bem como sobre gestão de políticas prisionais, facções no interior das prisões e alternativas à pena privativa de liberdade.

No Grupo de Trabalho Desafios do Processo Penal Brasileiro, os coordenadores Antônio Pedro Melchior e Flávia Rahal selecionaram e promoveram debates sobre trabalhos que abordaram a reforma do Código de Processo Penal, formas consensuais de solução do conflito penal, investigação defensiva, meios extraordinários de investigação, criminalidade organizada e processo penal e cooperação internacional em matéria penal.

As professoras Giane Silvestre e Maria Gorete de Jesus Marques coordenaram o Grupo de Trabalho 7 Segurança Pública e Seletividades. Os trabalhos versaram sobre políticas públicas, práticas institucionais, resultados da atuação policial. O GT também pôs em pauta estudos sobre práticas, concepções e resultados da segurança pública em face de marcadores sociais de diferença (gênero, relações raciais, grupos etários, grupos de renda, territórios), incluindo pesquisas sobre prevenção ao delito na segurança pública, modelos de policiamento, educação policial, relações entre segurança, justiça criminal e encarceramento.

O Grupo de Trabalho 8 Gênero, Sexualidade e Relações Raciais na Justiça Criminal abordou pesquisas sobre desigualdade no exercício dos direitos e na vivência da violência. As coordenadoras Ana Paula Portella, Thaís Janaina Wenczenovicz e Thula Pires selecionaram artigos que debateram movimentos por conquistas de direitos, o papel do direito e da justiça penal no enfrentamento das desigualdades estruturais, as desigualdades vivenciadas pelos sujeitos subalternizados no acesso à justiça e aos direitos. Também foram apresentados trabalhos sobre políticas de enfrentamento à violência, machismo, homofobia e racismo, analisando políticas públicas, decisões judiciais ou ativismo por direitos.

As coordenadoras Mariana Chies e Ana Claudia Cifali do GT Justiça Juvenil fomentaram o debate a respeito do sistema de justiça juvenil, das políticas de segurança pública e das instituições de controle em que os jovens adolescentes são o foco. O Grupo abriu espaços para discussões teóricas e apresentações de achados empíricos na área do direito e das ciências sociais. Os artigos abordaram a temática da violência juvenil, bem como as respostas das instituições estatais para os conflitos infracionais e criminais, priorizando propostas que apresentaram reflexões sobre questões de raça e gênero, em uma perspectiva crítica à seletividade do sistema de justiça juvenil e criminal, às demandas punitivistas e a críticas sobre redução da maioria penal.

Por fim, o Grupo de Trabalho 10, Democratização do Sistema de Justiça, coordenado pelos professores Frederico de Almeida e Elizabete Pellegrini Garcia, reuniu pesquisas sobre a persistência de problemas de acesso à justiça civil e de seletividade da justiça criminal, somados ao crescente protagonismo judicial no contexto de crise, suscitam questionamentos sobre os projetos de reforma e democratização da justiça formulados nas últimas décadas. O objetivo foi refletir sobre reformas e políticas judiciais; acesso à justiça; experiências de democratização da justiça; formas alternativas de solução de

conflitos; seleção, organização e politização das carreiras jurídicas, e controle social das instituições judiciais.

Os trabalhos reunidos nestes anais 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 propõe reflexões sobre o sistema de justiça e a doutrina, trazendo inovações e questionamentos de diferentes áreas do conhecimento. Os anais do II Congresso de Pesquisa de Ciências Criminais, de natureza científica, consolidam as discussões de um Instituto empenhando na defesa de um direito penal de *ultima ratio* e relacionado com as dinâmicas sociais.

O resultado que ora compartilhamos é a continuação do empenho em contribuir para o enfrentamento de desafios cada vez mais complexos na área de ciências criminais – sempre sob o compromisso da interdisciplinaridade. O II CPCRIM cumpre a proposta de criação e manutenção de um espaço de discussão e reflexões 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.

A revisão ortográfica dos artigos publicados foi responsabilidade dos autores e autoras.

Sumário

Área 1 - Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas

- Uma análise comparativa entre os institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual no direito penal econômico
Alani Caroline Osowski Figueiredo e Rodrigo Sánchez Rios.....19
- A imputação objetiva no Projeto de Lei do Senado 236/12
Dorcas Marques Almeida e Núbio Pinhon Mendes Parreiras.....37
- Formas contemporâneas de escravidão nas cadeias produtivas: a teoria da cegueira deliberada como instrumento da tutela penal
Gustavo Lelles de Menezes e Paulo César Corrêa Borges.....64
- O tratamento da insignificância da lesão no Brasil: a incompatibilidade com a intervenção mínima
Núbio Pinhon Mendes Parreiras e Dorcas Marques Almeida.....87

Área 2 - Direito penal econômico

- A política criminal do poder judiciário e a conformação de elementos dogmáticos do direito penal econômico
Paula Nunes Mamede Rosa e Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello..119
- A política criminal internacional sobre a corrupção no ambiente privado e os reflexos na dogmática jurídico penal
Thaís Regina Santos Saad Borges, Fernando Andrade Fernandes e Geisa Maria Bomfim Felicio.....145
- A tipicidade penal e a subversão dos crimes contra a ordem tributária: indevida utilização da “*ultima ratio*” como instrumento para a cobrança de tributos
Leonardo Oliveira Souza.....171

- Criminal *compliance* e os desafios do direito penal empresarial: os programas de integridade à luz dos parâmetros de avaliação do artigo 42, do Decreto N° 8.420/15
Gabriel Soares Ribeiro Lopes.....198
- O papel dos programas de *compliance* na cegueira deliberada dos dirigentes empresariais
Pedro Augusto Amaral Dassan.....228
- Premissas da responsabilidade criminal do *compliance officer*
Renata Pereira Mayrink e Henrique Viana Pereira.....253

Área 3 - Crime e pena

- *A less eligibility* e a sua presença velada no sistema político-criminal brasileiro como forma de seletividade social
Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho, Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna e Rauali Kind Mascarenhas.....278
- Vandalismo e os indesejáveis: a lei antivandalismo de Porto Alegre/RS sob a perspectiva da criminologia cultural
Pedro Henrique Farina Soares.....300
- Análise criminológica: a tutela do usuário de drogas no ordenamento jurídico brasileiro
Juliana França David.....325
- Crime em “*hashtags*”: a cobertura jornalística do perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e territórios em casos de grande repercussão
Carolina Costa Ferreira e Luiza Guimarães Moreira348

- A seletividade nos crimes patrimoniais: uma proposta para a iniciativa da ação penal
Renan Azevedo Leonessa Ferreira.....364
- A criminologia no contexto do darwinismo social
Renato Matsui Pisciotta.....396

Área 4 - Prova penal e Estado Democrático de Direito

- **Não houve submissão de artigos para este eixo, apenas apresentações orais.**

Área 5 – Pena, prisão e encarceramento

- Audiência de custódia e humanização da justiça – resultados iniciais
Bartira Macedo de Miranda, Franciele Silva Cardoso e Brenda Mendes de Castro.....423
- O encarceramento pelo encarceramento: respostas sociais
Paulo José Angelo Andrade e Michelle Martins Papini Mota.....459
- Até que ponto a pena privativa de liberdade “vale a pena”? O mito do (des)controle social por meio da punição no direito penal brasileiro
Jardel Sabino de Deus e Thiago Fabres de Carvalho.....485
- Encarceramento e realismo de esquerda: em busca de reintegração do apenado
Érica Babini Lapa do Amaral Machado e Raissa Lustosa Coelho Ramos...509
- A ineficácia do encarceramento frente ao estado anômico de Merton e o enfraquecimento do estado democrático de direito
Victor Corrêa de Oliveira Filho.....534
- *Mass incarceration e hyperincarceration*: a realidade brasileira entre o senso comum e a pesquisa criminológica
Barbara Siqueira Furtado e Theuan Carvalho Gomes da Silva.....564

- O direito à saúde das pessoas encarceradas
Érick Vanderlei Micheletti Felicio e Marcelo Lamy.....583
- O encarceramento em massa no Brasil sob uma análise das políticas de punição na ordem neoliberal
Kamila Moriyama Nascimento e Humberto Barrionuevo Fabretti.....621
- Criminologia crítica, feminismos subalternos e o controle social das mulheres negras
Jéssica Santiago Cury e Paulo César Corrêa Borges.....659
- O sistema prisional enquanto problema de segurança pública: análise da situação do estado do RS
Mariana Py Muniz Cappellari.....680

Área 6 - Desafios do processo penal brasileiro

- Legitimidade negocial no acordo de colaboração premiada: limites de atuação do magistrado, membros do MP e terceiros interessados
Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior e Amanda Vitória de Araújo Oliveira.....704
- A mitigação do princípio da presunção de inocência e a execução provisória da pena fixada em julgamento pelo Tribunal do Júri
Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna, Alexandre Luiz Alves de Oliveira e Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho.....730

Área 7 - Segurança pública e seletividades

- O discurso lei e ordem e a repressão aos movimentos sociais e ativistas de direitos humanos no Brasil
Ana Carolina de Sá Juzo e Mariana Pinto Zocal.....758

- Tráfico de drogas: seletividade como regra e juridicidade como exceção
Pedro Machado de Melo Romano e Bráulio Figueiredo Alves da Silva....782
- Os discursos sobre a política de drogas no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659
Ana Carolina de Paula Silva805
- Medo do crime e a erosão do modelo liberal de direito penal: a deriva a um direito penal securitário — análise aos projetos de lei penais brasileiros entre os anos 2008 e 2018
Eduardo Bolsoni Riboli.....830
- O “cheque em branco” na segurança pública do Rio de Janeiro: um relato sobre a banalidade do mal
Yanahê Fendeler Höelz.....858

Área 8 - Gênero, sexualidade e relações raciais na justiça criminal

- Uma nova abordagem ao combate à violência contra a mulher
Michelle Martins Papini Mota e Paulo José Angelo Andrade.....894
- Violência contra a mulher e estratégias de enfrentamento na sociedade
Isael José Santana e Jéssica Lima Zanardo.....919
- A Lei N. 13.641/2018 e a criminalização do descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas pela lei maria da penha: uma análise crítica
Ana Paula Bimbato de Araújo Braga e Marina Carvalho Marcelli Ruzzi...946
- Direito penal e decolonialidade: repensando a criminologia crítica e o abolicionismo penal
Isaac Porto dos Santos e Lívia Miranda Müller Drumond Casseres.....968

- A construção da representação discursiva e o processo de categorização linguístico - social da mulher vítima de violência doméstica em inquéritos policiais
Rebeca Lins Simões de Oliveira e Isabela Cavalcante Santos.....992
- Exploração vs. trabalho sexual – perspectiva crítica da lei brasileira de combate ao tráfico de pessoas
Micaela Amorim Ferreira e Paulo César Corrêa Borges.....1018
- Múltiplas facetas do encarceramento feminino: superencarceramento, abandono e maternidade
Taiguara Libano Soares e Souza, Betânia de Oliveira Almeida de Andrade e Lukas dos Santos Costa.....1042
- Encarceramento feminino em massa por tráfico de drogas no Brasil: reflexos da dominação masculina e branca no sistema capitalista neoliberal
Priscylla Kethellen Viana, Franciele Silva Cardoso e Bartira Macedo de Miranda.....1067

Área 9 - Justiça juvenil

- O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação e sua incompatibilidade com o sistema garantista
Rafael Barros Bernardes da Silveira.....1095
- Justiça restaurativa juvenil: uma via de aplicabilidade da segurança cidadã no contexto da vulnerabilidade
Arnelle Rolim Peixoto e Arkaitz Pascual Martín.....1121
- Seletividade no sistema penal juvenil: a sujeição criminal da juventude negra
Sara Luz, Diego Marques da Silva e Érica Babini Lapa do Amaral Machado.....1139

- A defesa como meio de garantia de direitos fundamentais frente aos processos de criminalização da juventude no Rio de Janeiro
Tatiana Lourenço Emmerich de Souza.....1161
- As ideias foucaultianas e o fenômeno das rebeliões nos centros socioeducativos ao adolescente: a (in)visibilidade do adolescente negro
Ana Paula Cristina Oliveira Freitas e Maria Gabriela Silva Martins da Cunha Marinho.....1186

Área 10 - Democratização do sistema de justiça

- A (in) efetividade do direito de manifestação e o sistema de justiça criminal: uma análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo em conflitos ocorridos em protestos
Mariana Pinto Zoccal.....1208
- A presunção de inocência e o pragmatismo da jurisprudência do STF
Mauro Guilherme Messias dos Santos.....1231

Área 1

Dogmática jurídico-penal: teorias contemporâneas



**UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE OS INSTITUTOS DA CEGUEIRA
DELIBERADA E DO DOLO EVENTUAL NO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

*A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE INSTITUTES OF THE WILLFUL
BLINDNESS AND DOLUS EVENTUALIS IN ECONOMIC CRIMINAL LAW*

Alani Caroline Osowski Figueiredo

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM em Curitiba/PR. figueiredoalani@gmail.com

Rodrigo Sánchez Rios

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Università Degli Studi Di Roma Tre, "La Sapienza". Professor da Pós Graduação stricto sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor de Graduação em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado Criminalista. rodrigo@sanchezrios.com.br

Resumo: A presente pesquisa teve por objetivo demonstrar, por meio do estudo e das definições dos critérios de imputação subjetiva nos delitos econômicos, se o conceito de “cegueira deliberada” empregado pelos Tribunais é equivalente ao de dolo eventual do Código Penal brasileiro. Discute-se a implantação de tal instituto – proveniente do sistema *Common law*, no sistema jurídico-penal brasileiro. Ressalta-se a importância de estudos sobre referida categoria subjetiva no âmbito dos delitos econômicos, sobretudo ante a atual conjuntura do país. Por intermédio da análise das primeiras formas de aplicação da teoria no ordenamento pátrio, notadamente onde se tornou conhecida na jurisprudência, no caso “Mensalão” até recentemente, nas decorrências da Operação “Lava Jato”. De pronto, constata-se que a jurisprudência brasileira vem aplicando o instituto diuturnamente, porém, sem se ater a critérios específicos, não se comprometendo com os fundamentos jurídicos de um direito penal liberal. A importação de conceitos estrangeiros, sem uma reflexão profunda, pode levar à consequência

de uma expansão indevida da aplicação da norma penal. A pesquisa se centra, assim, criticamente, nas incompatibilidades entre os institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual, pois, além de não se equivalerem, ampliam o conceito de dolo, possibilitando abarcar na seara das condenações dolosas situações que de fato não o são, como também, em sua desvirtuação promovida pelo Judiciário, afetando os princípios fundamentais que garantem um sistema punitivo limitado e racional.

Palavras-chave: Cegueira deliberada; Dolo eventual; Direito penal econômico; Delitos econômicos.

Abstract: This research aims to demonstrate, through the study and the definitions of subjective imputation criteria in economic crimes, if the concept of "willful blindness" used by the courts is equivalent to *dolus eventualis* in the Brazilian Penal Code. It is discussed the implementation of such Institute – coming from the Common law system, in the Brazilian penal law system. It is highlighted the importance of studies on the mentioned subjective category under the scope of economic crimes, especially in the current situation of the country. It is done through the analysis of the earliest application forms of the theory in Brazilian law, especially where it became known in jurisprudence, in the "Mensalão" case, resulting from the "Lava Wash" operation. It is said that the Brazilian jurisprudence has been applying the institute widely, however, inattentive to specific criteria, without committing itself to the legal foundations of a liberal criminal law. The importation of foreign concepts, without deep thought, can lead to an undue expansion of the application of the criminal norm. The research focuses, therefore critically, on the incompatibilities between the institutes of willful blindness and *dolus eventualis* since, besides the fact that both are not equivalent, they extend the concept of *dolus*. This way, making it possible to cover situations in the range of felonious crime that are not so, as well as in its distortion promoted by the Judiciary, affecting the fundamental principles that guarantee a limited and rational punitive system.

Keywords: Willful blindness; *Dolus eventualis*; Economic criminal law; Economic crimes.

Sumário: Introdução. 1. O contexto histórico da cegueira deliberada. 1.1. Origem: Inglaterra (*R. v. Sleep* – 1861). 1.2. Origem e desenvolvimento: Estados Unidos da América. 1.2.1. *Spurr v. United States* – 1899. 1.2.2. *United States v. Jewell* – 1976. 2. O panorama da cegueira deliberada no Brasil. 2.1. "Assalto ao Banco Central." 2.2. O caso "Mensalão". 2.3. Operação

“Lava Jato”. 3. Conceituação e requisitos da cegueira deliberada. 4. O dolo no sistema jurídico-penal brasileiro. 5. O dolo eventual. 6. Discussões. Conclusões.

INTRODUÇÃO

O instituto conhecido por cegueira deliberada (*willful blindness*), oriundo de países que adotaram o sistema *Common law*, admite o dolo nos casos em que o agente cria conscientemente uma barreira para evitar tomar ciência de fatos suspeitos acerca de uma suposta infração.

No Brasil, o instituto foi aplicado pela primeira vez no caso conhecido como “Assalto ao Banco Central”, posteriormente, na Ação Penal nº 470, intitulada de “Mensalão” e recentemente, na afamada Operação “Lava Jato”. Nesse plano, constatou-se que a literatura aplicada nos julgados restou incorreta ou incompleta, descontextualizando os casos supracitados, por ausência de um estudo comparado efetivo.

Cumprir observar que a alteração da Lei nº 9.613/1998 pela Lei nº 12.683/2012 (Lei de Lavagem de Dinheiro) provocou inúmeras discussões acerca da aplicação da cegueira deliberada no Direito brasileiro, verificando a pretensão pela ampliação do elemento subjetivo, em especial o dolo eventual, deixando de lado o contexto originário de sua aplicação.

A presente pesquisa busca demonstrar por meio do estudo e das definições dos critérios de imputação subjetiva nos delitos, se o conceito de “cegueira deliberada” empregado pelos Tribunais é equivalente ao dolo eventual do Código Penal Brasileiro, bem como, se é cabível a implantação desse instituto de natureza subjetiva – proveniente do sistema *Common law*, no sistema jurídico-penal brasileiro, de natureza *Civil law*, assegurando a importância dos estudos que versam sobre os delitos econômicos, extremamente relevantes na atual conjuntura do país.

1. O CONTEXTO HISTÓRICO DA CEGUEIRA DELIBERADA

O contexto da cegueira deliberada (*willful blindness*) no direito penal é oriundo da tradição jurídica do *common law* – tanto no direito penal americano, quanto no inglês, e está inserida nos elementos subjetivos necessários para que uma conduta seja considerada criminosa. Trata-se de uma temática de grande complexidade, visto que não há claras definições das categorias envolvidas.

1.1. Origem: Inglaterra (*R. v. Sleep* – 1861)

Em 1861, pela primeira vez, a Corte para o Julgamento de Casos Relativos à Coroa do Reino Unido reconheceu a desnecessidade de demonstrar conhecimento efetivo de determinado fato ou situação para que se conclua que o autor agiu com conhecimento.

Conforme expõe Lucchesi (2018, p. 86-88), trata-se do caso que William Sleep fora acusado de portar parafusos de cobre, marcados com uma seta larga, que eram de uso e propriedade das Forças Armadas do Reino Unido, com base na Lei de Desvio de Provisões Públicas daquele país.

Sleep era comerciante de metais e entregou a um capitão de embarcação um barril a ser transportado, que continha 150 parafusos de cobre. Porém, na quantidade mencionada haviam alguns parafusos marcados com a seta larga. O mesmo alegou não saber que alguns parafusos estavam marcados, apesar de ter afirmado que conferiu e embalou todas as peças, como também, de não reconhecer a pessoa que lhe vendeu os parafusos.

Os jurados entenderam que apesar de não existirem provas suficientes, ele possuía meios plausíveis para constatar as marcas (setas largas), e o condenaram. A Corte reformou a decisão do júri, tendo em vista a decisão de que Sleep não tinha conhecimento de que as peças estavam marcadas, na contramão da tese defendida pela acusação, de conhecimento presumido.

Conclui-se que, apesar da matéria não ter sido debatida expressamente, foi a primeira vez que uma Corte constatou que o componente intelectual necessário para a configuração da

responsabilização do autor seria atestado por algo inferior ao conhecimento concreto da situação fática (LUCCHESI, 2018, p. 86).

1.2. Origem e desenvolvimento: Estados Unidos da América

1.2.1. *Spurr v. United States* – 1899

Consiste no fato que deu origem aos debates sobre a cegueira deliberada nos Estados Unidos da América em 1899. Trata-se do caso em que Marcus Antonius Spurr, na época presidente de um banco no estado de Tennessee, foi acusado de certificar cheques sem possuírem fundos suficientes,ⁱ emitidos por dois comerciantes e exportadores correntistas do referido banco.

Restou comprovado que durante o período da emissão dos cheques, os comerciantes não possuíam o saldo necessário na conta para liquidar os mesmos, e que o fato era conhecido por alguns funcionários subordinados do banco, dentre eles o caixa Porterfiled, mas desconhecido pelos próprios comerciantes e pelos diretores, inclusive Spurr, pois Porterfiled havia falseado os relatórios apresentados ao banco.

Spurr acaba por assinar a certificação dos cheques, garantindo a solvência, sendo processado e posteriormente condenado, pois o júri entendeu que se tratava da certificação deliberada de cheque sem fundos. Porém, conforme aborda Lucchesi (2018, p. 91), a Suprema Corte reconheceu que o juiz omitiu na instrução aos jurados a leitura da norma incriminadora que possuía a expressão “deliberadamente”, ao mencionar apenas a normativa geral.

Diante do exposto, verifica-se que a origem da cegueira deliberada é incerta e por vezes implícita nos julgamentos, e que, a partir de então, discussões sobre o instituto se ampliam e tomam grande proporção nos Tribunais.

1.2.2. *United States v. Jewell* – 1976

A *willful blindness*, porém, tomou grande dimensão a partir do caso *United States v. Jewell*, onde Charles Jewell foi acusado de tráfico internacional de drogas, ao atravessar a

fronteira dos EUA com o México, conduzindo um veículo que possuía grande quantidade de maconha no compartimento do porta-malas.

A justificativa se pauta na abordagem de um terceiro desconhecido no México, o qual ofereceu maconha e posteriormente uma recompensa em dinheiro à Jewell e ao amigo que lhe acompanhava, para que levassem um carro até os EUA. Ambos não aceitaram a maconha, mas Jewell aceitou levar o carro em troca da recompensa. Ao atravessar a fronteira, foi parado por um agente aduaneiro, que encontrou a droga no porta-malas. Ao ser questionado, Jewell afirmou que desconfiou de algum ilícito, mas que ao verificar os compartimentos do carro, não encontrou nada e supôs que as autoridades também não encontrariam.

Após a instrução baseada na ignorância deliberada, o júri entendeu pela condenação do réu, o que posteriormente foi confirmado pelo Tribunal, com as devidas ressalvas acerca do elemento volitivo adotado pela Corte e pelo Código Penal Modelo, que não deverão ser objeto de discussão no trabalho em questão.ⁱⁱ Em resumo, se entendeu que o autor estava ciente da elevada probabilidade do fato, mas propositalmente, se colocou em ignorância, com a fim de evitar o conhecimento do mesmo. Por fim, constata-se que a decisão teve grande relevância por incluir julgados anteriores, como também, por ter sido julgada em composição integral.

2. O PANORAMA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO BRASIL

No direito brasileiro, a cegueira deliberada foi implantada através de decisões jurisprudenciais. Primordialmente, no caso conhecido como “Assalto ao Banco Central”, posteriormente na Ação Penal n.º 470, conhecida como “Mensalão”, e recentemente, na afamada operação “Lava Jato”. Porém, se verificou inúmeros problemas nesse transplante, dentre o principal, que a cegueira deliberada passou a ser utilizada no Brasil como uma categoria que busca expandir o alcance do dolo, ultrapassando o campo até então limitado pela legislação.

2.1. “Assalto ao Banco Central”

O primeiro caso que abrange a cegueira deliberada no país foi o paradigmático furto à sede do Banco Central, na cidade de Fortaleza/CE. Do dia 5 para o dia 6 de agosto de 2005, foram furtados aproximadamente 168 milhões de reais em notas de R\$ 50,00 do referido banco, ficando conhecido como o maior “assalto” a banco da história do Brasil.

Objetivamente, ocorre que, no mês anterior ao fato delitivo, uma parte dos assaltantes encontrou e planejou uma forma de transportar o produto do crime: um dos engenheiros responsáveis pelo túnel era irmão do dono de uma transportadora, quem os apresentou – o irmão e outros comparsas, aos donos de uma concessionária de veículos. Após a análise dos carros, os assaltantes informaram aos donos da concessionária que encaminhariam uma proposta de compra de vários veículos, por meio do dono da transportadora, o que de fato ocorreu.

Na manhã do dia 06 de agosto, o dono da transportadora ligou para os donos da concessionária informando que estava com o dinheiro para fechar o negócio, combinando o encontro em um apartamento. No local havia um saco de nylon com 980 mil reais, ultrapassando o valor combinado na negociação de onze carros, que seria de 730 mil. Fato curioso é que na metade da contagem, o dono da transportadora saiu, não mais retornou, nem ao menos solicitou recibo da compra. Dias depois, em Minas Gerais, a Polícia Federal apreendeu um caminhão cegonha contendo onze carros, com aproximadamente quatro milhões de reais escondidos no estofamento e lataria dos veículos, produto do furto ocorrido no banco.

Os proprietários da concessionária foram condenados por lavagem de dinheiro na modalidade de recebimento de valores provenientes de infração penal, com a intenção de ocultar ou dissimular sua origem ilícita, de acordo com o artigo 1, §1, inciso II da Lei nº 9.613/98, pois entendeu-se que, apesar de os proprietários não possuírem conhecimento de que os valores advinham do furto ao Banco Central, sabiam que sua origem era ilícita, não comunicando às autoridades acerca da transação.

Na sentença, o magistrado erroneamente ao discutir o elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, faz menção ao dolo eventual, o que seria incompatível, tendo em vista que o crime de lavagem não abarca a modalidade do dolo eventual.ⁱⁱⁱ Ademais, ao final da

sentença, foram tecidas considerações acerca da semelhança entre a cegueira deliberada e o dolo eventual e, apesar do Tribunal absolvê-los posteriormente, por insuficiência de provas, conforme menciona Lucchesi (2018, p. 42), confirmou também a possibilidade da equiparação ou substituição da cegueira deliberada ao dolo eventual no sistema de imputação subjetivo brasileiro.

2.2. O caso “Mensalão”

Segundo o apurado, na Ação Penal nº 470, conhecida como “Mensalão”, houve compra de apoio político por parte do Governo Federal, através de instituições financeiras e agências de publicidade, a fim de influenciar em votações na Câmara dos Deputados, visando à aprovação de projetos do Governo. Assim, foi influente a aplicação do instituto da cegueira deliberada como elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro, pois se entendeu que o dolo eventual estaria presente no contexto da lavagem de dinheiro por parte da empresa de publicidade, diante dos pagamentos extravagantes, que configuravam vantagem indevida e advinham de origem ilícita^{iv}

Por meio da análise do voto da ministra Rosa Weber, conforme expõe Lucchesi em seu artigo recentemente publicado, que analisa a Ação Penal nº 470 (2018, p. 93-106), que a ministra, embora sustente a origem da cegueira deliberada pela tradição *common law*, se confunde ao admitir e aplicar fundamentos da tradição *civil law*, acolhidos na Espanha, os quais serão analisados posteriormente neste artigo.

Afirmou a ministra que a *aplicação da cegueira deliberada aos casos de lavagem de dinheiro reside no grau de ciência que possui o autor no momento da conduta, entendendo que não basta “mera suspeita” da procedência ilícita dos bens envolvidos na transação*, e se utiliza de três requisitos cumulativos para sustentar o cabimento do dolo eventual: a realização do tipo objetivo do crime de lavagem; que o autor deverá possuir ciência da elevada probabilidade; assim como, agir de forma indiferente com a finalidade de evitar o conhecimento.

Verificou-se que o referido voto confunde as noções de *civil law* e *common law*, confundindo com elas as noções de dolo, as quais serão objeto de análise precisa, alastrando a aplicação indiscriminada da cegueira deliberada no país, sem um efetivo estudo comparado.

2.3. Operação “Lava Jato”

Conhecida como uma das maiores operações que desvendou a corrupção no país, apura e investiga diversos crimes, dentre eles o de lavagem de dinheiro. Teve início em 2014 e está longe de seu fim. Nesse meio, novamente se verifica a noção de cegueira deliberada confundida com o instituto do dolo eventual.

Silveira (2018, p. 261), de forma acertada, divide a análise das decisões proferidas em sede de “Lava Jato” em duas partes. A primeira delas trata outra vez da possibilidade ou não de aceitação do dolo eventual nos crimes de lavagem, e a segunda, abrange a possibilidade do aceite de um instituto de natureza *common law* em nossa realidade, por meio do instituto da forma como é entendido e aplicado em nosso ordenamento, baseado em precedentes espanhóis, de natureza *civil law*.

O autor conclui que os julgados simplesmente ignoraram o conceito de dolo de nosso Código Penal ao considerar o dolo eventual em crimes de lavagem, bem como, a origem da cegueira deliberada, e justifica suas aplicações na facilitação da função de condenar, como ocorre no ordenamento espanhol.

3. CONCEITUAÇÃO E REQUISITOS DA CEGUEIRA DELIBERADA

Após longo debate, necessário se faz a conceituação do que se entende por cegueira deliberada tanto na tradição *Common law*, quando na tradição *Civil law*, com base nas decisões dos tribunais. Conforme elucida Lucchesi (2018, p. 118-119), só pode existir condenação por *willful blindness* nos Estados Unidos nos crimes em que ficar demonstrado que o autor possui conhecimento desses três requisitos:

(1) houver ciência pelo autor da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do delito, (2) o autor tomou medidas deliberadamente voltadas a evitar comprovar a existência do fato ou da circunstância e (3) não houver uma crença subjetiva pelo autor de inexistência do fato ou da circunstância. Trata-se a cegueira deliberada, portanto, de um estado mental subjetivo por parte do autor, que deve ser demonstrado pela acusação para além de uma dúvida razoável.

Ou seja, é imprescindível a verificação de que o autor agiu de fato com a finalidade de evitar a confirmação ou descoberta do fato, com base no elemento *knowledge* (conhecimento) – que é uma categoria de imputação subjetiva autônoma, e não um componente de uma categoria de imputação subjetiva, possuindo as mesmas consequências penais que o conhecimento efetivo, não se confundindo com negligência ou imprudência. Importante destacar, que, devido à inexistência de uma fonte única no direito anglo-americano, não há um conceito uno, mas sim elementos comuns encontrados na jurisprudência que permitem concluir o exposto.

Já no Brasil, conforme o mesmo autor elucida (2017, p. 20), quando se fala em cegueira deliberada, se entende que o autor está ciente da elevada probabilidade de estar praticando algum crime, mas age com indiferença a este conhecimento, buscando se manter deliberadamente ignorante de quaisquer circunstâncias elementares daquele crime, a fim de poder se beneficiar de eventual alegação de desconhecimento.

Ademais, a partir da análise das decisões dos tribunais brasileiros, dois pontos foram identificados. Um deles é a confirmação de que a jurisprudência é a protagonista em seu desenvolvimento; e o outro, que há muita instabilidade em seu entendimento, visto que alguns julgados se sobrepõem a categorias como o dolo direto, dolo eventual e culpa consciente.

De pronto, verifica-se que tratam de categorias diversas da realidade, e que ambas tradições muito se diferem em seus sistemas jurídicos penais, vez que na tradição *common law*, há conceitos específicos, como o *knowledge*, que equivale a *willful blindness*, não podendo simplesmente ser transportado ao nosso ordenamento jurídico, como equivalente do dolo

eventual, vez que sequer há uma categoria correspondente a esse elemento em nosso ordenamento.

Restou claro, a impossibilidade de definir um conceito único para ambos sistemas, por tratarem de conceituações diversas, com finalidades distintas, como também, a incompatibilidade entre o sistema originário e o destinatário, causando obscuridade no ordenamento. Denota-se, assim, que o título da pesquisa traz em si o objeto principal em discussão.

4. O DOLO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Posteriormente à definição do conceito de cegueira deliberada, parte-se a análise do que está na lei penal brasileira e onde se pretende delinear o que se entende por dolo. Nosso ordenamento delimita o dolo e a culpa, e trata de dolo através da expressão “crime doloso”, definido no artigo 18, inciso I, do Código Penal: *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*; e “crime culposo”, no inciso II: *quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia*. Contudo, é impossível definir o conceito de dolo sem a análise do artigo 20, *caput*, do mesmo Código, que trata sobre o erro de tipo: *o erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei*.

De forma incompleta, conforme esclarece Lucchesi (2018, p. 133-140), costuma-se afirmar que dolo é composto em sua centralidade pelo elemento volitivo de *querer* e *saber*. Porém, o Código Penal brasileiro possui diferentes espécies de dolo, como o direto, tanto de primeiro, quanto de segundo grau, bem como, o dolo eventual.

Para isso, deve-se considerar a existência de duas espécies de teorias: a volitiva e a cognitiva. Na primeira, prevalece a vontade do autor, segundo a teoria do consentimento, e, vontade em decorrência de sentimento, pela teoria da indiferença. Há também o desenvolvimento de teorias cognitivas, onde se pode estabelecer o dolo eventual, a exemplo da

teoria da representação, da probabilidade, da representação de um perigo qualificado, do risco e da teoria do perigo desprotegido ou a descoberto.

Há, nesse ponto, que se voltar atenção a um conceito primordial: o dolo. O qual, como mencionado, possui sua definição jurídico-penal no Código Penal e exige conhecimento para sua configuração. Trata-se de uma concepção que deve ser complementada pela doutrina e pela jurisprudência, pois, é insuficiente a afirmação de que o autor “quis o resultado” ou “assumiu o risco de produzi-lo”, conforme se verifica na legislação.

Costumeiramente, o dolo é definido como conhecimento e vontade, ou, a vontade consciente de praticar um injusto, mas se trata de uma definição complexa. Greco definiu que age com dolo aquele que age “com conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando” (LUCCHESI, 2017, p. 182). Ou seja, conhecimento é aquele que confere ao autor domínio, sobre o fato praticado, sem a necessidade de vontade. Destaca-se assim, a centralidade do dolo como conhecimento, e não como vontade.

Para Lucchesi (2017, p. 212) o que se pretende argumentar é o conhecimento como conceito dominante dentro da teoria do dolo, e não a exclusão de seu elemento volitivo. Até porque, sem o conhecimento volitivo não faz sentido distinguir dolo direto do eventual. Assim, pode se atribuir a vontade ao autor, sem que haja necessidade de vincular essa vontade a um elemento psicológico de seu estado mental.

Ainda sobre o dolo, se verificou que não há correspondência entre o elemento cognitivo e o *knowledge* do direito anglo-americano. Importante frisar que a cegueira deliberada surge na matriz americana como substituto do elemento *knowledge*, que, segundo a definição do Código Penal Modelo, constitui o conhecimento do autor do fato praticado frente à natureza de sua conduta e a existência de circunstâncias especiais exigidas pela definição do crime. Também, se refere ao conhecimento do autor de que caso pratique a conduta nas devidas circunstâncias, é quase certo o resultado previsto na norma penal (LUCCHESI, 2017, p. 105).

Resumidamente, é o conhecimento de fato, confirmando que a função da cegueira deliberada na *common law* é expandir a punibilidade nos crimes que possuem como requisito

subjetivo o *knowledge*, naquelas situações em que o autor possui conhecimento das circunstâncias elementares do tipo.^v

5. O DOLO EVENTUAL

Posteriormente a tais considerações, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 449), expõem em sua obra a conceituação do instituto do dolo eventual como aquele que o autor do fato, conhecendo efetivamente, age desconhecendo ou duvidando a existência dos elementos exigidos para a configuração do tipo objetivo, aceitando assim a possibilidade de ocorrência do resultado como probabilidade, explicando que se trata de um comportamento do próprio autor, que condiz com “se acontecer, azar”.

Esse conflito do conhecimento entre o direito penal brasileiro e o americano é necessário para entender a função da cegueira deliberada transportada ao Brasil. Como anteriormente mencionado, a *willful blindness* equivale ao dolo, pois parte da premissa que o autor teria as mesmas consequências do conhecimento efetivo, caso se utilizasse da ignorância deliberada. Diferente do que a jurisprudência tem aplicado no Brasil erroneamente, ao equiparar a cegueira deliberada ao dolo eventual, confirmando a sobreposição de conceitos.

Reside aqui a principal constatação: dolo eventual e cegueira deliberada não se tratam do mesmo instituto. Primeiramente, como já estabelecido, por não desempenharem a mesma função em seus ordenamentos. Ademais, equivocadamente, o elemento indiferença se apresenta como um dos requisitos para a responsabilização por dolo eventual em decisões brasileiras, da mesma maneira que autores espanhóis o defendem, a exemplo de Ragués I Vallès (2013, p. 11-38).

O equívoco ocorre porque no direito estadunidense não existem as noções de indiferença ou aceitação do resultado como aqui, confirmando que não há como se referir ao dolo eventual a partir de dessa perspectiva. Concomitantemente, “assumir o risco de produzir o resultado” não necessariamente corresponde a um grau de indiferença, pois limitaria as possibilidades de responsabilização e ampliaria o conceito de dolo (LUCCHESI, 2017, p. 213-215).

Em regra, pune-se o autor que tenha agido com dolo. Nos casos configurados pela modalidade culposa, conforme o parágrafo único do artigo 18 do Código Penal, pode se punir apenas aqueles em que a legislação assim permitir. Desse modo, explica Lucchesi (2017, p. 25), que no direito penal brasileiro, somente poderão ser punidas situações de ignorância deliberada que estiverem configuradas por dolo. Pela análise de alguns julgamentos, conclui-se que em algumas condutas o autor agiu com negligência, imprudência ou imperícia, mas foi punido indevidamente por cegueira deliberada. Trata-se de um grande erro, pois levam à punição de condutas culposas a título de dolo.

Frente a todo o exposto, o autor conclui que a aplicação da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro é desnecessária para fundamentar a punibilidade, tendo em vista que a teoria do dolo é suficiente para alcançar os casos em que tem se utilizado a *willful blindness* (2017, p. 259). Outrossim, constata-se que jurisprudência vem aplicando a referida teoria de forma expansiva, fomentando insegurança jurídica, à amostra dos casos em que se reconheceu o dolo eventual e não havia pressupostos para tal, nos casos de ausência de provas do conhecimento do acusado, ou ainda, nos casos em que se presumiu o conhecimento. Não se pode interpretar provas inexistentes ou ultrapassar os limites da lei.

Foi possível identificar que a teoria da cegueira deliberada anglo-americana, que equivale ao dolo, diverge da aplicada no Brasil, por possuir finalidade diversa e causar instabilidade no ordenamento ao se sobrepor diante de outras categorias, como o dolo eventual e a culpa consciente.

Ao tempo em que sua aplicação ocorre de forma incorreta, a teoria do dolo é expandida e há ausência de elementos probatórios nos julgados, ignorando a legislação penal vigente e enfraquecendo o princípio da legalidade. Conclui-se que a *willful blindness*, não é cabível no sistema jurídico-penal brasileiro e que seu afastamento não deixará lacunas, evitando que a culpa continue sendo punida pelos tribunais a título de dolo.

6. DISCUSSÕES

Três pontos merecem questionamento. O primeiro deles é se o conceito de cegueira deliberada é equivalente no sistema jurídico americano e brasileiro. Conforme exposto, o conceito anglo-americano abarca a noção de dolo, diferente do que é aplicado pela jurisprudência brasileira.

Naquele país, o autor tem ciência da elevada probabilidade da existência de um delito, toma medidas a fim de evitar a comprovação da existência deste e não acredita em sua inexistência. No Brasil, o autor possui ciência da elevada probabilidade de que os bens possuíam origem delituosa, age indiferente quanto a essa ciência e escolhe manter-se ignorante aos fatos deliberadamente (LUCCHESI, 2017, p. 258).

A crítica se faz ao fato de que não se pode simplesmente transplantar ao Brasil sem verificar se os papéis desempenhados nos dois sistemas são os mesmos. A cegueira deliberada não corresponde ao dolo adotado no sistema jurídico brasileiro, mas o dolo pode estar presente em algumas situações da *willful blindness* (LUCCHESI, 2017, p. 260).

O segundo ponto diz respeito à possibilidade da cegueira deliberada equivaler ao dolo eventual, conforme a jurisprudência têm aplicado. Nesse sentido, o que se entende por dolo eventual é incompatível com o da cegueira deliberada, pois para o direito estadunidense o elemento *knowledge* não corresponde ao elemento cognitivo dolo, que para nós, se refere a conhecimento. Confirma-se pela análise realizada nos artigos 18 e 20 do Código Penal Brasileiro, pois, a teoria clássica do dolo, a partir de seus próprios fundamentos, consegue abarcar o problema.

O último questionamento refere-se à aplicação da cegueira deliberada no Brasil, se deve continuar ou não. A partir da constatação de que a cegueira deliberada possui a função de possibilitar a punição de condutas que não são abarcadas pelo dolo, conclui-se que seu abandono não deixaria falhas no ordenamento jurídico. Pelo contrário, resolveria o problema do alargamento do dolo, além de evitar que a jurisprudência continuasse a cometer excessos, que ampliam a interpretação de elementos probatórios e ferem a legislação penal.

CONCLUSÕES

A partir do estudo realizado, verificou-se a transplantação da teoria da cegueira deliberada para o direito brasileiro, por meio de sua aplicação em decisões jurisprudenciais. Foi constatado que o conceito utilizado no sistema *common law* não pode ser simplesmente aplicado no sistema jurídico-penal brasileiro, sem que haja uma averiguação da compatibilidade entre seu sistema originário e o destinatário.

Concluiu-se pela incompatibilidade entre os institutos da cegueira deliberada e do dolo eventual no ordenamento jurídico pátrio, pois além de não se equivalerem, ampliam o conceito de dolo, possibilitando a aplicação de condenações dolosas, quando na verdade se tratam de condutas culposas, ou até mesmo de casos de absolvição.

Por fim, que a jurisprudência brasileira vem sendo protagonista na aplicabilidade do instituto, porém, que essa aplicação carece de critérios de forma cuidadosa e comprometida com os fundamentos jurídicos do nosso ordenamento, pois vem sendo importada de conceitos estrangeiros, sem haver uma reflexão profunda, ampliando o punitivismo estatal. Conclui-se pela dispensabilidade da teoria da cegueira deliberada no sistema jurídico-penal brasileiro, pois seu afastamento não deixará lacunas e evitará que a culpa continue sendo punida pelos tribunais a título de dolo.

REFERÊNCIAS

BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. 3.ed. Navarra: Aranzadi, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470*. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberadajulgamento-acao-penal-470>>. Acesso em: 15 de abril de 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais*. 3.ed. São Paulo: RT, 2016.

CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade econômica traz desafios para dogmática penal*. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-30/heloisa-estellita-criminalidade-economicatraz-desafios-dogmatica-penal?#_ftn1_6892>. Acesso em: 14 de abril de 2017.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. *A punição da culpa a título de dolo: o problema da chamada “cegueira deliberada”*. 2017. 366 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

_____. *Acertando por Acaso: Uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APn 470*. *Jornal de Ciências Criminais*, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 93-106, jul.- dez. 2018.

_____. *Punindo a culpa como dolo: O uso da cegueira deliberada no Brasil*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

RAGUÉS VALLÈS, Ramon. *Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho Penal*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2015. Edición digital a partir de *Discusiones: Ignorancia deliberada y Derecho Penal*. Sección I: Discusión, núm. 13 (2014), p.11-38.

SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação Lava Jato*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.122, v. 24, p. 255-258, set./out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015

ⁱ Conduta conhecida por *misdeemeanor*, semelhante ao que ocorre na emissão de cheques no Brasil (LUCCHESI, 2018, p. 90).

ⁱⁱ Aos que desejarem aprofundamento no tema, verificar (LUCCHESI, 2018, p. 94-108).

ⁱⁱⁱ Os esclarecimentos acerca dos elementos subjetivos serão feitos posteriormente. Ao fato mencionado, ver LUCCHESI, 2018, p. 31-42.

^{iv} Ver LUCCHESI, Acertando por Acaso: Uma análise da cegueira deliberada como fundamento para a condenação por lavagem de dinheiro no voto da ministra Rosa Weber na APn 470.

^v Verificar Lucchesi, 2017, p.212.

A IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DE LEI DO SENADO 236/12ⁱ

THE OBJECTIVE IMPUTATION IN THE SENATE LAW PROJECT 236/12

Dorcas Marques Almeida

Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal – Cândido Mendes. Mestranda em Direito Penal - PUC Minas. Bolsista da CAPES. dorcasalmeida.adv@gmail.com

Núbio Pinhon Mendes Parreiras

Advogado. cursando disciplina isolada em Direito Penal no PPG - PUC Minas. Especialista em Ciências Penais pelo IEC - PUC Minas. nubiomendes@yahoo.com.br

Resumo: O PLS 236/12 acrescenta a análise do risco para fins de identificação da conduta penalmente relevante e, desse modo, adota a Teoria da Imputação Objetiva. Assim, este artigo pretende investigar se a referida teoria é compatível com os princípios estabelecidos pela Constituição Federal, bem como se contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para responder a esse questionamento, esta pesquisa fará uma pesquisa bibliográfica que percorrerá o seguinte caminho: inicialmente, demonstrar-se-á como o abandono da teoria causal e a recepção da teoria finalista da ação provocou alterações em toda a estruturação da Teoria do Crime; em seguida, far-se-á um breve estudo da Imputação Objetiva; por fim, denunciar-se-á como a Imputação Objetiva atribui demasiada discricionariedade ao judiciário e, portanto, aumenta excessivamente o poder de punir do Estado.

Palavras-chave: Teorias da Ação. Imputação Objetiva. Discricionariedade.

Abstract: PLS 236/12 adds risk analysis for identification purposes of the relevant criminal conduct and thereby adopts the theory of Objective Imputation. Therefore, this article intends to investigate whether this theory is consistent with the principles established by the Federal Constitution, as well as contributing to the improvement of the Brazilian Democratic State of

Law. To answer this question, this research will make a bibliographical research that will follow the following path: initially, will demonstrate how the causal theory and reception of the theory of action caused changes finalist in the whole structure of the theory of the Crime; then it will be a brief study of Objective Imputation; finally, will denounce the Objective Imputation assigns too much discretion to the judiciary and, therefore, increases the power to penalize the State.

Keywords: Theories of Action. Objective Imputation. Discretion.

1 INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro já interpretou a conduta punível sob a perspectiva das teorias causal e finalista da ação. Porém, a dinamicidade das relações sociais faz com que os institutos jurídicos sejam constantemente reanalisados e verifica-se que, nas últimas décadas, a Teoria da Imputação Objetiva vem ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional.

Nesse segmento, o Projeto de Lei do Senado n° 236 de 2012, que busca instituir o novo Código Penal, acrescenta a análise da criação ou aumento do risco para fins de identificação da conduta penalmente relevante e, desse modo, recepciona a Teoria da Imputação Objetiva. No entanto, será que esta opção é compatível com a Constituição Federal e com os preceitos instituídos em seu corpo normativo?

Os juristas apresentam opiniões divergentes acerca da referida problemática e dirimir essa controvérsia será o objetivo das próximas páginas. A Teoria do Crime foi inteiramente reestruturada quando o ordenamento jurídico optou por recepcionar a teoria finalista da ação, logo a proposta de um novo Código Penal e a conseqüente recepção da Teoria da Imputação Objetiva deve ser analisada com sensatez e responsabilidade.

2 AS TEORIAS DA AÇÃO RECEPCIONADAS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SEUS REFLEXOS NA ESTRUTURAÇÃO DA TEORIA DO CRIME

Uma mesma sociedade abarca grupos heterogêneos de indivíduos e, por consequência, a interação entre os homens acaba deflagrando diversos conflitos. Então, é preciso regulamentar e controlar o viver em sociedade para reduzir a complexidade do relacionar humano (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013).

Este controle social pode se dar “através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios massivos de comunicação, da atividade artística, da investigação científica”. (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013, p. 63). Da mesma sorte, o Direito Penal é um dos inúmeros sistemas responsáveis por manter a ordem social (QUEIROZ, 1998). Frisa-se, porém, que o Direito Penal não é o único e tampouco o principal sistema de controle social (QUEIROZ, 1998). Exatamente neste sentido Muñoz Conde ensina que:

Dentro do controle social, a norma penal, o sistema político-penal ocupa um lugar secundário, puramente confirmador e assegurador de outras instâncias muito mais sutis e eficazes. A norma penal não cria, efetivamente, novos valores nem constitui um sistema autônomo de motivação de comportamento humano em sociedade. É inimaginável um direito penal completamente desconectado das demais instâncias de controle social [...] A norma penal, o sistema político-penal, o direito penal como um todo, só tem sentido se considerado como continuação de um conjunto de instituições públicas e privadas (família, escola, formação profissional etc.), cuja tarefa consiste igualmente em socializar e educar para convivência entre os indivíduos através da aprendizagem de determinadas pautas de comportamentos. (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 23).

O Direito Penal, por ter um caráter sancionatório, acaba sendo um dos sistemas mais violentos de controle social. Deste modo, o Direito Penal deve auxiliar os demais sistemas, bem como ater-se a regulamentar apenas alguns fatos (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013).

Em função deste caráter subsidiário, o Direito Penal só vai punir um resultado típico se este decorrer de uma ação humanaⁱⁱ. Nesta lógica, Bitencourt (2010, p. 120) explica “que os demais *processos naturais* não podem ser objeto de regulação do Direito porque são *forças* ou *energias cegas*, enquanto a atividade humana é uma energia inteligente”.

Entretanto, não é fácil definir o que é ação para o Direito Penal, pois o termo ação humana já foi interpretado das mais diversas maneiras e obteve os mais diversos significados. Ocorre que a concepção de ação influencia diretamente na construção da teoria do crime. Assim, neste primeiro capítulo, busca-se, em linhas gerais, compreender as teorias da ação recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 A teoria causal da ação

Durante a vigência do Código Penal de 1940, a conduta punível era analisada com base na teoria causal da ação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013). A teoria causal da ação é fruto do ideal positivista vigente no século XIX, que buscava “transplantar para a área das ciências humanas [...] os métodos e as leis das ciências da natureza, cujos resultados jamais cessaram de deslumbrar o homem” (TOLEDO, 1994, p. 93).

A concepção clássica da causalidade penal é atribuída a Franz von Liszt e Ernst von Beling e aduz, em suma, que a ação é “o movimento humano voluntário produtor de uma modificação no mundo exterior” (GRECO, 2014, 156). Portanto, um resultado seria atribuído a uma ação desde que ambos estivessem ligados por uma relação de causalidade.

Em linhas gerais, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 93) demonstra que a teoria causal divide a ação em dois segmentos, a saber: “de um lado, o ‘querer interno’ do agente”, cuja análise se dará na seara da culpabilidade, que é responsável por aferir “todos os elementos subjetivos, isto é os elementos internos, anímicos, do agente”; e “de outro, o ‘processo causal’ visível, isto é, a conduta corporal do agente e o seu ‘efeito’ ou resultado”, o qual está situado no próprio injusto.

Principalmente em função de sua simplicidade e praticidade, a teoria causal da ação angariou vários adeptos (TOLEDO, 1994). Entretanto,

[...] o sistema [...] começaria a desmoronar-se, na área penal, com a descoberta dos elementos anímicos, subjetivos, do tipo, nos denominados ‘delitos de intenção’ [...]. Fora da área penal, ganhava terreno a reação antipositivista, iniciada pelo neokantismo e impulsionada pelas novas correntes de pensamento que iriam tomar conta da primeira metade do século XX. (TOLEDO, 1994, p. 94).

Assim, não obstante os esforços de diversos teóricos, o causalismo não conseguiu solucionar, de modo satisfatório, problemas como da omissão (GRECO, 2014), das causas supervenientes e concomitantes, das implicações de se colocar o dolo na culpabilidade (TAVARES, 2000).

2.2 A teoria finalista da ação

Em 1984, o Código Penal de 1940 passou por uma ampla reforma em sua parte geral e, em função das inúmeras problemáticas que circundavam a teoria causal, a ação relevante para o Direito Penal passou a ser interpretada sob a perspectiva finalista do jurista alemão Hans Welzel (TOLEDO, 1994).

A partir de então, a causalidade passou a ser dirigida, ou seja, a conduta punível passou a ser entendida como aquela orientada a um fim. Assim, não basta mais que o agente simplesmente dê causa ao resultado descrito como proibido, mas se exige, também, que o agente queira e busque a ocorrência daquele resultado (TOLEDO, 1994).

Nesse sentido:

E nisso reside, precisamente, a grande diferença entre o conceito ‘clássico’ causal da ação e o novo conceito finalista. No primeiro, a ação humana, depois de desencadeada, é considerada em seus aspectos externos, numa sequência temporal ‘cega’, de causa e efeito, como algo que se desprende do agente para causar modificações no mundo exterior. No segundo, é ela considerada, em sentido inverso, como algo que se realiza de modo orientado pelo ‘fim’ (pelo objetivo) antecipado na mente do agente. É uma causalidade dirigida. (TOLEDO, 1994, p. 97).

Esta nova concepção de ação trouxe importantes implicações, sendo que Francisco de Assis Toledo (1994, p. 226) destaca a reorganização sistemática dos elementos que compõem a estrutura do crime. Na teoria causal da ação, a culpabilidade era composta pelo “dolo e culpa *stricto sensu*; possibilidade e exigibilidade de outra conduta; um juízo de censura ao autor por não ter exercido, nas circunstâncias, essa possibilidade”. O dolo era constituído por “um elemento intencional, volitivo, isto é, a voluntariedade; um elemento intelectual, a previsão do fato; um elemento normativo, a consciência atual da ilicitude” (TOLEDO, 1994, p. 224). Registra-se que “o dolo mais consciência da ilicitude é precisamente o dolo mau, isto é, o agente

age voluntariamente, com previsão do resultado e, além disso, persegue um fim que sabe ilícito” (TOLEDO, 1994, p. 224).

Por sua vez, Welzel retirou o dolo e a culpa da culpabilidade e os realocou na ação humana. Por conseguinte, agregou o elemento finalidade ao dolo, o qual passa a ser entendido como a consciência e a vontade dirigida a um fim. Por fim, retirou o elemento normativo do dolo, o qual se transformou na “potencial consciência da ilicitude” e passou a ser um elemento autônomo caracterizador da culpabilidade (TOLEDO, 1994). Com a retirada da consciência da ilicitude, o dolo passou a ser conhecido como o dolo natural e conseqüentemente, entendido como “a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador” (GRECO, 2014, p. 191).

Mas quais as conseqüências práticas destas alterações? Francisco de Assis Toledo aponta que tais alterações estão indissociavelmente ligadas à realização de um Direito Penal mais justo. Neste sentido:

A experiência do direito penal, por vezes dramática, tem revelado que juízes e tribunais, na grande maioria dos casos, dentro de uma concepção tradicional, esquecem-se da própria culpabilidade, o mais importante elemento do crime, ao confundi-la com o dolo e a culpa. Verificando que o agente atuou com dolo, encerram o julgamento e aplicam a pena criminal. Não pesquisam a inevitabilidade do fato e, pois, a sua censurabilidade. Com a nova construção, ver-se-ão os julgadores, necessariamente e sempre, diante do problema da culpabilidade. De uma culpabilidade concreta do aqui e agora. De uma culpabilidade deste homem nesta situação, não do *homo medius*, abstrato, inexistente, de triste memória. (TOLEDO, 1994, p. 232).

Mas a teoria finalista também não é imune às críticas:

Ora impugna-se a viabilidade de um conceito ontológico, pré-jurídico, de ação, ou a sua virtude de opor limites ao legislador; ora ataca-se o próprio conceito de ação finalista, com a alegação de que nem toda conduta humana possui como nota característica a ‘finalidade’, podendo ser citados, como exemplo disso, os atos automáticos, inconscientes, bem como o comportamento culposos, sobretudo na culpa inconsciente; por fim, opõem-se restrições ao novo sistema, construído sobre a ideia central da ação finalista, principalmente na parte em que desloca o dolo e a culpa para o interior do injusto, porque, consoante por vezes se afirma, isso representaria um indevido esvaziamento da ideia de culpabilidade. (TOLEDO, 1994, p. 98).

Welzel rebateu pessoalmente muitas destas críticas, todavia esse cenário viabilizou o advento de novas formas de interpretar a conduta penalmente relevante (TOLEDO, 1994).

3 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

3.1 Dos fundamentos funcionais

É indiscutível que as teorias positivistas foram imprescindíveis para viabilizar a atual sistematização e estruturação do Direito Penal. Porém, autores funcionalistas afirmam que a sociedade está cada vez mais complexa e que tanto o positivismo de Immanuel Kant, quanto o positivismo de Augusto Comte são igualmente incapazes de atender os atuais anseios da sociedade (BRITO, 2015).

Desse modo, os funcionalistas afirmam que o Direito Penal precisa se desvencilhar das ataduras do positivismo para ter correspondência com a sociedade que busca regulamentar. Nesta esteira:

Mas, se por um lado o positivismo jurídico proporcionou a fortificação da ciência jurídica, por outro, conduziu o jurista a pensamentos aporéticos e isolados. O positivista, fixado no estudo do fenômeno jurídico aparente, acabou por esvaecer o direito de um núcleo material e conseqüentemente de uma justificação filosófica ou sociológica, e distanciando-se das demais ciências, isolou o Direito da cumplicidade dos demais saberes. (BRITO, 2015, p. 05).

Este fenômeno também é mencionado por Fernando Galvão (2002, p. 24-25), o qual preceitua que:

Definitivamente, o tipo penal não mais poderá ser concebido sob a perspectiva naturalista. O enfoque positivista é por demais dogmático e formalista, incapaz de desvendar o caráter ideológico que é subjacente ao sistema repressivo. Em um caminho sem volta, os estudiosos e operadores do direito passaram a conceber o fenômeno delitivo em seu aspecto social-valorativo, o que exige abandonar as simplificações conceituais abstratas, na busca por realizar uma ciência de resultados práticos.

A par disso, diversos estudiosos do direito começaram a problematizar a concepção que se tinha do Direito Penal e, em suma, tais questionamentos ensejaram a idealização de um Direito Penal funcional, ou seja, de um direito que “busca garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas” (MANSOLDO, 2011).

Registra-se que, como a própria definição de funcionalismo demonstra, esta nova concepção de direito está guiada por uma constante interação do subsistema penal com os demais subsistemas sociais. Sendo assim, diversos autores que possuem este viés funcionalista, costumam buscar fundamentação na teoria dos sistemas de Luhmann (BRITO, 2015).

Nesta esteira, Alexis Couto de Brito (2015, p. 15), com base no referido sociólogo, descreve a interação do Direito Penal com os demais ramos da sociedade da seguinte maneira:

O subsistema de Direito Penal define o que é crime e quais serão suas consequências. Neste caso, os outros subsistemas e as pessoas são o entorno que deve ser observado pelo subsistema penal. A complexidade do sistema não é suficiente para resolver os problemas do entorno, que é sempre mais complexo. Daí caso a caso [deve ocorrer] a abertura do sistema para resolver a complexidade criada pelo entorno.

Diversas teorias foram criadas com o intuito de atender o escopo funcional do Direito Penal e dentre o rol destas teorias está situada a Teoria da Imputação Objetiva.

3.2 As bases teóricas da imputação objetiva

As principais teorizações da Imputação Objetiva são atribuídas aos juristas Claus Roxin e Günther Jakobs, sendo que Roxin elabora uma vertente funcionalista considerada moderada, ao passo que Jakobs elabora uma vertente mais radical.

Na década de 70, Claus Roxin solidificou os primeiros contornos da Teoria da Imputação Objetiva ao estabelecer que a causalidade dirigida só poderia vir a ser imputada caso houvesse uma efetiva lesão ao bem jurídico penalmente tutelado (MANSOLDO, 2011). Assim, como pontua Fernando Galvão, “com a contribuição de Claus Roxin, percebeu-se que o Direito Penal é orientado, político-criminalmente, pela consideração de suas consequências” (ROCHA, 2002, p. 24).

Posteriormente, Günther Jakobs construiu uma teoria da imputação inteiramente voltada para promover e viabilizar o convívio harmônico em sociedade, pois, para ele, o reconhecimento de um fato como crime está diretamente ligado e condicionado à impressão que a sociedade vai ter daquele fato supostamente tido como delituoso. Nesses termos:

[...] **a realização do tipo constitui uma etapa da imputação.** O injusto não pode ser compreendido isoladamente, como pensavam os causalistas, mas do confronto entre tipicidade e antijuricidade. **Assim, o tipo do injusto seria representado pelo conjunto de caracteres que assinalam legalmente a intolerabilidade social de determinada atividade [...].** (TAVARES, 2000, p. 145, grifo nosso).

Dessa forma, Jakobs sustenta que o processo de imputação está intrinsecamente ligado à perspectiva da sociedade acerca do fato delituoso.

3.3 O incremento do risco

Ao se fazer uma pesquisa de jurisprudência, nota-se que, pouco a pouco, a Teoria da Imputação Objetiva vai ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional. A Imputação Objetiva é construída com base em institutos como do risco, do princípio da confiança, da proibição de regresso e da análise da responsabilidade da vítima. Entretanto, constata-se que o instituto do risco, em específico, costuma ser recorrentemente citado nos julgados que mencionam a Imputação Objetiva.

Neste viés, no seguinte Recurso Especial, verifica-se que o STJ analisa a ocorrência de um risco não permitido em um homicídio culposo de trânsito para aferir se, efetivamente, é caso de abrangência da norma penal:

CRIMINAL. RESP. DELITO DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE PENAL. DELITO CULPOSO. RISCO PERMITIDO. NÃO OCORRÊNCIA. IMPUTABILIDADE OBJETIVA.
MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. PENA PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA COM A PENA SUBSTITUÍDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. De acordo com a Teoria Geral da Imputação Objetiva o resultado não pode ser imputado ao agente quando decorrer da prática de um risco permitido ou de uma ação que visa a diminuir um risco não permitido; o risco permitido não

realize o resultado concreto; e o resultado se encontre fora da esfera de proteção da norma.

II. O risco permitido deve ser verificado dentro das regras do ordenamento social, para o qual existe uma carga de tolerância genérica. É o risco inerente ao convívio social e, portanto, tolerável.

III. Hipótese em que o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito (criou um risco não permitido), causando resultado jurídico abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado - morte da vítima, atraindo a incidência da imputabilidade objetiva.

IV. As circunstâncias que envolvem o fato em si não podem ser utilizadas para atrair a incidência da teoria do risco permitido e afastar a imputabilidade objetiva, se as condições de sua aplicação encontram-se presentes, isto é, se o agente agiu em desconformidade com as regras de trânsito, causando resultado jurídico que a norma visava coibir com sua original previsão.

V. O fato de transitar às 3 horas da madrugada e em via deserta não pode servir de justificativa à atuação do agente em desconformidade com a legislação de trânsito. Isto não é risco permitido, mas atuação proibida.

VI. Impossível se considerar a hipótese de aplicação da teoria do risco permitido com atribuição do resultado danoso ao acaso, seja pelo fato do agente transitar embriagado e em velocidade acima da permitida na via, seja pelo que restou entendido pela Corte a quo no sentido de sua direção descuidada.

VII. A averiguação do nexos causal entre a conduta do réu, assim como da vítima, que não teria feito uso do cinto de segurança, com o resultado final, escapa à via especial, diante do óbice da Súmula 07 desta Corte se, nas instâncias ordinárias, ficou demonstrado que, por sua conduta, o agente, em violação ao Código de Trânsito, causou resultado abrangido pelo fim de proteção da norma de cuidado.

VIII. Não há simetria entre a pena pecuniária substitutiva e a quantidade da pena privativa de liberdade substituída.

IX. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 822.517/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 697; grifo nosso)

Porém, como demonstra o julgado supracitado, a Teoria da Imputação Objetiva abarca duas modalidades de risco, a saber, o permitido e o não permitido. O risco permitido exclui a responsabilidade do suposto agente delituoso. Por outro lado, o risco não permitido viabiliza a imputação objetiva. Então, busca-se, agora, elucidar a amplitude de ambas as modalidades de risco.

Jakobs (2007) pontua que a vida em sociedade é repleta de contatos e interações sociais que, independentemente da boa-fé de seus agentes, implicam na criação de um risco. Conforme exemplifica o autor, ações do cotidiano, como um simples apertar de mãos, são potencialmente lesivas por poder vir a transmitir uma infecção.

No entanto, tais contatos são inerentes do viver em sociedade e Jakobs (2007) aduz que, caso não se queira viver como um eremita, devem ser tidos como riscos permitidos. Sobre tal problemática:

A sociedade não é um mecanismo cujo único fim seja oferecer a máxima proteção dos bens jurídicos, mas que está destinada a possibilitar as interações, e a proibição de qualquer colocação em perigo, de qualquer índole que seja, tornaria impossível a realização de qualquer comportamento social. (JAKOBS, 2007, p. 27).

Deste modo, constata-se que o risco permitido deve ser entendido como aquele necessário à configuração da sociedade, tratando-se, deste modo, da concretização da adequação social.

Por conseguinte, vale mencionar que os proveitos dos riscos permitidos não se exaurem no desenrolar das relações sociais rotineiras. De igual modo, a permissão de riscos é responsável por impulsionar o desenvolvimento e o progresso econômico, industrial e científico. A título de exemplo, não obstante os inúmeros riscos advindos da desintegração de um átomo, verifica-se que a radioatividade, se devidamente manipulada, em muito contribui no combate ao câncer. Assim, constata-se que o desenvolvimento da sociedade está intimamente ligado com a quantidade de risco que se está disposto a correr (BRITO, 2015).

Porém, riscos potencialmente tão perigosos, como a manipulação de um átomo, precisam ser regulamentados. Neste sentido, Brito (2015, p. 155) anuncia que:

Se por um lado a sociedade e seus participantes devem assumir certos riscos, por outro também devem não assumir outros tantos. Aqui se incluem os comportamentos perigosos permitidos, dentro da regularidade administrativa, ou seja, não proibir a atividade, regulamentá-la.

Posto isto, verifica-se que também estarão no âmbito do permitido aquelas condutas que, embora arriscadas, observaram uma regulamentação especialmente para elas criadas. Nessa vereda:

Quando as leis determinam como deve ser projetado e fabricado um automóvel ou um avião para que sejam seguros no tráfego, ou quando cabe reconhecer o que é um bom padrão de comportamento médico, isto significa ao mesmo tempo que o risco residual

que subsiste está permitido, ao menos nas hipóteses normais. (JAKOBS, 2007, p. 26/27).

Vale ressaltar que tal regulamentação não está adstrita a um sistema específico da sociedade e que poderá se materializar, por exemplo, por intermédio dos diversos ramos do direito, bem como pelos diversos conselhos de classe profissionais.

Pois bem, diante do exposto, conclui-se que os comportamentos amparados pela adequação social, assim como os comportamentos realizados sob a observância de alguma regulamentação específica, “não realizam tipo algum” (JAKOBS, 2007, p. 40), de modo que, resultado típico algum poderá ser imputado a estes comportamentos.

Em contrapartida, a punição de condutas que criam um risco não permitido é medida que se impõe, sendo que, tais condutas podem ser entendidas como:

[...] aquele comportamento que o próprio Direito define como não permitido, proibindo-lhe por seu perigo concreto ou abstrato, inclusive sob ameaça de pena ou de multa administrativa. Por meio do estabelecimento da proibição da colocação em perigo – que quando menos é de caráter abstrato -, o comportamento fica excluído do âmbito do socialmente adequado, e se define como perturbação da vida social; isto acontece pela simples realização de um comportamento assim configurado, sem ter em conta o resultado que se produz. (JAKOBS, 2007, p. 42).

Assim, será considerado como risco não permitido aquilo que o Direito assim definir. Frisa-se, mais uma vez, que qualquer empresa ou instituição, sejam elas públicas ou privadas, também estabelecerão o âmbito do risco permitido ou não permitido quando estabelecerem um determinado padrão de comportamento para os seus servidores ou empregados.

Por todo o exposto, verifica-se que risco não permitido é tudo o que a lei ou alguma regulamentação assim define, sendo que, para evitar o sufocamento das condutas individuais, bem como para viabilizar o constante progresso da sociedade, só condutas extremamente lesivas à organização da sociedade é que devem vir a receber o *status* de não permitidas.

4 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NO PROJETO DO CÓDIGO PENAL

4.1 Apresentação do PLS236/2012

A sociedade está em constante modificação e os institutos jurídicos são continuamente rediscutidos e reanalisados com o intuito de se tornarem mais eficazes perante a sociedade que buscam regulamentar. Sobre o assunto, veja:

As constantes reformas legislativas em matéria penal, bem demonstram que ele não é alheio aos fenômenos e transformações sociais. Essas reformas são ditadas por motivos de conveniência e ordem prática. Obedecem a necessidades de ordem social, para resolver problemas contingentes derivados de novas formas de aparecimento da criminalidade, de adotar novas medidas penais para a melhoria do sistema (ou extinguir existentes), da necessidade de aumentar ou diminuir as sanções previstas. (SALES; PIRES, 2003, p. 295).

Nesse caminho, em 2011 o Senado Federal constituiu uma Comissão de 15ⁱⁱⁱ Juristas com o objetivo de elaborar um Projeto de Código Penal compatível com os ditames constitucionais “e às novas exigências de uma sociedade complexa e de risco” (BRASIL, 2011).

A Comissão foi composta de forma eclética, pois contou com a presença de membros do Poder Judiciário - o Ministro Gilson Dipp, a Ministra Maria Tereza Moura e o Desembargador José Muiños Piñeiro Filho -, com membros do Ministério Público Federal e Estadual - o Procurador Federal Luiz Carlos Gonçalves, a Procuradora Estadual Luiza Nagib Eluf e o Promotor Marcelo André de Azevedo -, com advogados conceituados - Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões, Dr. Emanuel Messias Oliveira Cacho, Dr. Gamil Föppel El Hireche, Dr. Marcelo Leal Lima Oliveira, Dr. Marcelo Leonardo, Dr. Tércio Lins e Silva -, com professores renomados - Luiz Flávio Gomes e René Ariel Dotti - e com um membro representante da Defensoria Pública - Juliana Garcia Belloque (SARNEY, 2012).

Do resultado dos trabalhos surgiu o Projeto de Lei do Senado nº 236/12, de autoria do Senador José Sarney, o qual propõe alterações significativas que se aprovadas reformarão significativamente o atual Código Penal (SARNEY, 2012).

De um modo geral, pode-se dizer que o Projeto do Novo Código endureceu o Sistema Penal, pois o Projeto elevou a pena de diversos crimes, ampliou o rol dos crimes hediondos, aumentou o tempo de cumprimento da pena para progressão do regime, criminalizou novas condutas tal como o *stalking*^{iv} (SARNEY, 2012).

Constata-se, também, que o Projeto do Novo Código ambiciona unificar toda a legislação penal, pois, atualmente, existem diversas leis extravagantes regulando matérias penais.

Assim, o Projeto regula questões afetas, por exemplo, à lei de crimes hediondos (Lei N° 8.072/90), à lei de crimes contra a ordem tributária (Lei N° 8.137/90), à lei de drogas (Lei N° 11.343/06) e à lei de crimes cibernéticos (LEI N° 12.737/12) com o intuito de concentrar a legislação esparsa no teor do Novo Código Penal (SARNEY, 2012).

Observa-se, ainda, que a parte geral também passou por diversas alterações e que essas alterações podem gerar conflitos interpretativos porque o Código não estabeleceu um marco teórico para nortear a interpretação de seus institutos. Inclusive, o Conselho Nacional do Ministério Público (2017, p. 1), ao comentar especificamente as alterações da parte geral, afirmou “que a ausência de uma definição prévia acerca da estrutura teórica a ser adotada no Anteprojeto poderá trazer [...] inconvenientes e [...] inconsistências” e, ao final, se posicionou “no sentido da manutenção da parte geral do Código Penal em vigor – que foi, como se sabe, inteiramente reformada, em 1984, e alterada por diversas leis subsequentes”.

Cabe ressaltar, por fim, que no Projeto do Novo Código Penal, o injusto deixa de ser analisado a partir do conceito finalista da ação e passa a ser orientado pela imputação, visto que, nos termos do art. 14, parágrafo único do Substitutivo ao PLS 236/12 (I),^v “o resultado exigido somente é imputável a quem lhe der causa e se decorrer da criação ou aumento de risco juridicamente relevante” (INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2017). Deste modo, constata-se que o Projeto vincula a imputação ao risco e, conseqüentemente, recepciona expressamente a Teoria da Imputação Objetiva.

Diversos juristas têm refutado a concepção final da ação e, como resultado, a Teoria da Imputação Objetiva vem paulatinamente ganhando espaço no ordenamento jurídico nacional e já vem sendo aplicada em sede jurisprudencial.^{vi}

Assim, o presente artigo dispõe-se a analisar, agora, se a Teoria da Imputação Objetiva, nos moldes como foi recepcionada pelo Projeto de Lei do Senado 236/12, é compatível com a Constituição Federal, bem como se contribuiu para com a construção de um modelo de Estado mais democrático.

4.2 A incompatibilidade do posicionamento doutrinário

Segundo Roxin (2002, p. 30), a Teoria da Imputação Objetiva fundamenta-se “nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do Estado de Direito, que é aquilo para que serve o nosso Direito Penal”.

Günther Jakobs (2007, p. 25), em uma vertente mais radical engendrou uma teoria da imputação inteiramente voltada para promover e viabilizar o convívio harmônico em sociedade e indicou que não se deve “construir o delito tão somente com base em dados naturalistas – causalidade e dolo” e que o essencial “é que ocorra a violação de um papel”.

Marchionatti (2001, p. 96-97) sustenta que “o tipo da teoria da imputação objetiva possui mais requisitos, possui mais elementos, possui sempre como elemento normativo o juízo da imputação objetiva, com função normativo-axiológica” e que, conseqüentemente, “a juridicização penal dos fatos da vida é menor à luz da teoria da imputação objetiva do que à luz da teoria finalista”.

Por sua vez, Luiz Régis Prado e Érika de Carvalho (2005, p. 5) afirmam que “a teoria finalista pode resolver todos os problemas sugeridos pelas teorias da imputação objetiva do resultado, e isso sem precisar elencar inúmeros casos concretos - verídicos ou supostos - e tratar de elaborar um critério para cada um deles ou para cada grupo de hipóteses sugeridas”.

Em parecer emitido com a finalidade de analisar a parte geral do PLS 236/12, o Conselho Nacional do Ministério Público (2017, p. 6) indicou que a Imputação Objetiva é uma teoria que ainda está “em estágio evolutivo, tanto na doutrina estrangeira como na brasileira”. Afirmou, ainda, que os Tribunais brasileiros se referem a Imputação Objetiva de “maneira esparsa” e que ela só “ganhou destaque no direito brasileiro apenas recentemente, isto é, há aproximadamente uma década e meia”. Ao final, o relatório concluiu que “a teoria da imputação objetiva ainda não atingiu um grau de maturação que pudesse fazer com que ela integrasse, convenientemente, um diploma da envergadura de um Código Penal”.

Já o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (2017, p. 6), afirma que “o Projeto torna o que hoje seria preparação impunível em início de execução, e, portanto, punível, quando o agente pratica atos imediatamente anteriores à realização do tipo mas que exponham a perigo o bem jurídico protegido”. Além disso, apontou que risco é um conceito de ordem dogmática e que o Projeto “não adota uma linha una a seguir”. Aconselha, por fim, que conceitos que viabilizam essa abertura interpretativa “devem ser evitados no texto legal”.

4.3 A amplitude hermenêutica engendrada pela Imputação Objetiva

As Teorias da Imputação Objetiva viabilizam uma abertura hermenêutica e são classificadas como funcionalistas por serem construídas com o intuito de atender políticas criminais (BITENCOURT, 2011). Porém, qual política criminal deve orientar um legítimo e autêntico Estado Democrático de Direito? Roxin aduz que o Direito Penal deve ser guiado pela prevenção geral positiva. Por sua vez, Günther Jakobs persegue a estabilização das normas. Convém ressaltar, ainda, que existem outras diversas Teorias da Imputação Objetiva e que todas elas trazem uma solução diferente para esse questionamento. Todo juízo de imputação é um juízo de atribuição de significado e os funcionalistas trazem inúmeros paradigmas para fundamentar a construção da imputação. Ademais, assinala-se que o Projeto de Lei do Senado n° 236/12 não estabeleceu um marco teórico para nortear a sua interpretação.

Em função disso, deve-se atentar para o fato de que a eventual adoção da Teoria da Imputação Objetiva exigirá uma interpretação axiológica durante a análise da ocorrência do risco que o judiciário brasileiro não está pronto para fazer por dois motivos: primeiro, porque os Estados Contemporâneos vivenciam o fenômeno da “Sociedade do Risco”^{vii}; segundo, porque tal análise atribui demasiada discricionariedade ao julgador.

Alexis Couto de Brito indica que a globalização, por criar uma sociedade sem fronteiras, faz com que os Estados convivam uns com os riscos dos outros e que isso, conseqüentemente, cria uma sensação de insegurança nos Estados, bem como nos indivíduos que compõem estes Estados. O autor indica, ainda, que este fenômeno da “Sociedade do Risco” tem difundido a sensação de insegurança e cada vez mais e mais atividades humanas estão sendo interpretadas como arriscadas. Justamente nesse sentido, Vera Regina demonstra que a neutralização do risco é um dos principais objetivos da dogmática contemporânea e denuncia que “o conceito de risco é a base do conceito de inimigo, é a base da imputação objetiva de responsabilidade, é a base da nova dogmática germânica (Jakobs) que se globaliza” (ANDRADE, 2012, p. 328).

Desse modo, conclui-se que a análise da ocorrência do risco contribuirá com a criminalização de mais condutas e com a expansão desarrazoada do Direito Penal, posto que a

obstinada busca pela segurança sufoca as condutas individuais na medida em que o Direito Penal do risco tem a missão de reprimir toda e qualquer situação potencialmente perigosa.

Por conseguinte, a Professora Sheila Jorge Selim de Sales (2005), em minucioso estudo acerca dos Códigos Penais em Estados Sociais, demonstrou como elementos valorativos podem atribuir uma excessiva discricionariedade ao juiz penal. Assim, ao comentar o Código Penal da República Socialista Federativa Soviética Russa, a autora apontou que a análise da ocorrência do crime partia da análise de ação socialmente perigosa e que isso conferia

[...] ao juiz penal enorme âmbito de discricionariedade, com violação do princípio da igualdade, pois um mesmo fato praticado por cidadãos diversos, poderá ser objeto de decisões até mesmo contrárias, diante das convicções ideológicas do juiz penal e do denunciado. Isto porque só o juiz poderá dizer, diante do caso concreto, se o fato típico praticado pelo agente é ou não **socialmente perigoso**, mesmo configurando-se todos os elementos da descrição legal. (SALES, 2005, p. 75, grifo do autor).

A dogmática penal deve ser construída de modo a dar previsibilidade as decisões judiciais e limitar a violência advinda da pena (ANDRADE, 2012). Porém, como assinalado por Sales, semelhantes casos poderão ensejar soluções completamente distintas a depender das convicções pessoais dos juízes que analisam elementos valorativos do caso concreto. Dessa forma, assim como o processo de definição de ação socialmente perigosa abriu margem a interpretações completamente arbitrárias, é certo que o processo de compreensão de ação arriscada também conduzirá ao mesmo resultado.

Por mais que os juristas tentem definir e precisar o que seria o risco, esse conceito acaba se demonstrando como um conceito aberto, que pode ser subversivamente manejado para atender a qualquer política-criminal. Ocorre que tamanha abertura axiológica se demonstra incompatível com a perspectiva de legalidade adotada por Estados Democráticos de Direito.

Bitencourt (2011) indica que, a depender da forma de organização política de Estado, o Direito Penal poderá ter uma concepção mais ou menos autoritária. *In casu*, a Constituição da República Federativa do Brasil deixa expressamente consagrado o intuito de estabelecer um autêntico e genuíno Estado Democrático de Direito.^{viii} Com isso, infere-se que o Direito Penal deverá respeitar os direitos e princípios reconhecidos na Carta Magna e que, desse modo, o poder de punir do Estado deve ser limitado.

O princípio da legalidade é um dos princípios reconhecidos expressamente pela Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXIX, CRFB) e dele se extrai diversos outros princípios. Como bem enfatiza o Professor Cláudio Brandão (2014), o princípio da legalidade deve ser considerado como o princípio dos princípios, pois viabilizou a transição do período de terror para o período liberal, o qual pode ser definido como aquele período em que existe a preocupação em limitar o poder de punir do Estado. Assim, o viés democrático de um Estado pode ser aferido a partir da observância desse princípio.

Como destaca Luiz Luisi (2003), a noção de reserva legal é um dos postulados que se pode extrair do princípio da legalidade. Assinala-se que, com a reserva legal, deduz-se que “somente a lei, e anterior ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável” (LUISI, 2003, p. 19). Por tal princípio, infere-se que o magistrado não possui a autonomia de julgar além do que está consignado à lei, independentemente das implicações sociais existentes no caso concreto.

Registra-se que cabe ao poder legislativo, quando da elaboração da lei, captar os anseios e impressões sociais e analisar a eventual repercussão social de uma determinada conduta. Tal função é a função típica do poder legislativo e não deve ser atribuída ao judiciário. Justamente neste sentido:

A lei penal é, assim, um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais do direito’, ou pelo costume. Do ponto de vista de sua aplicação pelo juiz, pode mesmo dizer-se que a lei penal não tem lacunas. Se estas existem sob o prisma da política-criminal (ciência pré-jurídica), só uma lei penal (sem efeito retroativo) pode preenchê-las. **Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo do minimum da moral prática que o direito tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social:** se este fato escapou à previsão do legislador [...], o agente não deve contas à justiça repressiva. (HUNGRIA e FRAGOSO, 1977, p. 21-22, grifo nosso).

Os tipos penais devem ser construídos de modo a ter um conteúdo certo e exato, pois, do contrário, se afrontará o princípio da legalidade, que é uma das maiores garantias do cidadão. Nessa esteira, durante o processo legislativo deve-se primar pela utilização de elementos

objetivos e evitar a utilização de elementos normativos, tais como o incremento do risco, que podem viabilizar interpretações prejudiciais ao agente.

Ato contínuo, saindo do estrito campo da análise da ocorrência do risco e entrando na seara da dogmática como um todo, deve-se indagar se a Teoria da Imputação Objetiva oferta um método sistemático melhor do que o atualmente utilizado, pois “os enunciados dogmáticos não podem ser simplesmente negados pelos aplicadores do direito [...], de forma que quando se quer discrepar de uma determinada solução dogmática, têm-se a obrigação de contribuir com melhores argumentos” (PLANAS, 2016, p. 33).

Acontece que, na Imputação Objetiva, os elementos subjetivos do tipo, que atualmente são responsáveis por aferir a consciência e vontade do agente, não definem a ocorrência do delito. Diante disso, os professores Luiz Régis Prado e Érika de Carvalho (2005, p. 7) afirmam que “os defensores das modernas teorias da imputação objetiva conferem excessiva relevância ao tipo objetivo, em detrimento do tipo subjetivo, defendendo a necessidade de se constatar primeiramente o tipo objetivo e somente após essa aferição investigar o tipo subjetivo”.

Em linhas gerais, Roxin (2002, p. 13) indica que um resultado preenche o tipo objetivo “quando o comportamento do autor cria um risco não permitido [...], quando o risco se realiza no resultado concreto [...], e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo”. Assim, conclui-se que, em um primeiro momento, o dolo e a culpa não influenciam na análise do processo de imputação. Sobre a questão:

Enquanto os finalistas consideram ação de matar unicamente o direcionamento consciente do curso causal no sentido de morte, de acordo com a concepção aqui defendida, toda causação objetivamente imputável de uma morte será uma ação de matar, e isto **também quando ela não for dolosa. O dolo não é algo que cria a ação de matar, mas algo que pode nela existir ou estar ausente.** Enquanto os finalistas não consideram o homicídio culposo uma ação de matar - apesar de uma causação punível de uma morte -, para a teoria da imputação objetiva são justamente o homicídio, a lesão etc. culposos que constituem o protótipo da ação de homicídio ou de lesão. (ROXIN, 2002, p. 21, grifo nosso).

Nesse mesmo segmento, Günther Jakobs (2007, p. 23-24) aduz que:

[...] a relevância prática da teoria da imputação objetiva do comportamento se manifesta melhor (ainda que nem sempre) no delito culposo. **Não obstante, essa divisão quantitativa carece de qualquer relevância teórica. Tanto no caso de**

concorrer dolo como culpa é o significado geral e, portanto, objetivo, o que interessa do ponto de vista social, precisamente porque o decisivo é que se tratem de fatos que produzem uma perturbação social e não de meras peculiaridades individuais.

Ocorre que são os elementos subjetivos que permitem a compreensão da “ação ou omissão típica não só como um processo causal cego, mas como um processo causal dirigido pela vontade humana para o alcance de um fim” (BITENCOURT, 2011, p. 749). Para entender a importância do elemento finalidade:

Tomemos, por exemplo, uma tentativa de homicídio, com ferimentos no corpo da vítima. Exteriormente, nada, absolutamente nada, distingue esta tentativa de homicídio de um crime de lesões corporais. O que faz este ferimento deixar de ser uma simples lesão para transformar-se em um fato muito mais grave (a tentativa de homicídio) é tão somente a intenção de matar que dirigiu a ação criminosa do agente. Se retirarmos da ação essa intencionalidade, o objetivo de matar, cairemos em um beco sem saída, pois não restará mais qualquer distinção possível entre lesão corporal e a tentativa de homicídio. (TOLEDO, 1994, p. 227).

No entanto, os elementos subjetivos são desprezados na Imputação Objetiva, visto que os funcionalistas não excluem o tipo com base na ausência de dolo ou culpa, mas sim por meio dos institutos do risco permitido, do princípio da confiança, da proibição de regresso e da análise da responsabilidade da vítima (JAKOBS, 2007). Todavia, conforme demonstrado por Francisco de Assis Toledo no exemplo supracitado, isso poderá viabilizar a imputação por um tipo mais grave do que o exigido no caso concreto.

Diante desse contexto, o jurista comprometido para com a construção de um Direito Penal Constitucional tem a obrigação de denunciar a “alienação técnica de políticos”, haja vista que esta, juntamente com a “alienação política dos técnicos”, pode vir a gerar “um vazio que permite dar forma técnica a qualquer discurso político” (ZAFFARONI, 2005, p. 77).^{ix}

Desse modo, a hipótese levantada é que a Teoria da Imputação Objetiva, nos moldes como foi prevista no Projeto de Lei do Senado nº 236/12, é incompatível com os ditames constitucionais por atribuir excessiva discricionariedade ao judiciário e, conseqüentemente, violar o princípio da legalidade. Ademais, não contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro porque aumenta o poder de punir do Estado e diminui a liberdade dos indivíduos na medida em que despreza os elementos subjetivos do tipo.

5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado, o Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 pretende trazer o incremento do risco para o processo de imputação. No entanto, é preciso aferir se a Teoria da Imputação Objetiva e seus escopos funcionais são compatíveis com a Constituição Federal e corroboram para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático brasileiro.

A Imputação Objetiva é classificada como funcionalista por ser construída com o intuito de atender a políticas criminais. Porém, qual política criminal deve orientar um legítimo e autêntico Estado Democrático de Direito? Roxin sustenta que o Direito Penal deve ser orientado pela prevenção geral. Günther Jakobs, por sua vez, persegue a estabilização normativa. Da mesma forma, todos os juristas que se dedicam ao estudo da Imputação Objetiva trazem soluções diferentes para fundamentar a construção da imputação.

Desse modo, a análise da ocorrência do risco acaba sendo uma análise subjetiva, que poderá vir a fundamentar qualquer decisão porque o Projeto de Lei do Senado nº 236/12 não estabeleceu um marco teórico para nortear a sua interpretação. Além disso, a sociedade está vivenciando o fenômeno do risco, de modo que as condutas tendem, de modo geral, a serem tidas como arriscadas.

A dogmática precisa ser construída para dar previsibilidade as decisões judiciais e limitar a violência advinda da pena. Todavia, a abertura axiológica engendrada pela análise do risco e dos escopos funcionais poderá gerar sentenças completamente imprevisíveis e tamanha discricionariedade é totalmente incompatível com o princípio da legalidade.

Cabe ressaltar, ainda, que a Imputação Objetiva despreza os elementos subjetivos do tipo, os quais são responsáveis por aferir a consciência e vontade do agente na teoria finalista. Existem alguns tipos que possuem resultados naturalísticos similares e, nesses casos, a análise dos elementos subjetivos são imprescindíveis para a apuração da correta responsabilidade do agente.

Assim, diante de todo o exposto, chega-se à conclusão de que a Teoria da Imputação Objetiva é incompatível com a Constituição Federal por infringir o princípio da legalidade e, por aumentar o poder de punir do Estado e diminuir a liberdade dos indivíduos na medida em

que despreza os elementos subjetivos do tipo, não contribui para com o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral 1**. 16° ed. 2° tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Requerimento nº 765, de 2011**. Brasília, 2011. Disponível em:
<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100768>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 822.517/DF. Relator: Ministro Gilson Dipp - Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 jun. 2007. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3052807&num_registro=200600380860&data=20070629&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 22 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 68.871/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 ago. 2009. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=risco+permitido+imputa%E7%E3o+objetiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 out 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 46.525/MT. Relator: Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=risco+permitido+imputa%E7%E3o+objetiva&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 22 out 2017.

BRITO, Alexis Couto de. **Imputação objetiva. Crimes de perigo e direito penal brasileiro**. vol 2. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – COMISSÃO EXAMINADORA DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. **Relatório Final: Análise da Parte Geral do PLS 236/12**. Disponível em:

<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatorio_final_Comissao_anteprojeto_c%C3%B3digo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Ronaldo Cataldo Costa. Revisão Técnica de Fernando Coutinho Cotanda. 6º ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. vol 1. 16º ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. **Comentários ao Código Penal**. vol 1. tomo 1. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. **Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal)**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – COMISSÃO DE CÓDIGO PENAL. **Comentários ao relatório [do] Senador Pedro Taques em face do PLS N° 236/12.** Disponível em: < http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

JAKOBKS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal.** Tradução de André Luís Callegari. 2° ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2° ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MANSOLDO, Mary. **Comentários sobre a teoria do funcionalismo penal.** Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj033358.pdf>>. Acesso em: 24 de abril de 2016.

MARCHIONATTI, Wilson Antônio Cini. **A teoria da imputação objetiva na construção de um direito penal democrático e garantidor.** 2001. 109 fl. Dissertação (Pós Graduação) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social.** Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de dogmática jurídico-penal: Fundamentos, teoria do delito e direito penal econômico.** 2° ed. vol. 6. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. A metodologia onto-axiológica e o sentido social típico da conduta: crítica à doutrina positivista normativa. **Revista dos Tribunais Online.** v. 839, set. 2005, p. 1-19. Disponível em:

<<http://regisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/A%20metodologia%20onto%20axiol%F3gica.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do Caráter Subsidiário do Direito Penal: Lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. 2º ed. ver., atual e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.10, n.38, abr./jun. 2002, p.11-31.

SALES, Sheila Jorge Selim de; PIRES, Ariosvaldo de Campos. Alguns movimentos político-criminais da atualidade. In: **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo: RT, 2003, v. 42, p. 295-306.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Escritos de direito penal**. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARNEY, José. **Projeto de Lei nº 236, de 2012**. Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em torno de la custión penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10^o ed. rev., e atual. 2^o tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ⁱ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

ⁱⁱ Como exceção ao princípio do *societas delinquere non potest*, tem-se a responsabilização da Pessoa Jurídica. Em que pese este não ser o objeto do presente trabalho, cabe ressaltar, aqui, que até mesmo a imputação da Pessoa Jurídica está vinculada à uma ação humana, haja vista que os critérios subjetivos necessários a viabilizar a imputação são analisados com base na conduta da pessoa física.

ⁱⁱⁱ A princípio, a Comissão seria formada por 07 juristas, mas o Senador José Sarney, no Requerimento n^o 1.034, de 2011, solicitou que a Comissão tivesse seu número alterado para 15 juristas (SARNEY, 2012).

^{iv} Art. 147 do PLS 236/12 ou art. 152 do Substitutivo ao PLS 236/12: “Perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe à integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena: prisão, de dois a seis anos” (INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, 2017).

^v Com o Parecer 1576/2013, anexado no dia 19/12/2013, o texto original do PLS 236/12 sofreu diversas alterações que originaram o texto Substitutivo referenciado.

^{vi} Sobre a utilização da Teoria da Imputação Objetiva no ordenamento pátrio, veja: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus HC 68.871/PR. 68.871/PR. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura – Sexta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 ago. 2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 46.525/MT. Relator: Arnaldo Esteves Lima – Quinta Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2006.

^{vii} A expressão “Sociedade de risco” é atribuída ao sociólogo Ulrich Beck e ganhou destaque com os estudos do também sociólogo Anthony Giddens (BRITO, 2015).

^{viii} No Preâmbulo da Lei Maior, tem-se a indicação de que a Constituição da República Federativa do Brasil teria sido elaborada com o objetivo de instituir um Estado Democrático de Direito. Neste sentido: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...]”. Logo em seguida, no art. 1^o, a CRFB consigna 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”.

^{ix} No original: “Las más peligrosas combinaciones tienen lugar entre fenómenos de enajenación política de teóricos con otros de enajenación técnica de políticos, pues generan un vacío que permite dar forma técnica a cualquier discurso político” (ZAFFARONI, 2005, p. 77).

**FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO NAS CADEIAS PRODUTIVAS:
A TEORIA DA CEGURIA DELIBERADA COMO INSTRUMENTO DA TUTELA
PENAL**

*CONTEMPORARY FORMS OF SLAVERY IN THE PRODUCTION CHAINS: THE WILFUL
BLINDNESS DOCTRINE AS AN INSTRUMENT OF CRIMINAL PROTECTION*

Gustavo Lelles de Menezes

Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista- UNESP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista- UNESP. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH. Advogado. Email: lellesunesp@gmail.com

Paulo César Corrêa Borges

Professor Assistente de Direito Penal do Departamento de Direito Público da - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- UNESP. Possui graduação (1990), mestrado (1998) e doutorado (2003) em Direito pela UNESP. Realizou Pós-doutoramento na Universidade de Sevilla - Espanha (2012). Coordenador do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH Promotor de Justiça do MPESP.

Resumo: Muito embora a escravidão tenha sido abolida pela lei áurea em 1888, sua ocorrência persiste. O trabalho escravo adaptou-se às transformações das relações de capital, trabalho e produção ocorridas ao longo dos últimos séculos e tomou novas formas. Tanto é assim, que muitas das situações de trabalho análogo ao escravo, detectadas anualmente no Brasil, são provenientes das cadeias produtivas comandadas nas empresas multinacionais. O trabalho em cadeias de produção (sweating system) se desenvolve em uma pirâmide, cuja característica é a setorização da produção, por meio da terceirização e da subcontratação. Com efeito, essa multinacional comanda toda a produção, direta ou indiretamente, seja estabelecendo os prazos, seja especificando as características dos produtos a serem entregues pelas terceirizadas e subcontratadas. Tendo em vista tal posição hierárquica, não raro, desconfia e até mesmo tem conhecimento dos ilícitos praticados ao longo da cadeia produtiva, todavia os ignora, de modo

a se colocar em estado de alienação proposital diante das situações suspeitas, para que seja beneficiada pelos preços incrivelmente baixos cobrados. Dessa forma, o trabalho escravo se torna um elemento a mais na obtenção do lucro. Assim, conquanto a produção transcenda os limites da empresa tomadora principal, a responsabilidade decorrente da prática do crime previsto no artigo 149 do CP, não deveria se restringir ao dirigente da terceirizada ou subcontratada, mas também a quem comanda a produção e “fecha os olhos” ante a tais práticas criminosas, por agir com dolo eventual. Dessa forma, as nefastas consequências das formas contemporâneas de trabalho escravo, estreitamente relacionadas à ordem econômica e concorrencial e preponderantemente à dignidade da pessoa humana, exigem da dogmática penal, ferramentas aptas a garantir a efetiva tutela. Nesse contexto, insere-se a Teoria da Cegueira Deliberada (Willfuss Blindness), ficção jurídica utilizada para fixar responsabilidade penal, segundo o qual, ante a probabilidade real de um resultado criminoso, o agente nada faz, conquanto finge não perceber determinada situação de ilicitude, sendo beneficiado pela vantagem pretendida. Isto posto, o presente trabalho se propõe a averiguar a (im)possibilidade do uso da teoria da cegueira na aplicação da norma prevista no artigo 149 do CP, com o fito de coibir, no âmbito empresarial, a exploração econômica do trabalho em condições análogas a de escravo e garantir tutela penal dos direitos humanos. Para tanto utilizar-se-á o método dialético com o fito de discutir as diversas nuances que envolvem o uso da teoria, notadamente as discussões sobre configuração do dolo, de modo a tomar os cuidados para uma aplicação responsável, condizente com os postulados do Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: Teoria da Cegueira Deliberada. Trabalho escravo. Cadeias produtivas.

Abstract: Even though the slavery has been formally abolished by the Lei Áurea in 1888 it still occurs. The slave labor adapted itself to the transformations on the capital relations, the work and the production through out the last long centuries and took on new ways. Many labor situations similar to slave labor, detected annually in Brazil, originates from the production chain led by powerful multinational companies. Through the sweating system (work chain) is developed in a pyramid, characterized by sectorized production through outsourcing and subcontract. The multinational companies lead the whole production, directly or indirectly,

even determining expiring dates, products' characteristics shipped by outsourced and subcontracted. Among hierarchy positions, it's not rare the companies' leaders suspect or even acknowledge the crimes committed on the production chain, however ignoring this fact, put their selves in a alienation position in purpose facing those suspect situations, in a way to be benefited by the very low price charged. The slave labor becomes another element to obtain budget. Therefore, as long as production transcends the limits of the main taker company, the responsibility that stems from the practice of the crime provided by article 149 of the Penal Code should not restrict itself to the leader of the third-party or subcontracted company, but also to the one that commands the productions and "closes their eyes" in the face of these criminal practices, by acting with eventual malice. This way, the nefastuous consequences of the contemporary forms of slave labor, strictly linked to the economic and competitive orders and preponderantly to the dignity of the human person, demand, from the criminal dogmatics, tools that are able to guarantee the effective protection. In this context, the Theory of Wilful Blindness, a legal fiction used to fix criminal responsibility, is inserted. According to it, in the face of the real probability of a criminal result, the agent does nothing, while pretending not to notice a certain situation of unlawfulness, being benefited by the intended advantage (Silveira, 2013). Given this, this work proposes to find out the (im)possibility of using the theory of blindness in the application of the law provided by article 149 of the Penal Code, with the purpose of curbing, in business, the economical exploration of labor in conditions analogous to slavery and guaranteeing the criminal protection of human rights. For such, the dialectical method will be used with the purpose of discussing the various nuances that involve the use of the theory, notably the discussions about what is determined as malice, in order to take the precautions for a responsible application, consistent with the principles of the democratic state of law.

Keywords: Willful Blindness. Slave Labour. Sweating System.

INTRODUÇÃO

A escravidão tem seu surgimento atrelado à necessidade da mão de obra, estando constituída por relações nas quais havia a dominação daquelas pessoas consideradas inferiores pelas que detinham mais poder ou posse.

Conforme elenca Raymundo Carlos Bandeira de Campos (2007):

A escravidão é a condição social na qual o indivíduo se encontra dentro de uma sociedade, na sujeição de cativo, utilizando a sua força motriz para fins econômicos e políticos ou na determinação de um status social. Trata-se ainda de um fenômeno histórico bastante extenso e diverso, sendo um tipo de relação social e de trabalho que existe desde os tempos mais remotos da humanidade.

Passados muitos anos de seu surgimento no Brasil essa relação insiste em permanecer. Apesar de a escravidão ter sido abolida, sua ocorrência persiste sob a denominação de “formas contemporâneas de trabalho escravo”, de maneira a se consolidar como um problema que atravessa gerações na história do planeta.

O trabalho escravo adaptou-se às transformações das relações de capital, trabalho e produção ocorridas ao longo dos últimos séculos e tomou novas formas, todavia guardando sua marca mais característica: a violação de direitos humanos fundamentais.

Em virtude disso, como assevera Borges:

As formas contemporâneas de trabalho escravo tem preocupado governos, organismos internacionais e as redes de pesquisa, porquanto degrada a dignidade da pessoa humana, que se torna um elemento a mais na fórmula da obtenção do lucro, que é utilizado como objeto e estratégia para a competição no mercado de produtos e serviços, com baixos custos (BORGES, 2015).

Nesse cenário de preocupações, é que se inserem os diversos Diplomas Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, e que tratam sobre a temática dos direitos humanos e a erradicação do trabalho análogo ao escravo na contemporaneidade, notadamente, as Convenções 29 e 105 da OIT e o Pacto de San Jose da Costa Rica.

Assim, alinhado aos *standards* da comunidade internacional, o legislador pátrio criminalizou a conduta, tipificando no artigo 149 do Código Penal o ato de reduzir alguém a condição análoga a de escravo. E foi além, determinando enquadrar-se no alcance do tipo a

submissão do trabalhador a jornadas exaustivas ou condições degradantes de trabalho, face à extrema gravidade e reprovabilidade de tais atos.

As tentativas de erradicação desse delito que, por sua vez, possui caráter transnacional, também ocorrem no âmbito de atuação do poder executivo, Ministério Público do Trabalho e organizações da sociedade civil. Os esforços podem ser traduzidos pela criação de políticas públicas, tais como os Planos Nacionais para Erradicação do Trabalho Escravo (BRASIL, 2008); pela atuação dos Grupos Móveis de Fiscalização; e pelo Cadastro Nacional dos Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condição análoga a de escravo, amplamente conhecido como “Lista Suja”.

Ocorre que, não obstante as medidas supracitadas, o número de vítimas das violações de Direitos Humanos, por meio de trabalho forçado ou degradante, ainda é extremamente alto. Segundo dados do “Global Slavery Index” (THE GLOBAL, 2016) estima-se que cerca de 161.000 pessoas estejam submetidas à condição análoga a de escravo no Brasil, apesar de, entre os anos de 1998 a 2015, aproximadamente 50 mil pessoas terem sido libertadas (BRASIL, 2015).

Ao contrário do que permeia o imaginário social, a neoescravidão não se concentra exclusivamente em postos de trabalhos rurais exercidos nos rincões do país. Hoje, ela, infelizmente, é uma realidade viva no âmbito das grandes empresas, nas quais o empresariado vislumbrou na mão de obra escrava um nefasto e eficaz meio para maximizar seus lucros.

Os avanços do mundo globalizado criaram um cenário praticamente livre de restrições às multinacionais, de modo a favorecer a expansão de grupos empresariais que ou não se ativam na efetividade e proteção dos direitos humanos ou, até mesmo, promovem sua violação.

É nessa toada que cabe salientar que certas empresas multinacionais assumem posturas ambivalentes no que concerne aos direitos humanos, vez que, ao mesmo tempo em que tem o condão de promover direitos sociais ao gerar empregos, antagonicamente, violam tais direitos na medida em que submetem os trabalhadores à condições análogas às de escravo, incorrendo em uma conduta criminosa.

Com efeito, tem sido uma prática contumaz por parte do grande setor empresarial a inobservância aos direitos humanos para produzir bens mais baratos, conquanto estima-se que

o trabalho análogo ao escravo, na economia privada, gera, a cada ano, US\$ 150 bilhões em lucro (ONU, 2016).

Assim, não é por acaso que muitas das formas de trabalho análogo ao escravo sejam detectadas, anualmente, no âmbito das cadeias produtivas de modernas atividades econômicas, nas quais, em seu ápice, figura uma empresa transnacional que se beneficia diretamente com tal prática criminosa (GOMES, 2017).

O trabalho em cadeias de produção (*sweating system*) se desenvolve em uma pirâmide, em que há a setorização da produção, de maneira que as ações ocorrem, em geral, em três ou quatro níveis, ou tantas vezes subdivididos, chegando a relações poligonais, com muitas empresas.

A setorização do trabalho nas cadeias produtivas apresenta estreita correlação com o desrespeito proposital aos direitos humanos, posto que se utilizam de práticas criminosas, com o fito de diminuir custos de mão de obra para atrair investimentos e possuir maior destaque na concorrência com outras empresas.

Tanto é assim que, dos 10 maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravos entre 2010 e 2013, em 90% dos flagrantes, as vítimas eram trabalhadores terceirizados (FILGUEIRAS, 2017).

Tal realidade é elucidada no bojo de ação cautelar ajuizada pela empresa Zara em face da União, afim de ver declarada a nulidade de auto de infração administrativo que reconheceu a prática de trabalho análogo ao escravo no âmbito de sua cadeia produtiva.

No referido litígio, o desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros bem salientou o ambiente de violação massiva de direitos que circunda as cadeias de produção de empresas multinacionais, bem como ratificou a necessidade de interferência do direito penal em tais casos, posto sua gravidade. Assim elencou:

É notório o drama vivido pelos trabalhadores da indústria da moda, nas chamadas sweatfactories, que alimentam as grandes grifes e cadeias produtivas de lojas de vestuário e acessórios em todo mundo. A precarização do trabalho, com a supressão generalizada de direitos em toda a cadeia produtiva não é garantia de crescimento econômico, mas sim, de transferência de renda, com enriquecimento de alguns em detrimento da miséria de muitos (...)

E não há como desconectar essa exploração da força de trabalho em condição análoga a de escravidão, do resultado perseguido pela recorrente, que se traduz na oferta constante de produtos baratos para seus consumidores, com aumento exponencial da lucratividade, a torná-la passível de responder criminalmente pelo tipo penal correspondente.” (TRT2- 200016629125020003 São Paulo-SP; Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros; julgamento em 07/11/2017; 4 Turma; Publicação: 17/11/2017).

A reestruturação produtiva, empreendida pela globalização, e pelas alterações legislativas brasileiras na seara trabalhista, acabou por tornar o trabalho precarizado, fragmentado e flexível, de modo que a dignidade humana figura como o elemento central atingido pelas mudanças no plano laboral, posto sua interligação.

Inegável que, de certo modo, empresas constituem força motriz da economia mundial, de maneira a promoverem a criação e circulação de bens, serviços e riquezas, assumindo posição indispensável em um mundo cada dia mais globalizado. Entretanto, a prática de uma série de crimes por meio das empresas e seus dirigentes – dentro os quais o trabalho escravo- é uma realidade que não se pode ignorar.

Dentro desse contexto, é que o crime de trabalho escravo assume perfil econômico-financeiro, conquanto o sujeito ativo subjuga a vítima com a finalidade de obter lucro na realização de sua atividade econômica e/ou financeira.

No âmbito do crime de trabalho escravo, o que se observa é a ineficácia do direito penal no que concerne ao cumprimento de sua função de prevenção geral na tutela da dignidade.

Tal falência está relacionada tanto com os problemas de conceito dogmático levado a cabo pela Lei 10.830/2003, como também pela inefetiva persecução. A propósito, raras são as condenações pela prática do crime previsto no art. 149, CP, “o que demonstra que o Direito Penal tem falhado, também, em suas funções retributiva e de prevenção geral (PALAZZI; ANTUNES, 2013).

A situação se mostra mais complexa, conquanto os crimes inseridos no contexto do direito penal econômico- e nisso se inclui o trabalho escravo- estão albergados no campo da problemática da omissão e da demonstração de consciência e vontade do agente.

Por isso, busca-se compreender se o direito penal teria o condão de garantir maior efetividade na proteção da dignidade e liberdade do trabalhador diante das formas

contemporâneas de trabalho escravo. É possível empreender com êxito a tutela penal dos direitos humanos?

A teoria da cegueira deliberada desponta, então, no ceio de tal indagação. Importada do ordenamento jurídico norte- americano (lá referida como Willful Blindness ou Ostrich Instructions) assevera o raciocínio segundo o qual atua dolosamente o agente que preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado voluntariamente numa posição de alienação diante de situações suspeitas, procurando não se aprofundar no conhecimento das circunstâncias objetivas, sendo beneficiado pela vantagem pretendida (LAUFER, 2009).

Ora, no âmbito das cadeias produtivas, conquanto a produção transcende os limites da empresa tomadora principal, responsabilidade decorrente da prática do crime previsto no artigo 149, CP deveria se restringir apenas o dirigente da terceirizada ou subcontratada? Ou quem comanda a produção e propositalmente “fecha os olhos” ante a tais práticas criminosas, também deveria ser responsabilizado penalmente?

Não raro, a ramificação estrutural da produção culmina em facilitar a “blindagem” da empresa multinacional e de seus dirigentes, principalmente contra a responsabilidade penal. Por isso, é que se busca harmonizar a figura da teoria da cegueira deliberada à imputação do crime previsto no artigo 149 do Código Penal.

ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TERORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA.

1.1 O Surgimento no Direito Anglo-Saxão: os casos da Inglaterra e Estados Unidos da América

De pronto, importa situar a teoria da cegueira deliberada historicamente, pois demonstrará qual o contexto de seu surgimento e de suas primeiras aplicações.

O embrião da Teoria da Cegueira Deliberada se dá na Inglaterra, ano de 1861, no conhecido caso Regina v. Sleep, o qual tratou-se da relação de equiparação entre desconhecimento intencional e conhecimento pleno. No referido evento, Sleep, um ferreiro, foi acusado de ter cometido o crime de malversação de bens públicos, porquanto teria colocado em

uma embarcação barris que continham cobre, os quais estavam marcados com o símbolo do Império Britânico. Em decorrência disso, o júri determinou sua condenação pela prática do aludido crime. Todavia, por meio do manejo de recurso o acusado aduziu que desconhecia a existência das marcas do Império nos objetos que transportava. Nesse ínterim, ao apreciar o pedido o juiz do caso determinou a revogação da decisão do júri, pautado pela inexistência de elementos suficientes a comprovar que Sleep se absteve intencionalmente de obter tal conhecimento. Destarte, verifica-se que primeira discussão acerca da teoria da cegueira deliberada, tendo em vista a discussão sobre a possibilidade de equiparação do desconhecimento intencional com conhecimento pleno. Nesse sentido, conforme aduz Silveira (2016):

Apesar de considerar-se que o crime exigia o conhecimento do agente sobre o fato dos bens vistos como do Estado, a decisão ponderou sobre a equiparação da abstenção de se buscar o devido conhecimento como um sendo o próprio e verdadeiro conhecimento, estipulando-se, pela primeira vez, uma noção de cegueira deliberada.

Nos Estados Unidos da América, caso paradigmático envolvendo a *willful blindness*, despontou no ano de 1899 no âmbito de uma resolução da Suprema Corte Norte Americana, no bojo do litúgio *Spurr v. United States*. Na qualidade de presidente do *Commercial National Bank of Nashville*, Spurr teria certificado cheques emitidos por uma pessoa jurídica sem a devida verificação da existência de fundos para tanto, o que rendeu sua condenação. O caso foi levado à Suprema Corte que, por sua vez, asseverou que tudo dependeria do propósito do agente, vale dizer, caso a sua intenção fosse visar os cheques para que o emissor obtivesse dinheiro do banco, lhe poderia ser imputada a vontade específica de violar a lei. Assim, foi consignado na referida decisão que nos casos em que o agente se coloque propositalmente em estado de ignorância acerca da existência ou não de ativos na conta bancária do cliente ou demonstre indiferença crassa (*grossly indifferent*) quanto ao seu dever de garantir-se de tal circunstância, a intenção de visar cheques sem fundos poderia ser presumida. Ou seja, passou-se a entender que a ignorância equivaleria ao conhecimento em si; que Spurr poderia ter sido condenado caso tivesse “fechado os olhos” para o questionamento sobre a existência de saldo, posto que fato penalmente relevante.

Cumprido ressaltar que na casuística aqui aventada a teoria da cegueira deliberada não foi aplicada, conquanto o agente foi absolvido. Todavia, criaram-se as bases para seu desenvolvimento, uma vez que os julgadores tangenciaram explicitamente a temática e asseveraram pela possibilidade de sua aplicação em determinadas circunstâncias.

Com a evolução da teoria na jurisprudência estadunidense foram criados pressupostos mais firmes para sua aplicação. Nesse sentido, ante julgamento de casos como *Leary v. United States*; *Turner vs. United States* e *United States v. Jewell* (inclusive considerado por alguns como a construção mais firme e reconhecida da Wilfull blindness) os entendimentos jurisprudenciais foram no sentido de que para o reconhecimento e aplicação da Teoria seria necessária a presença de alguns requisitos, quais sejam: a suspeita justificada do agente sobre a concorrência de sua conduta aos elementos objetivos necessários para a realização de um determinado tipo penal; a disponibilidade (as informações e meios que o sujeito deliberadamente ignorou, devem estar ao seu alcance); e a motivação para permanecer no estado de ignorância sobre os fatos.

Ademais, insta salientar que criação do *Model Penal Code*, por meio do *American Law Institute*, está relacionada com a criação de pressupostos para a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada. É que no âmbito da common law estadunidense não há a definição legislativa de dolo, assim, por meio do referido *Códex* (que não se mostra como lei) foram estabelecidas noções dentro do que poderia se ter como dimensão subjetiva de avaliação, vale dizer, a *mens rea*. Silveira (2016), elenca que existem quatro graus de subjetividade:

1) como uma noção de intencionalidade – purposely; 2) como o conhecimento certo – knowingly – de um resultado delitivo; 3) como irresponsabilidade frente aos efeitos do risco criado – recklessly; ou, ainda, 4) como negligência – negligently. 20 Tais dados serão, sim, fundamentais para a consideração futura sobre a cegueira deliberada.

Além disso, a aplicação do *Model Penal Code* aliada à realidade jurisprudencial passou a centrar as noções de “probabilidade” quanto à incidência da Teoria.

Na visão de Silveira (2016), tendo em vista tais características do surgimento e aplicação da *Ostrich Instructions*, ela não se trataria de um simples “fechar de olhos” acerca de um fato possível, mas sim tratar-se-ia de uma maneira de traçar um equivalente do

conhecimento, calcado em uma alta probabilidade de presença deste. Ainda, aduz o aludido autor que trata-se de aferimento da existência de conhecimento e não de um querer.

2.2 A Teoria da Cegueira Deliberada no Civil Law: a experiência espanhola.

Muito embora essa tese tenha origem no direito consuetudinário, diversos países adeptos à civil law vêm aplicando a Teoria, à exemplo da Espanha.

Ragués I Vallès (REFERENCIAR), ensina que no frígido das discussões sobre a willful blindness doctrine nos Estados Unidos da América, houve a importação dos postulados dessa teoria pelo ordenamento jurídico espanhol, mais especificamente na Segunda Sala do Tribunal Supremo na Sentença de 10.12.2000. Na ocasião discutiu-se a condenação de um cidadão pelo crime de receptação, conquanto teria transportado vultuosa quantidade de dinheiro proveniente de tráfico de drogas. Em sua defesa, alegou que não detinha conhecimento acerca da ilicitude do dinheiro. No caso, a Corte entendeu que o agente se colocou em situação de ignorância deliberada e se beneficiou de tal situação, porquanto recebera uma considerável porcentagem do valor para realizar o transporte. Dessa forma, determinou a condenação do réu por aplicação direta e explícita da Teoria da Cegueira Deliberada.

No ensejo, colacionamos trecho da sentença, a qual aduz o seguinte:

En la entrega del dinero a José J., Miguel estuvo acompañado de Hebe, y José J. cobrara un 4% de comisión. La Sala extrae la conclusión de que José J. tuvo conocimiento de que el dinero procedía del negocio de drogas -cosa que él niega- de hechos tan obvios como que la cantidad era muy importante y de la naturaleza claramente clandestina de las operaciones, por lo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación -cobraba un 4% de comisión-, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio em que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias.

Posteriormente à essa, surgiram outras decisões que, equiparavam a cegueira deliberada ao dolo eventual, tais como STS de 16.10.2000, STS de 22.05.2002, ou STS de 04.07.2002.

Todavia, com o passar do tempo essa concepção sofreu alterações, de maneira que a jurisprudência espanhola passou a entender a cegueira deliberada como uma figura *sui generis*, que teria o condão de complementar uma zona cinzenta do próprio dolo eventual (ROCHEFORT, 2002). Isso se deu, em virtude da dificuldade de distinção entre dolo eventual e culpa consciente, além do fato de o sistema de common law não possuir um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental. Nesse sentido, explica Silveira (2016) que:

Ora, o sistema de common law não possui um sistema valorativo equivalente ao dolo eventual continental, logo, impossível seria afirmar-se que a cegueira deliberada se portaria como se dolo eventual fosse. Para o autor, a ideia de noção e previsibilidade é sempre levada em conta na distinção entre intenção e irresponsabilidade, o que faz cair por terra a pretensa equiparação.

APLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, a primeira aparição da Teoria da Cegueira Deliberada no âmbito dos tribunais ocorreu no julgamento da Apelação Criminal ACR n 5520/CE pelo Tribunal Regional Federal da 5 Região. Tal caso discutiu a condenação de gerentes de uma concessionária que venderam onze veículos aos agentes responsáveis pelo furto do Banco Central, ocorrido na cidade de Fortaleza. Na ocasião os agentes do crime de furto efetuaram a compra dos automóveis com o intuito de transportarem os valores subtraídos e empreender fuga para outros estados. Ocorre que o pagamento da venda dos automóveis teria sido realizado à vista e em dinheiro aos gerentes do estabelecimento.

O juiz de primeira instância condenou os gerentes aplicando a Teoria da Cegueira Deliberada. Dessa forma, entendeu que os agentes intencionalmente fecharam os olhos para um fato óbvio, ou seja, na visão exarada pelo magistrado, os gerentes preferiram se beneficiar da situação à tomar alguma atitude frente àquela situação penalmente relevante, agindo com cegueira proposital e deliberada ante à grande probabilidade de os valores serem de origem ilícita.

Os gerentes foram condenados pela prática do crime de lavagem de dinheiro, todavia, todavia o Tribunal reformou a condenação de forma a afastar a incidência da cegueira deliberada, referendando o seguinte:

[...] a 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.

Nota-se, assim, as divergências entre o tema que, por sua vez, evidenciam o plano de fundo nebuloso pelo qual surge a teoria

A Cegueira deliberada, todavia, tomou maior notoriedade no julgamento da Ação Penal 470, na qual foi examinada e admitida expressamente por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do crime de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, foram os votos do ministro Celso de Mello e da ministra Rosa Weber (fls. 1273 do acórdão).

Inclusive, na ocasião foram esboçados pressupostos para aplicação da referida Teoria, dentre os quais: a ciência do agente quanto a elevada probabilidade de que bens direitos ou valores provenham de crime; o atuar em forma indiferente a esse conhecimento; a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa (fls. 1273 do acórdão).

Assim, conforme elenca Pierpaolo Cruz Bottini (2013):

a cegueira deliberada parece encontrar espaço potencial na jurisprudência pátria. Embora a teoria tenha sido mencionada de passagem por poucos ministros, seus fundamentos não foram rechaçados, apontando para uma possível incorporação ao conceito de dolo das situações em que o agente não conheça os elementos típicos por deliberação expressa.

Mais recentemente, a Cegueira Deliberada tem sido aplicada no âmbito da Operação Lava Jato, na qual o Juiz Sérgio Moro tem se valido dos postulados da teoria para condenar os réus pela prática, em tese, do crime de lavagem de dinheiro.

Assim, ante a decisão da Suprema Corte brasileira quanto os desdobramentos da aludida operação, abrem espaço para a aplicação da teoria da cegueira deliberada no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, de forma a intérprete e do acadêmico reflexões urgentes sobre o tema, em especial diante dos institutos jurídicos nacionais (BOTIINI, 2013).

4. A VALIDADE DOGMÁTICA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Analisar a validade dogmática da teoria da cegueira deliberada no ordenamento jurídico brasileiro não é tarefa fácil, todavia é medida que se impõe. Dessa forma, a resposta para tal questionamento parece ser negativa.

Por primeiro, insta salientar que a teoria em estudo tem surgimento numa tradição jurídica diferente da que vige no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, enquanto a cegueira deliberada surge no common law o Brasil está inserido no civil law. Desta feita, cabe apontar que devido às peculiaridades da Teoria da Cegueira Deliberada somadas ao seu nascedouro não se pode pura e simplesmente acoplá-la ao ordenamento jurídico brasileiro.

A conceituação de cegueira deliberada não é tão precisa quanto se pretende fazer crer em um seu simples transplante à realidade brasileira.

No caso da aplicação da teoria no âmbito do ordenamento estadunidense, há que se analisar os seus pressupostos de aplicação. De antemão cumpre salientar que não existe uma definição específica de dolo, posto que, o direito na *common law* é construído precipuamente por meio da jurisprudência. Outrossim, a despeito disso, o Modal Penal Code, instituiu critérios firmes para a caracterização da cegueira deliberada, dentre eles o conhecimento de alta probabilidade. Nesse ínterim, não se define como elemento necessário da caracterização da cegueira deliberada, o elemento volitivo, qual seja, a vontade. Nesse aspecto ensina Silveira (2016) que:

a cegueira deliberada não diz respeito a um simples fechar de olhos acerca de um fato possível. Diz, sim, respeito a uma forma de se traçar um equivalente do conhecimento, baseado em uma alta probabilidade da presença deste. E, recorde-se. É o conhecimento, e não um querer, que se mostra como basilar para a possibilidade de imputação em termos da common law.

Parte da doutrina e da jurisprudência brasileira equiparam chamada *cegueira deliberada* (*wilfull blindness*). ao dolo eventual. Todavia, no Brasil, formalizou-se o entendimento sobre dolo no art. 18, I, do Código Penal. Lá, como repetidamente se menciona, tem-se,

expressamente, que se considera crime doloso quando a agente quis o resultado (vontade) – dolo direto – ou assumiu o risco de produzi-lo – dolo eventual (SILVEIRA, 2016).

Dessa forma, tendo em vista a existência de um conceito positivado de dolo, não é permitida uma interpretação que estenda esse conceito, ou seja, não é possível a interpretação extensiva de dolo. O anseio de ampliação do jus puniendi do Estado para o alcance de um maior número de condutas delitivas não é fundamento legal e legítimo para que a jurisprudência possa estender o conceito de dolo e albergar a cegueira deliberada nele.

Além da proibição da interpretação extensiva, o ato de estender o conceito do dolo positivado encontra óbice, também, na vedação da analogia *in malam partem*.

A construção jurisprudencial da Teoria da Cegueira Deliberada nada mais é que uma interpretação extensiva do conceito de dolo, pois, uma vez que o dolo é conceituado na parte geral do Código Penal Brasileiro como querer e conhecer, não pode o intérprete da lei (o juiz) considerar um eventual não conhecimento de determinado pressuposto fático, por qualquer razão que seja, como conhecimento para fundamentar um decreto condenatório. A proibição da interpretação extensiva, assim como ocorre na proibição analógica, é uma forma de evitar a criação de preceitos que ampliem de alguma maneira a punibilidade do agente, como os conceitos de tentativa (art. 14, II, CP), participação (art. 29 do CP) e dolo (art. 18, I, CP) (AROUCK, 2016)

Ainda, no que se refere à experiência espanhola, cumpre esclarecer que a aplicação da aludida Teoria pela jurisprudência daquele país, se deu em virtude de que a despeito de ser um ordenamento jurídico de tradição civil law o conceito de dolo não é definido de maneira rígida e positivada na legislação. Por isso, que foi possível a construção e aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada, primeiro como uma analogia ao dolo eventual e posteriormente como uma figura *sui generis*.

5. A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COMO INSTRUMENTO DA TUTELA PENAL DO TRABALHO: UMA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA*.

No direito penal do trabalho, o primeiro destinatário da norma é o empresário/dirigente, porquanto o exercício de sua atividade o coloca em posição de garantidor direto, inclusive naquelas situações mais delicadas que envolvem a salvaguarda dos interesses daqueles sujeitos que formam parte da estrutura da empresa (TERRADILLOS BASOCO, 1998).

A prática de crimes no contexto do exercício de atividade econômica organizada na forma de sociedade empresária, âmbito dominado pela divisão de funções e tarefas, implica na contribuição de várias pessoas para a ocorrência do resultado ilícito, seja por meio de contribuições comissivas ou omissivas. Essa nota comum apresenta vários desafios para a firmamento de uma responsabilidade penal, calcada que está na imputação individual e subjetiva de um resultado a um sujeito culpável (ESTELLITA, 2017).

Esta situação se torna ainda mais complexa no âmbito das cadeias produtivas, tendo em vista a possível construção desta posição de garante do dirigente da multinacional, conquanto através da cadeia de contratos, cria-se um elo de subordinação jurídica estrutural, que se manifesta “pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de serviços independentemente de receber suas ordens diretas, mas acolhendo estruturalmente sua dinâmica de organização e funcionamento” (DELGADO, 2006). Situação mais nítida ainda se refere aos casos em que há a formação de um monopólio.

Assim, conjugam-se os postulados da eficácia diagonal dos direitos fundamentais (CONTRERAS, 2011), de forma que a força de tal instituto seria um elemento a mais no reforço da colocação do tomador de serviços no âmbito das cadeias produtivas, em situação de responsável pelo zelo e garantia dos direitos humanos desses trabalhadores, implementando sua posição de garante não só para fins trabalhistas e cíveis, mas também para fins penais.

Com efeito, conforme aduziu a Procuradora do Trabalho Christiane Nogueira, o meio mais eficiente para erradicar o trabalho escravo está relacionado com políticas de combate envolvendo as cadeias produtivas das empresas. Nesse sentido, aduz que, a despeito de já existirem decisões judiciais que responsabilizam o tomador final do serviço nos âmbitos civil e trabalhista, é imprescindível que haja a responsabilização criminal (REPORTER BRASIL,

2017). Afinal, os elos finais das cadeias produtivas que se utilizam do trabalho escravo, são os que mais se beneficiam com a exploração dessa mão de obra e, não raro, tem conhecimento da ocorrência dessa violação de direitos humanos, todavia se omitem ou se colocam em situação de alienação frente a atos penalmente relevantes de maneira a criar barreiras para que tenham ciência de tais ocorridos.

A resposta penal deve se configurar como caráter subsidiário, frente àquelas infrações que sejam especialmente graves, e não se tem dúvida que tal gravidade se faz presente no caso do crime de trabalho escravo, em que as violações superam o âmbito administrativo e trabalhista e entram na seara da tutela penal dos direitos humanos.

O trabalho escravo é um crime de caráter transnacional, podendo ser classificado como um crime de colarinho branco, posto que no âmbito das cadeias de produção (globais ou locais) é praticado por agentes sob a proteção de complexos e poderosos grupos econômicos ou do aparelhamento estatal.

As violações ocorridas no contexto empresarial estão relacionadas às mudanças ocorridas na configuração da sociedade, fruto da globalização. Assim, no âmbito dos delitos empresariais nota-se uma alteração no padrão de crime do direito penal clássico, posto que o crime de resultado, comissivo e doloso deu lugar para o crime de perigo, omissivo, marcados principalmente, pela dificuldade de obtenção de provas acerca do dolo e da individualização das condutas dos agentes.

Todos os crimes comissivos, inclusive o crime de trabalho escravo, podem ser praticados também por omissão, constituindo a figura do crime comissivo por omissão. Assim, tendo em vista a presença de um dever especial que pesa sobre o empregador/tomador de serviços da cadeia produtiva, cabe à ele, no mínimo, evitar a ocorrência ou a produção de um resultado vedado pela lei. Nesse sentido, é que o empregador/tomador assume responsabilidade pelas fontes produtoras de perigo, que conforme elucida Tavares (2012, p.316) “pressupõe um dever de vigilância a objetos ou pessoas, que se encontrem a ele subordinados, de modo que possa esperar, em virtude disso, um estado de segurança”.

Ora, quer-se dizer que os casos em que o agente se omite quando devia e podia tomar alguma providência legal ou buscar conhecimento de determinada informação, em razão de sua autocolocação em estado de ignorância frente aos atos penalmente relevantes, é algo que não se pode tolerar.

O lucro buscado pelos sujeitos ativos se fundamenta em novas formas de condutas que se modernizam a cada dia. Na atualidade, o trabalho escravo assume várias facetas e a ordem jurídico-penal responsável por combater tal violação aos direitos humanos, deve incorporar essa realidade. As modernas formas de exploração do trabalho escravo demandam formas condizentes de repressão e de prevenção, contrárias a essa modalidade de violência que atenta contra a dignidade da pessoa humana.

Embora tenha sido demonstrada a incompatibilidade da Teoria da Cegueira Deliberada com o ordenamento jurídico pátrio, isso não exclui sua eventual implementação futura, por meio de alteração legislativa, justamente em razão de seu potencial em realizar contraposição à atitudes que deveriam ser penalmente relevantes, tais como o desconhecimento intencional por parte do agente do crime de trabalho escravo que, ao proceder dessa forma, pretende se eximir da responsabilidade penal.

Os maiores obstáculos que permeiam a Teoria e impossibilitam sua aplicação residem no aspecto legal, vale dizer, precipuamente no conceito restritivo de dolo sob a ótica da teoria da vontade e do consentimento.

Assim, para que seja possível sua aplicação é necessário que o legislador modifique a norma penal, de forma a estender o conceito de dolo para abarcar situações nas quais o agente preenche o tipo objetivo ignorando algumas peculiaridades do caso concreto por ter se colocado voluntariamente numa posição de alienação diante de situações deveras suspeitas, ou seja estados de desconhecimento provocados por desinteresse, indiferença ou falta de escrúpulos.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Bottini, lançando mão às lições de Ragués y Vallés (2013):

Ragués y Vallés, ao tratar da cegueira deliberada na Espanha, país que adota conceitos dogmáticos similares aos brasileiros, aponta para a necessidade de repensar as categorias de *dolo* e *culpa*, indicando a possibilidade de criar novas modalidades de *imputação subjetiva*, com consequências jurídicas diferentes. Com isso, evitar-se-ia o alargamento do *dolo* para abrigar situações evidentemente dispare, como o dolo direto e a cegueira deliberada, com todos os problemas de *proporcionalidade* envolvidos nesta equiparação.

Ainda, sobre a temática cabe destacar a crítica feita por Jakobs (1995) à figura do erro de tipo previsto no Código Penal Alemão, mas que se encaixa perfeitamente à questão da aplicabilidade da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, conquanto questiona a necessidade de se ter como penalmente relevante o desconhecimento provocado :

resulta inaceitável que estes desconhecimentos obtenham um tratamento tão benigno, já que isso constitui um benefício que não se pode justificar axiologicamente, se não a partir do interesse do legislador em estabelecer uma fronteira clara e não complicada entre dolo e imprudência; resulta um contrassenso que o desconhecimento atribuível a indiferença exonere e, em contrapartida, os conhecimentos devidos a um excesso de escrúpulos por parte do sujeito permitam fundamentar uma condenação por delito doloso.

Cumprе ressaltar que a modificação legislativa deverá ser acompanhada pelo amadurecimento da jurisprudência no sentido de pautar a aplicação da Teoria em conformidade com as regras do devido processo legal, das garantias fundamentais e do Estado Democrático de Direito, para que não se incorra em responsabilidade penal objetiva.

Nesse contexto, deve-se dar maior atenção a essa “nova” figura, valorando a possibilidade e a conveniência de incorporá-la no Direito Brasileiro.

6. CONCLUSÃO

A despeito dos esforços realizados com o objetivo de erradicar o trabalho em condições análogas ao de escravo, essa violação atroz de direitos humanos, infelizmente, ainda se faz presente em todas as regiões do país.

Com efeito, conforme aduziu a Procuradora do Trabalho Christiane Nogueira, o meio mais eficiente para erradicar o trabalho escravo está relacionado com políticas de combate envolvendo as cadeias produtivas das empresas. Nesse sentido, aduz que, a despeito de já existirem decisões judiciais que responsabilizam o tomador final do serviço nos âmbitos civil e trabalhista, é imprescindível que haja a responsabilização criminal (REPORTER BRASIL, 2017). Afinal, os elos finais das cadeias produtivas que se utilizam do trabalho escravo, são os que mais se beneficiam com a exploração dessa mão de obra e, não raro, tem conhecimento da ocorrência dessa violação de direitos humanos, todavia se omitem ou se colocam em situação de alienação frente a atos penalmente relevantes de maneira a criar barreiras para que tenham ciência de tais ocorridos.

O lucro buscado pelos sujeitos ativos se fundamenta em novas formas de condutas que se modernizam a cada dia. Na atualidade, o trabalho escravo assume várias facetas e a ordem jurídico-penal responsável por combater tal violação aos direitos humanos, deve incorporar essa realidade. As modernas formas de exploração do trabalho escravo demandam formas condizentes de repressão e de prevenção, contrárias a essa modalidade de violência que atenta contra a dignidade da pessoa humana.

A despeito da impossibilidade de aplicação da Teoria d Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, sustenta-se sua introdução de lege ferenda, posto constituir um importante instrumento na tutela penal dos direitos humanos, mais especificamente no que se refere à erradicação do trabalho escravo e punição daqueles que se beneficiam desta pratica espúria de violação de direitos humanos.

Todavia, salienta-se que sua possível e futura aplicação devera sempre estar calcada nos postulados do Estado Democrático de Direito respeitando as garantias fundamentais de forma que seu uso não sirva pura e simplesmente para uma condenação mais expedita.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AROUCK, Vinícius. A Teoria da cegueira deliberada e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <http://porciuncula.net/a-teoria-da-cegueira-deliberada-e-sua-aplicabilidade-no-ordenamento-juridico-patrio/>

BORGES, Paulo César C **Formas contemporâneas de trabalho escravo**. São Paulo : Cultura Acadêmica; NETPDH, n. 4, 2015. (Tutela Penal dos Direitos Humanos)

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Processo nº 200581000145860, ACR5520/CE – 2ª Turma. Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira. Julgado em: 09 de setembro de 2008. **Diário da Justiça**, 22 out. 2008, p. 207.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Trad. Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro. São Paulo: LTr, 2005.

FIGUEIRAS, Ricardo Rezende et. al (Org.). **Discussões Contemporâneas sobre Trabalho Escravo: Teoria e Pesquisa**. Rio de Janeiro: Muad X, 2016.

GOMES, Rafael de Araújo. **Trabalho Escravo e o Sistema Financeiro**. In: Combate ao Trabalho Escravo: conquistas, estratégias e desafios/ Cristiano Paixão, Tiago Muni Cavalcanti, organizadores.- São Paulo: Ltr, 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 138)** – volume 2- 2. Ed- São Paulo: Saraiva, 2018.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teorias de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 314-316.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marinade Andrade. Fundamentos de Metodologia Científica. 5ª edição, São Paulo : Atlas, 2003.

LAUFER, Christian; SILVA, Robson A. Galvão da. A teoria da cegueira deliberada e o direito penal brasileiro. In **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 204, p. 10-11, nov., 2009.

PALAZZI, Leonardo; ANTUNES, Leonardo Leal Peret. Trabalho escravo exige garantia de efetividade da tutela. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-23/trabalho-escravo-exige-instrumentos-garantir-efetividade-tutela>

PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. La estructura de la teoría del delito en ámbito jurídico del “Common Law”. Granada: Comares, 2002.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

_____. La ignorancia deliberada en derecho penal. Barcelona: Atelier, 2007.

_____. Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. Discusiones XIII. Ignorancia deliberada y derecho penal, 2015.

SEGGATTI, Ana Elisa Brito; *et al.* Reflexões sobre a responsabilidade na cadeia produtiva. In: Discussões contemporâneas sobre trabalho escravo: teoria e pesquisa. Ricardo Rezende Figueira, *et al* (Org.). 1. Ed.-Rio de Janeiro: Mauad X, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim do IBCCRIM n° 246 – maio/2013

SILVEIRA, Renato Melo Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da operação lava jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 122, São Paulo, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.10.PDF. Acesso em: 28/09/2018

REPORTER BRASIL. **Procuradores defendem responsabilização civil trabalhista e criminal dos elos finais das cadeias produtivas flagradas com trabalho escravo**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/11/procuradores-defendem-responsabilizacao-civil-trabalhista-e-criminal-dos-elos-finais-das-cadeias-produtivas-flagradas-com-trabalho-escravo/>> Acesso em: 07/02/2018

ROBBINS, Ira P. **The Ostrich Instruction**: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea. The Journal of Criminal Law and Criminology, 81, (1990), p.196; ver também:

MARCUS, Jonathan L. **Model Penal Code Section**. The Yale Law Journal. Vol.102. June, 1993, p. 2233-2234; e EDWARDS, J. Ll. J. (1954) Criminal Degrees of Knowledge. **The Modern Law Review** 17, p.298 ss.

TAVARES, Juarez. Teoria dos crimes omissivos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TERRADILLOS BASOCO. Direito penal do trabalho. Revista Penal, Madrid, n. 1, p. 77-90, 1998.

THE GLOBAL SLAVERY INDEX. **A country by country estimate of the number of people living in modern slavery today.** Disponível em: <<https://www.globalslaveryindex.org/index/>> Acesso em: 15/06/2017

ZAFFARONI, Eugenio Raul. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte geral. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**O TRATAMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA DA LESÃO NO BRASIL: a
incompatibilidade com a intervenção mínima.^{xv}**

*THE TREATMENT OF INSIGNIFICANCE INJURIES IN BRASIL: the incompatibility with
the minimum intervention.*

Núbio Pinhon Mendes Parreiras

Advogado. Cursando disciplina isolada em Direito Penal no PPG-Puc-Minas. Especialista em
Ciências Penais pelo IEC-Puc-Minas. nubiomendes@yahoo.com.br

Dorcas Marques Almeida

Advogada. Especialista em Direito Penal e Processual Penal – Cândido Mendes. Mestranda
em Direito Penal – PUCMINAS. Bolsista da CAPES. dorcasalmeida.adv@gmail.com

Resumo: O presente trabalho visa analisar a recepção das agências brasileiras de criminalização primária e secundária à insignificância da lesão ao bem jurídico como fundamento para exclusão da tipicidade. Para tanto, inicia-se com uma breve retrospectiva da evolução histórica do conceito de bem jurídico-penal. Após, passar-se-á a um estudo sobre o conceito do princípio da intervenção mínima para demonstrar como ele fundamenta a exclusão da tipicidade penal diante de lesões insignificantes nas Democracias modernas. Com isto, será possível uma análise da recepção, jurisprudencial – especialmente dos Tribunais Superiores –, e legal – como o PLS nº 236/2012 do Senado, que visa uma reforma global do Código Penal vigente – da noção de insignificância da lesão ao bem jurídico como causa para exclusão da tipicidade (art. 26). Perceber-se-á que o entendimento que tem aos poucos se consolidado, tanto da jurisprudência (como no HC 118853/ES do STF, ou nos HC 107779/RS e HC 92438/PR do STJ), quanto no âmbito legislativo – como no referido projeto, à exceção da letra “b”, que não foi incluída no referido art. 26 – tem sido no sentido de exigir cinco condições objetivas para afastar a tipicidade, sendo: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, (d)

inexpressividade da lesão jurídica provocada, (e) o agente com primariedade e bons antecedentes. Assim, constatar-se-á que, quando as agências brasileiras de criminalização primária e secundária têm recepcionado a insignificância, ao invés de focar na afetação ao bem jurídico, o têm feito, além de com considerações de Direito Penal de Autor (BUSATO, 2017, p. 62), com critérios tautológicos que praticamente inviabilizam o reconhecimento do princípio. Tal situação acaba por, naturalmente, desconsiderar a tipicidade material, a ponto de flertar com o funcionalismo sistêmico de Jakobs (2016) – na medida em que menospreza o bem jurídico. Ou seja, o objetivo do trabalho é demonstrar que a recepção jurisprudencial e legal da insignificância tem sido de forma incompatível com o princípio da intervenção mínima.

Palavras-chave: Lesividade insignificante. Bem jurídico. Intervenção mínima. Tratamento no Brasil.

Abstract: This present work aims to analyse the reception of the Brazilian agencies of primary and secondary criminalization to the insignificance of the lesion to the legal good as a basis for “exclusão típica”. For that, it begins with a brief retrospective of the historical evolution of the concept of legal-criminal good. Afterwards, a study will be carried out on the concept of the minimum intervention principle to demonstrate how it is bases the exclusion of the “criminal type” from insignificant injuries in modern democracies. With that, it will be possible one analyse of the reception, jurisprudential – especially of the Superior Courts –, and legal – as the Senate “PLS nº 236/2012”, that aims a global reform of vigent “Criminal Code” – of the notion of insignificance of legal goods injury as basis to the “exclusão típica” (“art. 26”). It will be seen that the understanding that has gradually been consolidated, jurisprudential (as on “HC 118853/ES” by STF, or on “HC 107779/RS and HC 92438/PR” by STJ), and legislative scope – as in the mentioned project, with the exception of letter “b”, that wasn’t included on the referred “art. 26” – have been in the sense of requiring five objective conditions for the “tipo penal”, being: (a) minimum offensiveness of the agent's conduct, (b) no social hazard of action, (c) reduced degree of reprovability of behavior, (d) inexpressiveness of the “lesão jurídica” caused, (e) the agent with primary and good antecedents. Thus, it will be seen that when

Brazilian primary and secondary criminalization agencies have received insignificance, instead of focusing on the affectation of the legal good, have done so, in addition to considerations of “Direito Penal de Autor” (BUSATO, 2017, p. 62), with tautological criteria which make it practically unfeasible the recognition of the principle. This situation, of course, disregard the “tipicidade material”, to flirt with the systemic functionalism of Jakobs (2016) – in so far as it despise the legal good. That is, the objective of the paper is to demonstrate that the legal and jurisprudential reception of insignificance has been inconsistent with the principle of minimum intervention.

Keywords: Insignificant lesiveness. Legal good. Minimum intervention. Treatment in Brasil.

1 INTRODUÇÃO

O Congresso Nacional adicionou ao movimento de amplas reformas dos principais Códigos brasileiros, já efetivada com o de Processo Civil (Lei 13.105/15), e em andamento com o de Processo Penal (PLS 156/09), a intenção de reforma geral do Código Penal (PLS 236/12).

Um dos principais argumentos é a modernização da Parte Geral (de 1984) e da Parte Especial (de 1940), além da codificação da legislação extravagante.

Dentre as inovações, encontra-se a positivação daquele que é mais conhecido por princípio da insignificância

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

ⁱ, no artigo 28, § 1º. Ocorre que, conforme veremos, após severas críticas, o projeto recebeu um substitutivo, deslocando o princípio para o artigo 26.

Com isto, o presente estudo visa realizar uma análise crítica de ambos os dispositivos, a partir do parâmetro do princípio da intervenção mínima (BUSATO, 2017, p. 61), que deve orientar a exclusão da tipicidade diante de lesões insignificantes a bens jurídicos.

Para tanto, inicia-se com uma breve análise da evolução histórica do conceito de bem jurídico, para, assim, verificar como a intervenção mínima orienta a aferição do grau de afetação do bem jurídico.

Com isto, passar-se-á ao estudo da recepção jurisprudencial brasileira do princípio, bem como de sua acomodação no ordenamento jurídico.

Ao final, será possível entrar e aprofundar o estudo, e, com uma visão crítica, avaliar se há uma compatibilização com os postulados da intervenção mínima, ou um flerte com o funcionalismo sistêmico de Günter Jakobs.

2 O DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Com algumas exceções (JAKOBS, 2016; STRATENWERTH, 2016), as principais teorias do Direito Penal das últimas décadasⁱⁱ condicionam o exercício do poder punitivo exclusivamente quando diante de proibições de lesões (ou ameaças de) a bens jurídicos penalmente relevantes, o que se apresenta como indispensável para a formulação dos tipos penais, na medida que contém o poder punitivo estatal.

E é neste sentido que registrou o Prof. Bernd Shünemann:

Assim é que o esclarecimento de qual seja o bem jurídico típico é não só uma das mais importantes questões interpretativas nos comentários da parte especial, devendo ser resolvida antes de qualquer outra, como é de se observar que a idéia de bem jurídico deu provas de sua fecundidade e mesmo de sua indispensabilidade também nas mais significativas monografias modernas sobre a estrutura do delito (...) (SHÜNEMANN, 2016, p. 24)

É por isto que teorias como o funcionalismo sistêmico de Jakobs (2016), que desconsideram o bem jurídico para a criminalização – dando lugar à estabilização normativa –, acabam por permitir um Direito Penal autoritário, contrário às pretensões do Estado Democrático de Direito, conforme observa Zaffaroni *et al* (2016, p. 218 e ss.).

Não por outra razão que “o conceito de bem jurídico, ao emergir da limitação à intervenção penal, representa um importante termômetro para que se afira estar a dogmática penal em consonância com o Estado Democrático de Direito (...)” (BRANDÃO, 2014, p. 114).

Diante disto, por ser imprescindível que o tipo penal seja composto por um bem jurídico – penalmente relevante –, o grau de afetação do mesmo assume grande importância para um

Direito Penal que se pretende democrático, tornando questionável, portanto, a criminalização de lesões insignificantes a bens jurídicos.

Antes, porém, cabe uma breve exposição histórica da construção da noção de bem jurídico, que, na esteira de Brandão (2014), nos remete ao princípio da legalidade desenvolvido por Paul Johann Anselm von Feuerbach como a gênese do bem jurídico.

2.1 A gênese do bem jurídico no princípio da legalidade

Importante observar, a existência de discussão sobre eventual origem do bem jurídico desde a noção de dano social iluminista de Beccaria, conforme Shünemann (2016, p. 32/40) e Amelung (2016, p. 159 e ss.). Roxin (2016, p. 236/239) nega relevância aos esforços de reconstrução histórica do conceito de bem jurídico. Lado outro, desde um ponto de vista um tanto quanto original, Zaffaroni *et al* (2016, p. 218) responde a esta questão subdividindo o bem jurídico entre o tutelado (pela lei penal) e o limitativo/garantidor (afetado pelo delito), remetendo a gênese deste ao trabalho de Feuerbach, e aquele ao *Malleus Maleficarum* ou “Martelo das feiticeiras” (KRAMER E SPRENGER, 2010).

Assim, como destacou Brandão (2014, p. 116), imputa-se a gênese da noção de bem jurídico ao trabalho de Feuerbach na medida em que, quando desenvolveu a teoria da coação psicológica (prevenção geral negativa da pena), se valeu da elevação do princípio da legalidade, afirmando, para tanto, que a legalidade penal, com base no “contrato social”, se justifica para tutelar direitos externos e subjetivos (individuais/particulares) dos demais membros da sociedade.

Neste sentido, a lesão ocorreria em abstrato (ao direito, “dever ser”), mas não em concreto (bem, “ser”).

Assim ensinava Feuerbach que “o crime é, em um sentido mais amplo, uma injúria contida em uma lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outrem, cominada por em uma lei penal.” (2007, *Tratado de Derecho Penal*, p. 55, *apud* BUSATO, 2017, p. 337).

Observa-se, por conseguinte, que a referida teoria da violação de direito subjetivo já proporcionava uma limitação na criminalização primária (TAVARES, 2002, p. 184) exatamente por exigir a existência de tais direitos quando da edição de proibições penais.

Não obstante, é importante deixar claro que o trabalho de Feuerbach tão somente “possibilitou a construção da teoria do bem jurídico, não que ela mesma tenha construído aquela noção.” (BRANDÃO, 2014, p. 115)

Possibilitou porque, como se observa, a legalidade penal – desenvolvida por Feuerbach – não é somente o primeiro “paredão de contenção” do poder punitivo, como o que, posteriormente, chegou a acomodar o conceito de bem jurídico na teoria do crime.

Ocorre que, antes desta acomodação, Johann Birnbaum questionou a referida “teoria do delito como violação de direito subjetivo”.

2.2 Birnbaum e o nascimento do conceito

Birnbaum, em 1834, foi quem primeiro desenvolveu o conceito de bem aplicado ao ordenamento (posteriormente denominado bem jurídico), em sentido exatamente contrário ao direito subjetivo (individual/particular) de Feuerbach, mas como algo no mundo exterior (material, concreto, empírico-naturalista), entendendo que o direito (subjetivo) nunca é lesionado, mas os bens (materiais) sim (BRANDÃO, 2014, p. 120/121).

Neste sentido, para Birnbaum, o direito subjetivo apontado por Feuerbach persistiria mesmo após o delito, como no caso do furto, a vítima ainda possuirá o direito subjetivo de propriedade, exigindo o ressarcimento. Mas era aquele patrimônio, objeto do delito, que era, para Birnbaum, o bem a ser protegido – e não o direito subjetivo de propriedade.

Nas palavras do Prof. Cláudio Brandão:

Para Birnbaum, somente os bens, e não os direitos, podem ser classificados como inatos e adquiridos logo, somente eles podem ser lesionados. Por sua vez, se o direito representa uma lesão, seu objeto de tutela não poderá ser o direito, mas somente o *bem* decorrente do direito. Isto posto, não se pode dizer que o crime, por exemplo, viola do direito à vida, mas somente se pode dizer que ele viola à vida, pois é esta última que será lesionada com a ação criminosa, traduzindo o objeto de tutela penal, isto é, o bem decorrente daquele direito. (BRANDÃO, 2014, p. 122)

Quanto à intenção do autor, tudo indica que seria ajustar a teoria jurídica à normas da época, como com a legitimação da proibição penal de questões morais e religiosas – para além

dos *direitos subjetivos* defendidos por Feuerbach–, já que defendia que se tratavam de bens coletivos (TAVARES, 2002, 184).

Não obstante, deve-se reconhecer que contribuiu por demais para o oposto, exatamente o Direito Penal Liberal, como percebeu Brandão (2014, p. 125).

Com efeito, conforme lembra Brandão (2014, 129), não foi Birnbaum quem nominou este conceito de “bem jurídico”, mas tão somente de “bem”. Esta denominação, na verdade, veio, posteriormente, de Karl Binding, que, por sua vez, também definiu o conceito de bem, noção que não era muito clara em Birnbaum.

2.3 O bem jurídico em Binding

Àquela concepção de bem jurídico como “bem” (concreto, empírico-natural), conforme aponta Busato (2017, p. 338), Binding, desde uma perspectiva jurídico-positivista, replicou com uma nova noção, a partir de uma junção de norma e bem jurídico, de tal sorte a atribuir os bens jurídicos à titularidade do Estado (e não do indivíduo ou coletividade).

Neste sentido, Brandão (2014, p. 129) aponta que Binding, em 1872, “criou” a expressão “bem jurídico” para designar não os bens que o Estado protegia para o cidadão (Birnbaum), mas o que criava normativamente, ou seja, não interessava o que a sociedade civil entende por bens jurídicos a partir de direitos naturais ou mesmo o contrato social (noções basilares, por exemplo, para a teoria de Feuerbach), mas apenas o que o Estado desejar criar como tal.

Com isto, não há bem jurídico antes ou fora da norma, mas apenas dentro dela, que seria um “valor social”, segundo Binding. Daí que, interessante observar que o conceito de Binding se adéqua perfeitamente à nomenclatura criada pelo mesmo, diante do acréscimo do adjetivo “jurídico” ao substantivo “bem”.

É que, nesta concepção, “a visão do bem jurídico em função da norma, que não se confunde com a lei, tal como dizia Binding, é o fundamento da *antinormatividade penal*, elemento presente na hodierna ciência e atual chave hermenêutica da tipicidade.” (BRANDÃO, 2018, p. 9)

Mas esta não foi, no positivismo, a única importante concepção de bem jurídico, de tal sorte que, enquanto o positivismo jurídico atribuía ao legislador a titularidade da criação de

bens jurídicos, o positivismo sociológico, de Franz von Liszt, apresentou uma nova noção (TAVARES, 2002, p. 187).

2.4 O bem jurídico em Franz von Liszt

Em Liszt, como foi lembrado por Brandão (2014, p. 133), o bem jurídico não é criado pela norma jurídica, mas acolhido (positivadoⁱⁱⁱ), como bem que é violado por comportamento antissocial.

Assim entendia Liszt:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. *Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido.* Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. E' a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. (LISZT, 2006, p. 93/94)^{iv}

Para tanto, ao lado da antijuridicidade formal, como violação do direito, Liszt identificou a material, como violação da antissocialidade da ação (BRANDÃO, 2014, p. 133), que, após positivada, se tornaria num “interesse juridicamente protegido”.

A grande importância da construção de Liszt, para a construção do bem jurídico, foi de ter o vinculado à antijuridicidade (na sua vertente material), de modo que, com isto, o bem jurídico se acomodou na teoria do crime^v. A antijuridicidade material seria, portanto, a lesão ou exposição a perigo o bem jurídico, noção que possibilitou, posteriormente, a ideia do princípio da insignificância. (BRANDÃO, 2014, p. 136)

Ocorre que o grande problema do conceito de bem jurídico em Liszt – o que não lhe retira sua imensa importância histórica, sobretudo pela elaboração da antijuridicidade material – era o fato de, como já mencionado, se filiar ao positivismo (ainda que sociológico), razão pela qual foi superado pelo neokantismo.

2.5 A maturação do conceito pelo neokantismo

O neokantismo, além de contar com grandes nomes como Gustav Radbruch e Max Ernst Mayer, no que diz respeito à temática bens jurídicos, teve sua maior expressão com os estudos do Prof. Edmund Mezger (MEZGER, 1946), o qual acabou por romper com a matriz positivista^{vi} acima analisada (BRANDÃO, 2014, p. 137).

Válido observar que, tempos depois, o Prof. Francisco Muñoz Conde descobriu evidências de que o Prof. Mezger era um teórico nazista, conforme se extrai da tradução brasileira da obra “CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo: estudos sobre o Direito Penal no nacional-socialismo*. Tradução da 4ª edição de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. Neste ponto, importante solucionar uma aparente contradição. É que, muito embora o apogeu do nazismo tenha desconsiderado por completo o bem jurídico penal (inclusive a própria exigência de conduta) quando da criminalização de condutas, isso se dava tão somente em relação aos “inimigos” (judeus), sendo preservada a consideração do bem jurídico para os “amigos”.

No que toca à concepção de bem jurídico, nesse referido rompimento, promoveu uma definição que está na base tanto do finalismo, quanto do funcionalismo, sendo exatamente um bem jurídico que não se limita à lei, mas que pode ser dirigido por orientações supra-legais, através de valorações.

Não obstante, como demonstrou Brandão (2014, p. 137), a original contribuição do neokantismo não foi relacionar o bem jurídico à noção de valor, já que tanto o positivismo jurídico, de Binding, quanto o sociológico, de von Liszt, já o fazia. Isto porque a originalidade do neokantismo no tratamento do bem jurídico “reside no fato do valor não estar associado à atividade do legislador, tampouco estar vinculado ao positivismo sociológico, mas sim à esfera cultural, que dá o cabedal para os que atribuam signos positivos ou negativos aos objetos.” (BRANDÃO, 2014, p. 139)

Com isto, destaca-se uma considerável abertura hermenêutica na dogmática proporcionada pelo neokantismo, de modo a colocar o bem jurídico (que é supra-legal) no centro da interpretação da lei penal (BRANDÃO, 2014, p. 141).

Neste sentido ensinou Mezger:

A determinação e conhecimento do bem jurídico em referência ao tipo concreto se logra mediante a interpretação da lei segundo as regras indicadas em outro lugar. Mas o bem jurídico assim obtido constitui por sua vez o mais importante meio de interpretação em referência ao dito tipo e às suas singulares características.^{vii} (MEZGER, 1946, p. 388)

Uma distinção importante pelo conceito de Mezger é a referente ao objeto da ação e do bem jurídico, na medida em que, enquanto aquela é “o objeto corpóreo sobre o qual a ação típica se realiza (...) o bem jurídico é uma valoração em face do objeto da ação” (BRANDÃO, 2014, p. 140).

Daí que o bem jurídico é concebido como conteúdo material do injusto que possibilita uma abertura hermenêutica à dogmática penal, sempre no sentido garantidor.

Mas, para a conceituação do bem jurídico em sede doutrinária, se mostra muito mais importante a definição dos bens penalmente irrelevantes (ZAFFARONI *et al*, 2013, p. 225) do que propriamente quais (sempre) são relevantes, na medida em que limita o legislador a criminalizar, ao invés de obriga-lo a tal.

Assim, é penalmente irrelevante, num Estado Democrático de Direito, criminalizar condutas que desrespeitem às exigências de alteridade, de pessoalidade e de proporcionalidade (ZAFFARONI *et al*, 2013, p. 225; TAVARES, 2002, p. 202/203), regras que abaixo serão melhor exploradas.

Diante dos limites deste trabalho, entende-se, na mesma trilha de Brandão (2014, p. 141/143), despidendo tratar do bem jurídico no funcionalismo ou mesmo no finalismo, diante do fato de que “a dogmática penal assimilou as linhas gerais do método neokantiano como base” (BRANDÃO, 2014, p. 141), e, por conseguinte, o conceito de bem jurídico.

Portanto, passa-se ao estudo da afetação insignificante do bem jurídico, à luz do princípio da intervenção mínima.

3 O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA COMO ORIENTADOR DA AFETAÇÃO DO BEM JURÍDICO: A EXCLUSÃO DO TIPO PENAL

Aquela distinção formulada por Franz von Liszt entre antijuridicidade formal e material, acima mencionada, posteriormente, veio para o tipo (BRANDÃO, 2014, p. 136), configurando as tipicidades formal e material^{viii}, diante da insuficiência da adequação formal da conduta à norma (meramente descritiva, factual) para a construção de um Direito Penal de intervenção mínima (ZAFFARONI *et al*, 2016, p. 130).

Com isso, a tipicidade material passou a acomodar o bem jurídico no método penal (ZAFFARONI *et al*, 2016, p. 133), representando a parte valorativa do tipo penal, na medida em que viabiliza, primeiramente, o questionamento a respeito da relevância do bem jurídico afetado pela conduta formalmente típica (BUSATO, 2017, p. 252/253).

Para tanto, no que diz respeito à consideração das variadas abordagens que se pode referir ao bem jurídico penal, três nos interessam aqui: a alteridade; a pessoalidade; e a proporcionalidade.

Quanto à alteridade, conforme Zaffaroni *et al* (2013, p. 225), com a liberdade de expressão intelectual, crença, artística, científica, dentre outras asseguradas na Constituição da República (especialmente no artigo 5º), o Estado não pode impor uma moral e sim garantir a liberdade moral, não podendo punir este exercício. Daí emerge a necessária alteridade da conduta para eventual reprovação penal.

E é desta alteridade que se define o bem jurídico, em modelos republicanos, como direito do cidadão, de carne e osso, e não como a vontade do Estado (FERRAJOLI, 2010; ZAFFARONI *et al*, 2013).

Para tanto, deve-se destacar que, como já afirmado acima, as proibições penais se justificam somente quando há afetação ou perigo de lesão do bem jurídico.

Daí que, como demonstrado por Zaffaroni *et al* (2013, p. 226/227), se deve tomar cuidado na conceituação, não equiparando o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo com o bem jurídico tutelado. Isto porque nada prova que há proteção de bens jurídicos, senão o confisco dos conflitos que atingem ou expõem a perigo bem jurídico, para possível solução. Afinal, como mencionado pelo autor, no homicídio não há tutela da vida.

Já a personalidade, para além da formulação criticada por Roxin (2013, p. 19) que se limitava a bens jurídicos individuais, admite-se uma dimensão coletiva. Contudo, como explicado por Tavares (2002, p. 202/203), ainda que “classificado” como coletivo, como o “fisco”, deve ser fundamentado com o fim de proteção da pessoa humana. Referida compreensão é também encontrada em Roxin (2013, p. 18/19).

Ainda, no que se refere à personalidade, como bem lembra Tavares (2002, p. 197/202), que o bem jurídico deve proteger a pessoa, mas não a norma, como o pretende os delitos de dever – ou mesmo o funcionalismo sistêmico (JAKOBS, 2016). Assim, é ele quem delimita a norma, o que a torna inválida quando ausente ou ileso (de dano ou perigo) o bem jurídico.

Por fim, no que tange à proporcionalidade, em Roxin (2013, p. 26/27), a legitimidade da repressão penal depende da proporcionalidade em relação ao bem jurídico protegido de lesão, à luz da proibição de excessos, e, naturalmente, da concepção do domínio penal como a *ultima ratio* do Direito.

Ocorre que, muito embora a consolidação da exigência de bem jurídico para a proibição de condutas, com o tempo, percebeu-se que a desconsideração, em concreto, do grau de afetação do bem jurídico para a configuração delitiva provocava uma criminalização indiscriminada, independente de condutas materialmente lesivas ou não (ao bem jurídico), o que entra em conflito, portanto, com o princípio da intervenção mínima^{ix}, que limita o Direito Penal aos conflitos sociais mais importantes, já que é o “braço mais agressivo” do Estado.

Assim, “(...) ainda que o legislador pretenda reprimir apenas condutas graves, isso não impede que a norma penal, em razão de seu caráter geral e abstrato, alcance fatos concretamente irrelevantes.” (QUEIROZ, 2010, p. 60)

A princípio, como lembra Zaffaroni *et al* (2016, p. 228), o Prof. Hans Welzel via atipicidade das lesões insignificantes aos bens jurídicos a partir do princípio que ele denominou de adequação social.

Mas, como destaca Machado (2009, p. 72), foi o alemão Claus Roxin que, em 1964, em publicação na revista alemã *Juristische Schulung* (LORENZI, 2015, p. 206), individualizou a noção em um princípio autônomo.

Assim, o Prof. Roxin chamou de princípio da insignificância ou bagatela, compreendendo a tipicidade material não apenas como a exigência de bem jurídico penalmente

relevante positivado, mas que a conduta o afete significativamente para que tenha relevância penal, sob pena de exclusão típica^{xxi}.

Quase dez anos depois, retomando o tema, assim explicou o Prof. Roxin:

(...) o chamado princípio da insignificância, que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos: maus-tratos são uma lesão grave ao bem-estar corporal, e não qualquer lesão; da mesma forma, é libidinoso no sentido do código penal só uma ação sexual de alguma relevância; e só uma violenta lesão à pretensão de respeito social será criminalmente injuriosa. Por ‘violência’ não se pode entender uma agressão mínima, mas somente a de certa intensidade, assim como uma ameaça deve ser ‘sensível’, para adentrar no marco da criminalidade. (ROXIN, 2002, p. 47/48)

Percebe-se, portanto, que referida construção teórica concebe, na dimensão material do tipo penal, como pressuposto a significativa lesão ao bem jurídico, sob pena de não configuração da tipicidade material.

Desde então, a hodierna noção de Estado Democrático de Direito, que vincula a tipicidade material ao princípio da intervenção mínima, passou a acolher a exigência de significativa lesão ao bem jurídico (BUSATO, 2017, p. 60/61).

Agora, uma questão interessante é a crítica que o Prof. Paulo Busato faz em relação à terminologia indicada por Roxin (e seguida pela ampla maioria), preferindo abarcar referido princípio no âmbito da intervenção mínima, a nominá-lo como princípio da insignificância ou bagatela. Assim explica o autor:

Parece completamente fora de lugar falar em *princípio da insignificância* ou *princípio da bagatela*, eis que se está referindo a um princípio orientador da intervenção penal. Assim, a ideia transmitida pelo uso das referidas expressões, a uma, minimiza a importância e o valor do tema, a duas, não expressa corretamente o seu sentido e orientação. A minimização do valor e da importância do tema dá-se porque foneticamente se associa o princípio a uma questão desprezível, bagatela, insignificante, quando, na verdade, ela ocupa o foro central de filtragem político-criminal. Em contraposição, a expressão *princípio de intervenção mínima*, ao tempo em que afirma a intervenção, a limita, deixando clara a necessidade de discussão axiológica da medida político-criminal de intervenção penal. (BUSATO, 2017, p. 61)

Com efeito, assim como os demais elementos do delito, que possuem causas supra-legais que os afastem (na antijuridicidade o consentimento do ofendido, na culpabilidade a inexigibilidade de conduta diversa), a tipicidade também possui, com base no bem jurídico, que exclui a tipicidade pela insignificância da lesão (BRANDÃO, 2014, p. 228/229).

Quanto ao âmbito de incidência da exclusão da tipicidade pela afetação insignificante do bem jurídico, importante ressaltar que, apesar da resistência jurisprudencial, não há, a princípio, nenhuma limitação, devendo ser considerada para qualquer espécie de tipo penal, inclusive em crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou mesmo em crimes complexos, devendo incidir sobre o(s) bem(ns) não afetados significativamente.

Sobre esta questão, assim ensina o Prof. Paulo Queiroz:

Apesar disso, em nome do princípio da proporcionalidade, ele é perfeitamente admissível também nos crimes violentos ou com grave ameaça à pessoa, consumados ou tentados, se não para absolver o réu, pelo menos para desclassificar a infração penal, por exemplo, em crimes complexos, como o roubo (CP, art. 157), resultado que é da fusão de furto e constrangimento ilegal. De fato, não parece razoável que o agente que subtraia, mesmo com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, quantia economicamente insignificante, tenha de responder por delito contra o patrimônio cuja pena varia de quatro a dez anos de prisão. Numa tal hipótese, ante a insignificância do objeto subtraído, não há propriamente ofensa ao patrimônio; logo, não há crime patrimonial, razão pela qual o autor deverá responder unicamente pela infração residual, isto é, constrangimento ilegal (CP, art. 146). (Queiroz, 2010, p. 60/61)

Ocorre que sempre houve, no Brasil, uma notável dificuldade das agências de criminalização – primária e secundária – em reconhecer a insignificância da lesão ao bem jurídico como razão para excluir o tipo penal.

4 O TRATAMENTO DA INSIGNIFICÂNCIA DA LESÃO AO BEM JURÍDICO NO BRASIL

4.1 – O tratamento jurisprudencial

Não obstante a importância do princípio da intervenção mínima (ou da insignificância, para os que preferem) como fator de exclusão típica de lesões insignificantes a bens jurídicos para ordenamentos democráticos, a grande maioria dos estudiosos acreditam não haver expressa previsão legal no Brasil – como Lopes (1997, p. 169), Souza (2009, p. 24), Lorenzi (2015, p. 219) etc. – senão normas que indiciam sua existência, como no artigo 5º, VI ao XII, da Constituição da República, com os direitos à intimidade e à vida privada, o que fundamenta a alteridade, como lembrado por Zaffaroni *et al* (2013, p. 225).

E isto tem dado fundamento – ilegítimo, é verdade – para a jurisprudência positivista brasileira negar vigência deste aspecto da dimensão material do tipo – de exigência de lesividade concreta –, como em julgamentos da Apelação Criminal 1.0471.13.000866-0/001 (MINAS GERAIS, TJMG, 2015a), Apelação Criminal nº 1.0313.10.030517-3/001 (MINAS GERAIS, TJMG, 2015b); e Apelação Criminal nº 3006075-02.2013.8.26.0114 (SÃO PAULO, TJSP, 2015) etc.

Contudo, o Prof. Salo Carvalho advoga – com razão – a existência de previsão do princípio da lesividade no ordenamento jurídico brasileiro, exatamente no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, “estabelecendo parâmetros interpretativos para realizar juízos de invalidade das leis e dos demais atos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.” (CARVALHO, 2010, p. 210)

Com isto, parece razoável entender que o referido artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, prevê – muito embora não especifique os critérios para a aferição – o princípio da intervenção mínima (ou da insignificância/bagatela) como fator de exclusão típica de lesões insignificantes a bens jurídicos, na medida em que, se “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, as condutas que não produzem significativa afetação ao bem jurídico são afastadas pela intervenção mínima.

Para além desta discussão, deve-se ressaltar que há, sem dúvida, alguns importantes entendimentos jurisprudenciais^{xiii} que, muito embora sejam terminantemente minoritários – especialmente em relação à jurisprudência dos Tribunais Superiores, adiante analisadas – acolhem aludido princípio, inclusive em crimes complexos – conforme mencionado acima –, como o do Des. Alexandre Victor de Carvalho, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Criminal 1.0024.99.087682-3/001, que proferiu um voto histórico, com a seguinte ementa:

APELAÇÃO - ROUBO - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - CRIMES COM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA - DELITO COMPLEXO - TIPICIDADE MATERIAL - NECESSIDADE DE OFENSA A AMBOS OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS. É possível a incidência do princípio da insignificância mesmo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, porque o juízo de tipicidade material não passa pela análise do comportamento da vítima, ou seja, seu dissenso ou contrariedade à ação do agente e, sim, em um juízo de lesividade da conduta - nullum crimen sine iniuria. Sendo o delito de roubo espécie de crime complexo, a lesividade da conduta para se adequar a este tipo penal deve abranger necessariamente os dois valores protegidos pela norma, sendo imprescindível significativa lesão ao patrimônio e à pessoa, cumulativamente. Não havendo lesividade relevante ao patrimônio da ofendida, ocorre a descaracterização do crime complexo de roubo.
V.V.P.

Já no sentido de ampliar a incidência do instituto para bens jurídicos além do patrimônio, o STJ, em recente julgamento no RHC 85.272/RS, reconheceu a exclusão típica a partir da insignificância de lesão em crime contra a Administração Pública, em situação em que um sujeito destruiu um cone de sinalização. Importante destacar que tal julgamento mitigou a incidência da súmula 599 do STJ, que desconsiderava o tipo material para a configuração típica nos crimes contra a Administração Pública.

Entretanto, há jurisprudência que, embora considere o princípio, o faz de forma inadequada, a ponto de configurar verdadeiro decisionismo, como o proferido pelo Supremo Tribunal Federal, exatamente por ter acrescentando critérios que sequer integram as noções de lesão aos bens jurídicos – expostas acima e historicamente construídas –, no HC 118853/ES (BRASIL, STF, 2014), conforme destaques da ementa a seguir:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). REINCIDÊNCIA NA PRÁTICA CRIMINOSA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS EXTINTO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. **O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.** 2. A aplicação do princípio da insignificância deve, contudo, ser precedida de criteriosa análise de cada caso, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada constitua verdadeiro incentivo à prática de pequenos delitos patrimoniais. Em que pese haver entendimento de que somente devem ser considerados critérios objetivos para o reconhecimento dessa causa supralegal de extinção da tipicidade, a prudência recomenda que se leve em conta a obstinação do agente na prática delituosa, a fim de evitar que a impunidade o estimule a continuar trilhando a senda criminosa.

(...)

6. O reconhecimento da atipicidade da conduta do paciente, pela adoção do princípio da insignificância, poderia, por via transversa, imprimir nas consciências a ideia de estar sendo avalizada a prática de delitos e de desvios de conduta, **porquanto trata-se de condenado reincidente.**

(...)

Decisão

Por unanimidade, a Turma julgou extinta a ordem de habeas corpus, sem julgamento do pedido formulado na inicial. Por maioria de votos, implementou a ordem, de ofício, para que o juízo substitua a pena restritiva da liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do voto do relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 29.4.2014. (destaquei, grifei e recortei)

De pronto, já se pode destacar a tautologia dos quatro critérios objetivos mencionados no citado julgado.

Como se não bastasse, trata-se de um grosseiro equívoco inserir a exigência de primariedade do acusado dentre as condições de aplicação do princípio da intervenção mínima (ou da insignificância), já que não é compreendida no âmbito da lesividade de bem jurídico, por se referir a situações do autor e anteriores ao fato. Mas se amolda, pelo contrário, às condições atinentes ao “Direito Penal do autor”^{xiii}, claramente afeito a ordenamentos autoritários, conforme ensina Zaffaroni *et al* (2013, p. 131/133).

Sobre esta questão, o Prof. Paulo Busato, comentando o julgamento do HC 107779/RS da 5ª Turma do STJ, que exigiu – como vários julgados desta corte e do STF – os mesmos critérios, assim criticou:

Essas balizas claramente não condizem com as ideias fundantes do princípio, algumas vezes sobrepondo-se e outras vezes, simplesmente mostrando-se completamente inócuas, gerando até mesmo distorções interpretativas graves. As ideias – claramente superpostas – de mínima ofensividade da conduta do agente, de nenhuma periculosidade social da ação, e reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento têm sido interpretadas, especialmente pelos Tribunais dos Estados, mas também, em alguma medida, na própria Corte Superior, de modo absolutamente errôneo, com a possibilidade de averiguação de toda a conduta social do agente, chamando à determinação da existência do fato criminoso aspectos relativos à pessoa do réu em um verdadeiro Direito Penal do autor. (BUSATO, 2017, p. 62)

Curiosamente, quando se trata de “delitos de colarinho branco”, os critérios para o STF reconhecer o mesmo princípio são diferentes, como no caso de descaminho do HC 92438/PR^{xivxv} de 19.08.2008, em que se levou em consideração tão somente o valor do imposto.
xvi

Não por outra razão que, o mais adequado, seria padronizar o critério, focando, para avaliar o grau de afetação do bem jurídico, no desvalor do resultado – mas não na ação ou muito menos no autor, como o tem feito a citada jurisprudência –, como destacou o Prof. Felipe Lorenzi:

O que reafirma-se, após toda essa explanação, é que ao princípio da insignificância importa apenas o desvalor do resultado, correspondente à ínfima lesão ao bem jurídico tutelado pela norma proibitiva penal. (LORENZI, 2015, p. 227)

Feita esta breve exposição, já se apresenta possível uma análise do famigerado projeto de novo Código Penal (Projeto Sarney).

4.2 – O tratamento legal

No ano de 2012, o Senado Federal tomou uma importante iniciativa de uma reforma global do vigente Código Penal, de sorte a instaurar uma comissão para a elaboração do projeto, que fora apresentado sete meses depois.

Não obstante, tão logo proposto, parte expressiva da comunidade acadêmica brasileira teceu severas críticas especialmente em relação ao conteúdo do mesmo (LEITE, 2015, p. 5), acusando-o de estar acometido por diversas falhas técnicas, e, sobretudo, por contradições internas, conforme se extrai dos artigos na obra organizada pelo Prof. Alaor Leite (LEITE, 2015b).

E as críticas (LEITE, 2015b), em geral, giraram em torno do fato de o projeto postular por reformas desnecessárias na atual Parte Geral – pecando inclusive na ausência de uniformização de linguagem, o que pode gerar conflitos interpretativos –, e uma codificação acrítica da Parte Especial (SANTOS, 2015, p. 38) – mantendo criminalizações até mesmo carentes de bens jurídicos.

A rigor, a Parte Geral vigente – diga-se de passagem, do ano de 1984, e não de 1940 – sequer necessita de uma reforma global (LEITE, 2015, p. 12; SANTOS, 2015, p. 38), se contentando com pontuais ajustes, como em questões técnicas na redação do erro de proibição (SANTOS, 2015, p. 38), retirar algumas regras características do Direito Penal de autor, como a reincidência (BUSATO, 2017, p. 854/855), positivizar (no atual art. 97, §1º) um limite temporal para as medidas de segurança (BUSATO, 2017, p. 828) e mais uma ou outra questão pontual. No geral, a atual Parte Geral é de bom nível.

No que diz respeito à Parte Especial, além da urgência de codificação, é extremamente importante uma massiva descriminalização de proibições penais, pautada, sobretudo, na exigência de bens jurídicos fundamentais (SANTOS, 2015, p. 38). Isto sem falar em redações mais claras e taxativas (princípio da legalidade) dos tipos penais. Todavia, nada disso foi feito!

Focando em poucos exemplos^{xvii} das propostas de reforma da Parte Geral, destaca-se, dentre tantas outras, a nova disposição sobre o conceito de dolo no artigo 18, I^{xviii}, em que, na segunda parte – desnecessária, por sinal –, combina duas teorias sobre o dolo que, em suas formas puras, são incompatíveis (SANTOS, 2015, p. 41; TAVARES, 2015, p. 68), a do

consentimento ou aceitação (desenvolvida por Mezger, que pressupõe a aprovação, pelo agente, do resultado) e a da indiferença (de Engisch, que afasta resultados não indesejáveis).

Como se não bastasse, quando da definição da culpa, o inciso II^{xix}, do artigo 18, do projeto, esqueceu do importante requisito da previsibilidade do resultado (SANTOS, 2015, p. 42; TAVARES, 2015, p. 70).

Para não estender muito, a previsão, no artigo 28, §1º – adiante transcrito e com o conteúdo analisado –, da afetação insignificante do bem jurídico (princípio da insignificância) dentre as excludentes da ilicitude^{xx}, quando, como já exposto acima, exclui a tipicidade (SANTOS, 2015, p. 43; LEITE, 2015a, p. 147).

E, após tantas críticas de variados setores, foi proposto um substitutivo para o projeto, que, muito embora tenha atendido aos reclamos de parte das críticas, acabou por piorar em grande parte (LEITE, 2015, p. 9).

Feita esta breve introdução, passa-se ao estudo específico da positivação da exclusão da tipicidade pela insignificância, tanto no Projeto originário – que confundiu com exclusão da ilicitude –, quanto do substitutivo – que, embora tenha corrigido esta questão, manteve outros equívocos.

Como já afirmado, muito embora não haja disposição em lei acerca dos critérios de aferição do grau da lesão, é equivocado afirmar que a lesividade – e com ela a exclusão da afetação insignificante do bem jurídico – não tenha previsão legal, já que, como mencionado alhures, o artigo 5º, XXXV, da CF dispõe expressamente sobre a mesma (CARVALHO, 2010, p. 210).

Daí que, diante da reconhecida disparidade de entendimentos jurisprudenciais – conforme exposto acima –, com boas intenções, o legislador entendeu por bem especificar os critérios no referido Projeto (Sarney) de Código Penal, o que fez com indiscutível inspiração na jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores (LEITE, 2015, p. 10).

E o fez, primeiramente, como informado acima, como exclusão da ilicitude (art. 28, §1º), com a seguinte redação:

Art. 28. Não há fato criminoso quando o agente o pratica:

- I – no estrito cumprimento do dever legal;
- II – no exercício regular de direito;
- III – em estado de necessidade; ou
- IV – em legítima defesa;

Princípio da insignificância

§ 1º Também não haverá fato criminoso quando cumulativamente se verificarem as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Excesso punível

§ 2º O agente, em qualquer das hipóteses do caput deste artigo, poderá responder pelo excesso doloso ou culposo. (negritei)

Posteriormente, após as críticas recebidas, o substitutivo do Projeto corrigiu esta questão topográfica, conforme se extrai da redação do artigo 26:

Insignificância Penal

Art. 26. Não há crime quando cumulativamente se verificarem, no caso concreto, e sendo possível o seu reconhecimento, as seguintes condições:

- a) mínima ofensividade da conduta do agente;
- b) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento;
- c) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Parágrafo único. É vedado o reconhecimento da insignificância penal quando o agente for reincidente, possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva.

Não obstante a correção topográfica, a incompatibilidade da previsão com o princípio da intervenção mínima é evidente – especialmente pelo parágrafo único acrescentado –, conforme se exporá a seguir.

4.3 – A incompatibilidade com o princípio da intervenção mínima

Como já referido, a aludida positivação veio com clara inspiração na jurisprudência dos Tribunais Superiores^{xxi}, muito embora não tenha base nas pesquisas acadêmicas (LEITE, 2015a, p. 146/147; SANTOS, 2015, p. 45).

Para demonstrar as incongruências entre os requisitos para a aferição a configuração do princípio, e a incompatibilidade com o que se entende por princípio da intervenção mínima, é

importante dividir a crítica em dois grupos, um primeiro a respeito do Direito Penal de autor, e um segundo acerca da exigência do desvalor da ação para aferir o grau da lesão.

Muito bem, no que toca ao Direito Penal de autor, o mesmo tem como contraponto o Direito Penal do fato, de tal sorte que apenas o segundo é compatível com o princípio da intervenção mínima.

E a dogmática sempre se valeu do Direito Penal do fato (exceto com Jakobs, que admite direito penal do autor/inimigo) como pressuposto para a prometida segurança jurídica (ANDRADE, p. 201/206; ZAFFARONI *et al*, 2013, p. 133/135).

Neste sentido, quando o Direito leva em consideração características pessoais (atuais ou de história de vida) para a criminalização, ele acena com o Direito Penal de autor. Agora, quando a criminalização se baseia exclusivamente no ato provocado pelo agente, tem-se o Direito Penal do fato, que é condizente com a intervenção mínima, na medida em que reprova lesões jurídicas advindas de atos, e não autores (com suas questões culturais, religiosas etc.).

Daí que, quando o parágrafo único do artigo 26 do substitutivo condiciona o reconhecimento da insignificância penal à ausência de características pessoais do autor, como a reincidência, os maus antecedentes ou a habitualidade delitativa, há uma clara filiação ao Direito Penal de autor.

Neste ponto, o Prof. Paulo Busato, comentando o julgamento do HC 127791/DF, da 6ª Turma do STJ, assim criticou:

No que tange aos critérios, desde logo, a desorientação é bárbara, chegando ao cúmulo de apontar para um verdadeiro direito penal de autor, levando em consideração as condições pessoais e os antecedentes do réu para rechaçar ou aceitar a aplicação do princípio. Seria bastante curioso submeter a Corte à consideração de uma hipótese idêntica onde em concurso de pessoas com o réu, outro agente completamente primário e de bons antecedentes cometesse o crime. O Tribunal, seguindo seu critério interpretativo, ver-se-ia forçado a reconhecer o injusto apenas para um dos dois agentes! (BUSATO, 2017, p. 61)

Portanto, evidencia-se que, na medida em que o dispositivo segue a trilha do Direito Penal de autor, se afasta dos postulados da intervenção mínima, que exigiriam a criminalização de atos, e não de autores.

Já em relação ao desvalor da ação, extrai-se do referido dispositivo legal as alíneas “a” e “b” que, respectivamente, exigem tanto a “mínima ofensividade da conduta do agente”, quanto o “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento”.

Como se observa, a “ofensividade” e a “reprovabilidade” se referem ao desvalor da ação. Contudo, a aferição do grau de lesividade do bem jurídico leva em consideração tão somente o desvalor do resultado, sendo indevido, portanto, incluir dentre seus requisitos figuras que dizem respeito à valoração da ação (SANTOS, 2015, p. 45).

A questão é que, diverso do que defendeu Souza (2009, p. 27) ao elogiar os critérios STF para aferir a gradação da lesão – acolhidos no projeto em comento –, não há que se levar em consideração o desvalor da ação mas, tão somente o grau de afetação do resultado (BUSATO, 2017, p. 64; PARREIRAS, 2018). Sobre este ponto, assim explicou Felipe Lorenzi:

Pode-se dizer, portanto, que o desvalor do resultado é condição necessária para a ação ser materialmente típica e que a falta de desvalor do resultado é condição suficiente para afastar a tipicidade material. Dito de outra forma: o fato é típico se e somente se possuir resultado desvaloroso. (LORENZI, 2015, p. 223)

E não há que se falar, para justificar a previsão, que o reconhecimento da lesividade apenas a partir do resultado poderá ampliar o âmbito da incidência e, por conseguinte, estimular novas práticas de condutas semelhantes, já que, além de se tratar de mero exercício de “futorologia”, não condiz à ideia de intervenção mínima a criminalização de lesões insignificantes.

Para além das referidas impropriedades do Direito Penal de autor e da consideração do desvalor da ação para o reconhecimento da insignificância da lesão, a exigência de todos estes requisitos praticamente inviabiliza a incidência do instituto (SANTOS, 2015, p. 45), relegando a sua aferição à sorte da jurisprudência decisionista.

Ao fim e ao cabo, tais exigências flertam com o funcionalismo sistêmico de Jakobs (2016), na medida em que a consideração do bem jurídico fica restrita ao discurso oficial, mas inviabilizada na prática. Assim justifica o Prof. Jakobs:

Quando os representantes da tese de proteção de bens jurídicos optam por um Direito Penal de determinada configuração, é dizer, por um Direito Penal restritivo, ele constitui uma opção de política jurídica, que pode perfeitamente partilhar um representante da tese de que o decisivo é a proteção da vigência da norma.

(...)

Sem embargo, a tese da proteção de normas retrata ao Direito com maior exatidão, ao superar a ideia de posse de bens, tomando como ponto de referência a relação entre pessoas.^{xxii} (Jakobs, 2003, p. 69/70)

Portanto, tanto a previsão do projeto (art. 28, §1º), quanto a do substitutivo (art. 26) – que seguem, como visto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores –, se mostram inadequadas para os fins propostos pelo princípio da intervenção mínima, na medida em que proporcionam uma intervenção dilatada, proveniente de uma política criminal conservadora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante desta construção, não é possível afirmar que a positivação, seja pelo PLS 236/12 (art. 28, §1º), seja pelo seu substitutivo (art. 26) – que seguem, como visto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores –, dos critérios de aferição do grau de ataque sofrido pelo bem jurídico esteja em consonância com o princípio da intervenção mínima.

Primeiramente porque a evolução histórica do bem jurídico o colocou em posição central na teoria do delito norteada pelo princípio da intervenção mínima – do Estado Democrático de Direito –, o que fez expelir qualquer vestígio de Direito Penal de autor para a sua consideração e consequente exclusão da tipicidade.

Neste ponto, questiona-se, especialmente no substitutivo ao PLS 236/12, a vedação do reconhecimento do princípio diante de autor “reincidente, [que] possuir maus antecedentes ou habitualidade delitiva”, vez que não coaduna com os postulados do Direito Penal do fato, mas, sim, do autor.

Como se não bastasse, o projeto ainda condiciona a incidência do princípio à aferição de considerações do desvalor da ação, na medida em que, nas alíneas “a” e “b”, exige a “mínima ofensividade da conduta do agente” e o “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento”, situações que não dizem respeito à avaliação do grau de lesão ao bem jurídico, mas a circunstâncias imprecisas a ponto de dar vazão ao decisionismo.

Diante disso, conforme demonstrado, o princípio da intervenção mínima válida, para a aferição do grau da lesão, tão somente o desvalor do resultado, mas não a valoração da ação e muito menos características do Direito Penal de autor.

Percebeu-se também, neste estudo, que, além da inconveniência do desvalor da ação e das características do Direito Penal de autor para a análise da insignificância da lesão, os requisitos exigidos pelos comentados dispositivos do projeto e substitutivo praticamente inviabilizam a aplicação do princípio.

A bem da verdade, a forma como foi positivado o princípio pelo projeto e pelo substitutivo, permite a conclusão de que há uma filiação ao funcionalismo sistêmico de Jakobs (2016), já que, na prática, relegam o bem jurídico para segundo plano, e não no coração da teoria do delito.

Assim sendo, tanto a previsão do projeto (art. 28, §1º), quanto a do substitutivo (art. 26), são incompatíveis com os postulados do princípio da intervenção mínima, sendo adequadas, na verdade, aos intentos de uma política criminal conservadora e autoritária, que não se importa com a lesão de bens jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMELUNG, Knut. *O Conceito de Bem Jurídico na Teoria Jurídico-Penal da Proteção de Bens Jurídicos*. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 149-206.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. *Bem Jurídico e Norma Penal: a função da antinormatividade na teoria do crime*. In: Revista Delictae. Minas Gerais, 2018, v. 3, nº 4, p. 07-45.

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

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Senado Federal. Requerimento nº 765, de 2011. Brasília, 2011. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100768>>. Acesso em: 02/05/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 118853/ES. Relator: Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28118853%2E%2E%2E+OU+118853%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qdo pbqd>>. Acesso em: 22/09/2015.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – COMISSÃO EXAMINADORA DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL. Relatório Final: Análise da Parte Geral do PLS 236/12. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatorio_final_Comissao_anteprojeto_c%3%B3digo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choufr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

INSTITUTO BAIANO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL. Quadro comparativo do Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (projeto do novo Código Penal). Disponível em:

<<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>>.

Acesso em: 22 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – COMISSÃO DE CÓDIGO PENAL. Comentários ao relatório [do] Senador Pedro Taques em face do PLS N° 236/12. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/codigo_penal.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

JAKOBS, Günter. *O que é Protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma?* In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 207-232.

_____. *Sobre la Normativización de la Dogmática Jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

_____. *Sociedad, Norma y Persona em uma Teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas Ediciones, 1996.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. *O Martelo das feiticeiras*. Trad. Paulo Fróes. 21. Ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2010.

LEITE, Alaor. *A Reforma da Reforma da Parte Geral Reformada do Código Penal – subsídios para a história do projeto de novo código penal (pls 236/2012)*. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (pls 236/2012)*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 3-33.

_____. *Erro, Causas de Justificação e Causas de Exculpação no Novo Projeto de Código Penal (Projeto de Lei nº 236/2012 do Senado Federal)*. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (pls 236/2012)*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015a, p. 122-158.

_____. (Org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (pls 236/2012)*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015b.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Vol. I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios da Insignificância no Direito Penal: análise à luz da lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZI, Felipe da Costa de. *O Princípio da Insignificância: fundamentos e função dogmática: uma leitura à luz do funcionalismo de Claus Roxin*. In: *Revista de Estudos Criminais*. 2015, v. 12, nº 57, p. 206-243.

MACHADO, Luiz Alberto. *Uma Visão Material do Tipo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MAÑAS, Carlos Vico. *Princípio da Insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude?* In: *Estudos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 143-150.

MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Jose Arturo Rodrigues Muñoz. Tomo I. 2ª ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1946.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0024.99.087682-3/001. Relator: Alexandre Victor de Carvalho. **Diário de Justiça Eletrônico**, Minas Gerais, 13 fev. 2007. Disponível em:

<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=A153D9D3A6015E3D935B1A8D417A2B5F.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.99.087682-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 20/04/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0471.13.000866-0/001. Relator: Eduardo Machado. **Diário de Justiça Eletrônico**, Minas Gerais, 07 jul. 2015a. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0471.13.000866-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 22/09/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 1.0313.10.030517-3/001. Relator: Pedro Vergara. **Diário de Justiça Eletrônico**, Minas Gerais, 01 set. 2015b. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0313.10.030517-3%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 22/09/2015.

PARREIRAS, Núbio Pinhon Mendes. *Cortes Superiores devem fixar critérios para aplicação do princípio da bagatela*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-13/hkskjhsakjhsakhjsakjhaskjhaskjhsa>>. Acesso em: 13/05/2018.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

ROXIN, Claus. *A Proteção de Bens Jurídicos Como Função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. Tradução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Sobre o recente debate em torno do bem jurídico*. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-275.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Reforma Penal: crítica da disciplina legal do crime*. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal (pls 236/2012)*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 37-53.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 3006075-02.2013.8.26.0114. Relator: Alcides Malossi Junior. **Diário de Justiça Eletrônico**, São Paulo, 03 set. 2015. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=22E57941C5DAAEBA11EBA A6A308E8C25.cjsg1>>. Acesso em: 22/09/2015.

SARNEY, José. Projeto de Lei nº 236, de 2012. Institui novo Código Penal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SILVA, Ivan Luiz da. *Princípio da insignificância no direito penal*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

SHÜNEMANN, Bernd. *O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos*. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 23-67.

SOUZA, Fernando Antônio Carvalho Alves de. *Princípio da insignificância: os vetores (critérios) estabelecidos pelo STF para a aplicação na visão de Claus Roxin*. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, ago./set. 2009, v. 6, n. 31, p. 23-27.

STRATENWERTH, Günter. *Sobre o conceito de “bem jurídico”*. In: GRECO, Luis; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O Bem Jurídico como Limitação ao Poder Estatal de Incriminar?* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-148.

TAVARES, Juarez. *Projeto de Código Penal. A Reforma da Parte Penal*. In: LEITE, Alaor (Org.). *Reforma Penal: a crítica científica à parte geral do projeto de código penal* (pls 236/2012). São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 54-76.

_____. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*. Volume I. 4. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Direito Penal Brasileiro*. Volume II.i. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ⁱ O Prof. Paulo Busato, conforme veremos, inclui este instituto no princípio da intervenção mínima, preferindo, portanto, esta terminologia.

ⁱⁱ Neste sentido, para ficar em poucos exemplos, Amelung (2016), Batista (2013), Busato (2017), Leite (2015; 2015a; 2015b), Lopes (1997; 1999), Machado (2009), Mañas (2003), Queiroz (2010), Roxin (2002; 2009; 2016), Santos (2015), Shünemann (2016), Tavares (2002; 2015), Zaffaroni *et al* (2013; 2016) etc.

ⁱⁱⁱ Não por outra razão que, como lembra Tavares (2002, p. 188), é razoável entender Liszt como positivista, exatamente por depender da formalização, pelo legislador, do bem jurídico socialmente reconhecido, sob pena de irrelevância penal.

^{iv} Muito embora esta edição seja de 2006, a ortografia da obra consultada é a mesma da época da tradução.

^v Registre-se que, conforme lembra Brandão (2014, p. 131/132), neste período, a noção de tipicidade, como elemento destacado da Teoria do Delito, não tinha sido ainda desenvolvida, tendo o sido tão somente em 1906, com Ernst von Beling.

^{vi} Discordando, Tavares (2002), afirma que, muito embora deva-se reconhecer uma superação aos positivismos jurídico (Binding) e sociológico (Liszt), a bem da verdade, o neokantismo se aproxima do positivismo ao “fazer derivar o bem jurídico da elaboração normativa” (p. 190/191).

^{vii} Tradução livre do original: “*La determinación y conocimiento del bien jurídico* en referencia al tipo concreto se logra mediante *la interpretación* de la ley según las reglas en otro lugar indicadas. Pero el bien jurídico así obtenido constituye a su vez *el más importante medio de interpretación* en referencia a dicho tipo y a sus singulares características.”

^{viii} O Prof. Paulo Busato trabalha com outras nomenclaturas para explicar os mesmos conceitos, chamando de pretensões de relevância típica conceitual (tipicidade formal) e de ofensividade (tipicidade material), assim explicando: “O conteúdo da pretensão *geral* de relevância ou *tipo de ação* é formado por duas subpretensões, quais sejam, uma pretensão *conceitual* de relevância e uma pretensão de ofensividade.

A pretensão *conceitual de relevância* refere-se à comprovação de que uma determinada conduta corresponde a um tipo (...) A pretensão de *ofensividade*, por sua vez, diz respeito à comprovação de que um bem jurídico digno de proteção penal foi atacado de modo grave o suficiente para determinar a intervenção do Direito Penal.” (BUSATO, 2017, p. 252/253)

^{ix} Batista (2013, p. 82/88) desenvolve uma importante análise histórica do princípio da intervenção mínima.

^x Para uma crítica contundente à construção de Roxin, consultar Chamon Junior (2006, p. 149/166).

^{xi} Interessante notar que, como lembra Mañas (2003, p. 143), há quem entenda que a insignificância da lesão exclua a antijuridicidade, como Alberto Silva Franco já entendeu. Há também, como destacou Leite (2015a, p. 146), entendimento que vinculam o princípio a uma natureza processual, no sentido de mitigação da obrigatoriedade da ação penal.

^{xii} Estima-se que o princípio tenha sido recepcionado pela jurisprudência brasileira, pelo menos, desde o final da década de 1980, conforme destaca Lorenzi (2015, p. 208), referindo casos julgados pelo STF.

^{xiii} Importante destacar que a consideração da reincidência é ainda mais perigosa na Teoria do Crime – do que na penologia –, sobretudo na tipicidade material, como no caso, vez que acaba por definir a própria proibição – e não apenas a retribuição – a partir de elementos do Direito Penal do Autor.

^{xiv} Lembrando que a Lei 10.522/02 trouxe, em seu artigo 20, um comando legal que determina o arquivamento dos processos de execuções fiscais em que a União Federal cobra dívidas com valores iguais ou inferiores a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Daí que a Portaria de nº 75/12, do Ministério da Fazenda, em seu artigo 1º, II, atualizou este valor para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Assim, sendo o Direito Penal a *ultima ratio*, os Tribunais têm absolvido as acusações em crimes tributários até este montante, embora não estendam para demais crimes patrimoniais.

^{xv} À primeira vista, é possível que se entenda que este acórdão, ao invés de reconhecer – embora o diga expressamente – o princípio da intervenção mínima (chamado de insignificância) para excluir a tipicidade, lance mão do conteúdo do princípio vinculado à natureza processual, no sentido de mitigação da obrigatoriedade da ação penal à luz da *ultima ratio*. Todavia, este raciocínio não se sustenta na medida em que o sentido expressado no acórdão é exatamente da insignificância da lesão ao bem jurídico patrimônio público.

^{xvi} Não se está, naturalmente, insinuando que que nestes referidos crimes (descaminho e tributários federais) o STF deveria exigir os requisitos (4 objetivos e 1 subjetivo de primariedade) solicitados, mas, muito pelo contrário, o que se faz aqui é questionar a falta de uniformização de critérios para definir a intervenção mínima em crimes que, pelo bem jurídico – patrimônio –, não se distinguem tanto, a não ser pela titularidade – pública ou privada.

^{xvii} Para um estudo crítico mais aprofundado sobre os referidos projeto e substitutivo, especialmente sobre a parte geral, consultar os artigos em Leite (2015b), de autoria de importantes pesquisadores brasileiros: Adriano Teixeira, Alaor Leite, Gustavo Quandt, Juarez Cirino dos Santos, Juarez Tavares, Luís Greco, Miguel Reale Jr., Paulo César Busato e René Ariel Dotti.

^{xviii} “Art. 18. Diz-se o crime: I- doloso, quando o agente quis realizar o tipo penal ou assumiu o risco de realiza-lo, consentindo ou aceitando de modo indiferente o resultado.”

^{xix} “II- culposo, quando o agente, em razão da inobservância dos deveres de cuidado exigíveis nas circunstâncias, realizou o fato típico.”

^{xx} No Projeto a exclusão da ilicitude foi erroneamente capitulada como “Exclusão do fato criminoso”, quando, é evidente, não exclusão do fato, mas da valoração do mesmo como ilícito.

^{xxi} Para críticas à referida jurisprudência, consultar, entre outros, Busato (2017, p. 60/64), Lorenzi (2015), Parreiras (2018), Queiroz (2009, p. 60/64).

^{xxii} Tradução livre do original: “Cuando los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos optan por un Derecho penal de determinada configuración, es decir, por un Derecho penal restrictivo, ello constituye una opción de política jurídica, que puede perfectamente compartir un representante de la tesis de que lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma.

(...)

Sin embargo, la tesis de la protección de las normas retrata al Derecho con mayor exactitud, al superar la idea de la posesión de bienes, tomando como punto de referencia la relación entre personas.”

Área 2

Direito Penal Econômico



**A POLÍTICA CRIMINAL DO PODER JUDICIÁRIO E A CONFORMAÇÃO DE
ELEMENTOS DOGMÁTICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO**

*THE JUDICIARY CRIMINAL POLICY AND THE CONFORMATION OF DOGMATIC
ELEMENTS OF THE ECONOMIC CRIMINAL LAW*

Paula Nunes Mamede Rosa

Doutoranda e Mestra em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), Bacharela em Direito pela FDUSP. paula.mamede.sf@gmail.com

Ludmila Carvalho Gaspar de Barros Bello

Mestranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), Bacharela em Direito pela FDUSP. ludmilagbello@gmail.com

RESUMO: O presente artigo versa sobre o combate à corrupção no Brasil. Optou-se por uma pesquisa sobre o papel do Poder Judiciário nesse sentido, as orientações de política criminal emanadas dele e o impacto dos precedentes na conformação do Direito Penal. Para tanto, foi analisada a evolução do resultado da interpretação jurisprudencial no que se refere ao crime de corrupção passiva, a lavagem de dinheiro, o uso da teoria do domínio do fato e a condução coercitiva, utilizando-se de decisões paradigmáticas a título exemplificativo e ilustrativo das discussões trazidas. O recorte adotado justifica-se pelo protagonismo assumido pelo Poder Judiciário no combate à corrupção e o alcance de suas decisões não apenas nos casos concretos já submetidos a ele, mas também nas futuras decisões e, assim, na aplicação do Direito como um todo, em sua forma mais dinâmica.

PALAVRAS-CHAVE: Política criminal; Poder Judiciário; corrupção; Mensalão; Lava Jato.

ABSTRACT: The present article focuses on the fight against corruption in Brazil. We opted for a research on the role of the Judiciary in this phenomenon, the guidelines of criminal policy emanated from judges and the impact of precedents in the conformation of Criminal Law. For this objective, we analyzed the evolution of jurisprudential interpretation regarding the crime of

passive corruption, money laundering, the use of the doctrine of “act-domination” or control and the use of coercive conduction, for such, using paradigmatic decisions for exemplificative and illustrative purposes. The focus on the Judiciary is justified by the important role played by this institution in the fight against corruption and by the extent of the effects of its decisions not only on concrete cases already submitted, but also on future decisions and, therefore, in the application of the Law as a whole, in its most dynamic form.

KEY-WORDS: Criminal policies; Judiciary; corruption; Mensalão; “Car Wash”.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Corrupção Passiva; 3. Teoria do domínio do fato; 4. Lavagem de dinheiro; 5. Condução Coercitiva; 6. Conclusões; Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a analisar as políticas públicas voltadas para o combate ao crime de corrupção no Brasil, na dimensão de quais instrumentos são utilizados para lidar com o fenômeno da corrupção no Brasil, quais as iniciativas tomadas nesse sentido.

Muito embora existam diversas maneiras pelas quais se pode abordar o assunto, como, por exemplo, por meio de análise das iniciativas extrapenais, da atividade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, da atuação de grupos de pressão, do Ministério Público etc, o Brasil tem enfrentado uma fonte de política criminal que não pode ser ignorada: o Poder Judiciário.

Com efeito, o Poder Judiciário tem protagonizado, com o auxílio do Ministério Público, o movimento de combate à corrupção, como se pode observar das duas principais operações que adotaram essa bandeira: as denominadas “Operação Lava Jato” e o “Mensalão”.

Em assim agindo, transforma-se em emissor de política criminal e não apenas em seu mero aplicador, como foi inclusive reconhecido recentemente pelo Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do *Habeas Corpus* 137.063, que, ao conceder a ordem para que o Paciente aguardasse, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, afirmou que “não se deve fazer política criminal em face da Constituição, mas sim com amparo nela”.

Política criminal, termo que remonta às ideias de von Liszt, assume conceito mais moderno nesse artigo, formulado por Nilo Batista:

Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se política criminal. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal. (BATISTA, 2007)

Ainda, na lição de Ana Elisa Bechara:

Antes, porém, de examinar a intervenção do Direito Penal em determinadas matérias, é necessário observar que, em qualquer caso, deparamo-nos com opções políticas ou, de forma mais simples, com a eleição de um determinado modelo de intervenção penal. (BECHARA, 2008)

A partir do momento que o Poder Judiciário deixa de aplicar as recomendações de política criminal, criando suas próprias, estas passam a prevalecer, uma vez que o emissor é o mesmo que a aplica, não havendo qualquer atividade de freios e contrapesos nessa dinâmica.

Dito em outras palavras: em sendo a política criminal o conjunto de princípios e recomendações para a atividade legislativa de criação e reforma da norma, a partir do momento em que o Poder Judiciário passa a protagonizar o movimento de combate à corrupção, no momento em que aplica a lei penal, fazendo direito no caso concreto, já embute nessa aplicação as suas próprias orientações de política criminal, ditando não apenas o que é a lei no caso concreto, mas criando lei de acordo com a política adotada por si. Daí a importância de se reconhecer esse fenômeno e analisá-lo.

O recurso ao Direito Penal como *prima ratio* não é novidade no Brasil e nem nosso privilégio, não sendo de hoje os alertas que estudiosos têm feito acerca do clamor social pelo uso intensivo do poder punitivo do Estado, na linha de Ulrich Beck com a sua obra sobre a sociedade de risco.

Maurício Zanoide de Moraes, ademais, afirma que no Brasil não há e nunca houve, desde seu “descobrimento”, uma política pública pensada e racionalizada, limitando-se a “pequenos impulsos ou aparentes tentativas, sempre embebidas por forte influxo político autoritário” (DE MORAES, 2006)ⁱ. Sobre o recurso ao poder punitivo, a doutrina de Ana Elisa Bechara:

Divulgam-se, então, pesquisas de opinião pública sobre a aprovação de medidas mais drásticas e rigorosas de combate à criminalidade, tais como a redução da maioria penal; a criação de novos delitos; a redução de garantias fundamentais do agente; e o aumento de penas previstas para delitos já existentes. Tem-se, nessa linha, a proliferação de leis penais, que não raras vezes são votadas de forma casuística, impensada e, o que é pior, atécnica. Nesse contexto atual, nem sequer importa para uma sociedade amedrontada e vitimizada a modificação ou supressão das garantias individuais clássicas, decorrentes de um Estado Democrático de Direito. Ao contrário, tais garantias, dentre as quais se destacam os próprios princípios penais fundamentais e os elementos da teoria geral do delito, são agora consideradas meros formalismos, rígidos em demasia, que atrapalham na solução efetiva dos casos concretos. (BECHARA, 2008)

A respaldar as afirmações acerca da expansão do Direito Penal no Brasil, pode-se citar um estudo desenvolvido pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV), pelo qual verificou-se que quase todos os projetos de lei em matéria penal, apresentados entre os anos de 1984 e 2006, visavam à expansão ou criação de tipos penais (em contraposição à descriminalização de condutas ou restrição de seu alcance) ou ao aumento de penas. No universo de 100 projetos de leis estudados, constataram que, de 579 normas de comportamento, 531 correspondiam à criação de norma de comportamento e 41 à modificação da norma (destas, 39 eram expansivas e apenas 02 redutoras). De 891 normas de sanção, 837 se referiam à criação e 54 à modificação (das quais 47 correspondiam ao aumento da penalização e 07 à diminuição) (MACHADO, et al., 2010).

Ora, o protagonismo do Poder Judiciário no combate à corrupção não deixa de ser um desses movimentos de recurso ao Direito Penal como principal instrumento de política pública, pela própria natureza desse Poder e sua atuação em casos penais concretos, ao invés de pensar políticas sistematizadas e racionalizadas voltadas para o macroⁱⁱ. A bandeira do combate à corrupção, ademais, é sustentada pelo discurso de se dar um basta à impunidade e, com isso,

não apenas responsabilizar agentes públicos e privados por meio do Direito Penal, como também intimidar os demais indivíduos a não mais perpetuar essa prática.

Em diversas passagens das decisões analisadas – pertencentes principalmente às supracitadas operações “Mensalão” e “Lava Jato” – é possível verificar essa postura dos Magistrados, no sentido de se tentar modificar as práticas dos agentes estatais brasileiros, de se alterar o quadro de corrupção e atender aos anseios da população brasileira por um país mais ético.

Exemplo disso é passagem do voto do Ministro Celso de Mello no “Mensalão” em que desenvolveu um discurso de que “o Estado brasileiro não tolera o poder que corrompe nem admite o poder que se deixa corromper”, defendendo a punição dos corruptos e corruptores, na forma da lei, bem como atribuindo ao processo criminal o papel de revelar “a face sombria daqueles que, no controle do aparelho de Estado, transformaram a cultura da transgressão em prática ordinária e desonesta de poder, como se o exercício das instituições da República pudesse ser degradado a uma função de mera satisfação instrumental de interesses governamentais ou de desígnios pessoais” (DE MELLO, 2012).

Não é diferente no caso da “Operação Lava-Jato”, em que o Desembargador Gebran Neto, seu Relator prevento, celebrou o quanto esta operação teria revelado sobre o Estado brasileiro e seu funcionamento, “escancarando esquemas criminosos que vão de encontro aos princípios gerais que deveriam imperar na Administração Pública (artigo 37 da Constituição Federal): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, comparando tais esquemas ao câncer, que possui alto poder lesivo e capacidade de se espalhar, o que indica o seu posicionamento no sentido de que a referida operação poderia alterar esse quadro (GEBRAN NETO, 2017).

Ainda, o Desembargador Leandro Paulsen, Revisor prevento da mesma operação, em seu voto também expressa o seu anseio de que servidores públicos e políticos atuem de modo íntegro, inspirados pelos princípios que regem a Administração Pública e visando ao bem comum. E continua:

E há uma grande preocupação com isso, porquanto, quando outros interesses se sobrepõem, não apenas o servidor se corrompe, no sentido de se deteriorar moralmente, de se perverter, mas, com ele, também a Administração se deteriora e se

perverte, torna-se ineficiente, desperdiça os recursos públicos, compromete seus serviços, não dá à população a contrapartida que lhe é devida, transforma-se num pária, fazendo pouco caso do seu papel, das expectativas e dos esforços de todos (PAULSEN, 2017).

Assim, formou-se uma proposta de pesquisa no sentido de se compreender e identificar como tais orientações de política criminal têm conformado o Direito Penal e a sua dogmática, especificamente no âmbito do combate à corrupção. Para tanto, decidiu-se por trazer os principais argumentos extraídos de sentenças e acórdãos proferidos no âmbito das Operações “Lava Jato” e “Mensalão”.

A escolha de tais sentenças e acórdãos como fontes primordiais de pesquisa para análise dos institutos aplicados pelo judiciário no combate à corrupção não se dá por acaso. Ambos podem ser facilmente identificados, nesse sentido, como paradigmas de uma nova fase do ativismo judiciário brasileiro. Primeiro, pelo elevado número de agentes condenados por corrupção passiva, corrupção ativa e lavagem de dinheiro - algo, até então, inédito no cenário brasileiro. Segundo, pela utilização, enquanto base para as condenações, de interpretações inovadoras do texto legal, como é o caso do ato de ofício indeterminado e do uso expansivo da condução coercitiva, e de teorias importadas de outros países, tais como a Teoria do Domínio do Fato e a Teoria da Cegueira Deliberada. Por fim, sua importância vem, também, do fato de alterarem a jurisprudência nacional sobre a corrupção, crimes correlatos e crimes econômicos de maneira geral, nos quais vemos, hoje, uma intensa aplicação dos institutos que aqui serão analisados.

Necessária a ressalva de que o artigo não se baseou em uma pesquisa empírica de jurisprudência, trazendo-se trechos dessas decisões não como resultado de uma seleção prévia com metodologia específica, mas a título de exemplo, para ilustrar esse movimento de política criminal judiciária.

2. CORRUPÇÃO

Como não poderia deixar de ser, o primeiro aspecto dessa política criminal a ser abordado é aquele referente ao crime de corrupção passiva e como a interpretação desse tipo

penal tem se modificado, a ponto de não ser exagero afirmar que o Poder Judiciário chega a exercer uma atividade legislativa com as suas mudanças de posicionamento.

Referido delito é previsto no artigo 317 do Código Penal e possui como bem jurídico a ser protegido a Administração Pública, especificamente “a pureza da função pública, a sua respeitabilidade e a integridade dos funcionários” (COSTA E SILVA). Ainda:

Bem jurídico protegido, no dispositivo em exame, é a Administração Pública, especialmente sua moralidade e probidade administrativa. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários, constituindo a corrupção passiva a venalidade de atos de ofício, num verdadeiro tráfico da função pública. (BITENCOURT, 2017)

Em sentido ainda mais restrito:

No entanto, considera-se preferível, na linha aqui veiculada de adequação ao sentido e conteúdo do texto constitucional e à concepção de Estado social e democrático de Direito, entender como bem jurídico tutelado o regular e correto funcionamento da atividade pública (Administração Pública), com objetivo de servir aos interesses gerais de forma hígida, objetiva e eficaz. Dá-se proteção ao legal e correto exercício da atividade pública, da função pública, segundo o estatuído na Constituição. (PRADO, 2014)

Dessa forma, a criminalização de atos de corrupção está intimamente ligada à preservação da atividade pública, que não pode sucumbir aos interesses privados, comprometendo a sua função em prol de uma vantagem indevida.

Para a configuração desse delito, portanto, tendo-se em mente o bem jurídico por ele protegido, deve haver a prática de um dos núcleos verbais do tipo penal – “solicitar”, “receber” ou “aceitar promessa” –, a vinculação a uma “vantagem indevida” e ser o sujeito ativo funcionário público, devendo haver também uma ligação entre a vantagem e a função do funcionário.

Todos esses pontos são pacíficos tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O que recorrentemente é controverso são outros aspectos desse delito, tais como: é necessária a prática de um ato de ofício ou ao menos a vinculação da vantagem indevida a um ato de ofício? Este ato de ofício deve ser determinado ou pode ser indeterminado? O ato de ofício deve estar no

âmbito de atribuições funcionais do funcionário corrupto ou pode ser ato de ofício fora deste âmbito, mas que o funcionário possa de fato garantir?

A importância desse debate é evidente: não apenas influencia a estrutura do delito, como também possui reflexos processuais, como o nível de exigência probatória – o que, para determinados crimes, como os de colarinho branco, adquire especial importância, como pode ser vislumbrado pela tentativa de alguns em flexibilizar esse ônusⁱⁱⁱ.

Muito embora a doutrina não seja pacífica com relação a um posicionamento, pode-se afirmar que prevalece o de que, embora não seja necessária a prática, a omissão ou um retardamento do ato de ofício (prevista como causa de aumento do art. 317, §2º, do CP), é necessária a vinculação da vantagem indevida a um ato de ofício determinado, que deve estar compreendido nas atribuições funcionais do agente público:

Para a caracterização do crime de corrupção passiva é indispensável que o agente público receba vantagem indevida pela prática (ou promessa) de um ato de ofício específico. O ato de ofício deve ser detalhado ou particularizado, não podendo ser um ato qualquer, um ato em tese, um ato abstrato ou genérico. [...] Para a configuração do tipo é necessário que o ato de ofício, em torno do qual é praticada a conduta incriminada, seja inerente à função exercida pelo funcionário público. (WUNDERLICH, 2017)

O ato ou abstenção a que a corrupção se refere deve ser da competência do intraneus, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração. (HUNGRIA, p. 369)

Com relação ao posicionamento do Poder Judiciário, foco do presente trabalho, existem três principais marcos da interpretação judicial: AP 307/DF (“Caso Collor”), AP 470 (“Mensalão”) e a “Operação Lava Jato”, tanto que os julgamentos mais recentes fazem referência aos anteriores, a demonstrar a observação e o desenvolvimento dos precedentes.

O primeiro marco, portanto, é de 1994, no âmbito da AP 307-3/DF, em que o ex-Presidente Fernando Collor de Mello foi absolvido do crime de corrupção passiva. Naquele julgamento, foi decidido que “para a configuração da corrupção passiva deve ser apontado ato de ofício do funcionário, configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido” (Ação Penal 307/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ de 13/10/1995).

Dessa forma, o precedente criado pelo Supremo Tribunal Federal naquela oportunidade estabelecia que o delito em questão restaria configurado quando “a vantagem indevida prometida, solicitada etc. se relacione a algum ato de ofício do funcionário público” (QUANDT, 2014), compreendido como um ato entre as atribuições funcionais do agente, como pode ser observado pelo voto do Ministro Celso de Mello ao assentar que seria essencial “sob pena de absoluta descaracterização típica da conduta imputada aos réus, a **precisa identificação** de um ato de ofício incluível na esfera de atribuições do Presidente” (grifos no original).

Esse posicionamento foi reconhecido e reproduzido posteriormente, na AP 470 (“Mensalão”)^{iv}, cujo julgamento se deu ao longo dos anos de 2012 e 2013. Com efeito, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – muito embora alguns votos tenham tratado o tema de forma confusa – foi no sentido de que deve haver uma relação entre a vantagem indevida e um ato de ofício determinado, dispensando-se, no entanto, a efetiva realização do ato (QUANDT, 2014).

No entanto, mais recentemente, a partir de 2014, a “Operação Lava Jato” novamente revolveu o assunto, adotando novo posicionamento quanto à configuração do crime de corrupção passiva, pelo qual o ato de ofício pode ser indeterminado, desde que a vantagem indevida esteja relacionada ao cargo ocupado pelo funcionário público e este ato de ofício não precisa estar na esfera das atribuições funcionais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato.

Insta salientar que esse novo entendimento encontra eco tanto na primeira instância, na qual o responsável pela referida operação é o Juiz Sergio Moro^v, quanto na segunda instância, ou seja, perante no Tribunal Regional Federal da 4^a Região, em que a Turma Julgadora preventa são os Desembargadores Joao Pedro Gebran Neto^{vi}, Leandro Paulsen^{vii} e Victor Laus^{viii}.

O novo posicionamento adotado com relação à desnecessidade de nexos causal entre ato de ofício e vantagem indevida vem claramente inspirado por argumentos de natureza de política criminal de combate à corrupção. Este papel, quando assumido pelo Poder Judiciário, não poderia senão resultar em expansão do poder punitivo, causando novas preocupações, também de política criminal, com relação aos precedentes criados e à nova conformação dos elementos dogmáticos do delito de corrupção passiva – tendo-se em mente que estes são aplicáveis, como regra geral e abstrata, não apenas para os casos de grande repercussão, mas para toda e qualquer

conduta futura –, que não atendem aos princípios mais basilares do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

3. TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO

Em se tratando de um estudo sobre corrupção que se propõe a analisar a atuação do judiciário enquanto criador de política criminal – algo que é feito através de, entre outras ferramentas, a importação de teorias estrangeiras ao nosso ordenamento –, imprescindível tratar da aplicação da Teoria do Domínio do Fato na jurisprudência brasileira.

Dentre as diversas controvérsias jurídicas suscitadas pelo “Caso Mensalão”, o uso da Teoria do Domínio do Fato – ou da Teoria do Domínio da Organização, como veremos mais adiante – para justificar condenações, principalmente quanto à corrupção ativa, assume um protagonismo notável.

A mencionada teoria é apenas uma dentre as diversas que trabalham com a figura do autor e a figura do partícipe. Em que pese a existência de teorias extensivas da autoria, a Teoria do Domínio no fato figura como uma das teorias restritivas (TEOTÔNIO e LEONI, 2015), além de ser, também, diferenciadora. Isto significa que ela parte do pressuposto de que existem diferenças entre autor e partícipe e dispõe de critérios para que possamos diferenciar as figuras. Em poucas linhas, a teoria dispõe que autor é quem é considerado figura central para o a ação típica, independentemente de sê-lo através do domínio da ação, do domínio da vontade ou do domínio funcional (MACHADO, 2015). O domínio da vontade, em particular, permite ser considerado autor aquele que, embora não atue diretamente para o cometimento do delito, o faz de forma mediata.

Isso não significa, entretanto, que a ela caiba o papel de condenar aqueles que, de outra forma, seriam absolvidos (LEITE, 2014). Como mencionado, a Teoria do Domínio do Fato serve tão somente para diferenciar autoria e participação. Isso é facilmente ilustrável com a já citada figura do autor mediato. Se antes seria ele considerado um mero partícipe, sob o prisma da teoria aqui em análise seria tido como autor, vez que exerce o mencionado papel de centralidade na ação típica. Isso não se dá, no entanto, a partir de uma simples suposição

baseada na posição hierárquica ocupada pelo suposto agente. Em outras palavras, a concorrência para o ato criminoso deve ser provada, e não deduzida.

No entanto, ao analisarmos as menções ao domínio do fato na Ação Penal 470, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal deu a ela uma nova roupagem, fazendo um uso diverso daquele visado por Claus Roxin, criador da teoria tal como a conhecemos hoje. Em diversos momentos, inclusive, o STF parece realizar uma verdadeira confusão entre a Teoria do Domínio do Fato e a Teoria do Domínio da Organização, que, embora similares, não são coincidentes. Além disso, aplica de forma confusa os critérios consolidados por seu autor.

É exatamente por essa razão que sua aplicação no Caso Mensalão foi duramente criticada, inclusive pelo próprio Claus Roxin, que reitera que a mera posição do suposto agente não é suficiente para embasar uma condenação sem que haja provas de seu envolvimento. Os ministros do Supremo Tribunal Federal, no entanto, aparentam ter se baseado apenas ocupação de cargo de poder, e não num ato concreto, para sustentar a sentença^{ix}.

No voto da Ministra Rosa Weber é possível identificar, a um mesmo tempo, todas as três principais fragilidades na aplicação da Teoria do Domínio do Fato pelo Supremo Tribunal Federal. São elas: (i) a utilização de uma teoria restritiva da autoria para justificar a punibilidade de um agente que, de outra forma, seria absolvido; (ii) a dispensa de um ato ou ordem concreta da pessoa no topo da cadeia de comando para o fato delitivo e, por fim; (iii) a confusão feita entre a Teoria do Domínio do Fato e a Teoria do Domínio da Organização.

A respeito do primeiro ponto, o voto menciona “se a resposta for negativa, haverá inexistência de autoria”, implicando que uma eventual resposta positiva implicaria numa absolvição do acusado. Ou seja, depreende-se que, para a Ministra Rosa Weber, a Teoria do Domínio do Fato teria um caráter de teste de verificação de autoria, e não de ferramenta de diferenciação entre autor e partícipe.

Ora, se fosse essa a função a que se propõe a teoria lapidada por Roxin, a mesma não seria de nenhuma utilidade para o ordenamento penal brasileiro, uma vez que nosso artigo 29 do Código Penal determina que todo aquele que concorrer para determinado crime é por ele responsável na medida de sua culpabilidade.

Em outras palavras, se faz-se necessário recorrer à Teoria do Domínio do Fato para embasar uma condenação, sendo o artigo 29 insuficiente, claro está que o Supremo Tribunal

Federal utilizou a teoria alemã para expandir o âmbito da responsabilidade do agente. Assim, atua, indubitavelmente, como um emissor de política criminal, que redefine os limites da autoria.

No entanto, como mencionado, essa não é a única falha da Ação Penal 470 no que tange a aplicação do domínio do fato. Intrinsecamente ligada à extensão da responsabilização está a dispensa de comprovação de uma ordem do chefe da cadeia de comando é representada, notadamente, pelo voto da Ministra Rosa Weber, presente em colocações como “a autoria presumida do ato é de seus dirigentes”.

Conforme já dito, o próprio Roxin critica essa suposição. A autoria daquele que está no comando não é, em absoluto, presumível. Afirmar de forma contrária seria admitir um direito penal objetivo, o que é, evidentemente, injustificável.

Com isso, fica reforçada a impressão, agora mais do que nítida, de que o Supremo Tribunal Federal utilizou a Teoria do Domínio do Fato para superar os limites tradicionais impostos pelo artigo 29, numa tentativa de atender aos anseios populares de punição para aqueles vistos como moralmente responsáveis, em que pese a ausência de fundamentação jurídica adequada.

Curiosamente, essa crítica encontra espaço dentro do próprio STF, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que, embora vencido, expressa suas preocupações de forma contundente:

Assim, vedada a atribuição de responsabilidade objetiva ao réu JOSÉ DIRCEU, e não provado qualquer liame subjetivo entre as pessoas ou os fatos delituosos descritos na denúncia ou ainda que ele tenha contribuído para a consecução daqueles fatos, cumpre decretar-se o non liquet, ou seja, absolvê-lo da imputação de ter praticado o crime de corrupção ativa.

A carência de provas contra JOSÉ DIRCEU é tamanha que o digno Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel – ao qual aproveito para prestar minhas homenagens – assim se manifestou em sua substanciosa sustentação oral, proferida no dia 3/8/2012: *“Quando eu falei de crimes praticados entre quatro paredes, em muitas vezes falava das paredes da Casa Civil. Por isso é tão difícil conseguir provas de crimes praticados dentro do Palácio da Presidência da República”*.

Ou seja, o combativo Ministério Público não encontrou, por mais que procurasse, ao longo dos quase seis anos de instrução processual, uma prova sequer contra JOSÉ DIRCEU. Existem, sim, nos autos, suspeitas, ilações, insinuações e mesmo acusações contundentes, mas, a meu ver, totalmente carentes de suporte em elementos de convicção idôneos.

Incapaz, portanto, de comprovar as acusações lançadas contra JOSÉ DIRCEU, o Ministério Público recorre, num derradeiro esforço de convencimento desta Suprema Corte, à denominada “teoria do domínio do fato”. Trata-se de uma tese, embora já antiga, ainda controvertida na doutrina. Não obstante a discussão que se trava em torno dela, muitas vezes é empregada pelo Parquet como uma espécie de panaceia

geral, ou seja, de um remédio para todos os males, à míngua do medicamento processual apropriado. No caso de processos criminais em que a produção da prova acusatória se mostre difícil ou até mesmo impossível, essa teoria permite buscar suporte em um raciocínio não raro especulativo com o qual se pretende superar a exigência da produção de evidências concretas para a condenação de alguém.

[...] Em que pesem essas limitações, muitos juristas adotam tal teoria como uma “complementação” à chamada “teoria restritiva” – dominante entre os criminalistas –, em situações excepcionais, extremas, quando se coloca em xeque o próprio Estado de Direito.

(Voto Ministro Ricardo Lewandowski)

Por fim, ainda sobre esta teoria, é importante que se faça uma breve análise da confusão feita por diversos ministros, que, muito embora mencionem reiteradamente a Teoria do Domínio do Fato, parecem, no entanto, querer se referir à Teoria do Domínio da Organização. A confusão entre ambos os institutos é, antes de tudo, entre gênero e espécie, vez que o domínio da vontade é uma das formas de se dominar o fato. Dessa maneira, aquele a que se conhece como “homem de trás” poderia exercer um poder de mando dentro de uma organização que funcione fora da ordem do direito, tendo suas ordens cumpridas por agentes fungíveis (LEITE, 2014). Em outras palavras, a Teoria do Domínio da Organização seria uma idéia particular, inserida dentro do contexto da Teoria do Domínio do Fato.

O próprio criador da teoria, no entanto, nega veementemente a aplicação dela a estruturas legais, tais como empresas e, no caso em análise, partidos políticos. De toda forma, ainda que assim o fosse, ela é, também, assim como já mencionado sobre a Teoria do Domínio do Fato, uma teoria diferenciadora, que não trabalha para responsabilizar quem, de outra forma, não o seria. Clara é a síntese que Alaor Leite faz sobre esse mau uso:

Se é correto dizer que a teoria do domínio da organização agrava a responsabilidade penal, é incorreto – o velho equívoco – afirmar que, com ela, se transforma, em bom português, absolvição em condenação. Sem a teoria do domínio da organização, e em um sistema que diferencia autor e partícipe, os “homens de trás” seriam instigadores dos delitos, ou seja, também seriam puníveis. [...] Em breve resumo, a adoção da teoria do domínio da organização apenas transforma cúmplices e instigadores em autores mediatos, e, além disso, não significa uma transferência de responsabilidade de baixo para cima, na medida em que os autores imediatos permanecem sendo autores (imediatos) e, como tal, devem ser apenados. (LEITE, 2014)

Com isso, parece evidente que a aplicação da Teoria do Domínio do Fato pelo Supremo Tribunal Federal não é apenas uma falha dogmática, mas um verdadeiro exemplo de como o judiciário cria, importa e interpreta institutos jurídicos para suprir aquilo que acredita, pautado

fortemente na opinião popular, serem lacunas na legislação nacional. No caso do “Mensalão”, claro está que a Teoria do Domínio do Fato foi utilizada para, conforme já exposto, estender a responsabilidade a agentes da alta cúpula, ainda que não houvesse, no processo, demonstração concreta de uma conduta delitiva.

Dessa maneira, pode-se, com facilidade, entender o uso da Teoria do Domínio do Fato pelo STF na Ação Penal 470 como um exemplo da postura ativa que o Judiciário assumiu no combate à corrupção na última década, funcionando como um emissor de política criminal de maneira a, por vezes, dar voz a um afã punitivista que ganha força em nossa sociedade.

4 LAVAGEM DE DINHEIRO

Para que se possa fazer jus à amplitude do tema “O Combate à Corrupção no Brasil”, optou-se por não apenas focar nas inovações jurisprudenciais diretamente ligadas aos crimes de corrupção ativa e passiva como também às indiretamente relacionadas a esses tipos penais. Inevitável, portanto, a análise do Poder Judiciário como agente criador de políticas criminais também na lavagem de dinheiro, delito que está, por vezes, ligado ao objeto central deste estudo.

Dentre todas as controvérsias relacionadas ao artigo 1º da Lei nº 9.613/98, tais como a flexibilização das fases da lavagem, o enquadramento de determinadas condutas em tal previsão legal, a confusão entre exaurimento do crime antecedente e lavagem de dinheiro, optamos por expor a questão referente à Teoria da Cegueira Deliberada, que tem sido, com uma frequência crescente, utilizada para embasar condenações por esse tipo penal.

A Teoria da Cegueira Deliberada é, substancialmente, uma questão de dolo, vez que equipara o agir doloso – antes entendido tão somente como o matrimônio entre conhecimento e vontade – ao desconhecimento proposital. Assim, a Teoria da Cegueira Deliberada abarca tanto situações em que o agente desconhecia elementos do tipo porque, propositalmente, optou por não conhecê-los quanto casos em que o sujeito não agiu com a diligência necessária para identificar tais elementos e, assim, não cumpriu o dever de agir (SPENCER, 2017).

Essa aparente inovação no Direito Penal surgiu, em realidade ainda no século XIX, na Inglaterra. Em 1899, foi utilizada em um caso norte-americano (*Spurr x United States*), a partir

do qual ganha notoriedade e passa a ser aplicada a uma série de delitos nos países de tradição *common law*.

Já no Brasil, sua aplicação se dá pela primeira vez em 2005, no caso do assalto ao Banco Central em Fortaleza, no qual o juiz de primeiro grau do Tribunal Regional Federal da 5ª Região utilizou-se da Teoria da Cegueira Deliberada para condenar por lavagem de dinheiro dois funcionários de uma concessionária de veículos que venderam dois carros aos assaltantes, sob o argumento de que teriam optado por ignorar as evidências de que o dinheiro que recebiam era advindo de atividade ilícita.

Em que pese o Mensalão não ter sido, portanto, precursor na aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada no Brasil, ele exerce um papel fundamental na popularização da aplicação do instituto – em especial no que tange a lavagem de dinheiro –, movimento que se comprova pela própria Operação Lava Jato, na qual podemos verificar a existência de condenações baseadas na Teoria. Assim, percebemos que o espaço na Cegueira Deliberada como argumento jurisdicional sofreu um crescimento exponencial na última década. Se na Ação Penal 470 discutia-se vagamente a admissibilidade da Teoria para casos de lavagem de dinheiro, nos processos derivados da Operação Lava Jato ela pode ser considerada o sustentáculo de diversas sentenças. Dessa maneira, verifica-se que, na última década houve um fortalecimento do instituto como instrumento para responsabilizar agentes que não se encontrariam incluídos sob uma ótica mais tradicional do conceito de dolo.

Fazendo um paralelo com o próprio uso da Teoria do Domínio do Fato, a Teoria da Cegueira Deliberada é utilizada, como mencionado, para estender a responsabilidade, no caso concreto, a agentes que, de outra forma, não seriam punidos. No caso da Teoria do Domínio do Fato, a crítica se faz por ser esta uma teoria restritiva da responsabilidade. No caso da cegueira deliberada, o problema reside na importação acrítica da referida teoria, pois, uma vez que sua equiparação ao dolo eventual ainda suscita debate (BOTTINI, 2013), inevitável que se questione se uma nova forma de dolo, com a particularidade da ignorância a respeito de pelo menos um dos elementos do tipo, seria compatível com os artigos 18 e 20 do Código Penal brasileiro.

Para fins de análise da aplicação da teoria no contexto da aplicação da Operação Lava Jato, optamos por utilizar como exemplo, tanto em razão de sua repercussão quanto em razão

da riqueza de detalhes, a sentença proferida em sede da ação penal nº 5013405-59.2016.4.04.7000^x. Nela, publicitários contratados por um partido político para trabalhar em campanha eleitoral foram condenados por lavagem de dinheiro, através do instituto da cegueira deliberada por, em tese, terem evitado receber maiores informações a respeito da origem do dinheiro a eles enviado para que fosse remetido a contas no exterior. Os condenados, por sua vez, argumentam que, embora soubessem que tal prática se tratasse de doações eleitorais não registradas, não era de seu conhecimento que a origem do dinheiro recebido era ilícita.

Na ocasião, a Justiça Federal do Paraná, utilizando a Teoria da Cegueira Deliberada para condenar os agentes por lavagem de dinheiro, entendeu que o crime de lavagem, com a redação dada pela Lei nº 12.683/12, comporta a idéia de dolo eventual, tanto por sua redação quanto pela ausência de rol taxativo de antecedentes – o que permitia, antes da mudança legislativa, a possibilidade de um erro de tipo com relação a quem lavasse dinheiro de crime cometido por outrem, vez que apenas determinados delitos poderiam figurar como antecedentes. Assim, equiparou a Teoria da Cegueira Deliberada ao dolo eventual, entendendo que os condenados no caso concreto optaram por não obterem informações a respeito da natureza – lícita ou ilícita – dos valores recebidos. Partindo desse pressuposto de que a cegueira deliberada é o equivalente na *common law* do dolo eventual no direito continental, não aprofundou-se na questão da compatibilidade da teoria importada ao Código Penal brasileiro.

A questão que se põe, então, é: por que recorrer à cegueira deliberada, ainda que por mera questão argumentativa se, de acordo com esse entendimento, ela é equivalente ao dolo eventual? E, se não o for, não seria necessário analisar a compatibilidade de uma teoria estrangeira, advinda de um sistema tão distinto quanto a *common law*, ao nosso ordenamento?^{xi} Outra questão, ainda que intimamente ligada à primeira, é a já mencionada extensão da responsabilidade^{xii} a agentes que, partindo de uma visão mais tradicional do elemento subjetivo, não seria responsabilizados. No caso em tela, fica claro que, embora os réus possuíssem elementos suficientes para suspeitar da origem ilícita do capital por eles recebido, não havia, comprovadamente, conhecimento a respeito da natureza dos valores^{xiii}.

Dessa forma, fica claro que a condenação se afasta da idéia tradicional do dolo para que possa condenar sujeitos que não sabiam, de fato, que cometiam um ilícito. Assim, algumas questões surgem de forma inevitável. Afinal, a forma como se deu a aplicação da Teoria da

Cegueira Deliberada pela 13ª Vara Federal de Curitiba é, possivelmente, sintomática de como o judiciário brasileiro vem absorvendo e aplicando inovações estrangeiras que suprem as lacunas de responsabilidade existentes na teoria do delito tradicional utilizada pelo direito de influência continental. Ao importar tal teoria de forma acrítica ou ao admitir a possibilidade de dolo eventual para o delito de lavagem de dinheiro, não estaria o judiciário atuando como emissor de política criminal no combate à corrupção e seus crimes correlatos? Mais do que isso, não estaria ele, ao receber esse novo instituto, suprimindo a incidência de determinados princípios basilares de nosso ordenamento, tal como o princípio da legalidade? O desejo popular por punição de determinados indivíduos merece guarida ainda que não encontre lastro em nosso Código Penal?

5 CONDUÇÃO COERCITIVA

A denominada “Operação Lava Jato”, dentre outras inovações, tem feito uso ostensivo de conduções coercitivas de investigados para prestar depoimentos, mesmo sem que tenham sido previamente intimados. Com efeito, até 14.11.2017, de acordo com o site lavajato.mpf.mp.br, foram executadas 222 conduções coercitivas, o que é mais do que a soma de todas as prisões no curso da investigação, que remontavam à época a 218, sendo 101 preventivas, 111 temporárias, 6 em flagrante.

Embora o procedimento neste sentido que tenha ganhado mais os holofotes tenha sido a do ex-Presidente Lula, constitui-se prática dos atores desta operação (e de outras), que entendem ser necessária para a colheita e preservação de provas, além de não permitir, por exemplo, que investigados combinem entre si uma versão dos fatos^{xiv}.

Com efeito, em sua decisão mais famosa lançando mão dessa prática, o Juiz Sergio Moro consignou que:

A condução coercitiva para tomada de depoimento é medida de cunho investigatório. Medida da espécie não implica cerceamento real da liberdade de locomoção, visto que dirigida apenas a tomada de depoimento.

Mesmo ainda com a condução coercitiva, mantém-se o direito ao silêncio dos investigados.

[...]

Por outro lado, cumpre esclarecer que a tomada do depoimento, mesmo sob condução coercitiva, não envolve qualquer juízo de antecipação de responsabilidade criminal, nem tem por objetivo cercear direitos do ex-Presidente ou colocá-lo em situação vexatória.

Prestar depoimento em investigação policial é algo a que qualquer pessoa, como investigado ou testemunha, está sujeita e serve unicamente para esclarecer fatos ou propiciar oportunidade para esclarecimento de fatos.

Com essas observações, usualmente desnecessárias, mas aqui relevantes, defiro parcialmente o requerido pelo MPF para a expedição de mandado de condução coercitiva para colheita do depoimento do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. (MORO, 2016)

Ocorre que o artigo 260 do CPP condiciona a condução coercitiva à recusa do acusado em atender prévia intimação para o seu interrogatório, estabelecendo que “[s]e o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. A intimação prévia, no entanto, não tem sido realizada, lançando-se mão desse procedimento já no primeiro momento.

Ainda assim, mesmo a atual redação deste dispositivo tem sido questionada, vez que é anterior à Constituição Federal, que prevê o direito do investigado e do acusado de não se autoincriminar, nos termos do art. 5º, LXIII.

Em face deste novo e relevante papel assumido pela condução coercitiva no âmbito da operação, foram propostas duas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADPF nº 444) e do Partido dos Trabalhadores (ADPF nº 395).

Ambas as ADPFs possuem como objeto justamente a inconstitucionalidade parcial do artigo 260 do CPP, questionando especificamente a condução coercitiva para a realização dos interrogatórios. Enquanto a ADPF nº 395 questiona tal prática no âmbito da investigação e da instrução processual, a ADPF nº 444 é mais restrita, questionando a condução coercitiva apenas na fase de investigação.

As iniciais das referidas arguições sustentaram, principalmente, que a condução coercitiva do acusado viola os preceitos fundamentais da liberdade e do direito de não se autoincriminar, o que inclui o direito ao silêncio, escolhas do constituinte e do legislador pós-1988 que estão em consonância com um sistema penal democrático.

O Relator, Ministro Gilmar Mendes, deferiu a liminar em ambas as ADPFs, entendendo, em suma, que a condução coercitiva para interrogatório não viola o direito à não autoincriminação, uma vez que o conduzido ainda pode fazer uso do direito ao silêncio, tampouco viola o direito ao prazo necessário para preparação da defesa, vez que na investigação não há uma acusação formada e o investigado não tem o ônus de preparar a defesa, podendo o “desconforto do investigado com o momento do interrogatório” ser “eficazmente contrabalanceado pelo direito ao silêncio e pelo direito a apresentar razões por intermédio de advogado”.

Ademais, não seria violado o direito ao devido processo legal, ao menos no atual estágio da compreensão sobre a tipicidade dos atos processuais. O direito à imparcialidade não seria violado pela atuação do juiz, que atua justamente para garantir a liberdade contra intromissões indevidas. A paridade de armas e a ampla defesa, por sua vez, são garantidas pela presença do advogado e o direito de permanecer calado.

A liminar é deferida, assim, pois a condução coercitiva seria violadora do direito à liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade^{xv}. E, embora nenhum desses dois direitos sejam absolutos, aceitando restrições, estas devem sempre ser proporcionais, o que não ocorre quando se utiliza a condução coercitiva para o interrogatório do acusado, sem prévia intimação, com vistas a imprimir maior celeridade às investigações.

No caso, vislumbra-se que, embora a inconstitucionalidade do procedimento em questão não seja diretamente relacionada aos direitos ao silêncio, à ampla defesa e ao devido processo legal, estes foram levados em consideração quando da verificação de proporcionalidade da medida.

Dessa forma, no caso do uso da condução coercitiva para o “interrogatório surpresa” de investigados, prática que, embora não seja exclusivo dela, foi disseminada pela “Operação Lava Jato”, vislumbrou-se uma atuação do Supremo Tribunal Federal no sentido de limitá-la, resguardando direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Ao discutirmos o combate à corrupção no Brasil, desde um primeiro momento já está a se falar em políticas públicas dirigidas a essa finalidade. No entanto, no país, não é novidade se recorrer ao Direito Penal para tentar operar mudanças estruturais, ignorando-se os avisos doutrinários e da experiência humana que apontam para a ineficiência deste meio para o fim almejado.

O presente artigo buscou identificar qual tem sido a atuação do Poder Judiciário no combate à corrupção, identificando seu papel de emissor de política criminal e a sua influência para a própria configuração do tipo penal da corrupção passiva, internalização de teorias estrangeiras como a do domínio do fato e da cegueira deliberada, bem como novos usos da condução coercitiva.

Não há que se ignorar que a cada operação paradigmática no Brasil, como o Mensalão e a Lava Jato, o Direito brasileiro adquire novas feições, que alcançam casos futuros e são aplicáveis à maioria das pessoas, razão pela qual afirmamos que existe uma política criminal judiciária, que é de extrema relevância para a compreensão do Direito.

Ao longo deste trabalho ficou evidenciado o giro representado pela “Lava Jato” para a caracterização do crime de corrupção passiva, passando a entender que o ato de ofício pode ser indeterminado, desde que a vantagem indevida esteja relacionada ao cargo ocupado pelo funcionário público e este ato de ofício não precisa estar na esfera das atribuições funcionais do agente público, bastando que esteja relacionado com seus poderes de fato. Esse novo posicionamento causa reflexos não apenas dogmáticos, com relação aos elementos do delito, mas de natureza probatória e seu nível de exigência.

Com relação à teoria do domínio do fato, observou-se que seu uso de forma diversa do idealizado por Roxin resulta em uma expansão da responsabilidade penal, vez a teoria foi ferramenta fundamental para permitir condenações de indivíduos contra os quais não havia provas concretas de sua atuação. Assim, a aplicação da Teoria do Domínio do Fato tal como inaugurada pelo STF provoca alterações no *standart* probatório, além de, inevitavelmente, estimular uma releitura do artigo 29 do Código Penal sob uma ótica mais extensiva.

A cegueira deliberada, por sua vez, transforma o conceito do dolo então utilizado no sistema brasileiro. Contudo, sua importação, sem o devido cuidado com a adequação da teoria, em toda sua profundidade, ao nosso Código Penal, pode trazer sérias conseqüências dogmáticas, relativizando conceitos como conhecimento e vontade.

Por fim, em análise dos novos usos da condução coercitiva para interrogatório de acusado, como forma de se garantir o mais próximo da verdade pelo elemento surpresa, em acertada decisão pelo Supremo Tribunal Federal, a sua arbitrariedade foi reconhecida, pela violação ao direito à liberdade de locomoção e à presunção de não culpabilidade.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Condução coercitiva do Lula. *Migalhas*, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235274,41046-Conducao+coercitiva+do+Lula>. Acesso em: 10 mai. 2018.

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de Emergência e Política Criminal: o Futuro do Direito Penal Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 103, p. 411 – 436 jan./dez. 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte especial: crimes contra a Administração Pública e crimes praticados por prefeitos*, vol. 5. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470. *Consultor Jurídico*, 30 jul. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jul-30/direito-defesa-cegueira-deliberada-julgamento-acao-penal-470>. Acesso em: 06 jun. 2018.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 12 de julho de 2017.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 02 de fevereiro de 2017.

BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Petição 5007401-06.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 29 de fevereiro de 2016.

BRASIL. 1ª Vara Federal de Ponta Grossa. Pedido de Busca e Apreensão Criminal 5000409-31.2018.4.04.7009/PR, Ponta Grossa, PR, 28 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5022179-78.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 07 de dezembro de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 24 de janeiro 2018.

COSTA E SILVA, A. J. da. Corrupção passiva e corrupção ativa. *Revista Justitia*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/47a2c7.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

CURY, Teo. PGR recorre de decisão e pede restabelecimento de condução coercitiva. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 13 mar. 2018. Política. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral/pgr-recorre-de-decisao-e-pede-restabelecimento-de-conducao-coercitiva,70002225784>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DE MORAES, Maurício Zanoide. Política Criminal, Constituição e Processo Penal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 101. Jan./dez. 2006.

DESCONHECIDO. Ministro Celso de Mello acompanha integralmente voto do relator no item VI da denúncia. *Notícia STF*, 01 out. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=219783>. Acesso em: 05 mai. 2018.

EDITORIAL. Esmigalhando a condução coercitiva. *Migalhas*, Pílulas, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Pilulas/235277>. Acesso em: 10 mai. 2018.

FALCÃO, Márcio. OAB diz que Moro descumpriu decisão de Gilmar que barrou condução coercitiva. *JOTA*, 20 mar. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/oab-diz-que-moro-descumpriu-decisao-de-gilmar-que-barrou-conducao-coercitiva-20032018>. Acesso em: 10 mai. 2018.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e participe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 106, v. 22, p. 47-90, 2014.

MACEDO, Fausto. Condução coercitiva de testemunhas é legítima, afirma juiz da Operação Trapaca. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 05 mar. 2018. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/conducao-coercitiva-de-testemunhas-e-legitima-afirma-juiz-da-trapaca/>. Acesso em: 10 mai. 2018.

MACHADO, M. et al. Atividade legislativa e obstáculos à inovação em matéria penal no Brasil. *Série Pensando o Direito*, n. 32, 2010. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MACHADO, Renato Martins. *Do Concurso de Pessoas: Delimitação entre coautoria e participação a partir da Teoria do Domínio do Fato*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte especial: volume 7, arts. 312 a 359-H*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. Algumas considerações sobre os crimes de corrupção ativa e passiva: a propósito do julgamento do "Mensalão" (APn 470 do STF). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 22, n. 106, p. 181-214., jan./fev. 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael de Souza. Lei de responsabilidade política. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 24, n. 289, p. 2-4, dez. 2016.

SYDOW, Spender Toth. *A Teoria da Cegueira Deliberada*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

TEOTÔNIO, Paulo José Freire; LEONI, Rafaela Aparecida Parizi. Breves esclarecimentos sobre a teoria do domínio do fato. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 15-28, fev./mar. 2014.

WUNDERLICH, Alexandre. *Código Penal Comentado*. Miguel Reale Junior (coord.). São Paulo: Saraiva, 2017.

ⁱ Recentemente, no entanto, algumas iniciativas com relação à necessidade de se pensar a política criminal têm sido tomadas, como com a recente publicação de artigo no qual é proposta uma Lei de Responsabilidade Político Criminal, desenvolvendo-se propostas para a redução da população carcerária e efetivação dos direitos dos presos, como dificultar a criação de leis punitivas, orientar os juízes a aplicarem medidas cautelares alternativas à prisão e impor aos juízes a fiscalização adequada dos estabelecimentos prisionais. (SHECAIRA, FRANCO, LIRA, 2016).

ⁱⁱ "A doutrina apresenta quatro principais formas de repressão e controle da corrupção: o procedimento legislativo; o controle da Administração na execução das leis; o controle judicial e a transparência e a responsabilidade dos próprios governantes." (PRADO, 2014, p. 136)

ⁱⁱⁱ Ver: DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As lógicas das provas no processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

^{iv} Nesse sentido, inclusive, voto da Ministra Rosa Weber na AP 470: "O precedente desta Suprema Corte consubstanciado no julgamento da Ação Penal 307 (Plenário, Rel. Ilmar Galvão, por maioria, j. 13.12.1994, DJ 13.10.1995) não é aplicável ao presente caso. Na ocasião, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em voto vencido, defendeu que a configuração do crime do art. 317 do Código Penal não exigiria que a vantagem indevida

fosse solicitada ou recebida em decorrência de ato de ofício do agente público, mas apenas que a vantagem fosse solicitada ou recebida em razão da função do agente público. No voto da maioria, porém, conduzido pelo eminente Ministro Ilmar Galvão, entendeu-se que a tipicidade exigiria que a vantagem indevida fosse solicitada ou recebida em vista de ato de ofício entre as atribuições funcionais do agente corrompido.”

^v “862. Há crime de corrupção se há pagamento de vantagem indevida a agente público em razão do cargo por ele ocupado.

863. A efetiva prática de ato de ofício ilegal é causa de aumento de pena, mas não é exigido para a tipificação dos crimes dos arts. 317 e 333 do CP.

864. Assim, uma empresa não pode realizar pagamentos a agentes públicos, quer ela tenha ou não presente uma contrapartida específica naquele momento.

865. Basta para a configuração que os pagamentos sejam realizadas em razão do cargo ainda que em troca de atos de ofício indeterminados, a serem praticados assim que as oportunidades apareçam. Citando Direito Comparado, “é suficiente que o agente público entenda que dele ou dela era esperado que exercitasse alguma influência em favor do pagador assim que as oportunidades surgissem” (“US v. DiMasi”, nº 11-2163, 1st Cir. 2013, no mesmo sentido, v.g., “US v. Abbey”, 6th Cir. 2009, “US v. Terry”, 6th Cir. 2013, “US v. Jefferson”, 4th Cir. 2012, todos de Cortes de Apelação Federais dos Estados Unidos).” In: BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5046512-94.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 12 de julho de 2017. Voto do Juiz Federal Sérgio Moro.

^{vi} “O tipo penal em questão não exige, para sua configuração, a concretização de qualquer ato de ofício pelo funcionário público. No entanto, leciona José Paulo BALTAZAR Júnior que há duas posições na jurisprudência acerca da necessidade de definição na denúncia de ato determinado a ser praticado pelo funcionário, em contrapartida à vantagem indevida. [...] Depreende-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que, para a configuração do delito de corrupção, não se exige que o oferecimento da vantagem indevida guarde relação com as atividades formais do agente público, bastando para tanto que esteja relacionado com seus poderes de fato. Como bem ressaltou o órgão ministerial em parecer, 'no caso em exame, esse poder de fato está na capacidade do parlamentares em indicar ou manter servidores públicos em cargos de altos níveis na estrutura direta ou indireta do Poder Executivo, influenciando ou direcionando suas decisões, conforme venham a atender seus interesses, notadamente os financeiros!.'” In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5022179-78.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 07 de dezembro de 2017. Voto do Relator, Des. João Pedro Gebran Neto.

^{vii} “Em 2000, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), foi adotada a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional. Internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto 5.015/2004, seu art. 8º ocupa-se da importância da criminalização da corrupção. Nosso ordenamento jurídico já o fazia, inclusive através de mais de um tipo penal, dentre os quais os que estão sob as rubricas de concussão, excesso de exação e facilitação ao contrabando e ao descaminho, mas, sobretudo, pelas figuras específicas dos crimes de corrupção passiva e ativa, assim redigidos: [...] Não se exige, também, que ato de ofício tenha efetivamente sido praticado, omitido ou retardado pelo servidor. Aliás, esse resultado, quando ocorrido, implicará o aumento da pena em um terço, nos termos do §1º do art. 317 e do parágrafo único do art. 333 do CP” In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5022179-78.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 07 de dezembro de 2017. Voto do Revisor, Des. Leandro Paulsen. Ainda: “O art. 317 do CP deixa claro que se deve considerar configurada a corrupção passiva ainda que o agente esteja fora da função ou mesmo antes de assumi-la, desde que em razão dela. O tipo penal tem em conta, portanto, que a função pública enseja ao agente praticar atos de ofício, ou deixar de fazê-lo, no interesse daquele a quem solicita ou de quem recebe vantagem indevida ou que lhe promete concedê-la. Antes, durante ou depois, desde que em razão da função, o recebimento, a solicitação ou a aceitação de promessa de vantagem indevida enseja o enquadramento da conduta no tipo de corrupção passiva.” In: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 24 de janeiro 2018. Voto do Revisor, Des. Leandro Paulsen.

^{viii} “Deve-se salientar nesta oportunidade que os atos de corrupção aqui julgados, para além de serem plúrimos, não estão em um contexto delituoso simples envolvendo apenas dois indivíduos, corruptor (artigo 333 do Código Penal) e corrupto (artigo 317 da citada Lei). Logo, descaberia procurar conectar um único e isolado ato de ofício

- causa de aumento de pena, não elementar do tipo - a uma definida e imediata contraprestação ilícita. Afinal, não é assim que ocorre no plano da macrocriminalidade.” BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal 5046512-94.2016.4.04.7000, da 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba, Porto Alegre, RS, 24 de janeiro 2018. Voto do Vogal, Des. Víctor Laus.

^{ix} Nesse sentido, o voto da Ministra Rosa Weber na AP 470: “O propósito da conduta criminosa é de quem exerce o controle, de quem tem poder sobre o resultado. Desse modo, no crime com utilização da empresa, autor é o dirigente ou dirigentes que podem evitar que o resultado ocorra. Domina o fato quem detém o poder de desistir e mudar a rota da ação criminosa. Uma ordem do responsável seria o suficiente para não existir o comportamento típico. Nisso está a ação final. Assim, o que se há de verificar, no caso concreto, é quem detinha o poder de controle da organização para o efeito de decidir pela consumação do delito. Se a resposta for negativa haverá de concluir-se pela inexistência da autoria. [...] Importante salientar que, nesse estreito âmbito da autoria nos crimes empresariais, é possível afirmar que se opera uma presunção relativa de autoria dos dirigentes. Disso resultam duas consequências: a) é viável ao acusado comprovar que inexistia o poder de decisão; b) os subordinados ou auxiliares que aderiram à cadeia causal não sofrem esse juízo que pressupõe uma presunção juris tantum de autoria. [...] Ora, se a vontade do homem de trás, sobre quem recai a presunção de autoria do crime, constitui a própria ação final da ação delituosa da empresa, o que se há de descrever na denúncia é como referida empresa desenvolveu suas ações. Basta isso. A autoria presumida do ato é de seus dirigentes. Isso, como se viu, não se aplica aos auxiliares cujo comportamento em nível de colaboração tem de ser esclarecido na peça inicial do acusador.”

^x “367. A mudança legislativa também teve reflexos no elemento subjetivo do crime de lavagem de dinheiro.

368. Mesmo no âmbito da lei anterior, não era necessário que fosse provado que o agente do crime de lavagem tivesse ciência das circunstâncias específicas do crime antecedente.

369. Mas antes era pelos menos necessário provar que o agente do crime de lavagem tinha ciência de que o objeto de ocultação e dissimulação tinha origem em crime antecedente do catálogo, sob pena de incorrer em erro de tipo. Já com o fim do rol de crimes antecedentes, basta provar que o agente do crime de lavagem tem ciência de que o objeto da lavagem tem origem em infração penal.

370. São aqui também pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que são equiparáveis ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi longamente sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

[...]

378. Há, portanto, uma diferença no elemento cognoscitivo e volitivo em relação ao dolo direto. No dolo eventual, o agente tem conhecimento do resultado possível ou provável de sua conduta, não o desejando diretamente, mas aceitando ou sendo indiferente a esse resultado possível ou provável.

379. Essa interpretação, de que não se exige que o agente do crime de lavagem tenha conhecimento das circunstâncias específicas do crime antecedente e de que o crime de lavagem comporta o dolo eventual, são especialmente importantes nos casos em que o agente do crime antecedente não se confunde com o do crime de lavagem”. In: BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 02 de fevereiro de 2017. Voto do Juiz Federal Sérgio Moro.

^{xi} Sobre a semelhança entre ambos, vejamos ainda: “381. Esclareça-se que não se trata de dolo sem representação. O agente representa a elevada probabilidade de que os valores envolvidos constituem produto de crime e que, se persistir na conduta de ocultação ou dissimulação, corre o risco de lavar produto de crime. O agente não é punido pela ignorância deliberada, ou seja, por sua escolha em não aprofundar o seu conhecimento. Esse elemento serve apenas como prova da representação da probabilidade da origem criminosa dos valores, ou seja, ele escolhe não aprofundar o seu conhecimento, pois de antemão tem presente o risco do resultado delitivo e tem a intenção de realizar a conduta, aceitando o resultado delitivo como probabilidade.” In: BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 02 de fevereiro de 2017. Voto do Juiz Federal Sérgio Moro.

^{xii} Caso se entenda que a cegueira deliberada coincide com o dolo eventual, essa extensão se faz pela via interpretativa, ao entender-se que a lavagem de dinheiro comporta essa modalidade de dolo. Caso se entenda

que não são coincidentes, a questão passa a ser de extensão da responsabilidade a partir da aplicação de instituto estranho ao ordenamento pátrio. De toda forma, fato é que há uma superação da idéia tradicional de dolo direto.

^{xiii} Isso pode ser verificado em diversos textos da sentença que aqui analisamos, como por exemplo:

“399. O julgado, no que se refere à absolvição dos publicitários, deveria servir, como admitiu Mônica Regina Cunha Moura no inquérito, exatamente como uma alerta a profissionais do ramo de que se receberem recursos não contabilizados para campanhas eleitorais, correm o risco de estar recebendo produto de crimes de corrupção.

400. É impossível que essa alerta não tenha sido percebido por Mônica Regina Cunha Moura e João Cerqueira de Santana Filho, considerando a notoriedade do julgado da Ação Penal 470, e a proximidade de José Eduardo Cavalcanti de Mendonça com João Cerqueira de Santana Filho, ambos sócios no passado. Aliás, a acima transcrita declaração no inquérito de Mônica Regina Cunha Moura confirma que o alerta foi percebido, mas deixado de lado.

401. Tendo ainda Mônica Regina Cunha Moura e João Cerqueira de Santana Filho substituído José Eduardo Cavalcanti de Mendonça e Zilmar Fernandes da Silveira nas campanhas eleitorais presidenciais do Partido dos Trabalhadores, não há margem para qualquer dúvida de que tinham presente o risco concreto de que, aceitando recursos não-contabilizados, poderiam ser remunerados com recursos de crimes de corrupção, como aconteceu na Ação Penal 470.

402. A negativa desse risco, como ambos afirmam em seus depoimentos judiciais (“nunca pensei em dinheiro sujo” ou “dinheiro sujo, no sentido de corrupção, jamais”, itens 219 e 227), carece de qualquer credibilidade.” In: BRASIL. 13ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de Curitiba. Ação penal 5013405-59.2016.4.04.7000, Curitiba, PR, 02 de fevereiro de 2017. Voto do Juiz Federal Sérgio Moro.

^{xiv} “No que tange à suposta crítica doutrinária, o instituto da condução coercitiva baseia-se na lei processual penal (cf. Código de Processo Penal, arts. 218, 201, 260 e 278 respectivamente e especialmente o poder geral de cautela do magistrado) e sua prática tem sido endossada pelos tribunais pátrios. Nesse sentido, a própria Suprema Corte brasileira já reconheceu a regularidade da condução coercitiva em investigações policiais (HC 107.644) e tem entendido que é obrigatório o comparecimento de testemunhas e investigados perante Comissões Parlamentares de Inquérito, uma vez garantido o seu direito ao silêncio (HC 96.981). Trata-se de medida cautelar muito menos gravosa que a prisão temporária e visa atender diversas finalidades úteis para a investigação, como garantir a segurança do investigado e da sociedade, evitar a dissipação de provas ou o tumulto na sua colheita, além de propiciar uma oportunidade segura para um possível depoimento, dentre outras.’ MPF/PR”. In: EDITORIAL. Esmigalhando a condução coercitiva. Migalhas, Pílulas, 07 mar. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Pilulas/235277>. Acesso em: 10 mai. 2018.

^{xv} “Concluo esta avaliação afirmando a restrição aos direitos à liberdade pessoal e à presunção de não culpabilidade. [...] **3.2.5 Direito à liberdade de locomoção** De forma diferente dos preceitos anteriores, a liberdade de locomoção é vulnerada pela condução coercitiva. [...] A condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. O investigado ou réu é capturado e levado sob custódia ao local da inquirição. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por um período breve. **3.2.6 Presunção de não culpabilidade** Quanto à presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF), seu aspecto relevante ao caso é a vedação de tratar pessoas não condenadas como culpadas. A condução coercitiva consiste em capturar o investigado ou acusado e levá-lo sob custódia policial à presença da autoridade, para ser submetido a interrogatório. A restrição temporária da liberdade mediante condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são tratamentos que normalmente possam ser aplicados a pessoas inocentes. O investigado conduzido é claramente tratado como culpado.” In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2017. Decisão Monocrática do Relator, Min. Gilmar Mendes.

**A POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL SOBRE A CORRUPÇÃO NO
AMBIENTE PRIVADO E OS REFLEXOS NA DOGMÁTICA JURÍDICO PENAL**

*THE INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY ON CORRUPTION IN THE PRIVATE
ENVIRONMENT AND THE REFLECTIONS IN PENAL LEGAL DOGMATICS*

Thaís Regina Santos Saad Borges

Mestranda - Universidade Estadual Paulista – Unesp Campus Franca.

thaisaadborges@gmail.com

Fernando Andrade Fernandes

Doutor – Universidade Estadual Paulista – Unesp Campus Franca

feranfer@uol.com.br

Geisa Mariah Bomfim Felício

Mestranda - Universidade Estadual Paulista – Unesp Campus Franca

mariahbomfim@hotmail.com

Resumo: O problema que é objeto de análise no presente estudo refere-se a determinadas manifestações da delinquência econômica, em especial a corrupção entre particulares, tema sobre o qual se verifica uma forte controvérsia quanto a pertinência do recurso às normas jurídico-criminais para a sua regulação, bem como quanto a forma mais adequada para esta regulação. A análise parte da hipótese da existência de uma política criminal no contexto internacional apontando na direção do recurso ao Direito Penal para regular estas manifestações do fenômeno delitivo, buscando verificar algumas das projeções resultantes no âmbito propriamente dogmático. O objetivo imediatamente visado com o estudo consiste na formação de uma base teórica sobre o assunto que sirva de referência para a análise a respeito da necessidade e pertinência da sua incorporação nos diversos ordenamentos jurídicos, em especial no Ordenamento Jurídico brasileiro, considerando-se princípios basilares do Direito Penal. Para o desenvolvimento do estudo propõe-se utilizar do método tópico para a abordagem pretendida,

a partir do problema que se pretende compreender, complementado pelo método sistemático, com objetivo de garantir coerência às proposições. A conciliação entre os mencionados métodos não é em nada inovadora, tendo já demonstrado grande rendimento na análise de alguns problemas no âmbito da Ciência Jurídica em geral e, em especial, no contexto da Ciência Jurídico-Criminal. Como métodos procedimentais, propõem-se inicialmente um estudo bibliográfico, a partir das fontes imediatas jurídico-formais (BITTAR, 2014), que permitirão a análise criminológica dos comportamentos corruptos recorrentes na história e sua repercussão no cenário atual. Posteriormente, far-se-á um estudo de legislação comparada, a partir da análise de práticas corruptivas e, ver-se-á, disciplinados pela ordem jurídica, que supõem a atuação desviada do poder, também praticados entre particulares desvinculados de cargos e funções estatais. Num segundo momento, pretende-se, por intermédio de fontes imediatas jurídico-formais, compreender as principais razões que, no entender da doutrina, fizeram com que houvesse a expansão da repressão do fenômeno corruptivo, antes adstrita às hipóteses em que figurava indivíduo atuante na esfera pública, ao bojo das relações mantidas entre particulares.

Palavras-chave: Corrupção Privada. Bem jurídico. Organismos internacionais. Tutela Penal.

Abstract: The problem that is the subject of analysis in this study refers to certain manifestations of economic delinquency, especially corruption among private individuals, a subject on which there is a strong controversy as to the pertinence of the recourse to the criminal norms for its regulation, as well as the most appropriate form for this regulation. The analysis starts from the hypothesis of the existence of a criminal policy in the international context pointing towards the use of Criminal Law to regulate these manifestations of the delirium phenomenon, seeking to verify some of the resulting projections within the strictly dogmatic scope. The objective immediately aimed at the study consists in the formation of a theoretical base on the subject that serves as reference for the analysis regarding the necessity and pertinence of its incorporation in the different legal systems, especially in the Brazilian Legal System, considering basic principles of Criminal Law. For the development of the study it is proposed to use the topical method for the intended approach, based on the problem to be understood, complemented by the systematic method, in order to guarantee coherence to the

propositions. The conciliation between these methods is by no means innovative, having already demonstrated a great yield in the analysis of some problems in the scope of Legal Science in general, and especially in the context of Juridical-Criminal Science. As procedural methods, a bibliographic study is proposed, starting from the immediate legal-formal sources (BITTAR, 2014), which will allow the criminological analysis of recurrent corrupt behaviors in history and its repercussion in the current scenario. Subsequently, a study of comparative legislation will be carried out, based on the analysis of corruptive practices and will be disciplined by the legal system, which supposes the deviant performance of power, also practiced between private individuals discharged from positions and functions the state. Secondly, it is intended, through immediate legal-formal sources, to understand the main reasons that, in the understanding of doctrine, led to the expansion of the repression of the corrupting phenomenon, previously attached to the hypotheses in which it appeared as an active individual in public sphere, to the point of relations between individuals.

Keywords: Private Corruption. Legal good. International organizations. Criminal Guardianship.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o problema de uma das manifestações da criminalidade econômica que ganhou uma grande expressão nos últimos tempos, relacionada ao que passou a ser denominada como corrupção privada. Com a atual conjuntura econômica, percebeu-se que a conduta corruptiva prejudica, sobremaneira, a estabilidade das relações sociais, mesmo quando não atinge os interesses primários da Administração Pública, com potencialidade para afetar os mercados e gerar danos socialmente relevantes. Hodiernamente, com as exigências do comércio global, a prevenção da delinquência internacional, a necessidade de observância às normas de governança corporativa, a transparência e a responsabilidade nos setores públicos, aliadas aos efeitos provocados pela corrupção – seja pública, ou privada - no âmbito de países ricos ou pobres, governos autoritários ou democráticos, denotam a necessidade e empenho de emergentes esforços para assegurar efetivo combate a esta prática.

Ademais, a crescente facilidade de circulação de capitais entre um país e outro, é um dos principais aspectos que motivam uma resposta global frente à criminalidade econômica (BERDUGO; CERINA, 2011). Desta feita, cresce-se o rol de comportamentos disciplinados pela ordem jurídica que implicam em uma atuação desviada do poder, também entre particulares desvinculados de cargos e funções estatais.

Antes mesmo da criação dos recentes instrumentos jurídicos internacionais e supranacionais de combate à corrupção no setor privado, alguns países europeus passaram a se preocupar com determinados comportamentos no ambiente econômico que pudessem caracterizar este delito. Dentre eles, a Alemanha desde o ano 1909 passou a criminalizar os atos de corrupção privada, inicialmente através de um modelo concorrencial puro, que posteriormente se tornou híbrido, prevendo dois tipos penais no mesmo dispositivo, “composto por uma norma inspirada no modelo trabalhista e uma norma inspirada no modelo concorrencial” (TEIXEIRA, 2016, p. 529). Por meio destas normas proibiam-se atos de funcionários de empresas que, visando unicamente a satisfazer a seus anseios individuais, praticavam condutas em desconformidade com o dever de ofício que lhes era atribuído, debilitando, assim, os valores éticos que conduzem a direção das empresas. Na mesma linha, porém bem mais recente, deve ser mencionada também a Espanha, que no ano de 2010, visando à proteção da concorrência, introduziu, em seu ordenamento, o delito de corrupção entre particulares, tipificação esta que nos idos de 2015 passou a ser chamada de “corrupção nos negócios”.

Confere singularidade ao estudo a análise da corrupção, como fenômeno normal e útil para as mudanças sociais, fortalecendo valores, em especial os valores éticos, no caso das empresas, legitimando a ética das condutas entre os administradores e funcionários.

A partir deste ponto o presente trabalho inova ao abordar a expansão da repressão do fenômeno corruptivo, antes limitado aos casos em que figurava apenas indivíduo atuante na esfera pública, ao contexto das relações mantidas entre particulares e a ligação existente entre os crimes de corrupção no setor público e as condutas caracterizadoras da corrupção privada. Nesta perspectiva, o fito consiste em analisar se a criação de modelo incriminador que coíba a incidência deste fenômeno entre particulares poderia fomentar o desenvolvimento de um mais elevado nível de consciência coletiva com relação à ilicitude do fenômeno corruptivo em todas

as suas variantes. Isto resulta da constatação de que, com o aumento da complexidade das relações empresariais no âmbito internacional, os comportamentos, consubstanciados, em especial, no desvio de poder na esfera privada, deixaram de ser problema exclusivo dos indivíduos nelas envolvidos, convertendo-se em situações, das quais, não raro, derivam impactos de abrangência transnacional, produzindo consequências devastadoras ao desenvolvimento econômico e social, conturbando, inclusive, a regularidade dos padrões de funcionamento do mercado, gerando prejuízos para os direitos humanos.

Nesse contexto, são reforçados os argumentos que indicam a necessidade de repressão às condutas de desvio de poder perpetradas entre particulares. Nesta perspectiva, tendo em vista o alinhamento de políticas públicas também de natureza penal pressuposto, ou mesmo imposto, pelo mercado global, e diante dos problemas enfrentados pelos ordenamentos jurídicos nacionais quanto à definição de políticas criminais capazes de oferecer um eficaz controle do fenômeno, entidades internacionais e supranacionais iniciaram um processo de criação de instrumentos de Direito Penal destinados a orientar os Estados no combate à prática de corrupção privada, os quais serão objeto do estudo neste trabalho.

1 CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Há mais de uma década, o Brasil vivencia o maior esquema de corrupção e desvio de dinheiro público já descobertoⁱ. Uma série de acusações e denúncias que culminaram com a instauração de várias CPIs – Comissões Parlamentares de Inquérito e, uma apurada investigação criminal deu início a uma das mais complexas ações penais que o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar em sua história. Denominada de “Mensalão”, a Ação Penal nº 470, além das condenações já exaradas contra “poderosos”, que, por sua vez, movimentaram a história do Brasil, teve ramificações ulteriores em operações como a “LavaJato” e “Petrolão”.

Embora alarmante no Brasilⁱⁱ, essa criminalidade aparente, consubstanciada em delito, como a corrupção, praticada pelas classes econômica e socialmente mais abastada, não é privilégio ou agouro da sociedade brasileira. Uma criminalidade que, apesar de oculta, é presente em todo o mundo globalizado (BRIOSCHI, 2010). Por isso, tem sido alvo da mídia, dos principais órgãos internacionais de combate a delitos econômicos, bem como da população mundial, despertando tanto o interesse pela análise profunda do tema quanto à sua tipificação

nas legislações dos Estados. Neste contexto, não é de se estranhar que os órgãos supranacionais tenham criado nos últimos tempos diversos instrumentos com a finalidade de estabelecer estratégias comuns.

A União Europeia (UE), por exemplo, vem desenvolvendo meios de repressão à corrupção, seja na esfera pública ou privada, nacional ou internacional, por considerá-la do ponto de vista criminológico, como um fenômeno patológico agigantado pela globalização e que afeta gravemente o correto funcionamento de uma economia de mercado em um Estado de Direito (FOFFANI, 2009). Também no âmbito europeu destaca-se o Convênio do Conselho da Europa Contra a Corrupção de 27 de janeiro de 1999, dentre outros instrumentos jurídicos, preventivos.

Apesar do contexto atual, nem sempre crimes deste jaez, praticados pela classe socioeconômica mais elevada, foi objeto de análise dos estudiosos, talvez por ausência de estatísticas sobre sua ocorrência e por gozar o criminoso da classe alta de um prestígio social, sua imagem raramente era associada à criminalidade, voltando-se os olhares até a década de 30 à criminalidade clássica, especificamente de massa.

Essa visão positivista do mundo, no entanto, não se ajustava a uma realidade social que resultou do Período Industrial incidente nos séculos XVIII e XIX. Os avanços tecnológicos, efeitos de um mundo globalizado, exigiram a fragmentação do processo produtivo e, evidentemente, impulsionou a divisão do trabalho social. Para essa situação atentou-se o sociólogo francês Émile Durkheim, que, em autêntica oposição ao positivismo criminológico, procurou explicar a criminalidade a partir de outras premissas que não as de índole bioantropológica (DURKHEIM, 1978).

É nesse contexto, que a Criminologia inicia um processo de distanciamento das teorias de enfoques individual e isolado para encarar a análise da criminalidade a partir de uma visão macrosociológica. O delito passa a ser percebido como algo normal e necessário, típico das sociedades desenvolvidas, servindo, principalmente, para estabilizar os valores sociais.

Neste contexto, a Criminologia, em especial as pesquisas desenvolvidas pelo sociólogo de Chicago, Edwin H. Sutherland, demonstrou cientificamente que a conduta dos criminosos pertencentes à classe alta não estava submetida à punição ou estigmas usuais em relação à classe baixa, típicos da criminalidade clássica. E que as manifestações do fenômeno delitivo,

associadas à classe dos que detém poder (*powerfull*) não era alcançada pelos órgãos de controle social formal ou eram favorecidas por lacunas repressoras que evitavam sua punição, apesar da expressiva danosidade social (desvalor do resultado) e o significativo desvalor da ação que revelavam (SUTHERLAND, 2015). Estas manifestações do fenômeno delitivo foram denominadas pelo autor como “crimes de colarinho branco”, alusiva ao perfil dos agentes envolvidos. A falta de violência direta de enfrentamento com a vítima e o fato da não intencionalidade de dano físico são dados a serem considerados na hora de explicar por quais motivos as pessoas reagem diante dos delitos de colarinho-branco com certa neutralidade moral.

E isso é compreensível, pois as condutas que causam dano direto, imediato e concreto a uma vítima real, específica e personalizada – caso dos delitos clássicos – provocam, em regra, maior repulsa social do que as condutas em que a vítima é ausente, impessoal, anônima ou não é identificada, ou é uma abstração – casos da grande maioria dos delitos de colarinho-branco. Contudo, os delitos de colarinho-branco possuem efeitos tão ou mais devastadores sobre a sociedade que os delitos comuns, os quais têm relativamente pouco efeito sobre as instituições e a organização social (SANCHIS MIR; GARRIDO GENOVÉS, 1987).

Portanto, desde a década de 30 do século XX essa criminalidade atribuída à classe dos “poderosos” é objeto de estudos pela criminologia contemporânea visando identificar os seus contornos bem como analisar as medidas que são propostas ou utilizadas para a sua contenção. Salienta Foffani (2007, p. 56) que “a criminalidade organizada é, por natureza, ‘econômica’, e que a criminalidade econômica é cada vez mais ‘organizada’”.

A preocupação com a delinquência econômica ganhou nova dinâmica com a publicação por Edwin Sutherland, em 27 de dezembro de 1939, nos Estados Unidos, de artigo que destacou a criminalidade dos poderosos, ou seja, *white-collar crime* e apresentou os elementos que o caracterizam. Conforme Sutherland, esta criminalidade distingue-se da tradicional por ser praticada por indivíduos de elevada respeitabilidade social, no exercício de atividade profissional de cariz econômica.

Para o autor, estes cidadãos das classes econômica e socialmente superiores, praticam muito mais comportamentos criminosos, do que àqueles pertencentes às classes menos favorecidas.

Foi nesse contexto, de criminalidade aparente e criminalidade oculta, que Sutherland (2015, xxxx), motivado a estudar os diversos tratamentos dados aos criminosos das classes altas e aos da classe baixa, desenvolveu a teoria da associação diferencial (*theory of differential association*), causa explicativo geral da criminalidade.

Para Sutherland (2015, p. xxx.), o comportamento delitivo, como qualquer outro, é aprendido em associação com aqueles que definem como favorável tal ou qual comportamento criminoso, em isolamento daqueles que o definem como desfavorável. Segundo ele, sendo o comportamento criminoso resultado de um processo que se desenvolve no meio de um grupo social, é algo que se produz por intermédio da interação com indivíduos que, no caso, violam determinadas normas. Desta feita, a causa geral para o delito, em todo o agrupamento social, seria a aprendizagem. Cuidar-se-ia, segundo Sutherland, não de um formal processo pedagógico, mas do resultado do contato com atitudes, valores, pautas de conduta e com definições favoráveis à desobediência da lei. Consoante suas palavras, pode-se afirmar que “uma pessoa se torna delinquente quando as definições favoráveis à transgressão da lei superam sobre as definições favoráveis à obediência da lei – é este o princípio da associação diferencial”. (SUTHERLAND; 2015, p. 351).

2 POLÍTICA CRIMINAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO

A criminalização dos delitos econômicos, dentre eles, a corrupção, é consequência das propostas político-criminais de diversos organismos internacionais. O objetivo da política criminal, ao menos nos países que se caracterizam como democráticos, consiste em buscar, desenvolver e propor respostas frente aos comportamentos que não observam as regras de convivência. Destarte, uma forma de se analisar o grau de violência da sociedade em que se vive é por meio da análise do modelo de política criminal aplicado, eis que a política criminal é composta de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal.

Para João Marcello de Araújo Júnior (1986, p. 242),

É verdade que sempre tivemos em nossa doutrina uma preocupação com a penalização das condutas violadoras da ordem econômica, que ontem consistiam na usura e, hoje, na especulação, mas, como lembra Touffait, foram razões de ordem prática e não a elaboração doutrinária que inspiraram o surgimento do Direito Penal Econômico.

Neste contexto, diante da necessidade, houve intensas reformas legislativas, bem como abordagens empíricas anteriormente ignoradas no cenário acadêmico.

Para a Dogmática Penal, por exemplo, o marco decisivo foi o VI Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em Roma (1953), quando não somente a delinquência econômica, mas também a disciplina Direito Penal Econômico foram aclamadas – ainda que com certa hesitação – como classe normativa (JAPIASS; PEREIRA, 1964). Por sua vez, para a Política Criminal, destaca-se a realização do Congresso de Juristas Alemães (1972), cujas conclusões, preparadas e inspiradas por Klaus Tiedemann, foram levadas adiante pelos trabalhos de comissões de especialistas, materializando-se em leis destinadas a combater a delinquência econômica, tanto na Alemanha como em outros países (SCHÜNEMANN, 2002, p. 186).

Jesús María Silva Sánchez informa que a Política Criminal cumpre a tarefa de orientar a evolução da legislação penal – perspectiva *de lege ferenda* – ou sua própria aplicação no presente – perspectiva *de lege lata* –, conectando-as “às finalidades materiais do Direito Penal” (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 71).

Sobre a natureza científica da Política Criminal, entende Miguel Polaino Navarrete que se cuida de questão muito controversa. Enquanto alguns autores defendem que se trata de uma *disciplina jurídica*, outros sustentam que é essencialmente uma *matéria política*, e, finalmente, há outros que se posicionam por considerá-la como *ciência sociológica* (NAVARRETE, (2004, p.57).

Para Gracia Martín, modernizar o Direito Penal implica numa luta pela inclusão no discurso penal da criminalidade material da classe social alta, que ela mesma conseguiu até agora excluir daquele discurso graças a sua posição de poder de disposição absoluto sobre o princípio da legalidade penal desde a sua invenção pelo ideário político ilustrado liberal da burguesia capitalista (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 116).

Diversas correntes doutrinárias partilhadas refletem a posição no sentido da legitimidade do Direito Penal Econômico entendido como a modernização do Direito Penal, dispensando-se a necessidade de rebaixamento, mitigação ou violação de categorias dogmáticas ou de garantias penais e processuais penais.

A atividade investigativa de infrações que se subsumam ao âmbito do Direito Penal Econômico na esfera extrajudicial ou judicial, reveste-se de inúmeras vicissitudes, todas *conspirando a favor* dos autores dessa criminalidade e, por conseguinte, da impunidade.

Arelado a isso deve ser reconhecido também que as dificuldades encontradas, em relação à prevenção da delinquência econômica por meio das normas, manifestam-se, igualmente, no que tange à efetiva aplicação de sanções nos casos em que resulte apurado algum delito.

À margem do debate empreendido sobre a nova criminalidade, em especial, sobre o delito de corrupção entre particulares, objeto deste trabalho, nota-se que, ainda hoje, o criminoso do colarinho-branco desfruta de um *cinturão de impunidade* decorrente de diversos fatores. Ele não se vê como um infrator – como um criminoso, um bandido –, sendo esta percepção compartilhada por acadêmicos, legisladores e aplicadores do Direito Penal.

O direito penal deve funcionar como um epicentro onde deverão permanecer válidas as garantias propostas pela Dogmática Penal clássica e uma área marginal destinada a precaver a sociedade contra os riscos quotidianos, relativizando/flexibilizando, neste caso, as garantias clássicas, tendo em vista proteger os bens jurídicos supraindividuais ou difusos, contra uma criminalidade instável e dinâmica (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 71).

3 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO PRIVADA

Vivemos, hodiernamente, uma sociedade de riscos (BECK, 2013), conforme entendimento bastante difundido no campo sociológico, ainda que não sem objeções. O aumento da criminalidade tem produzido uma sensação de medo que atinge o individual e o coletivo de uma comunidade. Com isso, não apenas os indivíduos vivem suas vidas com uma constante sensação de insegurança, mas – principalmente – a ideia de sociedade de riscos é responsável pela adoção de diversas medidas por meio do poder estatal.

Neste contexto, deve ser reconhecido que não só nos ordenamentos jurídicos locais, incluído o Ordenamento Jurídico brasileiro, mas também na ordem global, incluídas algumas organizações entre estados de cunho regional o fenômeno da corrupção preocupa e suscita iniciativas de diversa natureza, visando o seu controle.

Destarte, o fenômeno da corrupção, como um dos desdobramentos desta criminalidade econômica, tradicionalmente sempre foi associado a comportamentos praticados por agentes do Poder Público, que, para a satisfação de interesses pessoais, são beneficiados com vantagens indevidas como contraprestação ao exercício desviado de suas funções (PRADO, 2002).

No entanto, nos últimos tempos, em especial nas últimas décadas, cresceu de maneira surpreendente, a preocupação com outra vertente deste fenômeno: a corrupção entre particulares. Observa-se que comportamentos similares aos perpetrados por servidores públicos e pessoas a eles equiparadas, na realização de ajustes criminosos, de há tempos proibido por normas criminais, são praticados, em caráter rotineiro, também no âmbito de relações exclusivamente privadas, por exemplo, no âmbito empresarial, por administradores e funcionários.

Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina (2011) aduzem que para entender o significado da corrupção entre particulares é necessário, previamente, esclarecer em que consiste a corrupção penalmente relevante.

Nesse contexto, parte da doutrina procurou estabelecer os traços que a corrupção criminalmente relevante mantém em todos os ordenamentos jurídicos, elaborando-se desta maneira, diversos modelos explicativos.

Em princípio, existe expressivo acordo em conceber a corrupção como um peculiar “negócio jurídico” de caráter meramente patrimonial. Francesco Carrara (apud BERDUGO; CERINA 2011), no final do século XIX advertia que corrupção e suborno são todas expressões que denominam um tipo particular de compra e venda. Os tipos essenciais que diferenciam uma compra corrupta de uma lícita estão intimamente ligados ao fato da relação que o indivíduo que vende mantém com a Administração pública, assim como o objeto do contrato deve ser um ato próprio de suas funções. Cumpridas estas duas exigências, o negócio jurídico torna-se ilícito e, portanto, segundo Carrara ((BERDUGO; CERINA 2011)), deve ser severamente rechaçado pelo direito penal.

Este modelo, simplista, proposto por Carrara (corrupção como compra e venda indevida de uma conduta própria de um cargo, que tem como vendedor um sujeito público), não está isento de equívocos, mas facilita a análise das distintas formas de classificação propostas pela doutrina (BERDUGO; CERINA, 2011). Assim, sendo o ato/objeto do negócio jurídico lícito

ou ilícito, poderemos chamar esta conduta, respectivamente, de corrupção própria ou imprópria; enquanto que se tem por objeto um ato já praticado, aceitando uma recompensa, ou um ato futuro, assumindo o compromisso de realizá-lo, teremos, assim, corrupção subsequente ou antecedente e, por fim, analisando-se a relação sob a ótica do comprador ou do vendedor, teremos desta forma, uma corrupção ativa ou passiva, respectivamente.

Ocorre que, este modelo explicativo do conteúdo da corrupção, apesar da carga descritiva que possui, sob um ponto de vista axiológico, não atende satisfatoriamente outras questões. E, isto porque apesar de no esquema existente entre o vendedor e a Administração Pública restar claro em que consiste a corrupção deste servidor público, nada acrescenta quanto à questão corrupção privada, cuja ocorrência dá-se justamente em uma relação em que o sujeito passivo do suborno não mantém relação com a Administração Pública - definição negativa de corrupção entre particulares (BERDUGO; CERINA, 2011).

Restringir-se a afirmativa de que a corrupção, tal como se encontra prevista nos códigos penais de países da Europa (França, Itália, Portugal) e até mesmo do Brasil, é uma compra com determinadas especificidades, em nada esclarece o intérprete sobre a individualização do objeto de proteção do injusto típico ou a pergunta do porque tem que se punirem atos de corrupção. Destarte, em enfrentamento a estas questões, dentro de uma perspectiva de “*lege ferenda*”, a doutrina, especialmente a dos anglo-saxões, desenvolveu variantes a este modelo da corrupção como compra e venda, como modelo “de pagamento ilícito” que tem ênfase na presença de normas jurídicas extrapenais que proíbem a recepção de qualquer benefício por parte do sujeito vendedor; o modelo “da influência ilícita”, cujo foco é o fato do sujeito receptor da vantagem, modificar sua forma de atuar.ⁱⁱⁱ

Defensores destas inovações, no momento de aproximarem a problemática subjacente da tipificação da corrupção entre particulares, tem sustentado um esquema baseado na relação principal-agente. Segundo este modelo, a relação corrupta dá-se, essencialmente, a três. Há um principal que estabelece uma relação de agenciamento com um segundo – corrupto, que por sua vez age em nome de um terceiro, o corruptor. O segundo, agente, ocupa uma posição qualificada, vez que o principal, em troca de lhe outorgar certos poderes, como por exemplo, agir em seu nome, exige-lhe o cumprimento de seus deveres relacionados a sua posição, podendo tais deveres serem acobertados por um dever genérico, de “atuar em prol do interesse

do principal”, “*la existencia de esta relación, más exatamente de esta posición del agente, es presupuesto necessário de toda corrupción*” (BERDUGO; CERINA, 2011, p.167).

O interessante deste modelo é que ele, ao contrário do anterior (compra e venda ilícita), é capaz de explicar o fenômeno da corrupção em ambos os setores, público e privado. Com a variante que no caso do setor público a Administração atua como o principal e o servidor público como o agente, que possui uma posição privilegiada, contudo, condicionado a agir em observância aos interesses do principal – Administração, respeitando, por sua vez, determinadas regras.

No setor privado, foco central deste artigo, o principal é a empresa, que por sua vez estabelece uma relação com o agente (empregado, funcionário) e, assim como no setor público, este agente, que possui certos poderes por conta da posição que ocupa na empresa, precisa agir em defesa dos interesses daquela (principal) respeitando determinadas regras, que no caso são as do mercado.

Em ambos os casos, tanto no setor público quanto no privado, a corrupção é vista como aquela compra e venda que tem como finalidade a inobservância, por parte do agente (servidor público/empregado) dos deveres adquiridos, quebrando-se a confiança do principal.

Segundo Berdugo Gómez de la Torre e Dario Cerina (2011), assim como o modelo explicativo anterior, este esquema também apresenta falhas. A primeira insta em detalhar, quais os deveres cuja inobservância, motivada por um objetivo, estão integrados na corrupção. No caso da corrupção pública, a opinião majoritária da doutrina possui consonância em ver a “imparcialidade” como o dever cujo descumprimento fundamenta a punição.

Já no caso da corrupção no setor privado, o debate sobre qual,(is) seria (m) o(s) suposto(s) dever (es), permanece em aberto, já que há uma lacuna sobre quem seria o sujeito passivo no delito, ou seja, quem é o interessado que a relação entre a empresa e o empregado desenvolva-se dentro do respeito as regras estabelecidas.

Uma primeira análise do caso da corrupção privada centra suas conjecturas no fato de que cabe ao Direito Penal a proteção dos interesses do principal para que o agente não o traia. Destarte, dentro desta perspectiva pública da corrupção no âmbito privado, justifica-se a intervenção penal na necessidade de se resguardar os interesses de terceiros à relação, como os

competidores do corruptor, bem como os consumidores e que esta relação entre empresa/funcionário desenvolva-se em respeito às regras estabelecidas para sua proteção.

Outra questão que demanda reflexão é saber qual é o bem jurídico lesionado ou posto em perigo pelo acordo corrupto ou qual o bem jurídico lesionado ou posto em perigo pelo ato-consequência do “pacto sceleris”, ou seja, qual a diferença entre o acordo e a ação objeto deste acordo. Especificando, para uma melhor compreensão, a partir da consideração de que a corrupção é a compra de um comportamento, de uma conduta/ação do agente, será necessário diferenciar entre o interesse em que essa compra não ocorra e o interesse em que a ação comprada não chegue a se realizar.

Apesar dos questionamentos apresentados, o modelo de corrupção principal-agente, baseado numa relação de agência, destaca-se por privilegiar essa relação contratual e por tutelar a não violação dos deveres pertencentes ao agente, enquanto titular de uma posição de confiança, dentro da relação.

Contudo, como dito, esta conclusão simplista, por sua vez, não se encaixa no modelo principal-agente aplicável ao setor privado, eis que pesa sobre a questão, quem, de fato, será o sujeito passivo do delito e qual será o bem jurídico tutelado.

3 MODELOS DE CRIMINALIZAÇÃO DA CORRUPÇÃO

O número de iniciativas políticas-criminais europeias voltadas à análise da corrupção no setor privado demonstra que este tema tornou-se um léxico jurídico internacional dentro de um quadro geral de uma intensa “cruzada global” (FOFFANI, 2003).

Nesta linha, diversos países europeus tipificaram a conduta de corrupção entre particulares. De acordo com o relatório do *Max Planck Institute* sobre a corrupção^{iv}, existem quatro perspectivas diferentes da corrupção privada: a) a trabalhista; b) a que é efetuada a partir do Direito da Concorrência; c) a que é centralizada nas implicações penais do processo de privatização da administração e, finalmente, d) a que considera os aspectos patrimoniais da corrupção.

No Brasil, não obstante a ratificação, em 9 de dezembro de 2003, da Convenção de Mérida - cuja adesão foi formalmente ratificada por meio do Decreto n° 5.687, de 2006 - os principais instrumentos punitivos da corrupção na esfera privada são a Lei n° 12.529, de 2011,

que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, seguindo os princípios constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico e a Lei nº 9.279, de 1996, que regulamenta a Propriedade Industrial. Esta última, não obstante preveja no seu artigo 195, um rol de 14 (catorze) tipos penais que constituam crimes de concorrência desleal, é dotada de questionável eficácia prática enquanto instrumento repressivo das condutas nele elencadas, gerando a necessidade de se buscar outras formas em nosso ordenamento jurídico de se combater a corrupção entre particulares.

Pode ser facilmente percebido na análise do direito estrangeiro que o parâmetro para a tipificação do delito de corrupção entre particulares reside no bem jurídico que se pretende tutelar. Contudo, de antemão, é importante ressaltar que a criminalização da corrupção no âmbito privado não é uma regra no âmbito do Direito estrangeiro: no projeto de investigação realizado pelo Instituto *Max Planck* de Friburgo, na Alemanha (HUBER, 1997), pode se constatar, que, ao contrário, entre os países da Comunidade Europeia só uma minoria possuem em seus ordenamentos jurídicos o delito de corrupção privada (Alemanha, Bélgica, Itália, Polônia, Grécia, França, Holanda, Inglaterra, Áustria, Suíça, e, hodiernamente, Portugal e Espanha) (FOFFANI, 2003). Os modelos seguidos em cada país para definir o conceito de intervenção na atividade econômica privada são extremamente variados e heterogêneos (NIETO MARTÍN, 2003).

Para o Instituto *Max Planck*, existem, ao menos, quatro modelos de incriminação da corrupção privada: o omnicompreensivo; patrimonial, trabalhista e concorrencial (NIETO MARTÍN, 2002).

O modelo omnicompreensivo, também chamado de modelo unificador (TEIXEIRA, 2017), é aquele que envolve tanto a corrupção pública quanto a privada (OTERO GONZÁLEZ, 2012), ou seja, não há distinção entre elas. Por este modelo de criminalização, pune-se a corrupção entre particulares e corrupção pública com a mesma norma penal, com um mesmo tipo penal (OTERO GONZÁLEZ, 2012). Por se tratar de um delito comum, não se exige para configuração do tipo penal nenhuma qualidade específica do sujeito ativo, como por exemplo, ser funcionário público (TEIXEIRA, 2017).

O modelo unificador faz desaparecer qualquer tipo de regulação entre os sujeitos públicos ou privados (FOFFANI, 2003).

Exemplos de tipificação da corrupção privada sob este modelo são países como a Suécia^v, como consequência da crescente privatização de empresas públicas, por considerar que não existe diferença ontológica entre ambos os tipos de corrupção (OTERO GONZÁLEZ, 2012) e o Reino Unido, que em 2010 criou o *Bribery Act UK*.^{vi} Por tais sistemas jurídicos (Sueco e Inglês), praticado um comportamento corrupto, independente de quem o tenha praticado, se funcionário público ou particular, estarão lesionados os bens jurídicos tutelados pelos tipos delitivos.

Essa opção político-criminal fundamenta-se no fato de que a corrupção sempre gera ineficiência econômica e custos excessivos que acabam por onerar a todos os cidadãos, sejam eles administrados ou consumidores.

O modelo patrimonial reconhece como corrupção privada a deslealdade patrimonial entre agente e principal (DE LA CUESTA ARZAMENDI Y BLANCO CORDERO, 2002). Um caso típico deste modelo de criminalização da corrupção privada é o da Itália. A legislação italiana há tempos possui preceitos que previam sanções penais “setoriais” para os autores de condutas similares à de corrupção entre particulares (BERDUGO; CERINA, 2011). Mas o que havia eram algumas disposições penais (marginais até), tanto no código quanto na legislação especial incriminando casos específicos de corrupção entre particulares, em procedimentos que afetam o interesse público. Exemplos: compra de votos durante processos eleitorais (artigo 233 da Lei Eleitoral de 1942); comercialização ilegal de produtos farmacêuticos (contrabando), previsto nos artigos 170 a 172 do Decreto Real de 1265, dentre outros.

Mas, com a criação da Convenção Penal Sobre a Corrupção do Conselho da Europa de 1998, a Itália impulsionou debates legislativos que tinham como foco a preocupação com a incriminação dessa modalidade delitiva (CORRÊA GONTIJO, 2016). No seio destas discussões, com o decreto legislativo 61, de 11 de abril de 2002, no âmbito normativo internacional de combate a corrupção privada, surgiu-se a figura delitiva da corrupção na gestão das sociedades mercantis, que o legislador definiu como *comportamento desleal por dívida o promessa de favor* (artigo 2635 CC) (FOFFANI, 2003, p. 66).

Há entendimentos de que a previsão da figura delitiva do Código italiano deu-se na contra mão do movimento de internacionalização do fenômeno corruptivo e respectivo modelo punitivo tradicional da corrupção, em que há a presença do funcionário público em um dos polos da relação. O legislador italiano, numa visão reducionista, ao tipificar a corrupção privada visou claramente à proteção do patrimônio social, por isso denominado de delito societário (FOFFANI, 2003).

Nesta senda, apesar dos esforços, fato é que o legislador italiano deixou a desejar no que tange à criminalização do delito de corrupção no setor privado, pois não faz sentido ou, ao menos, não é estritamente necessário ter um tipo penal de corrupção privada simplesmente para proteção do patrimônio da empresa ou do empresário (TEIXEIRA, 2017). Junto à Itália tem-se a Áustria que também aderiu ao modelo privatista baseado no dever de fidelidade do agente com o principal.

Outra variante do modelo privado de criminalização da corrupção privada é o modelo laboral ou trabalhista que reconhece como desvalor da corrupção privada a violação das regras de trabalho subordinado (FOFFANI, 2003), afetando o dever de fidelidade do trabalhador para com o empregador (OTERO GONZÁLEZ, 2012). Aqui, assim como no modelo anterior, a vítima do delito de corrupção privada é o empresário ou a empresa. E o bem jurídico que visa se proteger pela corrupção privada é o interesse do principal, no caso, o dono da empresa, na lealdade de seu agente, de seu empregado; ou seja, o que se protege é a relação interna entre chefe e empregado (TEIXEIRA, 2017) e que pode vir a influir no mercado (LÓPEZ DE LEMOS, 2017).

A França é um dos países em que se aplica este modelo de criminalização da corrupção privada. Diante da necessidade das relações de trabalho, cada vez mais complexas devido às crises e distribuição de mercadorias, rotinas importantes para o desenvolvimento de sociedade, surgiu-se a carência de se reger os valores de lealdade e confiança. Neste contexto de preocupação pública, chegou-se ao consenso de que eram o comportamento desviado do empregado e a ruptura da relação de confiança com o seu empregador os pontos fulcrais do delito de corrupção entre particulares, previsto no artigo L 156-6 do atual Código Penal da França^{vii} (CORRÊA GONTIJO, 2016).

Por último, temos o modelo concorrencial, que além de ser o mais significativo modelo de incriminação da corrupção privada, era o único que vigorava até pouco tempo. O objeto jurídico tutelado por este modelo é a livre e leal concorrência no mercado.

Este modelo é adotado por ordenamentos jurídicos como os da Alemanha (§§299 e 300 *StGB*) e Espanha (artigo 286 *bis*, do Código Penal), dentre outros.

Na Alemanha, a utilização do Direito no combate a corrupção no setor privado tem sido objeto de intenso debate jurídico (BERDUGO; CERINA, 2011). Apesar de pioneira na criminalização da corrupção no setor privado - desde princípios do século XX (1909) -, somente em 1997, com a *Ley de lucha contra la corrupción (Gesetz zur Bekämpfung der Korruption, KorrBekG)* (ZIOUVAS), que o Código alemão introduziu o § 299 sob o título *delitos contra la competencia* (OTERO GONZÁLEZ, 2012) punindo com pena de três anos ou multa o empregado ou representante de uma empresa que aceita ou recebe vantagem indevida para si ou para terceiro em troca de bens ou serviços, para favorecer um concorrente (corruptor) de seu empregador (CORRÊA GONTIJO, 2016, p. 94). Para a prática delitiva, o corrupto não tem, necessariamente, que infringir suas obrigações para com o empregador. Isto implica, por sua vez, que nos casos de pagamento de propinas (*Kick backs*) pode se considerar a existência de concurso entre o crime de ofensa a concorrência desleal (corrupção privada § 299) e administração desleal (§ 266).

Doutrinariamente entende-se que o delito do § 299 do Código Penal alemão apesar de tutelar a concorrência leal, como direito legal supraindividual, protege também o interesse patrimonial do principal. É por isso que, na qualidade de vítima, o principal ou empresário está autorizado a apresentar queixa, em conformidade com o § 301 (TIEDEMANN, 2010). Essa abordagem demonstra uma contradição quanto ao real bem jurídico a se tutelar, pois se o que se tutela é a concorrência leal é evidente que os possíveis autores de comportamento que infringem referido bem são, antes de tudo, empresários. Então como podem ser autores e sujeitos passivos ao mesmo tempo? (BERDUGO; CERINA, 2011)

O que se observa na doutrina alemã é que apesar da previsão explícita da corrupção privada no Direito Penal Alemão, parece que o referido parágrafo, diante das fragilidades que possui, acaba refletindo pouca efetividade prática. (BERDUGO; CERINA, 2011)

Na Espanha, o contexto não parece diferente. O Ordenamento espanhol, com a Lei Orgânica 5/2010^{viii}, que modificou o Código Penal, em conformidade com a Decisão-Quadro 2003/568/JAI, introduziu um novo artigo que incrimina a corrupção entre particulares, o 286 bis, visando cumprir o objetivo, como a própria decisão assinala, de assegurar que a corrupção ativa e passiva no setor privado seja uma violação do Direito Penal em todos os Estados-Membros, reconhecendo que nos últimos anos, a globalização trouxe um aumento do comércio transfronteiriço de bens e serviços, portanto, a corrupção no setor privado de um Estado-membro deixou de ser um problema puramente interno para se tornar um problema transnacional.

Para Otero Gonzalez (2013), o artigo 286 bis do Código espanhol consiste em prometer, oferecer ou conceder (suborno ativo: artigo 286 bis 1) ou, por outro lado, receber, solicitar ou aceitar (suborno passivo: artigo 286 bis 2) um benefício ou vantagem de qualquer natureza, não justificada (...), em violação as suas obrigações, na aquisição ou venda de bens ou na contratação de serviços profissionais, excluindo outros tipos de contratos ou outras atividades que não guardem relação com a concorrência no mercado. Não é necessário para a sua consumação, portanto, uma perda patrimonial para a empresa, nem mesmo uma perigo efetivo para o referido patrimônio (MARTÍNEZ-BUJÁN, 2011). Está configurado assim, como um crime de mera atividade.

Segundo Otero Gonzalez (2013), como o legislador espanhol adotou como bem jurídico para o delito de corrupção privada a lealdade na concorrência, o descumprimento das obrigações apenas pode se referir àquelas derivadas de normas ou regras que regulam a concorrência, conseqüentemente, os prejudicados serão sempre as outras empresas que desconhecem a vantagem para a realização de um contrato, infringindo, assim, o bem jurídico concorrência leal.

A criação deste novo crime foi aplaudida por um setor da doutrina favorável à criminalização da corrupção privada (FARALDO CABANA, 2002). Mas recebeu críticas de outro setor que, basicamente, desde uma perspectiva politico-criminal, avalia negativamente a incriminação de corrupção privada no Código Penal por várias razões. Dentre estas razões, cabe citar: a) ausência de um debate sério anterior, sobre o mérito e necessidade de punição dos comportamentos tipificados no artigo 286 bis (SILVA SANCHES; MUÑUZ CONDE, 2011);

b) por considerar que os regulamentos administrativos e comerciais sobre a defesa da concorrência são mais que suficientes para responder aos comportamentos de suborno previstos no artigo 286 bis; c) compreender que existem condutas que pressupõem um ataque mais sério a concorrência leal no mercado que permanece fora do Direito Penal; d) porque confirma a tendência para uma lei penal simbólica separada dos princípios da lesividade e da exclusividade proteção de bens jurídicos (BARDON, 2013).

Finalizando, tem-se que o artigo 286 bis é um modelo puro de incriminação da concorrência desleal, de modo que a "violação de obrigações" refere-se a obrigações extrapenais específicas e não a violação de deveres em relação ao empresário. De *lege ferenda*, no entanto, essa expressão deve ser excluída porque se assim não for, significa um defeito na técnica legislativa que acaba por frustrar a incriminação destas condutas.

CONCLUSÃO

Em uma era de tendência globalizadora incomparável, a preocupação internacional com a corrupção, é clara (PEREZ; SANCHÉZ, 2011, p. 23). A luta contra a corrupção reflete-se em instrumentos jurídicos supranacionais que buscam promover a inserção gradativa - no ordenamento jurídico de seus signatários - da figura penal da corrupção privada. O presente artigo buscou realizar uma análise da criminalidade econômica, cujo desdobramento inclui a corrupção, tanto no seu aspecto geral como, no enfoque principal, que é a corrupção privada, como também apresentou um sucinto histórico político-criminal dos mecanismos internacionais de previsão da criminalização do delito de corrupção no ambiente privado.

Referidos instrumentos, como visto, objetivam uma equiparação ou harmonização das respostas sancionadoras proporcionadas pelas leis internas e desta forma facilitar a cooperação internacional entre os Estados, bem como promover mecanismos preventivos eficazes. Registre-se, inicialmente, a ausência de um consenso quanto ao recurso à intervenção penal em relação ao crime de corrupção privada e, mais ainda, em relação ao objeto das respectivas normas: bem jurídico. Dentre os modelos incriminadores no Direito comparado observou-se que a tutela da lealdade na concorrência é o modelo que mais se coaduna com os objetivos formulados pelos instrumentos internacionais.

Apresentou-se, também, dentro de uma perspectiva crítica, a regulamentação penal existente no Ordenamento Jurídico brasileiro aplicada a esta modalidade de crimes, e eventual necessidade e legitimidade de alterações legislativas visando adequar à legislação nacional à política criminal internacional. Em suma, as condutas corruptivas, por sua danosidade social, fragilizam as relações sociais e a democracia das sociedades contemporâneas, causando um descrédito da sociedade, especialmente nos órgãos e instituições da administração pública em geral. Diante dessa perspectiva, visualiza-se, em especial, no contexto brasileiro, que o desenho institucional não possui um modelo de gestão da ética pública claramente definido. Ao contrário, o que se nota é um arcabouço de leis que, ainda que definam o marco regulatório da ética pública, não conseguem promover a eficácia e efetividade legal. E, como visto, a corrupção abarca tanto a esfera pública quanto a privada contaminando as relações do mercado e conseqüentemente fragilizando a economia e bom desenvolvimento social.

Dessa forma, é inquestionável, ainda mais diante das novas nuances do crime de corrupção, a busca de mecanismos de enfrentamento, com aprimoramento do emaranhado legislativo já existente ou, criação de novas vertentes de criminalização, a fim de dar uma resposta significativa a nossa sociedade, ressignificando a cidadania e dignificando os envolvidos nesse sistema.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**, 2014.

BRIOSCHI, Carlos Alberto. *Breve historia de la corrupción: de la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Taurus, 2010.

CANARIS, Claus –Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2002. Fundação Calouste Gulbenkian.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Direito Penal Econômico e Direito Administrativo Sancionador: ne bis in idem** como medida de política sancionadora integrada. 2013. Tese (Livre Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

CREMADES, Bernardo. *Corrupción y arbitraje de inversión*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 126, jul./set. 2005.

DELMAS-MARTY, Mirelle. **Os grandes sistemas de política criminal**; trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004.

DURKHEIM, Émile. Da divisão do trabalho social. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura et al. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FERNANDES, Fernando de Andrade. **Sobre uma opção jurídico-política e jurídico-metodológica de compreensão das ciências jurídico-criminais**. In: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Organizadores: Andrade, Manuel da Costa; Costa, José de Faria; Rodrigues, Anabela Miranda; Antunes, Maria João. Coimbra, 2003.

_____. **Processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; COSTA ANDRADE, Manuel da. **Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena**, Editora Coimbra, 2 Reimpressão, 1997.

_____. **Direito Penal. Parte Geral.** 2 ed. Coimbra, 2007.

FOFFANI, Luigi. *La corrupción en el sector privado: iniciativas internacionales y derecho comparado.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 81, p. 81, nov. 2009.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas respuestas.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 81, p. 72, nov. 2009.

GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; CERINA, Giorgio D.M.. *Sobre la corrupción entre particulares: convenios internacionales y derecho comparado.*

GRACIA MARTÍN, Luis. *El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, n. 6, 2004.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general – Fundamentos y teoría de la imputación.* 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **A corrupção em uma perspectiva internacional.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 322, jan./fev. 2007.

_____. Pereira, Daniel Queiroz. **Direito penal econômico e tributário: uma análise histórica e comparada.**

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia comparada.** Tradução de Faria Costa e Costa Andrade. v. 2. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1985.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

MURIAL PATINO, María Victoria. *Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción*. In: RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coords.). *La corrupción en un mundo globalizado*. Salamanca: Ratio Legis, 2000. p. 27.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de corrupção**, cit., p. 3. No mesmo sentido, veja-se: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 5, p. 76.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. 5. ed. Barcelona: Bosch, 2004. t. 1.

PRADO, Luis Regis. **Direito penal econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 _____PRADO, Luiz Régis. **A Lei 10.467/2002 e os novos crimes de corrupção e tráfico de influência internacional**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 91, n. 803, p. 441, set. 2002.

ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Tradução de Manuel Abanto Vásquez. Lima: Jurídica Grijley, 2007.

SANCHIS Mir, José Ricardo; Garrido Genovés, Vicente. *Delincuencia de cuello blanco*. Madrid: Instituto de Estudios de Policia, 1987, p. 76-77.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. Revista dos Tribunais. 6 ed, 1 tiragem: maio de 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 1 e seguintes.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de Colarinho Branco**: versão sem corte. Editoria Renava, 2015.

TEIXEIRA, Adriano, **Crime de Corrupção: Considerações Introdutórias sobre o Crime de Corrupção Privada**, *Book-Comentários ao Direito Penal Econômico*, item 16, Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 517.

ⁱ Sobre o assunto, SÉRGIO HABIB, em sua obra, frisa que “a corrupção no Brasil vem de longas datas, ocorrendo em todas as três fases, a saber: colonial, imperial e republicana”. Analisando o contexto histórico apresentado verificamos que, infelizmente, em nenhum momento de nossa história, a sociedade brasileira, passou ileso ao fenômeno da corrupção. Afinal, observa o autor, que já no Brasil colônia, implantou-se a “lei da vantagem, que passaria a fazer parte da cultura brasileira” (HABIB, Sérgio. *Brasil: quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1994. p. 3 e ss.).

ⁱⁱ De acordo com o *Corruption Perception Index*, elaborado pela Transparência Internacional, no ano de 2016, o Brasil aparece no 79º lugar, em classificação que adota como critério o nível de percepção social do fenômeno da corrupção. Tendo subido de 72 para 79, no ranque apurado em 2013. (TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index 2013*. Disponível em: < <https://www.transparency.org/country/BRA>>. Acesso em: 29 jan. 2018).

ⁱⁱⁱ Tais modelos encontram-se disponíveis no site www.lawcom.gov.uk, consulta no dia 11-04-2018

^{iv} https://www.mpg.de/11741001/research_page. Consulta em 06/03/2018

^v Desde 1978. Delito aplicado tanto para a corrupção no âmbito público quanto privado (Foffani, 2006, p. 386)

^{vi} Vigente desde 01º de julho de 2011. (32HALPERN, Jonathan; COSTA, Andrew. *The U.K. Bribery Act and the globalization of corporate compliance*. p. 1. Disponível em:

<http://www.mainjustice.com/justanticorruption/2011/06/03/the-u-k-bribery-act-and-the-globalization-of-corporate-compliance> Acesso/> em: 20 nov. 2013: *The most pressing motivator is the U.K. Bribery Act of April 2010 (the Bribery Act), which goes into effect July 1*) apud CORRÊA GONTIJO, Conrado. *O crime de corrupção privada*. Editora LiberArs. 2016. p. 87.

^{vii} Trata-se do tipo penal atualmente inserido no artigo L.156-6 do Código Penal, já previsto no passado no artigo 177, parágrafo 2 do velho Código Penal (FOFFANI, 2003). Vejamos o atual *article 152-6: Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres ou des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros (1) d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent ou d'en prendre l'initiative. Dans les cas prévus au présent article, le tribunal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire, pour une durée de cinq ans au plus, l'interdiction des droits civiques, civils et de famille prévue par l'article 131-26 du code pénal.* (CORRÊA GONTIJO, 2016, p. 106)

viii A Exposição de motivos da LO 5/2010 transcreve o preâmbulo da Decisão-Quadro (Ventura Püschel, 2009; Nieto Martín, 2003), de acordo com a filosofia que permeia a política criminal europeia dos últimos tempos. A este respeito, a Convenção da OCDE de 1997 marcou um ponto de virada na consciência de que práticas corruptas de usar dinheiro corporativo, subornar (neste caso aos funcionários) era criminoso, já que anteriormente os pagamentos foram considerados despesas "úteis" suscetíveis de dedução fiscal.(OTERO GONZÁLEZ, 2013)

**A TIPICIDADE PENAL E A SUBVERSÃO DOS CRIMES CONTRA ORDEM
TRIBUTÁRIA: INDEVIDA UTILIZAÇÃO DA “ULTIMA RATIO” COMO
INSTRUMENTO PARA A COBRANÇA DE TRIBUTOS**

*THE CRIMINAL TYPE AND THE SUBVERSION OF CRIMES AGAINST TAX ORDER:
UNINTENDED USE OF THE LAST RATIO AS AN INSTRUMENT FOR THE
COLLECTION OF TAXES*

Leonardo Oliveira Souza

Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes (SE), Pós Graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade Damásio de Jesus, Advogado Criminalista Militante e Sócio do Escritório Rochadel Advocacia, situado na cidade de Aracaju (SE).

Leonardo.oliveira.adv@hotmail.com

Resumo O presente artigo científico tem como objetivo uma reflexão sobre a indevida disseminação na utilização da seara criminal, notadamente dos crimes contra ordem tributária, como forma de inculcar no sujeito passivo do tributo uma atividade coercitiva/intimidativa, no afã de compeli-lo a pagar o débito fiscal cobrado, ou parcelá-lo, sob pena de ser deflagrada Ação Penal em seu desfavor. Nesse compasso, a discussão buscará evidenciar que a *ultima ratio* tem servido de arcabouço para uma fonte anômala/subsidiária de arrecadação tributária pelo Estado, que, infelizmente, vem sendo chancelada pela jurisprudência pátria, contrariando contundentemente o espírito normativo da Lei 8.137/90 e os princípios basilares que norteiam as ciências criminais. Para refutar essa conjuntura, possibilitando a correta caracterização dos crimes tributários, o artigo fará um aprofundamento teórico acerca dos elementos centrais da Teoria do Delito, com ênfase ao conceito material de crime e os elementos do fato típico, sobretudo a tipicidade. Adotará como metodologia a abordagem hipotético-dedutiva, utilizando, de modo auxiliar, os métodos comparativo e histórico, tudo como forma de estabelecer um parâmetro entre as legislações pertinentes e o posicionamento que vem sendo adotado pelas cortes superiores, com relevante destaque para a análise do *Habeas Corpus 399.109/SC*, recentemente julgado pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça. Ao fim, concluirá pela necessidade de uma atividade prática e teórica de massivo combate as interpretações teratológicas dos dispositivos penais, especialmente e a lei dos crimes

contra ordem tributária, pois, em tempos tão sombrios da ciência jurídica penal, onde as garantias individuais são constantemente surrupiadas e as exceções têm deploravelmente se tornado a regra, é necessário reverberar as barreiras legais e principiológicas que alicerçam esse campo do direito, resguardando a conquista mais histórica da sociedade brasileira: O Estado Democrático de Direito.

Palavras chave: subversão, crimes, tributários, coerção, tipicidade.

Abstract: This scientific article aims to reflect on the undue dissemination in the use of crime, especially crimes against tax, as a way of instilling in the taxpayer a coercive / intimidating activity, in the effort to compel him to pay the debit tax charged, or install it, under penalty of being triggered Criminal Action in its disfavor. At this point, the discussion will seek to show that the latter ratio has served as a framework for an anomalous/subsidiary source of tax collection by the State, which, sadly, has been cancelled by the jurisprudence of the country, strongly countering the normative spirit of Law 8.137 / 90 and basic principles guiding the criminal sciences. To refute this situation, allowing the correct characterization of tax crimes, the article will provide a theoretical background on the core elements of the Crime Theory, with emphasis on the material concept of crime and the elements of the typical fact, above all typicality. It will adopt a hypothetical-deductive approach, using an auxiliary method, comparative and historical methods, as a way to establish a parameter between the pertinent legislations and the positioning that has been adopted by the superior courts, with emphasis on Habeas Corpus analysis 399,109 / SC, recently judged by the 3rd Section of the Superior Court of Justice. In the end, it will conclude by the need for a practical and theoretical activity of massive combat the teratological interpretations of penal provisions, especially and the law of crimes against taxation, because in such dark times of criminal legal science, where individual guarantees are constantly raided and the exceptions have deplorably become the rule, it is necessary to reverberate the legal and principological barriers that underpin this field of law, safeguarding the most historical conquest of Brazilian society: The Democratic State of Law.

Keywords: subversion, crimes, tributary, coercion, tipicity.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, enquanto Estado Democrático de Direito, vive, incontestavelmente, uma visceral crise de seu regime político, de modo que se proliferam, em um ritmo assombroso, ideias de cunho autoritarista, que buscam ressuscitar ideologias que há alguns atrás pareciam finalmente estar abolidas do seio social. Mas não, elas vêm novamente tomando “corpo”, força e aceitação, de modo que se manifestam quase sempre disfarçadas em discursos de retomada da ética e da moralidade.

O Direito, que se constitui na maior das ciências humanas, é frontalmente atingido por essas mudanças que emanam da sociedade em geral, e ainda que a legislação brasileira, sobretudo a Constituição Federal de 1988, possuam um perfil normativo garantista, marcado por uma indelével evolução democrática após o lamentável regime ditatorial, o fato é que a hermenêutica de fins retrógrados, que possui em seu âmago concepções flagrantemente contrárias aos ditames principiológicos do ordenamento jurídico vigente, se incumbe de deturpar o verdadeiro espírito das leis.

Sem dúvidas, a ciência jurídica que mais tem sofrido com essa triste conjuntura é o Direito Penal e Processual Penal, campo onde as garantias fundamentais e individuais se expressam com maior relevância, de modo que devem, ou deveriam, ser a força motriz da aplicação das leis pelos operadores do direito, principalmente aqueles que ocupam as posições mais estratégicas dessa cadeia interpretativa. Infelizmente, as garantias mais basilares desse sistema estão sendo surrupiadas a passos largos, ocasionando um estado de verdadeira insegurança jurídica e de punitivismo exacerbado.

São inúmeros os exemplos desse cenário, que, em verdade, busca mitigar e relativizar as conquistas históricas que foram alcançadas a duras penas.

No presente artigo científico, será debatido de forma mais profunda uma dessas muitas interpretações anômalas dos dispositivos penais, *in casu*, a Lei dos Crimes Contra Ordem Tributária, criada no ano de 1990, no afã de combater fraudes fiscais danosas e enraizadas na realidade brasileira.

Entretanto, a realidade impõe uma aplicação absolutamente diversa desse diploma normativo, pois o mesmo passou a ser utilizado de forma indiscriminada, de modo que se observa uma proliferação de representações fiscais para fins penais. Isso porque, diante do insucesso na obtenção dos valores devidos nas instâncias adequadas, os órgãos competentes passaram a se valer da seara penal como um meio para incutir no sujeito passivo do tributo o temor, a intimidação, o receio de ver uma Ação Penal deflagrada contra si, acaso não pague o tributo cobrado, o que enseja a extinção da punibilidade, ou efetue o seu parcelamento, o que suspende a pretensão punitiva do Estado.

Pior é saber que essa arbitrária ideia, além de estar cada vez mais sedimentada na atividade administrativa, policial e, principalmente, no âmbito dos grupos de atuação específicos do Ministério Público (Estadual e Federal), vem deploravelmente se consagrando na jurisprudência brasileira, tendo como maior exemplo o recentíssimo julgamento do *HC 399.109/SC*, da 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, que considerou o mero inadimplemento elemento apto a caracterização do crime tributário.

O retrocesso é absorto, assustador, de modo que sobressai latente a teratológica concepção de que o ilícito tributário pode simplesmente ser igualado ao ilícito penal. Trata-se da expressão voraz do ultrapassado e combatido “*Direito Penal do Medo*”, onde a *ultima ratio* do ordenamento jurídico é indevidamente transformada em um instrumento para cobrança de tributos, evidenciando, ainda, a manifesta subversão da Lei 8.137/90.

2. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO – DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO*

Inobstante a concepção de *ultima ratio* seja um preceito basilar básico e norteador do Direito Penal e Processual Penal, o fato é que torna-se de suma importância a sua análise, a fim de possibilitar o exercício de uma hermenêutica fundada em conceitos principiológicos que deveriam ser a premissa para a aplicação das normas.

Pois bem. O ordenamento jurídico, como sabido, é um verdadeiro sistema, composto por um emaranhado de normas e legislações, que possuem um determinado escalonamento, objetivando promover a chamada “harmonia social”.

O Direito Penal é a ciência jurídica responsável pelo controle das condutas mais extremas, conceituando os crimes e trazendo em seu âmago as respectivas penas, as quais têm a capacidade de restringir os direitos mais sagrados da existência humana, tidos, inclusive, como invioláveis pela Constituição Federal, *in casu*, a liberdade, e, em situações excepcionalíssimas, a própria vida – *pena de morte*.

Neste jaez, não custa rememorar que a ciência criminal é conceituada das mais diversas formas e sob os mais variados enfoques. Seja sob uma perspectiva estática e formal, seja através de um raciocínio dinâmico e social, seja sob um prisma funcional, todas as concepções trazem em seu íntimo a ideia de ser um campo de derradeiro instrumento de controle social.

Sobre o tema, o simplório e preciso conceito do festejado doutrinador Paulo Nader:

É um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, ligando ao delito, como pressuposto, a pena como consequência. (NADER, 2002)

E de maneira mais minudente, Fernando Capez leciona:

O segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e

perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (CAPEZ, 2011)

Cumprе salientar que “as normas jurídicas que regulam o poder punitivo do estado” são criadas para tutelar/proteger determinados bens jurídicos, quando estes sofrerem séria lesão ou grave ameaça. Ou seja, não é qualquer violação a esses bens jurídicos que justifica a intervenção do Direito Penal, mas somente aquelas de maior repulsa social, de intensa gravidade.

Do contrário, é certo que outros campos do direito poderão tutelar a conduta que não apresente esse maior grau de lesividade, sendo justamente esse pensamento que possibilita a identificação do Direito Penal como uma ciência jurídica subsidiária, fragmentária, de intervenção mínima, que só tem a sua legitimação, enquanto esfera de ingerência na liberdade do cidadão, quando for a última opção, o último remédio, a última alternativa de controle social.

Este é a verdadeira compreensão da ideia de *ultima ratio*, que é inclusive considerada como um princípio constitucional implícito, a partir da interpretação sistemática do art. 5º, §2º da Constituição Federal e do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ainda de 1789. Diante do seu caráter esclarecedor, em que pese ter sido escrito há mais de três séculos, veja-se o que preconiza esse último dispositivo: “A lei apenas deve estabelecer **penas estrita e evidentemente necessárias** e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada” (grifo nosso).

E seguindo essa esteira de raciocínio, a lição do renomado doutrinador Rogério Greco, ao citar o memorável Roxin:

*(...) O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que **somente***

se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil e (...) sanções extrapenais. Por isso se denomina a pena como a ‘ultima ratio da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (GRECO, 2014)

E para finalizar com maestria, José Carlos de Oliveira Robaldo descreve, de forma sintética e precisa, a concepção do Direito Penal enquanto *ultima ratio*. Note-se:

Sempre que outros ramos do Direito possam ser utilizados para compelir o cidadão ao cumprimento da regra, então o Direito Penal não poderá atuar. O fundamento para tal adequação está no princípio da dignidade da pessoa humana. (ROBALDO, 2009)

Todo esse panorama não deixa pairar dúvidas acerca do caráter eminentemente fragmentário das ciências criminais, que vivem um período nebuloso, de evidente banalização e de intervenções processuais injustificáveis, fruto de um punitivismo que extrapola o próprio limite de atuação do Direito Penal. O pior é que os dados extraídos dessa cultura de sancionamento desenfreado são verdadeiramente assombrosos, na medida em que demonstram uma contundente piora no resultado das políticas sociais de criminalidade, contribuindo, de forma voraz, para o aprofundamento da crise democrática que atualmente se vivencia.

Acerca desse contexto jurídico-social, e como forma de arrematar o presente tópico, a preciosa contribuição de César Roberto Bitencourt:

Incapaz de responder satisfatoriamente aos novos problemas advindos da sociedade pós-moderna, a **legislação penal emergente revela-se destituída de qualquer eficácia social duradoura**, não logrando êxito na redução dos índices de criminalidade nem tampouco na produção dos novéis bens jurídicos de muito pouco consegue defender". Diante desse cenário, delineia-se o processo de **deslegitimação da intervenção jurídico-penal, com o consequente aumento da sensação coletiva de insegurança**, que, por sua vez, dá ensejo a novas

demandas sociais em favor de sua expansão e hipertrofia, em um verdadeiro círculo vicioso. **Caracteriza-se assim a atual crise do direito penal.** (BITENCOURT, 2006)

3. O DIREITO PENAL ECONÔMICO E O CONTEXTO DE CRIAÇÃO DA LEI DOS CRIMES CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (8.137/1990)

Antes de adentrar no espectro das Lei dos Crimes Contra Ordem Tributária, impende traçar uma breve explanação acerca do Direito Penal Econômico, que se apresenta como um meio de proteção a ordem socioeconômica vigente, que só deve se materializar quando praticadas condutas que verdadeiramente ponham em risco as relações comerciais de produção, distribuição e consumo de bens e serviçosⁱ, sob pena de chancelar um intervencionismo estatal indevido.

O doutrinador Roberto Santiago Ferreira Gullo, assim define o Direito Penal Econômico:

É o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes. O Direito Penal Econômico tem por finalidade proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia. (GULLO, 2001).

Esse campo do direito, inobstante promova o inegável intervencionismo já suscitado, objetiva justamente propiciar o fomento e o funcionamento adequado dos mercados, protegendo a política e o planejamento econômico praticado pelo Estado e possibilitando um desenvolvimento viável, sem discrepâncias que ocasionem um desequilíbrio nas forças motrizes da economia.

No que tange especificamente a Lei 8.137/90, segundo a sua própria exposição de motivosⁱⁱ, ela surgiu como forma de aperfeiçoar as normas reguladoras da matéria, de modo a tipificar com uma maior precisão os crimes cometidos contra a ordem tributária. É inegável que já existiam, - vide Lei 4.729/1965 -, e ainda existem, outros dispositivos

que tratam de delitos dessa natureza, a exemplo do próprio art. 168-A, do Código Penal (apropriação indébita previdenciária). Entretanto, a edição do diploma em comento foi um verdadeiro marco para o combate aos mecanismos de abuso do poder econômico, sobretudo através das denominadas fraudes fiscais.

Neste espectro, a vontade legislativa que ensejou a edição do referido diploma legal, foi justamente a de possibilitar um ambiente mais propício ao enfrentamento das atividades tributárias mais danosas, ou seja, àquelas realizadas com o intuito de lesar a fiscalização tributária, em detrimento do benefício pessoal do agente.

Essa lesão, de natureza obviamente dolosa, é marcada por requisitos profundos e indispensáveis à caracterização do crime tributário, notadamente o ardid, o engodo, a manobra, a omissão e o nítido propósito de sonegar, de esconder, de deixar de praticar ato ao qual o contribuinte estava obrigado, especialmente a devida declaração fiscal.

Sobre esse espírito legislativo, cumpre colacionar a valiosa lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski, que em voto proferido no último ano de 2017, no bojo do Agravo em Recurso Extraordinário nº 999.425/SC, que teve a sua Repercussão Geral reconhecida, no afã de julgar a inconstitucionalidade de um dos dispositivos da Lei 8.137/90, assim se pronunciou:

Desta forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/90 **não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias, e outros ardis**. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o fisco. (LEWANDOWSKI, 2017)

Em sentido amplo, e sem que seja necessário analisar detidamente cada um dos tipos penais insculpidos na Lei dos Crimes Contra Ordem Tributária, o fato é que o diploma legal surgiu para regulamentar com maior minúcia os atos praticados em desfavor do fisco que não estão albergados pelas leis de natureza puramente tributária. Noutros dizeres, são atos que escapam do alcance do Código Tributário Nacional e dos

dispositivos esparsos que regulamentam os tributos individualmente, sendo caracterizados pelo seu maior potencial de lesividade.

4. CRIAÇÃO DE FONTE ANÔMALA DE ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA SUBSIDIÁRIA – ATIVIDADE COERCITIVA/INTIMIDATIVA DA MÁQUINA ESTATAL – ESCALADA DO “DIREITO PENAL DO MEDO”

Após estabelecer a premissa de ordem principiológica que fundamenta a atuação do Direito Penal perante o ordenamento jurídico-pátrio, oportuno adentrar no cerne propriamente dito do presente trabalho científico, com a finalidade de demonstrar a subversão e a flagrante desvirtuação da seara penal, notadamente dos crimes previstos na Lei 8.137/90, os quais estão sendo indevidamente utilizados como uma fonte anômala de arrecadação tributária, mediante a proliferação de Representações Fiscais para fins penais e os subsequentes processos criminais, que não possuem a lesividade e a repulsa social necessárias a intervenção da ciência fragmentária.

Em verdade, esse fenômeno passou a ocorrer nos últimos anos, através de uma atividade verdadeiramente coercitiva das esferas estatais, no afã de se valer da *ultima ratio* como um instrumento para incutir o medo, para gerar no sujeito passivo do tributo a intimidação, o receio de ter uma Ação Penal em seu desfavor, acaso não pague o débito fiscal cobrado, ou o parcele.

Como já dito, essa arbitrária ideia, além de estar cada vez mais sedimentada na atividade administrativa, policial e, principalmente, no âmbito dos grupos de atuação específicos do Ministério Público (Estadual e Federal), vem tomando “corpo” no seio da jurisprudência brasileira, a evidenciar uma teratológica aceitação do ultrapassado e combatido “*Direito Penal do Medo*”, ou “*Direito Penal do Terror*”, como denomina o advogado Guilherme Nascimento Fiuza.

Melhor esmiuçando a questão, ainda no de 2005, o mestre Hugo de Brito Machado revelou o nascedouro dessa deplorável conjuntura:

O estudo dos crimes contra a ordem tributária ganha maior importância na medida em que **umentam os segmentos do Fisco e do Ministério Público que acreditam ser possível aumentar a arrecadação tributária pela intimidação**, e por isto cuidam de tornar efetiva a aplicação das sanções penais. (MACHADO, 2005)

No mesmo compasso é a lição do ex-juiz federal e advogado tributarista Sacha Calmon, ao asseverar, já no ano de 2017, a massificação dos inquéritos e denúncias *“que assumem o caráter de cobrança por coação penal”*. Note-se:

É necessário resgatar o elemento essencial do tipo penal tributário, qual seja, o dolo, o que evitaria a instauração de inquéritos e oferecimento de denúncias, **que assumem o caráter de cobrança por coação penal, em completo desrespeito às garantias fundamentais**. Se a pessoa declara, mas não recolhe, parcela o débito e paga prestações e depois para, há inadimplência, jamais sonegação, que exige o ocultamento do tributo (no caso nada se oculta). Existe confissão. (CALMON, 2017)

Inegavelmente, essa cultura de imputações penais indevidas, através do albergue da Lei dos Crimes Contra Ordem Tributária, encontra-se estabelecida, e se antes ela servia apenas de disfarce para a imposição da atividade coercitiva do Estado, enquanto agente arrecadador de tributos, hoje ela também manifesta um intento punitivista, de verdadeiramente sancionar o devedor contumaz de tributos, ou aquele que em razão de fervorosas discussões tributárias nas searas administrativas e judiciais, passa a ser tido como um “inimigo do fisco”.

Tornou-se via comum encontrar denúncias com escoras na Lei 8.137/90 lastreadas somente em inadimplementos de alto vulto, ou em situações de cunho absolutamente interpretativo que estão sendo discutidas nas vias adequadas, a exemplo de diferença de alíquotas, existência de benefícios fiscais supostamente indevidos, dentre outras questões que logicamente não demandam a intervenção da seara penal.

Sob esse enfoque, é possível constatar que, diante do insucesso na obtenção das quantias que entende devida, especialmente nos processos administrativos e nas ações de execução fiscal, o Estado passou a desconsiderar as bases ideológicas que ensejaram a própria edição da Lei 8.137/90, esqueceu-se das premissas basilares que alicerçam as ciências criminais, e passou a se valer desse diploma como uma ferramenta de coerção, ou de verdadeira “*coação penal*”, como asseverou Sacha Calmon na citação acima transcrita e, de forma mais detalhada, em outro trecho desse valioso artigo científico. Veja-se:

Demandas que **envolvem alta carga interpretativa e complexidade jurídica são tomadas, a priori, como sonegação fiscal** e, findo o processo administrativo (a espera do fim do processo administrativo se deve à Súmula 24, do STF) são iniciados pelo Ministério Público procedimentos criminais contra os contribuintes, como se fossem criminosos. **O dirigente de empresa, acuado pelo direito penal, muitas vezes acaba por pagar valores indevidos a enfrentar as agruras de uma ação penal totalmente injustificada.** (CALMON, 2017)

Esse quadro tem se tornado tão tenebroso, que a incontroversa declaração fiscal pelo contribuinte, a qual, por óbvio, impede a existência de eventual sonegação, omissão, ocultamento ou fraude de natureza dolosa, tornou-se despicienda, de modo que se estabelece um mecanismo de deflagração de Ações Penais a partir do **mero inadimplemento**, o que se constitui em notória anomalia jurídica, na medida em que simplesmente iguala o ilícito tributário ao delito de natureza penal.

Essa contundente escalada do “*Direito Penal do Medo*”, notadamente relacionada aos crimes contra ordem tributária, ganhou uma relevância inimaginável, e em pleno período de Estado Democrático de Direito, marcado por um sistema alicerçado em garantias individuais e fundamentais, que, em tese, protegem a pessoa humana do arbítrio estatal, observa-se um contexto de notório e nefasto retrocesso.

O professor adjunto de Direito Financeiro da UERJ, Ricardo Lodi Ribeiro, traz uma visão bastante esclarecedora sobre esse incongruente panorama:

A criminalização do contribuinte que cumpre todas as obrigações acessórias, **mas deixa de recolher o tributo próprio é, em plena sociedade de risco, tentar fazer com que a Fazenda Pública se imunize dos riscos** das vicissitudes das atividades econômicas a que todos os agentes sociais estão submetidos, com o sacrifício da liberdade individual do gestor tributário. **Em tempos de punitivismo descontrolado e seletivo, a violação das liberdades pessoais em nome de uma maior garantia do crédito tributário dos estados é incompatível com o Estado Social e Democrático de Direito.** (RIBEIRO, 2018)

A ideia de razoabilidade na valoração e aplicação das normas e princípios têm simplesmente sido ignorada, de modo que o mencionado retrocesso alcança patamares que evidenciam uma verdadeira ruptura com o sistema vigente, sendo possível, inclusive, traçar um paralelo com um momento histórico marcada por uma cultura jurídica de retaliação, de reciprocidade entre o crime e a pena, e de evidente desproporcionalidade. Não é exagero dizer que as máximas que vêm sendo estabelecidas pelos operadores do direito se aproximam dos idos do ano de 1.780 a.c. e do primeiro código de leis escritas que a humanidade tem conhecimento – *o Código de Hamurabi e a sua Lei do Talião* -, **onde o homem pagava com seu corpo pelas suas dívidas.**

A retrograda filosofia de Machiavel, no sentido de que *“os fins justificam os meios”*, não pode vir a calhar em um Estado Social e Democrático de Direito, que tem como atribuição fim a preservação das liberdades individuais, com a devida proteção da dignidade da pessoa humana, que traz em seu âmago a concepção do homem pelo homem, e não o ‘homem objeto’, justamente como tem ocorrido na utilização da Lei 8.137/90, onde o indivíduo é tido como um mero “pagador”, sacrificando as suas garantias constitucionais, em nome da maior arrecadação tributária pelos entes estatais.

5. CONCEITO DE CRIME, NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO AO BEM JURIDICO TUTELADO PELA NORMA PENAL INCRIMINADORA E A TIPICIDADE – CORRETA CARACTERIZAÇÃO DO CRIME TRIBUTÁRIO

Restando esclarecida a atribuição do Direito Penal perante o ordenamento jurídico pátrio, bem como o contexto de criação da Lei 8.137/90 e a forma pela qual esse diploma vem sendo indiscriminadamente utilizado, cumpre promover uma análise teórica que permita a correta caracterização do crime tributário.

Neste compasso, urge a necessidade de primeiramente evidenciar o conceito de crime, o qual pode partir de diversas premissas, tendo notória ênfase na doutrina e na legislação o conceito formal, material e analítico. O primeiro se caracteriza pela necessidade da conduta se perfectibilizar com o tipo penal descrito, ou seja, é preciso uma perfeita subjunção entre o ato concreto e a norma sancionadora; Na concepção de crime material, sobressai imperioso um *plus*, pois a conduta precisa ocasionar uma lesão significativa ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora; Por fim, sob a ótica analítica, o crime é constituído a partir da existência de seus elementos.

Vale frisar que são inúmeras as correntes que buscam estruturar o crime, que pode ser divididos em dois (fato típico e antijuridicidade), três (fato típico, antijuridicidade e culpabilidade); quatro (fato típico, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade) ou até cinco (conduta, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade) elementos.

Na presente abordagem, o intento é fazer uma conjugação entre o conceito material de crime e o elemento analítico da tipicidade – *ou subespécie do fato típico* -, a fim de revelar a impropriedade do mecanismo de imputações penais levianas trazido no tópico anterior.

Neste toar, vale, de logo, colacionar a lição de MIRABETE, que evidencia a incompletude do conceito formal de crime, quando analisado isoladamente. Observe-se:

Sob o aspecto formal, podem-se citar os seguintes conceitos de crime: ‘Crime é o fato humano contrário à lei’ (Carmignani);

‘Crime é qualquer ação legalmente punível’; ‘Crime é toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça de pena; ‘Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena’. Essas definições, entretanto, alcançam apenas um dos aspectos do fenômeno criminal, o mais aparente, que é a contradição do fato a uma norma de direito, ou seja, sua ilegalidade como fato contrário à norma penal. **Não penetram, contudo, em sua essência, em seu conteúdo, em sua matéria.** (MIRABETE, 2001)

Por isso, exsurge latente o conceito material, tão bem definido na citação abaixo transcrita:

O mais difundido conceito material de crime é o que o enfoca como fato ofensivo (grave) desvalioso a bens jurídicos muito relevantes. Ele realça seu aspecto danoso (sua danosidade social) e o descreve como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. **Crime, portanto, seria, o fato humano lesivo ou perigoso (ofensivo) a um interesse relevante** (GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; CUNHA, Rogério Sanches, 2009)

No que se refere a tipicidade, inobstante seja geralmente alçada a uma subespécie do elemento “fato típico”, não se deve confundir *tipo* e *tipicidade*.

O tipo tem um viés eminentemente descritivo, estando ligado a individualização e conceituação das condutas. Já a tipicidade é o juízo de valor que se procede acerca da conduta, a fim de verificar se a mesma se adéqua ao tipo penal individualmente descrito. Ou seja, é a justaposição da conduta praticada no meio físico à letra fria da lei.

Entretanto esse conceito ainda resta incipiente, pois além desse aspecto meramente formal, a tipicidade possui um viés material, e é aí que sobressai ainda mais latente a sua importância, pois não basta essa mera subjunção da conduta ao tipo penal, é necessário que o ato tenha repercussão suficiente a ensejar a aplicação da norma.

Ou seja, é preciso que haja uma real lesividade ao bem jurídico tutelado pelo delito, o chamado “*risco jurídico relevante*”, como bem assevera Áurea Maria Ferraz de Sousa:

A tipicidade material, por sua vez, exige duas valorações: (a) da conduta e (b) do resultado jurídico. Conduta materialmente típica é a que cria (ou incrementa) um risco proibido relevante. Resultado jurídico materialmente típico é o concreto, **transcendental, grave, intolerável**, objetivamente imputável ao risco criado e que esteja no âmbito de proteção da norma. (SOUSA, 2011)

Trazendo essa conjuntura para a discussão constante do presente artigo, o fato é que a legislação tributária propriamente dita tem como uma de suas principais atribuições a promoção da **arrecadação tributária**, sendo justamente esse o bem jurídico tutelado pela Lei 8.137/90, em que pese existam discussões muito consistentes na doutrina, no sentido de que a tutela penal da legislação em comento seria o patrimônio, ou o erário público, ou, para alguns estudiosos, a ordem tributária como um todo.

Abstraindo-se, nesse momento, dessa discussão, o fato é que existe inegável similitude entre os ilícitos tributários propriamente ditos e os tipos penais descritos na Lei dos Crimes Contra Ordem Tributária. O que verdadeiramente diferencia esses diplomas é o grau de ofensa causado ao bem jurídico, a partir da análise da conduta praticada no caso concreto.

Noutras palavras, é preciso que o ato cause um dano que extrapole o albergue da legislação tributária, de modo que a intervenção do Direito Penal torne-se imprescindível. Esse “*algo mais*” que exige a tipificação penal é consubstanciado na prática de condutas que evidenciem uma **atitude fraudulenta**, e não o mero descumprimento da legislação tributária.

É preciso o engodo, o ardid, o ocultamento, a omissão, a supressão, enfim, é necessário que subsista a manifesta vontade de sonegar o tributo, no afã de se beneficiar em detrimento do fisco. É nesse momento que a tipicidade torna-se fundamental, pois

além da incontroversa presença do elemento subjetivo (dolo), consubstanciado na consciência do agente estar enganando a fiscalização tributária, a conduta necessita ter a conotação apta a demonstrar essa manobra fraudulenta.

Do contrário, e como já dito, o ilícito tributário fica em “*pé de igualdade*” com o delito penal, que obviamente possui requisitos muito mais profundos, sobretudo quando se observa a maior gravidade das sanções impostas.

É em razão de toda essa linha de raciocínio, que verifica-se a teratologia do mero inadimplemento ser caracterizado como crime tributário, valendo destacar que, além de ferir frontalmente as premissas princiológicas e conceituais do Direito Penal, esse entendimento vai na via inversa do que preconiza o artigo 5º, LXVII da Constituição Federal, o artigo 7º, parágrafo 7º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San Jose da Costa Rica, que foi internalizado pelo Decreto Legislativo 27/92 e pelo Decreto 678/92 com o caráter supralegal (STF, RE 349.703/RS), além do já citado art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Sobre o tema, Cesar Bitencourt sintetiza com maestria:

A demonstração da existência do dolo, **com a constatação de que houve fraude, é imprescindível, porque o mero inadimplemento da obrigação fiscal não é crime, mas somente um ilícito tributário.** Entendimento contrário implica confundir mero inadimplente com sonegador, inadmissível na seara de Direito Penal da culpabilidade. (BITENCOURT, 2013)

E para arrematar, vale mais uma vez beber da fonte de Hugo de Brito Machado:

Os atos de descumprimento de leis tributárias continuam ensejando as sanções administrativas - as multas. **E ensejam também sanções penais quando não constituam puro e simples inadimplemento da obrigação principal, vale dizer, quando não signifiquem simplesmente o não pagamento do tributo, sem qualquer prática tendente a ocultar ou retardar a exteriorização de seu fato gerador.**

6. ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E O PARADIGMÁTICO HABEAS CORPUS 399.109/SC DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, JULGADO NO ÚLTIMO MÊS DE AGOSTO DE 2018

O tema relativo à aplicação dos crimes contra ordem tributária sempre foi alvo de intensos debates entre os operadores do direito. Muitos, inclusive, entendem pela inconstitucionalidade desse dispositivo, ante o seu caráter inequivocamente coercitivo, que não se aduna as premissas do Direito Penal, sobretudo quando se vislumbra a sua principal causa de extinção da punibilidade, notadamente o pagamento do tributo, que inclusive poderá ocorrer em qualquer momento da persecução penal.

Em razão dessa conjuntura, parcela louvável da doutrina entende que a penalidade imposta pelo dispositivo afigura-se ilegal, pois em seu âmago mais profundo evidenciaria uma tentativa de prisão por dívida, que é absolutamente vedada no ordenamento vigente, salvo na excepcionalíssima hipótese de prisão civil decorrente de dívida alimentar.

Entretanto, em recente julgado, a Corte Guardiã da legislação constitucional refutou essa tese, no bojo do ARE 999.425, com Repercussão Geral. Note-se a respectiva ementa do julgado (*grifos nossos*):

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.ⁱⁱⁱ**

No nosso sentir o supracitado posicionamento revela-se correto, pois a análise fria da norma não evidencia a alegada inconstitucionalidade. Contudo, é inegável que a interpretação que vem sendo dada pela jurisprudência brasileira a Lei 8.137/90 está

acabando por cancelar essa linha de pensamento que se afluou desde a promulgação do diploma.

Isso porque, conforme já dito em linhas alhures, vem ganhando contundente força a concepção de que o mero inadimplemento é elemento apto a caracterização do crime tributário, tendo o Supremo Tribunal Federal (STF) perdido uma grande oportunidade de se manifestar mais minuciosamente sobre o tema, estabelecendo parâmetros mais concretos para aplicação da lei dos crimes contra ordem tributária, visando possibilitar uma maior segurança jurídica.

O fato é, se antes os Tribunais Pátrios se posicionavam de forma amplamente majoritária, no sentido de rechaçar preliminarmente denúncias alicerçadas na simples ausência recolhimento do tributo, hoje, o que se observa, é a existência de interpretações verdadeiramente ilógicas da Lei 8.137/90, no afã de possibilitar a deflagração dessas Ações Penais.

A premissa que sempre vigorou foi no sentido de atestar que “*o delito de sonegação fiscal pressupõe o emprego de fraude como meio de reduzir ou suprimir tributos*” (TRF 4, ACR 50088913320114047002), ou, indo mais além, ao constatar que “*o direito penal é a ultima ratio para que o estado mantenha sua autoridade, não podendo servir como instrumento para cobrança de tributos*” (TJ-DF - APR: 884827120088070001).

Em que pese sempre tenha existido decisões em sentido contrário, esse posicionamento vinha prevalecendo, especialmente nas cortes superiores. Vale rememorar, inclusive, que no final do ano de 2017, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do Ministro Jorge Mussi, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.138.189, ratificou os seus precedentes anteriores, decidindo que o contribuinte que declara o ICMS, todavia deixa de repassar os valores devidos aos cofres públicos, não comete crime contra a ordem tributária.

Todavia, diante da controvérsia que pairava sobre a questão, sobretudo em razão dos recentes julgados que vinham sendo proferidos pela Sexta Turma do Superior

Tribunal de Justiça (STJ), o tema foi alvo de afetação pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, no bojo do **Habeas Corpus nº 399.109/SC**, o qual foi julgado no último mês de agosto de 2018, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), reconhecendo que, inobstante a devida declaração fiscal do tributo, o mero inadimplemento é circunstância apta a caracterização do denominado crime de “*apropriação indébita tributária*”, **sendo um verdadeiro marco desse retrocesso jurisprudencial.**

Para ilustrar essa triste conjuntura, veja-se a ementa do paradigmático julgado (*grifos nossos*):

HABEAS CORPUS. **NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS POR MESES SEGUIDOS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO PELO RÉU DO IMPOSTO DEVIDO EM GUIAS PRÓPRIAS. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. TERMOS "DESCONTADO E COBRADO". ABRANGÊNCIA. TRIBUTOS DIRETOS EM QUE HÁ RESPONSABILIDADE POR SUBSTITUIÇÃO E TRIBUTOS INDIRETOS. ORDEM DENEGADA.** 1. Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária - tal qual se dá com a apropriação indébita em geral - **o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade.**

2. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, **para sua configuração**, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) **de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade**, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial. 3. A descrição típica do crime de apropriação indébita tributária contém a expressão "descontado ou cobrado", o que, indiscutivelmente, restringe a abrangência do sujeito ativo do delito, porquanto nem todo sujeito passivo de obrigação tributária que deixa de recolher tributo ou contribuição social

responde pelo crime do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, mas somente aqueles que "descontam" ou "cobram" o tributo ou contribuição. 4. A interpretação consentânea com a dogmática penal do termo "descontado" é a de que ele se refere aos tributos diretos quando há responsabilidade tributária por substituição, enquanto o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito. 5. É inviável a absolvição sumária pelo crime de apropriação indébita tributária, sob o fundamento de que o não recolhimento do ICMS em operações próprias é atípico, notadamente quando a denúncia descreve fato que contém a necessária adequação típica e não há excludentes de ilicitude, como ocorreu no caso. **Eventual dúvida quanto ao dolo de se apropriar há que ser esclarecida com a instrução criminal.** 6. Habeas corpus denegado.^{iv}

Note-se que a decisão consignou expressamente que *“o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer nenhuma influência na prática do delito”*, bastando a mera ausência de recolhimento do tributo, independentemente da motivação.

Contrariando esses absortos fundamentos, veja-se os principais excertos do corajoso, técnico e abalizado voto vencido da Ministra Maria Thereza de Assis Moura (*grifos nossos*):

(...) O comerciante que não recolhe o ICMS, dentro dos prazos que a lei lhe assinala, não comete delito algum. Muito menos o capitulado no art. 2º, II, da Lei nº 8.137/90.

De fato, ele não está deixando de recolher, no prazo legal, tributo descontado de terceiro. O tributo é devido por ele (em nome próprio). **Ele está, simplesmente, incidindo em inadimplemento. Inadimplemento que poderá acarretar-lhe o dever de pagar, além do tributo, a multa, os juros e a correção monetária. A Fazenda Pública, neste caso, poderá - e,**

ousamos dizer, deverá - executá-lo, nos termos da Lei nº 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais).

Mas apenas isso. Nunca esse inadimplemento poderá conduzi-lo a uma condenação criminal. Por quê? Porque sua conduta não é típica. E, sem tipicidade, não pode haver crime, nem muito menos condenação criminal.

De todo o exposto resulta que o comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, deixa de recolher o tributo, não pratica apropriação indébita tributária porque o consumidor não é contribuinte do ICMS.

Demais disso, tampouco incorre em sonegação fiscal o comerciante que deixa de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS referente às operações próprias, se estas foram corretamente declaradas em DIME, sem qualquer notícia de fraude, omissão ou prestação de informações falsas às autoridades fazendárias.

O mencionado voto, *per si*, refuta a inconcebível interpretação dada pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao caso concreto. O julgado consignou uma lamentável conclusão, pois verdadeiramente criminalizou a conduta do indivíduo que apenas deixou de promover o pagamento do tributo, não tendo cometido qualquer ato ilícito, quiçá de repercussão penal, na medida em que efetuou a devida declaração fiscal.

Mas o julgado vai ainda mais longe ao consignar que, mesmo estando o tributo escriturado, o dolo “há que ser esclarecido com a instrução criminal”. Pergunta-se: Dolo de que? De deixar de promover o pagamento do tributo?

Essas perguntas, por enquanto, seguirão sem resposta, cumprindo apenas enfatizar o assombroso cenário de insegurança jurídica que tal decisão impõe, pois não se pode negar o alcance que tal entendimento possibilitará, tanto mais quando chancela essa atividade coercitiva do Estado, que se utiliza da seara penal como um indevido instrumento para promover arrecadação tributária de forma subsidiária, ensejando, portanto, a notória e combatida subversão da Lei 8.137/90.

Abriu-se mais um clarão nesse momento histórico de negativa dos pilares constitucionais e de veementes arbitrariedades. Aguardemos os próximos – e *preocupantes* – capítulos.

7. CONCLUSÃO

A partir de todas as premissas estabelecidas no presente estudo, e inobstante a já declarada constitucionalidade da Lei 8.137/90, é inegável o contexto de flagrante insegurança jurídica, sobretudo após a recente decisão proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Habeas Corpus 399.109/SC.

Tal entendimento, infelizmente, acabou por chancelar esse cenário de subversão dos crimes tributários, a partir de uma interpretação absolutamente teratológica da Lei 8.137/90, em que se iguala o ilícito tributário ao ilícito penal, em um notório atentado aos princípios basilares que norteiam essa seara jurídica, especialmente a concepção de *ultima ratio*.

Como se não bastasse, exsurge uma latente violação ao mecanismo de imputação penal, pois nega-se vigência aos elementos fundamentais que compõem o conceito de crime, especialmente a tipicidade, pois é fato que o delito tributário não deve ser caracterizado sem a existência de condutas que importem em fraude, simulação, engodo, supressão, dentre outros atos que tornem evidente o *animus* (dolo) de enganar a fiscalização tributária.

Ora, se o indivíduo declara o imposto e não promove o devido pagamento, existem as searas cabíveis aptas a promover a cobrança do tributo, não podendo o Direto Penal ser utilizado para tal finalidade, sob pena de deslegitimar a própria natureza interventiva dessa seara do direito, que somente se justifica nas situações mais extremas, quando outros campos jurídicos não podem albergar determinada conduta.

Como dito, o cenário é extremamente preocupante, não se sabendo ao certo as (nefastas) consequências que o novel posicionamento do STJ trará. O que não prescinde de qualquer resquício de dúvida, é a patente necessidade de uma atividade prática e teórica de massivo combate a essa inconcebível interpretação da Lei 8.137/90.

Em tempos tão sombrios das ciências criminais, onde as garantias individuais são constantemente surrupiadas e as exceções têm deploravelmente se tornado a regra, é necessário reverberar as barreiras legais e principiológicas que alicerçam essa seara jurídica, a fim de promover um verdadeiro freio a atividade que vem sendo desenvolvida pelos mecanismos de acusação e, infelizmente, chancelada por parte relevante da jurisprudência pátria.

Só assim, poderá ser reestabelecida as forças motrizes da conquista mais histórica da sociedade brasileira: **O Estado Democrático de Direito**

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. E-Book. São Paulo: Saraiva, 2013

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALMON, Sacha. Fiscos Vorazes no Brasil. Disponível em: <http://blogdosacha.com.br/coluna-opinioao/fiscos-vorazes-no-brasil/>. Acesso em 27 de Abril de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, vol 1, parte geral: (arts. 1º ao 120)**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antônio García-Pablos de; CUNHA, Rogério Sanches. **Direito Penal: parte geral, 2 ed.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

HARADA, Kiyoshi. FILHO, Leonardo Musumecchi. POLIDO, Gustavo Moreno. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito (coordenador). **Sanções penais tributárias**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários – ICET, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros. 2006

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, 17 ed.**, São Paulo: Atlas, 2001

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23. Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **Criminalizando o "devo, não nego, pago quando puder"**. Disponível em: <https://www.amodireito.com.br/2018/09/direito-oab-concursos-devo-pago-puder.html?m=1>. Acesso em 28/09/2018.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal como ultima ratio**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/990749/direito-penal-como-ultima-ratio>. Acesso em 28/09/2018

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 2016

_____, Lei 8.137/90, de 27 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm. Acessado em 27 de Abril de 2018.

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 1.138.189-GO (2017/0175341-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=78809848&num_registro=201701753417&data=20171219&tipo=51&formato=PDF Acessado em 27 de Abril de 2018.

Agravo em Recurso Extraordinário nº 999.425/SC. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12576805>

Habeas Corpus nº 399109/SC (2017/0106798-0). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201701067980

ⁱⁱ Édson Luís Baldan, *Fundamentos do Direito Penal Econômico*, Curitiba, Juruá, 2008, pp. 129-30.

ⁱⁱ <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8137-27-dezembro-1990-367271-exposicaodemotivos-149643-pl.html>

ⁱⁱⁱ 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.

^{iv} STJ - HC: 399109 SC 2017/0106798-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 22/08/2018, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/08/2018.

**CRIMINAL COMPLIANCE E OS DESAFIOS DO DIREITO PENAL
EMPRESARIAL: OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE À LUZ DOS
PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO DO ARTIGO 42, DO DECRETO Nº
8.420/15**

*CRIMINAL COMPLIANCE AND THE CHALLENGES OF CORPORATE
CRIMINAL LAW: THE INTEGRITY PROGRAMS IN THE LIGHT OF THE
PARAMETERS OF EVALUATION OF THE ARTICLE 42, DECREE Nº 8.420/15*

Gabriel Soares Ribeiro Lopes

Pós-graduando em Ciências Criminais, na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Pós-graduando em Direito Penal Econômico pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCrim – FDUC/IBCCrim. Pós-graduando em Compliance pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em parceria com o IBCCrim – FDUC/IBCCrim. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Advogado. gabrielsrl@outlook.com

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de discutir a aplicação do Direito Penal Empresarial aos Mecanismos de Autorregulação nas Empresas com a elaboração de programas de Compliance. Em relação a isso, citam-se os parâmetros de avaliação do artigo 42, do Decreto nº 8.420/15, que regulamenta a Lei nº 12.846/13 – dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil no âmbito das pessoas jurídicas, pela prática de atos contra a administração pública. Os parâmetros de avaliação trazidos no artigo citado propõem os instrumentos pertinentes para a correta aplicação de programas de integridade dentro das pessoas jurídicas. Questiona-se, nesta pesquisa, a efetividade de alguns desses parâmetros, formulados em 2015, no combate às irregularidades éticas no âmbito empresarial. Pretende-se, portanto, analisar a compatibilização do artigo 42 com seus incisos, e os modernos programas de integridade das empresas, com base na atual teoria do Direito Penal Empresarial. Dentre os resultados do estudo, percebeu-se tais parâmetros de avaliação como principais instrumentos no combate às atitudes antiéticas dentro das empresas. Para tanto, foi utilizado o método de leitura bibliográfica entre textos nacionais e estrangeiros, de direito comparado.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. *Compliance*. Parâmetros de Avaliação. Programas de Integridade. Responsabilidade Jurídica.

Abstract: The purpose of this article is to discuss the application of Corporate Criminal Law to Self - Regulation Mechanisms in Companies with the elaboration of Compliance programs. Regarding this is important to mention the evaluation parameters of article 42 of the Decree nº. 8.420/15, which regulates Law nº. 12.846/13 – provides the administrative and civil responsibility of the legal entities for the practice of acts against the public administration. The evaluation parameters brought in the article proposes the pertinent instruments for the correct application of integrity programs within the legal entities. In this research, is questioned the effectiveness of some of these parameters, formulated in 2015, in the intent to avoid ethical irregularities in the business area. The aim of these studies is to analyze the compatibility of Article 42 with its clauses and with modern corporate integrity programs, based on the current theory of Corporate Criminal Law. Among the results of the study, these evaluation parameters were perceived as the main instruments to avoid unethical attitudes within companies. Therefore, it was used the method of bibliographical reading comparing national and foreign texts of comparative law.

Keywords: Economic Criminal Law. Compliance. Evaluation Parameters. Integrity Programs. Legal Responsibility.

INTRODUÇÃO

O Compliance, que tem origem no termo em inglês *to comply with* – traduzindo literalmente para o português significa “cumprir com” – é um instrumento preventivo que incentiva a aplicação e a criação de Códigos de Ética, Disciplina e Conduta nas empresas, e tem o objetivo de incentivar as denúncias de possíveis irregularidades presentes dentro da atividade empresarial.

A criação de programas de integridade dentro das empresas também é uma característica da autovigilância. É a forma utilizada pela empresa para vigiar a atuação do seus subordinados para que sigam as condutas éticas dentro da empresa. Além disso, também se pode falar de medidas positivas no treinamento ético dos empregados com o objetivo de incentivar a prática de condutas lícitas na atividade empresarial (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 237).

O programa de compliance é um importante meio de evitar a incidência de sanções penais e de resguardar o tratamento ético das pessoas jurídicas em sua atividade diária, trabalhando o comportamento dos funcionários das empresas, a fim de evitar a responsabilização pelo cometimento de ilícitos. Também conhecido como Programa de Integridade, o *compliance* é, portanto, um instrumento de controle existente dentro da pessoa jurídica que tem o objetivo de prevenir a prática de ilícitos que podem ocorrer durante a sua atividade diária (DIPP; CASTILHO, 2016, p. 177).

O objeto do presente estudo é o teor do artigo 42 do decreto acima citado, do qual se destacam dois exemplos de utilização da ética nos programas de integridade adotados dentro da empresa: os incisos II e III. Consoante a leitura dos incisos, a utilização de códigos de ética e padrões de conduta está declarada expressamente no decreto e demonstra a importância da criação desse instrumento no interior da empresa. Assim, demonstra-se a necessidade de criação, pelas pessoas jurídicas, de instrumentos de controle interno, que tenham como prioridade as condutas éticas.

Além desses dois exemplos, vale observar outros pontos importantes trazidos pelo dispositivo em comento. Entre eles, cita-se o comprometimento das pessoas que ocupam os cargos mais altos das empresas, como o CEO, de adotarem de forma rígida as condutas éticas e legais nos programas de integridade das pessoas jurídicas. Este tema está consolidado expressamente no inciso I. Trata-se este ponto de um conceito muito utilizado no *compliance* conhecido como *tone from the top*, que traduzindo livremente para o português significa “o exemplo que vem de cima”, e será tratado no decorrer do presente estudo.

O exemplo deve ser exercido nas atividades diárias das empresas, como na interação dos diretores na formação continuada nos treinamentos dos empregados e na sanção efetiva das pessoas que exercem altos cargos, para demonstrar a todos que o programa de integridade requer a participação de todos os cargos da empresa – seja do cargo hierarquicamente inferior até o diretor executivo – e podem atingir de forma sancionatória qualquer pessoa que cometa uma atitude antiética. Tanto o treinamento continuado dos funcionários da empresa, como as sanções disciplinares existentes nos programas de integridade para eventuais condutas antiéticas são parâmetros de avaliação existentes respectivamente nos incisos IV e XI, e serão minuciosamente trabalhados no decorrer do presente artigo.

Outro tema utilizado como parâmetro de avaliação e que será objeto de estudo também neste artigo é o inciso XV com o monitoramento dos programas de compliance realizado pela própria empresa. Esta deve reciclar e aperfeiçoar as medidas adotadas nos programas de integridade para se adequar ao que existir de mais moderno em condutas de prevenção de atividades que violem a ética e a legalidade.

Ainda, também devem ser levados em consideração o porte e a especificidade de cada empresa, conforme disposto no § 1º do dispositivo citado, que expressamente coloca um rol exemplificativo de pontos que são levados em consideração.

Ademais, lembra-se que os programas de integridade devem ter o objetivo de serem efetivos, e isso será levado em consideração para a avaliação em relação ao ato lesivo, que será objeto de investigação, nos termos do § 2º, do artigo ora estudado. Desse modo, ainda no § 2º, o programa de compliance tem a finalidade de evitar a prática de atos ilícitos e antiéticos, mas quando não se consegue evitar, tenta-se ao menos conseguir identificar de onde surgiu o ato ilícito e os autores deles, pois ao atribuir a responsabilidade a alguma pessoa certa e determinada, a empresa será beneficiada pela efetividade do programa de integridade instituído (DIPP; CASTILHO, 2016, p. 182).

Salienta-se que o presente estudo também demonstrará a exigência dos parâmetros de avaliação presentes no rol do artigo 42 acima citado, nas atividades diárias exercidas pelas Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte e a relação com o § 3º, que expressamente relata a necessidade de diminuição de formalidades na utilização desses parâmetros pelos enquadramentos dos empresários acima relatados. Conforme o teor do § 5º, do artigo 42, poderá ocorrer a redução dos parâmetros de avaliação para essas categorias de empresas de que trata o § 3º, por regulamentação conjunta dos Ministros de Estado Chefe da Secretaria da Micro e Pequena Empresa e da Controladoria-geral da União.

Sobre o § 4º do artigo em debate, que também será objeto de debate, o Ministro Chefe da Controladoria-geral da União poderá expedir orientações, normas e procedimentos relacionados à avaliação dos programas de integridade adotados pelas empresas. Ainda a esse respeito, lembra-se que a CGU editou a Portaria nº 909/15 que trata da avaliação dos programas de compliance das pessoas jurídicas.

Pretende-se, portanto, neste artigo, analisar a compatibilização entre o artigo 42, e os seus incisos, e os modernos programas de integridade das empresas, com base na atual teoria do Direito Penal Empresarial.

2 CRIMINAL COMPLIANCE, DIREITO PENAL EMPRESARIAL E A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS

O tratamento ético realizado nas atividades da empresa tem papel preponderante no debate existente dentro do *criminal compliance*. A globalização causa profundas mudanças na sociedade, a qual está em processo de evolução nas suas características e tem a ética como parte integrante desse processo. Neste sentido, a sociedade deve se adaptar às novidades trazidas pelas demandas éticas mais recentes dentro da atividade empresarial (SANTOS, 2015, p, 7). Essas novas exigências sociais exigem que as empresas se adequem aos limites da ética e da legalidade, sob pena de se verem fora da realidade.

O exemplo é a utilização de Códigos de Ética e de Conduta, que devem ser seguidos por todos os funcionários da empresa. As empresas devem ser regidas pelo princípio da confiança entre os empregados, seja qual for a sua função. Este princípio é fundamental para a efetivação do compliance. Significa que a introdução de um programa de integridade dentro do âmbito empresarial retira das relações estabelecidas diariamente o princípio da desconfiança e o transforma em uma confiança concreta na empresa (SILVA SÁNCHEZ, 2016, p. 240).

Sobre a responsabilidade da pessoa jurídica pelos atos praticados e a relação com o direito penal empresarial vale lembrar da figura do *compliance officer*. Trata-se da pessoa que tem a função na empresa de cumprir o programa de integridade. Cabe a ele observar as possíveis irregularidades e os graves riscos existentes e transmitir a informação para os órgãos competentes dentro da empresa para tomar as atitudes cabíveis na situação. Chama-se o *compliance officer* de competente primário. Assim, ele não possui a responsabilidade de garantir que o programa de compliance seja efetivamente realizado, nem mesmo que seja gerada um atributo de garantia do cumprimento desses programas, mas é a pessoa que institui o bom comportamento (ROBLES PLANAS, 2013, p. 324).

A ética corporativa se faz presente cada vez mais no cotidiano das empresas, razão pela qual o Decreto nº 8.420/15 se preocupou em abarcar a matéria. Nesse sentido, ele regulamenta a Lei nº 12.846/13, a qual surgiu de variados compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater a corrupção, como a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, promulgada pelo Decreto nº 3.678/2000.

O Decreto nº 8.420/15 traz a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública. A partir disso, diversos pontos relacionados aos programas de integridade foram adotados no ordenamento jurídico brasileiro, entre os quais se destacam a realização de auditorias e a aplicação de códigos de ética e de conduta. Estes códigos devem ter caráter preventivo e evitar a prática de condutas

antiéticas, bem como fixar medidas sancionatórias que punam eventuais comportamentos em contrário.

A seguir, comenta-se em tópicos cada inciso do artigo 42.

3 OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE E OS PARÂMETROS DE AVALIAÇÃO DO ARTIGO 42 DO DECRETO Nº 8.420/15

3.1 Comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa

A Lei nº 12.846/13, que trata da responsabilização objetiva da pessoa jurídica privada, ou que exercer atividade privada na seara pública, no âmbito civil e administrativo por atos ilícitos praticados contra a administração pública, foi regulamentada, em 2015, pelo Decreto nº 8.420/15. O decreto, na ementa, declara a responsabilização apenas no aspecto dos ilícitos administrativos e no Capítulo I trata especificamente do processo administrativo que poderá responsabilizar a empresas por esses atos, o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR.

Para disciplinar a responsabilidade jurídico-administrativa, o decreto dispôs, no Capítulo IV, a partir do artigo 41, sobre os Programas de Integridade nas Empresas. Tratam-se de instrumentos de controle interno da atividade empresarial, que tem o objetivo de prevenir a prática de atos ilícitos dentro da empresa (DIPP;CASTILHO, 2016, p.177).

Os programas de integridade são compostos de mecanismos típicos da atividade empresarial, como as auditorias com canais de denúncias, que buscam descobrir possíveis irregularidades cometidas pelas pessoas jurídicas contra a administração pública. Para serem avaliados e julgados quanto à sua efetiva aplicação, o decreto citado dispôs nos incisos do artigo 42 de alguns parâmetros de avaliação importantes para serem adotados pelas pessoas jurídicas.

O inciso I trata expressamente da necessidade de participação comprometida dos altos cargos da pessoa jurídica nos programas de integridade. O dispositivo traz

expressamente o dever da empresa de estabelecer um *Compliance Culture*, no qual todos os cargos da empresa, do mais alto até os mais baixos, devem seguir uma cultura de integridade e respeito às normas éticas e ao ordenamento jurídico vigente, e que são exigidas para o efetivo funcionamento do programa.

O exemplo de conduta ética e de apoio às condutas ilibadas dentro da empresa deve partir, primeiramente, dos altos executivos ou *CEO*, que devem transmitir o exemplo aos demais funcionários. Deste modo, a demonstração de respeito as normas deve partir de cima. Sobre isso, a doutrina se refere ao comprometimento da alta direção da pessoa jurídica nos programas de integridade como *tone from the top*, ou seja, o exemplo vem de cima (ALBUQUERQUE, 2018, p. 111).

3.2 Padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos

As empresas devem gerir os códigos de ética e de conduta e os programas de integridade dentro da empresa de forma a atingir as metas colocadas. Para isso os programas de *compliance* devem ser aplicados a todos os empregados da empresa, independente do cargo que ocupe e da função que exerça no âmbito da atividade empresarial. Este inciso retoma o que foi estudado no inciso anterior e a utilização do exemplo que vem de cima por parte das pessoas que ocupam cargos altos, como os diretores e os executivos da empresa.

A cultura de compliance, para ser efetivamente exercida na empresa, deve ter como exemplo a utilização dessas normas pelas pessoas que exercem os maiores cargos. Não adianta ter um código de ética e conduta consolidado e com normas importantes se não for seguido pelo alto comando da empresa. Os códigos de ética devem possuir separadamente o que cada cargo na empresa deve fazer para cumprir os seus objetivos. É indispensável, então, que tenham nesses códigos uma parte relativa à prática de condutas íntegras por parte das pessoas que exerçam os cargos mais elevados na empresa.

Diariamente, os empregados que estão em cargos mais baixos na empresa devem olhar para os diretores e executivos como exemplos a serem seguidos de ética e honestidade. Ao verem, no interior da atividade empresarial desenvolvida, a prática de condutas éticas e honestas, e o estrito cumprimento dos programas de integridade estabelecidos, os empregados, em qualquer função na empresa, vão passar a seguir as normas por perceberem que estão consolidadas no âmbito laboral.

Ao contrário, caso o restante dos empregados observarem que os diretores não estão cumprindo o que foi disposto no programa e atuar de maneira contrária ao preestabelecido nos códigos de ética e conduta empresarial, o programa de *compliance* não seria efetivo e não haveria razão para ele ser feito. O ideal é que as primeiras pessoas a cumprirem as normas de condutas sejam os diretores e os executivos da empresa, e, assim, levar o exemplo do *tone from de top* para o restantes dos empregados que exercem diariamente suas respectivas funções.

O inciso em comento tem relações com o que foi estudado no inciso anterior. O decreto, teve o objetivo de esclarecer ainda mais a necessidade de participação dos diretores nas condutas éticas adotadas dentro da empresa. Para além dos conselhos de administração, todos devem cumprir com as normas estabelecidas em códigos de ética e conduta. Por isso, o objetivo da criação dos incisos I e II já estaria estabelecido com a consolidação do inciso I.

3.3 Padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados

A relação comercial e de trabalho entre as empresas e terceiros ocorre diariamente no âmbito da atividade empresarial. Os terceiros são todos aqueles que possuem uma relação comercial com a empresa, seja fornecendo produtos, seja prestando algum serviço em nome da empresa, mas não fazem parte do quadro de empregados. As ações praticadas pelos terceiros são importantes no âmbito da

empresa, sobretudo em relação à sua possível responsabilidade em virtude da possível prática de atos ilícitos.

Atualmente, nada é mais moderno do que falar em fiscalização das atividades exercidas pelos terceiros contratados pela empresa. As empresas devem evitar os riscos existentes na contratação e na relação com os terceiros, bem como os danos à sua reputação que poderão ser ocasionados por práticas ilícitas das pessoas estranhas à empresa.

A relação com os terceiros tem se expandido no mercado globalizado em virtude da facilitação do acesso e da diminuição de custos financeiros. No entanto, esse crescimento deve vir acompanhado também do aumento das precauções das empresas, pois não se deve contratar com qualquer ente estranho sem, ao menos, haver um estudo da viabilidade e da existência de riscos por trás da atividade exercida. É aqui que os terceiros se destacam com as empresas ao ter um programa de compliance consolidado e efetivamente exercido. E não é só no momento da contratação, mas também durante a relação entre os dois entes. Para isso, as empresas devem investigar e treinar continuamente os terceiros da mesma forma que faz com os empregados da empresa (DOYLE, 2011, p. 13-14).

Sobre o tema abordado, alguns pontos podem ser seguidos pela empresa no momento da contratação com terceiros, tais como: a) ter informações dos terceiros que a empresa trabalha e todos os dados referentes a eles; b) a avaliação dos riscos referentes à contratação de terceiros; c) a realização do procedimento de *due diligence* no momento da contratação de terceiros; d) documentar de forma escrita o procedimento de *due diligente*; e) a realização de um contrato entre a empresa e o terceiro explicitando tudo que foi acordado entre os dois; f) a colocação de um supervisor dentro da empresa para trabalhar com cada um dos terceiros contratados; e g) a sinalização de terceiros suspeitos com *red flags* (DOYLE, 2011, p. 5-12).

3.4 Treinamentos periódicos sobre o programa de integridade

A efetividade do programa de integridade dentro das pessoas jurídicas também tem relações com a educação e a conscientização dos membros da empresa acerca da existência de normas de conduta internas e externas e da importância de sua utilização no âmbito de trabalho. Para isso, deve-se fazer a comunicação e, depois, o treinamento de todos os membros da empresa para que sigam as diretrizes éticas e as normas estabelecidas pelos altos cargos da pessoa jurídica (ALBUQUERQUE, 2018, p.123).

Os treinamentos dos funcionários da empresa devem variar de acordo com o cargo e com as atribuições que cada um exerce. O exercício de funções diferentes requer um planejamento de treinos adaptado dentro da pessoa jurídica para, nas situações concretas, cada um ter conhecimento e instrumentos adequados para a solução das condutas que infringem as normas internas e externas.

De outra forma, a efetividade dos programas de integridade está relacionada com a possibilidade de participação direta dos funcionários nos treinamentos propondo as dificuldades e problemas de cumprimento dos programas, bem como os possíveis instrumentos que podem facilitar o entendimento pelos empregados da empresa. Por isso, nos treinamentos é importante que todos tenham a oportunidade de falar dos problemas e apontar soluções e que o aprendizado seja aberto a todos (NIETO MARTÍN, 2015, p. 162).

Além disso, não basta somente a disposição expressa em códigos de ética e de conduta na empresa. Os treinamentos e comunicações serão efetivos quando as empresas associam os próprios códigos à realidade diária existente dentro da empresa. Os empregados devem saber prevenir os riscos e não somente solucioná-los. Ao tomar conhecimento dos riscos que geram as condutas antiéticas, os funcionários terão a possibilidade de preveni-los no futuro.

A consolidação e os possíveis mecanismos de combate aos riscos existentes na atividade exercida são fatores primordiais no treinamento dos funcionários da empresa. Neste sentido, o treinamento deve ser realizado de maneira direcionada à

prevenção dos riscos, principalmente os que tem maior probabilidade de ocorrer na atividade principal da empresa. Sobre os riscos e a sua existência na atividade empresarial, vale observar o ponto seguinte do estudo.

3.5 Análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade

A análise de riscos é um dos fatores essenciais para a existência de um programa de integridade efetivo. Estes programas devem ser avaliados de maneira periódica com o objetivo de saber se estão cumprindo com todos os requisitos estabelecidos nas normas estabelecidas internamente e nas normas externas, evitando os riscos de condutas antiéticas à atividade empresarial. Os programas de integridade não devem ser feitos para serem utilizados uma única vez, e sim, devem ser produzidos para se incorporar e consolidar de forma contínua nas atividades da empresa com o objetivo de serem efetivamente utilizadas.

Os programas de compliance devem ser utilizados nas pessoas jurídicas e devem ser atualizados periodicamente para se adaptar as novas exigências éticas de normas internas e externas, e as possíveis mudanças na empresa.

Para além disso, a percepção dos riscos atinentes à atividade empresarial diária deve ser um fator preponderante para atestar a efetividade dos programas de integridade e a utilização do parâmetro de avaliação ora discutido. Fala-se aqui da função de *risk advisor*, traduzindo livremente para o português, consultor de risco. Este cargo dentro da empresa é importante, sobretudo, para o estudo do mercado ao qual a empresa está inserido. Informar os riscos que podem atingir a atividade empresarial é a ação inicial de possíveis acordos firmados pela empresa no futuro (SILVEIRA; DINIZ, 2016, p. 338).

Além disso, salienta-se a importância de realizar o chamado *Gap Analysis*, que é a análise de lacunas deixadas nos programas dentro da empresa para evitar os riscos futuros. Trata-se de relatar e identificar todos os possíveis riscos existentes na atividade empresarial de maneira organizada. Esta análise de riscos deve ser feita de

forma contínua, pois diariamente podem existir novos riscos que a empresa desconhecia e o agravamento de riscos já existentes e conhecidos no âmbito da pessoa jurídica. Não adianta fazer uma avaliação de riscos em um período. Os riscos mudam durante o passar dos anos e a atividade empresarial deve se resguardar destes atualizando sempre a análise das possíveis lacunas.

Para combater os riscos previsíveis, a empresa deve adotar nos programas de integridade medidas necessárias e eficazes para preveni-los. De outra forma, com a existências de possíveis riscos nos setores da empresa, caberá às empresas a colocação de pessoas adequadas para realizar as atividades propostas em cada setor específico da empresa e evitar os riscos conhecidos. A colocação de funcionários competentes e especializados em cada setor da empresa deve ser feita de maneira cuidadosa pelos mais altos cargos. Devem ser colocados funcionários de confiança para a realização do serviço pretendido, e, educa-los para a existências de futuros riscos e como eles podem fazer para evitar. Trata-se de um instrumento fundamental para a consolidação de uma Cultura de Compliance na empresa (COCA VILA, 2013, p. 58).

A análise prévia de riscos em uma empresa é fatos preponderante e fundamental para a efetividade de um programa de integridade. A existência de estudos sobre os possíveis riscos na atividade empresarial dá a empresa a possibilidade de propor instrumentos preventivos capazes de solucionar os problemas futuros. De outra forma, também dá a empresa a opção de perceber quais são os riscos mais importantes e ter a alternativa de solucionar estes antes dos demais (NIETO MARTÍN, 2015, p. 153).

3.6 Registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica

Os parâmetros de avaliação adotados no decorrer do artigo 42 mostram a variedade de mecanismos que devem ser adotados na empresa para consolidar o programa de integridade, e não é diferente com o parâmetro do inciso VI. Este parâmetro traz para o estudo dos programas de compliance o princípio da

documentação. Os registros contábeis devem ser documentados após a realização de auditorias externas que demonstrem as transações realizadas pela empresa.

A contabilidade dentro da empresa é essencial para prevenir a prática de ilícitos. Em virtude disso, as empresas devem adotar mecanismos que indiquem as informações transacionais presentes nas operações empresariais através de documentos contábeis, e, assim, visualizar a prática de condutas irregulares. As auditorias contábeis internas, portanto, exercem um papel fundamental na atividade empresarial, sobretudo no combate a fraudes e práticas de corrupção, e devem ser feitas de forma frequente, com espaços definidos de tempo (NIETO MARTÍN, 2015, p. 46).

Os registros contábeis servem como um instrumento adicional de descobrimento de práticas ilícitas na empresa, auxiliando o parâmetro de avaliação dos canais de denúncia no combate aos atos ilícitos que dificilmente são percebidos na atividade exercida diariamente pela empresa (ALBUQUERQUE, 2018, p. 122).

3.7 Controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica

Os controles internos são instrumentos essenciais para assegurar a eficácia dos programas de integridade dentro da empresa. Da mesma forma que o parâmetro estudado no inciso anterior, os controles internos servem para consolidar o princípio da documentação no *compliance*.

Estes controles devem servir para atestar a veracidade de informações constantes dos relatórios financeiros da empresa. Dessa forma, os lançamentos devem especificar todos os detalhes existentes na operação e não apenas informações genéricas. Esses dados devem mostrar a realidade da pessoa jurídica para que os controles internos se tornem efetivos. Assim, as auditorias internas feitas de forma frequente no âmbito empresarial servem para dar confiança aos relatórios, e devem ser aprovados por um órgão, que poderá ser, se existir, o Conselho Fiscal (TEIXEIRA, BATISTI, SALES, 2016, 85-86).

3.8 Procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões

Os instrumentos dispostos como parâmetros de avaliação para os programas de integridade também devem se relacionar com os processos licitatórios realizados pelas empresas e com os futuros contratos administrativos firmados. Na licitação podem ocorrer fraudes que devem ser combatidas e investigadas pelos programas de *compliance*, e é esse o objetivo desse inciso em comento.

A própria Lei Anticorrupção prevê no artigo 5º, inciso IV, os atos lesivos que podem ser praticados pelas empresas no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. Dentro dos códigos de ética e conduta das empresas devem constar tópicos que disponham sobre a política de relacionamento com os órgãos públicos, prevendo os instrumentos e mecanismos necessários a combater a corrupção no momento da realização de licitações.

Para isso, a política interna deve pautar-se pela clareza e objetividade no trato com o setor público para diminuir os riscos existentes nessa relação. Além disso, outra forma de mitigar os riscos de práticas ilícitas nesse contexto é a aprovação de documentos importantes por mais de uma pessoa. Logo, é imprescindível que todo o material exigido em licitações passe pela análise de outras pessoas dentro da empresa antes de serem levados aos órgãos públicos, de preferência pelas pessoas que ocupam um nível hierárquico maior (BRASIL, 2015a, p. 15-16).

3.9 Independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento

A existência de um programa de integridade com independência, estruturação e o devido poder de fiscalizar os outros setores é característica essencial dentro da

empresa e serve como parâmetro de avaliação indicado no inciso IX. O órgão que tem a finalidade de fiscalizar o cumprimento dos programas de integridade, que não tiver a autoridade e a independência necessárias, terá dificuldade para atingir os seus objetivos. Cabe à empresa colocar nas normas internas a competência desse órgão fiscalizatório publicando os requisitos que lhe deem independência e estrutura.

Em programas de integridade é preciso priorizar a criação de uma instância interna, que terá a finalidade de avaliar se o programa de integridade vem sendo fielmente cumprido. Para isso, é necessário independência dos outros órgãos ou instâncias dentro da empresa, a fim de tomar as decisões adequadas nas situações em concreto e investigar possíveis irregularidades cometidas no âmbito empresarial, mesmo que atinja as pessoas que ocupam os cargos hierarquicamente superiores. Em que pese isso, a movimentação de todas as decisões, deverá ser reportada aos mais altos cargos, como o CEO (BRASIL, 2015b, p. 21).

No âmbito das empresas estatais, para atingirem a sua finalidade, os órgãos internos encarregados de fiscalizar o cumprimento dos programas de *compliance* devem possuir os seguintes aspectos dispostos nas normas internas: a) a hierarquia do órgão fiscalizatório; b) a autoridade exercida pelos órgãos internos na administração da empresa; a obrigatoriedade de lhes serem apresentadas as informações solicitadas; a autorização de acesso aos registros e dados dentro da empresa; e o apoio irrestrito dos funcionários ou servidores; c) o âmbito de atuação dos órgãos de controle; e d) a colocação de regras de objetividade e estrita observância da confidencialidade por parte das pessoas que exerçam essa função dentro da empresa (BRASIL, 2009, on-line).

3.10 Canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé

Os canais de denúncia são instrumentos preponderantes para a efetividade do programa de integridade adotado pelas empresas. Este parâmetro de avaliação vem

sendo utilizado de forma mais frequente pelas empresas, para que os trabalhadores e as pessoas externas denunciem as possíveis irregularidades, existentes no âmbito de trabalho.

O *Compliance Culture* deve ser levado sempre em consideração em quaisquer atos praticados, e não é diferente com as denúncias. Um ambiente de trabalho ético e íntegro, seguindo os códigos internos e as leis, deve ser cumprido por todos os trabalhadores da empresa nas atividades diárias, inclusive com a introdução dessa obrigação nos contratos de trabalho de cada empregado.

A criação de canais de denúncias tem a finalidade de produzir matérias probatórias para as investigações internas e para os órgãos públicos de função investigatória e regulatória, além de servir de critério positivo de avaliação do programa de integridade nos termos do artigo em comento.

Para incentivar as denúncias, as empresas podem impulsionar os interessados nesse sentido, a exemplo de empresas norte-americanas que dão aporte financeiro aos funcionários que denunciam a prática de ilícitos. No entanto, a concessão de bônus em dinheiro, embora não seja proibido, não é aconselhável, pois pode gerar um clima hostil entre os trabalhadores da empresa, através de uma motivação indireta para constantemente denunciar os colegas de profissão por supostos atos ilícitos praticados, esquecendo das atividades que lhes são propostas.

A criação de instrumentos internos de denúncia dentro das pessoas jurídicas teve a sua origem nos Estados Unidos, com o surgimento do chamado *Whistleblowing*, que são os atos de denúncia, realizados pelas pessoas que trabalham ou não na própria empresa. Ele se divide em *Whistleblowers* internos – funcionários da própria empresa – e em *Whistleblowers* externos – pessoas de fora da empresa (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 163).

Nos Estados Unidos, cita-se a *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 como exemplo de legislação que exigiu das empresas estadunidenses participantes da Bolsa de Valores a introdução de instrumentos de informação e denúncias de ilícitos na atividade

empresarial desenvolvida. A influência norte-americana na introdução de mecanismos de denúncias internos e externos e a globalização fez com que outros países do mundo adotassem legislações semelhantes, como o *Aktiengesetz*, na Alemanha, o *Public Interest Disclosure Act*, no Reino Unido e o *Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de la CNMV*, na Espanha.

Em relação à proteção dos denunciantes de boa-fé, a consolidação de normas que os protejam é importante para efetivar e influenciar que mais pessoas façam as denúncias internas e externas. O anonimato é essencial para garantir essa proteção, já que o denunciante não apresentaria a sua real identidade. Sobre o assunto, salienta-se a existência da Convenção da Organização das Nações Unidas, de 2003, que expõe no artigo 33 a indicação de que cada Estado crie e disponibilize nos seus próprios ordenamentos jurídicos normas que protejam a situação dos denunciantes de atos ilícitos de corrupção praticados nas empresas (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p.152).

3.11 Medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade

Os parâmetros de avaliação expostos no artigo 42 são essenciais para atingir a efetividade dos programas de integridade. Um dos parâmetros essenciais é o abordado no inciso XI, que trata da necessidade de ter consolidado nos códigos internos medidas disciplinares para possíveis casos de violação aos programas de *compliance*. Além disso, faz-se necessária a existência de normas que tratem do procedimento de aplicação dessas medidas e do órgão empresarial responsável pela apuração dos fatos irregulares.

Na aplicação das sanções previstas no inciso em comento, as empresas devem observar se a conduta foi praticada de forma reiterada, bem como sua gravidade para determinar qual vai ser a medida adotada no caso concreto. As medidas disciplinares são aplicadas pelo órgão competente e podem ser a de advertência oral ou escrita, a suspensão por determinados dias, ou até mesmo, em situações de comportamentos de maior reprovação, o desligamento do empregado que cometeu o ato ilícito.

O compliance officer poderá reportar a prática da conduta ilícita às autoridades externas responsáveis pela investigação e punição de atos dessa espécie, que ficarão responsáveis pela punição dos agentes infratores no âmbito externo. A credibilidade do programa de integridade empresarial está relacionada à punição efetiva de quem desvirtuou das normas internas de ética e de conduta, de forma que ninguém deve escapar das punições. As normas internas valem para todos os empregados, independente do cargo que ocupem dentro da empresa, vez que é importante dar confiabilidade a terceiros contratantes e autoridades externas de que o programa de integridade está sendo efetivado (BRASIL, 2015a, p. 22).

Também nas empresas estatais as medidas disciplinares são importantes para garantir a efetividade do programa de integridade e a credibilidade deste programa mediante terceiros e órgãos de investigação. As características básicas adotadas por parte das empresas privadas devem ser levadas em consideração no âmbito das empresas estatais. Exemplo disso é a definição nos programas de integridade da pessoa ou órgão responsável pela aplicação das sanções cabíveis, como também a possibilidade de punição das pessoas que exercem os mais altos cargos na atividade empresarial – *tone from the top*. Para isso, as medidas devem ser fielmente proporcionais à prática ilícita cometida, a fim de que os programas de integridade não sejam apenas meras normas e princípios inócuos.

No entanto, diferenciam-se os instrumentos de punição utilizados pelas empresas estatais em relação às possibilidades de punição das empresas privadas. Entre os mecanismos das empresas estatais podem ser citados a censura ética, as sanções administrativo-disciplinares, a divulgação das punições ao público interno e externo e as sanções informais (BRASIL, 2015b, p. 96).

3.12 Procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados

A efetividade dos programas de integridade dentro das empresas passa pelo controle contínuo das irregularidades que podem surgir, bem como das formas do seu posterior saneamento. Sobre isso, o parâmetro de avaliação colocado no inciso XII é um bom exemplo de instrumento hábil para a investigação e a resolução de riscos que possam ocorrer durante a atividade empresarial.

O monitoramento, para ser efetivo, deve possuir instrumentos capazes de parar o cometimento das irregularidades, e, da mesma forma, resolvê-las, sanando os problemas e aplicando punição aos indivíduos que a praticaram. As empresas devem possuir mecanismos consolidados e próprios – diferentes daqueles existentes nas autoridades externas –, que seja usados de acordo com as irregularidades cometidas. Da mesma forma é importante que todas essas medidas sejam publicadas aos terceiros que contratem com as empresas, pois demonstrará que a empresa cumpre com o seu papel ético e que o programa de integridade está sendo fielmente cumprido (BRASIL, 2015b, p.92-93).

Salienta-se que todos os procedimentos e punições que deverão ser adotados pelas empresas nesses casos devem estar previamente nos códigos de conduta internos. Além disso, que sejam concedidos todos os direitos constitucionais de defesa às pessoas investigadas.

3.13 Diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados

Os programas de integridade, para serem efetivos, devem possuir instrumentos internos de investigação capazes de regular e fiscalizar também a realização de contratos entre as empresas, já que, com a globalização, aumentou o número de transações entre as diversas partes do mundo, notadamente no meio empresarial. Além disso, a possibilidade de ocorrer a chamada reorganização societária – mecanismos de

fusão e aquisição, por exemplo –, demonstra a necessidade cada vez maior da apuração de irregularidades e condutas antiéticas possivelmente praticadas, evitando arranjos danosos ou com finalidades de subversão da ordem.

A doutrina majoritária chama este ponto de *due diligence*, traduzindo livremente para o português, devida diligência, e é um dos parâmetros de avaliação adotados no artigo 42. Trata-se, então, de um mecanismo de averiguação de riscos feito anteriormente à contratação de empresas, para evitar firmar acordos eivados de vícios e irregularidades. Os riscos observados pela empresa podem gerar os chamados *red flags*, ou bandeiras vermelhas, que são sinais de aviso que a operação de fusão ou aquisição e o acordo celebrado entre as empresas poderão trazer riscos se firmado.

Na realização de contatos e acordos entre duas ou mais empresas, e na situação de possíveis aquisições de uma empresa por outra, podem existir irregularidades que, sem um procedimento anterior de estudo de riscos, resultariam no distrato do acordo firmado. Portanto, para diminuir os riscos à integridade, a empresa deve adotar uma verificação antecedente à contratação, bem como a supervisão de fornecedores que venham a contratar. Por isso é importante que haja o estudo do histórico de envolvimento dos terceiros em possíveis atos ilícitos praticados. Também é importante investigar se existe um programa de integridade efetivo na outra empresa antes de haver a contratação para diminuir os possíveis riscos de irregularidades após a relação entre as empresas (BRASIL, 2015a, p. 18).

O procedimento de diligências debatido neste tópico poderá se dividir em algumas fases, como a fase pré-contratual, a fase contratual e a fase pós-contratual. Na fase pré-contratual o objetivo é possuir informação sobre as empresas externas que irão contratar. Na fase contratual, a finalidade é fazer um acordo entre as empresas contratantes e colocar cláusulas no contrato que permitam à empresa contratante se escusar de responsabilidade e de possíveis prejuízos existentes por irregularidades cometidas pela empresa contratada.

Além disso, ainda nesta fase, também é importante explicar no contrato a possibilidade da empresa contratante supervisionar as atividades realizadas pela empresa contratada. Por fim, a fase pós-contratual será a supervisão ao longo do cumprimento do contrato pela pessoa jurídica contratada (NIETO MARTÍN, 2015, p. 361).

3.14 Verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, de cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas

Os programas de compliance também devem possuir mecanismos que promovam o *due diligence* no momento da realização dos processos de fusões e aquisições entre empresas. Trata-se este inciso do parâmetro de avaliação que se relaciona aos processos de M&A, sigla em inglês para *Mergers and Acquisitions*, que, traduzindo livremente para o português, seriam as fusões e aquisições.

É fundamental que, antes da realização de um contrato de fusão ou aquisição de uma empresa, ainda na fase negocial, a empresa adquirente, ou *bidders* – em tradução livre para o português seria o comprador – se certifique de que a empresa adquirida, empresa alvo, ou *targets*, tenha um programa de *compliance* efetivo e que está sendo utilizado efetivamente nas suas atividades diárias.

A fase pré-contratual de uma operação de fusão ou de aquisição é importante para a realização de investigações acerca dos possíveis riscos existentes na operação, como no âmbito administrativo, com a produção de auditorias financeiras e contábeis, e no âmbito jurídico, com a busca de possíveis irregularidades existentes e em aberto, em relação ao direito societário, administrativo ou trabalhista, por exemplo. Essa investigação prévia será um exemplo do *due diligence*, que já foi debatido em parâmetros de avaliação anteriores, e servirá para evitar que a empresa adquirente se responsabilize posteriormente por atos irregulares praticados antes pela empresa adquirida.

Neste sentido, vale citar a disposição legal dos §§ 1º e 2º, do artigo 4º, da Lei nº 12.846/13, que, expressamente, falam que nas operações de M&A, a empresa sucessora terá a responsabilidade quanto à obrigação no pagamento de multas e na reparação do dano causado na medida do patrimônio transferido pela empresa adquirida. Salienta-se que a responsabilidade aqui exposta não é absoluta, com exceção se estes forem praticados mediante fraude ou dissimulação (OLIVEIRA; SCHIEFLER, 2017?, p. 9). Ainda, relatam que as empresas controladoras, coligadas e controladas teriam a responsabilidade solidária pelos atos praticados.

Alguns critérios são utilizados no momento prévio a realização de um contrato de fusão e aquisição de empresas. É importante, primeiramente, que a empresa adquirida tenha um programa de compliance. Também é necessário que esse programa de compliance não esteja somente no papel e seja implementado de maneira efetiva dentro da empresa. Por último, que a empresa adquirida tenha registros que atestem a veracidade da afirmação de que o programa esteja sendo cumprido em sua completude (OLIVEIRA; SCHIEFLER, 2017?, p. 3-4). Esses três pontos acima citados são necessários em termos de negociação para um acordo de M&A entre empresas.

O uso do mecanismo de *due diligence* nos procedimentos de fusão e aquisição de empresas é importante para serem tomadas decisões acerca da extinção ou não do acordo. Deste modo, um programa de *compliance* consolidado deve possuir esse parâmetro de avaliação. Logo, importa não somente o conhecimento dos chamados riscos internos, mas também a averiguação dos riscos externos à empresa (ALBUQUERQUE, 2018, p. 133).

3.15 Monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no artigo 5º, da Lei nº 12.846/13

A monitoração contínua dos programas de integridade nas empresas é um dos parâmetros de avaliação mais importantes. O *compliance* não deve ser pensado como um instrumento de realização de condutas éticas somente no momento em que ele é

implantado, devendo se atualizar com o passar do tempo e se modernizar com o que há de novo no tema. Para isso, os programas devem possuir mecanismos de monitoramento interno, que, frequentemente realizem estudos para averiguar a efetividade e os objetivos dos programas estabelecidos. Aliás, a fiscalização contínua dentro da atividade empresarial confere a possibilidade de a empresa enfrentar os possíveis riscos que venham a surgir durante o exercício de sua atividade.

O acompanhamento realizado de maneira contínua pode ser feito de várias formas. Dentre estas, o uso frequente de relatórios abordando e demonstrando como está sendo realizado o programa de integridade, o estudo das denúncias que foram realizadas nos canais de comunicação da empresa, investigando os temas-base que mais foram denunciados, o estudo dos temas das reclamações feitas pelos clientes, e, por fim, a aplicação, dentro da empresa, dos relatórios feitos por órgãos de regulação ou fiscalização (BRASIL, 2015a, p. 23-24).

Na monitoração contínua das atividades no programa de integridade da empresa também é importante a maior participação dos diretores da empresa seja na realização de auditorias ou de treinamentos e entrevistas com todos os empregados de todos os setores da empresa, para demonstrar a necessidade de seguir as normas de cumprimento internas e externas e investigar se as normas já postas estão sendo seguidas.

3.16 Transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos

O inciso XVI trata da transparência e publicidade das doações realizadas por pessoas jurídicas para candidatos e partidos políticos. A publicidade das doações eleitorais é o último parâmetro de avaliação do artigo 42 e tem o objetivo de evitar a prática de corrupção com a destinação ilícita de valores ou a transferência de valores provenientes de práticas criminosas.

O Supremo Tribunal Federal julgou, em 2015, a ADI 4.650, sob a relatoria do Min. Luiz Fux, que tratou sobre o financiamento de campanhas eleitorais. Na ocasião,

a maioria do tribunal seguiu os termos do voto do ministro relator para declarar a inconstitucionalidade de dispositivos de lei que autorizavam a contribuição financeira de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais. Aplicou-se o resultado do julgamento a partir das eleições de 2016 e seguintes. Assim, de acordo com a suprema corte, a legislação passa a permitir somente a doação de pessoas físicas para campanhas políticas, que somente poderão fazer a doação de até 10% do seu rendimento declarado à Receita Federal, no ano anterior à realização das eleições.

Em termos de transparência nas doações para candidatos e partidos políticos, o STF julgou outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, em 2018, a ADI 5.394, sob a relatoria do Min. Alexandre de Moraes, na qual foi declarada a inconstitucionalidade, seguindo o voto do ministro relator e por maioria de votos, de uma parte da Lei nº 9.504/97 – a Lei das Eleições – que permitia a doação oculta a candidatos e partidos políticos. Para o relator, as doações ocultas não trariam a transparência necessária para a legalidade do processo eleitoral, e, além disso, dificultaria o controle por parte da Justiça Eleitoral.

Em se tratando do direito comparado, na Espanha o financiamento de campanhas políticas poderá ser de natureza pública ou de natureza privada. Nesse país, a falta de transparência na doação para candidatos e partidos políticos também é um problema ocorrente e que se relaciona com a corrupção.

Com a finalidade de prevenir possíveis ilícitos com a falta de transparência no financiamento de partidos políticos, foi adotada pelo Conselho da Europa, em 2003, tendo a Espanha como signatária, a Recomendação 4 do Comitê de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa sobre Regras Comuns contra a Corrupção e o Financiamento de Partidos Políticos e Campanhas Eleitorais. Os signatários desta recomendação devem adotar em seus respectivos territórios legislações que tenham o objetivo de combater a corrupção política. Para fiscalizar o cumprimento da recomendação pelos estados signatários, criou-se, em 1999 o Grupo de Estados contra la Corrupción – GRECO (DE LA NUEZ, 2014, p. 165).

CONCLUSÃO

Os parâmetros de avaliação dispostos no artigo 42, do Decreto nº 8.420/15 são mecanismos que servem como diretrizes de avaliação para serem adotados nos programas de integridade. Cabe à empresa o incentivo à adoção de condutas éticas diariamente na atividade laboral, de forma que os parâmetros são exemplos de como podem ser instrumentalizadas essas condutas éticas nos programas de compliance.

A instrumentalização está relacionada à utilização efetiva dos parâmetros, vez que não adianta a empresa ter todos os parâmetros de avaliação consolidados se eles não forem efetivos. A efetividade do programa de *compliance* é importante para dar credibilidade à empresa e os parâmetros devem ser norteadores da boa consolidação de códigos de conduta empresariais.

O *compliance* deve ser visto, cada vez mais, como forma de incentivar a prática de condutas éticas e ilibadas dentro da empresa, portanto o artigo 42 do Decreto acima referido consolida os instrumentos hábeis para tanto. Além disso, também deve o compliance ser visto como um investimento a longo prazo e não somente como um programa de um gasto financeiro alto e de retorno demorado. Não se pode pensar em um retorno a curto prazo para um programa de integridade efetivo e consolidado na empresa.

Salienta-se, no entanto, que os parâmetros de avaliação ora estudados devem ser ao máximo objetivos para facilitar a atuação empresarial. Ao detalhar os parâmetros, o decreto buscou dividi-los e exemplificá-los de forma direta. Todavia, não adianta ter a disposição no artigo se as empresas não utilizarem efetivamente os ditames da norma em sua atividade laboral.

Assim, o Decreto nº 8.420/15 aborda de forma detalhada alguns dos parâmetros que podem ser adotados pelas empresas para posterior avaliação do seu programa de integridade. A sua efetividade passa pela instauração de um *Compliance Culture*, no qual, todos os empregados, dos altos cargos até os cargos mais baixos, sigam e o encarem de maneira que seja a primeira ação a ser cumprida dentro da empresa.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e Crime Corporativo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. 265 p.

ANTONIK, Luis Roberto. **Compliance, Ética, Responsabilidade Social e Empresarial: Uma visão prática**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2016. 306 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Econômico**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016a. 824 p.

_____. **Tratado de Direito Penal Econômico**: vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2016b. 824 p.

BLOK, Marcella. **Compliance e Governança Corporativa: Atualizado de acordo com a Lei Anticorrupção Brasileira (Lei 12.846) e o Decreto-lei 8.421/2015**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2017. 288 p.

BRASIL. Controladoria-geral da União. **Programa de Integridade: diretrizes para empresas privadas**. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/eticaeintegridade/arquivos/programadeintegridadediretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>. 2015a. Acesso em: 12 set. 2018. 28 p.

_____. Controladoria-geral da União. **Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais: orientações para a gestão da integridade nas empresas estatais federais**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf>. 2015b. Acesso em: 12 set. 2018. 104 p.

_____. **TC 025.818/2008-4**. Plenário. Relator Min. Weder de Oliveira. Brasília, 20 mai. 2009. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/*/*KEY:ACORDAO-COMPLETO-1128691/DTRELEVANCIA%20desc/false/1>. Acesso em 13 set. 2018.

COCA VILA, Ivó. Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas**. Barcelona. Atelier Libros Jurídicos: 2013.

DE LA NUEZ, Elisa. Partidos Políticos y Transparencia. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.); CALATAYUD, Manuel Maroto (Dir.). **Public Compliance: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2014.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. **Comentários sobre a Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2016. 191 p.

DOYLE, Marjorie W.. **Princípios básicos nas relações com terceiros: checkup de reputação/responsabilidade quando utilizando terceiros em todo o mundo**. 2011. Disponível

em:<http://www.corporatecompliance.org/Portals/1/PDF/Resources/complimentary/ThirdPayEssentials-Doyle_PORTUGUESE.pdf>. Acesso em: 13 set. 2018.

FELDENS, Luciano; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. A privatização da função investigatória nos delitos empresariais. In: FELDENS, Luciano; ESTELLITA, Heloísa; WUNDERLICH, Alexandre. **Direito Penal Econômico e Empresarial: Estudos dos Grupos de Pesquisa em Direito Penal Econômico e Empresarial da PUCRS e da FGV DIREITO SP**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 45-60.

NIETO MARTÍN, Adán. **La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: un modelo legislativo. Monografía**. Madrid: Iustel, 2008. 354 p.

_____. Código Ético, Evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán (Dir.). **Manual de Cumplimiento Penal em la Empresa**. Valencia. Tirant lo Blanch Tratados: 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **Compliance em Operações de Fusão e Aquisição (M&A): intercorrências e**

inferências a partir dos acordos de leniência no Brasil. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4282044/mod_resource/content/0/COMPLIANCE%20EM%20OPERAÇÕES%20DE%20FUSÃO%20E%20AQUISIÇÃO%20%28pdf%29.pdf> Acesso em: 10 set. 2018.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos em la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas.** Barcelona. Atelier Libros Jurídicos: 2013.

ROBLES PLANAS, Ricardo. El responsable de Cumplimiento (Compliance Officer) ante el Derecho penal. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (Dir.); FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (Coord.). **Criminalidad de empresa y Compliance: prevención y reacciones corporativas.** Barcelona. Atelier Libros Jurídicos: 2013.

SALLES, Leonardo Guimarães. **Criminal compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas Organizações Empresariais Complexas.** 2016. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017.

SANTOS, Fernando de Almeida. **Ética Empresarial: Políticas de responsabilidade social em 5 dimensões: sustentabilidade, respeito à multiculturalidade, aprendizado contínuo, inovação, governança corporativa.** São Paulo: Atlas, 2015. 144 p.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Fundamentos del Derecho penal de la Empresa.** Segunda edición ampliada y actualizada. 2. ed. Madrid: Edisofer S.l., 2016. 424 p.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e Lei anticorrupção.** São Paulo. Saraiva. 2015.

TEIXEIRA, Tarcisio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. **Lei Anticorrupção:** comentada dispositivo por dispositivo. São Paulo: Almedina, 2016. 203 p. De acordo com o Decreto nº 8.420/15.

**O PAPEL DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NA CEGUEIRA DELIBERADA
DOS DIRIGENTES EMPRESARIAIS**

*THE ROLE OF COMPLIANCE PROGRAMS IN THE WILLFUL BLINDNESS OF BUSINESS
EXECUTIVES*

Pedro Augusto Amaral Dassin

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais e Especialista em Direito Penal Econômico
Internacional e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Unicuritiba/PR. Advogado.

pedrodassin@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como escopo compreender qual o papel que os programas de *Compliance* podem desempenhar na atuação e responsabilização penal dos dirigentes empresariais, em especial no que se refere à teoria da cegueira deliberada que vem sendo aplicada pelo judiciário brasileiro. Buscar-se-á, assim, abordar a dogmática da teoria da cegueira deliberada, o como e o por quê ela ser utilizada pelo judiciário brasileiro, em especial no âmbito empresarial. Analisar-se-á, brevemente, o contexto e a necessidade em voga da implementação dos setores de *Compliance* nas empresas para, ao fim, analisar a atuação do *Compliance* especificamente no que concerne à atuação dos dirigentes, fornecendo informações necessárias para uma atuação segura e eficiente e, em termos processuais, sua participação probatória acerca do (des)conhecimento pelos dirigentes dos elementos circunstanciais que compõem a situação fática em que se atribui um delito.

Palavras-chave: Cegueira deliberada. *Compliance*. Responsabilidade penal. Criminalidade empresarial.

Abstract: The purpose of this article is to understand the role that Compliance programs can play in the action and criminal liability of business executives, especially regarding the theory

of willful blindness that has been applied by the Brazilian courts. For that, it is necessary to run an overall analysis of the theory of willful blindness, about the how and why it has been applied by the Brazilian courts, especially in the business area. It will briefly study the context and the current need for the implementation of the Compliance programs in the companies. Thus, it will analyze the performance of the Compliance program specifically regarding the performance of the executives, providing the necessary information for a safe and efficient acting and, in procedural terms, its importance for the formation of evidence about the (un)knowledge by the executives over the circumstantial elements that make up the factual situation in which a crime is attributed.

Keywords: Willful blindness. Compliance. Criminal liability. Business crimes.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho abrange e agrega diversos temas de grandes discussões e divergências no cenário jurídico atual. Neste sentido, tem-se a ascensão dos chamados programas de *Compliance* na seara empresarial, que catalisou o alargamento de exigências legais pela implementação de tais programas por parte das empresas.

Em paralelo, diante de uma conjuntura nacional em que a responsabilidade penal da pessoa jurídica se limita a crimes ambientais, verifica-se uma relevante expansão da busca pela responsabilidade penal dos dirigentes das empresas decorrentes da prática de ilícitos em/por suas respectivas instituições. Não obstante, o direito penal erigido sob o viés de uma tradicional “criminalidade de rua” pouco oferece em termos de fundamentação material para a imputação de um fato delitivo a um empresário que raramente pratica um verbo nuclear de um tipo penal.

Desta forma, cada vez mais a jurisprudência brasileira vem lançando mão de teorias do direito anglo-saxão para fundamentar a imputação de fatos típicos a dirigentes empresariais. Nessa óptica que vem à luz a teoria da cegueira deliberada (*Willful Blindness*), segundo a qual o agente, de modo deliberado, se coloca em situação de ignorância acerca de um fato ilícito para evitar responsabilidades jurídicas. A importação de referido instituto exige cautela diante

de sua construção original sob um paradigma de um sistema de *common law*, alheio à sistemática da *civil law* romano-germânica brasileira.

O que se verifica de plano, portanto, é uma severa dificuldade pelo Estado de exercer sua persecução penal e *ius puniendi* na criminalidade empresarial, de maneira a se intensificar o uso de institutos opacos em suas estruturas dogmáticas sob o ponto de vista jurídico, de maneira ser necessária, pela doutrina, uma tentativa de elucidação de tais institutos e suas simbioses hoje presentes em um Direito Penal Econômico.

Embora a cegueira deliberada deva ser vista com muita cautela no que concerne à sua aplicação na realidade jurídica brasileira, deve ela ser enfrentada de maneira ampla e, inclusive, de maneira pragmática alinhada a esse contexto de expansão de implementação de setores de *Compliance* e responsabilidade dos dirigentes empresariais, averiguando qual o papel que tais programas de integridade podem desempenhar na estrutura de imputação penal a referidas pessoas, nomeadamente no que concerne à influência no elemento cognitivo do tipo subjetivo e como o *Compliance* pode atuar em termos processuais penais em relação a esta situação.

2 A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA

Em um conturbado contexto dogmático jurídico-penal de uma criminalidade econômica, cada vez mais a jurisprudência brasileira vem lançando mão de novas teorias para fundamentar a imputação de fatos típicos a dirigentes empresariais, diante das dificuldades que encontra no ordenamento jurídico erigido a partir de um direito penal tradicional iluminista. Neste diapasão, passa também a importar institutos e teorias do direito anglo-saxão, posto, inclusive, que a realidade empresarial hoje sofre, *per si*, uma enorme influência norte-americana em razão da alta globalização e elevado desenvolvimento tecnológico que aceleraram a expansão do capitalismo e de um mercado de alta competitividade sem fronteiras.

Esta realidade imprime forças nas raízes tradicionais do Direito Penal, fazendo com que seus princípios basilares sofram distensões para atender as demandas da modernidade, de maneira que a doutrina, legislações e jurisprudências começam a quebrar o paradigma clássico consubstanciado no clássico brocardo *societas delinquere non potest* para inserir as pessoas jurídicas como sujeitos ativos de crimes, passíveis de imputação e sanções jurídico-penais.

Não obstante, há uma intrínseca necessidade de se buscar uma fundamentação dogmática da responsabilidade penal dos dirigentes empresariais, tendo em vista que a criminalidade empregada na empresa se desprende da ideia até então prevalecente no direito penal de que o principal responsável pelo delito é o executor direto do fato, assim como os elementos subjetivos do tipo são ainda mais nebulosos que uma “criminalidade de rua”, posto que ofuscado pelo ente empresa, dotada de complexa estrutura e uma vontade nem sempre alinhada com as pessoas físicas que a compõe.

O que se verifica no cenário jurídico brasileiro, hoje, é uma expansão da responsabilização penal dos dirigentes empresariais, diante de casos notórios como a operação “Lava Jato”, em que até agosto de 2018 foram realizadas 78 acusações criminais contra 328 pessoas por diversos crimes como lavagem de ativos, corrupção, entre outrosⁱ. Essa realidade é impulsionada pela limitada responsabilidade penal da Pessoa Jurídica no Brasil, que encontra respaldo no ordenamento jurídico tão somente no que se refere aos crimes ambientais. Sem embargo, leva-se em consideração que uma empresa somente pode agir de determinada maneira por meio de seus sócios e administradores (SERRA, 1999, p. 209), sendo estes os que possuem a capacidade de lesionar ou pôr em perigo bens jurídicos penalmente tutelados, instrumentalizado pela empresa em que atuam. A empresa é uma criação legal que opera como uma entidade fictícia, mas que é composta e gerida por pessoas que atuam como agentes na corporação (TODARELLO, 2003, p. 851–865), razão pela qual sempre haverá uma necessidade de se atentar à responsabilidade individual neste contexto.

Trata-se de uma realidade inerente à lógica da persecução penal e do *ius puniendi* que assentam o direito penal. Mesmo em contextos jurídicos de ampla aceitação da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, os indivíduos, *per si*, continuam habitando o núcleo duro da responsabilização criminal. Inclusive nos EUA, em que se opera uma lógica jurídico-criminal distinta da *civil law*, há uma forte tendência em se aumentar a persecução dos dirigentes de empresa. Essa ideia foi corroborada em 2015, quando a então Vice Procuradora-Geral do Departamento de Justiça dos EUA emitiu um memorando a todo o departamento dando diretrizes no sentido de ressaltar a importância de se buscar a responsabilidade dos indivíduos por ilícitos praticados no âmbito das empresas – é o chamado *Yates memo*ⁱⁱ.

O problema passa a ser justamente como fundamentar dogmaticamente a responsabilidade dos indivíduos em uma criminalidade econômica e empresarial, já que a dogmática penal tradicional encontra resistência na dinâmica de funcionamento desse tipo de empreitada delitiva, seja pela dificuldade em subsunção típica de determinados comportamentos, seja pela natureza mais abstrata e difusa dos bens jurídicos expostos, seja pela imprecisão de atribuição de nexo de causalidade entre condutas e resultados, ou mesmo pela dificuldade de verificação dos elementos subjetivos da conduta e de participação no ilícito por parte de agentes inseridos em cadeias pulverizadas de atribuições em uma empresa.

Por essas razões o meio jurídico começa a maquinar a construção de novas teorias com o fito de atender a essas novas demandas e, dentro dessa mesma dialética, passa a flertar com construções jurídicas estrangeiras, de sistemas jurídicos díspares inseridos em realidades técnicas e culturais completamente alheias à realidade brasileira.

Dentre os diversos conceitos estrangeiros importados para nossa realidade jurídica, encontra-se a teoria da cegueira deliberada (chamada nos países da *common law* de *Willful Blindness* ou também *ostrich instructions*), segundo a qual um sujeito, mesmo podendo ter obtido informações específicas em uma determinada situação, prefere não as obter para se manter em um estado de incerteza (RAGUÉS I VALLÈS, 2013, p. 11). Em outras palavras, trata-se de uma situação em que um agente, de modo deliberado, se coloca em situação de ignorância acerca de um fato ilícito para evitar responsabilidades jurídicas. Essa conjuntura ganha contornos mais sensíveis no ambiente empresarial, em especial no que diz respeito à omissão e/ou atuação de dirigentes empresariais em relação a atos de seus subordinados e/ou clientes. Esta ignorância deliberada pode se dar de diversas formas no âmbito de atuação empresarial, principalmente nos casos de lavagem de ativos, em que o agente atua e cria mecanismos para não obter informações acerca da procedência dos bens (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 143).

Mas existem diversos outros casos no meio empresarial em que, havendo uma posterior verificação de ocorrência de ilícito envolvendo uma determinada operação, pode gerar uma suspeita de atuação em autocolocação em ignorância por parte do dirigente envolvido. A título exemplificativo, pode gerar uma suspeita em face do dirigente que realiza pagamentos a *offshores* em paraísos fiscais sem procurar obter as informações relevantes acerca das empresas

envolvidas; ou quando se efetua pagamentos a intermediários em operações realizadas em países estrangeiros com elevada percepção de corrupção; ou quando não se realiza a devida prévia diligência na contratação de serviços de terceiros ou fornecedores. Nestas situações, sendo verificado posteriormente um eventual ilícito envolvendo os terceiros - como por exemplo um caso de corrupção, ou utilização de trabalho escravo por terceiro contratado para a cadeia produtiva, ou matéria-prima oriunda de extração ilegal de madeira obtida por fornecedor terceirizado, ou uma fraude fiscal realizada pelo contador terceirizado – o dirigente da empresa contratante pode ser suspeito de ter atuado em ignorância deliberada.

A teoria da cegueira deliberada vem socorrer a jurisprudência para fundamentar a responsabilidade penal dos dirigentes diante de um contexto em que a maioria dos delitos econômicos e empresariais não admite a modalidade culposa, de maneira que, não havendo dolo, não há responsabilidade penal (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2016, p. 400). Facilita, assim, a prova de autoria e dos elementos subjetivos do tipo. Dita teoria nasce como indício do elemento volitivo do dolo eventual, mas foi ampliando-se até alcançar o elemento cognitivo do dolo, de maneira a relativizá-lo pela suposta autocolocação em ignorância quanto aos elementos objetivos do tipo, bastando, assim, seu conhecimento potencial e não mais seu conhecimento atual e efetivo (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2016, p. 401).

A importação da teoria em análise exige cautela diante de sua construção original sob um paradigma de um sistema de *common law*, alheio à sistemática da *civil law* brasileira. Essa realidade é agravada pelas dificuldades que a dogmática encontra logo na base da discussão sobre a caracterização do elemento subjetivo do tipo, notadamente em relação ao dolo eventual, sobre o qual recai a análise acerca da subjetividade do agente em sua “autocolocação dolosa” em ignorância no plano de tomadas de decisões no cotidiano das atividades da empresa.

A *willful blindness* tem origem nas cortes da Inglaterra na segunda metade do século XIX, mais especificamente a partir do caso *Regina v. Sleep* e, nos Estados Unidos da América, o caso originário de utilização desta teoria foi em *Spurr v. United States* e, em *Leary v. United States* a teoria começou a ganhar os contornos de aplicação atual (CALLEGARI; WEBER, 2017, p. 19–20).

No sistema da *common law* dos Estados Unidos da América não há uma dogmática jurídico-penal definida como se tem no ordenamento brasileiro. Há diversos sistemas que,

algumas das vezes, são harmônicos e, outras vezes, são conflitantes entre si (LUCCHESI, 2018, p. 65). Dentro desta lógica opera também a análise dos elementos subjetivos que compõem um fato que possa ser tomado como delituoso. Tradicionalmente, a *common law* se refere aos elementos subjetivos como sendo a *mens rea*, termo de difícil definição unívoca, e que geralmente abrange um conceito amplo dos diversos elementos subjetivos de uma empreitada criminosa (LUCCHESI, 2018, p. 66–68).

Para superar o conceito de *mens rea*, passou-se também a se conceituar o termo *culpability*, o qual contém quatro requisitos mínimos para se definir os elementos subjetivos da conduta: *purpose*, *knowledge*, *recklessness* e *negligence*. Embora alguns autores façam correspondência entre *purpose* e dolo direto, *knowledge* e dolo eventual, *recklessness* e culpa consciente e *negligence* e culpa inconsciente, a verdade é que não há tal correspondência, tratando-se de institutos bem diversos dos daqui adotados. A origem, seu histórico de construção dogmática e aplicação em um sistema próprio daqueles não se sobrepõem aos elementos subjetivos do tipo aqui aplicados (LUCCHESI, 2018, p. 69–76).

A cegueira deliberada passa a ser utilizada como substituta do elemento *knowledge* no sistema anglo-saxão. Este elemento abarca o conhecimento do agente da natureza da sua conduta, da existência de circunstâncias especiais exigidos na definição legal do crime e de que o resultado previsto pela norma será praticamente certo pela prática de sua conduta naquelas circunstâncias (LUCCHESI, 2018, p. 78). O conhecimento em tela é constituído por um conhecimento de alta probabilidade, o que viabiliza uma aproximação da cegueira deliberada. Se o conhecimento da existência de um fato é elementar do crime, ele estará configurado se o agente estiver ciente de uma alta probabilidade de sua existência, salvo se efetivamente crer que essa probabilidade não exista (SILVEIRA, 2016, p. 266). Inserido nesta dialética, passou-se a admitir um equivalente à exigência do conhecimento condicionada à alta probabilidade consubstanciada na cegueira deliberada a partir do caso *Turner v. United States*. Esta noção foi se moldando com o tempo e variando em diferentes jurisdições e casos concretos (SILVEIRA, 2016, p. 267–268).

De uma maneira geral, a teoria passa a ser utilizada como substituta do elemento *knowledge* quando o autor (a) está ciente da elevada probabilidade de existência de uma circunstância ou fato elementar do crime; (b) deliberadamente evita comprovar a existência de

tal circunstância ou fato; (c) não acredita na inexistência do fato ou circunstância (LUCCHESI, 2018, p. 195).

No contexto brasileiro, mais especificamente, esta teoria vem sendo utilizada para a equiparação ao dolo eventual. Para o Código Penal Brasileiro, diz-se que o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo” – art. 18, inciso I. O dolo eventual, portanto, está conceituado na segunda parte da norma, materializado pela assunção do risco de se produzir o resultado. Não obstante, para ambas as modalidades de dolo (direto ou eventual), imprescindível o elemento cognitivo e, para o direito penal brasileiro, o conhecimento é o elemento dominante do dolo, sendo que quem pratica uma conduta conhecendo as circunstâncias elementares do tipo penal age com domínio sobre o risco criado pela conduta (GRECO, 2009, p. 893).

Dentro da dialética normativa conceitual de dolo do sistema pátrio, a ignorância deliberada, ou seja, o “tapar os olhos” não se adequa às noções de “saber”, de onde se extrai a vontade, e o “dever saber”, de onde se extrai a noção do risco (SILVEIRA, 2016, p. 275). Como pontuado por Greco (2009, p. 902), “tem o autor de agir com conhecimento tal que lhe confira o domínio sobre aquilo que está realizando”. O nível de abstração do que se deixa conhecer não é apto a gerar domínio, portanto.

Não obstante todas essas tormentosas questões, o presente trabalho não possui como objeto a discussão doutrinária sobre referida teoria, mas sim confrontar sua realidade de aplicação sob um viés teleológico de imputação penal dos dirigentes de empresa e o papel dos programas de *Compliance* para dirimir os problemas que, a fundo, baseiam hoje essa chamada “cegueira deliberada”, dogmaticamente falando.

Importante, assim, ter-se em mente que a jurisprudência brasileira vem aplicando a teoria nos casos em que o autor (a) está ciente da elevada probabilidade da origem delituosa dos bens envolvidos; (b) age de maneira indiferente a esta elevada probabilidade; (c) deliberadamente mantém-se ignorante quanto aos fatos, sendo possível agir de outra forma (LUCCHESI, 2018, p. 195).

Em minucioso estudo, Guilherme Lucchesi (2018) identificou 65 decisões dos tribunais superiores, tribunais regionais e estaduais fundamentadas na cegueira deliberada, o que demonstra uma sensível tendência em sua aplicação. Como resultado, o autor identificou quatro

grupos de formas de aplicação da teoria: (1) casos em que houve condenação por dolo eventual, aplicando a cegueira deliberada; (2) casos em que a cegueira deliberada foi utilizada como adorno retórico da decisão; (3) casos em que a teoria foi afastada; e (4) casos com condenação com base na teoria sem que estivessem presentes os requisitos do dolo eventual.

Diante disso, duas conclusões aqui são importantes: primeiro, que a cegueira deliberada se tornou uma realidade prática de condenação no judiciário brasileiro e, segundo, que, apesar das inconsistências dogmáticas e divergências dentro do próprio âmbito de aplicação, esta teoria passou a ser utilizada para resolver problemas dogmáticos e de prova antigos diante de situações novas complexas que resultam no alargamento da *persecutio criminis* e do *jus puniendi*. Isso tudo converge a um problema: a necessária atenção e até mesmo preocupação por parte do empresariado brasileiro a essas questões, posto que inseridos em um ambiente prolífico para situações que possam despertar a suspeita de ignorância deliberada.

Um dos grandes problemas na aplicação desta teoria no contexto atual brasileiro é que há um elevado grau de subjetividade e, conseqüentemente, de discricionariedade em sua análise pelo julgador. A aferição de ciência de alta probabilidade da presença de um elemento ou circunstância ilícita em uma determinada operação se dá *ex post factum*, portanto eivada de vieses cognitivos que impedem uma clareza apropriada sobre o fato naquela determinada conjuntura por um determinado sujeito. Se depois da ocorrência de um fato todas as circunstâncias e possíveis conseqüências possam parecer translúcidas *ab initio*, no momento de sua ocorrência o cenário nem sempre é dotado de tal clareza. Isso é o chamado viés da retrospectiva (*hindsight bias*). Para um correto julgamento, o julgador deve compreender qual informação estava disponível para o autor no momento da tomada de decisão. A tendência, entretanto, é de se superestimar a probabilidade de um evento após sua ocorrência (JABER, 2014, p. 02).

Para a criminalidade hodierna centrada no âmbito empresarial, as tomadas de decisões são dissipadas em funções horizontais e verticais dentro de uma complexa estrutura organizacional, o que dificulta a aplicação da teoria objetivo-formal de autoria (MUÑOZ CONDE, 2005, p. 58). Em uma organização, uma eventual conduta delitativa não é clara em sua matriz dogmática, sendo essa eclipsada pelo complexo funcionamento hierarquizado e

descentralizado. O poder e as informações necessárias para exercê-lo é partilhado por um grande número de pessoas (NIETO MARTÍN, 2002, p. 13).

Diante das exigências regulatórias de mecanismos de prevenção dentro da empresa que vem se consolidando paulatinamente, os espaços de interpretação que recaem sobre condutas na seara empresarial acabam por se expandir em demasia. Em face da atual tendência e ascensão dos conceitos de boas práticas e de prevenção de ilícitos, aliada à uma expansão do punitivismo, passa-se a exigir cada vez mais uma atuação diligente pelo empresariado, alargando a subjetividade sobre o que pode ou não ser considerado uma ignorância deliberada em um caso concreto.

Se este panorama de criminalidade econômica representa, por um lado, uma dificuldade pelo Estado em verificar responsabilidades penais, também representa uma grande dificuldade e preocupação por parte dos dirigentes empresariais em atuar de acordo com todas as exigências legais de maneira a não implicar em uma prática delitativa, sobretudo em um contexto de expansão do agir penal em que o “deveria saber” passa a ser suficiente para uma condenação criminal.

3 OS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EMPRESARIAL

Neste cenário de transformações da cultura corporativa e aumento da regulação, verifica-se uma cada vez mais acentuada ascensão de programas de *Compliance* no âmbito das empresas com vistas à prevenção de atividades ilícitas e consequentes responsabilizações jurídicas, sejam elas administrativas, civis ou mesmo penais pelas empresas.

A sociedade hoje se converge em uma dinâmica de ambientes complexos e de informações contraditórias que exigem tomadas de decisões cada vez mais rápidas e que representam riscos, principalmente no ambiente de negócios, que acaba por se tornar um produtivo campo para o desenvolvimento de condutas ilícitas.

Isso reflete, por conseguinte, no próprio mercado financeiro e no funcionamento das empresas e do Estado. Logo, o que se verifica hoje é uma relação simbiótica e cíclica de enredamento entre Estado e Empresas. Aquele, movimenta-se para regular e fiscalizar um ambiente financeiro, econômico e tecnológico de grandes complexidades. Amplia, desta forma,

a atuação de agências reguladoras cada vez mais técnicas para a fiscalização e com maior poder regulatório. As empresas, por sua vez, buscam se adaptar às progressivas exigências do Estado regulador e, igualmente, aos ambientes complexos da modernidade, visando viabilizar sua atuação.

Ocorre que os executivos que detêm o poder de decisão dentro de uma corporação normalmente não detêm conhecimento técnico jurídico suficiente para verificar a viabilidade de sua decisão perante o ordenamento jurídico ao qual está sujeito. Embora hoje esses executivos saibam que os riscos legais e de *Compliance* são uma realidade empresarial, eles ainda pouco têm uma real compreensão destas ameaças.

Isso se deve, antes de tudo, pela novidade de tais ameaças. Além disso, estes executivos possuem muita formação operacional e de negócios, e pouca formação em gerenciamento de riscos. Para executivos acostumados com o *business*, as discussões nesta seara são muito mais atrativas do que as discussões legais e regulatórias (KURER, 2015, p. 13–14). Essas razões culminam à necessária consulta a profissionais da área que podem emitir seus respectivos pareceres sobre a legalidade de um ato, bem ou serviço (DASSAN, 2017, p. 23).

Em ambientes empresariais complexos, muitas vezes a incerteza da legalidade de determinadas condutas acaba prevalecendo, de maneira que se passa a adotar uma política interna baseada em lógica atuarial de gestão de riscos, onde se analisa os benefícios da conduta levando-se em conta a possibilidade dessa conduta posteriormente ser tida como ilícita e suas respectivas consequências (DASSAN, 2017, p. 25).

Trata-se de uma análise econômica do direito, calcada na teoria da escolha racional desenvolvida inicialmente por Gary Becker (1974), e que consiste na ideia de que “o indivíduo, em determinadas situações ou diante de certos incentivos, faz uma análise racional entre o que ele espera ganhar com a conduta – o benefício – que pode ser dinheiro, poder, entre outros, e o custo a ser por ele suportado” (DASSAN; GIL; FONSECA, 2016, p. 395), que por sua vez pode consistir na probabilidade de sofrer uma persecução penal e ser efetivamente punido.

Em se tratando de um contexto empresarial isso se torna ainda mais saliente, na medida em que o objetivo maior neste meio é justamente a obtenção do maior lucro possível (maximização da utilidade esperada – benefício), que acaba por ser ponderada dentro da própria avaliação de riscos (*risk assessment*).

A ideia da escolha racional é incorporada na chamada nova criminologia administrativa – termo cunhado por Jock Young (1993) – que passa a enfrentar a criminalidade como uma realidade racional e oportunista, trabalhando na prevenção situacional do crime, manipulando o ambiente, influenciando na decisão do potencial criminoso mediante a análise das oportunidades facilitadoras da ação delitiva e dos riscos nela envolvidos. Para isso, aplica-se, além da teoria da escolha racional, a teoria da atividade de rotina e da prevenção situacional.

É possível se verificar os conceitos da teoria da prevenção situacional (além da ideia da análise econômica do Direito Penal) no âmbito das empresas pelo próprio advento de programas e processos internos com o propósito de reduzir a oportunidade de se cometer delitos nas organizações. Ou seja, o próprio conceito dos programas de integridade também inclui ideias de prevenção situacionalⁱⁱⁱ, tendo vista que se trata de setores próprios da corporação responsável pela implementação de sistemas e mecanismos de controle e fiscalização interna para prevenção e até mesmo repressão de práticas ilícitas (DASSAN, 2017, p. 26).

Como agravante dessas águas tormentosas da realidade do mercado moderno, é necessário se ter em consideração o fator de incerteza jurídica. O que se verifica, conforme já explanado, é que a nova dinâmica em que o mundo econômico e social está inserido gera um novo panorama de ambientes jurídicos complexos, de maneira que a dificuldade na prevenção de condutas antinormativas não se limita a uma dificuldade de tutela por parte do Estado, mas principalmente de forma intrínseca às empresas.

Além de dita complexidade per se, é preciso considerar, ainda, o caos e o pluralismo legal decorrente do conflito da multiplicidade de fontes normativas, como por exemplo: conflitos entre leis de diferentes entes federativos; entre normas de diferentes agências reguladoras; entre normas nacionais e internacionais; conflitos decorrentes de *soft law* do âmbito do mercado; entre outras. Essa realidade dificulta em ter a certeza de que se está agindo em conformidade com toda a ordem legal dentro de uma empresa. Embora exista, por parte dos executivos, um conhecimento generalizado acerca das questões legais locais por estas já estarem neles internalizadas, este pluralismo e uma ordem jurídica globalizada impedem os dirigentes de agirem sozinhos sem um apoio pericial jurídico e de integridade na condução de suas empresas (KURER, 2015, p. 18–22 e 39).

As empresas hoje devem, em regra, atentarem-se para as chamadas “*big nine*”, que são as principais legislações afetas ao mercado, entre elas: as legislações anticorrupção (não somente a brasileira – Lei 12.846/2013 - como também, v.g., a FCPA; SOX e *UK Bribery Act*); legislações antitruste (como por exemplo a Lei nº 12.529/2011); leis de prevenção à lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1988, com as modificações da Lei nº 12.683/2012); as de proteção ao consumidor, as de fraudes corporativas, tributárias, trabalhistas e de proteção ambiental, todas muito atreladas, direta ou indiretamente, a consequentes ilícitos penais. Além dessas legislações e regulações emitidas por agências reguladoras, as empresas devem ainda apreciar e cumprir as regras de governança (como *guidelines* e regras internas), contratos, autorregulação (normativas criadas pelo próprio setor), *soft laws* e regras auxiliares (KURER, 2015, p. 74-82; 97-99). A tudo isso deve se dar uma minuciosa atenção o setor de integridade.

Uma grande preocupação que permeia a temática de *Compliance*, seja na doutrina, seja no judiciário ou mesmo no legislativo, é justamente o que se considera como um programa efetivo de *Compliance* para a aplicação da lei penal. Uma das discussões reside no fato de que muitas empresas poderiam instalar departamentos de *Compliance* tão somente para evitar a responsabilidade penal, deixando-se de lado a intenção das boas práticas ou até mesmo para se praticar crimes dolosamente, fugindo da responsabilização criminal, o que tem dificultado a evolução legislativa neste sentido. Daí a importância de um delineamento de um modelo efetivo.

O conceito e modo de funcionamento de um programa de *Compliance*, contudo, não é de fácil definição. A variedade de riscos é enorme e cada empresa possui suas respectivas particularidades. A tarefa das empresas não é cumprir especificamente com o direito penal, mas sim contar com mecanismos de gestão e controles internos que as permitam cumprir com toda a normativa atinentes, de maneira muito mais abrangente do que propriamente evitar delitos de natureza penal (NIETO MARTÍN, 2013, p. 27; SIEBER, 2013, p. 08).

Além da variação de acordo com a natureza da atividade, o *Compliance* tem um alcance além da questão estritamente jurídica, envolvendo riscos de outras naturezas, como na área de finanças, economia, contabilidade, entre outras. Há um grande envolvimento, também, de uma esfera comportamental atrelada à promoção de condutas íntegras, éticas, em todos os níveis

internos da empresa, por meio da comunicação, treinamentos e sanções (KURER, 2015, p. 140, 189–190).

Há hoje movimentos concretos para o estabelecimento de diretrizes gerais norteadoras da estruturação de programas de cumprimento, sempre devendo, ainda assim, levar em consideração as peculiaridades de cada empresa, que são as mais indicadas para determinar os riscos inerentes às suas atividades e, assim, prover melhores formas e soluções de cumprimento (KURER, 2015, p. 61).

Os estândares que dão uma base sólida para a composição de um efetivo programa de cumprimento hoje podem ser extraídos de diversos documentos legais e regulamentares, além da doutrina e diversas diretrizes de órgãos públicos. Neste sentido, o Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei nº 12.846/2013, determina uma série de parâmetros que deve ter um programa de integridade. Igualmente, em âmbito estrangeiro, as *Sentencing guidelines* dos EUA fornecem algumas diretrizes sobre o que deve conter um programa de *Compliance*, além das diretivas contidas na *Foreign Corrupt Practices Act* e *Sarbanes-Oxley*, para citar alguns exemplos. De grande importância, ainda, os *frameworks* COSO e também ISO, que fornecem definições padrões de controle interno e gerenciamento de riscos, por exemplo.

Um programa de *Compliance* está assentado em três pilares: prevenção, detecção e informação. A partir destes pilares que se vai estruturar o programa, que passará por etapas de desenho, implementação e controle interno, contendo diversas tarefas, tais como: (a) o pré-estabelecimento dos objetivos empresariais, definindo os valores da instituição. A partir disso, a realização da (b) correta avaliação e identificação dos riscos correspondentes à atividade desenvolvida pela empresa, incluindo os delitos mais prováveis de serem cometidos, os setores da empresa mais afetados e a eficiência das medidas de controle existentes. Definidos os riscos, é necessária (c) a criação de códigos éticos e de condutas e políticas internas, com sua consequente (d) publicidade e divulgação interna das disposições a serem seguidas e respeitadas por todos os colaboradores da empresa, em paralelo a uma (e) formação e capacitação para assegurar-se que todos os funcionários são competentes para cumprir com sua função em consonância com os valores éticos e normativos.

Imprescindível, ainda, a (f) delimitação dos âmbitos de competência, ou seja, uma correta distribuição e configuração das posições e funções de cada pessoa física e

departamentos intraempresariais. Delimitar com clareza cada esfera de competência para cada processo na empresa e, assim, (g) criar mecanismos de comunicação interna, de detecção e sanção, ou seja, criar canais de comunicação interna para assegurar uma gestão de conhecimento, onde a cúpula diretiva deve receber toda informação de riscos relevantes (*bottom-up*) e, igualmente, sistemas de investigações internas com canais de denúncias e de *whistleblowing* e consequentes sanções disciplinares.

Por fim, é necessário, ainda, uma (h) avaliação periódica da eficácia do sistema e a (i) documentação das atividades de *Compliance*, inclusive para a própria defesa da entidade perante as autoridades oficiais^{iv}.

A função dos programas de integridade está intimamente ligada às boas práticas e prevenção de ilícitos em prol da instituição empresarial. Entretanto, dentro de uma realidade em que se prima pela responsabilização penal das pessoas físicas - no caso, os sócios, administradores ou dirigentes das empresas - é necessário se averiguar qual o papel que tais programas de integridade podem desempenhar na estrutura de imputação penal a referidas pessoas, nomeadamente no que concerne à influência no elemento cognitivo do tipo subjetivo. Esta influência deve ser analisada sob o caráter de mecanismos de gestão e controles internos visando boas práticas para um efetivo programa que traga uma real e prática segurança jurídica aos empresários diante da realidade expansiva do direito penal.

4 O PAPEL DO COMPLIANCE NA CEGUEIRA DELIBERADA

O atual contexto social e econômico global já aqui previamente delineados confluem para uma mudança de paradigma na questão da responsabilidade das empresas. Isso serviu como catalisador dos programas de integridade que passaram a auxiliá-las a se amoldarem a essa nova cultura de cumprimento e ética no ambiente de negócios. Trata-se de um ambiente rigoroso voltado às boas práticas e à prevenção de ilícitos para cumprir, também, com uma função social que até então era coadjuvante no ambiente de negócios.

O ponto é que por trás da pessoa jurídica há indivíduos sobre os quais recaem as mesmas exigências, posto que a organização é gerida pelas pessoas individuais, as quais diariamente tomam decisões que se consubstanciam na atuação da empresa perante a comunidade e o

Estado. Da mesma forma que incide a responsabilidade jurídica à instituição, incide também aos dirigentes desta. Na seara criminal de maneira ainda mais sensível aos indivíduos, como já explanado, especialmente diante de um progressivo anseio em se punir pessoas por condutas lesivas a bens jurídicos coletivos e difusos.

Por essa razão há de se falar também em um papel essencial dos programas internos de integridade em oferecer o suporte de boas práticas e segurança aos dirigentes e não somente à instituição como um todo. Assim, dois vieses são importantes: primeiramente sob o ponto de vista do dirigente da empresa, no sentido de um programa de *Compliance* lhe fornecer maior segurança em suas tomadas de decisões e, ainda, sob o ponto de vista judicial, em fornecer ao aplicador da lei – e também, quiçá, ao próprio sujeito alvo de uma eventual persecução criminal - maior suporte probatório acerca do conhecimento pelos dirigentes dos elementos circunstanciais que compõem a situação fática em que se atribui um delito.

Trata-se de uma intersecção entre *Compliance* e processo penal. A própria empresa poder oferecer o suporte probatório para dirimir questões obscuras, especialmente no tocante ao ponto da cegueira deliberada. Importante salientar, entretanto, que não se trata de fornecer documentos sigilosos ou uma prova contra si, questões ainda muito controvertidas no tocante ao *Compliance* e que aqui não cabe adentrar-se. Trata-se, sim, de demonstrar que a empresa possui um eficiente programa de *Compliance* que auxilia de maneira adequada todos os seus colaboradores.

A busca pela minimização de riscos de uma possível “cegueira deliberada” corresponde à busca por um programa efetivo de *Compliance*. Um setor estruturado que atua adequadamente é capaz de viabilizar o acesso às informações e conhecimentos necessários sobre os elementos que compõem uma determinada operação de negócios por parte do dirigente. De outra banda, demonstra ao Estado o comprometimento pelo sujeito em estar em conformidade e pelo atuar de maneira lícita. Diminui, neste sentido, a subjetividade e discricionariedade do julgador na análise *ex post* acerca do conhecimento das informações e do atuar em si do agente no momento do fato, de maneira a reduzir seus vieses cognitivos.

No tocante ao ponto da cegueira deliberada, a práxis jurisprudencial pátria tem demonstrado uma tendência em responsabilizar penalmente o sujeito quando este não tem conhecimento do ilícito de fundo envolvendo uma operação, e se presume que ele não quis

saber acerca deste fato, mesmo não havendo provas em concreto acerca de tal desiderato. O *Compliance* pode ter o condão de trazer uma segurança jurídica na interpretação de suas decisões pelos órgãos de persecução penal, e não tão somente evitar que essa situação de ignorância efetivamente ocorra.

Nesta senda, interessante mencionar um exemplo: a própria FCPA prevê a cegueira deliberada em seu Título 15, seção 78dd-1(f)(2)(B), quando considera que o conhecimento da existência de uma circunstância particular para o cometimento de uma ofensa está presente quando o sujeito tem ciência de que há uma alta probabilidade da existência de tal circunstância^v.

Este pequeno exemplo demonstra a necessidade dos responsáveis pelo *Compliance* se atentarem a este fato, estando sempre conscientes da possibilidade da ocorrência da cegueira deliberada no cotidiano da empresa, tendo em vista a grande dificuldade em se reunir e trabalhar com incontáveis informações diárias, devendo, portanto, tomar todas as precauções para evitá-la.

O ponto inicial vital para seguir este caminho é o comprometimento absoluto da alta administração da empresa com o programa, de maneira que esta deve estar completamente alinhada com o setor, dentro dos ditames de “*tone at the top*”^{vi} e de governança corporativa. A cúpula da empresa deve participar do desenho e implementação do programa, colaborando desde com a criação dos códigos de conduta e ética até da avaliação de riscos – demonstrando conhecer, assim, seu negócio (*Know Your Business*) -, e sempre acompanhar a atividade constante de controle interno realizada pelo setor, recebendo os relatórios e incluindo os responsáveis nas reuniões e assembleias, por exemplo.

Todo este comprometimento, por si só, já tem a capacidade de demonstrar, *a priori*, que os dirigentes estão engajados em não se envolver em atividades ilícitas. Ao contrário, uma falta de comprometimento e descaso ao *Compliance* pode vir a ser interpretada como uma tendência da administração em “tapar os olhos” deliberadamente a situações suspeitas diversas na empresa. Para se ter ideia da importância da cegueira deliberada e do *tone at the top*, as *Sentencing guidelines*^{vii} considera ineficaz um programa de integridade se um indivíduo de elevado cargo de diretoria de uma pequena empresa, ou com uma substancial autoridade, mas não de elevado cargo de diretoria, de qualquer organização, participar, tolerar ou deliberadamente ignorar um

ilícito. Este critério condiz com a avaliação dos tribunais norte-americanos acerca do compromisso dos dirigentes em promover uma cultura organizacional ética. Para firmar o devido “*tone at the top*”, nos termos da própria *Sentencing guidelines*, a administração, no exercício de suas funções, deve promover uma cultura organizacional que encoraje a conduta ética e o compromisso com a lei (STUCKE, 2014, p. 805–806).

Uma das tarefas precípuas do programa e de manifestação do “*Know your business*” é a prévia e devida avaliação de riscos. Elemento básico e imprescindível de qualquer programa de integridade, e que permite alocar racionalmente os recursos preventivos da empresa aos riscos relevantes (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 153). Para o devido mapeamento dos riscos, é preciso conhecer bem as leis e os marcos regulatórios afetos aos negócios da organização. Aqui, mais uma vez, exige-se o engajamento da alta administração e diretoria da empresa. É a partir da matriz de riscos que se facilita a emissão de “*red flags*” em situações suspeitas a todos os colaboradores da empresa. Com o conhecimento da matriz de riscos e da situação suspeita, mitiga-se a ausência de informações necessárias para realizar uma operação.

Nesta perspectiva, bem esclarece Adán Nieto (2015a, p. 161) que a análise de riscos com caráter geral é uma ferramenta de informação indispensável para que o conselho de administração ou a direção da empresa possa efetuar sua política de riscos e tomar decisões de maneira diligente. Aduz, ainda, que em relação aos riscos penais, constitui um documento essencial para a defesa da entidade e, como já exposto aqui, igualmente para a defesa dos dirigentes.

Consolidado o desenho e implementado o programa, outra tarefa de grande importância é o treinamento de todos os colaboradores, incluindo a alta cúpula da empresa. Um devido e constante treinamento de integridade e cumprimento, alinhado com a conscientização do mapa de riscos real da organização, permite reduzir posteriores condutas antiéticas e mesmo ilícitas não apenas dolosas como também negligentes, instigando a atenção de todos os colaboradores às situações sensíveis no dia-a-dia de suas atividades.

Na primeira parte deste trabalho mencionou-se alguns exemplos de situações que, sendo posteriormente aferido um ilícito envolvendo uma operação da empresa, poderia haver uma interpretação de cegueira deliberada por parte das pessoas envolvidas. É o caso, por exemplo, de pagamentos efetuados a intermediários em operações realizadas em países de alta percepção

de corrupção onde é verificado posteriormente o pagamento de suborno a autoridades governamentais; contratação de fornecedores de insumos extraídos de maneira ilegal; fraudes fiscais realizadas por contadores terceirizados; ou a realização de operações financeiras suspeitas em prol de um cliente; entre outras.

Todas essas situações envolvem uma prática ilícita praticada diretamente por um terceiro, mas que tem uma relação com a empresa contratante nas operações sob suspeita. Geralmente são essas ocasiões as mais propícias para um atuar em cegueira deliberada ou uma suspeita de que um dirigente assim tenha atuado. Por conseguinte, são nessas situações que o *Compliance* pode ter um papel mais ativo na mitigação destes riscos.

Com o programa já desenhado e implementado, na etapa operacional do controle interno diário, o setor de *Compliance* deve realizar a devida diligência (*due diligence*) em todas as relações com terceiros, sejam eles fornecedores, parceiros ou mesmo clientes. Geralmente esta devida diligência se compõe em três fases: (a) pré-contratual, onde se deve coletar todas as informações possíveis a respeito do terceiro; (b) contratual, onde se deve estabelecer cláusulas contratuais que permitem a rescisão unilateral pela contratante, ser ressarcida por eventuais prejuízos decorrentes de práticas ilícitas e a possibilidade de supervisionar suas atividades; (c) pós-contratual, onde se mantém uma constante supervisão das atividades (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 361).

Adán Nieto (NIETO MARTÍN, 2015b, p. 360), com muita propriedade, afirma que, no caso de responsabilidade individual, a devida diligência serve como meio de prova para desmontar a afirmação de que haviam fechado os olhos ante a possibilidade de ocorrência de fatos delitivos, ou que os indícios não eram assim tão evidentes. No que concerne à questão do dolo eventual, a *due diligence* serve como argumento de defesa, mostrando que não se aceitava a participação no risco da produção de um resultado delitivo.

Demonstrar a devida prévia diligência, comprovando-se que se adotou os padrões comuns exigidos, e que todas as informações coletadas foram repassadas a todos os envolvidos na empresa, é capaz de excluir a “elevada probabilidade da ocorrência de um ilícito de fundo”, não gerando, assim, um risco juridicamente reprovável, em especial pelos dirigentes, afastando-se, desde logo, a imputação objetiva sobre o sujeito.

A compartimentalização de informações na complexa estrutura da empresa pode gerar uma falta de conhecimento pelos dirigentes responsáveis pelas tomadas de decisões na empresa capazes de culminar em uma falha ilícita e, assim, ser interpretada como uma espécie de autocolocação deliberada em ignorância.

O setor de *Compliance*, logo, deve servir como agregador de informações de riscos que devem ser repassados a todos os interessados em obtê-las. A documentação a todos os níveis pelos responsáveis pelo departamento é de suma importância, tanto para cientificar os dirigentes sobre os riscos, quanto como meio de prova de que foram adotados todos os mecanismos comuns de devida diligência, ou seja, de que toda a atuação por parte dos sujeitos da empresa se deu em níveis de riscos permitidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mercado global da atualidade, como reflexo de uma sociedade de uma modernidade de crises, encontra-se em um momento de grande profusão, reflexão e inflexão. Novas demandas e novas formas de se encarar o mundo dos negócios tem exercido pressão no funcionamento das empresas. Conceitos como “cultura de *compliance*”; “ética corporativa”, “fazer a coisa certa” e “função social da empresa” emergem dando um novo sentido para o papel do mercado econômico na sociedade.

Embora se possa extrair diversas consequências positivas destas mudanças de paradigmas, existe um outro lado no sistema jurídico que exige uma cautela maior. Em momentos de incertezas, há uma maior tendência em resolver os novos problemas sem a devida atenção à técnica jurídica. Para o direito penal, ramo de *ultima ratio* e que carece de maiores rigores, tal panorama é ainda mais sensível.

Na ânsia de se responder a qualquer custo as exigências da sociedade por responsabilidades decorrentes de condutas ilícitas, corre-se o risco de se furtar dos princípios basilares do direito penal. E é nesta exata corda suspensa da dogmática que se caminha o sistema jurídico-penal ao aplicar teorias que não se amoldam devidamente ao ordenamento pátrio para se alcançar condenações a qualquer custo.

A teoria da cegueira deliberada, da forma como vem sendo aplicada, como restou demonstrado, é um exemplo concreto deste fenômeno. Cabe à doutrina procurar realinhar e ajustar essa anomalia, aplicando conceitos dogmáticos técnicos e necessários. Em paralelo, é possível procurar utilizar mecanismos práticos para evitar uma persecução penal expansiva e desmoderada. Dessa forma é possível voltar os olhos aos mecanismos de *Compliance*, maneira positiva de se tentar lidar com as novas demandas sem fulminar direitos fundamentais e basilares, embora também em estágios embrionários.

É assim que, analisando o funcionamento dos programas de integridade, permite-se concluir que eles podem atuar como uma barreira de contenção eficaz aos anseios punitivistas na seara empresarial. Demonstrou-se, no presente trabalho, que um programa de *Compliance* idôneo pode ter um papel de suma importância na atuação segura daqueles que tomam decisões nas empresas, garantindo um atuar dentro dos âmbitos do risco permitido, e diminuindo o alvedrio e discricionariedade do judiciário no julgamento dos dirigentes. A devida demonstração da existência e funcionamento de um programa combativo em suas funções é capaz de formar elementos de prova suficiente para este desiderato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro. Aspectos penais e processuais penais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an economic approach. In: BECKER, Gary S.; LANDES, William M. (Eds.). **Essays in the Economics of Crime and Punishment**. [s.l.] : National of Economic Research, 1974. p. 1–54.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. A cegueira deliberada da common law à civil law e a apropriação (indébita) da teoria pelo judiciário: nova oportunidade ao ativismo judicial e o retorno à jurisprudência dos valores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 25, p. 17–35, 2017.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral. **A posição de garante no contexto empresarial: contributo ao estudo da responsabilidade do Compliance Officer**. 2017. Dissertação - Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

DASSAN, Pedro Augusto Amaral; GIL, Cassiano; FONSECA, Ricardo de Sousa. A nova criminologia administrativa. **Revista Jurídica**, [s. l.], v. 3, n. 44, p. 381–410, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1756/1148>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

GRECO, Luís. Dolo Sem Vontade. In: SILVA DIAS, Augusto; ALVES, João Lopes; BRITO, José de Sousa e (Eds.). **Liber amicorum de José de Sousa e Brito: estudos de direito e filosofia**. Coimbra: Almedina, 2009.

JABER, Ahmed. Hindsight-biased Courts and the Efficiency of the Legal System. [s. l.], 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2405218>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

KURER, Peter. **Legal and compliance risk: A strategic response to a rising threat for**

global business. New York: Oxford University Press, 2015.

LUCCHESI, Guilherme Brenner. **Punindo a culpa como dolo: o uso da cegueira deliberada no Brasil**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **Derecho penal económico y de la empresa. Parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MUÑOZ CONDE, Francisco José. La superación del concepto objetivo-formal de autoría y la estructura de las organizaciones empresariales. **Lusíada**, [s. l.], v. 3, p. 57–67, 2005.

NIETO MARTÍN, Adán. Autoría y participación en el derecho penal económico. **Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales**, [s. l.], 2002. Disponible en:
<<http://www.uclm.es/idp>>

NIETO MARTÍN, Adán. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina (Eds.). **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. Código ético, evaluación de riesgos y formación. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Eds.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. a.

NIETO MARTÍN, Adán. Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo. (Adán NIETO MARTÍN, Ed.) **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán. La prevención de la corrupción. In: NIETO MARTÍN, Adán et al. (Eds.). **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015. b.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Mejor no saber: Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal. **Discusiones**, [s. l.], v. 13, n. 2, p. 11–38, 2013.

SERRA, Teresa. Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas: a propósito dos

critérios de imputação previstos no regime geral do ilícito de mera ordenação social e em diversos regimes especiais: problemas de (in)constitucionalidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, [s. l.], v. 1, n. 9, 1999.

SIEBER, Ulrich. Programas De “Compliance” En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: **El derecho penal económico en la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 63–109.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A aplicação da teoria da cegueira deliberada nos julgamentos da Operação Lava Jato. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [s. l.], v. 24, n. 122, 2016.

STUCKE, Maurice E. In Search of Effective Ethics & Compliance Programs. **Journal of Corporation Law**, [s. l.], v. 39, 2014.

TODARELLO, Vincent. Corporations Don’t Kill People - People Do: Exploring the Goals of the United Kingdom’s Corporate Homicide Bill. **New York Law School Law Review**, [s. l.], v. 46, p. 851–865, 2003. Disponível em: <<http://www.nylslawreview.com/wp-content/uploads/sites/16/2013/11/46-3.4.Todarello-Case-Comment.pdf>>

VILA, Ivó Coca ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Eds.). **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013

YOUNG, Jock. El fracaso de la criminología: la necesidad de un realismo radical. In: **Criminología crítica y control social**. Rosario: Juris, 1993. p. 7–41.

ⁱ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ⁱⁱ Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

ⁱⁱⁱ “A prevenção situacional compreende medidas de redução da oportunidade criminosa que não abrange toda a gama de delitos possíveis, envolvem a gestão, design e manipulação do ambiente imediato, em uma forma sistemática e permanente, e que tem por objetivo tornar a prática de crimes mais difícil e arriscada, removendo-se as vantagens idealizadas pelo agente. Para tanto, há um extenso número de meios, como a

vigilância, os obstáculos físicos, os controles de acesso, desviar o delinquente do alvo, eliminar ou reduzir o benefício potencial de um delito e controlar outros instrumentos que sirvam para cometer delitos” (DASSAN; GIL; FONSECA, 2016, p. 399).

^{iv} Tais elementos são extraídos da doutrina, e tratam-se de elementos gerais e básicos que constituem um programa de integridade. Como exemplo, cita-se: SIEBER, Ulrich. Programas De “Compliance” En El Derecho Penal De La Empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: **El derecho penal económico en la era de la compliance**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 08-09. VILA, Ivó Coca ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Eds.). **Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 55-59 e NIETO MARTÍN, Adan. Fundamentos y estructura de los programas de cumplimiento normativo. (Adan NIETO MARTÍN, Ed.) **Manual de cumplimiento penal en la empresa**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2015, p. 129-132.

^v FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-portuguese.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2017.

^{vi} A expressão *tone at the top* descreve a necessidade de o topo da empresa e do conselho estabelecer uma cultura ética a partir de cima e que guie todo o resto da empresa. Trata-se de uma das mais difíceis missões da liderança de uma empresa: fazer uma mensagem chegar à toda a empresa, ouvida e compreendida. Se a liderança de uma companhia for falha em sua integridade, provavelmente toda a organização é corrupta (KURER, 2015, p. 231).

^{vii} As *Sentencing Guidelines* são diretrizes para a formulação de sentenças federais elaborada pela *Sentencing Commission* do poder judiciário norte-americano, onde dedica, em seu capítulo oitavo, à individualização das sanções das pessoas jurídicas, prevendo a diminuição das sanções caso a empresa tenha implementado programas apropriados de *Compliance*.

PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO *COMPLIANCE OFFICER*

PREMISES OF CRIMINAL RESPONSIBILITY OF COMPLIANCE OFFICER

Renata Pereira Mayrink

Mestranda em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

renatapmayrink@gmail.com

Henrique Viana Pereira

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

henriquepenal@gmail.com

Resumo: O crescente desenvolvimento econômico e tecnológico que se tem vivenciado na modernidade ocasionou, para além de consequências benéficas, um incremento e o surgimento de novos riscos para a sociedade. Como resultado, houve o aumento no sentimento de insegurança social, que encontrou no Direito Penal a solução para seus anseios. Tem-se verificado, portanto, uma expansão e antecipação da tutela penal, principalmente em direção aos crimes cometidos no âmbito empresarial. Nesse contexto, os *compliance programs* se tornaram importante instrumento utilizado pelas pessoas jurídicas para prevenção de delitos. A responsabilidade penal por omissão imprópria pelos crimes cometidos no desenvolvimento da empresa, que recai originariamente nos diretores das entidades empresariais, responsáveis por conter eventuais riscos gerados com a atividade da organização, é, por meio da implementação de programas de boas práticas empresariais, delegada aos *compliance officers*, que assumem, contratualmente, a responsabilidade de impedir a ocorrência de infrações no âmbito empresarial, apropriando a função de garante. Contudo, não se pode imputar infrações penais a estes agentes observado apenas o cargo que ocupam na pessoa jurídica, necessárias são a análise quanto ao alcance das funções assumidas e a real possibilidade de desempenho, e a reflexão em relação aos princípios da causalidade e culpabilidade. Atualmente não há uma delimitação do alcance da possibilidade de responsabilização penal dos agentes responsáveis pelas políticas de boa governança, gerando insegurança jurídica. Destarte, o objetivo deste artigo é analisar, por

meio da pesquisa exploratória doutrinária, as premissas da responsabilidade penal do *compliance officer* no contexto de um Direito Penal de respeito a garantias.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Compliance officer. Responsabilidade penal. Princípio da causalidade. Princípio da culpabilidade.

Abstract: The growing economic and technological development that has been experienced in modernity has caused, in addition to beneficial consequences, an increase and the emergence of new risks for society. As a result, there is an increase in the feeling of social insecurity, which found in Criminal Law the solution to their desires. Therefore, there has been an expansion and anticipation of criminal protection, especially towards crimes committed in the business sphere. In this context, compliance programs have become an important tool used by legal entities to prevent crime. The criminal responsibility for improper omission for crimes committed in the development of the company, which falls originally in the directors of the business entities, responsible for containing any risks generated by the activity of the organization, is, through the implementation of programs of good business practices, delegated to the compliance officers, who are contractually responsible for preventing the occurrence of infractions in the business sphere, taking over the role of guarantor. However, it is not possible to impute criminal offenses to these agents, observing only the position they occupy in the legal entity, necessary are the analysis as to the scope of the functions assumed and the real possibility of performance, and reflection on the principles of causality and culpability. There is currently no delimitation of the scope of the criminal accountability of the agents responsible for good governance policies, generating legal uncertainty. The objective of this article is to analyze, through the doctrinal research, the premises of the criminal responsibility of the compliance officer in the context of a Criminal Law of respect to guarantees.

Keywords: Society of risk. Compliance officer. Criminal responsibility. Principle of causality. Principle of guilt.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade hodierna, marcada por um intenso desenvolvimento tecnológico e econômico, experimenta o surgimento de novos riscos como uma consequência indesejada do processo de modernização. Com a expansão dos novos riscos há um crescimento no sentimento de insegurança, pois a sociedade passa a lidar com situações até então desconhecidas e de consequências ainda indetermináveis, aumentando a demanda por proteção e rigidez de controle. Nesse contexto, o Direito Penal tem sido o principal instrumento de gerenciamento dos riscos modernos.

Diante da expansão de um modelo de intervenção penal preventivo, a figura do *criminal compliance* surge como uma forma de contenção de riscos nas organizações empresariais. Há uma tentativa, através desse instituto, de se antecipar a um direito penal já antecipado, buscando formas eficazes de evitar a responsabilização criminal da organização e seus dirigentes. Trata-se, assim, de um instrumento para prevenção de delitos no âmbito das pessoas jurídicas através da implementação de mecanismos, controles e procedimentos internos voltados à orientação de condutas.

A complexidade das companhias sempre tornou difícil a estipulação de responsabilidade pelos crimes cometidos em decorrência de suas atividades, e com a possibilidade de delegação das funções de garante aos *compliance officers* esse problema se torna ainda mais profundo. Surge então uma indagação: como delimitar as imputações penais por delitos cometidos no âmbito empresarial, em especial quando há delegação da função de garante?

O que se discute atualmente é a possibilidade de responsabilização criminal do *compliance officer* por omissão imprópria na condição de garantidor, já que, tendo como função primordial o desenvolvimento de políticas e estratégias de prevenção de delitos, cuja finalidade é evitar que ações praticadas no âmbito da pessoa jurídica se subsumam aos tipos penais vigentes, teria ele assumido por contrato a responsabilidade de impedir a ocorrência de crimes.

A responsabilidade criminal do funcionário deve preencher alguns pressupostos. Inicialmente se faz necessária análise quanto ao alcance da função de garante materialmente assumida. Neste contexto, apenas poderia ser responsabilizado criminalmente o *compliance*

officer se, podendo e devendo efetivamente agir no caso concreto, se omite permitindo a conduta ilícita. Relevante ainda é a análise em relação aos princípios da causalidade e culpabilidade, evitando-se que haja a imputação delitiva ao *compliance officer* simplesmente levando-se em consideração a posição ocupada na organização.

Historicamente, e ainda hoje, o papel do Direito Penal é a limitação do punitivismo estatal. Assim sendo, diante de um contexto atual de expansão da tutela penal para o âmbito econômico, é imprescindível a reafirmação das garantias penais tradicionais para a correta responsabilização dos agentes envolvidos, sem que se apele para o simbolismo penal.

2 DIREITO PENAL ECONÔMICO NA SOCIEDADE DE RISCO E O SURGIMENTO DO COMPLIANCE

Os institutos jurídicos surgem inseridos em determinado contexto e momento social, que merecem ser objeto de estudo para que haja uma melhor compreensão daqueles. Nesta toada, faz-se necessária uma breve análise sobre o período de surgimento de um novo Direito Penal com características peculiares e distintas das que predicam o Direito Penal clássico.

O crescente desenvolvimento econômico e tecnológico vivenciado na modernidade tardia foi acompanhado pelo surgimento de novos riscos sociais, gerando um aumento no sentimento de insegurança (BECK, 2011, p. 23). O progresso técnico-científico gerou não apenas consequência benéficas, mas também repercussões negativas que geram o risco de danos à sociedade, é o que diz Silva Sánchez:

Desde la enorme difusión de la obra de Ulrich Beck, es un lugar común caracterizar el modelo social postindustrial en que vivimos como <<sociedad del riesgo>> o <<sociedad de riesgos>> (Risikogesellschaft). En efecto, la sociedad actual aparece caracterizada, básicamente, por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Como también las tiene la dinamicidad de los fenómenos económicos. Sin embargo, conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del riesgo de procedencia humana como fenómeno social

estructural. Ello, por hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera. (SILVA SÁNCHEZ, 2001, p. 27).

Apesar de haver outros meios de proteção social, distintos dos meios próprios do Direito Penal, menos lesivos para os cidadãos, e, com frequência, mais eficazes (MIR PUIG, 2003, p. 109), a sociedade encontrou a solução para o controle dos novos perigos sociais, principalmente, no Direito Penal.

O Estado, com o fim de evitar delitos, poderia arbitrar medidas quase ilimitadas que, do ponto de vista daquele que vai ser castigado, poderiam ser consideradas como menos gravosas. Assim, por exemplo, para evitar a fraude fiscal, poderia incrementar a pressão fiscal formal sobre todos os cidadãos, criando múltiplas obrigações contábeis e abolindo, em absoluto, o sigilo bancário; ou para que não ocorressem condutas de administração desleal de sociedades, poderia estabelecer mecanismos de controle externo, encarregando a administração da fiscalização da legalidade das diversas decisões adotadas pelos órgãos de direção das empresas. Da perspectiva do sujeito que vai ser sancionado, tudo isso pode ser considerado como menos gravoso do que a pena a lhe ser imposta (ZAPATEIRO *apud* SOUZA, 2011, p. 122)

O que se observa é uma tendência de adaptação do Direito Penal clássico à nova realidade social advinda com a globalização. Este ramo do Direito passou a, não apenas incorporar objetos de proteção que antes não eram penalmente relevantes, mas também a adotar novas técnicas de tipificação, cuja característica principal é a prematura tutela penal a um momento prévio à violação ou à colocação em perigo concreto do bem jurídico protegido (RAPOSO, 2011, p. 269). A partir dessa premissa surge a expressão Direito Penal da Sociedade de Risco (SILVEIRA, 2006, p. 97).

(...) fato inegável é que, na sociedade moderna, acaba sendo percebida, dentro de um contexto jurídico, a real “socialização” desses ricos, chegando ao fim de não se admitir nem mesmo a ocorrência de situações de perigo. Saindo e abandonando as consagrações tidas a partir do Estado liberal clássico, forma-se, agora, um Estado de prevenção, onde o risco e o perigo assumem papel fundamental na apreciação penal. (SILVEIRA, 2006, p. 48).

Renato Melo Jorge Silveira (2006, p. 91) afirma que, muito embora a criminalização das situações de perigo, típica do Direito Penal da Sociedade de Risco, não seja novidade no mundo jurídico, o abuso desse modo de tipificação de condutas tornou-se significativo nos últimos tempos, de modo que, para sanar os riscos modernos, tem-se verificado atualmente uma expansão e antecipação da tutela penal principalmente em direção aos crimes cometidos no âmbito econômico. O interesse na utilização de reformas legislativas na área penal para enfrentar a nova criminalidade, na tentativa de modernizar o Direito Penal, tem em vista o preenchimento dos espaços de impunidade que surgem com a sociedade de risco (NEVES, 2011, p. 45).

Sempre existiram normas sancionadoras de condutas que colocam em prejuízo a ordem econômica, contudo, o Direito Penal Econômico, enquanto conjunto de normas homogêneo, somente surgiu no século XX (SOUZA, 2011, p. 105). Ao incremento da criminalidade econômica, em caráter transnacional, as instâncias de controle estatal reagiram editando uma série de leis de conteúdo penal econômico (PALHARES, 2011, p. 147). A criminalidade empresarial apresenta-se em desmedida escalada, “ensejando uma nova perspectiva para a abordagem repressiva estatal” (WALKER JÚNIOR, 2016, p. 260), fazendo com que o Direito Penal Econômico esteja em constante adaptação.

De fato, o Direito Penal Econômico tem se adaptado, com bastante frequência, às novidades que lhe são impostas. Em curtíssimo espaço de tempo, verificou-se mutação em diversos setores penais, desde novo tratamento supraindividual, novos institutos, traçando o que Nieto Martín qualifica, no âmbito penal econômico, como darwinismo jurídico, ou seja, uma significativa adaptação do Direito Penal Econômico através das mais diversas situações e modelos econômicos verificados ao longo dos anos. Essa evolução, que passou por significativos momentos de tensão em

criminalizações várias, principalmente a partir da notável influência da *soft law* como nova modalidade de fonte, encontra-se, uma vez mais, em xeque com o advento do chamado *criminal compliance*. (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 66)

Apesar de ser considerado um ramo peculiar do Direito Penal, o Direito Penal econômico não pode se desvincular do clássico, e é positivo que mantenha essa relação para que também deva respeito aos princípios penais basilares, como princípio da legalidade, taxatividade, culpabilidade e demais institutos de garantias inerentes a todas as pessoas.

Nesse contexto, diante da expansão da tutela punitiva estatal, os *criminals compliance programs* se tornaram importante instrumento utilizado pelas pessoas jurídicas para prevenção de delitos, por meio da programação de condutas que diminuem os riscos causados pela atividade. Trata-se do desenvolvimento de políticas, normas e meios de fiscalização internos à pessoa jurídica com a finalidade de evitar a subsunção de condutas praticadas no contexto da atividade empresarial a tipos penais previstos em lei.

De uma forma geral, o *criminal compliance* é visto como instrumento de detecção e prevenção de delitos em decorrência da atividade empresarial, cujo objetivo precípua é evitar a responsabilização da Organização e de seus dirigentes.

Pode-se dizer que uma Organização “em *Compliance*” é aquela que, por cumprir e observar rigorosamente a legislação à qual se submete e aplica princípios éticos nas suas tomadas de decisões, preserva ileso sua integridade e resiliência, assim como de seus colaboradores e da Alta Administração. (SALLES, 2016, p. 98)

Com surgimento nos Estados Unidos, a adesão a *compliance programs* por pessoas jurídicas tem aumentado no Brasil nos últimos anos, devido tanto a um crescimento da participação brasileira no comércio mundial, quanto às inovações e alterações legislativas que têm valorizado esse instrumento de prevenção de delitos (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 114). São programas destinados a assegurar a observância da norma penal por parte dos protagonistas da atividade empresária (NEIRA, 2016, p. 469), e demonstrar incentivos para que a pessoa atue conforme a lei. Nesse sentido, os agentes decidem se vão cumprir as normas comparando os custos e benefícios esperados pelo *compliance* (BECKER, 2008, p. 42).

3 DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DO *COMPLIANCE OFFICER* NA CRIMINALIDADE EMPRESARIAL

A criminalidade que ocorre dentro das pessoas jurídicas revela uma dificuldade acerca da verificação correta da autoria, e, até mesmo, uma complicação para apurar o próprio fato criminoso, aumentando a importância dada ao *criminal compliance*, visto como uma maneira de redução da complexidade verificada na atividade empresarial (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 116).

Nesse sentido, observa-se que a atribuição de responsabilidades aos estratos superiores torna-se mais difícil quando a infração é perpetrada no âmbito das grades e complexas corporações, muitas delas de nível transnacional, em que o *iter criminis* esconde-se em um labirinto burocrático. Isso é bem evidente em crimes como a gestão fraudulenta ou temerária de instituição financeira, corrupção de funcionários públicos nacionais ou estrangeiros, lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, entre outros. (SOUZA, 2014, p. 54).

Este problema de delimitação da autoria é recorrente na dogmática penal, e a jurisprudência tende a simplificar as soluções, o que se torna perigoso em se tratando de situações-limite como a determinação da responsabilidade criminal pelo descumprimento de deveres (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 128), e a delimitação da responsabilidade individual no âmbito das grandes corporações.

Como es sabido, la criminalidad empresarial se caracteriza por algunas peculiaridades en el modo de realización delictiva, tales como la división funcional del trabajo en el plano horizontal, y la jerarquía en el plano vertical. (...) Por lo que se refiere al primer aspecto, parece evidente que, pese los esfuerzos vertidos por la doctrina penal para delimitar la responsabilidad penal en el ámbito de la empresa en sus diferentes estratos, los resultados siguen siendo ciertamente insatisfactorios. (CRESPO, 2009, p. 42 – 43).

Como salienta Bernardo Feijoo Sanchez (2012, p. 27) a emergência dessa nova realidade social e a problemática que surge com a configuração das pessoas jurídicas como organizações empresariais, muitas vezes multinacionais, com ampla dimensão e densa complexidade, não implica em uma impossibilidade de antemão de responsabilidade jurídico-penal das pessoas envolvidas no delito. O objetivo maior de toda a discussão em torno da delimitação da responsabilidade penal dos atores envolvidos na atividade empresária, é evitar o que se chama de “irresponsabilidade organizada”, ou seja, uma organização das responsabilidades que possibilite a existência de lacunas de impunidade, mas também se evitar o inverso, que seria a responsabilidade coletiva ou objetiva de todos os intervenientes da empresa (SOUZA, 2014, p. 54).

Atualmente é amplamente majoritária a doutrina favorável à possibilidade de responsabilização penal por omissão imprópria dos dirigentes das pessoas jurídicas pela não evitação dos delitos cometido por seus empregados (CRESPO, 2009, p. 52). Mas, ainda assim, não se pode conceber a imputação de delitos a agentes simplesmente pela posição que ocupam na organização, o que caracterizaria uma forma de responsabilização presumida.

“(...) o direito de exercer a punibilidade somente passa a existir a partir do momento em que houve uma conduta humana, típica e ilícita” (SALLES, 2016, p. 73) e, acrescente-se, culpável, cujo resultado seja penalmente relevante, devendo perpassar, portanto, pelas regras tradicionais de imputação do delito.

(...) a utilização do Direito Penal em novos setores importaria, segundo a Escola de Frankfurt, no sacrifício de garantias essenciais do Estado de Direito. Repudia-se o que se considera o abandono de uma estrita observância das regras de imputação objetiva e subjetiva e dos princípios penais e processuais penais de garantia elaborados pela Ciência Penal desde a Ilustração, em prol de uma duvidosa função preventiva que possa vir a desempenhar diante dos “riscos derivados das disfunções dos modernos sistemas sociais” (PÉREZ *apud* SOUZA, 2011, p. 125).

Ainda que o Direito Penal Econômico tenha rompido barreiras existentes no Direito Penal clássico, há premissas imprescindíveis para justificar a responsabilidade penal dos

envolvidos em um delito cometido no âmbito empresarial, dentre os quais se abrangem os dirigentes das organizações e os *compliance officers*.

3.1 Delegação das funções de garante pelo empresário ao *compliance officer*

Antes de se cogitar uma delegação das funções de garante aos *compliance officers* e sua responsabilidade penal por crimes comissivos por omissão cometidos no interior da corporação, deve se questionar a existência de uma posição de garantia pelos próprios empresários, porque o ordenamento jurídico pátrio não contempla, de forma expressa, ferramentas que possam delimitar a imputação penal aos empresários pelos fatos praticados em sociedade empresária complexa (GRANDIS, 2011, p. 336).

O desenvolvimento da empresa gera inúmeros e relevantes reflexos na comunidade, já que ela concentra a prestação de serviços, fornecimento de bens, geração de empregos, arrecadação fiscal e contribui para a interligação da economia de mercado. Neste diapasão, Henrique Viana (2014b, p. 144) ressalta que essa atividade “não pode ser tratada apenas como uma produtora de riquezas, mas também como um poder”.

Destarte, a autonomia que se concede ao empresário para desempenhar suas atividades em um contexto liberal possui uma contrapartida, que é o cumprimento pela pessoa jurídica de sua função social. “Os atos empresariais não devem apenas evitar fins antissociais, mas, além disso, devem estar em conformidade com a razão pela qual a livre iniciativa foi garantida e reconhecida: busca da dignidade e da justiça social” (PEREIRA, 2014b, p. 146).

Então, a empresa deixa de ser vista como um instrumento de satisfação egoística dos sócios e administradores da sociedade empresária, e passa a ser analisada dentro de um contexto social, eis que, sob o contexto de um Estado Democrático de Direito, as atividades devem ser voltadas para a realização de valores como a liberdade e dignidade e, por isso, não se permite que autonomia se confunda com alvedrio. (PEREIRA, 2014b, p. 147).

Ricardo Robles Planas (2016, p. 249-250) é certo ao expor que o dever do empresário de evitar condutas lesivas que surgem com a atividade empresarial se fundamenta

no fato de que com o exercício da empresa há uma assunção dos riscos de danos gerados pela própria atividade. De modo que é dever do empresário estabelecer mecanismos de organização que evitem a existência ou tornem os riscos toleráveis para a sociedade.

A ideia básica que fundamenta a posição de garantia dos órgãos de direção da empresa reside em que com o estabelecimento da organização o empresário assume o compromisso de conter aqueles riscos que venham a surgir da empresa para os bens jurídicos dos demais. Esta é a contrapartida da liberdade exercida mediante o estabelecimento da empresa. Resulta pacífico que a responsabilidade em comissão por omissão poderá ser fundamentada quando a empresa se converte em um foco evidente de perigos - pese a que inicialmente não o fosse -. (PLANAS, 2016, p. 249)

O artigo 13, §2º, do Código Penal brasileiro (BRASIL, 2018), trata da relevância causal da comissão por omissão, ou omissão imprópria, determinando que a omissão será penalmente relevante quando o agente, devia e podia agir para evitar o resultado. Em suma, a responsabilidade pelos crimes comissivos por omissão deve recair àqueles que possuem o dever de agir para impedir o resultado, garantidos, contudo se omitem. No âmbito empresarial o empresário-garantidor deve, portanto, de forma efetiva, e não apenas formalmente, agir no sentido de evitar danos causados pela empresa e evitar o cometimento de crime no desempenho da atividade, sob pena de, com a sua omissão, ser penalmente responsável pelos resultados.

O garantidor é, portanto, aquele que deveria agir para proteger a vítima do eventual resultado. Devendo responder por sua inação caso o resultado ocorra. Há, pelo que se pode depreender uma relação de causalidade entre o agente que não evita o resultado e o próprio resultado. Tal relação ocorre justamente por uma situação pretérita através da qual o sujeito ativo se incumbiu de atuar para que tal resultado não ocorresse. (SALLES, 2016, p. 72).

Naturalmente, é possível haver a delegações de funções nas pessoas jurídicas, principalmente em se tratando de corporações complexas. Os deveres de vigilância e controle da atividade, próprios da direção empresarial, podem ser delegados, e efetivamente o são, aos

compliance officers que assumem o dever de impedir a ocorrência de delitos na organização empresarial.

Contudo, segundo Robles Planas (2016, p. 247) os deveres assumidos pelos responsáveis pela implementação do programa de *compliance* são limitados, no sentido que não se apropriam da evitação da ocorrência de crimes, mas sim da função de avaliar os riscos da atividade, implementar um programa de conformidade às leis, vigiar o cumprimento do programa e, principalmente, informar à direção da empresa sobre eventuais riscos detectados e sua atividade.

Como define David Rechulski (2015), caberá ao *compliance officer*, responsável por coordenar a implementação das políticas de integridade da entidade empresarial e fiscalizar o seu cumprimento por parte dos funcionários, adotar políticas mitigadoras de riscos não apenas para a pessoa jurídica e seus gestores, mas também para a própria Administração Pública em face das entidades.

A posição do *compliance officer* ganhou relevância no âmbito penal a partir de uma sentença alemã do *Bundesgerichtshof* em 2009, na qual houve a atribuição de responsabilidade penal a um funcionário, tendo em vista o dever, decorrente de seu cargo, de evitar a ocorrência de delitos. Até então não se havia reconhecido a possibilidade de um funcionário responsável pela implementação, supervisão e controle de procedimentos internos em pessoas jurídicas, responder penalmente pelo descumprimento de seus deveres, daí inovação da referida decisão (PLANAS, 2016, p. 245-246).

A partir do momento que pessoas físicas que se encarregam do papel de supervisão, vigilância e controle das políticas de boa governança, se tornam penalmente responsáveis por crimes cometidos no interior da organização, torna-se necessária a delimitação dos pressupostos e alcance da responsabilidade penal desses profissionais, sob pena de insegurança jurídica (PLANAS, 2016, p. 245-246).

3.2 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* diante dos deveres assumidos

O setor de *compliance*, seja ele concentrado em uma pessoa ou uma junta de pessoas, é responsável apenas por coordenar a implementação das políticas de integridade na pessoa jurídica. Recebe, por delegação da direção empresarial, a responsabilidade de vigilância sobre as condutas praticadas e a atribuição de alertar aos setores competentes sobre risco da ocorrência de desvios (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 145). Deste modo, a posição de garante assumida, ressalte-se, não é completa, o *compliance officer* não assume a obrigação de impedir a ocorrência de delitos na organização (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 148).

A criação de um sistema de *compliance* não gera de modo automático a transferência da posição de garantidor ao funcionário, o que se cria é uma medida de cautela que impõe ao *compliance officer* a função de compilar e identificar os problemas e reportá-los aos órgãos diretivos para que esses tomem as decisões a respeito do que fazer (BUSATO, 2017, p. 20).

Assentado que também os deveres de controle e vigilância próprios da direção da empresa são suscetíveis de delegação, ao menos parcial, é precisamente neste marco onde entra em cena a figura do *compliance officer*: quem, entre outras coisas, assume a vigilância sobre o correto cumprimento do Direito nas diversas camadas da empresa e a transmissão das informações relevantes com respeito aos órgãos de direção. Certamente o *compliance officer* não tem faculdades executivas nem assume, com caráter geral, a obrigação de impedir delitos nos âmbitos submetidos à sua competência. Sua assunção é mais limitada: deve obter um conhecimento a respeito da conformidade ao Direito na empresa e, caso detectar que algo anda mal, deve transmitir o problema ao competente para que este o corrija.

Por conseguinte, o *compliance officer* não assume a completa posição de garantia de controle ou vigilância por delegação do órgão competente, tampouco é gerada nova posição de garantia com o mesmo conteúdo. O assumido pelo *compliance officer* constitui somente uma parte da posição de garantia, a saber, o dever de investigar e transmitir a informação ao órgão superior – autêntico competente primário da evitação de delitos na empresa. (PLANAS, 2016, p. 252)

Posição diversa, contudo, é defendida por Renato de Mello Jorge Silveira:

Não obstante isso, é de se ver que ele exerce, sim, um papel de delegado com poderes de garantia, e, por isso, seria plenamente responsável a título penal. A assunção desse

papel de garante, com todas as implicações que lhe são impostas, deu-se a livre título, e havendo as condições para o exercício de seu desempenho, o *compliance officer* mostra-se penalmente solidário a tudo de for seu mister cuidar, vigiar, controlar ou proteger, Caso, entretanto, não sejam fornecidas as condições ideais para seu trabalho, sua função será simulada, não se considerando, assim, válida a delegação. (SILVEIRA, 2016, p. 243).

Apesar da controvérsia acerca da abrangência do poder garantia desempenhado pelo *compliance officer* e os limites de sua responsabilização penal, é pacífico entendimento de que para que possa haver imputação de infrações aos *compliance officers* é necessário que este detenha poderes efetivos para cumprir as funções assumidas, caso contrário não se pode falar em posição de garantidor.

Destarte, a possibilidade de responsabilização do *compliance officer* por crimes cometidos no âmbito empresarial deve ser limitada ao incorreto desempenho dos deveres apropriados, que estão demarcados pelo alcance da delegação real e materialmente assumida (PLANAS, 2016, p. 253). Quer dizer, é necessário no caso concreto analisar, além da extensão da condição de garante avocada contratualmente ou legalmente, também as reais possibilidades de ação do funcionário para evitar a lesão ao bem jurídico, isso porque não basta para responsabilizar o garantidor, que ele deva agir para evitar o dano, mas também que ele efetivamente possa, no caso concreto, intervir (CUNHA; SOUZA, 2017). Nesse sentido:

(...) o encarregado pela conformidade deve omitir uma conduta contrária aos deveres assumidos, cuja realização, como mínimo, houvesse suposto uma obstacularização à comissão do delito. Em regra, tratar-se-á da passividade do *compliance officer* diante de indícios sobre possíveis condutas delitivas ou da não transmissão de informação já obtida ao órgão competente para impedir a realização de tais condutas (por exemplo, bloqueando as denúncias recebidas). Mais raramente, casos em que o encarregado pela conformidade abandone totalmente suas funções. (PLANAS, 2016, p. 253-254)

A partir do momento em que o *compliance officer* desempenha corretamente as funções assumidas, de vigilância, controle e informação, ou seja, se implementa corretamente a política de boa governança, fiscaliza o seu cumprimento e reporta aos setores competentes o

risco de eventuais desvios para que tomem as medidas necessárias, ele não poderá ser responsabilizado penalmente. Nesse contexto, as palavras de Robles Planas:

(...) uma vez que se tenha trasladado a informação relevante ao órgão competente para impedir o delito, este órgão não o impede, o *compliance officer* não responderá penalmente por não haver adotado ulteriores medidas encaminhadas para que o delito não se cometesse. Nota-se, então, que os deveres do *compliance officer* são deveres frente a empresa, (...). (PLANAS, 2016, p. 254).

Os deveres assumidos pelo *compliance officer* são, antes de mais nada, assumidos perante a pessoa jurídica. Eventual descumprimento da tarefa delegada, em princípio, apenas repercute no âmbito trabalhista ou civil-contratual, tendo em vista se tratar de descumprimento de tarefa estreitamente laboral ou de prestação de serviços. Não há relação com a assunção de responsabilidade na atividade empresarial, tampouco com o âmbito penal. Não se pode esperar que uma quebra em um sistema de autorregulação justifique efeito jurídicos em âmbito externo, dentre os quais o direito penal. A responsabilização penal do funcionário apenas seria cabível caso houvesse dolo, ou ainda que muito, culpa que gerasse o evento ilícito (BUSATO, 2017, p. 20).

3.3 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* pelo princípio da causalidade

Anote-se que, além da análise quando ao alcance da posição de garantia reclamada, deve ser verificado no caso concreto se houve real contribuição do *compliance officer*, seja ativamente, seja por omissão, para ocorrência do resultado ilícito, isto é, se há nexos causal pelo qual se possa imputar o resultado lesivo ao funcionário.

Ao analisar um fato punível, não se pode evadir da análise do nexos de causalidade, que é o liame ideal que possibilita a imputação de um resultado ao agente que lhe deu causa. Conforme leciona Cláudio Brandão, “a existência de um nexos de causalidade entre a conduta e o evento é a condição primeira e imprescindível para atribuição do fato criminoso ao sujeito” (BRANDÃO, 2010, p. 152). No mesmo sentido:

Ya hemos dicho que delito es en primer término una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción sensu stricto) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser incriminado precisa existir un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido.

Existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto (“conditio sine qua non”). Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: sublata causa tollitur effectus. (ASÚA, 1973, p. 221)

A necessidade de uma relação de causalidade para imputação do crime está prevista no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 13, que, adotando a teoria da equivalência das condições, expressamente prevê: “o resultado, de que dependa a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (BRASIL, 2018).

Sem que a conduta, em sentido amplo, praticada pelo *compliance officer* possa ser considerada a causa do delito, sem que haja esse liame entre causa e resultado, não se pode imputar o resultado lesivo ao bem jurídico ao agente, ainda que tenha atuado em desconformidade com as funções de seu cargo.

3.4 Delimitação da responsabilidade penal do *compliance officer* pelo princípio da culpabilidade.

Outra condição material necessária para justificar o “quando” e o “por quê” punir, segundo um modelo garantista de Direito Penal, é o princípio da culpabilidade que, segundo Ferrajoli (2002, p. 390), corresponde ao elemento subjetivo, ou psicológico do delito.

O conceito de culpabilidade passou por várias transformações. Inicialmente inseridos no elemento do tipo culpabilidade, dolo e culpa passaram, a partir da doutrina de Hans Welzel, teoria normativa pura, a se inserirem na ação, e não mais na culpabilidade, restando a esta apenas elementos normativos. Contudo, ao se falar no princípio penal da culpabilidade ainda

nos referimos a este instituto entendido como uma necessidade de elemento subjetivos para a imputação penal.

Consoante a teoria finalista, a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim. Ainda que se trate de uma ação culposa, há uma vontade finalisticamente direcionada, neste caso para um fim lícito, mas cuja reprovabilidade jurídica da conduta reside nos meios escolhidos pelo agente para realização do fim almejado (BRANDÃO, 2010, p, 141).

Não há que se cogitar a responsabilização penal sem que haja na conduta a vontade dirigida ao resultado. O próprio Código Penal brasileiro (BRASIL, 2018), em seu artigo 18, determina que deve haver o dolo, ou ao menos a culpa, se prevista legalmente a possibilidade de punição culposa, para que o sujeito seja punido por fato previsto como crime. É inadmissível que haja imputação penal sem os elementos subjetivos da conduta, pelo simples fato de o autor da ação ocupar determinado cargo na organização, sob pena de se verificar uma responsabilidade penal objetiva.

E, é justamente o dolo e a culpa que permitem uma responsabilidade penal subjetiva. Pois a diferença desta responsabilidade para a responsabilização objetiva é que nesta última não se discute culpa, *lato sensu*. São esses elementos subjetivos, de vínculo psicológico, que ligam o autor ao resultado. E somente quando estiverem presentes é que se pode discutir uma responsabilização penal. São necessários para a delimitação da responsabilidade penal. (SALLES, 2016, p. 81)

Ferrajoli (2002, p. 391), ao tratar do Garantismo Penal assevera que é “bárbara e injusta qualquer forma de responsabilidade objetiva ou destituída de culpa”, em respeito ao postulado *nulla actio sine culpa*. A respeito de detalhes acerca das responsabilidades:

Dados estes critérios, a descrição das responsabilidades (diga-se, pelas atividades livremente organizadas em sua estrutura específica de gestão e monitoramento), “se o portador da decisão da associação promoveu ou deu causa a uma ação com déficit de organização ou monitoramento”, desperta o merecimento de sanção a cada uma das pessoas, na medida de sua participação, ou mesmo à pessoa jurídica. Antes disso, a responsabilidade individual deve se encontrar limitada à tomada de decisão de cada

um dos indivíduos, sem que venha a ceder aos vários mecanismos de “diversificação dos destinatários do dever primário original.” (SILVEIRA; DINIZ, 2015, p. 145).

Deve haver um vínculo psicológico que ligue a conduta do *compliance officer* ao resultado ilícito ocorrido, ou seja, no caso concreto é necessário que se analise se houve vontade (dolo), ou ao menos culpa do agente em relação ao resultado, para que seja possível a imputação. É contrário a um Direito Penal de respeito a garantias a responsabilização penal do *compliance officer* em que se presuma o elemento subjetivo pelo simples fato da ocupação de uma função na organização empresarial.

4 CONCLUSÃO

Partindo de um Direito Penal apegado à criminalidade de natureza individual, ocorre uma mudança na forma de pensar tradicional desse ramo do direito para enfrentar o novo contexto social advindos da modernidade. O que se verifica é uma expansão da tutela penal para abarcar situações antes imprevistas, na crença de que uma inflação legislativa e o recrudescimento das penas seriam suficientes para conter os novos riscos sociais.

O Direito Penal, em geral, e, mais especificamente, o Direito Penal Empresarial, tem sofrido mudanças nos últimos anos, muito em virtude do cenário social em que vivemos, uma sociedade de risco. Nesse contexto, as pessoas jurídicas têm sido, cada vez mais, foco da tutela e expansão penal, já que são a principal fonte de produção de riscos na modernidade.

Nesse cenário, os *criminals compliance programs* ganharam especial relevância, pois além de prevenirem a ocorrência de delitos no âmbito empresarial, funcionam como instrumento preventivo capaz reduzir a complexidade das organizações empresariais para delimitar as responsabilidades pessoais por crimes eventualmente cometidos.

Em que pese a necessidade de adaptação dos institutos do Direito Penal clássico ao novo contexto criminal empresarial, e a dificuldade em se delimitar a autoria nos crimes cometidos no âmbito de corporações complexas, a resposta a essa criminalidade não pode se dar sem a observância dos institutos de garantias penais.

Nesse contexto, a observância dos limites da função de garante delegada ao *compliance officer* pelos dirigentes empresariais faz-se necessária. Este agente apenas deve responder por crimes comissivos por omissão enquanto garante, no contorno das funções materialmente assumidas, ou seja, deve desempenhar adequadamente o seu ofício, implantando as políticas de boa governança, fiscalizando o seu cumprimento e informando os órgãos diretivos acerca dos riscos de descumprimento, sob pena de responder criminalmente pelas infrações cometidas no desempenho da empresa.

É descabida a imputação penal desmedida de todo e qualquer delito cometido na organização ao *compliance officer*, tendo em vista que este não recebe por delegação a incumbência de impedir o cometimento de crime, não é um garante em plenitude, como os são os diretores das pessoas jurídicas. Necessariamente a possibilidade de responsabilização criminal desses funcionários deve ter em vista o incorreto desempenho das funções assumidas. Continuando a análise sobre os limites da incriminação dos *compliance officers*, essencial se faz, ainda, a análise quanto ao nexo de causalidade eventualmente existente entre a conduta, seja comissiva ou omissiva, do funcionário responsável pela política de boa governança, e o resultado ilícito.

Em respeito ao princípio da causalidade, apenas se pode imputar um resultado ao agente que com seu comportamento lhe deu causa. Não havendo vínculo causal entre a atuação do *compliance officer* e o fruto do crime, não há que se falar em imputação penal.

Por fim, crucial a verificação do elemento subjetivo da conduta. Segundo a teoria finalista, a ação penalmente relevante é aquela conduta, finalisticamente, dirigida ao fim típico. Nesta toada, para verificação da possibilidade de responsabilidade penal do *compliance officer*, há que se observar de na conduta praticada pelo funcionário havia dolo ou, ao menos, culpa em relação ao resultado penalmente relevante. Não havendo o liame subjetivo entre ação ou omissão e o dano causado ao bem jurídico, não se pode conceber a imputação penal, sob pena de se admitir uma responsabilidade penal objetiva.

O *compliance officer* não pode ser visto como um bode expiatório, ou como um ímã que atrai a responsabilidade penal que deveria recair nos diretores ou mesmo, se assim admita, nas próprias pessoas jurídicas (BUSATO, 2017, p. 19). O pano de fundo da análise sobre a responsabilidade penal desses funcionários são as garantias fundamentais, no contexto de um

Direito Penal garantista, preocupado com a dignidade da pessoa humana e com a racionalidade na intervenção penal. A busca deve ser pela intervenção penal mínima, de máxima proteção.

Apesar do expansionismo penal, deve-se preocupar com os riscos de uma resposta simbólica à sociedade do risco, afinal, a inflação penal condena o sistema penal a uma função negativa, meramente simbólica, sem garantir uma maior proteção dos bens jurídicos. É o que se defende.

REFERÊNCIAS

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de Derecho Penal: La Ley y El Delito*. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana S.A, 1973.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECKER, Gary Stanley. *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968). In: LEVITT, Steven David; MILES, Thomas J. (Coord.). *Economics of Criminal Law. Economics approaches to Law*. Northampton: Edward Elgar, 2008, p. 42.
- BRASIL. **Código Penal: decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.
- BUSATO, Paulo César. *Lo que no se disse sobre criminal compliance*. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, Costa Rica, n. 1, 2017. Disponível em: <http://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- CARDOSO, Ricardo do Espírito Santo. Responsabilidade Penal do *Compliance Officer* por Omissão Imprópria nos Crimes de Lavagem de Dinheiro. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 420-440, jul-dez 2016.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. *Sobre la posición de garante del empresario por la no evitación de delitos cometidos por sus empleados*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 79, p. 41-74, jul-ago 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **A posição de garantidor e a responsabilidade penal por omissão do *Compliance officer* na legislação brasileira**. CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, XXII, 2017, Belo Horizonte. Disponível em: <<https://congressonacional2017.ammp.org.br/public/arquivos/teses/85.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2018.

ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa.** São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRANDIS, Rodrigo de. A responsabilidade penal dos dirigentes nos delitos empresariais In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção III, p. 335 – 366.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a Las Bases del Derecho Penal. Maestros del Derecho Penal.* Vol. 5. ABOSO, Gustavo E. (Coord.). 2. ed. Buenos Aires: B de F Ltda, 2003.

NEIRA, Ana Maria. *La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba em el processo penal.* Política Criminal, Talca, vol. 11, n. 22, art. 5, p. 467-520, dez. 2016. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_11/n_22/Vol11N22A5.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção I, p. 45 – 64.

PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. Aspectos político-criminais das sanções penais econômicas no direito brasileiro. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção II, p. 147 – 175.

PEREIRA, Henrique Viana; ROSA, Bruna Pereira. **A Responsabilidade Penal e Civil dos Empresários no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014a.

PEREIRA, Henrique Viana. **A função social da empresa e as repercussões sobre a responsabilidade civil e penal dos empresários**. 2014. 214 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014b.

PEREIRA, Henrique Viana; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Premissas para a intervenção punitiva penal nos crimes materiais contra a ordem tributária**. In SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; MURICI, Gustavo Lanna; RODRIGUES, Raphael Silva. (org.). O Cinquentenário do Código Tributário Nacional. vol. 2. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, v. 2, p. 419-433.

PLANAS, Ricardo Robles. **Estudos de Dogmática Jurídico-Penal: fundamentos, teorias do delito e direito penal econômico**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 6. BRANDÃO, Cláudio (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Bem jurídico tutelado e Direito Penal Econômico. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção III, p. 267 – 300.

RECHULSKI, David. **Compliance Officer agora é gestor da integridade da empresa**. Revista Consultor Jurídico, jan-2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jan-19/david-rechulski-compliance-officer-agora-gestor-integridade>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SALLES, Leonardo Guimarães. **Criminal Compliance: a delimitação da responsabilidade penal nas organizações empresariais complexas**. 2016. 130 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Autoria e participação em organizações empresariais complexas. Tradução de Vânia Costa Ramos. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 9, p. 26-57, jan-abr 2012. Disponível em: < http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/11/artigo2.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A omissão do Empresário como Crime**. Coleção Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 5. BRANDÃO, Cláudio (Coord.). Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. **Compliance, Direito Penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política-Criminal: Direito Penal Econômico e o Novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (Org.). **Inovações no Direito Penal Econômico: contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2011. Seção II, p. 105 – 145.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de *compliance*. **Revista de Estudos Criminais**, São Paulo, n. 54, p. 93-121, jul-set 2014.

WALKER JÚNIOR, James. *Criminal compliance* e responsabilidade penal. In: ESPÍNEIRA, Bruno; CRUZ, Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião. (Org.). **Crimes Federais**. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 259-272.

Área 3

Crime e Pena



**A LESS ELEGIBILITY E A SUA PRESENÇA VELADA NO SISTEMA POLÍTICO-
CRIMINAL BRASILEIRO COMO FORMA DE SELETIVIDADE SOCIAL**

*LESS ELEGIBILITY AND ITS PRESENCE IN THE BRAZILIAN POLITICAL-CRIMINAL
SYSTEM AS A FORM OF SOCIAL SELECTIVITY*

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

Mestranda em Ciências Penais - PUCMINAS

fernanda.valle.castilho@gmail.com

Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna

Mestre em Direito e Instituições Políticas

Doutoranda em Ciências Penais – PUCMINAS

Bolsista CAPES

flabpenna@hotmail.com

Rauali Kind Mascarenhas

Mestrando em Ciências Penais – PUCMINAS

raualikind@gmail.com

Resumo: Nos primórdios da execução penal o preso era visto como objeto e não como sujeito de direitos e, muito embora o *status* de pessoa presa tenha evoluído para compreensão de um ser dotado de direitos e deveres, a concepção de que as pessoas privadas de liberdade devem suportar um sofrimento maior do que os que se encontram em liberdade jamais foi abandonada. Tal concepção fundamenta-se, em parte, no princípio da *less eligibility*. Originalmente, referido princípio estava voltado para as condições de trabalho dos miseráveis no interior das casas de trabalho (*workhouses*), cujo objetivo era forçá-los a aceitar qualquer trabalho que lhes fosse oferecido. Para isso, a vida nestes locais deveria ser pior que um trabalhador livre do mais baixo estrato social podia obter. No entanto, com a ascensão da burguesia e a sua premente necessidade de trabalhadores e de manutenção no poder, referido princípio foi desvirtuado para

ser aplicado às pessoas presas, justificando, assim, a exploração da mão de obra barata, além de legitimar o controle social. A *less eligibility*, portanto, passa a ser fundamento de domínio de uma minoria detentora do poder econômico e que, sob justificativa de segurança, faz de tudo para manter os indesejados afastados. Sob tal perspectiva, analisar-se-á se a *less eligibility*, teoricamente há muito tempo abandonada, exerce influência nas escolhas político-criminais e nas práticas judiciárias brasileiras e como ela se manifesta. Será analisada igualmente a sua repercussão na execução penal e no pior tratamento dispensado ao preso. Para tanto, serão estudados alguns dispositivos legais constantes na Lei de Execução Penal em cotejo com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o país é signatário e com a Constituição da República, utilizando-se dos métodos técnico-jurídico, histórico, comparativo e análise de dados. Ao final, pretende-se concluir que o princípio da *less eligibility* nunca foi de fato abandonado, estando presente, ainda que de forma velada, no nosso sistema político-criminal, legitimando o controle e seletividade sociais. Igualmente verifica a sua presença nas decisões emanadas pelos órgãos judiciais, que, na maior parte das vezes, consideram os presos meros objetos, fazendo vistas grossas às diversas violações aos seus direitos fundamentais, pois, do contrário, a intimidação não surtiria o efeito desejado. Diante destas almeçadas conclusões – a seletividade do sistema político-criminal.

Palavras-chaves: *Less eligibility*. Escolha Político-Criminal. Práticas Judiciais. Seletividade

Abstract: In the early stages of criminal execution the prisoner was seen as an object and not as a subject of rights, and although the status of a prisoner has evolved to an understanding of a person endowed with rights and duties, the concept of deprivation of liberty must a greater suffering than those in freedom has never been abandoned. This conception is based, in part, on the principle of less eligibility. Originally, this principle was directed to the working conditions of the miserable ones in the workhouses, whose objective was to force them to accept any work that was offered to them. For this, life in these places should be worse than a free worker of the lowest social stratum could get. However, with the rise of the bourgeoisie and its urgent need for workers and maintenance of power, this principle was distorted to be applied to prisoners, thus justifying the exploitation of cheap labor, and legitimizing social control . The

less eligibility, therefore, becomes the ground of domination of a minority holding the economic power and, under security justification, does everything to keep the unwanted away. From this perspective, it will be analyzed if less eligibility, theoretically long abandoned, exerts influence on the political-criminal choices and Brazilian judicial practices and how it manifests itself. It will also be analyzed its repercussion in the criminal execution and in the worst treatment given to the prisoner. For this, will be studied some legal provisions in the Law of Penal Execution in comparison with the international human rights treaties of which the country is a signatory and with the Constitution of the Republic, using technical-legal, historical, comparative and data analysis methods. In the end, we intend to conclude that the principle of less eligibility has never really been abandoned, being present, albeit veiled, in our political-criminal system, legitimizing social control and selectivity. It also notes its presence in the decisions handed down by judicial bodies, which in most cases consider prisoners to be mere objects, giving serious consideration to various violations of their fundamental rights, otherwise intimidation would not detract from the desired effect. Faced with these desired conclusions - the selectivity of the political-criminal system.

Keywords: Less eligibility. Political-Criminal Choice. Judicial Practices. Selectivity

I – INTRODUÇÃO

Nos primórdios da execução penal o preso era visto como objeto e não como sujeito de direitos, e muito embora a ideia de que a pessoa presa tenha evoluído como ser dotado de direitos e deveres, a concepção de que as pessoas privadas de liberdade devem suportar um sofrimento maior do que os se encontram em liberdade jamais foi abandonada de fato, seja na forma explícita ou velada.

Tal concepção, em verdade, fundamenta-se no princípio da *less eligibility*, ou seja, da *menor elegibilidade da prisão*. Referido princípio tem suas origens na Inglaterra, por volta do ano de 1834, com a *Poor Law Amendment Act* (lei do alívio dos pobres) e pode ser compreendido a partir da ideia de que as condições de trabalho nas prisões deveriam ser piores

que o pior emprego fora desses reformatórios, e a condição do mendigo no reformatório não pode ser mais atraente que a de um trabalhador da classe mais baixa fora dele. Isso serviria para não estimular o trabalhador a querer fazer parte desses locais, bem como para impedir que as pessoas exigissem mais assistência aos presos que se encontravam nestes locais.

Em síntese, o cerne do aludido princípio se fundamenta no raciocínio de que a prisão deve ser um lugar tão indigno e assustador que ninguém possa ser encorajado a ali se inserir ou permanecer.

Observa-se, outrossim, que esse princípio foi assentado para regular as condições de trabalho dos miseráveis dentro dos reformatórios e não para o pior tratamento da pessoa presa, desvirtuando-se da sua elaboração inicial e legitimando nada mais do que uma forma de controle social das pessoas consideradas marginalizadas. Também ancorada na inferiorização da pessoa presa, desenvolveu-se a teoria da supremacia especial do Estado, que preconiza que tais indivíduos são considerados cidadãos de segunda classe, podendo ter seus direitos fundamentais suprimidos ou reduzidos, criando-se direitos apenas para a Administração Pública e deveres para os presos.

Diante dessas considerações, pretende-se nesse trabalho, com fundamento no *princípio da menor elegibilidade da prisão*, analisar a desobediência do *princípio da não marginalização das pessoas presas* no Brasil em cotejo com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e com a Constituição da República

II – PENA E PRISÃO: NOTÍCIA HISTÓRICA

Inicialmente, é pertinente fazer uma pequena digressão histórica acerca da origem das penas e da prisão até a criação das casas de correção.

Os primeiros registros acerca da pena referem-se à Roma antiga, em que a pena aplicada era atribuído valor sacral, devido à grande ligação que se fazia, até então, entre direito e religião, entre o Soberano e a Divindade.

Entretanto, o Professor Miguel Romão (2014; p. 55) chama atenção para o fato de que “*buscar o nascimento de uma tradição jurídica europeia quanto a pena numa origem romana,*

tendo em conta especialmente a pena de prisão, não significa estabelecer imediatamente um percurso claro e linear de radicação”, o que apenas adotamos, neste trabalho, e com finalidade didática, a fim de realizar o resgate histórico da evolução das penas.

O Direito Penal primitivo, na formação das sociedades, tinha na pena a função de vingança pessoal, mas também de vingança pela divindade, por ter sido ela ofendida pela prática do crime. Punia-se, assim, aquele que hoje chamamos “criminoso”, a fim de aplacar a ira divina.

Nos dizeres de Heleno Cláudio Fragoso (1976; p. 26) “*A vingança de sangue exercida pela vítima ou seus parentes é dever sagrado, visando aplacar a ira da divindade. A pena é, assim, a expiação religiosa*”.

Na Grécia antiga havia a prisão por dívida, em que se mantinha preso o devedor, até que o mesmo a saldasse. A manutenção no cárcere era uma forma de garantir a presença do devedor no tribunal. A prisão mantinha sua característica de custódia, e não de sanção penal.

O Direito Canônico foi o precursor da moderna pena de prisão. Foi a Igreja, na Idade Média, quem primeiro utilizou a privação da liberdade como sanção penal e que instituiu a ideia de reforma do delinquente.

A prisão prevista pelo Direito Canônico, com caráter de pena eclesiástica, de castigo, era aplicada especialmente aos monges, como forma de penitência. Estes eram levados aos “penitenciários”, com o objetivo de expiação de seus pecados.

Assim, será apenas a experiência eclesiástica a partir do final da Idade Média em grande medida a responsável pela configuração moderna da reclusão como resposta penal, desenvolvida necessariamente em contexto monástico e cruzando objectivos de castigo, de contrição moral e de emenda futura, que não são, contudo, desconhecidos da Antiguidade (ROMÃO; 2014; p.59).

A prisão tinha a finalidade de fazer com que os reclusos alcançassem o arrependimento pela infração cometida, através da oração e da meditação, retornando ao convívio social reabilitados. Esta prisão, prevista no Direito Canônico, já fazia remissão ao trabalho, apesar de facultativo, trabalho esse que deveria ser atribuído àqueles que cumprissem pena, para que custeassem sua “estadia”:

Tirante algumas experiências isoladas de prisões, foi a Igreja que, na Idade Média, inovou ao castigar os monges rebeldes ou infratores com o recolhimento em penitenciários, é dizer, em celas (daí o nome “prisão celular”), numa ala dos mosteiros onde, mediante recolhimento e oração, pretendia-se que se reconciliassem com Deus. Na punição canônica constava que o trabalho não era obrigatório e o apenado tinha de

custear as despesas com alimento, salvo quando se constatava sua incapacidade de prover os recursos necessários. (LEAL; 2001; P. 33)

A prisão como pena, prevista pelo Direito Canônico, era uma exceção ao costume da época, de prisão como custódia, constituindo-se em antecedente histórico das atuais penas privativas de liberdade.

A crueldade da pena foi objecto de discussão na opinião pública romana e os imperadores vão fixar a possibilidade do condenado escolher o modo como a pena de morte poderia ser executada, reduzindo-se a humilhação pública e o espectáculo da morte (ROMÃO; 2014; p.58).

Passou-se então, a instituir uma nova forma de execução da pena capital, sem os requintes de crueldade anteriormente utilizados. Desenvolve-se, por exemplo, o mecanismo da guilhotina, através do qual a morte, apesar de visível, de exemplo para o público, é instantânea, menos aterrorizante.

Não foram abolidas as penas exercidas sobre o corpo do condenado. Entretanto, em virtude das modificações nas concepções de sanção, a pena capital dolorosa, o espetáculo público, é substituído por uma “pena capital humanizada”, se é que se pode dizer assim. Substituem-se os suplícios, os modos de execução prolongados, por uma morte “única”. Nos dizeres de Foucault, *“a redução dessas ‘mil mortes’ à estrita execução capital define uma moral bem nova, própria do ato de punir”* (FOUCAULT; 2014; p. 15)

Nesta época a prisão não possuía, ainda, o carácter de castigo. Era utilizada apenas como local de custódia do acusado, até que fosse julgado, evitando-se, assim, que o mesmo se furtasse à aplicação da lei.

A privação da liberdade era utilizada como meio de contenção do acusado que, se condenado, sofreria a aplicação de sanções infamantes, como as penas corporais e capitais.

Mesmo assumindo-se a existência de uma reclusão punitiva, o que não é linear, a prisão romana era entendida em termos gerais não como verdadeira pena, mas como uma forma de assegurar a presença em juízo ou de guardar um condenado que esperava a execução ou a aplicação de uma outra pena. No Digesto encontra-se precisamente essa referencia clássica, que será repetida e respeitada ao longo de séculos – *“Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberidebet”* (D., 48, 19, 8, 9) –, atribuída a Ulpiano (ROMÃO; 2014; p. 58-59).

Com o Iluminismo, desenvolveram-se os Direitos Humanos, difundindo-se as ideias de tratamento humanitário aos presos, chamado de “Período Humanitário”, caracterizado, ainda, pela defesa da proporcionalidade das punições, que não deveriam “*torturar e afligir um ser sensível*” (BECCARIA; 2003; p. 49)

Pode-se dizer, enfim, que, gradativamente, houve a criação efetiva de um sistema penitenciário, com a contribuição de diversos estudiosos, como Cesare Bonesanaⁱ, o Marquês de Beccaria, que criticava arduamente o sistema prisional de torturas, excessos e crueldades. Através das ideias dos autores iluministas e dos ensinamentos do humanismo, passa-se a buscar um novo modelo de prisão, com finalidade utilitarista, com oferta de trabalho, de educação religiosa e moral, em muito contribuindo para a criação de nossos modernos sistemas penitenciários.

De acordo com Bruno de Moraes Ribeiro, “*estavam surgindo, assim, durante o século XVIII, os sistemas penitenciários modernos, os quais seriam aprimorados no século seguinte e estariam fundamentados na ideia de correção dos condenados*” (RIBEIRO; 2005; p. 31).

As transformações por que passou a pena, de corporal e capital ao encarceramento como regra, parece deverem-se a um sentimento idealista de humanização das penas. Entretanto, o que hoje se verifica é uma espécie de movimento inverso, de retorno aos modelos anteriores, que teriam sido superados em razão da busca da atribuição de uma sanção humanizada, de busca pelo respeito aos direitos humanos dos presos.

III – ORIGEM DAS CASAS DE CORREÇÃO NA EXPERIÊNCIA INGLESA E O PRINCÍPIO DA *LESS ELEGIBILITY*

De se salientar que as *casas de correção*, grosso modo, lugar destinado ao acolhimento de pessoas que estariam à margem da sociedade, surgem concomitantemente com o advento de um momento áureo do mercantilismo nos séculos XVI e XVII, que expropriou diversos trabalhadores rurais de suas terras. Estes trabalhadores, então, migraram para as cidades e lá, desempregados, tornaram-se mendigos e vagabundos (MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 3).

Rusch e Kirchheimer relatam que os sistemas penais estão intimamente ligados ao desenvolvimento econômico. Assim, durante a Alta Idade Média, em que a terras existentes

atendiam satisfatoriamente a uma população em crescimento, as condições sociais dos trabalhadores rurais eram, de certo modo, satisfatórias e o sistema penal tinha como função preservar a estrutura social existente (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.23).

Referidos autores nos informam que o direito penal se preocupava apenas em manter a paz social e a punição era precipuamente pecuniária, isto é, feita através de indenizações (*penance*) e fianças. As fianças eram fixadas de acordo com o *status* social do ofensor e da vítima.

Contudo, a partir do século XV, em consequência do esgotamento do solo rural e diminuição da colheita que, somados a outros elementos exteriores a este estudo, contribuiriam para o colapso do modo de produção feudal, os países da Europa Ocidental não mais conseguiam arcar com a demanda do aumento da sua população urbana, gerando a necessidade de importação de grãos das terras da Europa Oriental, que eram mais baratas. A agricultura dessa região torna-se um negócio altamente lucrativo e reservado a apenas alguns poucos, que oprimiam os camponeses sob sua dependência. Tal situação se estendeu também na Inglaterra com a política de substituição de lavouras pela de criação de gado, aliada ainda a um crescimento da população inglesa (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.28).

Com tamanha investida, os trabalhadores foram expulsos pela expropriação, e migraram para os centros urbanos com a intenção de serem absorvidos pela manufatura nascente. Por certo e lógico, não conseguiram se adaptar a essa nova situação, tornando-se, assim, em sua esmagadora maioria, mendigos, vagabundos e bandidos (MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 35).

A legislação penal, via de consequência, precisou se adaptar a essa classe empobrecida e subalterna. Rusch e Kirchheimer afirmam que a burguesia urbana incipiente se preocupava em demasia com o recrudescimento da legislação criminal no combate aos delitos contra a propriedade. E, mais uma vez, reforçam que as sanções pecuniárias eram reservadas para as classes mais abastadas, enquanto que as penas corporais eram destinadas aos pobres, que as cumpriam nas casas de correção já numa linha embrionária para o que se tornaria o encarceramento.

Nas palavras dos dois autores:

Destarte, enquanto aqueles que tinham recursos suficientes para pagar estavam aptos a comprar a liberação da punição, delinquentes que não tinham meios (isto é, a grande maioria) eram impotentes para porem-se a salvo do tratamento severo a que eram

submetidos. De longe, o maior número de crimes era agora contra a propriedade, cometidos por aqueles que não tinham propriedade alguma, de modo que dificilmente uma fiança atingiria estes casos (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.36-37)

De se salientar, portanto, que com a incapacidade das classes menos favorecidas em pagar as penas pecuniárias, estas eram substituídas por castigos corporais que, ao longo do tempo, ficavam mais cruéis para fins de dissuadi-las do crime ((RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.37) caracterizando-se verdadeiros suplícios.

Estes suplícios são narrados em detalhes na obra *Vigiar e Punir*, de Michel Foucault, que os define como uma pena corporal, dolorosa e cuja extensão é inimaginável em razão de sua barbárie e crueldade (FOUCAULT; 2014; p.36).

Para tanto, a pena, para ser considerada suplício, deve obedecer a alguns critérios, tais como produção de uma certa quantidade de sofrimento que se possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar. O suplício, segundo o autor francês, deve corresponder, com o tipo de ferimento físico, a qualidade, a intensidade e o tempo dos sofrimentos, à gravidade do crime, à pessoa do criminoso e ao nível social das vítimas (FOUCAULT; 2014; P.35).

As marcas trazidas pelos suplícios no corpo do condenado não só demonstram a força e o triunfo da justiça, como também não apagam das memórias dos homens a ostentação daquela dor e tortura (FOUCAULT; 2014; p.37)

Descreve Foucault:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados a forca, outros a ter a mão ou língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebentados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebentados; outros ser arrebentados até a morte morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebentados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, enfim ter a cabeça quebrada (FOUCAULT; 2014; P.35)

As punições primitivas consistiam em um espetáculo público de barbárie. Michel Foucault inicia sua célebre obra “*Vigiar e Punir*” descrevendo a execução de Damians, no século XVIII, para demonstrar a “*arte de fazer sofrer*”(FOUCAULT; 2014; P. 22) em que consistia a pena naquela época:

[Damiens foi condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalões e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento (focault; 2014; p. 09)

Nessa fase, a pena se prestava a retribuir o mal causado pelo infrator, mas também era utilizada como exemplo aos demais. Exemplo do que não fazer, exemplo das consequências que adviriam da prática daqueles mesmos atos. A pena era uma representação que visava advertir os cidadãos, com objetivo de prevenir novos crimes.

A pena de exílio, comum neste período, representava um destino pior para as classes subalternas, pois, se elas escapavam da pena de morte nas cidades de origem, as galés eram os locais para onde eles se dirigiam e que representavam uma morte postergada. Para os ricos, entretanto, o exílio significava uma viagem de estudos ou de negócios. Tal dicotomia no tratamento da pena de exílio entre ricos e pobres configura uma forma de controle social e populacional das cidades na Idade Média (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.39)

No século XVI houve grande crise do feudalismo europeu, o que ocasionou a migração da população do campo para as cidades. Neste período houve relevante aumento da criminalidade, surgindo a necessidade da construção de várias prisões, nas quais se buscava isolar os criminosos por um determinado período. Nesta época, utilizava-se de rígida disciplina e de castigos severos, com o fim de “consertá-los” e reintegrá-los à sociedade. A partir daqui pode-se dizer que surgiu a prisão como sanção penal, como pena em si, não tendo mais o caráter de custódia provisória.

Neste período, como informam Melossi e Pavarini, alguns membros do clero inglês alarmados com as altas taxas de mendicância em Londres, foram autorizados a receber no Castelo de Bridewell vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos de menor importância. Tal instituição tinha como objetivo primordial reformar os internos através do trabalho obrigatório e disciplina, desencorajando outras pessoas a seguirem o caminho da vagabundagem e do ócio, além de assegurarem a própria subsistência. Ao que tudo indica, segundo Melossi e Pavarini, tal experiência foi bastante profícua, pois, em pouco tempo, as

casas de correção chamadas de *bridewell* se espalharam pela Inglaterra (MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 37).

Esse modelo foi aperfeiçoado na Holanda que no final do século XVI apresentava o sistema capitalista mais desenvolvido da Europa, mas que não possuía a mão de obra excedente como na Inglaterra. Assim, qualquer medida que fosse tomada para reduzir os custos da produção seria bem vinda.

A experiência holandesa baseava-se em um tripé de princípios: (i) casa de assistência aos pobres (*poorhouses*); (ii) oficinas de trabalho (*workhouses*) e (iii) instituições penais, e tinha como objetivo básico transformar a força de trabalho dos indesejáveis em pessoas socialmente úteis para sociedade. Através do trabalho, tais pessoas receberiam um treinamento profissional e, quando deixassem as instituições, poderiam ser reinseridas no mercado de trabalho (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2016, p.69)

O exemplo da casa de trabalho holandesa foi estudado e ampliado por toda a Europa, principalmente nos países de língua alemã. Todas as instituições tinham em comum algumas características, como por exemplo, a hospedagem de mendigos aptos, prostitutas, vagabundos, desempregados e ladrões. O trabalho consistia para os homens na raspagem de madeira para a tintura; para as mulheres, a tecelagem (MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 57)

Contudo, à medida que este modelo foi se desenvolvendo, foram internados condenados por crimes mais graves e a penas mais longas e, assim, outras punições foram sendo substituídas pelo cárcere, surgindo aí o embrião da prisão moderna.

O princípio da *less eligibility* tem como fundamento a *Poor Law Act* de 1834. Referida lei foi promulgada para combater as disposições contidas em diversos documentos editados entre os anos de 1572 e 1601 (chamados de *Old Poor Law*), os quais haviam transformado o sistema de caridade privada em caridade pública e que obrigavam as comunidades locais a fornecer trabalho aos pobres em condições laborativas.

Contudo, as disposições do *Old Poor Law* na prática, não alcançaram seus objetivos inicialmente propostos, isto porque o desemprego era elevado e não havia capital suficiente para remunerar todos os miseráveis. Somava-se a estes fatos um outro determinante: as casas de correção até então construídas não eram suficientes.(MELOSSI; PAVARINI; 2012; p. 62-63)

Intensificaram-se as críticas de que esse sistema de auxílio tinha como única finalidade permitir a multiplicação de uma população inútil e ociosa e que prejudicava o desenvolvimento econômico. Sobreveio então uma cultura de que as condições de vivência na prisão (casas de correção), assim como o tratamento dos presos, têm que ser necessariamente piores do que as condições de vida da classe trabalhadora externa mais baixa e mais depauperada.

Com efeito, o objetivo destas casas de trabalho era “conscientizar” o pobre a aceitar qualquer tipo de trabalho e sob qualquer condição e, para tanto, seria necessário que a vida no interior dessas instituições fosse a pior possível, em nível inferior a do que vivesse um trabalhador livre do mais baixo estrato social. Além de ser um local, cujo padrão de vida era inferior ao cárcere, também apresentava limitações coincidentes com a prisão, tanto que era chamada de *poor-law-bastiles* (Bastilhas da Lei sobre os pobres), como informam MELOSSI e PAVARINI (2012; p. 67).

Observa-se, portanto, que o princípio da *less eligibility*, nos seus primórdios estava voltado para as condições de trabalho dos miseráveis no interior das *workhouses* (e não para o ‘pior’ tratamento do preso), as quais deveriam ser piores que o emprego fora desses locais (GOMES; 2011), a fim de que o trabalhador não quisesse ali ingressar.

Contudo, ao longo do tempo, e sob provável inspiração de culturas que já praticavam a punição, referido princípio foi desvirtuado para ser aplicado às pessoas presas, legitimando, assim, o discurso punitivista do Estado e o controle social.

IV – O PRINCÍPIO DA *LESS ELEGIBILITY* E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Depreende-se que, historicamente, o sistema prisional brasileiro deita suas raízes no princípio da *Less Eligibility*, bem como na teoria da supremacia geral e/ou especial do Estado (apresentando tal denominação na Itália, Espanha ou Alemanha), cuja premissa básica assenta-se na ideia de que o Estado exerce um direito de supremacia sobre determinadas categorias de pessoa (ROIG; 2017; p. 53).

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a teoria da supremacia geral e especial da Administração Pública, nascida na Europa continental, pode ser entendida como aquela em que a Administração Pública

com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, quando estivesse assentada em relação específica que a conferisse (BANDEIRA DE MELLO; 2015; p. 848)

Por óbvio, temos que reconhecer que o Estado mantém certas relações especiais com determinados sujeitos, devendo ser incluídas aqui as pessoas presas, e que diferem das relações travadas com a generalidade das pessoas. De se salientar, outrossim, que tais relações especiais devem guardar uma estreita relação com o princípio da legalidade.

No entanto, o referido administrativista reconhece que a aludida teoria é ultrapassada e, muitas das vezes, foi usada de forma dilatada e desvirtuada da sua formulação inicial.

Notadamente, tais princípios nos são apresentados de forma velada, intencionalmente não expressa. Porém, ganham forma nas práticas estatais, e até mesmo nas *práticas judiciais* (FOUCAULT; 2003; P. 11), desrespeitando-se flagrantemente o princípio da legalidade, previsto constitucionalmente (art. 5, inciso XXXIX, Constituição da República)ⁱⁱ e reforçado pelo artigo 1º do Código Penalⁱⁱⁱ.

ROIG (2017; p. 52) afirma que a “*ideia do ‘less eligibility’ ainda povoa o imaginário popular, pauta discussões político-criminais e norteia decisões judiciais, causando profundos danos humanos e sociais*”.

À medida que a execução penal foi sendo jurisdicionalizada, e com a ideia de que o preso também é sujeito de direitos, as teorias de supremacia especial do Estado enfraqueceram-se e isso se deve a uma decisão paradigmática: o caso *Coffin vs. Reichard*, julgado pelo *Circuit Court of Appeals – Sixth Circuit* em 1945 e no caso *Monroe vs. Pope* (1961).

Em artigo de André Giambernardino, afirma-se que

A doutrina que, nos Estados Unidos da América, por muito tempo legitimou a não-intervenção do Poder Judiciário na execução penal, tratando esta como espaço administrativo e livre ao arbítrio estatal, ficou conhecida como "hands off". Dentre seus principais fundamentos, invocava-se o princípio da separação dos poderes e o temor de que eventuais intervenções judiciais prejudicassem a manutenção da ordem

interna e atrapalhassem a administração penitenciária. Pois bem: a Suprema Corte concluiu, no caso *Coffin vs Reichard* (1944), que "o prisioneiro mantém todos os direitos de um cidadão comum a não ser aqueles expressamente, ou implicação necessária, afastados juridicamente", e no caso *Monroe vs Pape* (1961), admitiu-se expressamente a apreciação judicial da (i)legalidade das condições carcerárias. Especialmente a partir deste último, considerou-se a "hands off" sepultada, passando o Judiciário e própria Suprema Corte norte-americana a apreciar diversas questões até então mantidas a longa distância dos tribunais (GIAMBERNARDINO; 2016)

Sob uma ótica moderna e democrática, a execução penal deve observar que o preso é um ser humano como outro qualquer e deve ter respeitada as suas peculiaridades como tal. Portanto, premissas pautadas no princípio da *less eligibility*, ou seja, de que são mero objeto não mais tem guarida, como se depreende das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da ONU ("Regras de Mandela")^{iv}, da Constituição da República^v e da própria Lei de Execução Penal^{vi}.

Não obstante, o que se tem percebido é que os dispositivos legais oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, bem como da nossa própria legislação interna, não são observados.

Verifica-se uma involução, um caminhar na contramão dos Direitos Humanos, como verificamos, em uma exemplificação não exaustiva.

As penas cruéis, desumanas, torturantes, vêm sendo aplicadas de forma corriqueira, embora vedadas pelos instrumentos legais em vigor no Brasil, internacionais e internalizados.

Como referimos anteriormente, em matéria penal são direitos fundamentais a proibição da tortura, das penas cruéis, desumanas ou degradantes; (...) *a proibição de arbítrio na privação da liberdade, por prisão, detenção ou exílio, pelo que a privação da liberdade só é admitida nos casos e motivos previstos por lei*, conforme salienta HOMEM (2014; p.18).

Embora haja determinação legal relativamente ao tratamento do preso, incluindo seus direitos ao trabalho, ao lazer, a um espaço individual mínimo, em condições de higiene, entre outros, que representam a necessária atribuição dos direitos humanos "também" aos presos, a realidade que se percebe é bastante diversa.

Conforme nos explica Brito (2014; p. 425), em artigo que retrata a realidade atual da execução penal no Brasil,

Na realidade atual do sistema criminal, nenhum outro sistema revela tão contundentemente esta construção [bom x mau] quanto o sistema carcerário em seu essencial instrumento, a pena de prisão. Condenados são tratados efetivamente como seres diversos, que em nada ou em muito pouco se assemelham aos demais, estes sim considerados humanos. Esta se revela a prática, embora do ponto de vista legal, façamos algumas concessões humanitárias.

E, em razão desta pretensa dicotomia, considera-se, sociedade e até mesmo o próprio Poder Judiciário, aceitável que os direitos humanos, a dignidade dos presos, sofram eventuais – ou nem tão eventuais – violações.

Falar-se em superlotação carcerária é “lugar comum

Com efeito, no relatório apresentado no final de 2017 pelo Ministério da Justiça sobre a situação carcerária brasileira (INFOPEN), noticia-se que a nossa população carcerária é de 726.712 presos, a terceira maior no mundo, sendo que 40% das pessoas presas no Brasil em Junho de 2016 não haviam sido ainda julgadas e condenadas.; 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos; 64% da população prisional é composta por pessoas negras, o que demonstra que o perfil dos nossos encarcerados é formado por uma população economicamente e culturalmente hipossuficiente^{vii}.

Conclui-se, portanto, através desta análise singela e superficial dos dados trazidos à colação que as práticas judiciais, aliadas à política criminal implementada pelo Estado brasileiro, nos demonstra que as agências estatais estão alinhadas em realizar uma seletividade penal dos indesejados com o objetivo de que eles não sejam um incômodo para as classes dominantes, demonstrando que o princípio da igualdade, previsto expressamente na Constituição da República, nada mais é do que uma mera utopia.

Também nos é informado que apenas 47% dos estabelecimentos prisionais têm consultório médico; apenas 41% têm consultório odontológico; 45% têm sala de curativos e farmácia ou local para dispensação de medicamentos e, por fim, 43% têm sala para a equipe de saúde

Há informação de que 55 estabelecimentos prisionais têm celas adequadas para gestantes, um retrocesso, aliás, em relação ao relatório de 2014, que informava que 58 estabelecimentos prisionais apresentavam tais locais.

Tudo isto, por óbvio, importa agravamento da sanção legalmente imposta, bem como nítida violação aos direitos fundamentais dos encarcerados. O Comitê contra a Tortura da ONU, inclusive, já se manifestou a este respeito, entendendo que a superlotação carcerária e suas condições de higiene violam as Regras Mínimas para o tratamento das pessoas presas, constituindo pena cruel, desumana e degradante.

Conforme nos lembra Brito, a pena privativa de liberdade tem como consequência necessária a limitação de alguns direitos, inclusive fundamentais – como é o caso da própria liberdade. Entretanto, estas limitações devem-se fundar na Lei e deve ocorrer da forma menos lesiva possível, não se extraindo, ainda, direitos não atingidos pela pena, em si, simplesmente por ser conveniente, por sua observância se mostrar inconveniente ao Estado. É o caso, por exemplo, da vedação ao exercício do direito ao trabalho, por ausência de oferta, por parte do Estado, que coloca tal obrigação em segundo plano.

“Um curioso movimento contrário ao que foi acima exposto, e cada vez mais comum, é o de que o binômio legalidade-tutela judicial não atue mais como a garantia de respeito aos Direitos Humanos no cárcere. Um dos polos desse binômio – o Judiciário – tem se valido ou distorcido o outro – a legalidade – para justamente negar a efetivação dos Direitos Fundamentais.” (BRITO; 2014; p. 437)

Finalizando este não exaustivo rol, verifica-se, ainda, no sentido inverso ao desenvolvimento dos direitos humanos, o retorno da execução da pena privativa de liberdade ao seu modelo mais gravoso.

De se salientar que os dados trazidos pelo Relatório referente ao 2º semestre de 2016 nos afligem sobremaneira. Diante de um grande número de presidiários e presidiárias, há um grupo que nos chama atenção: o da população LGBT e que, ao que tudo indica, não têm seus direitos fundamentais – *em razão da sua maior vulnerabilidade*-, resguardados de forma adequada e efetiva pelo Estado.

Referida população, como bem salienta ROIG (2017; p. 60), além da supressão dos direitos oriundos da própria execução penal, sofre ainda com a discriminação do próprio sistema prisional em virtude de sua orientação sexual.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, em atitude progressista, publicou uma cartilha sobre as *Boas Práticas para a convivência no Sistema Prisional*, com base na Resolução nº

558/2015 da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e que disciplinou os direitos e deveres das pessoas LGBT no sistema prisional.

A finalidade da referida Resolução, segundo a Cartilha, é

é impedir que alguém seja tratado de maneira diferente por conta da sua orientação sexual ou identidade de gênero. Além disso, passou a ser claro que a sexualidade ou a identidade de gênero da pessoa só dizem respeito a ela mesma e não é permitido ao Estado ou aos seus agentes interferir nessa esfera de liberdade da pessoa^{viii}

Dentre outras determinações, a Resolução 558/2015 estabelece que (i) a pessoa encarcerada tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o gênero^{ix}; (ii) oferecimento de espaço de convivência específicos^x; (iii) direito à preservação do cabelo^{xi} e (iv) acompanhamento médico, inclusive com manutenção do tratamento hormonal^{xii}.

No entanto, a proteção dos direitos dos encarcerados LGBT não são um passe livre para que eles exijam privilégios em detrimento dos outros presos. As leis que protegem as pessoas LGBT se destinam a oferecer direitos iguais aos das pessoas heterossexuais, em cumprimento ao princípio da igualdade material.

Tais iniciativas, ainda que tímidas, demonstram uma preocupação em diminuir a diferença existente entre os presos, que estão em um situação de vulnerabilidade, e as pessoas em liberdade e nada mais são como um dos pilares do princípio da não discriminação das pessoas presas.

V – CONCLUSÃO

Percebe-se que o princípio da *less eligibility*, em suas origens, foi desenvolvido para regular as condições de trabalho dos miseráveis no interior das *workhouses*, as quais deveriam ser piores que o emprego fora desses locais, a fim de que o trabalhador não quisesse ali ingressar. Entretanto, e em que pese tal princípio, já em seu nascedouro, apresentasse finalidades questionáveis, com o desenvolvimento do sistema capitalista, houve um

desvirtuamento do seu objetivo primário, aplicando-se às pessoas presas, em uma clara política deturpada de controle social.

Foi possível, a partir desta análise, concluir que a execução penal no Brasil, pauta-se na premissa de que o preso nada mais é do que um mero objeto não sendo merecedor de proteção quanto aos seus direitos fundamentais.

Verificou-se que, levando-se em conta que temos a terceira maior população carcerária do mundo (segundo os dados informados pelo mais recente Relatório do INFOPEN de 2017), há uma minoria de presos (LGBT) que sofre uma dupla punição: aquela decorrente da própria execução penal e uma outra decorrente de sua orientação sexual.

No entanto, algumas iniciativas legislativas, como as constantes da Resolução nº 558/2015 da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro, bem como a da Cartilha lançada pela Defensoria Pública do mesmo Estado, tentam impedir que o preso seja tratado de maneira diferenciada em razão de sua orientação sexual, tampouco permitem que o Estado ou seus agentes interfiram nesta seara.

Tais ações, ainda que acanhadas, nada mais são do que um primeiro passo que deve ser dado para que o preso seja visto e tratado como portador de direitos humanos e que a situação de vulnerabilidade na qual vivem seja, ao menos, mitigada, representando nada mais, nada menos do que um dos pilares do princípio da não marginalização da pessoa presa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Ceslso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ED. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Torrieri Guimarães. V.48. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BRITO, Alexis Couto de. Direitos humanos, execução penal e a afirmação do Estado Democrático de Direito. In BRANDÃO, Cláudio (org). *Direitos humanos e fundamentais em perspectiva*. São Paulo: Atlas, p. 424-450, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 6ª edição. São Paulo:Saraiva, 2015
Boas Práticas no Sistema Prisional – Acolhimento da Pessoa LGBT no Cárcere - <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/7a75f9b7bfc4cecb5e79b8f1c26c92b.pdf> - acesso em 10 de janeiro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir – Nascimento da Prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

GIAMBERNARDINO, André. Poder Judiciário Brasileiro e Execução Penal: notas sobre a versão brasileira da teoria da não intervenção. In: www.emporiododireito.com.br/leitura/poder-judiciario-e-execucao-penal-notas-sobre-a-versao-brasileira-da-teoria-da-nao-intervencao.

Acesso em 23 de set de 2018

GOMES, Luiz Flávio **A menor elegibilidade (“less eligibility”) da prisão**. Disponível em:<https://jus.com.br/artigos/19887/a-menor-elegibilidade-less-eligibility-da-prisao>. Acesso em: 07 de novembro de 2017.

HOMEM, António Pedro Barbas. Conceito de direitos humanos. In. BRANDÃO, Cláudio (org). **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, p.15 a 31, 2014. INFOPEN. Apresentação Coletiva.

<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf>.

Acesso em 23 de janeiro de 2018.

LEAL, César Barros. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica – As origens do Sistema Penitenciário (Séculos XVI – XIX)**. Trad. Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PENNA, Flávia Chaves Brandão; CASTILHO; Fernanda Pascoal Valle Bueno de. *Do Humanismo à desumanização da Execução Penal*. In **(Des)Construindo Argumentos Jurídicos**. José Mário Chaves (Org). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 2017, p. 77-96

PERROT, Michelle. **Os Excluídos da História: Operários, mulheres e prisioneiros**. Tradução de Denise Bottmann. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

PLANALTO. Constituição da República.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

PLANALTO. Lei 7.210/84 – Institui a Execução Penal - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Mandela). <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cooperacao-internacional-2/traducao-regras-de-mandela-1.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2018.

RESOLUÇÃO SEAP Nº 558/2015 - Estabelece diretrizes e normativas para o tratamento da população LGBT no sistema penitenciário do Estado do Rio de Janeiro. http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/resolucao_seap_n_558_-_2905201.htm. Acesso em 10 de agosto de 2018.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Da função de reintegração social da pena privativa de liberdade**. Belo Horizonte, Tese, Universidade Federal de Minas Gerais, 2005.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal – Teoria Crítica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROMÃO, Miguel Lopes. **Prisão e ciência penitenciária em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2014.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

ⁱ *Dos delitos e das penas*. 1764.

ⁱⁱ Art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

ⁱⁱⁱ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal

^{iv} Regra 5 1. O regime prisional procurará reduzir ao mínimo as diferenças entre a vida em prisão e a vida em liberdade tendentes a enfraquecer o sentido de responsabilidade do preso ou o respeito a sua dignidade enquanto ser humano.

^v Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

^{vi} Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

^{vii} INFOPEN. Apresentação Coletiva. <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf>. Acesso em 23 de janeiro de 2018.

^{viii} Boas Práticas no Sistema Prisional – Acolhimento da Pessoa LGBT no Cárcere - <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/7a75f9b7bfc4cecb5e79b8f1c26c92b.pdf> - acesso em 10 de janeiro de 2018.

^{ix} **Art. 2º** - A pessoa travesti ou mulher e homem transexual em privação de liberdade tem o direito de ser tratada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero.

§ 1º - Entende-se por nome social aquele pelo qual pessoas travestis, mulheres transexuais e homens transexuais querem ser tratados.

§ 2º - O sistema de registros da Secretaria do Estado de Administração Penitenciária (SEAP) deverá conter um campo destinado ao nome social, que deverá ser preenchido na entrada da pessoa presa, servindo o registro na Guia de Recolhimento do Preso. Caso não tenha sido incluído o nome social na Guia de Recolhimento do Preso a SEAP deverá incluí-lo. Para as (os) presas (os) LaBT que já se encontram dentro do sistema, aplica-se a mesma medida.

^x **Art. 3º** - Às pessoas travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de convivência específicos, de modo a garantir sua dignidade, individualidade e adequado alojamento

^{xi} **Art. 5º** - À pessoa travesti ou mulher transexual e homem transexual em privação de liberdade será facultado o uso de roupas íntimas femininas ou masculinas, bem como a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero.

Parágrafo Único - Deverá ser respeitada a manutenção de cabelos femininos das pessoas travestis e das mulheres transexuais na porta de entrada, nas transferências e durante a sua permanência no sistema penitenciário.

^{xii} **Ar. 9º** - É garantida à população LGBT em situação de privação de liberdade a atenção integral à saúde, atendidos os parâmetros da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT.

§ 1º - À pessoa travesti, à mulher transexual ou ao homem transexual em privação de liberdade, será garantido acesso do seu tratamento hormonal e o acompanhamento de saúde específico.

§ 2º - Será garantida, com isonomia de tratamento, a distribuição de preservativos e gel lubrificante.

§ 33 - A SEAP deverá, através da Subsecretaria de Tratamento Penitenciário e das Coordenações de Saúde, Psicologia e Serviço Social, em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro, viabilizar estudos para a efetivação desse direito.

**VANDALISMO E OS INDESEJÁVEIS: A LEI ANTIVANDALISMO DE PORTO
ALEGRE/RS SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA CULTURAL**

*VANDALISM AND THE UNDESIRABLE: THE ANTIVANDALISM LAW OF PORTO
ALEGRE/RS UNDER THE PERSPECTIVE OF CULTURAL CRIMINOLOGY*

Pedro Henrique Farina Soares

Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG),
Integrante do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Ciências Criminais (GPHCCRIM –
FURG/CNPq), Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional
Damásio de Jesus e Advogado. pedrohsoares@gmail.com

Resumo: A Lei Complementar nº 832/2018 intitulada “Lei Antivandalismo” trouxe uma série de mudanças no Código de Posturas da cidade de Porto Alegre/RS, ampliando restrições e multas no pertinente às manifestações populares, depredações de bens públicos e pichações. A legislação administrativa além de proporcionar o recrudescimento do controle social por meio da aplicação de políticas públicas que prezam pela ordem tediosa da modernidade tardia, também favorece a crescente criminalização simbólica e concreta dos movimentos sociais contemporâneos. Partindo destes pressupostos, o trabalho analisa como a mudança legislativa e as decisões judiciais dela oriundas colaboram para a fomentação desta política de criminalização àqueles movimentos não se submetem a tal lógica, sendo tachados como “vândalos” tanto pelo Estado e suas agências de controle, quanto pela mídia. A pesquisa realizou-se por meio do método bibliográfico e documental pelo viés da criminologia cultural, compreendendo, ao fim e ao cabo, que tais grupos tidos como indesejáveis na atual estrutura mundial, que aprisiona a espontaneidade de maneira atuarial, preventiva e irrestrita, lutam para não se submeterem a tais restrições como uma forma de resistência contra essa sufocante dominação que esvazia a vida cotidiana.

Palavras-chave: Criminologia cultural; Lei antivandalismo; Controle Social; Políticas Públicas.

Abstract: The Supplementary Law nº 832/2018 entitled "Antivandalism Law" brought a series of changes to the Code of Postures of the city of Porto Alegre/RS, expanding restrictions and fines on the pertinent to popular demonstrations, depredations of public goods and graffiti. Administrative legislation, in addition to providing the resurgence of social control through the application of public policies that cherish the tedious order of late modernity, also favors the increasing symbolic and concrete criminalization of contemporary street social movements. Based on these assumptions, the paper analyzes how the legislative change and the judicial decisions from it collaborate to foment this policy of criminalization to those movements do not submit to this logic, being branded as "vandals" by both the State and its control agencies, and by the media. The research was carried out through the bibliographic and documentary method through the cultural criminology bias, comprehending, in the end, that such groups considered as undesirable in the current world structure, imprisoning spontaneity in an actuarial, preventive and unrestricted way, struggle not to submit to such restrictions as a form of resistance against this suffocating domination that empties daily life.

Keywords: Cultural Criminology; Anti-vandalism Law; Social Control; Public Policy.

INTRODUÇÃO

Desde as manifestações de junho de 2013, conhecidas como “Jornadas de Junho”, os movimentos sociais contemporâneos vêm sofrendo uma crescente criminalização simbólica e concreta de suas condutas.

Inicialmente tendo como norte a insatisfação com o aumento da tarifa de transporte público, as jornadas tomaram proporções gigantescas, chegando a mais de 1 milhão de pessoas nas ruasⁱ, e passaram a abarcar uma infinidade de reivindicações que iam desde melhorias na saúde, educação e infraestrutura até críticas relacionadas à corrupção e à realização de megaeventos esportivos no país.

Com o distanciamento da pauta elencada pelos movimentos sociais sindicais e estudantis e o surgimento dos Black Bloc, resistência ativa e ofensiva por meio da depredação

da propriedade bancária, pública e empresarial-automotiva e da ocupação dos centros do poder, o discurso de criminalização apareceu com força para esta chamada “minoria”, alvo frequente da repressão policial. O fato de que o Estado brasileiro estava em vias de realizar megaeventos como a Copa das Confederações, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 e não autorizar protestos neste período, pode ter contribuído para que houvesse um desejo coletivo de desobediência civil como forma de afastar aquilo que Ferrel (2010) chama de projeto modernista do tédio.

O autor (2010, p. 343-344), estudioso da temática do tédio, diz que “quando o repetitivo sussurro das fábricas substitui os ritmos do artesanato, o entorpecimento do trabalho alienado esvazia o significado do trabalho cotidiano e esgota a promessa fraudulenta do progresso moderno”. Este esvaziamento do sentido do trabalho e conseqüentemente da vida, apreendida pela rotinização e automaticidade da modernidade tardia (YOUNG, 2002), culmina por motivar certas transgressões ao regramento ordeiro de cunho moralista que o Estado e os empreendedores morais impõem.

Neste diapasão, a política de tolerância zero ganhou estímulo no território brasileiro nos últimos anos. Após 2013, a Lei Antiterrorismo foi sancionada e aproximadamente 70 Projetos de Lei foram protocolados no Congresso Nacional no intuito de criminalizar o vandalismo, o terrorismo, o uso de máscaras, o porte e uso de fogos de artifício, o bloqueio de vias públicas, a desordem de local público e a ocupação de repartição pública (MARQUES; RIELLI, 2018). Com a proposta de diminuir desvios considerados menores, tanto penalmente, quanto por sanções administrativas, o Estado restringe e, praticamente, inviabiliza a atuação dos movimentos sociais.

O controle social na atual quadra histórica se dá por meio de um Estado com tendências arbitrárias e que submete o seu poder de decisão a uma lógica que atenda aos ditames do mercado internacional (CASARA, 2017). Os empreendedores morais aparelham a máquina estatal para praticar o controle formal, mas, além disso, também oportunizam o controle informal na sociedade civil que desqualifica, exclui e manipula determinados grupos sociais.

A luta política de hoje é pela dominação do imaginário e o seu poder simbólico, isso porque ele “constitui o que a pessoa percebe como realidade, com representações que partem dos materiais simbólicos que existem em determinado agrupamento social” (CASARA, p. 81).

A gestão dos indesejáveis passa, então, pela confecção de legislações que controlem antecipadamente comportamentos tidos como desviantes e por discursos de manutenção da ordem e de privilégios, proferidos na grande mídia e também nas decisões judiciais.

Partindo dessas premissas, a presente pesquisa busca analisar a Lei Complementar nº 832/2018 de Porto Alegre/RS, intitulada “Lei Antivandalismo”, que alterou alguns dispositivos da Lei Complementar nº 12/1975, Código de Posturas do Município, para ampliar o rol de condutas infratoras relacionadas às manifestações populares, depredações públicas, higiene da via pública e fatos relacionados à pichação, agravando consideravelmente o valor das multas penalizadoras, e a ADIN nº 70077010890 proposta pelo Sindicato dos Municípios de Porto Alegre (SIMPA) para questionar a constitucionalidade da restrição às manifestações populares.

O trabalho parte da concepção de movimentos sociais de Gohn (2011) que os compreende como ações sociais que atuam coletivamente a fim de viabilizar formas distintas de a população se organizar e expressar suas demandas por inclusão social, seja por pressão direta (na qual está incluído o distúrbio à ordem instituída e atos de desobediência civil), seja indireta (redes sociais).

O aporte metodológico utilizado é o da criminologia cultural que aprofunda e supera as noções estreitas de crime e justiça criminal na tentativa de compreender o sentido amplo e figurativo da transgressão e do controle (HAYWARD; FERREL, 2012) dentro de uma perspectiva segregadora e criminalizante:

“A criminologia cultural explora os vários caminhos nos quais forças culturais interligam-se com a prática do crime e com o controle de criminalidade na sociedade contemporânea. Ela enfatiza a centralidade de significado, representação e poder na contestada construção do crime – tanto o crime construído como um acontecimento diário ou como uma subversão subcultural, quanto como um perigo social ou violência publicamente sancionada. Do ponto de vista da criminologia cultural, o objeto de qualquer criminologia útil e crítica deve, necessariamente, ir além das noções estreitas de crime e justiça criminal para incorporar demonstrações simbólicas de transgressão e controle, sentimentos e emoções que surgem de eventos criminais, e bases ideológicas de campanhas públicas e políticas destinadas a definir (e delimitar) tanto o crime quanto suas consequências. Esse foco mais abrangente permite um novo tipo de criminologia – uma criminologia cultural – melhor sintonizada com as condições sociais prevalecentes, e, portanto, mais capaz de contextualizar e confrontar a criminalidade contemporânea e o seu controle. Essa criminologia cultural procura tanto entender o crime como uma expressiva atividade humana, quanto criticar a sabedoria percebida em torno das políticas contemporâneas de crime e justiça criminal” (HAYWARD; FERREL, 2012, p. 207).

A partir disso, a pesquisa se desenvolve com uma análise dialética bibliográfica e documental, com o objetivo central de discutir a criminalização simbólica por parte da legislação e dos empreendedores morais e as possíveis razões para que os movimentos sociais por vezes transgridam a previsão legal e a ordem social.

No tocante a estruturação dos capítulos, dividiu-se o trabalho da seguinte forma: em um primeiro momento se aborda as minúcias da Lei Complementar nº 832/2018, com todas as suas alterações e sanções agravadas no Código de Conduta de Porto Alegre (Lei Complementar nº 12/1975) e das decisões liminar e de mérito da ADIN nº 70077010890 proposta junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No segundo capítulo se discorre sobre as cruzadas praticadas por empreendedores morais no desígnio de provocar a segregação e a gestão de indesejáveis por meio da disseminação do pânico. Por fim, no terceiro e último capítulo, se desenvolve os conceitos de modernidade tardia e tédio a fim de tentar se compreender os atos transgressores dos movimentos sociais de rua contemporâneos.

1. UMA IMERSÃO CRÍTICA NA LEI ANTIVANDALISMO E NAS DECISÕES LIMINAR E DE MÉRITO DA ADI Nº 70077010890

O Código de Posturas de Porto Alegre, Lei Complementar nº 12/1975, foi promulgado em uma época em que o Brasil ainda vivenciava uma ditadura civil-militar restritora de liberdades. Neste mesmo ínterim, começava a ser implantada nos Estados Unidos da América uma política criminal de lei e ordem ou de tolerância zero, que compreendia importante medidas punitivas e sancionatórias prévias ao cometimento do crime. A ideia central era de que pequenas infrações e desvios culminavam por romper com a respeitabilidade e a ordem social, sendo imprescindível ao Estado e suas agências de controle frear tais atos tidos como incivilidades (YOUNG, 2002).

Seguindo estas concepções, o Código de Posturas de Porto Alegre não tem por escopo estipular tipos e sanções de caráter penal, mas sim regular o espaço público da cidade e aplicar sanções de cunho administrativo em prol de uma sensação de maior segurança. A pesquisa não desconhece a diferença de ambos principalmente em suas consequências, extremamente mais gravosas na seara penal. Contudo, não se pode desconsiderar que a criminalização simbólica

começa a ser construída no imaginário social tanto por meio de discursos políticos e midiáticos, quanto por legislações que igualmente visam o controle social e a propagação de pânico morais.

Nesse sentido, Garland (2008, p. 48) refere:

“Um reconfigurado campo do controle do crime significa mais do que apenas uma mudança na resposta da sociedade ao crime. Importa, também, em novas práticas relacionadas ao controle de comportamentos e à maneira de se fazer justiça, em conceitos revisados de ordem social e de controle social e em modos alterados de se manter a coesão social e de lidar com relações entre grupos”.

A ordem social passa então por um controle do comportamento de pequenas condutas. É neste espectro que a Lei Complementar nº 832/2018, sancionada em 09 de março de 2018 pelo prefeito de Porto Alegre e proponente da iniciativa, Nelson Marchezan Jr., surge.

Além de dispor sobre funções relacionadas à polícia administrativa, ampliando o seu rol de poderes e punições, a lei complementar altera e inclui incisos, parágrafos e artigos no Código de Posturas que aumentam consideravelmente as sanções de multas e restringem a atuação dos movimentos sociais nas manifestações de rua, praticamente inviabilizando-as.

Intitulada pelo próprio proponente de “Lei Antivandalismo”, a legislação, como o próprio nome diz, tem um público específico a ser alcançado e estigmatizado, qual seja o dos movimentos sociais que rompem com a perpetuação da lógica capitalista e neoliberal e subvertem a ordem rotinizada da vida. Para isso, seu artigo 13 altera, dentre tantos, os incisos IX e XXIX do artigo 18 do Código de Posturas para majorar os valores da pena de multa para aqueles que embarçam ou impedem o livre trânsito na rua e que depredam o patrimônio municipal. Vejamos:

“Art. 13 No art. 18 da Lei Complementar nº 12, de 1975, e alterações posteriores, ficam alterados os incs. IV, VI, IX, XII, XX e XXIX do caput, e fica incluído inc. XXXI no caput, conforme segue:

"Art. 18 ...

[...]

IX - embarçar ou impedir, por qualquer meio, o livre trânsito de pedestres ou veículos nos logradouros públicos, bem como usar correntes ou artefatos de proteção nos canteiros centrais das vias públicas e nos equipamentos públicos referidos na Lei Complementar nº 618, de 10 de junho de 2009, alterada pela Lei Complementar nº 675, de 22 de junho de 2011; Pena: multa de 1.000 (mil) UFMs a 100.000 (cem mil) UFMs.

[...]

XXIX - causar dano a bem do patrimônio público municipal;

Pena: multa de 1.000 (mil) UFMs a 100.000 (cem mil) UFMs”

Antes da alteração, as penas de multa eram de 14 a 21 UFMs para o caso do inciso IX e de 7 a 10 salários mínimos para o inciso XXIX. Considerando que a UFM (Unidade Financeira Municipal)ⁱⁱ, indexador tributário de Porto Alegre, neste ano de 2018 equivale a R\$ 4,0145, os novos incisos instituem multas de R\$ 4.014,50 até R\$ 401.450,00 a quem “embaraçar ou impedir, por qualquer meio, o livre trânsito de pedestres ou veículos nos logradouros públicos” e/ou “causar dano à bem do patrimônio público municipal”.

Ainda nesta seara, o artigo 14 também altera os incisos I e II do artigo 20 do Código de Posturas no sentido de obrigar aos organizadores de um protesto a indicarem o local, o horário e o roteiro da manifestação para prévia aprovação do governo municipal de Porto Alegre, sob pena de não ocorrerem. A infração do disposto no artigo implica em multa de 500 a 3.000 UFMs, que equivalem, respectivamente, a R\$ 2.007,25 e R\$ 12.043,50, conforme § 2º:

“Art. 14 No art. 20 da Lei Complementar nº 12, de 1975, e alterações posteriores, ficam alterados os incs. I, II e IV do caput, ficam incluídos inc. V no caput e § 2º, e fica renomeado o parágrafo único para § 1º, mantendo-se sua redação atual, conforme segue:

“Art. 20 ...

I - a localização e o horário de sua realização sejam aprovados pelo Município de Porto Alegre;

II - as limitações de trânsito em via pública definidas pelo Município de Porto Alegre sejam cumpridas;

[...]

§ 2º A infração ao disposto neste artigo acarretará multa de 500 (quinhentas) UFMs a 3.000 (três mil) UFMs, sem prejuízo do dever do infrator de reparar o dano causado.”.

Para finalizar, sob um ponto de vista atuarial, a legislação culmina por tentar neutralizar preventivamente possíveis criminosos, adicionando artigos que obrigam os estabelecimentos que comercializam tintas do tipo spray a manterem cadastro na Secretaria Municipal do Desenvolvimento Econômico (SMDE) para acompanhamento do governo do municipal. No caso de descumprimento e/ou de venda para pessoas menores de 18 anos de idade, os estabelecimentos ficam sujeitos a multas de 650 a 2.600 UFMs, valores que variam entre R\$ 2.609,43 e R\$ 10.437,70, e, ainda, em caso de reincidência, podem ter a multa aplicada em dobro e suas atividades suspensas parcial ou totalmente:

“Art. 18 Fica incluído art. 91-B na Lei Complementar nº 12, de 1975, e alterações posteriores, conforme segue:

"Art. 91-B Os estabelecimentos que comercializam tintas em embalagens do tipo spray deverão manter cadastro na Secretaria Municipal do Desenvolvimento Econômico (SMDE), nos termos definidos em regulamento."

Art. 19 Fica incluído art. 91-C na Lei Complementar nº 12, de 1975, e alterações posteriores, conforme segue:

"Art. 91-C Ficam sujeitos à multa de 650 (seiscentas e cinquenta) UFM's a 2.600 (duas mil e seiscentas) UFM's os estabelecimentos comerciais que cometerem as seguintes infrações administrativas:

I - vender tintas em embalagens do tipo spray sem o cadastro referido no art. 91- B desta Lei Complementar; ou

II - vender tintas em embalagens do tipo spray à pessoa com menos de 18 (dezoito) anos de idade.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, a multa referida no caput deste artigo será aplicada em dobro, ficando o estabelecimento sujeito à suspensão parcial ou total de suas atividades."

Concluído o processo administrativo com a respectiva confirmação da multa, o infrator deve pagá-la dentro do prazo estabelecido, sob pena de, não pagando, ter a inscrição do débito em dívida ativa, sofrer protesto extrajudicial e/ou ser inscrito nos serviços de proteção ao crédito. Ademais, seguindo os termos do artigo 8º da lei, o infrator não está isento de além de a multa ter que efetuar o pagamento dos danos porventura causados.

Dieter (2013, p. 19) refere que a “gestão eficiente, propõe controlar os índices de criminalidade mediante incapacitação seletiva – ou nem tanto – das pessoas consideradas inúteis pelo Mercado”. Os movimentos sociais que “embaraçam o trânsito” ou que depredam bens públicos e/ou picham agem exatamente no intuito de subverter esta lógica normativa e extenuante imposta pelos governantes. O discurso de manifestações ordeiras e pacíficas tanto pelo poder estatal, na figura dos seus três poderes, quanto pelo poder midiático, age como docilização de corpos e mentes para manter a estrutura social e econômica de privilégios de poucos.

Nesse passo, o poder judiciário gaúcho foi instado pelo Sindicato dos Municípios de Porto Alegre (SIMPA) a se manifestar sobre a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 12, que versam sobre questões afeitas à guarda municipal, e 13 e 14, que abordam as questões direcionadas às manifestações populares, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 70077010890ⁱⁱⁱ. A análise da argumentação é direcionada a estes dois últimos artigos, tendo em vista que são correlatos ao ora pesquisado. Nesse sentido, o pleito fundamentou-se na

contrariedade dos dispositivos 13 e 14 para com os incisos IX e XVI do artigo 5º da Constituição Federal que discorrem sobre a liberdade de expressão e de reunião pacífica.

Em sede de pedido de suspensão imediata dos efeitos da lei, em especial dos artigos contestados, o Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul indeferiu a liminar no dia 14 de março. Em sua decisão alegou, dentre outros argumentos, que não existe ofensa a artigos da Constituição Estadual e que “não se concebe, nesta toada, que possa ser defendida, a que título for, a desordem, especialmente quando esta representar entrave à circulação de pessoas”. Sustentou que a “grande maioria tem direito a poder se dirigir aos locais de trabalho, estudo e, notadamente, assistência médica, não se podendo tolerar, v.g., o uso de correntes ou artefatos de proteção para impedir o exercício de um dos mais mezinhos direitos públicos”.

Pouco mais de 3 meses depois, o tribunal pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do artigo 14, julgou procedente em parte pertinente à necessidade de se indicar a localização e o horário para concentração de cidadãos e cidadãs na via pública a fim de o governo municipal aprovar ou não a manifestação pública. O relator, Desembargador Arminio, justificou que o inciso que vigorava antes do novo texto discutido na ADI solicitava a aprovação apenas da localização de manifestação, tendo a Lei Complementar 832/2018 adicionado o fator do horário. Contudo, com o advento do artigo 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, o inciso I do Código de Posturas, que versava sobre o aviso prévio e que era anterior a 1988, foi revogado. Uma vez que o novo inciso reitera o texto revogado e acrescenta o fator do horário, tal dispositivo, nas palavras do Desembargador, “implica em inequívoca inconstitucionalidade”.

Continuando, no corpo do acórdão existe explanação no espírito de tolerar o direito de reunião no sentido de prevalecer a liberdade de expressão e de pensamentos que conflitem com os valores dominantes da sociedade. São feitas comparações com legislações europeias, dizendo o Desembargador que a reunião deve ser pacífica, sendo evidente que o conceito de movimento pacífico se contrapõe à “perturbação da ordem pública ou à segurança pública, no que se inclui, evidente, a causação de danos, seja ao patrimônio público, seja ao patrimônio particular”.

Quanto à inconstitucionalidade do inciso IX do artigo 18 do Código de Posturas, modificado pelo artigo 13 da Lei Complementar 832/2018, não foi acolhido, tendo em vista que ao julgar a inconstitucionalidade apenas do inciso, o judiciário cairia em uma contradição ao restabelecer o inciso anterior, incidindo no mesmo vício, além de criar uma nova fonte normativa, o que é vedado, pois mudaria a questão dos valores da multa. Ademais, “está-se diante de claríssimo interesse local e o banimento à perturbação ao trânsito de pedestres e veículos, a atrair a incidência do artigo 30, I, CF/88, sem qualquer ingerência com o direito de reunião em si”.

No que diz respeito às multas, o Desembargador foi bastante exemplificativo ao mencionar que não se pode defender “a que título for, a desordem e o vandalismo, especialmente quando estes representarem entrave à circulação de pessoas e veículos, assim como danos ao patrimônio público e, até, particular”. Ainda aventa que a sanção deve servir de estímulo ao “respeito da ordem pública” e que encontra respaldo para a sua “recalibragem” em razão de os valores anteriores não cobrirem os gastos dos bens danificados em protestos de um passado recente. Declara que as multas não obstaculizam o direito de reunião e que em caso de excessos na imposição de multas, será possível aos prejudicados fazerem questionamentos pela via judicial. Por fim, menciona que as sanções devem recair nos causadores diretos das infrações, devidamente identificados, e nos organizadores, e não de maneira indiscriminada.

O Desembargador Rui Portanova foi o único voto divergente do relator no ponto da inconstitucionalidade do inciso IX do artigo 18 do Código de Posturas, modificado pelo artigo 13 da Lei Complementar 832/2018. O magistrado suscita a diferença entre lei e norma e pondera que o que se está debatendo é a mudança de norma e não de lei, situação que pode, então, ser possível o acolhimento da inconstitucionalidade do inciso sem incorrer em repristinação. Finaliza defendendo que do ponto de vista dos direitos individuais e das obrigações não é lícito “embaraçar ou impedir, por qualquer meio, o livre trânsito de pedestres ou veículos nos logradouros públicos”, mas que no âmbito dos direitos coletivos sim, pois é assim que dispõe o texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XVI. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) segue tramitando, agora em grau de recurso extraordinário, sem data para o próximo julgamento.

Feito alguns apontamentos sobre artigos da Lei Complementar 832/2018 e sobre as decisões liminares e de mérito, o trabalho caminha para, no próximo ponto, debater como agentes do estado e da mídia empreendem moralmente na gestão de indesejáveis através da disseminação do pânico. É nessa espiral de construção linguística e imaginária da realidade da legislação, da mídia e das decisões judiciais que iremos tratar agora.

2. NARRATIVAS DA EXCLUSÃO: AS CRUZADAS MORAIS CONTRA OS MOVIMENTOS SOCIAIS

A construção de uma simbologia e de uma realidade hegemônica passa necessariamente pela apropriação do discurso. É nessa senda que Foucault (2012) sustenta que o discurso é uma forma de controle e de exclusão, indicando três sistemas em que isso se perfectibiliza: a palavra proibida, a segregação da loucura e a vontade de verdade. O discurso é controlado pela palavra proibida, pois nem todos podem falar o que bem entendem, seja por razão de tabu, de circunstância e/ou de lugar de fala, pela diferenciação entre pessoas sãs e insanas e, por fim, pela verdade historicamente constituída e não contestada.

A situação objeto desta pesquisa tem seu arcabouço de exclusão e estigmatização na manutenção de um discurso que proíbe a “palavra” dos movimentos sociais. Isso porque, ao cercear o direito de manifestação destes movimentos, que tentam romper com a ordem instituída para se inserirem socialmente, agentes políticos, jurídicos e midiáticos estabelecem o segundo sistema de exclusão de Foucault (2012), a segregação da loucura.

As classificações dos manifestantes vão desde vândalos, baderneiros e desordeiros, até terroristas, já existindo projetos de leis no Congresso Nacional para tipificar e enquadrar articulações de movimentos sociais, incluindo as que envolvem ocupações de imóveis urbanos e rurais, bloqueio de vias públicas e depredação e/ou destruição de máquinas, equipamentos, instalações, prédios ou plantações, como crime de terrorismo^{iv}. A apropriação do terror como narrativa segregatória é terminantemente estratégica, pois além de produzir no imaginário social uma vulnerabilidade subjetiva profunda, ela também é capaz de unir uma grande audiência para lutar contra essa ameaça a sua segurança. Khaled Jr. (2018, p. 35) diz que:

“A narrativa do terror é dotada de formidáveis capacidades para o eficaz adestramento de almas incautas. Seus efeitos de sedução são verdadeiramente orquestrados por uma maquinaria que produz continuamente ansiedade, garantindo a contínua e reiterada ampliação de uma rede de controles estatais que não está sujeita aos habituais controles formais. Em outras palavras, são muitos os interesses que gravitam em torno do terror, não só do que ele representa, mas também do que autoriza e legítima”.

É por intermédio destas narrativas de segregação que se estabelece, destarte, o terceiro sistema de exclusão: o da verdade historicamente construída e não contestada. Hayward e Ferrel (2012, p. 208) referem que tais verdades são “cada vez mais trabalhada como espetáculos da mídia, consistentemente mascarada como informação ou entretenimento”, sendo que a “dinâmica desigual do direito e do controle social continuam essenciais para a manutenção do poder político, e assim operar para sustentar o sistema que os produz”.

Estes três sistemas de exclusão de Foucault (2009) são intensamente utilizados por aqueles que Becker (2009) chama de empreendedores morais. Os empreendedores morais são aqueles que estimulam e condicionam, por meio da imprensa e outros meios de comunicação, as regras e condutas que querem que sejam compreendidas como *outsiders*, ou desviantes, bem como de que forma elas serão seletivamente aplicadas (BECKER, 2009).

Há, deliberadamente, uma eleição de quais coisas, pessoas ou discursos, que necessariamente vão de encontro aos modos de vida, valores ou crenças dos empreendedores morais, serão tidos como inimigos. Identificados os inimigos, passasse a promover verdadeiras cruzadas contra suas pautas com o objetivo de segregá-los, proibi-los e/ou contê-los em suas tentativas de rompimento com o *status quo* (KHALED JR, 2018).

Como Zaffaroni (2011) sustenta a construção do inimigo age com a finalidade de controlar o avanço dos direitos e conquistas sociais daqueles que sempre viveram na marginalidade. Para ele (2011, p. 142), o inimigo “não vem onticamente imposto, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é politicamente assinalado. Embora existam mitos anteriores, reconhece-se que se assinala o inimigo porque convém fazê-lo”.

A manutenção deste poder político se dá por meio da disseminação de pânicos também de cunho moral que podem ser identificados por algumas características elencadas por Thompson (*apud* KHALED JR, 2018), quais sejam: a) assumem cruzadas durante algum período, seja ele longo ou curto; b) alarma as pessoas de uma possível fragmentação ou ruptura da ordem social, o que pode vir a representar um risco para o dia a dia delas; c) não são bem

delimitadas; d) agentes políticos e da grande mídia lideram campanhas para deslegitimar e tentar eliminar os riscos que tais “inimigos” representam a sociedade, e; e) não buscam aprofundar as causas reais do problema social.

Respalhando-se nestas características, é possível compreender que a rotulação e intensificação da criminalização começa em uma esfera figurativa pelo emprego de discursos e campanhas que criam um ambiente de medo e repulsa. O que difere os “inimigos” dos “amigos” é o sucesso da cruzada moral no meandro social. É neste sentido que Becker (2008, ps. 21-22) diz que o desvio:

“[...] é criado pela sociedade. Não digo isso no sentido em que é comumente compreendido, de que as causas do desvio estão localizadas na situação social do desviante ou em “fatores sociais” que incitam sua ação. Quero dizer, isto sim, que 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”.

O desvio, a visto disso, é uma construção discursiva e simbólica. O fato de a Lei Complementar nº 832/2018 ter sido nomeada como “Lei Antivandalismo” implica em uma visão majoritária de que aquelas pessoas que venham a transgredir seus dispositivos devem ser fruto de políticas públicas de contenção. A legislação administrativa é o começo da resposta estatal para a gestão de indesejáveis que influencia, conseqüentemente, no recrudescimento crescente da legislação penal.

Esse avanço das cruzadas morais e da disseminação do pânico, veio com maior força após uma série de violações de direitos ocorridos em manifestações de rua entre os anos de 2013 e 2014, o que proporcionou, em alguma medida, um acirramento nas disputas existentes entre Estado e movimentos sociais, favorecendo o aparecimento de atos de insubordinação e de desobediência civil com maior assiduidade (ROMÃO, 2016). Além da intensa violência policial, a contar das Jornadas de Junho de 2013, houve uma crescente “oficialização” da exclusão e da criminalização dos movimentos sociais, seja pela relativização de direitos e garantias por parte do judiciário, por estabelecimento de políticas repressivas do executivo e/ou pela expansão de confecção de projetos de lei e/ou leis sobre a temática. Nesse sentido, Castellar (2018, p. 110) refere que:

“Na medida em que aumentava a adesão da população às reivindicações, os manifestantes passaram a responder com alguma agressividade às investidas da repressão, que não economizava ao atirar com balas de borracha, espargir gás de pimenta e soltar petardos de efeito moral. Foi nesse diapasão que algumas agências bancárias, escolhidas como símbolos do capitalismo, segundo os manifestantes, tiveram as vidraças quebradas; assim como alguns equipamentos públicos foram igualmente danificados, posto que eram considerados como emblemas de um poder que se valia da pancadaria desenfreada para acabar com os protestos”.

Nesse ambiente de violência e aparente incerteza, os empreendedores morais passaram a atuar com afinco na rotulação dos movimentos sociais como inimigos da ordem social, tendo como um dos seus resultados a Lei Complementar nº 832/2018.

O Prefeito Municipal de Porto Alegre, Nelson Marchezan Jr, proponente da Lei Complementar, é um dos grandes empreendedores em prol da contenção dos protestos de rua. A título exemplificativo, em 03 de janeiro de 2018, quando a cidade de Porto Alegre estava em vias de receber o julgamento do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, dia 24^v, Marchezan enviou um ofício ao presidente Michel Temer solicitando a convocação da Força Nacional e do Exército Nacional para “proteger o cidadão e o patrimônio público”, em razão do “iminente perigo à ordem pública e à integridade dos cidadãos porto-alegrenses”. Ainda disse no documento que é de se considerar a ameaça de “ocupação de espaços públicos municipais pelos diversos movimentos sociais que se manifestaram publicamente nesse sentido” e de “desobediência civil e luta” que teriam sido disseminadas nas redes sociais^{vi}.

Há uma diferenciação clara dentre aqueles que são amigos e inimigos do Estado e dos cidadãos no ofício escrito pelo prefeito. A primeira é de que os integrantes dos movimentos sociais estão alheios à conceituação de “cidadãos”, não podem se incluir nesta nomenclatura. A segunda, que complementa a primeira, é de que o prefeito considera os movimentos sociais como uma ameaça a ocupação de espaços públicos, contradizendo o próprio sentido do termo público, ou seja, posse de todos. Cria-se, assim, uma espécie de apropriação de espaços em tese públicos, como se privados fossem, na qual apenas alguns grupos podem usufruir livremente.

A proteção do Estado, então, se direciona única e exclusivamente para “o cidadão” e “o patrimônio público”. Aqueles manifestantes tidos como “pacíficos” são “normais” e os que são tidos como “vândalos” ou “desobedientes civis” são “anormais”. A eliminação e/ou contenção dos “anormais” passa sempre por um confronto de caráter binário e simplificador,

eis que facilita a assimilação da grande massa que absorve o discurso dominante e o toma como verdade, tendo em vista a grande repercussão que geralmente tomam.

A luta política se direciona ao plano do imaginário e do seu poder simbólico, pois “constitui o que a pessoa percebe como realidade, com representações que partem dos materiais simbólicos que existem em determinado agrupamento social” (CASARA, 2017, p. 81). Agentes políticos e midiáticos, com inserção na opinião pública, aproveitam-se disso para irem produzindo apenas uma versão da situação que é complexa. Isso tudo contribui para um melhor enraizamento do medo, uma vez que as pessoas não sabem como e quando vão ser perturbadas ou vão estar propensas a sofrerem dificuldades em decorrência do “embaraçamento da via pública” ou de possíveis “depredações”.

As cruzadas morais, portanto, são mecanismos importantíssimos na engendração da manutenção de privilégios e contribuem para que direitos civis sejam relativizados e trocados por promessas de segurança. Os movimentos sociais, não englobados pelo capitalismo tardio, se estabelecem enquanto subculturas, com normas, valores e sistema de credibilidade que se opõem, em algum nível, a compreensão do que é convencionalizado como sendo legalidade, moralidade e conquista, ou aquilo que Ferrel (2010) chama de “projeto modernista do tédio”, próximo assunto a ser abordado.

3. MOVIMENTOS SOCIAIS E O PARADIGMA DO TÉDIO NA MODERNIDADE TARDIA

No pós-fordismo, os valores que antes eram sólidos e absolutos tornam-se fragmentários e passíveis de questionamento. As instituições do trabalho e da família que noutro tempo possuíam uma concepção bastante hermética e previsível, na modernidade tardia já não provêm trajetórias tão definitivas e engessadas. Juntamente a isto, há uma redução no mercado de trabalho primário e ampliação do secundário, baseada na indústria de serviços e nas terceirizações, muito em razão da sofisticação da tecnologia. Todos estes fatores, aliados a crise econômica entre a década de 60 e 70, proporcionaram o surgimento de uma subclasse de desempregados estruturais e, também, de um sentimento de precariedade entre as pessoas.

Este sentimento de precariedade é aflorado pelo discurso disseminado pela cultura do *American Dream*, de necessidade de alcance de sucesso monetário e status social, principalmente pelo fato de que tanto as oportunidades, quanto as recompensas estão em patamares desiguais neste novo contexto histórico. Forma-se uma ideia de privação relativa, ou seja, há uma frustração tanto daqueles setores sociais que não conseguem se igualar no mercado de trabalho em razão da ausência de oportunidades e recompensas minimamente igualitárias, quanto daqueles setores sociais que compreendem que há um favorecimento injusto aos que “ganham a vida fácil demais, mesmo que não seja tão boa quanto a minha” (YOUNG, 2002).

A privação relativa é oriunda do fato de fazermos comparações. Na sociedade capitalista ela é direcionada a aqueles que estão no mercado e aos que não estão, ou seja, os excluídos. Percebe aqui novamente o discurso binário e simplificador propagado pelos empreendedores morais como maneira de manutenção dos valores de acumulação do capital. Valores coletivos são deixados de lado em prol do individualismo, o que contribui para o surgimento de uma nostalgia a um passado em que todos cooperavam e a ordem era estabelecida.

Na modernidade tardia, onde o capitalismo comanda as ações, a ordem é importante para a manutenção da sua estrutura. Quando isso é quebrado, se intensificam estereótipos dos que não têm condições de ingressarem e/ou se manterem no mercado de trabalho em função do medo, sempre presente, dos que se encontram totalmente inseridos na lógica econômica perderem os seus postos. Esta insegurança material favorece, também, o surgimento daquilo que Young (2002) chama de insegurança ontológica. A insegurança ontológica se configura na ausência de um “casulo protetor” capaz de filtrar os riscos que a pluralidade de visões da nova conjuntura mundial proporciona.

A existência de uma crise de identidade e de valores, cumuladas com o crescente movimento migratório e da transmissão de um discurso calcado no medo, no terror e na catástrofe da grande mídia contribui para o fortalecimento desta insegurança onipresente nos Estados capitalistas ocidentais contemporâneos.

Por ser uma cidade metropolitana, Porto Alegre se caracteriza por ter atitudes baseadas no isolamento, indiferentes e calculadas, sendo um “lugar de possibilidades e estímulos intermináveis, mas também um lugar em que há uma retração e um desapego que podem

facilmente virar hostilidade” (YOUNG, 2002, p. 246). Os espaços urbanos não proíbem a diversidade em si, mas propõe uma indiferença a ela. Esta indiferença, entretanto, em simbiose com a hostilidade presente na modernidade tardia é capaz de transbordar para uma demonização aberta de setores da população, gerando criminalizações simbólicas e concretas como forma de reforçar valores e apaziguar a sensação de insegurança, criando o *umwelt*.

Umwelt é um núcleo de normalidade rematada em que os indivíduos e grupos cercam a si mesmos, ou seja, é uma área em que o indivíduo se sente relativamente seguro e não está propenso a abrir-se para o diferente (YOUNG, 2002). É uma espécie de “casulo protetor artificial”, pois mesmo fisicamente seguro, o medo que está intrinsecamente enraizado na subjetividade da pessoa da modernidade tardia não lhe permite sentir-se completamente segura.

Privação relativa e insegurança ontológica, destarte, são importantes fontes de projeção do medo sobre o outro. O “outro” tido como desviante pode ser uma pessoa que se enquadra como criminosa dentro de um ordenamento jurídico ou uma pessoa “diferente”, que não está inserida dentro de um contexto “normal” que impera na atualidade, que é a cultura da ordem, da rotinização e do trabalho.

O medo de perder o trabalho e de assim conseguir atingir um patamar de sucesso ou, ao menos, se manter dentro do mercado para conseguir pagar suas contas ao final do mês, solidifica o capitalismo tardio. Toda essa submissão a inúmeros controles legais, laborais e/ou institucionais muito visíveis na estrutura social sufocante do capitalismo, implica em um problema distinto que se soma à privação relativa e à insegurança ontológica: o tédio (FERREL, 2010).

O tédio é mais uma das engrenagens do processo de desumanização e da perda da espontaneidade no cotidiano, que se ali ao discurso de insegurança ontológica, ao individualismo e a privação relativa (CARVALHO E SILVA, 2018). Ele se assenta sobre as tarefas pré-determinadas de acordar, comer, trabalhar e/ou estudar e dormir. Nem mesmo o lazer, que está intermeado em alguma destas tarefas foge a lógica de obediência a um roteiro que, na modernidade tardia, se resume a consumir.

O propósito da vida das pessoas é se permanecerem no jogo do mercado, em eterna competição com outras pessoas, para poderem consumir produtos, experiências e sensações que jamais vão trazer saciedade. O progresso e a busca por resultados sempre melhores é uma

“necessidade perpétua e talvez sem fim, o verdadeiro significado de ‘permanecer vivo e bem’” (BAUMAN, 2001, p. 169-170).

A própria transgressão e a violência de subculturas são transformadas em mercadoria, tornando-as parte substancial da cultura de consumo. Portanto, até mesmo a transgressão sofre um processo de mercantilização capaz de tirar a espontaneidade de suas ações. Podemos citar como exemplo o caso do grafite, antes criminalizado e estigmatizado, ele foi apropriado comercialmente e, a partir disso, passou a ser aceito e, inclusive, vendido como arte aceita pelo capitalismo. O mesmo não pode se dizer da pichação, corrente que ainda é muito criticada e criminalizada por apenas “sujar” as ruas e não ter aspecto de produto, eis que, na maioria das vezes, o picho são códigos, nomes e/ou frases em paredes e/ou muros cinza ou branco das cidades.

Resistir a este tédio é o que determinados grupos sociais fazem para se posicionarem contrariamente a cultura de rotinização e padronização de discursos que a globalização socioeconômica favorece. Esta resistência é uma forma de se posicionar contra a imposição de um ufanismo vazio de significado que acomoda o ser humano.

Segundo Ferrel (2010, p. 350):

“O tédio emitido pelos escaninhos dos escritórios e pelos shoppings não é infeliz efeito colateral; ele decorre diretamente dos processos de desumanização e das promessas fraudulentas sobre as quais são gerados. Tais situações são entediante precisamente porque são sistematicamente drenadas das habilidades e das possibilidades humanas, a despeito da incerteza e da surpresa inerentes à criatividade à sua condição. Elas compartilham a supressão intencional da possibilidade humana e a preclusão de variações de ritmo, significado e intenção; implacáveis na gestão do detalhe, deixam espaço apenas para o tédio e as suas consequências. Assim, enquanto alguns morrem um pouco a cada dia, outros procuram destruir o tédio instituído, ora com uma lata de *spray*, ora com repentinas interrupções do tráfego de automóveis”.

Os movimentos sociais historicamente possuem práticas de contraposição ao poder sistêmico estabelecido, eis que lutam exatamente para conseguirem incluir-se numa lógica mínima de justiça social não disponibilizada pela modernidade tardia. Recriam-se cotidianamente em razão das adversidades que encaram, tematizando e redefinindo a esfera pública no intuito de construir modelos de inovações sociais. Gohn (2011, p. 336) diz que concorda com Touraine, sociólogo francês que estudava movimentos sociais, quando afirma

que “os movimentos são o coração, o pulsar da sociedade”. A Autora (2011, p. 336) complementa revelando que os movimentos sociais “expressam energias de resistência ao velho que oprime ou de construção do novo que liberta”.

Dessa forma, retornando a legislação ora analisada no presente trabalho, a ampliação da multa do inciso IX do artigo 18 do Código de Posturas, além de praticamente inviabilizar manifestações que impeça o trânsito em logradouros públicos como forma de pressão ao Estado, sempre omissa em suas pautas de inclusão social, traz um desejo de transgressão por parte dos integrantes para destruir o tédio que lhes consome. O mesmo acontece no caso da necessidade de aprovação do local e do horário das manifestações populares e da obrigatoriedade de estabelecimentos que comercializam tinta spray manterem cadastro dos compradores.

Rocha e Cunha (2018, p. 629) abordam a questão:

“Os espaços urbanos passam então a contrastar a dicotomia entre o proibido e o permitido, normas e não normas, o lugar e o não lugar, a excitação da narrativa de controle e a angústia da racionalidade moderna e institucional que não mais consegue entregar a substância material que era antes vista como ideal. Esse “não lugar” da velocidade trouxe insegurança (VIRILIO, 1996, p. 31-32; 56; 123; 126), medo e desejo, uma “pluralidade de valores” que causa tédio e excitação, ao mesmo tempo em que tensiona o prazer e a felicidade da criação do destino programado com o “frequente sentimento de vazio”, sempre insaciado devido à cultura de consumo (YOUNG, 2007, p. 3-4)”.

A retomada dos espaços urbanos vem sendo preterida por uma série de movimentos, como, por exemplo, a “Massa Crítica”, que realiza jornadas ciclísticas em avenidas tomadas por veículos e “embarça” o trânsito com músicas e brincadeiras, e o “Ocupe as Ruas”, que se apoderam de vias das cidades e fazem eventos comunitários espontâneos. Ambos os movimentos podem ser incluídos no inciso IX do artigo 18 ou no inciso I ou II o artigo 20 do Código de Posturas, tendo em vista o teor genérico que proporcionam àqueles que venham aplicar a norma.

O mesmo vale para o Black Bloc, grupo que depreda, quebrando ou pichando, bens públicos e privados (de grandes empresas e multinacionais) como maneira de manifestar seu descontentamento e ser ouvido pelos representantes do poder. A dita violência do grupo é mais do que uma atitude irracional ou concreta, ela tem um viés conscientemente simbólico e deve ser entendida:

“mais na interface da política com a arte do que da política com o crime. Isso, porque a destruição de propriedade a que se dedica não busca causar dano econômico significativo mas apenas demonstrar simbolicamente a insatisfação com o sistema econômico. Há obviamente uma ilegalidade no procedimento de destruir a vitrine de uma grande empresa, mas é justamente a conjugação de uma arriscada desobediência civil e a ineficácia em causar prejuízo econômico à empresa ou ao governo que confere a essa ação seu sentido expressivo ou estético, num entendimento ampliado. A destruição de propriedade sem outro propósito que o de demonstrar descontentamento simbolizava e apenas simbolizava a ojeriza aos efeitos sociais da liberalização econômica” (ORTELLADO, 2016, s.p.).

Os movimentos sociais de rua contemporâneos, portanto, se apropriam dos meios culturais e do apego que as mídias possuem pela violência para passar sua mensagem de descontentamento com os rumos socioeconômicos do mundo e transgredir para ter retomar controle do espaço público e o seu mesmo.

Assim, romper com a automatização da rotina do trânsito, se rebelar contra a mesmice da vida moderna e lutar por um sistema mais humanizante e inclusivo, rebatendo o discurso hegemônico e estigmatizante, pode ser algumas das possíveis razões para que os movimentos sociais transgridam as normas administrativas da Lei Complementar nº 832/2018 que alterou o Código de Conduta de Porto Alegre. Rebatem os empreendedores morais que jogam o jogo do tédio para um cotidiano mais imprevisível e autônomo.

CONCLUSÃO

As Jornadas de Junho de 2013 são o estopim de uma enxurrada de novas medidas que restringem a atuação dos movimentos sociais na contemporaneidade e de novas formas de combate ao sistema econômico global. A crise de representatividade das democracias e do capitalismo periférico, que não consegue satisfazer suas promessas de progresso e prazer permanente, traz à tona todo o resquício autoritário da última ditadura civil-militar brasileira e recrudescer o combate aos “vândalos” e “indesejáveis”.

A partir disso, a pesquisa buscou compreender como uma legislação de cunho administrativo pode abrir caminho para que um determinado grupo seja excluído atuarial, preventiva e irrestritamente da sociedade de capitalismo tardio, por meio da criminalização simbólica e de sanções de multa. A ideia foi também verificar o ímpeto volitivo de transgredir dos movimentos sociais frente ao controle cada vez maior que vêm sofrendo no âmbito do

simbólico (disseminação de pânicos morais, discursos estigmatizantes e sanções administrativas) e concreto (punições frequentes, relativizações de direitos e garantias constitucionais e inúmeros projetos de lei que visam criminalizar penalmente seus atos).

A promulgação da Lei Complementar nº 832/ 2018 que alterou artigos e incisos e aumentou multas referentes a condutas infratoras do Código de Posturas de Porto Alegre é uma das maneiras de criar-se o imaginário de inimigos da organização da cidade. Assimila o discurso dos empreendedores morais, ao intitular-se “Lei Antivandalismo”, bem como dissemina e incentiva a criação de legislações de cunho mais repressivos.

As decisões judiciais corroboram a manutenção desta ordem global baseada em princípios norteadores de expectativas de pessoas que prezam pela assepsia da grande empresa em que se transformou o mundo. Argumentos como “não se concebe, nesta toada, que possa ser defendida, a que título for, a desordem, especialmente quando esta representar entrave à circulação de pessoas” e que não se pode defender “a que título for, a desordem e o vandalismo, especialmente quando estes representarem entrave à circulação de pessoas e veículos, assim como danos ao patrimônio público e, até, particular”, proferidos pelo Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, demonstra apego a estrutura social tediosa da modernidade tardia.

Muito embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade tenha sido julgada parcialmente procedente no pertinente a desnecessidade de aprovação do governo municipal para realização de manifestações, a questão do impedimento de vias públicas mantém-se como um empecilho, afora as elevadíssimas multas que restaram mantidas. O Desembargador Rui Portanova foi o único desembargador a divergir do discurso dominante estabelecido no Tribunal, compreendendo que no âmbito dos direitos coletivos é possível que haja impedimento de vias públicas, nos termos do texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XVI.

Deve se ter claro que o direito quase sempre esteve condicionado e ao serviço do poder, podendo ser relativizado apenas quando convém ao interesse privado (CASARA, 2017). Como Marx (2017, p.124) diz, “o interesse do direito pode falar enquanto for o direito do interesse, mas deve calar assim que colide com esse segundo interesse sagrado”.

A criminalização daqueles que vão às ruas protestarem e/ou daqueles que picham bens públicos passa por uma tática de controle social totalizante, seja pela necessidade de aval do

governo municipal, seja pelo fichamento daqueles que adquirem tintas spray em estabelecimentos comerciais. As manifestações populares que não “perturbam” o trânsito da cidade, geralmente, são aquelas que não buscam subverter o discurso dominante, mas sim apenas referendá-lo. A obstaculização da legislação é claramente direcionada aos movimentos sociais que buscam exatamente sabotar o paradigma do tédio e a desumanização da modernidade tardia (FERREL, 2010), seja por meio de manifestações que “embaraçam” o trânsito e/ou por políticas que não coincidam com as experiências que as pichações oportunizam.

Lutar por suas pautas reivindicatórias, contra a criminalização e contra o tédio é o que, aparentemente, move os movimentos sociais. Tomar para si o controle de suas vidas e tentar subverter a distopia que se inseriu na modernidade tardia de que tudo deve ser como um shopping, esterilizado, consumível, com condutas calculadas, engessadas e ordeiras. A rua é pública e cheia de oportunidades e espontaneidade que jamais qualquer legislação administrativa ou penal conseguirá coibir completamente.

A organização das cidades, direcionadas a exposição das grandes empresas e suas publicidades, não contempla os “vândalos” e “indesejáveis”, ou seja, aqueles que não correspondem as expectativas dominantes. E é exatamente isso que os movimentos sociais de rua contemporâneos, aparentemente, vêm buscando fazer, libertar-se do controle totalizante que lhes é imposto e, concomitantemente, trazer significados maiores e inovadores. Resistir ao tédio imposto, à cultura dominante padronizada e ao empobrecimento do imaginário social, para além de uma luta política, é uma luta pela sobrevivência.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001;
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Trad. Maria Luiza X. de Borges; revisão técnica Karina Kyschnir. 1ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008;
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017;
- CASTELLAR, João Carlos. **O decreto de garantia da Lei e Ordem, o Poder Judiciário e a triste história do “João sem Braço”**. In: DORNELES, José Ricardo Wanderley; PEDRINHA, Roberta Duboc; SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos Graziano (Organizadores) **Seletividade do Sistema Penal: o caso Rafael Braga**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2018;
- CARVALHO E SILVA, Guilherme Baziewicz de. **O descontrole já está formado! : Criminologia cultural e apropriações de estilo na geral do Grêmio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018;
- DIETER, Maurício Stegemann. **Lógica atuarial e incapacitação seletiva: A farsa da eficiente gestão diferencial das novas classes perigosas**. Rio de Janeiro: Revista EPOS, Vol.4, nº 1, jan-jun de 2013. Disponível em: <https://bit.ly/2Qfu2hW>. Acesso em 17 setembro 2018;
- FERREL, Jeff. **Tédio, Crime e Criminologia: Um convite à criminologia cultural**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 18, n.º 82. SP: RT, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/2IUYgCH>. Acesso em 28 de jun. 2018;
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2012;
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008;
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos sociais na contemporaneidade**. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, V. 16, nº 47, maio-ago, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/1gBBUXI>. Acesso em 19 setembro 2018;

HAYWARD, Keith; FERREL, Jeff. **Possibilidades insurgentes: As políticas da criminologia cultural**. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, V. 4, nº 2. jul./dez., 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2QeHnXy>. Acesso em 26 setembro 2018;

KHALED JR, Salah Hassan. **Crime e castigo: ensaios de resistência, controle social e criminologia cultural**. Belo Horizonte: Letramento, 2018;

_____, **Videogame e violência: Cruzadas morais contra os jogos eletrônicos no Brasil e no mundo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018;

MARQUES, Camila; RIELLI, Mariana. **5 anos de junho de 2013**. Artigo 19 Brasil São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2ImJEx8>. Acesso em 18 setembro 2018;

MARX, Karl. **Os despossuídos: debates sobre a lei referente ao furto de madeira**. Trad. Mariana Echalar e Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2017;

ORTELLADO, Pablo. **Ao contrário do que se pensa, a tática black bloc não é violenta, mas predominantemente simbólica**. Portal Justificando. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2OU03Mc>. Acesso em 16 setembro 2018;

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Complementar nº 832, de 9 de março de 2018**. Disponível em: <https://bit.ly/2KQZmnQ>. Acesso em 28 de junho 2018;

_____, **Lei Complementar nº 12, de 07 de janeiro de 1975**. Disponível em: <https://bit.ly/2xNE2Ic>. Acesso em 28 de junho 2018;

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da; CUNHA, Tiago Lorenzini. **Por uma reescrita do ideal moderno do medo da criminalidade nas cidades brasileiras contemporâneas**. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, vol. 10, nº 2, p. 620-661, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2IoI5yL>. Acesso em 18 setembro 2018;

ROMÃO, Vinícius de Assis. **A criminalização das manifestações de rua e o direito de resistência**. Revista Transgressões, v. 4, n. 2, p. 61-89, 15 jan. 2017;

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ⁱ Notícia do Portal O Globo que traz alguns dados das manifestações e dissemina pânico da violência e vandalismo de “manifestantes radicais”. Disponível em: <https://glo.bo/2R7N0bs>. Acesso em 02 setembro 2018.

ⁱⁱ Unidade Fiscal Municipal. Valores disponíveis em: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smf/default.php?p_secao=154. Acesso em 02 setembro 2018.

ⁱⁱⁱ Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em 02 setembro 2018.

^{iv} Alguns Projetos de Lei sobre a temática tramitam no Congresso Nacional, dentre eles o de nº 5.065/2016, de autoria do Deputado Federal Delegado Edson Moreira (PR-MG), o de nº 9.604/2018, de autoria do Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP-RS), e o de nº 9.858/2018, de autoria do Deputado Federal Rogério Marinho (PSDB-RN).

^v G1 RS. Manifestantes acampam em Porto Alegre antes do julgamento do recurso de Lula no TRF4. Disponível em: <https://glo.bo/2E0lzJh> Acessado em: 14 setembro de 2018.

^{vi} Disponível em:

https://twitter.com/marchezan_/status/948872230976540672/photo/1?ref_src=twsrc%5Etfw&ref_url=https%3A%2F%2Fwww.sul21.com.br%2Fjornal%2Fpedido-de-exercito-por-marchezan-so-aumenta-clima-de-beligerancia-e-intolerancia-avaliam-movimentos%2F. Acessado em 15 setembro de 2018.

**ANÁLISE CRIMINOLÓGICA: A TUTELA DO USUÁRIO DE DROGAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

*CRIMINOLOGIC ANALYSIS: THE DRUG USER TREATMENT WITHIN THE BRAZILIAN
LAW*

Juliana França David

Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas Ibmec (2017), advogada criminalista membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM).

julianabfdavid@gmail.com

Resumo: O presente trabalho se presta a analisar o tratamento do usuário de drogas no ordenamento jurídico brasileiro. Para o estudo do tema, foi investigado primeiramente o que determina a ilicitude daquelas substâncias previstas como ilícitas, tendo sido verificado que diferenciação importa para se compreender a razão que permite legalmente ou não o consumo de certa “droga”, bem como para entender-se a lógica por trás da proibição das demais substâncias (WEIGERT, 2010. p. 31). Atestou-se também que as drogas são assim divididas, ou caracterizadas, de acordo com a conveniência política do tempo e lugar, ou seja, do contexto em que se inserem, sendo indissociáveis da imagem do usuário – e na mesma linha, intrinsecamente associadas ao comportamento daqueles que as utilizam, assim como daqueles que as comercializam – “usuário” e “traficante” (OLMO, 1990, p. 22). Conforme se verificou, houve uma mudança de paradigma no tratamento do usuário de drogas – a partir do momento em que o consumo deixou de ser exclusivo de minorias e classes menos abastadas, passou a existir um afrouxamento em relação àqueles em situação socioeconômica superior. Assim, criou-se a figura do usuário ora como vítima, ora como criminoso, a depender pura e somente de sua classe social (*Ibid*, p. 23). Esse fato estendeu-se à criação da chamada “Ideologia da Diferenciação”, que se funda no caráter dúplice da política de drogas, vide as figuras do traficante-delinquente e do consumidor-doente. Foi mantido o proibicionismo ao uso, com a tutela penal ao usuário, embora não o sujeite a pena privativa de liberdade, escolha nítida do

Poder Legislativo aliado ao sistema de Justiça proibicionista brasileiro (*Ibid*, p. 33 – 34). Culturalmente, vincula-se o uso de drogas e a criminalidade, ou seja, trata-se o usuário obrigatoriamente como criminoso, ainda que de modo mais brando, por escolha do ordenamento jurídico pátrio. Não só, pois há, também, a patologização do usuário, que implica em lidar com este indivíduo não como cidadão, mas como um doente refém da marginalização e do estereótipo criminoso (ROMANINI, 2017). Também é analisado no bojo do presente artigo o conceito de saúde pública e inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, tendo em vista que a criminalização presente no diploma legal supostamente serve para proteger o bem jurídico “saúde pública”, muito embora, concretamente, como ficará demonstrado, não se preste a esse fim, apenas violando uma série de princípios constitucionais (RIBEIRO, 2013, p. 39). Vale ressaltar na mesma linha que foi verificada a importância de analisar o caractere de estigma sofrido pelo usuário de drogas, uma vez que a criminalização do porte de substâncias ilícitas para consumo contribui para a marginalização dos usuários destas substâncias, assim como também contribui para a falta de tratamento adequado (GOFFMAN, 1998, p. 6). Ainda mais, socialmente, a droga é determinada como único fator relevante ao se analisar o indivíduo que a usa – quase criando uma amálgama de usuário e droga, reduzindo-o à condição indissociável de dependente e drogado, sem controle das próprias ações ou discernimento próprio devido a um suposto estado de intoxicação permanente – desconsideram-se todos os demais fatores que possuem relevância, influenciam ou até determinam o comportamento do indivíduo. Dispensar um tratamento penal ao indivíduo usuário de drogas – ainda que não lhe seja imposta pena privativa de liberdade – já carrega um enorme peso por si só. Um crime é cometido pelo usuário de substâncias ilícitas, logo, este indivíduo, para todos os efeitos morais na sociedade, é um criminoso. Este estigma desempenha papel importante no que diz respeito à busca de tratamento voluntário. Sendo assim, restou claro que a escolha legislativa e política em manter a tutela do usuário no escopo da Justiça penal em nada melhora, porém, somente cria uma série de imbrólios de resolução ainda mais complexa: o Narcotráfico, conforme sua estrutura atual na América Latina (RODRIGUES, 2014, p. 7 – 8). Como bem se verificará, a proibição cria a guerra às drogas, não o usuário (*Idem*), comumente denominado de “financiador do tráfico”. Por fim, analisou-se o aspecto psicológico do uso, vício e dependência de substâncias, diferenciando principalmente usuário de dependente. Vale ressaltar que o usuário é aquele que

utiliza a substância de modo recreativo e o dependente necessita da substância para conseguir, em muitos casos, simplesmente funcionar de forma normal (MATÉ, 2009, p.138)ⁱ. Desta forma, pretende-se mostrar as razões pelas quais alguém que precisa de tratamento médico – ou, quiçá, tratamento algum – não deve ser tutelado pela justiça penal e se beneficiaria de tratamento diferenciado, afastado do âmbito jurisdicional, em especial, o criminal. Em conclusão, verificou-se que o usuário de substâncias entorpecentes, psicotrópicas e/ou psicoativas consideradas ilícitas não deve ser tratado pela Justiça, tampouco pela esfera Penal, ainda que de modo brando, pois esta escolha política não possui justificativa científica e contribui para sua estigmatização e conseqüente falta de tratamento (não necessariamente médico) adequado.

Palavras-chave: Drogas, usuário, vício, uso, constitucionalidade.

Abstract: This work intends to analyze how drug users are treated by the Brazilian law. In order to study this theme, it was verified what determines why some substances are considered illegal, while others are not. This dichotomy matters in trying to understand the reason why the consumption of a certain drug is legal, while unveiling the logic behind the prohibition of the rest of substances (WEIGERT, 2010, p. 31). It was also relevant to attest that drugs are categorized in such ways – as legal or illegal – according to political convenience determined by the time and place or, in other words, the context in which they are understood as such, being indissociably attached to its users stereotypes – and, in that regard, the behavior of those who use it, as well those who sell them – “user” and “dealer” (OLMO, 1990, p. 22). As investigated, there was a change in the paradigm regarding the drug user treatment – from the moment in which consumption stopped being exclusive to minorities and the poorer low class citizens, a loosening repression started to take place for those with higher economic status. And because of that, the stereotype of the drug user being a victim or criminal, conditioning this distinction exclusively to their social status, has been created (Ibid, p. 23). This was extended to what can be called the “Differentiation Ideology”, that finds its base in the twofold character of the current drug policy, hence the criminal-dealer and sick-user dichotomy. The prohibition imposed to the usage of drugs was kept, even though the user isn’t subject to imprisonment. This was clearly a choice made by the Congress, along with the Brazilian prohibitionist Justice system (Ibid, p. 33 – 34). Culturally, drug usage has been associated to criminality, and by that

logic, the user is still treated like a criminal, even if in a milder way, in the form the Brazilian legal system has chosen. Not only that, given the fact that the user is also associated to being indissociably ill. What happens is that the drug user ceases to be treated as a citizen, and starts to be treated as a criminal as well as an ill person worth of marginalization (ROMANINI, 2017). In this article, the concept of public health and the unconstitutionality of the art. 28 from the Law 11.343/2006 are also analyzed, since the drug possession criminalization present in art. 28 supposedly exists to protect “public health”, even though, in reality, it simply doesn’t fulfill such a goal, while it also violates a series of constitutional rights (RIBEIRO, 2013, p. 39). It is worth to notice the importance of analyzing the stigma character from which drug users suffer, since illicit drugs usage criminalization contributes to the marginalization of those users, as well to the lack of proper treatment (GOFFMAN, 1998, p. 6). Also, socially, the drug is determined as the only relevant factor when studying the person that uses it – creating some kind of amalgamate of user and drug, reducing this individual to the sole role of an addict and “burn out”, not having any control over their own actions because of a supposedly permanent inebriation state – that is, disregarding all the other relevant factors that influence or even determine the individual’s behavior. Dispensing criminal treatment to the drug user, even if there is no imprisonment, already carries a huge burden. A crime is perpetrated by the user of illicit drugs, and by that logic, this individual, is morally in society considered a criminal. Such stigma has a fundamental role regarding the seeking of voluntary treatment. Given all of the above, it became clear that the legal and political choice of maintaining the criminal treatment of the user improves nothing, only creating a series of problems with even harder solutions: the international drug traffic, with its structures in the Latin American model (RODRIGUES, 2014, p. 7 – 8). The prohibition creates the War on Drugs, not the user (*Id.*), usually understood as the “drug deal financier”. Next, the psychological aspect of the use and addiction to substances is investigated, separating the users from the medically addicted. It is important to bear in mind that the user is the one which uses the substance recreationally, and the addicted needs the substance in order to function normally in many cases (MATÉ, 2009, p. 138). This article intends to show the reasons from which a drug user might need medical treatment – as well as no treatment at all –, not criminal treatment, and would find benefit in this, away from the legal system, and especially, the criminal justice. In conclusion, the user of illegal psychotropic

substances should not be treated by the Judiciary, nor by the criminal justice, even if in a mild way, because such public policy choice does not have any scientific basis and contributes to the stigmatization and consequent lack of adequate treatment (which won't be necessarily medical).

Keywords: Drugs, user, addiction, use, constitutionality.

1 Discurso Médico-Jurídico (Ou Médico-Sanitário-Jurídico) E Patologização Do Usuário

Para iniciar a análise da tutela do usuário de drogas, é necessário primeiro traçar um estudo sobre o discurso médico-jurídico que sustenta a política proibicionista.

A ideologia proibicionista tem como pilar a distinção entre substâncias legais e ilegais, recaindo sobre a venda e o consumo daquelas ilícitas a repressão penal e a abstinência coercitiva do usuário (WEIGERT, 2010, p. 31). No que tange a divisão de substâncias nessas categorias, há principalmente um fundamento moralizador utilizado como forma de controle social, posto que existe uma nítida falta de coesão para englobar tal substância em uma categoria ou em outra, uma vez que, se por um lado tenta-se uma justificativa médica e/ou psiquiátrica para permitir legalmente ou não o consumo de determinada substância – alteração comportamental, danos decorrentes do consumo, etc. –, por outro verifica-se a ausência de conservação da lógica por trás das proibições, já que substâncias permitidas também poderiam ser abarcadas pelo discurso que torna outras ilegais e definidas como “drogas”, pois podem ter efeitos e consequências similares. Neste sentido versa Rosa del Olmo (1990, p. 22):

A palavra *droga* não pode ser definida corretamente porque é utilizada de maneira genérica para incluir toda uma série de substâncias muito distintas entre si, inclusive em “sua capacidade “de alterar as condições psíquicas e/ou físicas”, que têm em comum exclusivamente o fato de haverem sido “proibidas”.

Por outro lado, a confusão aumenta quando se compara uma série de substâncias permitidas, com igual capacidade de alterar essas condições psíquicas e/ou físicas, mas que não se incluem na definição de droga por razões alheias à sua capacidade de alterar essas condições, como por exemplo o caso do álcool.

Neste discurso que categoriza as drogas como legais ou ilegais conforme a conveniência política permite-se não só a designação arbitrária de características das drogas como também a aplicação da mesma lógica aos sujeitos que as consomem ou vendem, ora tratando-os como delinquentes, ora como doentes (OLMO, 1990, p. 23).

Existem diversos discursos em torno da questão das drogas que dão lugar à criação de estereótipos dirigidos principalmente aos consumidores de substâncias ilícitas, os quais legitimam o controle social formal, sendo os três principais o discurso médico, o cultural e o moral – segundo Rosa del Olmo (1990, p. 23 - 24):

O discurso médico (produto da difusão do *modelo médico-sanitário*), ao considerar o drogado um “doente” e a droga um “vírus”, uma “epidemia” ou uma “praga”, serve para criar o *estereótipo médico*, (...) mais especificamente o *estereótipo da dependência*. O problema se centra concretamente na *saúde pública*.

O discurso dos meios de comunicação, ao apresentar o consumidor como “o que se opõe ao consenso” – chamando-o além disso de “drogado” – voluntária ou involuntariamente, dependente se é rico ou pobre (leia-se estudante ou desempregado) mas sempre “jovem”, serve para criar o *estereótipo cultural* e, ao qualifica-lo de “viciado” e “ocioso” (segundo o caso) e a droga como “prazer proibido”, “veneno da alma” ou “flagelo” difunde o *estereótipo moral*, (...) que tem sua origem não apenas no discurso dos meios de comunicação, mas também no discurso jurídico (produto da difusão do *modelo ético-jurídico*).

Na década de 60, com o início da cultura *hippie*, que contou com grande adesão de jovens de classe média portando um discurso de protesto político à cultura belicista estadunidense, há uma mudança no discurso repressor, uma vez que a questão das drogas deixa de ser exclusividade de imigrantes, negros e classes menos abastadas e passa a ser muito mais ampla. O preconceito estrutural não trataria os indivíduos privilegiados de classe média do mesmo modo que tratava os indivíduos do gueto, há uma clara hierarquização social no que diz respeito à tutela dispensada a cada indivíduo dependendo de sua classe social. Desta feita, começou a se moldar um novo discurso capaz de abarcar o afrouxamento em relação àqueles de classes mais abastadas e, por sua vez, capaz de manter a repressão dos demais, caracterizando-os como “corruptores” desses “jovens de classe média e de boas famílias”. Neste sentido (OLMO, 1990, p. 33 – 34):

Surgiam as drogas psicodélicas como o LSD com todas as suas implicações, e em meados da década aumenta violentamente o consumo de maconha, já não só entre os trabalhadores mexicanos, mas também entre os jovens de classe média e alta (sem grifo no original)

(...) Este estouro da droga sem dúvida era considerado inexplicável, não só por sua magnitude, mas porque o consumo já não era próprio dos guetos urbanos nem dos negros, porto-riquenhos ou mexicanos, pobres e/ou delinquentes, mas também dos jovens brancos da classe média norte americana.

Diante dessa nova situação, foi preciso remodelar o discurso na questão das drogas para atender aos clamores das classes dominantes, que pintavam os jovens nos seios das famílias como vítimas de uso e os demais como corruptores destas “vítimas”. Ainda segundo Rosa del Olmo (1990, p. 33 – 34):

O problema da droga se apresentava como “uma luta entre o bem e o mal”, continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de “Demônio”; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos “vampiros” que estavam atacando tantos “filhos de boa família”. Os culpados tinham de estar de fora do consenso e ser considerados “corruptores”, daí o fato de o discurso jurídico enfatizar na época o estereótipo criminoso, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo realmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de “delinquente”. O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de “doente” graças à difusão do *estereótipo da dependência*, de acordo com o discurso médico que já apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário*.

Diante do já exposto, verifica-se que à partir da década de 60 caracteriza-se um discurso principal com caráter dual no que diz respeito a drogas, sendo este o **discurso médico-jurídico**, “*por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico)*, o qual serviria para estabelecer a *ideologia da diferenciação*, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente. (sem grifo no original)

O proibicionismo se funda em um caráter dúplice, o qual cria duas categorias distintas de tutelados pela política de drogas adotada, o traficante-delinquente e o consumidor-doente, tratando o primeiro com a persecução penal e o segundo com repressão e um viés moralizador – o qual justifica medidas como a internação compulsória – que muito pouco se conecta com a abordagem médica e social necessárias ao usuário. Com isso, cria-se a chamada Ideologia da Diferenciação, que sustenta o discurso proibicionista dando-lhe roupagem de política ideal uma vez que, supostamente, dividiria a abordagem penal da abordagem médica e assim lidaria com todos os aspectos pertinentes à questão das drogas. Segundo Salo de Carvalho, ao analisar o movimento de contra-cultura *hippie* surgido nos anos 60 com o aumento do consumo de LSD e a maconha (2014, p. 66):

Passa a ser gestado, neste incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o *modelo médico-sanitário-jurídico* de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a *ideologia de diferenciação*. A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre *consumidor e traficante*, ou seja, entre *doente e delinquente*, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública. Sobre o consumidor

incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitária em voga na década de cinquenta, que difunde o estereótipo da dependência.

Na mesma linha (WEIGERT, 2010, p. 32):

A política repressiva opera, pois, em dois âmbitos diferentes, quais sejam, a repressão direta e a indireta. A primeira almejava à persuasão de consumidores através das sanções ao consumo de drogas ilegais, ao passo que a segunda teria como objetivo limitar a disponibilidade de tais substâncias no mercado ilegal pela punição às atividades relativas à produção e ao tráfico. A premissa básica é a de que ao consumir ou comprar substâncias tóxicas há ofensa ao bem jurídico saúde pública, à medida que ambas as condutas, ao se disseminarem, causam dano à coletividade, à saúde de toda a população.

O artigo 28 da lei 11.343/06 trouxe a despenalização da posse de drogas para uso pessoal – ou seja, deixou de apenar o referido crime com pena privativa de liberdade, utilizando-se da aplicação de medidas diversas –, mas ainda assim trata-se de uma reiteração do proibicionismo, pois se mantém a tutela penal ao usuário de drogas, mascarando a continuação do tratamento patológico do indivíduo com medidas que em tese seriam terapêuticas, exercendo assim um controle repressivo velado sobre o usuário, muito embora não o sujeite a pena privativa de liberdade propriamente dita. Conforme Salo de Carvalho (2014, p. 120):

Em relação ao porte para consumo pessoal, distante dos processos de descriminalização sustentados por políticas de redução de danos ocorridos em inúmeros países europeus nos últimos anos, têm-se a manutenção do sistema proibicionista estruturado na reciprocidade punitiva entre penas restritivas de direito e medidas de segurança atípicas (medidas educacionais). Ofuscadas pelo sentido terapêutico, as medidas propostas enclausuram usuários e dependentes no discurso psiquiátrico-sanitarista, possibilitando diagnosticar que a pretensa suavização do tratamento penal ao usuário opera como inversão ideológica dos programas de redução de danos. Ou seja, apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de aplicação de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas (...) conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador, obstruindo a implementação de políticas públicas saudáveis.

Há um sentimento generalizado no imaginário popular de vinculação entre o uso de drogas e criminalidade, ou seja, entende-se que há uma íntima conexão entre o uso de substâncias ilícitas e o cometimento de crimes além do próprio consumo propriamente dito, muito embora existam poucos estudos que confirmem tal assertiva. Trata-se de um entendimento que possui uma fundamentação intrinsecamente moral e ideológica, o qual tem pouco compromisso com a realidade científica por trás do fenômeno, tratando necessariamente o usuário como um viciado (PASSAGLI, 2015, p. 69). Por causa dessa concepção existente no

senso comum da sociedade, fomentada principalmente pela mídia enquanto instrumento de controle social que opera ao lado da legislação que insiste na tutela penal do usuário de drogas como estratégia de conformização comportamental dos indivíduos, o usuário é identificado “*historicamente, como um viciado, como criminoso, como financiador do tráfico e de todos demais crimes que circundam esta atividade*” (Ibid, 2015, p. 69).

A patologização do usuário – isto é, insinuar que a questão das drogas, no que diz respeito ao usuário, necessariamente precisa ser tratada por um viés médico-psiquiátrico (ROMANINI, 2013) – implica em lidar com este indivíduo não como um sujeito em gozo dos seus direitos enquanto cidadão com poder de escolha (o que é importante ao se discutir a voluntariedade de internação, por exemplo), mas como um doente e eterno refém de um estereótipo que irá guiar a totalidade de sua vida na direção do crime e da ruína social, ora como vítima, ora como fomentador de toda e qualquer atividade ilegal relacionada à temática de drogas.

Ainda, tal patologização contribui para a marginalização e rotulação dos consumidores e dependentes de substâncias psicoativas, com os últimos encontrando forte dificuldade em acesso à assistência médica e/ou social (CARVALHO, 2014, p. 205).

Nesta linha, a questão do uso, da dependência e da estigmatização serão tratadas mais adiante.

2 Criminalização, saúde pública e inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006

Segundo Maurides de Melo (2013, p. 39), “*a definição de saúde pública não se dá por meio de um conceito analítico, em razão de sua dimensão multifacetária, e sim a partir da delimitação de seu campo de atuação*”. Para tanto, é necessário preencher uma lista de requisitos (RIBEIRO apud FORATTINI, 1976, p. 60):

- 1) representar causa frequente de morbidade e mortalidade; 2) existirem métodos eficientes para a sua prevenção e controle; 3) esses métodos não estarem sendo adequadamente empregados pela sociedade (...) ao ser objeto de campanha destinada a erradicá-lo, ocorrer sua persistência além do prazo previsto.

A princípio, o bem jurídico tutelado pela Lei 11.343/2006 através da criminalização de condutas de venda e consumo de substâncias ilícitas é a saúde pública (CARVALHO, 2014, p. 369), o qual possui nitidamente caráter coletivo. Todavia, como há de se verificar a seguir,

no que diz respeito ao consumo, a referida lei tutela, em verdade, direitos de ordem individual sob o argumento de defesa da saúde pública, violando direitos fundamentais dos usuários e dependentes de drogas – cuja diferenciação será feita posteriormente (em rápida nota, usuário é aquele que apenas utiliza substâncias psicoativas de modo recreativo enquanto o dependente sofre com o uso ou a abstinência da substância, exprimindo profunda necessidade de consumi-la) – conforme Laura Nunes e Jorge Trindade (2016, p. 102):

A Lei nº 11.343/2006 refere-se ao usuário de drogas e ao dependente, equiparando-os para todos os efeitos. Para a lei, essas duas condições merecem o mesmo tratamento. Assim, tanto aquele que faz uso da substância ilícita como aquele que dela é dependente são passíveis de medidas alternativas

(...)

A crítica jurídica que se costuma fazer a essa abordagem consiste em questionar qual o bem jurídico que está sendo protegido no caso do sujeito usuário de drogas. A resposta, com certeza, haveria de ser a “saúde pública, quando, na realidade, o que está em cena é apenas a integridade física/emocional do usuário, não havendo como identificar qualquer ofensa à saúde pública uma vez que, quanto a ela, não se concretiza uma lesividade objetiva.

Há uma forte vinculação com fundamento eminentemente moral feita entre o uso de drogas e criminalidade. Neste sentido, Laura Nunes e Jorge Trindade (2016, p. 491):

Tieghi (2016, p. 491) assinala que o abuso e a dependência de substâncias são criminalmente significativos porque associados comumente com efeitos condutuais desadaptativos ou estilos de vida contraculturais e, em certos casos, com conduta violenta e criminoso, considerando ambas as condutas como uso patológico.

Na mesma linha dos autores supracitados, no que diz respeito ao argumento de proteção à saúde pública favorável à criminalização, Salo de Carvalho afirma que esta é “*a principal manipulação interpretativa no campo dos entorpecentes*” (NUNES; TRINDADE, 2016, p. 227) Uma vez que o porte e consumo de drogas é capaz de lesionar concretamente apenas o bem jurídico próprio do usuário (saúde individual), não há que se falar em ameaça ao bem jurídico “saúde pública” e, desta feita, trata-se de uma falácia de proteção à saúde pública (WEIGERT, 2010, p. 85) tendo em vista que a criminalização de qualquer conduta precisa estar ligada ao risco ou perigo de lesão concretos a bem jurídico alheio, o que não se verifica no artigo 28 da Lei 11.343/2006. Trata-se da hipótese criminalização de uma autolesão, o que vai diretamente contra princípios norteadores do próprio direito penal. Como enuncia Maria Lucia Karam (2013):

A criminalização de qualquer ação ou omissão há de estar sempre referida a uma ofensa relevante a um bem jurídico alheio, relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos, ou à exposição deste bem jurídico a um perigo de lesão concreto, direto e imediato. Condutas só podem ser proibidas se forem aptas a causar dano ou perigo concreto de dano a um bem jurídico alheio.

Há tão somente um perigo abstrato tutelado na criminalização presente no art. 28 da Lei 11.343/2006 (CARVALHO, 2014, p. 369), uma vez que não se pode influir a existência de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico supostamente protegido pela lei que justifique a repressão penal exercida sobre o porte de substâncias ilícitas para consumo pessoal. Nesta linha, é preciso examinar a fundo a criminalização do porte para consumo pessoal e, desta forma, no que ela realmente importa para a sociedade concretamente, para além da retórica vazia de proteção ao bem jurídico “saúde pública”.

Primeiramente, *“a impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente sobretudo da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista”* (CARVALHO, 2014, p. 370), conforme enuncia Salo de Carvalho. A lesão a bem jurídico individual e a ameaça a bem jurídico coletivo são objetos completamente antagônicos (CARVALHO apud KARAM, 1991, p. 126), o que por sua vez cria um paradoxo argumentativo em relação ao artigo 28 que não pode ser superado formalmente.

Em rápida análise antes de se adentrar ponto a ponto no estudo da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, a criminalização do porte de substâncias ilícitas para consumo pessoal, basicamente, representa uma violação ao princípio da ofensividade nos termos do art. 5º, XXXV, CRFB/88, ao princípio da autonomia individual, ao princípio da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada nos termos do art. 5º, X, CRFB/88 (CARVALHO, 2014, p. 372 – 373).

Partindo para a verificação constitucional do artigo 28 da Lei 11.343/2006, em primeiro lugar, como já citado acima, percebe-se ofensa ao princípio da ofensividade, previsto no art. 5º, XXXV, CRFB/88, uma vez que trata de autolesão e não de lesão bem jurídico alheio (CARVALHO, 2014, p. 372 – 373). No mesmo panorama, a criminalização do consumo deságua na invasão do direito penal à esfera do direito de escolha do cidadão, este que se vê restrito pelo poder público de exercer algo que lhe compete na sua esfera privada, violando,

assim, limites constitucionalmente impostos ao exercício do referido poder – limites estes decorrentes da previsão constitucional de liberdades individuais, as quais importam em uma atuação negativa do Estado – sem uma justificativa formalmente plausível, mas sim com um fundamento inerentemente moralizador (WEIGERT, 2010, p. 80). Em relação a esta extrapolação dos limites constitucionais supracitados, afirma Mariana de Assis (2010, p. 80):

Esta é uma das razões pela qual a criminalização o consumo não se justifica. A punição de atos autolesivos, que causam dano somente ao indivíduo que os pratica, não pode ser considerada nada além de resíduo pré-moderno, baseado em concepções filosóficas e religiosas incapazes de traçar diferenciação entre direito e moral.

Ainda conforme a autora, no que diz respeito ao princípio da ofensividade (2010, p. 82):

Em sendo conduta (no máximo) autolesiva, há violação ao princípio constitucional da ofensividade (art. 5º, XXXV, Constituição Federal). O postulado da lesividade limita a esfera das proibições penais somente às ações reprováveis que acarretem efeitos danosos a terceiros. A lei penal possui, então, o dever de prevenir graves custos individuais e sociais causados por lesões concretas ao bem jurídico e somente estas podem justificar a imposição de penas e proibições.

Seguindo a linha de raciocínio exposta, a ofensa ao princípio da autonomia individual se caracteriza exatamente nesta linha – impedir o indivíduo de exercer liberdades individuais que lhe competem sem lastro constitucional que justifique o referido impedimento fere a autonomia individual do sujeito.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, a análise recai sobre a já mencionada insustentável distinção entre substâncias ilegais e legais sem argumentação suficiente para justificar a criminalização de umas e o caráter legal das demais. Neste sentido, Salo de Carvalho afirma que a ofensa ao princípio da igualdade se verifica no momento em que distingue-se o tratamento penal e não penal baseado na ilicitude das substâncias para usuários de drogas diferentes, mesmo que tanto uma quanto a outra tenham a capacidade potencial de causar dependência psíquica ou física (CARVALHO, 2014, p. 373).

Ou seja, tratam-se indivíduos em situações iguais de maneiras completamente distintas com fundamento na ilegalidade injustificada (ou sem justificativa suficientemente lógica no que se refere ao âmbito jurídico que deveria sustenta-la) das substâncias consumidas

por estes. Na mesma linha entende Mariana de Assis, após analisar a violação ao princípio da ofensividade, ao afirmar que (2010, p. 82 – 83):

Frise-se, ainda, que é igualmente explícita a ofensa ao princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF), tendo em vista que se estabelece punição para o uso de algumas substâncias e para outras, não. Ocorre, pois, a distinção do tratamento penal do sujeito em função do tipo de droga por ele utilizada, ainda que ambas as espécies de psicoativos (lícitas ou ilícitas) causem dependência. Posto que não há critérios para a imputação penal do uso de determinadas drogas, a distinção de tratamento penal entre os usuários estaria alicerçada em padrões morais, ou seja, a divisão entre substâncias legais e ilegais.

Finalmente, referente à violação aos direitos à intimidade e à vida privada, a proteção destes enuncia a secularização do direito, uma vez que representa a separação entre moral e direito e assim sendo, nessa linha, nenhuma criminalização através de norma penal terá legitimidade caso venha a intervir nas opções individuais do sujeito ou imponha a obediência a determinado padrão comportamental o qual tenha como escopo principal o reforço de concepções unicamente morais (CARVALHO, 2014, p. 373 - 374).

Referente ao aspecto moralizador da criminalização supracitada, Mariana de Assis entende que a legislação penal no que diz respeito a drogas segue sendo intrinsecamente pautada por disposições de ordem moral, como por exemplo no que diz respeito à estigmatização do mesmo como sustentador / fomentador da atividade de tráfico posto que ao desempenhar as atitudes que o levam à “autolesão” por meio do consumo de substâncias ilícitas, o mesmo estaria gerando problemas e afetando a sociedade como um todo (WEIGERT, 2010, p. 84).

3 Estigmatização e Seus Efeitos

O estigma, em uma análise sucinta, pode ser entendido primeiramente como uma característica considerada extremamente negativa diante dos padrões de normalidade socialmente impostos – conforme Erving Goffman, existem três principais tipos de estigma (1998, p. 6):

Podem-se mencionar três tipos de estigma nitidamente diferentes. Em primeiro lugar, há as abominações do corpo - as várias deformidades físicas. Em segundo, as culpas de caráter individual, percebidas como vontade fraca, paixões tirânicas ou não naturais, crenças falsas e rígidas, desonestidade, sendo essas inferidas a partir de relatos conhecidos de, por exemplo, distúrbio mental, prisão, vício, alcoolismo, homossexualismo, desemprego, tentativas de suicídio e comportamento político radical. Finalmente, há os estigmas tribais de raça, nação e religião, que podem ser

transmitidos através de linhagem e contaminar por igual todos os membros de uma família.

Conforme a categorização feita pelo autor, os usuários e dependentes de drogas figuram a priori, em um sentido geral, no segundo tipo de estigma. Todavia, como se verificará, o estigma sofrido por usuários de drogas onde o porte e consumo de substâncias ilícitas é criminalizado possui um caráter muito mais específico e profundo.

Ainda em uma análise geral sobre o estigma, conforme o autor, a sociedade tende a atribuir diversos defeitos oriundos do “defeito” original – aquele que caracteriza o estigma – e diante de uma resposta defensiva do indivíduo, por exemplo, infere-se que tal resposta decorre diretamente daquele “defeito” (GOFFMAN, 1998, p. 8).

Referente à primeira parte da assertiva, constantemente os usuários de substâncias ilícitas são rotulados como indigentes, “vagabundos”, cidadãos improdutivos que merecem ser descartados do convívio em sociedade, o que só contribui mais ainda para a marginalização e falta de tratamento adequado (quando necessário) a estes indivíduos – alguns aspectos específicos serão trabalhados adiante.

Quanto ao segundo aspecto, em relação aos usuários de drogas, não raras são as situações em que se atribui quase que exclusivamente ao uso da substância qualquer ato considerado negativo ou nocivo que é praticado por estes indivíduos. Não se está afirmando que o uso de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas não desempenha papel algum nas atitudes do usuário. Todavia, determinar a droga como único fator relevante ao se analisar o indivíduo que a usa – quase criando uma amálgama de usuário e droga, reduzindo-o à condição indissociável de dependente e “drogado”, sem controle das próprias ações ou discernimento próprio devido a um suposto estado de intoxicação permanente – é desconsiderar todos os demais fatores que possuem relevância, influenciam ou até determinam o comportamento do mesmo.

Como já visto anteriormente, a criminalização das drogas tal qual começou a tomar sua forma na década de 60, quando do movimento de contracultura *hippie*, teve como um de seus efeitos nefastos criar a concepção de usuário-doente-vítima e traficante-criminoso-corruptor, uma vez que grande parte dos usuários naquele contexto era de pessoas de maior classe social – classe média americana, em sua maioria – e, por tal motivo, enquanto o

tratamento médico psiquiátrico (ainda que compulsório) se viu focado nos indivíduos de classe social economicamente superior, a verdadeira repressão penal passou a recair sobre a camada mais pobre da população (costumeiramente negra e proveniente de favelas ou guetos), na qual encontravam-se os pequenos distribuidores que vendiam substâncias ilícitas (OLMO, 1990, p. 33 – 34). Neste sentido, pouca coisa mudou. Assim, seguindo uma lógica histórica, há uma maior probabilidade das condenações pelo crime de tráfico recaírem sobre os indivíduos que se encaixem no estereótipo de traficante supracitado (pobres, negros, habitantes de favelas e guetos), ainda que venham a ser apreendidas com estas pequenas quantidades de drogas que justificariam o enquadramento no uso, uma vez que o estereótipo influi na visão da sociedade sobre o indivíduo e também, por conseguinte, no modo que a polícia e o Judiciário lidará com os casos concretos.

Conforme Mariana de Assis (2010, p. 102):

É pois, provável que, dependendo da classe social, o indivíduo seja enquadrado no estereótipo usuário-doente ou criminoso-traficante e isto redundará em vasto processo de criminalização de jovens pobres. De acordo com determinados atributos pessoais, o sujeito será punido severamente ou não (tráfico ou consumo) e a lógica geralmente é a de que sendo jovem pobre, será imputado pelo delito de tráfico, se de classe média ou alta, seu crime será o de uso.

Também, dispensar um tratamento penal ao indivíduo usuário de drogas – ainda que seja “despenalizado”, ou seja, não conte com pena privativa de liberdade – já carrega um enorme peso por si só – um crime é cometido pelo usuário de substâncias ilícitas, logo, este indivíduo, para todos os efeitos morais na sociedade, é um criminoso. Este estigma desempenha papel importante no que diz respeito à busca de tratamento voluntário.

Finalmente, outro efeito perverso experimentado pelos usuários de drogas decorrente da estigmatização é o que a autora Mariana de Assis batizou de “O Fenômeno Tropa de Elite” (2010, p. 105), baseado na obra cinematográfica homônima do diretor José Padilha. Consiste em afirmar que o usuário é tão nocivo à sociedade quanto o traficante, pois fomenta a “Guerra às Drogas” ao supostamente financiar o tráfico e, por esse motivo, ele possui responsabilidade pela violência decorrente desta guerra (WEIGERT, 2010, p. 106 – 107). Porém, é ingênuo – se não uma sede punitivista da sociedade – pensar que é possível combater uma demanda (que muito provavelmente nunca deixará de existir) e, ainda, acreditar que se tal demanda por substâncias ilícitas (contra todas as probabilidades) vier a sumir, todos os

problemas relacionados a drogas estariam instantaneamente resolvidos – a questão é muito mais complexa e profunda (WEIGERT, 2010, p. 107 – 109). A demanda por substâncias entorpecentes ou psicotrópicas – seja por uso recreativo ou até religioso – dificilmente algum dia cessará. Contudo, ao ser proibido o comércio destas substâncias, este passa a ser desempenhado pelo “mercado negro” e diante da repressão policial, o referido comércio passa a se armar para fazer frente a esta repressão, o que, por sua vez, de modo bem simplista, é o fenômeno que assola até hoje os países que tem abordagem proibicionista, em especial aqueles da América Latina (como, por exemplo, o Brasil) – não é o consumo nem o consumidor que geram a “Guerra às Drogas”, é a criminalização (RODRIGUES, 2014, p. 7 – 8), e por este motivo não cabe imputar esta responsabilidade ao usuário.

4 Vício, Uso Versus Dependência

Segundo Gabor Maté (2009, p. 138), o vício em substâncias costuma ser primariamente definido como *“uma doença crônica neurobiológica... caracterizada por comportamentos que incluem um ou mais dos seguintes: controle sobre o uso de drogas prejudicado, uso compulsivo, uso continuado apesar de danos à saúde e fissura”*ⁱⁱ, levando-se em conta também recaídas após tentativas de suspensão do uso. Ainda, a questão do vício não se dá em relação à quantidade ou frequência de consumo da substância, mas sim relativa às consequências negativas decorrentes desse consumo – o sujeito pode ser considerado viciado em determinada substância quando não é capaz de suspender ou controlar o uso, mesmo diante de danos significativos à sua saúde, ao bem estar alheio, etc. (MATÉ, 2009, p. 138).

Para realizar a distinção entre uso e dependência de substâncias é imperativo tratar da diferença entre usuário e dependente. O usuário se caracteriza como o indivíduo que consome a substância psicoativa a priori com intuito recreativo (ainda que se possa falar também do uso religioso e cerimonial), enquanto o dependente (também chamado de toxicod dependente) necessita da substância para ter prazer – em muitos casos inclusive para conseguir funcionar normalmente – e diante do uso ou da ausência desta encontra-se em profundo estado de sofrimento psíquico, além de poder experimentar efeitos físicos de abstinência (NUNES; TRINDADE, 2016, p. 102). Conforme Laura Nunes e Jorge Trindade

(2016, p. 102), para este sujeito “*a droga se torna não apenas a única fonte de prazer, mas de um tipo de prazer que se tornou uma verdadeira necessidade*”. Clinicamente, a síndrome de dependência se caracteriza pela existência de efeitos de ordem fisiológica, comportamental e cognitiva onde a utilização de determinada substância ou gênero de substâncias passa a ser uma prioridade para o indivíduo que dela padece, causando forte desejo de consumi-la(s) e uma fraca capacidade de resistir ao consumo ou limitá-lo, conforme o DSM-V (APA, 2013). De outro lado, o estado de abstinência define-se pelo conjunto de sintomas que se desenvolvem diante da abstinência do consumo prolongado, frequente ou em grande quantidade de determinada substância ou classe de substâncias (VANDENBOS, 2010, p. 24).

Também é relevante mencionar a questão de tolerância à substância, a qual se insere como faceta da dependência, onde o sujeito vai perdendo sensibilidade aos efeitos da droga, precisando continuamente de doses maiores para ser capaz de obter o efeito anterior na mesma intensidade e de mesmo modo (NUNES; TRINDADE apud LAMBERT; KINSLEY, 2006, p. 294).

Conforme Laura Nunes e Jorge Trindade (NUNES; TRINDADE apud HOLMES, 1977, p. 384), podem-se verificar três principais diagnósticos no que diz respeito a drogas. O primeiro seria a dependência de substância, a qual se caracteriza pela necessidade que o indivíduo tem de consumir a droga como modo de evitar os efeitos da abstinência e o desenvolvimento de tolerância; o segundo seria o de abuso de substância, que se caracteriza quando o indivíduo não é dependente, porém a continuidade do uso da droga leva a consideráveis prejuízos no funcionamento social, laboral e individual; Finalmente, o terceiro denomina-se como transtorno induzido por substância, o qual ocorre quando do desenvolvimento de sintomas psicológicos (tais quais delírios e alucinações) pelo indivíduo após o consumo de quantidade excessiva de psicoativos.

Voltando ao estudo do vício, como se verificará a seguir, conforme Gabor Maté (2009, p. 139), o mesmo não pode ser reduzido a dados de ordem somente neurobiológica, psicológica ou social, uma vez que se trata de uma condição complexa que se dá no contexto de interação do indivíduo com o ambiente e consigo mesmo, sendo necessário observar diversos ângulos ao tratar da matéria (tendo citado a título de exemplo os aspectos biológico, químico, psicológico, político, social e econômico). O autor ainda afirma que não se deve entender o

vício apenas como uma doença pois, por essa abordagem, o vício passa a ser tratado unicamente como um problema de ordem médica, desconsiderando-se todos os outros fatores que o influenciam (MATÉ, 2009, p. 140).

A concepção atual do senso comum afirma que o vício decorre em sua maior parte apenas do uso da droga, o qual supostamente por si só seria capaz de criar dependência. Porém, embora o vício seja um problema, ele não necessariamente terá como única origem o uso da substância. É preciso verificar o motivo pelo qual o usuário busca a droga em primeiro lugar, uma vez que imputar o comportamento viciado somente à substância sem considerar diversos outros fatores é uma abordagem ineficaz, a qual não lida com o problema real, mas o mascara. Nesta linha narra Carl Hart ao analisar experiência em laboratório (HART, 2014, p. 254):

O comportamento vicioso obedece a regras e é determinado por situações, exatamente como outros tipos de comportamento, ele não é tão estranho ou especial quanto nos fazem crer. (...) Na década de 1960 o vício em drogas era definido exclusivamente em função da presença de dependência física (síndrome de abstinência). Mais ou menos na mesma época, um grupo de pesquisadores começou a publicar constatações que questionavam essa visão dominante. Eles relatavam que: 1) macacos iniciavam e mantinham pressão sobre as alavancas mesmo que não se criasse antes uma dependência física; e 2) macacos que tinham ingerido pequenas quantidade de uma droga sem nunca ter sintomas de abstinência podiam ser treinados para se empenhar muito a fim de conseguir injeções de opioides. (...) Essas descobertas, paralelamente a outras, frisam a ideia de que a dependência física não é o principal motivo do uso continuado de drogas.

Da mesma forma entende Gabor Maté (2009, p. 142), ao afirmar que, ainda que o público em geral aponte a droga como única causadora do vício de alguém, pessoas com comportamento compulsivo para jogos de azar, por exemplo, têm a compulsão considerada como vício também sem, contudo, alguém argumentar que o vício “*é causado por um baralho*”ⁱⁱⁱ.

Logo, o vício em drogas possui raízes muito mais complexas que apenas a dependência física. Desta feita, é necessário investigar como esse vício se constrói enquanto inserido na atual sociedade.

Em discurso durante participação no documentário “Culture High” de 2014, o mesmo autor trata da questão do vício em drogas sintetizando de forma clara os principais pontos que envolvem o consumo e o vício, ainda diferenciando categoricamente o uso do vício em substâncias (CULTURE HIGH, 2014):

É interessante perguntar “quem fica viciado?”. As pessoas podem fazer sexo sem se viciarem nisso ou fazerem compras, mas alguns ficam altamente viciados em todas essas coisas. Um baralho de cartas vicia? Bem, não ou sim dependendo da pessoa. Então é o mesmo processo, não importa qual o vício. A única diferença é que o viciado em uma substância está obtendo a dopamina de uma substância externa enquanto o viciado comportamental tem isso desencadeado por um comportamento.

Se eu conversar com um grupo de 100 ou 1000 pessoas e perguntar “quantos de vocês têm algum vício a qualquer substância?” alguns levantam a mão. Digo “o que isso fez por vocês?” - não “qual foi a parte ruim?”, nós já sabemos isso, mas o que ele fez por vocês? Qual foi a parte positiva de sua experiência? “Eu senti alguma paz”/“Senti alívio da dor”/“Fez eu me sentir mais conectado, fez eu me sentir mais confiante”/“Eu podia falar agora e interagir com outras pessoas”. Em outras palavras, o(a) viciado(a) apenas quer ser um ser humano normal, e a pergunta é o que os(as) impede de ter essas qualidades em suas vidas e o que aconteceu com eles(as)? Então o vício deve ser visto não como o problema – embora ele seja um problema – mas não é o problema. É a tentativa do viciado de resolver um problema em primeiro lugar. O Estudo de Experiências Adversas na Infância (ACE Study, em inglês) feito na Califórnia analisou condições como abuso físico, sexual e psicológico na vida de uma criança, a perda de um dos pais ou um divórcio difícil, um dos pais ser preso, ter uma doença mental, um dos pais ser viciado ou violência em casa e para cada experiência adversa na infância, o risco de vício aumenta exponencialmente. Assim que um menino tiver tido seis dessas experiências adversas, o seu risco de se tornar um dependente químico, um viciado em drogas injetáveis é 4.600 vezes maior que o de um menino que não tenha tido essas experiências. Por quê? Porque esse trauma molda o cérebro de tal forma que faz com que o vício nessas substâncias seja mais atraente para o indivíduo. Esse trauma também faz com que essa pessoa sinta uma dor da qual tentará fugir ou abrandar através desses comportamentos viciados. É o ambiente social e emocional que molda a biologia real do cérebro, então se você quer entender o vício de uma pessoa você precisa pensar no que criou a dor na vida delas. Pessoas que às vezes bebem cerveja ou que às vezes fumam maconha mas no fundo não sofrem consequências negativas e isso não afeta a saúde delas, não coloca suas vidas em risco, não prejudica seus relacionamentos pessoais – você não pode chamá-los de viciados nem dizer que estes comportamentos são viciados. Então temos que diferenciar o uso de substâncias e o vício em substâncias.

Assim, é possível concluir que algo que desempenha papel fundamental na construção do vício de um indivíduo é o próprio ambiente no qual ele se encontra inserido e o que este entorno fez existir na sua história com o passar dos anos – negligência, traumas, isolamento social, entre outras experiências que contribuem para que o usuário busque conforto no uso de substâncias psicoativas.

Ainda, em especial, no que diz respeito ao isolamento social do indivíduo, este é um fator muito importante ao determinar quem se vicia ou não. Foram desenvolvidos dois estudos com ratos de laboratório – um primeiro baseava-se em isolar o animal de qualquer contato social e pôr à disposição dois bebedouros, um com água dissolvida com heroína ou cocaína e outro apenas com água, e neste estudo verificou-se que o rato constantemente se

drogava, muitas vezes até a morte, o que serviu de argumento para alguns acerca da criação de dependência exclusivamente pelo uso de substância e, por conseguinte, o surgimento do vício (HARI, 2015). Porém, um segundo estudo foi desenvolvido no qual também tinham à disposição um bebedouro de água pura e outro misturado com narcóticos, mas neste os animais não mais se encontravam em situação de isolamento dentro do ambiente de experiência e sim rodeados de outros ratos e diversas atividades alternativas que envolvessem exercícios ou descanso (HART, 2014, p. 85). Ao compara o uso da água embebida de droga pelos animais do primeiro e do segundo estudo, foi verificado que os ratos socializados do segundo estudo, muito diferentemente dos anteriores, bebiam a água com substâncias entorpecentes até vinte vezes menos – conforme Carl Hart, “*os ratos criados em ambientes mais acolhedores tomam menos cocaína (...) que os criados em isolamento*” (Ibid, 2014, p. 86).

Tais experiências evidenciam o importante papel que reforços alternativos desempenham para determinar o desenvolvimento de vício ou não a uma substância. Ainda conforme o autor, a disponibilidade de reforços alternativos (tais como contato social e condições agradáveis de vida, os quais são atividades de recompensa natural para o cérebro, diferentemente do sistema de recompensa experimentado pelo uso de uma droga) contribuem diretamente para a diminuição do uso de substâncias psicoativas, e já no que diz respeito a estudos conduzidos com seres humanos, Carl Hart (2014, p. 86 – 87) disserta, citando outros dois estudos como exemplos:

Descobertas semelhantes foram obtidas, no laboratório, em estudos com seres humanos nos quais se ofereciam aos usuários opções entre a droga e outros tipos de recompensa. (...) Em outro estudo, usuários de cocaína tinham a alternativa de cheirar coca em duas situações. Na primeira, deviam optar entre cocaína e placebo; na segunda, a escolha era entre cocaína e uma recompensa monetária de até US\$ 5. Como era de esperar, os voluntários quase sempre preferiam a cocaína ao placebo. Entretanto, embora a alternativa monetária fosse pequena, eles escolhiam tomar menos cocaína quando podiam optar pelo dinheiro. (Sem grifo no original)

Finalmente, inferir através dos primeiros estudos que a droga é uma fonte de prazer inigualável e por tal motivo os indivíduos são incapazes de resistir a elas é errôneo – em verdade, o que tais experimentos evidenciam, quando comparados aos realizados posteriormente em diferentes condições, é que diante da ausência de reforços alternativos como “*apoio social ou outras formas significativas de recompensa*” (HART, 2014, p. 88) a droga passa a se tornar mais atraente.

Desta feita, diferente do que o senso comum afirma, não é necessariamente o vício em drogas que determinará todos os problemas na vida de um usuário, mas sim os problemas na vida desse indivíduo que são capazes de determinar o desenvolvimento e a existência de seu vício.

CONCLUSÃO

O usuário de substâncias entorpecentes, psicotrópicas e/ou psicoativas consideradas ilícitas não deve ser tratado pela Justiça, tampouco pela esfera Penal, ainda que de modo brando, pois esta escolha política não possui justificativa científica e contribui para sua estigmatização e conseqüente falta de tratamento adequado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 7ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

CULTURA chapada. Direção: Brett Harvey. Produção: Michael Bobroff e Don Metz. Estados Unidos da América: Phase 4 Films, 2014. 120 min (streaming online Netflix). Disponível em <<https://www.netflix.com/search/culture%20high?jbv=80014718&jbp=0&jbr=0>> Acesso em 01 de março de 2016

DSM-5. Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. American Psychiatric Association. Porto Alegre: Artmed, 2014.

GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada, 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

HARI, Johann. Descoberta a provável causa do vício. E não é o que você pensa. Disponível em <http://www.huffpostbrasil.com/johann-hari/descoberta-a-provavel-cau_b_7597010.html> Acesso em 15 de Junho de 2017.

HART, Carl. Um Preço Muito Alto, 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais. p. 6 Disponível em <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/texto/72_Proibição%20às%20drogas%20e%20violação%20a%20direitos%20fundamentais%20%20Piau%C3%AD.pdf?1376532185> Acesso em 07 de Junho de 2017

MATÉ, Gabor. In the realm of hungry ghosts: close encounters with addiction, Canadá: Vintage Canada, 2009.

NUNES, Laura M. TRINDADE, Jorge. Crime e drogas: relações psicológicas, comportamentais e jurídicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1990.

PASSAGLI, Marcos. Toxicologia social: verdades e mitos. São Paulo: Millenium Editora, 2015.

RIBEIRO, Maurides de Melo. Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: uma Guerra na Guerra. 2ª ed. Rev. e amp. São Paulo: Desatino, 2014.

ROMANINI, Moises. ROSO, Adriane. Miatização da cultura, criminalização e patologização dos usuários de crack: discursos e políticas. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2013000200014> Acesso em 7 de Junho de 2017.

VANDENBOS, Gary R. Dicionário de Psicologia. American Psychological Association. Porto Alegre: Artmed, 2010.

WEIGERT, Mariana de Assis e. Uso de drogas e o Sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.

ⁱ p. 138: “chronic neurobiological disease... characterized by behaviors that include one or more of the following: impaired control over drug use, compulsive use, continued use despite harm, and craving”

ⁱⁱ Citação original (em inglês): “*chronic neurobiological disease... characterized by behaviors that include one or more of the following: impaired control over drug use, compulsive use, continued use despite harm, and craving*”

ⁱⁱⁱ No original (em inglês): “*Compulsive gambling, for example, is widely considered to be a form of addiction without anyone arguing that it’s caused by a deck of cards*”

**CRIME EM “HASHTAGS”: A COBERTURA JORNALÍSTICA DO PERFIL
INSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS EM CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO**

*CRIME IN HASHTAGS: THE JOURNALISTIC COVERAGE OF THE OFFICIAL PROFILE
OF A COURT OF JUSTICE ON TWITTER IN A CRIMINAL CASE*

Carolina Costa Ferreira

Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora de Criminologia, Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Líder do Grupo de Pesquisa “Criminologia do Enfrentamento” (UniCEUB – CNPq) - carolina.ferreira@idp.edu.br

Luiza Guimarães Moreira

Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), assistente de pesquisa e estudante da Especialização em Direito Penal e Processo Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) – guimaraesmoreiraluiza@gmail.com

Resumo: Tem sido intenso o uso de redes sociais para promover a interação de instituições públicas e sociedade, especialmente de órgãos do sistema de justiça criminal, em redes sociais como *Facebook* ou *Twitter*. Porém, quais são os limites destas comunicações? Quais são os limites entre o direito à informação, de todos os cidadãos, a respeito do julgamento de um determinado crime, e os direitos individuais das pessoas que estão sendo processadas e, também, das vítimas dos crimes? A partir destas questões, o trabalho pretende analisar a cobertura jornalística do perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no Twitter (@TJDFT_Noticias) de um caso de grande repercussão no Distrito Federal: um latrocínio de um homem que buscava seu filho na escola e foi morto por um adolescente, em fevereiro de 2016, objeto de cobertura nas redes sociais por meio do uso da hashtag #crimenaportadaescola. O perfil institucional do tribunal realizou uma cobertura ao vivo das audiências de instrução e julgamento e do júri, dando informações sigilosas sobre os

processos em muitos dos *tweets*. Diante dessa realidade que se faz cada vez mais presente no sistema de justiça criminal, o trabalho analisará a pertinência de tais coberturas sob a perspectiva da chamada Criminologia Midiática, discutida por Eugenio Zaffaroni, das teorias da comunicação a respeito do uso das redes sociais e dos princípios processuais penais previstos em nossa Constituição.

Palavras-chave: Criminologia Crítica; Criminologia Midiática; Direito à Informação; Sistema de Justiça Criminal.

Abstract: It has been intense the use of social networks to promote the interaction of public institutions and society, especially about criminal justice system issues, in social networks like Facebook or Twitter. But what are the limits of these communications? What are the boundaries between the right to information of all citizens regarding the trial of a particular crime and the individual rights of the people being prosecuted and also the victims of these crimes? Based on these issues, this paper intends to analyze the coverage of the institutional profile of the Federal District Court and Territories on Twitter (@TJDFT_Noticias), specially about a case of great repercussion in the Federal District: a case of robbery of a man who would pick up his son in school and was killed by a teenager, in February 2016, object of coverage in social networks through the use of the hashtag #crimenaportadaescola. In this case, the court's institutional profile provided live coverage of the trial and court hearings, giving sensitive information about the proceedings in many of the tweets. Faced with this reality that is becoming increasingly present in the criminal justice system, the work will analyze the pertinence of such coverage from the perspective of the so-called Media Criminology, discussed by Eugenio Zaffaroni, of communication theories regarding the use of social networks and principles laid down in our Constitution.

Keywords: Critical Criminology; Media and Criminology; Right to Information; Criminal Justice System.

Sumário: 1. Introdução. 2. Criminologias e Mídia: uma relação instável. 3. #crimenaportadaescola: entre o direito à informação e a violação ao devido processo penal. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

A mídia exerce um papel social cada vez mais amplo em nossa sociedade. Rádio, jornais, revistas, em toda sorte de publicações, vemos seções que trazem notícias sobre os crimes de todos os dias. A abordagem da mídia aos crimes cotidianos e sua especial escolha por alguns tipos de crimes – os que tratam da violação a bens jurídicos relevantes mas que, também, violam valores morais ou sociais, como a família, por exemplo – é estudada por criminólogos desde os anos 1980, especialmente por meio da análise dos discursos empregados pela mesma mídia.

Porém, nos anos 2000, um novo fenômeno midiático tem merecido mais atenção: as chamadas “redes sociais”. Por meio da Internet, a rede mundial de computadores, milhões de pessoas se conectam, interagem, compartilham conteúdos informativos (ou nem tanto). A rede social *Facebook*, em 2018, informou que possuía 2,2 bilhões de pessoas conectadas (FACEBOOK, 2018). No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD Contínua), realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), entre pessoas com dez anos ou mais que acessaram a Internet em 2016, 94,2% tiveram interesse em trocar mensagens de texto; assistir a vídeos e programas foi a motivação de 76,4% das pessoas deste universo (BRASIL, 2018).

Assim, tem sido intenso o uso de redes sociais, para comunicação e divulgação de informações. Os órgãos públicos, rapidamente, se organizaram nesse mesmo sentido, e se inseriram em redes sociais, por meio de perfis “institucionais”, geralmente administrados pela Secretaria ou Assessoria de Comunicação de tais órgãos. Trata-se de uma forma de comunicação rápida e acessível a uma grande parcela da população sobre projetos de interesse público e, no caso das instituições do sistema de justiça criminal, de informações sobre processos de grande repercussão.

Porém, considerando-se que se trata de um perfil, então, comprometido com a divulgação de informações públicas, questiona-se: quais são os limites destas comunicações? Quais são os limites entre o direito à informação, de todos os cidadãos, a respeito do julgamento de um determinado crime, e os direitos individuais das pessoas que estão sendo processadas e, também, das vítimas dos crimes?

A partir destas questões, o trabalho pretende analisar a cobertura jornalística do perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios no Twitter (@TJDFT_Noticias) de um caso de grande repercussão no Distrito Federal: um latrocínio de um homem que buscava seu filho na escola e foi morto por um adolescente, em fevereiro de 2016, objeto de cobertura nas redes sociais por meio do uso da hashtag #crimenaportadaescola. O perfil institucional do Tribunal realizou uma “cobertura ao vivo” das audiências de instrução e julgamento e do júri, dando informações sigilosas sobre os processos em muitos dos *tweets*.

Diante dessa realidade que se faz cada vez mais presente no sistema de justiça criminal, o trabalho analisará a pertinência de tais coberturas, considerando as eventuais tensões entre princípios e garantias fundamentais do processo penal – olhando-se, especialmente para o devido processo legal, a publicidade dos atos processuais e a proteção, à pessoa presa (provisoriamente ou condenada) a qualquer tipo de sensacionalismo, prevista na Lei de Execução Penal.

O texto pretende discutir o alcance das redes sociais e a dimensão de responsabilidade das agências formais de controle (em especial, o Judiciário), quando se utilizam de mecanismos próprios das agências informais de controle (nesse caso, a mídia). Tal relação imbrincada pode ser pensada por meio dos aportes das Criminologias Críticas, especialmente da chamada “Criminologia Midiática”.

Na primeira parte, o texto trará uma discussão sobre as Criminologias Críticas e o papel da mídia; na segunda seção de desenvolvimento, o trabalho exporá os dados empíricos, para que a análise dos *tweets* possa se realizar por meio da Criminologia Midiática. Ao final, em tempos de expansão de redes sociais, será importante refletir sobre o Estado Democrático de Direito e as garantias fundamentais individuais do processo penal.

2. Criminologias e Mídia: uma relação instável

As Criminologias Críticas, desde os anos 1970, estudam as relações entre as chamadas instâncias formais e informais do sistema de justiça criminal¹. Segundo Alessandro Baratta, são instâncias formais de controle os órgãos integrantes do sistema de justiça criminal, como polícia, Ministério Público, Judiciário; dentre as agências informais de controle, estão aquelas instituições ou organismos sociais que exercem um controle, ainda que difuso, sobre os comportamentos individuais e coletivos das pessoas; nestas instâncias se inserem a escola, a igreja, os centros comunitários e a mídia. Outro conceito importante, desenvolvido por Baratta, é o de “processos de criminalização”: um fundamento de todas as correntes das Criminologias Críticas é refletir não sobre a pessoa do criminoso, mas sobre os processos de criminalização que selecionam determinada parcela da população – essa mudança de olhar sobre o crime e a punição reorientou os estudos criminológicos.

Para Baratta, os processos de criminalização podem ser divididos em: criminalização primária, secundária e terciária. Para a criminalização primária, importam os debates legislativos, fáticos, que convertem uma determinada conduta social em crime, ou que revogam um tipo penal, também por questões relacionadas ao controle social. Na criminalização secundária, os estudos se voltam à atuação do sistema de justiça criminal, a fim de refletir sobre a seletividade do sistema penal – daquilo que é objeto de análise pelo sistema e, também, daquilo que não chega ao sistema, o que chamamos de cifra oculta da criminalidade –, pensando, também, nos ritos que envolvem o processo penal em todas as suas fases, desde a investigação preliminar até a última instância recursal. Por último, mas não menos importante, as Criminologias Críticas se voltam ao processo de criminalização terciária, que concentra seus estudos sobre a execução penal, os impactos da pena na pessoa do condenado e em sua família, a condição de egresso e a (falta de) ressocialização prometida pelo sistema de justiça criminal.

Relacionar a atuação das instâncias formais e informais de controle, em qualquer um dos processos de criminalização, é um desafio desempenhado pelas Criminologias Críticas em muitos aspectos, e isso funda o pensamento criminológico atual. No presente texto, abordaremos as relações entre as Criminologias Críticas, a mídia e o processo penal, num

sentido de preservação do chamado por Antonio Scarance Fernandes (2010) de “devido processo penal”. Assim, o trabalho se situa no debate criminológico crítico sobre os processos de criminalização secundária.

Considerando-se a atuação das instâncias formais de controle, sobretudo do sistema de justiça criminal, é importante analisar o contexto de produção e de reprodução de informações institucionais, a fim de que se evite um fenômeno estudado pela Política Criminal, chamado “populismo penal punitivo”. Trata-se da difusão de informações sobre prisões, penas e punições como se fossem exemplos de atuação estatal, sem acompanhar o devido processamento destas pessoas, sem refletir sobre os mecanismos de criminalização da pobreza que atingem classes específicas, sempre representadas pela raça negra, pela juventude e pela prisão por tráfico de drogas. Segundo os últimos dados do Levantamento de Informações Penitenciárias (InfoPen 2016), 26% da população carcerária masculina e 62% da população carcerária feminina estão presos por tráfico de drogas (BRASIL, 2017).

Como já alertou Luís Wanderley Gazoto, “o populismo penal é contagiante: tem seus rebentos em todos os setores governamentais, até mesmo onde a técnica deveria prevalecer sobre o senso comum” (GAZOTO, 2010, p. 286). Para este, as principais consequências do populismo são o acesso, pela mídia, a presos em flagrante, favorecendo a cobertura jornalística sensacionalista; o aumento do número de parlamentares oriundos de carreiras ligadas à segurança pública; a aprovação de leis penais mais gravosas, sem a discussão cuidadosa de suas consequências (GAZOTO, 2010, p. 277-297). Vivemos todas essas características no Brasil. O objetivo do presente trabalho é investigar como e em que sentido as coberturas dos perfis institucionais colaboram ou não para o aumento do populismo penal punitivo e invadem garantias processuais das pessoas acusadas e/ou condenadas.

Ainda que expressem um compromisso institucional na difusão de informações, os órgãos de mídia estatais, em certo sentido, podem reproduzir a mesma seletividade também verificada nos parâmetros privados de mídia. Nilo Batista, em texto quase clássico, dimensiona a falta de proporcionalidade na divulgação de informações de caráter útil, público, em detrimento de mais atenção à punição:

Decisões do Congresso Nacional capazes de afetar milhões de brasileiros obtêm divulgação ínfima se comparada com as atividades inquisitoriais de alguma CPI, ou com investigações sobre a própria conduta de parlamentares. A questão criminal se politiza igualmente como descredenciamento de administrações locais ou forças partidárias que se oponham ao *credo* criminológico midiático, à expansão da intervenção penal (BATISTA, 2002, p. 14).

A expansão da informação penal, de cunho processual, realiza um desejo de uma sociedade ávida por punição, que ainda confunde justiça com justicamento. Ciente destes desejos, os meios de comunicação circulam informações desde a prisão em flagrante até a condenação, “esquecendo-se”, furtivamente, de dar a mesma repercussão de uma condenação a uma absolvição. Assim, as comunicações públicas – sejam por meio da mídia privada ou da mídia público-institucional – reproduzem a mesma desigualdade verificada no processo penal, entre Estado e indivíduo. Sabe-se que o Estado possui um aparato preparado para exercer o *jus puniendi*; que aposta na paridade de armas, no processo penal, para diminuir o desequilíbrio entre acusação (estatal, detentora de todo o aparato probatório necessário para proteger os interesses da sociedade, da qual é legítima representante) e indivíduo (representado por um/a defensor/a, privado/a ou público/a, que possui estrutura muito mais precária para a sustentação de seus argumentos).

Em pesquisa realizada sobre os sistemas de justiça da América Latina, percebeu-se a percepção de integrantes do sistema de justiça criminal sobre a abordagem dos meios de comunicação em relação a processos criminais. Segundo os resultados,

[...] não foi formulada qualquer pergunta a este respeito, porém em 14 das 15 entrevistas o tema foi levantado espontaneamente pelos entrevistados, sempre apontando no sentido de uma influência deletéria nos resultados dos julgamentos criminais, descrevendo os órgãos midiáticos como tendenciosos. Os delegados de polícia, em especial, declararam repetidas vezes sentirem-se cobrados para tomar providências não necessariamente de acordo com a lei em razão da extrema pressão exercida pela exposição excessiva na mídia (FINGERMANN; ZAPATER; CUSTÓDIO, 2016, p. 231-232).

Percebe-se, assim, a preocupação dos integrantes do sistema de justiça criminal em “dar explicações à mídia”, ou nas consequências de uma repercussão de um caso para sua atuação. Essa preocupação alcança níveis mais complexos se pensarmos que a mesma instância formal de controle, responsável pelo processamento e julgamento dos indivíduos, estatal, também

fornece informações, em meio à mídia massiva das redes sociais. Por isso, é importante voltar os olhos a esse tipo de comunicação institucional, que precisa associar informação e respeito ao devido processo legal.

A partir destas questões, o trabalho pretende analisar a cobertura jornalística do perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) na rede social *Twitter* (@TJDFT_Noticias). A pesquisa analisará os tweets institucionais em um caso de grande repercussão no Distrito Federal: um caso de latrocínio que teve por vítima um homem que buscava seu filho na escola e foi morto por um adolescente, em fevereiro de 2016; para a cobertura do julgamento, o perfil institucional do TJDFT utilizou a hashtag #crimenaportadaescolaⁱⁱ.

3. #crimenaportadaescola: entre o direito à informação e o devido processo penal

A Vara do Tribunal do Júri do Guará condenou os réus a mais de 25 anos pela prática de associação criminosa com uso de arma; roubo, mediante violência ou ameaça exercida com emprego de arma e por mais de uma pessoa, e latrocínio. O perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) realizou uma cobertura ao vivo da audiência de instrução e julgamento e do júri, no primeiro caso, dando informações sigilosas sobre os processos em muitos dos *tweets*. Diante dessa realidade que se faz cada vez mais presente no sistema de justiça criminal, o trabalho analisará a pertinência de tal cobertura sob a perspectiva da chamada Criminologia Midiática, discutida por Eugenio Raúl Zaffaroni, das teorias da comunicação a respeito do uso das redes sociais e dos princípios processuais penais previstos em nossa Constituição Federal.

Ao analisar os *tweets*, percebe-se que a Assessoria de Comunicação do Tribunal descreveu os depoimentos das testemunhas e, inclusive, postou imagens do julgamento no perfil institucional. Percebe-se, com isso, uma evidente exposição das pessoas envolvidas no julgamento, já que qualquer pessoa com acesso à Internet poderia saber de tudo que estava acontecendo em seu processo.

Importante lembrar que, apesar de a maioria dos atos realizados serem públicos, não é comum que as pessoas se dirijam aos tribunais de justiça para ler o que ocorre nos processos; no entanto, é frequente que se acompanhe uma hashtag no Twitter ou outra rede social. Diante disso, é possível comparar a atitude da Assessoria de Comunicação do Tribunal ao que ocorre em outros veículos de comunicação como as televisões ou os jornais. Considerando-se o alcance das redes sociais, é importante que se analise o uso do “direito à informação” como reforço da estigmatização das pessoas processadas, além da propagação do chamado “populismo penal midiático”, ou a “incerteza da incerteza”, propagada pela sociedade do risco, como descreveu Marco Antonio Carvalho Natalino (2007, p. 66) sobre o telejornalismo no início do século XXI. A mesma sensação de insegurança, associada à possibilidade de anonimato nas redes sociais, pode gerar uma falsa interpretação da realidade, aumentando-a ou a diminuindo:

Há que se ter em conta que parte da informação divulgada pelos *mass media* pode ser incompleta ou mesmo enganosa, mas revela-se como real aos sujeitos – especialmente no caso da televisão, em que os mecanismos técnicos e estéticos de construção do realismo televisivo ocultam os arbitrários culturais e institucionais envolvidos nos processos de criação, seleção e edição das notícias. Há certamente uma dissociação entre informação e conhecimento: na chamada “sociedade da informação”, há uma escassez do conhecimento fidedigno, 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, 2007, p. 67-68).

Essa constante interpretação por aqueles que, nas redes sociais, seguem os perfis institucionais de Tribunais, Ministérios Públicos ou Defensorias Públicas, para informações sobre direitos ou para acompanhar a atuação destas instituições. Assim, é necessário um cuidado com a divulgação destas informações, de forma que não se produzam ou se reforcem estereótipos, ou que não sejam feridas garantias processuais.

Um exemplo do descumprimento desta questão se dá no acompanhamento da hashtag #crimenaportadaescola. Ao realizar a cobertura da audiência de instrução e julgamento realizada no dia 26 de abril de 2016, o perfil institucional do Tribunal de Justiça do Distrito Federal informou, em um *tweet* de 10h35: “[#CrimeNaPortaDaEscola](#) A primeira testemunha está sendo ouvida neste instante. Ela pediu para ser ouvida sigilosamente”. Às 10h37, um novo *tweet*: “[#CrimeNaPortaDaEscola](#) A testemunha afirmou que passava com o veículo em frente

à escola na hora que ocorreu o crime”. Ora, se a testemunha pediu para que seu depoimento fosse sigiloso, este também deveria se aplicar à cobertura nas redes sociais.

Uma outra questão sobre esta audiência de instrução se dá em relação aos interrogatórios dos réus; todos foram “tuitados” com detalhes pelo perfil institucional do Tribunal de Justiça, em tempo real. O Código de Processo Penal veda, expressamente, a participação dos corréus nas audiências, especialmente para que seja mantida a independência das narrativas. Porém, nesse caso, como controlar o acesso de um réu aos “tweets informativos” de um perfil institucional do Tribunal? Em casos de grande repercussão, em que há mais de uma audiência, separada por dias, a questão se torna mais complexa.

A exposição que é feita das pessoas que são acusadas desses crimes, entretanto, além de estender a pena dessas pessoas, em nada contribui com as chamadas “funções declaradas da pena” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGÍA; SLÓKAR, 2006, p. 94). Na realidade, tal exposição somente diminui as chances de ressocialização, que já são muito difíceis, diante da grande exposição feita pela mídia e da necessidade de se manter o interesse pelos casos de “grande repercussão”. A Lei de Execução Penal, em seu art. 41, inciso VIII, estabelece como direito do preso “a proteção a qualquer tipo de sensacionalismo” (BRASIL, 1984). É evidente que tal proteção precisa ser defendida, já que a pessoa presa se encontra sob a custódia do Estado, que é responsável por sua integridade física e psicológica.

Assim, não caberia tal exposição a um Tribunal, que, por ser parte do Poder Judiciário, deve garantir os direitos dos réus e, como parte do Estado, deveria garantir a sua custódia integral, no sentido da proteção física e psicológica. Tal atuação nos permite uma análise criminológica crítica:

[...] o grande paradoxo da criminologia midiática é que não busca nada contra os criminosos violentos, porque nenhum país costuma deixar homicidas e estupradores soltos. Ao contrário, eles são submetidos a longas penas, salvo acobertamentos oficiais. Discutir se estes criminosos devem receber mais cinco ou dez anos de pena é um detalhe menos frente à magnitude social, ainda que possa lesionar o princípio da proporcionalidade, e não possui nenhum significado em relação à prevenção de fatos futuros. (ZAFFARONI, 2012, p. 314)

Diante disso, dificultar a vida após o cumprimento da pena desses réus não deveria ser papel da mídia e, especialmente, de um Tribunal de Justiça, visto que cabe a ele o papel de agência formal de controle de modo que não deveria contribuir com a mídia sensacionalista, mas, do contrário, garantir a dignidade de todos os envolvidos no processo penal.

Por meio dessa exposição em redes sociais proporcionada pelo TJDF, qualquer pessoa com acesso à Internet poderá conhecer detalhadamente do caso, o que prejudica qualquer espécie de ressocialização do condenado e, ainda, proporciona grave constrangimento à família dos envolvidos. Prova disso é que, anos depois da prática do crime e de seu julgamento, os *tweets* estão à disposição, naquela rede social, para a análise para este texto.

Nesse sentido, cabe mencionar a Teoria da Rotulação, citada por Howard Becker, já que as marcas da prisão não estarão apenas no apenado, pois, mesmo que passados vários anos, estarão disponíveis a qualquer pessoa a um clique de distância.

[...] a rotulação põe o ator em circunstâncias que tornam mais difícil para ele levar adiante as rotinas normais da vida cotidiana, incitando-o a ações anormais (como quando um registro de passagem pela prisão torna mais difícil ganhar a vida numa ocupação convencional, predispondo assim o sujeito a ingressar numa atividade ilegal) (BECKER, 2008, p.181).

A rotulação - ou etiquetamento -, por essa perspectiva, estende a pena de modo que passa a afetar a família do acusado e aqueles que estão envolvidos no caso, por exemplo, os estudantes e pais de alunos da escola em que ocorreu o crime já mencionado.

O Poder Judiciário, então, ao assumir um papel de instância de controle informal, teria o objetivo apenas de noticiar; esse papel seria limitado, em certo sentido, já que a *expertise* do órgão estatal é processar e julgar os indivíduos, de modo que esse dever de informação deve ser pensado de forma subsidiária. Além disso, e se reconhecêssemos tal possibilidade, a partir do momento em que um Tribunal – ou qualquer outro ator do sistema de justiça criminal – se compromete a prestar informações de forma fidedigna, a revelação de aspectos sensíveis do processo penal e informações privilegiadas sobre os réus faz mais do que informar: forma opinião, tendenciosa, além de violar a privacidade dos acusados e da família da vítima.

Desse modo, as informações que teriam a finalidade de prestar um serviço também de natureza pública acabam por se tornar uma fonte de relevância àqueles que buscam esclarecimentos a respeito dos casos que são narrados. Insta notar que são literalmente narrados, e com muitos detalhes, o que faz do *Twitter* do Tribunal de Justiça parte do entretenimento de seus mais de 20 mil seguidores.

[...] a criminalidade é um campo fértil a propiciar informação, oferta de opinião, entretenimento e, em face daquela *vis atrativa* que produz na população em geral, é capaz de captar audiência e aumentar a venda de exemplares. Os meios de comunicação são conscientes disso e, evidentemente, a produção de notícias sobre a criminalidade é direcionada aos fins de informar, oferecer opinião, mas fundamentalmente de entreter (mesmo que estigmatizando determinados indivíduos) e captar audiência (DIAS, 2013, p. 389).

Nesse sentido, por meio de suas redes sociais, o TJDFT passou a ser tratado por seus seguidores como uma fonte relevante e pertinente de notícias e, ao apresentar um conteúdo tão delicado como detalhes de como uma pessoa foi morta acaba por fazer parte de uma mídia que compartilha a violência, contribuindo para uma sensação de insegurança que apenas colabora com o caráter punitivista presente no senso comum. A título de exemplo, em outro caso de grande repercussão na região – o caso do feminicídio de Louise Ribeiro, repercutido na mesma rede social por meio da *hashtag* #CasoLouise – foram divulgados pela Assessoria de Comunicação desse Tribunal trechos da fala do réu em que ele descreve como executou o crime de feminicídio minuciosamente. Tais informações são repercutidas por outros órgãos de mídia.

Assim, questiona-se o uso dessa rede social por meio do Tribunal, já que o Twitter é usado pela maioria de seus usuários como meio de comunicação expressa e é utilizado como uma ferramenta de democratização do acesso à informação, já que qualquer pessoa com acesso à Internet poderia utilizar essa rede. Dessa forma, por ser uma plataforma gratuita e que permite a interação entre contas diversas, não importando a localidade, gênero ou raça de quem a utiliza conecta as mais variadas pessoas. O Tribunal poderia permitir uma maior aproximação com a sociedade, já que esta pode curtir e compartilhar seus conteúdos, além de acompanhar *hashtags*. No entanto, volta-se a questionar as consequências dessa assistência ao populismo penal, que, no caso, é punitivista e prolifera um sensacionalismo midiático.

Caberia ao Tribunal de Justiça, então, fazer a ponderação entre o direito à informação e o direito à privacidade dos envolvidos nos casos por ele divulgados, já que se deve respeito ao princípio da proporcionalidade e ao devido processo legal.

4. Considerações finais

Dessa forma, podemos entender que a comunicação pública e social é importante ferramenta de aproximação entre os órgãos do sistema de justiça criminal e a sociedade. Prestar informações sobre a acessibilidade de serviços, órgãos e outras questões é extremamente importante para que o sistema de justiça – não só criminal, mas toda a rede de políticas públicas envolvida pelo Judiciário – seja alcançada por aqueles e aquelas que devem ser seus usuários. Porém, existem limites que devem ser respeitados a fim de proteger a intimidade e privacidade das pessoas envolvidas nos crimes em que acontece a cobertura jornalística pela Assessoria de Comunicação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

No caso da hashtag #crimenaportadaescola, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios descumpriu o princípio do devido processo legal e não respeitou o direito à privacidade, reconhecido em audiência, ao tuitar sobre uma prova que deveria ter sido colhida em sigilo. Dizemos “deveria”, pois ela foi colhida na presença dos vinte mil seguidores do perfil institucional daquele Tribunal.

Assim, concluímos que o dever de informação não possui o mesmo *status* das garantias do devido processo legal e, nesse caso, a prestação de informações deveria ter se restringido ao sigilo daquela audiência, retomando-se a cobertura apenas após o seu final.

Ainda, é importante destacar que não se defende a censura ou a ausência de prestação de informações por parte de um órgão público, já que a publicidade dos atos é essencial para o devido processo legal. No entanto, há que se ter cuidado na exposição feita dos réus, vítimas e testemunhas para preservar sua integridade e dignidade e de seus familiares.

A Criminologia Midiática nos dá os instrumentos necessários para visualizar tais descumprimentos, de modo que um pensamento criminológico crítico e atento é fundamental à manutenção das garantias individuais do processo penal.

5. Referências

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf> Acesso em 28 set. 2018.

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/20073-pnad-continua-tic-2016-94-2-das-pessoas-que-utilizaram-a-internet-o-fizeram-para-trocar-mensagens> Acesso em 28 set. 2018.

_____. Lei nº 7.210, de 10 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm Acesso em 28 set. 2018.

_____. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização: Junho de 2016. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BUDÓ, Marília de Nardin. Velhas e novas mídias: estratégias de acesso da crítica criminológica ao discurso público sobre o crime. *Panóptica*, vol. 11, n. 2, pp. 471-501, jul./dez. 2016.

DIAS, Fábio Freitas; DIAS, Felipe da Veiga; MENDONÇA, Tábata Cassenote. Criminologia midiática e a seletividade do Sistema Penal. Anais do 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: mídias e direitos da sociedade em rede. UFSM, 2013.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Vara Criminal do Guarã realiza audiência de acusados de matar na porta da escola. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/abril/vara-criminal-do-guara-realiza-audiencia-de-acusados-de-matar-na-porta-de-escola> Acesso em 8 jul. 2018.

FACEBOOK. 102 milhões de brasileiros compartilham seus momentos no Facebook todos os meses. Disponível em: <https://www.facebook.com/business/news/102-milhes-de-brasileiros-compartilham-seus-momentos-no-facebook-todos-os-meses> Acesso em 28 set. 2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das Criminologias Críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n.2, 2016, p. 171-192. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/1463> Acesso em 28 set. 2018.

FINGERMANN, Isadora; ZAPATER, Maíra; CUSTÓDIO, Rafael. Análise por país: Brasil. In: BINDER, Alberto, CAPE, Ed; NAMORADZE, Zaza. *Defesa criminal efetiva na América Latina*. São Paulo: IDDD/Conectas, 2016. Disponível em: <https://www.conectas.org/arquivos/editor/files/WEB%20DEFESA%20CRIMINAL.pdf> Acesso em 28 set. 2018.

GAZOTO, Luís Wanderley. *Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Brasília, Universidade de Brasília, 2010.

NATALINO, Marco Antonio Carvalho. *O discurso do telejornalismo de referência: criminalidade violenta e controle punitivo*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2007. Monografia n. 43.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI; Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGÍA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro.
Direito Penal Brasileiro – I. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ⁱ A primeira observação de cunho teórico é de que optamos pelo emprego da expressão “Criminologias Críticas”, no plural, para significar os diversos sentidos das Criminologias Críticas existentes, desenvolvidas desde o final da Escola Sociológica, por meio dos estudos de Sutherland, até as chamadas “Modernas Criminologias”, que têm trazido questões sobre direitos difusos, como é o caso da “Criminologia Global”, ou de questões estruturais de gênero, nas “Criminologias Feministas”. Um pouco do percurso das Criminologias Críticas já foi escrito em FERREIRA, 2017.

ⁱⁱ O TJDFT informou o uso da Hashtag nas informações oficiais à imprensa, no “release” do caso: “**AVISO À IMPRENSA:** os veículos de comunicação, devidamente identificados com crachá, que desejarem, podem acompanhar a audiência, porém não é permitido o acesso de câmeras de filmagem e de fotografia, bem como a captação de imagem e som durante a sessão. O uso de aparelhos celulares só está permitido em local reservado dentro da “sala de imprensa”, localizada dentro do Plenário do Tribunal do Júri. Está permitido o uso de laptop no Plenário e na “sala de imprensa” somente para redação e envio, por e-mail, de matérias. A Assessoria de Comunicação Social - ACS do TJDFT irá twittar a audiência com a hashtag #CrimeNaPortaDaEscola”. (DISTRITO FEDERAL, 2016, p. 1).

**A SELETIVIDADE NOS CRIMES PATRIMONIAIS: UMA PROPOSTA PARA A
INICIATIVA DA AÇÃO PENAL**

*SELECTIVITY IN PATRIMONIAL CRIMES: A PROPOSITION FOR THE INITIATIVE OF
CRIMINAL LAWSUIT*

Renan Azevedo Leonessa Ferreira

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

renanalf@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo verificar a coerência da atual opção legislativa pela iniciativa da ação penal nos crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça à luz do ordenamento constitucional vigente. Para tanto, na introdução é feita uma análise das principais definições sobre o bem jurídico patrimônio. Apresenta-se a ideologia que permeia o tratamento conferido aos crimes patrimoniais, bem como a adequação da hipertutela patrimonial uma vez inserida no contexto constitucional. Em seguida, apresenta-se a teoria do bem jurídico para demonstrar suas implicações no papel do sujeito passivo nos crimes patrimoniais, bem assim seus reflexos sobre a tipicidade objetiva. Tendo em vista a reformulação do bem jurídico patrimônio, analisa-se, por derradeiro, a adequação da natureza pública incondicionada da ação penal. Ao final, elabora-se uma proposta no tocante aos crimes patrimoniais tendo em vista a relevância do titular do patrimônio e a ideia de *ultima ratio* do Direito Penal.

Palavras-chave: Crimes patrimoniais. Seletividade penal. Iniciativa da ação penal.

Abstract: The purpose of this article is to verify the coherence of the current legal option concerning the initiative of the criminal lawsuit in patrimonial crimes without violence or serious threat in the light of the constitutional order. In order to accomplish this objective, in the introduction one establishes the main definitions of patrimony. This is followed by an approach of the ideology that permeates the treatment conferred to patrimonial crimes, as well as the adequacy of the patrimonial overprotection once inserted in the constitutional context.

Next, the theory of legal asset is presented to demonstrate its implications in the role of the passive subject in patrimonial crimes, as well as their reflexes on objective typicity. After considering the reformulation of the concept of legal asset, one analyses the adequacy of the unconditional public nature of criminal lawsuit. At the end, a proposal is made regarding patrimonial crimes in view of the relevance of the owner of the patrimony and the idea of *ultima ratio* in Criminal Law.

Keywords : Patrimonial crimes. Criminal selectivity. Initiative of criminal lawsuit.

INTRODUÇÃO

Uma simples leitura da parte especial do Código Penal permite verificar o disparate entre a tutela de crimes patrimoniais quando comparados a outros crimes. Ao homicídio qualificado comina-se uma pena extremamente inferior – 12 a 30 anos – àquela verificada no latrocínio – ainda que diante de um homicídio culposo, a pena é de 20 a 30 anos. Vale dizer, nesta hipótese, há uma pena abstrata no mínimo 8 anos superior à prática de homicídio com emprego de tortura, paga ou promessa de recompensa, por exemplo. De mais a mais, conforme expõe Streck (2008, P. 75), no Brasil, é mais grave furtar galinhas – art. 155, *caput*, do Código Penal, com pena 1 a 4 anos de reclusão – do que exportar peles de anfíbios e répteis sem autorização da autoridade ambiental competente – pena de 1 a 3 anos, segundo o art. 30 Lei 9605/1998.

Essa hiperinflação das penas e tipos penais atinentes aos crimes patrimoniais traz reflexos notáveis sobre o sistema penitenciário brasileiro, consoante apontam os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017, p.7): o total de pessoas privadas de sua liberdade – condenadas ou no aguardo de julgamento – no país é de 726.712, das quais 37% são incursoas em algum tipo penal previsto dentre os crimes contra o patrimônio. Notadamente, a prática de crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça representa aproximadamente 15% do total de indivíduos encarcerados (INFOPEN, 2017, P. 42).

De se notar que o legislador penal de 1940, inspirado pelo Código Penal italiano, adotou uma postura voltada à hipertutela do Direito Liberal patrimonial. Sendo assim, a partir desses elementos, incumbe analisar se essa disposição se mostra compatível com a Constituição Federal de 1988, bem como com a atual formulação do conceito de bem jurídico.

Nesse contexto, este trabalho estabelece um recorte temático dentre os crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, buscando-se oferecer uma proposta mais coerente para a iniciativa da ação penal. De fato, carece de racionalidade o legislador ao agrupar crimes pluriofensivos sob o âmbito patrimonial. Crimes como roubo, extorsão e extorsão mediante sequestro afetam bens jurídicos que transbordam a esfera patrimonial do indivíduo, de maneira que a simples referência ao patrimônio é insuficiente para a compreensão de sua complexidade (FRANCO, 2001, p. 65). Não se afastam aqui possíveis – e evidentes – críticas também tecidas aos crimes patrimoniais pluriofensivos, no entanto essa análise requer um estudo à parte devido à sua complexidade.

1. CRIMES PATRIMONIAIS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

1.1. Definições referentes ao bem jurídico patrimônio

Nos crimes patrimoniais, a primeira indagação a se fazer consiste na própria definição do bem jurídico patrimônio. A delimitação de sua área de incidência traz implicações sobre todos os tipos penais contidos no Título II da Parte Especial do Código Penal. Desse modo, é de extrema valia construir uma definição jurídica desse conceito, o qual é polissêmico e recebe influência de diferentes ramos científicos, como o econômico e o sociológico. Impende reconhecer a contribuição de diversas ciências para o desenvolvimento de um conceito, o que não implica, porém, uma correlação imediata com a definição jurídica. Afinal, o Direito, como uma ciência autônoma, estabelece elementos próprios e característicos que vão permear todos os conceitos nele inseridos.

Convém ressaltar, inicialmente, a distinção entre o bem jurídico tutelado – qual seja, o patrimônio – e o objeto material de cada tipo penal. De fato, este conceito é mais amplo e

engloba todos os objetos materiais dos denominados crimes patrimoniais. Ou seja, um tipo penal específico corresponde à proteção de um dos aspectos do bem jurídico patrimônio, o que não exclui, porém, a possibilidade de um intercruzamento entre os objetos nos diferentes tipos penais. Trata-se de uma característica marcante dos crimes patrimoniais, os quais extraem muitos de seus institutos do Direito Privado. Haja vista essa marcante distinção entre o objeto material alvo da conduta e o bem jurídico (SALVADOR NETTO, 2014, p. 69), a definição de patrimônio mostra-se uma tarefa particularmente desafiadora.

1.1.1. Conceito jurídico

Os primeiros passos na busca por uma definição de patrimônio na esfera jurídica ocorreram durante o predomínio do pensamento positivista. Assim, conferiu-se um retrato eminentemente jurídico, lastreado em uma forte dogmática civilista. O expoente da definição jurídico-científica do patrimônio foi Binding, segundo quem este consistiria no conjunto de direitos e obrigações patrimoniais referentes a um indivíduo. Por meio desse conceito, a lesão ao patrimônio pressuporia a perda ou limitação de direitos subjetivos individuais (PRADO, 2010, p. 341).

Sob essa ótica, os direitos patrimoniais têm como objeto bens transferíveis, os quais, contudo, são irrelevantes em sua substância. Se, por um lado, estão excluídos bens intransferíveis, tais como a integridade física e a força de trabalho, por outro, inclui-se o direito ou obrigação em si como o componente a ser tutelado (KINDHÄUSER, 2010, p. 165). Realmente, o objeto material perde relevância, de maneira a reforçar apenas seu liame jurídico de titularidade correspondente a certo sujeito. Destarte, o valor econômico não desempenha papel algum na delimitação do patrimônio.

Essa concepção de patrimônio, desnecessário dizer, não é isenta de uma pré-concepção acerca da própria configuração do Direito Penal. De fato, atribui-se a Binding a notória máxima de que o criminoso viola a norma, mas, simultaneamente, atua em conformidade com a lei penal (SALVADOR NETTO, 2014, p. 71). Sob essa ótica, a função do Direito Penal consistiria apenas em reforçar o cumprimento de determinadas normas pré-existentes no ordenamento e provindas de outros ramos jurídicos.

Torna-se evidente, portanto, que a criminalização de condutas adquire uma grande amplitude. No entendimento de Salvador Netto (2014, p. 73), essa desconsideração do aspecto relacional do patrimônio culminaria em um excessivo punitivismo na seara dos crimes patrimoniais. O conceito de bem jurídico torna-se estático e enrijecido, visto que sua violação torna-se automática ao se verificar o desrespeito ao direito subjetivo do titular de certo objeto. O bem jurídico consistiria, assim, em mero “receptáculo argumentativo”, o qual abrigaria formulações emanadas do Direito Privado.

Muito embora esse conceito esteja superado em seus fundamentos, há se de considerar suas reminiscências na dogmática brasileira atual dos crimes patrimoniais, sobretudo em razão de sua inspiração no Código Rocco italiano de 1930. Por essas razões, não é incomum constatar a prisão preventiva de pessoas que furtam objetos de valor irrisório (tais como sabonete, xampu, margarina), o que denota forte aversão à aplicação do princípio da insignificância. Destaca-se, ainda, a natureza pública incondicionada da ação penal em hipóteses de furto privilegiado – incidente sobre objetos de pequeno valor.

1.1.2. Conceito econômico

Em oposição à concepção jurídica, essa proposta se filia à noção de patrimônio como conjunto de valores economicamente relevantes. Trata-se de somar o valor de todos os objetos atribuídos a um indivíduo, obtendo-se um valor monetariamente calculável. Uma vez verificado o valor global de seu patrimônio, o dano estará presente caso, ao final, haja uma diminuição dessa quantia (KINDHÄUSER, 2010, p. 167).

Esse reforço do dinamismo da circulação de valores economicamente apreciáveis leva ao reconhecimento jurídico-penal de situações que recairiam, tão somente, sobre questões privadas, sem qualquer interferência estatal (GALLEGO SOLER, 2002, p. 132). Enfim, nada impede a tutela penal de situações econômicas ilícitas ou de obrigações naturais sob a ótica civilista, vez que a concepção jurídica não possui relevância. Ganha destaque, destarte, o objeto material que é alvo da conduta do agente, ainda que os bens sejam adquiridos em um contexto ilícito.

Simultaneamente, a adoção da concepção econômica implica uma dissolução da individualidade dos objetos integrantes do patrimônio. Conforme expõe Kindhäuser (2010, p. 170), os consumidores não adquirem produtos com a finalidade de manter seu patrimônio no mesmo patamar de valor global: visam a organizar sua vida de acordo com seus próprios interesses. Em decorrência disso, se há algum elemento errôneo, é irrelevante se o sujeito passivo foi compensado economicamente, pois este deixará de alcançar o fim almejado. Por conseguinte, a finalidade de um negócio jurídico se mostra subvertida ao transformá-lo em uma relação meramente econômica.

Ora, as trocas voltam-se a fins determinados, não se limitando apenas à manutenção do ativo patrimonial dos agentes. Segundo preleciona Salvador Netto (2014, p. 80), apesar de não se filiar a uma vinculação absoluta com o Direito Privado, é inegável seu vínculo com o Direito Penal no âmbito dos crimes patrimoniais. Afinal, a criminalização das condutas nesse ramo decorre, em última análise, da inobservância de normas jurídicas referentes à posse e propriedade, institutos eminentemente inerentes ao Direito Privado. Sendo assim, de se pontuar o surgimento de uma teoria mista, a qual visa a corrigir a abstração decorrente da adoção da concepção jurídica, sem se desvincular de uma proteção penal das normas civilistas.

1.1.3. Conceito jurídico-econômico

Essa teoria busca conciliar os elementos centrais das concepções anteriores, com vistas a suprir suas principais deficiências: se, por um lado, pressupõe-se um bem de valor econômico – teoria econômica -, por outro, sua atribuição a um titular deve ser juridicamente reconhecida – teoria jurídica.

Segundo Gallego Soler (2002, p. 477), a concepção econômica prevalece sobre a jurídica, visto que aquela tem apenas seus contornos delimitados pela teoria jurídica para se evitarem contradições no ordenamento. Busca-se, dessa forma, excluir ações que não são amparadas pelo Direito Privado, sejam elas provindas de um vício no consentimento ou de condutas ilícitas. Sendo assim, a relação jurídica entre um indivíduo e um objeto quantificável pecuniariamente permite excluir uma série de bens inerentes à pessoa humana, os quais são desta inseparáveis – como honra, liberdade, vida (NIÑO, 2011, p. 27).

Da adoção da teoria jurídico-econômica emanam novas questões, remanescendo certos problemas. Notadamente, não fornece tutela a objetos dotados de valor meramente sentimental, o que levou muitos autores a concluírem por sua insuficiência em abarcar todas as situações em face das quais o patrimônio pode ser afetado. De mais a mais, o desenvolvimento de critérios corretivos à teoria, tendentes a incluir um componente individual do sujeito passivo – como a teoria da frustração dos fins e a teoria da utilidade –, fomentaram a tentativa de superação dessa vertente.

Restou evidente que as diversas manifestações de dano ao patrimônio dificultaram sua conglomeração em uma única categoria. Destarte, com marcante influência da doutrina alemã, efetuou-se uma bifurcação da teoria jurídico-econômica em duas vertentes: crimes patrimoniais em sentido estrito (crimes contra o patrimônio) e crimes patrimoniais em sentido amplo (crimes contra a propriedade). Essa subdivisão não se mostrou isenta de críticas, em grande medida pelos motivos já expostos. No entendimento de Salvador Netto (2014, 114), nota-se uma tendência gradual à reaproximação entre as duas esferas: verifica-se uma materialização de crimes patrimoniais em sentido amplo, paralelamente a uma abstração dos crimes patrimoniais em sentido estrito.

Um marcante óbice a essa teoria sempre consistiu na insistência pela patrimonialização de bens desprovidos de valor econômico. Vislumbra-se, contudo, no decorrer do desenvolvimento das teorias ora tratadas, a adoção paulatina de institutos inerentes ao ordenamento penal na dilapidação de um conceito de patrimônio. Sobre esse ponto, o princípio da insignificância tem rechaçado uma concepção puramente jurídica do patrimônio, tendo em vista a noção de ofensividade, fragmentariedade e *ultima ratio* do Direito Penal. É por esse motivo que não se pode incluir bens desprovidos de valor na esfera de tutela dos crimes patrimoniais.

Por derradeiro, a adequada adoção da teoria jurídico-econômica pressupõe a noção de que o patrimônio consiste em um meio para a realização de interesses de seu titular. A partir desse raciocínio, confere-se maior relevância a um conceito pessoal acerca do patrimônio, segundo o qual este consiste em um conjunto de bens que desempenham uma unidade estruturada a serviço de seu titular. Conforme dispõe Gallego Soler (2002, p. 176), retomam-

se, com notável semelhança, os elementos corretivos à teoria jurídico-econômica. Dessa forma, o prejuízo será verificado com a frustração dos fins e interesses designados pelo titular do patrimônio. No entendimento de Pastor Muñoz (2012, p. 330), inclui-se aqui o negócio jurídico unilateral gratuito, em que o prejuízo consiste, tão somente, na desvirtuação da finalidade almejada pelo titular.

A concepção pessoal do patrimônio aporta uma correção à teoria jurídico-econômica, sem se abdicar desta em detrimento de uma valoração puramente individual. O objeto alvo da conduta deverá possuir, além de algum valor economicamente apreciável, um grau valorativo distinto de aspectos meramente sentimentais, a fim de se limitar a incidência da tutela penal. Logo, adota-se uma dimensão do conceito jurídico-econômico que viabilize a complementação de uma suma meramente econômica pelo aspecto subjetivo do indivíduo afetado.

1.2. Seletividade nos crimes patrimoniais

Quando da inclusão do patrimônio entre os bens jurídicos fundamentais ao cidadão brasileiro e ao Estado, o legislador do Código Penal de 1940 conferiu-lhe uma tutela penal, reconhecendo determinadas condutas que impescindiriam de uma sanção penal. Na visão de Franco (2001, p. 57), essa verificação, conquanto elementar, não permite, por si só, a compreensão das ideologias adotadas por trás da concepção de patrimônio e das situações tipificadas.

A propriedade não é um instituto natural, prévio ao ordenamento jurídico. É, de fato, construída pelo homem na medida de seus interesses e necessidades. A partir desse postulado pode-se extrair a lógica dos crimes patrimoniais. A opção por uma proteção individualista da propriedade traz reflexos na seara penal na medida em que visa a tutelar uma dinâmica de transmissão e exercício de tais direitos sob o prisma do indivíduo. Por conseguinte, as condutas tipificadas sob o espectro de crimes patrimoniais não são aleatórias. São produto da dimensão política que as cerca.

Essa concepção individualista da propriedade é fruto do pensamento moderno, desencadeado pelo Iluminismo. Em uma busca pela superação do divino e da moral, pautada pela prevalência da racionalidade humana, propala-se a noção de que o indivíduo é proprietário

de si mesmo, não sendo submisso à sociedade. Destarte, cada indivíduo é independente dos demais, sendo sua liberdade limitada apenas e tão somente à medida que voluntariamente pactua autolimitações com outros indivíduos.

Conforme delineia Salvador Netto (2014, p.151), uma vez inserida essa noção na dogmática penal, esta se apresenta supostamente como um sistema abstrato, lastreado na igualdade de direitos e liberdades. Refere-se o autor à noção de igualdade formal, cujas bases se encontram justamente no liberalismo individual, o qual passa a influenciar a esfera penal. Em confronto com a realidade, essa trincheira retórica se torna um instrumento de seletividade e de manutenção de desigualdades.

Com efeito, o sistema criminal legitima o reforço das desigualdades sociais e das estruturas de dominação social ao estabelecer uma aparente igualdade entre os sujeitos desiguais sobre os quais a norma incide (ZAFFARONI, 1991, p. 130). Ora, valoriza-se predominantemente a tutela das formas adequadas de aquisição e transmissão dos bens, preterindo-se a função declarada de proteção ao patrimônio em si. Essa disposição revela a falácia da suposta igualdade potencial na prática do delito. Assim, a estrutura intrínseca dos crimes patrimoniais volta-se a sancionar os sujeitos economicamente desfavorecidos que desprezam as regras econômicas em detrimento de um indivíduo economicamente mais abastado. Nas palavras de Franco (2001, p. 48): “tais pessoas não têm motivos, por força do peso das restrições sofridas, para respeitar a ordem de valores que os perpetua naquelas situações deficitárias e que privilegia, de outra parte, os integrantes de estamentos sociais superiores”.

À vista disso, a essência da prisão no Direito Penal Clássico, notadamente abrangendo os crimes patrimoniais, consiste em tutelar a correta transferência do patrimônio segundo as leis do mercado, razão pela qual a desigualdade de renda é um parâmetro infalível para se aferir a incidência concreta do Direito Penal (SALVADOR NETTO, 2008, p. 146). De fato, a legislação reflete, com correspondência quase absoluta, uma identificação entre o marginalizado socialmente e o delinquente. Os alvos da justiça penal, que formam a maioria da população nos estabelecimentos prisionais, são pessoas provenientes de classes sociais menos favorecidas. As normas penais referentes aos crimes patrimoniais intimidam e reprimem os

indivíduos marginalizados pelo sistema capitalista e, concomitantemente, punem os indivíduos que desrespeitem as regras de mercado estabelecidas (FRANCO, 2001, p. 64).

Nesse esteio, corrobora com esse raciocínio Silva Sanchez (2005, p. 355) ao postular que o Direito Penal fomenta a gestão das desigualdades sociais, conferindo a manutenção e acentuação do *status quo* nas classes sociais elevadas. Desse modo, a estrutura dos crimes patrimoniais, tal como delimitada, volta-se à manutenção dos direitos patrimoniais das classes sociais mais abastadas, prevenindo-as de ataques por fora do sistema social. A confirmação dessa postura ideológica ocorre por meio da constatação de uma evidente tutela preferencial sobre o patrimônio, considerando-se o rigor das sanções cominadas aos indivíduos que violarem as normas previstas no Título II da Parte Especial do Código Penal.

Nesse esteio, como aponta Sgubbi (1980, p. 129), condutas que reflitam danos ao patrimônio, inclusive em maiores proporções, mas que não sejam provindas de indivíduos rotulados como perigosos, são sancionadas com a “máxima indulgência possível.” Nesse sentido converge o entendimento de Ferreira (2013, p. 33), segundo a qual, mesmo diante de um forte discurso voltado à moralidade das instituições, os bens públicos ainda recebem uma tutela branda pelo Direito Penal. Vislumbra-se o sempre presente discurso de combate ao crime “nas ruas”, o que leva a apontar os crimes contra o patrimônio como a principal questão a ser solucionada. Sendo assim, de se notar uma acentuada tutela sobre bens jurídicos privados (hipótese dos crimes patrimoniais) em detrimento dos públicos. Pontua-se, notadamente, o tratamento mais brando conferido aos crimes econômicos e contra o sistema financeiro.

1.3. Crimes patrimoniais e Constituição

Conforme afirma Moccia (2003, p.273), ao se referir ao Código Penal Rocco italiano - o qual fortemente influenciou o tratamento conferido aos delitos contra o patrimônio do Código Penal de 1940- o sistema valorativo planteado eleva o patrimônio a um patamar de centralidade que não se mostra adequado à nova Constituição italiana, sendo indispensável um redimensionamento interpretativo de sua tutela, associado à uma reavaliação das condutas merecedoras de tutela penal.

Realmente, o Estatuto do Reino de 1931, vigente na época do Código Rocco italiano, a exemplo das Constituições brasileiras adotadas previamente a 1988, estabelecia a inviolabilidade da propriedade, conferindo prerrogativas absolutas a seu titular. Dentro de um ordenamento patrimonialista, dessa forma, foi notável o rigor acentuado do Código Penal na tutela dos crimes patrimoniais. Esse excessivo caráter individualista, no entanto, dificilmente se concilia com os direitos fundamentais inaugurados pelas novas Constituições italiana e brasileira (SALVADOR NETTO, 2014, p. 274).

Conforme afirma Moccia (2003, p. 59), ao se referir ao entendimento de Ferrajoli, os direitos fundamentais, consubstanciados pela liberdade, direito à vida, direitos sociais e políticos, consistem em prerrogativas universais (*omnium*). São inclusivos de todos os cidadãos e consolidam a base da igualdade jurídica. Os direitos patrimoniais, a seu turno, são singulares, na medida em que a titularidade de um indivíduo exclui o domínio pelos demais. Formam, portanto, a base da desigualdade em qualquer sociedade.

Ora, o legislador constituinte de 1988 definiu os direitos fundamentais do indivíduo como o núcleo do ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 conferiu o status de fundamento de toda a ordem normativa à dignidade da pessoa humana, ao direito geral de liberdade e à igualdade. Uma vez jurisdicionalizados esses direitos, visa-se a assegurar uma tutela integral da pessoa, inclusive no processo de construção de sua identidade, o que passa a consistir em um dos objetivos do Estado (MENEZES, 2012, p. 113).

O reconhecimento progressivo da função social da propriedade no ordenamento corrobora com a noção da perda de protagonismo do patrimônio no ordenamento jurídico. A propriedade não é compreendida, em seu aspecto positivo, apenas como uma relação entre o titular e a coisa. No entendimento de Franco (2001, p. 57), a Constituição Federal de 1988, ao conferir ênfase aos direitos fundamentais do indivíduo, atribuiu-lhes primazia em relação aos direitos patrimoniais negativos. O individualismo meramente possessivo é relativizado em detrimento de obrigações perante a sociedade, notadamente com o objetivo de consecução da igualdade material.

Desse modo, a propriedade não poderá ter o condão de reforçar a igualdade formal e, simultaneamente, de aumentar desigualdades no bojo social. Tampouco pode limitar as liberdades individuais em detrimento de conceitos enrijecidos acerca das relações de domínio entre o titular e seu bem.

Contudo, o legislador penal não buscou uma readaptação da vetusta concepção patrimonialista do ordenamento jurídico em detrimento daquela que privilegia a dignidade da pessoa humana. Para além da excessiva criminalização e das penas elevadas cominadas aos delitos patrimoniais, refere-se aqui à própria conceituação de patrimônio: há notável predominância da concepção jurídica, fortemente influenciada pelo positivismo, o que implica uma rigidez valorativa e confere pouca autonomia ao cidadão.

Essa mudança, na seara penal, deve ocorrer à luz dos institutos inerentes às ciências criminais. Conforme dispõe Moccia (2012, p. 405), faz-se necessária uma readaptação do conceito de bem jurídico à luz do ordenamento constitucional vigente, conferindo-se o reforço aos direitos individuais e coletivos por este previsto. Enquanto em um modelo de Direito Liberal a defesa absoluta do patrimônio era coerente, não podemos mais defender essa forte oposição entre Estado e sociedade (ou a maioria desta, representada pelas camadas mais pobres). Essa dicotomia deve ceder espaço para articulações que fomentem os dispositivos constitucionais.

2. BEM JURÍDICO PATRIMÔNIO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO: O PAPEL DO SUJEITO PASSIVO NA TEORIA DO DELITO

À luz da Constituição Federal, merece reformulação o conceito de bem jurídico, o qual deve corresponder aos valores fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico. Sendo assim, o reforço das liberdades e da autonomia individuais implica conferir um papel central ao sujeito passivo da conduta. Notadamente com relação ao patrimônio, bem jurídico disponível por excelência, visa-se a demonstrar a importância da concepção de uma definição subordinada ao livre desenvolvimento de seu titular, a fim de se consolidarem os direitos fundamentais defendidos pela Constituição.

2.1. Bem jurídico patrimônio

O Direito Penal não pode atribuir um valor digno de tutela a uma conduta incompatível ordenamento constitucional. Conforme afirma Figueiredo Dias (2001, p. 47): “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”. De fato, discorre Prado (2011, p. 65) que, para a delimitação dos valores que merecem tutela do Direito Penal, é fundamental considerar princípios penais que são a “viga mestra” do ordenamento penal: legalidade, culpabilidade e responsabilidade subjetiva. Todos esses princípios decorrem da hermenêutica implícita da Constituição, por meio dos artigos 1, III (dignidade da pessoa humana), 4, II (prevalência dos direitos humanos), e 5, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade e igualdade).

Por esse motivo, a disponibilidade dos bens jurídicos deve superar a mera posituação das normas penais, vez que deve ser permeada pelos valores da ordem constitucional vigente. Segundo a exposição de Bechara (2014, p. 182), é necessário reconfigurar a hierarquia dos bens jurídicos a fim de se promover uma adaptação ao ordenamento constitucional. Afinal, com a inauguração deste, o Estado passa a se fundamentar na liberdade dos indivíduos e da sociedade: o homem, mediante sua autonomia, constrói seu destino e confere sentido à sua própria existência (PRADO, 2011, p. 74).

Nesse esteio, a disponibilidade de um bem jurídico encontra respaldo no princípio da intervenção penal mínima, este aliado à dignidade da pessoa humana, que fornece os meios necessários ao pleno desenvolvimento autônomo do indivíduo. Enfim, a disponibilidade do bem jurídico se consubstancia em uma expressão do desenvolvimento pessoal de seu titular, concretizando sua dignidade. Por meio desse raciocínio, visa-se a evitar a abstração do bem jurídico de seu sujeito, conferindo-lhe mero papel de portador daquele interesse, o qual possuiria uma existência independente. Ora, conforme expõe Bechara (2014, p. 186), em um contexto de Estado Democrático de Direito, sua disponibilidade deve ser entendida como a regra geral, não como exceção no ordenamento.

Nesse contexto, o patrimônio encontra-se entre os bens jurídicos que viabilizam o livre desenvolvimento individual. Segundo Kindhäuser e Garcia Caveró (2002, p. 31), não se trata de direitos constitutivos inerentes ao indivíduo, ínsitos à “existência jurídica de uma pessoa”, de modo que se trata de instrumentos voltados à consecução de objetivos pessoais. Consistem em bens, por definição, transferíveis. Enquanto os direitos fundamentais são personalíssimos, invioláveis e indisponíveis, os direitos patrimoniais são inerentemente disponíveis, sendo viável sua alienação e negociação.

Desse modo, o patrimônio cede sua posição estática (precipualemente consubstanciada em sua concepção jurídica) em detrimento de uma relação dinâmica com o indivíduo, o qual pode dispô-lo livremente tendo em vista o livre desenvolvimento de sua personalidade. Essas ideias, no entendimento de Moccia (2003, p. 275), estão fortemente vinculadas à noção pessoal de patrimônio, o qual se apresenta como o conjunto de bens e relações úteis para o desenvolvimento do indivíduo, dotados de valor econômico. Uma ofensa ao patrimônio se manifesta com a limitação da potencialidade econômica apta a macular as finalidades pessoais do indivíduo. É nesse sentido que merece destaque a concepção jurídico-econômica do patrimônio, aliada à sua noção pessoal. À vista disso, vislumbra-se uma derrocada do protagonismo da proteção de vínculos jurídicos patrimoniais como um bem jurídico, o que reflete sobre a necessidade de adoção de uma política criminal voltada à valorização do indivíduo quando da concepção dos tipos penais patrimoniais (BECHARA, 2014, p.189).

2.2. A teoria da imputação objetiva nos crimes patrimoniais: o caso paradigmático do estelionato

O patrimônio, compreendido como bem jurídico disponível por excelência no ordenamento constitucional, adquire especial relevância quando da aplicação da teoria da imputação objetiva. O papel da vítima ganha especial destaque nos crimes patrimoniais, em que a proteção conferida pela lei penal não deve ser tão abrangente como em delitos contra a vida. Sendo assim, a princípio, a vítima é responsável pelos atos de disposição patrimonial que efetua (princípio da autorresponsabilidade).

Sobre esse ponto, esclarece Sarrabayrouse (2010, p. 340) que os indivíduos são responsáveis por seus atos de disposição sempre e na medida em que essa disposição não seja proveniente de uma conduta enganadora que gera riscos não permitidos pela norma penal. Conseqüentemente, na hipótese do delito de estelionato, a transferência da responsabilidade do ato de disposição ao autor apenas pode ocorrer mediante a violação de deveres de veracidade. Desse modo, em razão de sua configuração típica – a qual pressupõe uma conduta do sujeito passivo -, o estelionato se mostra paradigmático na delimitação do comportamento do autor que constituirá uma agressão típica ao patrimônio da vítima, o que levará a implicações em todos os delitos contra o patrimônio (PASTOR MUÑOZ, 2003, p. 67).

Há duas elementares fundamentais para a constatação do processo causal do delito de estelionato. Primeiramente, deve existir um erro ou engano causado pelo autor. Em um segundo momento, deve existir um ato de disposição patrimonial pela vítima, o qual implicará causalmente o prejuízo patrimonial (DONNA; ESTABEN DE LA FUENTE, 2000, p. 483). Dessa forma, a criação do risco estará presente nesses dois momentos distintos para se verificar a tipicidade da conduta sob a ótica da teoria da imputação objetiva.

A imprudência da vítima na proteção de seu patrimônio incide, igualmente, no juízo de adequação da conduta enganosa ao tipo. De fato, a imputação poderá ser rompida na medida em que a vítima seja exclusivamente responsável pelo ato de disposição patrimonial. Por conseguinte, ganha destaque o princípio da autorresponsabilidade como concretização do caráter de *ultima ratio* do Direito Penal (PEREZ MANZANO, 1996, p. 248).

Ressalta-se a importância da atuação da vítima com relação ao alcance ou âmbito de proteção da norma. Uma vez presente a ciência do sujeito passivo acerca do engano, exclui-se a tipicidade da conduta. Para além dessa hipótese, casos de realização de disposição por pura liberalidade ou negligência da vítima não se encontram, igualmente, abarcados pelo fim de proteção da norma.

Requer-se, ainda, que a vítima haja com diligências mínimas a fim de verificar a veracidade das informações fornecidas pelo agente. Em verdade, em se tratando de imóveis, a vítima tem o dever de consultar pessoalmente o registro da propriedade sempre que, dentro das

circunstâncias, haja motivos relevantes para se desconfiar das informações fornecidas pelo vendedor. Ou seja, se houver dúvida razoável quanto à plausibilidade das informações e documentos oferecidos pelo vendedor. Nessas hipóteses, se a vítima opta por não verificar os dados, ela opta por assumir o risco, excluindo-se a incidência do Direito Penal (SARRABAYROUSE, 2010, p. 345).

A partir das delimitações traçadas pela doutrina com relação à paradigmática hipótese de estelionato, pode-se traçar o fim de proteção da norma penal com relação aos crimes patrimoniais. Ao contrário de bens jurídicos indisponíveis, em se tratando de um bem jurídico disponível por excelência, compete a seu titular a autoproteção, recaindo o papel interventor ao Estado apenas em situações excepcionais. Por um lado, o titular do patrimônio possui meios de autoproteção mais acessíveis do que o Estado, e por outro lado, há especial interesse do particular em administrar, individualmente, suas relações jurídico-econômicas. Trata-se, segundo Perez Manzano (1996, p. 260), de uma autorresponsabilidade, manifestação de autonomia do sujeito, de modo que um papel excessivamente interventor do Estado sempre implicará uma diminuição de sua liberdade.

Por conseguinte, tendo em vista os valores inerentes ao Direito Penal, notadamente a *ultima ratio* e a fragmentariedade, o sujeito passivo adquire especial destaque no âmbito dos crimes patrimoniais. Considerando-se a atual teoria do bem jurídico pautada nos valores constitucionais, seus reflexos na teoria da imputação objetiva implicam a ausência de lesão patrimonial diante do consentimento de seu titular. Na hipótese do estelionato, não se perfará o engano diante de condutas negligentes da vítima, vez que o fim de proteção da norma não abarca a omissão de autoproteção de seus sujeitos passivos. O alcance do tipo dessa norma é, destarte, a proteção patrimonial diante de enganosa que levem a atos de disposição patrimonial em dissonância com a autonomia de seu titular.

Estendendo-se aos demais delitos patrimoniais, a norma penal visa à tutela de uma autônoma fruição e disposição do patrimônio por seu titular. Com efeito, não há razão para se conferir quaisquer distinções entre os crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça. Por certo, frequentemente a delimitação entre esses tipos se mostra desafiadora (por exemplo, na distinção entre furto com posterior destruição da coisa e dano, ou mesmo, furto

mediante fraude e estelionato), o que reforça a semelhança de sua estrutura e do bem jurídico tutelado.

3. DA INICIATIVA DA AÇÃO PENAL NOS CRIMES PATRIMONIAIS

Uma vez delineada no Capítulo 2 a reconfiguração do conceito do bem jurídico patrimônio, bem como suas implicações sobre a tipicidade, mostra-se de magna relevância uma análise da iniciativa da ação penal no âmbito dos crimes patrimoniais. De fato, o alinhamento entre a teoria do delito e a iniciativa da ação penal é essencial para a manutenção da coerência com o ordenamento constitucional vigente. Nesse sentido converge a necessária correlação entre o Direito Penal, Processual Penal e Política Criminal. Os dois primeiros não são estanques em si, mas devem se orientar por finalidades político-criminais lastreadas na Constituição. É por essa razão que se deve atingir uma coerência entre a disponibilidade dos bens jurídicos, sua influência sobre a teoria do delito e, ainda, a iniciativa da ação penal.

3.1. Natureza da ação penal

Para a delimitação da natureza da ação penal prepondera-se a divisão de acordo com o critério subjetivo, tendo por referência o sujeito legitimado para a propositura da ação. Conforme prescreve o art. 100, *caput*, do Código Penal, há duas principais modalidades no tocante à legitimidade ativa para a promoção da ação penal: ação penal pública e ação penal privada (BADARÓ, 2016, p.186). Aquela, a seu turno, se subdivide em condicionada e incondicionada. Note-se que esta não está sujeita a nenhuma outra condição senão aquelas necessárias à propositura de toda ação: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir. Em se tratando da ação penal condicionada, acrescenta-se uma das duas seguintes condições: a representação do ofendido ou a requisição do Ministro da Justiça.

3.1.1. Ação penal pública incondicionada

A característica marcante da ação penal pública incondicionada consiste na obrigatoriedade de sua propositura – presentes as condições da ação – pelo Ministério Público, independentemente da manifestação de vontade do ofendido (princípio da obrigatoriedade). O

fundamento das ações dessa natureza, conforme afirma Badaró (2016, p. 189), consiste na violação de um bem jurídico de interesse público, dotado de relevância no âmbito coletivo da sociedade. De fato, a delimitação da iniciativa da ação penal não provém de uma mera escolha do legislador penal, mas deve ser pautada em critérios inerentes ao Direito Penal, bem como voltada às finalidades político-criminais.

Nesse esteio, tendo em vista a orientação adotada pelo legislador do Código Penal, destacam-se alguns princípios norteadores da ação penal pública incondicionada. Para além do já referido princípio da obrigatoriedade, vigora o princípio da indisponibilidade da ação penal. Segundo preleciona Lopes Junior (2018, p. 201), uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não tem a faculdade de desistir do prosseguimento da ação penal interposta, ou sequer do recurso.

Ademais, merece destaque o princípio da oficialidade, segundo o qual a propositura da ação penal compete exclusivamente a um órgão do Estado, o Ministério Público (art. 129, I, CF). Nessas hipóteses, por conseguinte, para além do *ius puniendi*, o Estado detém o *ius perseguendi in iudicio* (BADARÓ, 2016, p. 190).

3.1.2. Ação penal pública condicionada à representação do ofendido

Há hipóteses em que a conduta delituosa acarreta em uma lesão de um bem jurídico de interesse predominantemente público, porém em que se verifica uma marcante interferência no interesse particular do indivíduo lesado. Com efeito, há determinados crimes que tocam diretamente a esfera de intimidade do ofendido, conferindo prevalência de seu (des)interesse na persecução penal sobre o princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal. O aspecto distintivo nessa espécie de ação penal reside, portanto, na exigência legal de que o ofendido proceda à representação para que o Ministério Público ofereça a denúncia (SANTOS, 2012, p. 398).

O ofendido ou seu representante legal são os titulares dotados de legitimidade para o oferecimento da representação. Conforme expõe Ferrajoli (2006, p. 526), esta, no entanto, é facultativa: está subordinada aos critérios de oportunidade e conveniência, tal como reputados pela própria vítima. Tendo em vista não ser obrigatória a representação, a retratação do ofendido

é viável até o oferecimento da denúncia (MARQUES, 2001, p. 108). Por certo, entre o oferecimento da retratação e a propositura da ação penal é facultado à vítima retirar sua autorização (LOPES JUNIOR, 2018, p.211).

De se notar, desse modo, tratar-se de bens jurídicos predominantemente disponíveis, em que o consentimento do sujeito passivo normalmente acarretaria em uma atipicidade da conduta, por se tratar de interesses privados ou referentes à esfera íntima. Frequentemente, o exercício do *ius persecutionis* pelo Estado será mais prejudicial à vítima do que os próprios efeitos da conduta; ou mesmo, poderá haver meramente um desinteresse do ofendido. Desse modo, teoricamente, há um interesse estatal na persecução penal desses delitos, o qual pode ceder espaço ao interesse do titular em uma não persecução. Refere-se aqui, notadamente, aos crimes contra a dignidade sexual.

3.1.3. Ação penal privada

Por fim, no tocante à ação penal privada, ocorre uma lesão a um bem jurídico predominantemente privado. Conforme a afirmação de Soler (1992, p. 530), a preponderância do interesse particular é tamanha que “quando o ofendido não se manifesta, “em realidade não existe lesão.” Por conseguinte, essa estrutura lógica visa a abarcar os bens jurídicos disponíveis por excelência.

Em contraposição à ação penal pública incondicionada, vigoram na ação penal privada princípios que conferem total discricionariedade à vítima. Primeiramente, destaca-se o princípio da oportunidade, segundo o qual o ofendido – ou seu representante legal – tem a faculdade de propor ou não a ação penal a qualquer momento, desde que respeitado o prazo decadencial. Trata-se de um juízo de conveniência, diametralmente oposto ao princípio da obrigatoriedade.

De mais a mais, nessa espécie de ação penal se verifica o princípio da disponibilidade. Por meio deste, o ofendido poderá, no curso do processo – e, desse modo, após o oferecimento da queixa-crime – dispor da ação penal, o que acarretará na extinção do *ius puniendi* estatal. Trata-se de um corolário do princípio da oportunidade, o qual se encontra presente até o trânsito em julgado da sentença penal.

Em decorrência de tais princípios, verificamos os institutos consistentes na renúncia e no perdão do ofendido, incidentes, tão somente, sobre a ação penal privada. A renúncia, na definição de Badaró (2016, p.198), é um “ato unilateral e voluntário, expresso ou tácito, de abdicação do direito de oferecer a queixa-crime, que acarreta na extinção da punibilidade”. Saliente-se que a renúncia é admissível apenas previamente ao oferecimento da queixa, podendo ocorrer também tacitamente, nos moldes do art. 104, *caput*, do Código Penal, diante da prática de ato incompatível com a intenção de se propor a queixa-crime.

No tocante ao perdão do ofendido, seu oferecimento recebe guarida apenas após o oferecimento da queixa, mediante declaração assinada (art. 50, CPP), ou tacitamente, por meio da prática de ato incompatível com a vontade de dar prosseguimento à marcha processual (art. 106, par. 1º, CP).

3.2. A atual iniciativa da ação penal nos crimes patrimoniais

Conforme delineado, a predominância do conceito jurídico do patrimônio confere uma relevância à tutela das relações capitalistas, notadamente em relação aos contratos e à propriedade, conferindo um forte interesse estatal na tutela do vínculo subjetivo entre o bem e seu titular. Esses fatores refletem, igualmente, em um engessamento da iniciativa da ação penal. De fato, o patrimônio é dotado de especial relevância para o legislador penal de 1940, o que justifica sua opção pela predominância da ação penal pública incondicionada, ainda que ausente qualquer elemento de violência ou ameaça.

A ação penal é de iniciativa pública, mas condicionada à representação, tão somente, nas hipóteses de furto de coisa comum (art. 156, CP) e do tipo denominado outras fraudes (art. 176, CP). Em uma decisão afortunada, houve a flexibilização da natureza incondicionada da ação penal em crimes patrimoniais praticados contra o cônjuge divorciado, irmão, bem como tio ou sobrinho com quem o agente coabita. Nessas hipóteses, o art. 182, *caput*, do Código Penal define a natureza da ação como pública condicionada à representação.

Por derradeiro, as hipóteses de iniciativa privada da ação penal em crimes patrimoniais estão circunscritas aos crimes de esbulho possessório de propriedade particular sem emprego de violência (art. 161, par. 3º, CP), dano simples (art. 163, *caput*, CP), dano qualificado por

motivo egoístico ou com prejuízo considerável para a vítima (art. 163, par. único, IV, CP) e introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (art. 164, CP).

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, é imprescindível uma alteração nos critérios atinentes à iniciativa da ação penal. As liberdades individuais providas da tutela aos direitos fundamentais passaram a ocupar posição de destaque no ordenamento, razão pela qual o patrimônio foi preterido a um segundo plano. Na seara penal, o bem jurídico passou a desempenhar um papel de livre desenvolvimento do indivíduo, o que levou a uma maior relevância ao comportamento do sujeito passivo quando da análise típica da conduta do agente. Nesse esteio, Salvador Netto (2014, p. 239) esclarece que, para além de se ponderarem as pertinentes finalidades político-criminais – dentro de uma reflexão acerca da conveniência e oportunidade do oferecimento da ação -, mostra-se necessária uma readequação da natureza da ação penal ao papel desempenhado pelo sujeito passivo quanto à disposição de bens jurídicos de seu interesse particular.

Uma análise das dimensões pública e privada do bem jurídico revela um mecanismo essencial na interconexão entre o direito material e o Direito Processual Penal, a fim de se conferir homogeneidade e coerência às ciências criminais, tal como inseridas na ordem constitucional. Desse raciocínio decorre que, diante de bens jurídicos indisponíveis, de rigor a incidência da natureza pública incondicionada da ação penal. Por outro lado, ao se conferir maior disponibilidade ao bem jurídico, conquanto ainda presente o interesse público, será coerente a imposição de condicionabilidade à ação penal pública. Por derradeiro, nos casos em que o bem jurídico é plenamente disponível por seu titular, em que estamos diante de um reduzido interesse público na persecução penal, há de se verificar a natureza privada da ação penal.

3.3. Tratamento uniforme aos crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça

Em se tratando de crimes patrimoniais sem violência ou grave ameaça, verifica-se que o tratamento conferido aos crimes paradigmáticos de furto, dano, apropriação indébita, estelionato e receptação, no tocante à iniciativa da ação penal, deve ser uniforme. O conceito de jurídico-econômico de patrimônio, permeado pela concepção pessoal, se decompõe em

diversos aspectos consubstanciados pelos bens jurídicos especificamente tutelados pelos tipos penais enunciados. Essas subdivisões, a seu turno, apenas confirmam a disponibilidade do bem jurídico em questão.

De fato, o bem jurídico tutelado nos crimes de furto e dano, qual seja, a propriedade e posse de bens móveis, é tão semelhante que há situações limítrofes em que é necessário grande esforço hermenêutico para a definição do tipo penal incidente. O mesmo ocorre no tocante à distinção entre furto mediante fraude, apropriação indébita e estelionato. Nesta hipótese, é ainda mais evidente o papel essencial do comportamento da vítima na realização das elementares do tipo, o que reforça sua autonomia e a disponibilidade do bem.

A receptação, igualmente, configura uma lesão puramente patrimonial sobre o sujeito passivo, ainda que o crime antecedente seja pluriofensivo. Esse delito afeta, tão somente, bens jurídicos individuais e disponíveis por seu titular. Não há que se apegar a bem jurídico diverso, como a Administração da Justiça, ou sustentar que esse delito consista em um fomento à criminalidade, para se afastar a incidência dos princípios da fragmentaridade e *ultima ratio* Direito Penal. O receptor não é, note-se, um financiador de delitos patrimoniais (SOUZA, 2015, p. 299). Por conseguinte, deve-se fazer presente a insignificância, bem como ressaltar-se o papel do sujeito passivo em manifestar o interesse no *ius persecutionis*.

À vista disso, não se verifica nenhum fator distintivo que ensejaria uma iniciativa de ação penal diversa para algum desses tipos penais. Essa conclusão já revela, por si, a ilogicidade do legislador ao conferir uma tutela distinta à iniciativa da ação no crime de dano quando comparado aos demais delitos patrimoniais não pluriofensivos.

3.4. Conclusão sobre a iniciativa da ação penal nos crimes patrimoniais

A adoção da iniciativa pública incondicionada da ação penal é incompatível com a disponibilidade do bem jurídico patrimônio, o que se aplica a todos os crimes praticados sem violência ou grave ameaça incluídos naquele título. O patrimônio, tal como delineado pelo ordenamento constitucional, cede seu protagonismo ao indivíduo. Vez que o sujeito passivo desempenha um papel essencial na determinação daquele bem jurídico, bem como reformula as condutas penalmente típicas, a coerência no âmbito das ciências criminais requer uma

preponderância do interesse privado quando da decisão acerca da persecução penal em virtude de uma conduta que afete seu patrimônio. Conforme o entendimento de Salvador Netto (2014, p. 241), o sujeito passivo é dotado de autodeterminação para definir o destino de seus bens, incumbindo-lhe, igualmente, optar pela persecução penal. Destarte, é preeminente a incidência do princípio da oportunidade nos crimes patrimoniais tratados. Incumbe, assim, indagar qual seria a melhor alternativa para os crimes que lesionam o bem jurídico patrimônio: ação privada ou pública condicionada à representação.

No tocante à última, vislumbra-se uma dificuldade em harmonizar o princípio da oficialidade com o redimensionamento da hierarquia do patrimônio no ordenamento. Ao se conceber o patrimônio como um bem jurídico disponível por excelência, não seria cabível a tutela por um órgão acusatório oficial, o qual representaria um marcante interesse público. Uma vez vigente a ação penal privada no ordenamento pátrio, qualquer transposição da iniciativa da ação penal ao Ministério Público implicaria retirar parcela da disponibilidade do bem jurídico.

Essa incompatibilidade ganha ainda contornos práticos ao se verificar a inaplicabilidade do instituto do perdão judicial. Decerto, ao indivíduo seria apenas facultada a retratação da representação previamente ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Uma vez promovida a ação penal, porém, o ofendido não teria condições de obstar seu prosseguimento – tendo em vista a prevalência, no curso da ação, do princípio da obrigatoriedade em todas as ações penais de natureza pública. Ora, ao não se conferir a faculdade ao ofendido de optar por uma causa de exclusão da punibilidade (art. 107, V, CP), há uma afronta ao próprio conceito de disponibilidade do bem jurídico pelo ofendido.

Consequentemente, o patrimônio deve estar sujeito a um juízo de conveniência e disponibilidade pela vítima, a quem competiria decidir a respeito da persecução, em todos os seus momentos. Trata-se mormente, no ordenamento brasileiro, da iniciativa privada da ação penal, a qual, porém, não se encontra isenta de críticas.

De se pontuar que a adoção da iniciativa privada da ação não implica o resgate de reminiscências da *vindita privada*, afinal, a ação penal continua pública. Ao particular é conferida apenas a legitimidade da ação. Conforme a exposição de Bitencourt (2012, p. 866),

sua iniciativa se esgota com a condenação transitada em julgado, visto que a execução penal é atribuição exclusiva do Estado. Portanto, a função e o direito de punir permanecem sob os auspícios do Estado, o que permite afastar a noção de uma privatização do Direito Penal. Trata-se, em verdade, de reconhecer a existência de um interesse público apenas e tão somente na medida em que o interesse privado na persecução penal se faz presente.

Somem-se a essa crítica as custas processuais relacionadas ao exercício da ação penal privada. A vítima estaria sujeita à constituição de advogado, pagamento de taxas e emolumentos, o que consistiria em um ônus excessivo aos indivíduos economicamente hipossuficientes.

Todas as questões suscitadas em desfavor à adoção da ação penal privada nos crimes patrimoniais se referem a problemas inerentes àquele instituto. Não se trata de ignorar os problemas, que são pertinentes a uma aplicação adequada do Direito Processual Penal, porém não há que se incluam os crimes patrimoniais no âmbito da ação penal pública condicionada em razão daquelas deficiências. Ora, não é admissível sua transposição a uma esfera incompatível apenas em detrimento de dificuldades ínsitas ao instituto que se busca aplicar.

3.5. Ação penal pública condicionada à pobreza e tomada de posição

Em que pese uma vitimização secundária reduzida no âmbito dos crimes patrimoniais ora tratados, verifica-se um elemento conglobante entre aquele bem jurídico e a dignidade sexual: a preponderância do interesse individual em decorrência dos valores constitucionais vigentes no ordenamento atual (SILVEIRA, 2008, p. 226). Em ambas as hipóteses, o papel do sujeito passivo é extremamente relevante na delimitação típica, bem como deve se fazer presente quando da decisão acerca da movimentação ou não da máquina persecutória. Destarte, é de grande valia a experiência legislativa adotada no âmbito dos crimes sexuais para a adoção de uma solução satisfatória na seara patrimonial.

Os conflitos decorrentes das deficiências na iniciativa da ação penal não são alheios ao legislador penal pátrio. Previamente à Lei nº 12.015/09, a qual alterou o artigo 225 do Código Penal, vigorava no Brasil no âmbito dos então denominados crimes contra os costumes (atentado violento ao pudor, estupro, entre outros) a iniciativa privada da ação penal. A exceção

à natureza privada consistia em hipóteses de que a vítima e sua família fossem hipossuficientes, de modo a não possuir condições de arcar com as custas do processo. Para esses casos, conferiu-se natureza pública à ação penal, esta condicionada à representação do ofendido.

Essa disposição legislativa não foi isenta de críticas. De fato, conforme afirma Silveira (2008, p. 313), tratava-se de uma opção política característica de uma sociedade patriarcal e moralista. Não se voltava à tutela dos interesses privados da vítima, mas sim a evitar uma mácula à sua imagem perante a sociedade, bem como uma lesão à honra familiar. Em virtude desses fatores, era preferível a renúncia à ação penal referente às condutas delituosas dessa natureza. Realmente, no entendimento de Souza (2014, p. 342), o reflexo desse pensamento moralista encontrava-se incrustado, inclusive, no bem jurídico protegido: os “costumes”.

À época, foram tecidas inúmeras críticas à variabilidade da natureza da ação penal, porquanto foi criada uma desigualdade no tratamento entre as vítimas mais abastadas e as pobres. Enfim, a desistência da ação no curso do processo consistia em uma faculdade atribuída, tão somente, ao titular da ação penal privada, enquanto a vítima pobre não poderia se retratar da representação após o oferecimento da ação penal pública condicionada.

Tendo em vista as críticas não apenas com relação à ideologia por trás da natureza da ação penal nessas hipóteses, como também àquelas atinentes ao tratamento desigual entre ricos e pobres, a Lei nº 12.015/09, conferiu a todas as ações penais sob esse título – agora denominado “Crimes contra a Dignidade Sexual” – a natureza de pública condicionada à representação.

Em que pese a superação de uma ideologia marcadamente moralista, consubstanciada, dentre outros aspectos, pela alteração do bem jurídico protegido, a alteração da iniciativa da ação penal não se mostrou, a despeito de outros avanços, isenta de críticas. Conforme preleciona Bitencourt (2017, p. 156), sob o pretexto de se resguardar um direito constitucionalmente assegurado – a liberdade sexual -, optou-se justamente pela restrição dessa liberdade ao se tolher a iniciativa privada da ação. Com efeito, esta reconhecera a prevalência absoluta do interesse individual sobre o interesse público, de modo que o legislador efetuou um constrangimento sobre a autodeterminação da vítima, ao estabelecer a publicidade da ação penal.

Corroborando com esse entendimento Silveira (2008, p. 314), ao apontar que o Estado não é titular da dignidade sexual de cada indivíduo. Incumbe-lhe a proteção a esses valores inerentes às liberdades fundamentais, mas não é cabível retirar a autonomia do ofendido quanto ao prosseguimento da ação penal. Especialmente no tocante aos crimes sexuais, é evidente a vitimização secundária que a obrigatoriedade de uma ação penal pode ocasionar: reforçar a dor e o sofrimento da vítima, maximizados pela repercussão do processo no âmbito social e midiático. Com a recente promulgação, em 24 de setembro de 2018, da Lei 13.718/18, essas críticas merecem ainda maior destaque. Com efeito, por meio de nova alteração do art. 225 do Código Penal, a iniciativa da ação penal tornou-se pública incondicionada em todos os crimes contra a liberdade sexual, iniciativa completamente incompatível com a disponibilidade do bem jurídico pela vítima e apta apenas a aumentar a vitimização secundária.

No mais, verifica-se que as deficiências decorrentes da antiga redação do artigo 225 do Código Penal eram inerentes a qualquer ação penal de natureza privada: a dificuldade de oferecer tutela, em relação de igualdade, ao ofendido hipossuficiente e àquele pertencente às classes mais altas. No entanto, ao se alterar a redação daquele artigo, não se voltou à solução desse problema.

Ademais, posteriormente à redação do original artigo 225 do Código Penal, a Constituição Federal de 1988, lastreada em um forte viés social, instituiu a Defensoria Pública, atribuindo-lhe o amparo e a defesa dos menos privilegiados. Muito embora na seara criminal a função que lhe mereça destaque consista na defesa dos interesses do réu, não há qualquer previsão – constitucional ou legal – a dispor sua atuação exclusivamente em favor do polo passivo da relação processual. Em verdade, o artigo 4º, XV, Lei Complementar n. 80 de 1994 atribui expressamente à Defensoria Pública a função de patrocinar a ação penal privada e a subsidiária da pública.

Não se pode olvidar as dificuldades que assolam essa instituição, tanto pela vultosa carga de trabalho, como também pela carência de recursos. Porém, a atribuição da iniciativa da ação penal ao Ministério Público, em hipóteses de vítimas hipossuficientes, não apenas acarretaria em uma desvirtuação da disponibilidade da ação penal na seara dos crimes patrimoniais, como também consistiria em uma usurpação da função constitucionalmente

atribuída à Defensoria Pública: a defesa dos interesses da população hipossuficiente. É nesse sentido que já se encontram julgados dos Tribunais de Justiça no sentido de viabilizar o ingresso da Defensoria Pública como assistente de acusação, ainda que, simultaneamente, a represente réu hipossuficiente. Não há que se falar em conflito de interesses, vez que no desempenho de sua função constitucionalmente atribuída. De mais a mais, simetricamente, é reconhecida a atuação do Ministério Público como parte no processos e, simultaneamente, como *custos legis*.

Por conseguinte, mostra-se adequada a adoção da ação penal privada com incidência sobre todos os crimes patrimoniais exercidos sem violência ou grave ameaça, independentemente da condição econômica da vítima. Faz-se necessário, por outro lado, um aporte de recursos à Defensoria Pública a fim de se viabilizar o regular exercício de sua função constitucionalmente atribuída.

Por outro lado, aplicar institutos inerentes à ação penal privada – tais como o perdão judicial, desistência e outros – sobre a ação pública condicionada à representação consistiria em uma tentativa de aproximação entre ambas, o que poderia culminar em uma solução igualmente satisfatória. A título exemplificativo, a legislação italiana sequer admite a ação penal privada. Incide, em seu lugar, o instituto da *querela* – semelhante à representação do ofendido –, o qual mitiga os princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal: são viáveis a desistência da ação penal e o perdão do ofendido após o oferecimento da denúncia. Trata-se, inclusive, da opção adotada pelo legislador italiano para a iniciativa da ação penal referente ao furto. Desse modo, o ofendido não deverá arcar com as custas do processo e de honorários advocatícios, possuindo quase todas as prerrogativas ínsitas a uma ação penal privada. Na hipótese brasileira, ademais, isso evitaria a sobrecarga de processos sobre a Defensoria Pública.

Acrescente-se que, no ordenamento pátrio, caso o ofendido manifeste interesse em um acompanhamento mais detido da ação penal, terá a faculdade de fazê-lo como assistente da acusação. Afinal, segundo Daoun (2006, p. 31), o Ministério Público não pode se opor, por questões de desinteresse ou desnecessidade ao ingresso do ofendido na ação penal; pode alegar, tão somente, ausência de legitimidade. O interesse do ofendido, para além da obtenção da reparação do dano, pode ser estendido a suprir eventuais falhas do órgão acusador. De mais a

mais, o assistente poderá recorrer da ação penal, ainda que o Ministério Público não tenha assim procedido. Tais prerrogativas viabilizam grande aproximação das faculdades do ofendido comparando-se com a ação penal privada. Com efeito, a distinção entre a ação penal pública condicionada e a ação penal privada nunca se mostrou claramente delimitada. Essa questão é reforçada pela antiga opção do legislador penal no artigo 225 do Código Penal, conforme já delineado, bem como pela alteração da iniciativa da ação penal nos crimes sexuais, atualmente de natureza pública condicionada.

Contudo, diante da atual bifurcação da iniciativa da ação penal em pública e privada, a atribuição da iniciativa da ação ao Ministério Público, em si, já denotaria sua publicização, o que vai de encontro ao caráter privado do bem jurídico tutelado. Ao postular essa subdivisão, pressupõe-se, fatalmente, que os bens jurídicos disponíveis por excelência devem incidir na hipótese de ação penal privada, conferindo-se maiores liberdades aos sujeitos passivos. Ao conferir a iniciativa de apenas uma parcela das ações penais ao Ministério Público, denota-se um marcante interesse estatal na persecução penal daqueles tipos especificamente. Sendo assim, na atual configuração do ordenamento jurídico pátrio, não se mostra cabível a adoção da natureza pública condicionada para a ação penal na seara dos crimes patrimoniais.

Não se cuida aqui de defender a extinção da ação penal privada no ordenamento pátrio, o que não consiste no escopo deste trabalho. Porém trata-se de delinear uma alternativa para a adoção da iniciativa privada da ação penal: a subdivisão da natureza da ação em pública incondicionada e pública condicionada, apenas. Não se vislumbra, *a priori*, uma inconstitucionalidade, desde que aplicados a esta os institutos semelhantes à *querela* italiana.

Independentemente da opção pela ação penal privada ou pela ação penal pública condicionada à representação – assemelhando-se à *querela* – deve-se almejar a consecução de uma justiça restaurativa, visando à conciliação entre as partes envolvidas. Isto posto, mostraram-se de extrema relevância os institutos despenalizadores previstos pela Lei 9099/95, notadamente a composição civil dos danos (art. 73). Realmente, converge com o raciocínio apresentado neste trabalho a extensão da incidência daquela Lei a todos os crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça, visto apresentarem reduzida lesividade e se tratarem de interesses predominantemente privados.

BIBLIOGRAFIA

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1200 p.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014. 419 p.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. v.4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v.1. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DAOUN, Alexandre Jean. A participação do ofendido na ação penal pública: pontos controvertidos. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DONNA, Edgardo Alberto; ESTEBAN DE LA FUENTE, Javier. Algunas reflexiones sobre el concepto de ardid o engaño en la estafa. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 1, p. 465-497, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil**. Curitiba: CRV, 2013. 239 p.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, Coimbra: Coimbra, 2001. 393 p.

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.

GALLEGO SOLER, José-Ignacio. *Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial*. Tirant lo Blanch, 2002. 477 p.

KINDHÄUSER, Urs. Concepto de patrimonio y perjuicio patrimonial. Los defectos congénitos de la doctrina económica del perjuicio patrimonial en el derecho penal. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Derecho penal empresario**. Coordenação de Mario H. LAPORTA, Nicolás D. RAMÍREZ. Montevideu: B. de F., 2010, p. 163-173.

_____. José Antonio; GARCÍA CAVERO, Percy. **Estudios de derecho penal patrimonial**. Lima: Grijley, 2002. 194 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, 1159 p.

MARQUES, José Frederico. A representação e a ação penal. Questões sobre os vínculos que a representação cria para o Ministério Público. In: MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millennium, 2001.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade pela articulação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade: expressão do direito geral de personalidade. **Direitos Fundamentais e Justiça**, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 105-123, out./dez. 2012.

MOCCIA, Sergio. A difícil relação entre norma e ciência penal na pós-modernidade. In: **DIREITO penal como crítica da pena**: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. Organização de Luís GRECO, António Carvalho MARTINS. Madrid: Marcial Pons, 2012.

_____. **El derecho penal entre ser y valor**: función de la pena y sistemática teleológica. Buenos Aires: Julio César Faira, 2003. 350 p.

NIÑO, Luis Fernando. **Delitos contra la propiedad**. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

PASTOR MUÑOZ, Nuria. Consideraciones sobre la delimitación del engaño típico en el delito de estafa. **Doctrina y jurisprudencia penal**. Santiago, v. 1, n. 1, 2010.

_____. El redescubrimiento de La responsabilidad de La víctima em La dogmática de La estafa. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Libertad económica o fraudes punibles: riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial**. Madrid: Marcial Pons, 2003. 339 p.

_____. Los delitos contra el patrimonio (II). In: ESPANHA. **CÓDIGOS, leis e decretos**; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El nuevo código penal: comentarios a la reforma**. Coordenação de Nuria PASTOR MUÑOZ. Madrid: La Ley, 2012.

PERÉZ MANZANO, Mercedes. Acerca de la imputación obojetiva de la estafa. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, Buenos Aires, v. 2, 1/2, p. 241-266, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 127 p.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito penal e propriedade privada: a racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio**. São Paulo: Atlas, 2014. 271 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito, 2012. 434 p.

SARRABAYROUSE, Facundo. Imputación objetiva, fraude inmobiliario y delito de estelionato. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge. **Derecho Penal Empresarial**. Coordenação de Mario H. LAPORTA, Nicolás D. RAMÍREZ. Montevidéo: B. de F., 2010, p. 299-347.

SGUBBI, Filippo. **Uno studio sulla tutela penale del patrimonio**. Milano: Giuffré, 1980.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 331-360, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Crimes sexuais**: bases críticas para a reforma do direito penal sexual. São Paulo: Quartier Latin, 2008. 423 p.

SOLER, Sebastian. **Derecho Penal Argentino**. 4ed. v. 2. Buenos Aires: TEA, 1992.

SOUZA, Luciano Anderson de. Considerações dogmáticas quanto ao crime de receptação. In: **DIREITO penal na pós-modernidade**: escritos em homenagem a Antonio Luis Chaves Camargo. Coordenação de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, Alamiro Velludo SALVADOR NETTO, Luciano Anderson de SOUZA. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

_____. Crimes sexuais: reflexões críticas. In: **ESTUDOS em homenagem a Vicente Greco Filho**. Organização de Renato de Mello Jorge SILVEIRA, João Daniel RASSI. São Paulo: LiberArs, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição, bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como "la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos". **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 8, n. 31, out./dez. 2008,

ZAFFARONI, Raul Eugenio. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho/2016 (INFOPEN)**. Brasília, 2017.

ITÁLIA. Lei nº 205, de 25 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1999-06-25;205>. Acesso em: 20 mai. 2018.

A CRIMINOLOGIA NO CONTEXTO DO DARWINISMO SOCIAL

CRIMINOLOGY IN THE CONTEXT OF SOCIAL DARWINISM

Renato Matsui Pisciotta

Doutor em História Social – Universidade de São Paulo

renatopisciotta@usp.br

Resumo: O presente trabalho analisa a recepção do darwinismo no pensamento criminológico paulista durante o período da Primeira República. Para tanto utilizamos como fontes históricas as obras de Renato Kehl, Paulo Egídio e Candido Motta. O referencial teórico adotado foram as obras de Michel Foucault a respeito da sociedade disciplinar e o Estado de Segurança. A Primeira República é um dos períodos chave para a compreensão da formação da modernidade nacional, com a consequente formatação de um modelo político e jurídico que podemos classificar como excludente. Neste modelo existiu a criminalização de determinados grupos sociais, frequentemente em função da raça. Nesse sentido organizaram-se setores dos discursos médico e jurídico de parte da intelectualidade paulistana que aderiram, respectivamente, à eugenia e à Escola Positiva Italiana.

Palavras chave: Medicina Social; Darwinismo Social; Eugenia; Escola Positiva do Direito Penal; Frenologia

Abstract: The present paper analyzes the reception of Darwinism in the criminological thought of São Paulo during the period of the First Republic. For this we use as historical sources the works of Renato Kehl, Paulo Egídio and Candido Motta. The theoretical reference adopted is the works of Michel Foucault regarding the disciplinary and security societies. The First Republic is one of the key periods for understanding the formation of national modernity, with the consequent setting of a political and juridical model that we can classify as excluding. In this model existed the criminalization of certain social groups, often due to race. In this sense,

sections of the medical and juridical discourses were organized by the São Paulo intelligentsia, who joined the eugenics movement and the Positivist Italian School, respectively.

Keywords: Social Medicine; Social Darwinism; Eugenics; Positive School of Criminal Law; phrenology

A presença de um viés autoritário em nossa cultura jurídica não é fruto do acaso. Racismo, preconceitos de gênero, violência seletiva, tudo é fruto de uma modernidade de caráter antidemocrático, perceptível em discursos jurídicos e políticos de caráter conservador.

A formação da “nossa modernidade” se deu com o advento da República, período fértil em reflexões que buscavam organizar e consolidar um modelo de Estado no Brasil. Neste processo, emergem alguns arranjos ideológicos regionais, que podem adquirir expressão nacional, como os de São Paulo.

A elite intelectual paulistana tinha, durante a Primeira República, a Faculdade de Direito como um dos centros de formação. Os presidentes da República Prudente de Moraes, Campos Salles, Rodrigues Alves, Affonso Penna, Wenceslau Braz, Delfim Moreira, Artur Bernardes e Washington Luís dela eram egressos, enumerando apenas aqueles que ocuparam o cargo até 1930. Além do mais alto posto do Executivo, muitos enveredaram pelo Congresso, pelas Letras, pela vida acadêmica. Entender o pensamento criminalístico elaborado nesta instituição era compreender, por um lado, o que aprenderam, o que guiou as ações dos homens que saíram daquela faculdade.

Por outro lado, é também uma forma de perceber as respostas dadas a desafios do período. É o momento em que se torna necessário administrar uma nova realidade social, mais urbana, com a presença do trabalhador livre. Além disto era necessário controlar o escravo liberto, considerado pessoa de “segunda categoria”. Nesse sentido, o comércio de rua, os tabuleiros, os ambulantes foram combatidos, uma vez que eram atividades praticadas predominantemente por negros e mulatos (CARVALHO; DUARTE, 2017, p.28). E, em sentido oposto, existiu o privilégio ao grande comércio, às atividades comerciais “de fato”. Existiu, portanto, um caráter seletivo na atuação do Estado, favorecendo alguns grupos sociais em detrimento de outros.

O imigrante também podia ser um problema. Muitos italianos e espanhóis, por exemplo, chegavam ao Brasil e já possuíam uma cultura sindical e/ou política aqui desconhecida. Assim, o debate sobre o “imigrante ideal” também foi feito. Nele, a figura do negro foi descartada; a presença de japoneses e árabes foi muito contestada; e o branco europeu foi louvado como aquele capaz de “regenerar” o Brasil.

Uma grande parte da noção de controle social do período da Primeira República esteve, portanto, de alguma forma associada à questão racial, notoriamente em relação à população negra. E, neste sentido, vai ser elaborada uma parte significativa do discurso jurídico-penal, inclusive aquele das elites intelectuais paulistanas. A base científica deste discurso repousava nos avanços da Biologia, notoriamente a partir das ideias da Medicina Social e do Darwinismo.

Progresso e Pessimismo

O advento da civilização industrial trouxe consigo a ideia de progresso. Em finais do século XVIII e em boa parte do XIX existiu a crença no avanço do Homem, individual e coletivamente. A iluminar este caminho estava a razão, vista como base de todo progresso. Era racional o modo de organizar e dividir o Estado, com seus poderes. Da mesma forma a codificação do Direito, a Escola Penal Clássica e a crença na possibilidade da ciência da sociedade (a física social ou a Sociologia). Do ponto de vista da ciência e da técnica, o mesmo acontecia: são muitas as descobertas e aplicações no âmbito da eletricidade e do magnetismo, da microbiologia, da teoria da evolução, entre outras.

O cientificismo passa a fazer parte do espírito da época e emergem diversos modos de explicar a sociedade e a conduta humana. Uma forma, muito popular no início do século XIX foi a frenologia, hoje relegada ao posto de pseudo-ciência. A frenologia foi fundada pelo alemão Franz Joseph Gall em finais do século XVIII. Mas foi Spurzheim, discípulo de Gall, um dos divulgadores deste campo de estudos. Basicamente a frenologia assumia que o cérebro possui áreas diferentes, cada uma responsável por uma dimensão moral da vida humana. O formato da calota craniana seria decorrência do tamanho diferente de cada área cerebral. O estudo destas regiões mais protuberantes indicaria qual aspecto do cérebro predomina e, portanto, as disposições de comportamento e temperamento. Está implícito o questionamento do livre

arbítrio, uma vez que a moralidade de alguém decorre da sua constituição biológica e não de uma suposta autonomia moral. Por este motivo, a frenologia foi combatida pela Igreja e vista por muitos como representante do espírito científico iluminista.

Se alguém comete um crime, ainda de acordo com este raciocínio, é devido à conformação do seu cérebro. Aquele que agride tem a região da agressividade mais acentuada. O mesmo se dá com aquele que rouba em relação à parte cerebral que controla a propriedade. A determinação da função de cada parte da cabeça humana demorou quase 20 anos, exigindo grande esforço de Gall e seus discípulos. No final, a frenologia terminou considerando o europeu nórdico como o tipo mais “moral” da espécie humana. As classes trabalhadoras e os não europeus possuíam predicados menos elevados e maior propensão à delinquência (ANITUA, 2015, pp 272-274).

Paralelamente ao otimismo da ciência e do progresso também vai ganhando corpo o pessimismo com o mundo do capitalismo industrial. Talvez o mais notável exemplo desta forma de pensar seja o de J. J. Rousseau. Em seu pensamento a natureza boa do ser humano é desvirtuada pelo convívio social. A civilização tornou os homens maus e decadentes. Assim, inverte os polos tradicionais do louvor ao progresso, identificando a civilização à barbárie e associando a natureza à bondade e pureza original do ser humano. Daí vem o “bom selvagem”, oposto do burguês urbano-capitalista (HERMAN, 2001, p 37).

A descrença nas possibilidades da civilização pode também ser percebida nas preocupações de Malthus, que influenciaram o posterior darwinismo social. É bem conhecida a sua fórmula segundo a qual o crescimento populacional acontece de forma mais rápida que a produção de alimentos. Assim, a miséria e a fome são normais se existir uma alta taxa de crescimento demográfico. O progresso das cidades implicaria na existência de hordas famélicas e na luta desigual pelos poucos recursos, competição esta que seria vencida pelos grupos dominantes da sociedade (HERMAN, 2001, p 36). Para evitar este estado de coisas Malthus propõe a continência sexual, única forma de evitar o crescimento da população. Aqui se revela outra face do seu conservadorismo: a moralidade familiar como antídoto para os males do mundo (ANITUA, 2015, p 241).

Esta perspectiva pessimista gerou a percepção de que seria necessário reverter este estado de coisas. A degeneração precisava ser estudada e contida e, para tanto, emergiram novas formas de cientificidade e discursos de poder.

Da sociedade disciplinar moderna à sociedade de segurança

Uma das características da Modernidade é a necessidade, por parte do Estado, de regular e governar grandes contingentes populacionais. Isto precisa ser feito através de técnicas de governo e controle muitas vezes inéditas na História da humanidade. A análise deste fenômeno é feita, em tempos recentes, por M. Foucault, controverso filósofo das formas de poder e maneiras de constituição do sujeito.

Foucault foi filósofo francês cujas ideias se espalharam por outros campos de saber, tais como Sociologia, Psicologia, História, etc... Seu primeiro grande livro é a **História da Loucura**, no qual manifesta o mal estar com a psicologia enquanto ciência de moldes iluministas. Cada vez mais, Foucault vai se dedicar às formas de poder e aos discursos que dão forma às práticas dos saberes. Nesse sentido publica **O nascimento da clínica** (1963) e **As palavras e as coisas** (1966). Paulatinamente vai se dedicando mais à questão da sociedade disciplinar e do poder. Nesse sentido, um livro muito utilizado em cursos jurídicos é **Vigiar e Punir**. Por fim, Foucault trabalhou temas como biopoder e biopolítica em seus últimos cursos publicados, por exemplo, em **Segurança, Território, População**.

No pensamento de Foucault, *“a ideia de governo dos homens transfere-se de um contexto religioso (poder pastoral) para um contexto laico referente ao Estado, adquirindo características específicas, formando assim uma nova arte de governar: a razão de estado, a forma de governo da sociedade disciplinar”* (DIAS, 2012, p. 133). Este poder pastoral foi exercido, no Ocidente, pela Igreja Cristã. A melhor forma de compreender esta relação é através da metáfora pastor-rebanho, que reforça a ideia do poder do pastor sobre o grupo que está sob seus cuidados. O pastor é representante de Deus na terra e, através de seu governo, busca garantir a salvação de suas ovelhas:

(...) encontramos bem cedo, desde o início, o tema do poder pastoral, isto é, o fato de que deve haver à frente do rebanho um guia que o conduza para a salvação. Esse

pastor terá responsabilidade pelo próprio rebanho e a responsabilidade não só pelo rebanho, mas também por cada uma das ovelhas, e tem de salvar cada ovelha e socorrê-la assim que ela cair. (...) mais tarde, quando essa técnica de direção for desenvolvida no interior do cristianismo, é sob o signo do pastorado que será posta (FOUCAULT, 2014, p 231)

Até o século XVI, esta forma de poder era exercida no interior da Igreja, inexistindo algo similar para o contexto político. À medida que as estruturas medievais vão caindo por terra, o poder pastoral vai se imiscuindo à esfera política. São fatores decisivos para este fato a reforma religiosa, a insustentabilidade da organização feudal, o fortalecimento do Estado. Com a dispersão da força unificadora da Igreja e a queda da noção de império emerge o governo dos homens, que adota uma versão secularizada do poder pastoral.

A noção da polis enquanto comunidade ética e a pertinência da esfera política à natureza vai cedendo espaço a novas formas de racionalidade. Agora o fundamento do agir governamental é a razão de estado:

A razão de estado é o que vai conduzir o Estado a manter-se e existir em sua integralidade. A partir dela o Estado governa com um fim em si mesmo, ou seja, tendo em vista sempre a sua manutenção, a sua integridade. Não há uma finalidade externa e transcendental; não há preocupação com a fundamentação de uma origem e com a legitimidade desta origem. O bom governo não se fundamenta em leis divinas ou naturais, mas em técnicas e saberes que reforcem o Estado (daí o nascimento do saber das estatísticas). A ideia de necessidade torna-se mais forte que o respeito às leis (...) (DIAS, 2012, p. 136)

Esta razão de estado vai se formando durante a Idade Moderna basicamente em duas direções: uma externa, vislumbrada na concorrência entre Estados Nacionais e não mais vista como rivalidade entre príncipes; outra interna, com a atividade de polícia que, diferentemente do significado atual, constituía-se em um controle amplo sobre as atividades das pessoas individualmente consideradas. Temos aí a sociedade disciplinar, que pressupõe os integrantes do grupo social como portadores de direitos subjetivos.

A partir do século XVIII este Estado de polícia estará cada vez mais em crise. O que está em jogo, cada vez mais, é a gestão de uma grande quantidade de pessoas, ou seja, alguma forma de biopoder. O modelo ideológico passa a ser o liberalismo e o foco não está mais no controle do corpo, e sim na vida. A sociedade dos direitos individuais abre espaço para a gestão

da massa e a medicina passa a ser utilizada para a higienização da sociedade. Além das disciplinas do corpo passa a existir também o poder sobre a vida:

*Em última análise, o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse direito de vida e de morte: e porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É essencialmente um direito de espada (...)
E eu creio que, justamente, uma das mais maciças transformações do direito político do século XIX consistiu, não digo exatamente em substituir, mas em completar esse velho direito de soberania - fazer morrer ou deixar viver - com outro direito novo, que não vai apagar o primeiro, mas vai penetrá-lo, perpassá-lo, modificá-lo, e que vai ser um direito, ou melhor, um poder exatamente inverso: poder de "fazer" viver e de "deixar" morrer. O direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver. E depois, este novo direito é que se instala: o direito de fazer viver e de deixar morrer (FOUCAULT, 2005, p 286-287)*

Para a gestão das massas existirão, portanto, poderes disciplinares e poderes de regulamentação. E, na intersecção destes emergem as políticas racistas de finais do século XIX e início do XX. O cuidado com os corpos sadios pressupõe alguma forma de degeneração. É o evolucionismo pós Darwin que oferece a hierarquia necessária para as formas de controle dos grupos não encaixados na sociedade.

A Biologia como modelo para a sociedade

O uso da Biologia para a explicação do funcionamento social cresce ao longo do século XIX. Os avanços nesta área são imensos e podem ser compreendidos em três grandes direções: o desenvolvimento da fisiologia moderna, por Claude Bernard; a microbiologia, de Louis Pasteur; e o evolucionismo, de Charles Darwin (PICHOT, s/d, p 25). Os dois últimos tiveram especial relevância para a formação de modelos de biopoder com impacto sobre as noções de criminalidade.

O trabalho de Pasteur abre caminho para a ideia de higiene social. As campanhas de vacinação que se seguem às suas descobertas são um exemplo disto. Passa a existir uma imbricação entre a Política, o Direito, e a normatização da saúde, dos corpos, das maneiras de disposição das pessoas na cidade. Em um primeiro momento era uma preocupação médica, mas que abriu espaço para a consecução de modelos de política sanitária mais abrangentes, inclusive

de cunho social. Quando isto aconteceu, geralmente foi com a associação às teses de Lamarck, predominantes na França e na América Latina em geral.

O darwinismo, por sua vez, não teve aplicações práticas imediatas. Entretanto, do ponto de vista ideológico teve grande impacto. Muitos o utilizaram tanto para a explicação das desigualdades sociais quanto para justificar o colonialismo. O raciocínio era que a competição seria uma regra da natureza e isso implicava na justa acumulação de riquezas e posições sociais por parte daqueles que “venceram” no jogo das relações sociais. Natural também seria a existência dos “derrotados” neste processo. A pobreza seria uma decorrência do funcionamento normal das sociedades. De forma geral, o evolucionismo de Darwin foi complementado pelos trabalhos da genética de Mendel e predominava no mundo germânico, anglo-saxão e nos Estados Unidos. O darwinismo assume formas diversas, mais moderadas ou mais radicais. Na sua formulação mais radical deu origem ao movimento eugenista.

De forma muito ampla podemos afirmar que em meados do XIX predominou o darwinismo social de matiz liberal, que valorizava a competição e o individualismo. A partir da década de 80 do mesmo século este movimento se volta para a eugenia, racismo e imperialismo. Dentre as múltiplas recepções do darwinismo, uma muito popular no âmbito jurídico foi aquela da Escola Positiva, com destaque para Lombroso, Ferri e Garofalo.

A Escola Positiva italiana

Lombroso tira o foco do delito e o dirige à figura do delinquente. As concepções de Lombroso possuem múltiplas influências, dentre as quais podemos destacar a frenologia de Gall e vertentes do darwinismo social de Haeckel. É deste que vem a noção de atavismo, ou seja, a ideia de que o delinquente é um primitivo, alguém que representa os estágios iniciais da linha evolutiva humana. Existe aí um determinismo que se opõe à autonomia iluminista. Além de tudo, o criminoso pode ser reconhecido pelos seus traços físicos, que são característicos do seu atavismo.

Dentro desta mesma perspectiva podemos também mencionar Enrico Ferri. Mais jovem que Lombroso, Ferri era advogado e acadêmico socialista que passa a produzir suas obras a partir das duas décadas finais do século XIX. Na maturidade adere ao fascismo. Ferri

combateu ferrenhamente a noção de liberdade humana, aderindo a formas simultâneas de determinismo: biológico, geográfico e social. É desta maneira que elabora a sua célebre classificação do criminoso como nato, louco, habitual, ocasional ou passional. Com isto, Ferri acreditava que a função do Direito Penal é combater os inimigos da sociedade, elaborando uma espécie de criminologia da defesa social. Antecipa, neste aspecto, algumas teses do direito penal do inimigo.

Outro representante desta maneira de pensar foi Raffaele Garofalo. Ele foi procurador e senador italiano, típico conservador. No exercício de suas funções perseguiu anarquistas e socialistas, inclusive os “de cátedra”. Garofalo acreditava que, em sociedade, existiriam aqueles portadores de “periculosidade”, que devem ser combatidos. Assim, a pena não deveria ser proporcional ao delito, mas ao perigo em potência no agente. Isto poderia ser aferido por especialistas e, se o delinquente fosse considerado incorrigível, deveria ser condenado à pena de morte.

Eugenia:

A “biologização” da vida social seguiu seu curso ao longo do século XIX e adentrou o XX. O poder sobre a vida era uma das formas de controle das massas na sociedade industrial e atingiu seu ponto extremo nos regimes totalitários do período em torno das guerras mundiais.

Muito popular neste momento foi a ideia de eugenia. A palavra vem do grego *eugenes*, e significa bem nascido. Hoje o movimento eugênico é visto como obra de cientistas e governantes depravados, mas, àquela altura, teve grande aceitação acadêmica e em segmentos da população. Foi uma tendência relevante em diversos países da Europa, nos Estados Unidos, na América Latina.

No universo rural era habitual a noção de que era possível melhorar a qualidade de uma espécie. Em uma fazenda, por exemplo, seria possível melhorar a qualidade do gado, dos cavalos ou dos carneiros. Isto seria feito através do cruzamento dos melhores animais, aqueles mais fortes e mais belos. O aperfeiçoamento da espécie humana, neste mesmo sentido, era uma das propostas do movimento eugênico. A ideia era a de “purificar a raça”, de torná-la mais saudável, bela e forte (DIWAN, 2014, p.19).

A eugenia está, em princípio, associada ao darwinismo. Charles Darwin, ao estudar a evolução das espécies, formulou o princípio da seleção natural, que aconteceria pela “sobrevivência do mais apto”. Foi um primo seu, Francis Galton, que orientou o evolucionismo de Darwin em direção à melhoria da espécie humana. Hoje Galton encontra-se relegado ao esquecimento em virtude de seu envolvimento com a eugenia, mas à época suas propostas compunham o *mainstream* intelectual. Foi ele o criador do termo “eugenia”, que achava preferível a “viricultura” (do latim *vir*, homem). Foi um ativista importante do movimento eugênico e criou a biometria, ciência que aplica métodos estatísticos à biologia. Neste segmento abundaram estudos de intelectuais eugenistas, como o matemático Karl Pearson.

Francis Galton nasceu em uma família abastada em Birmingham, Inglaterra, no ano de 1822. Desde jovem conviveu em um círculo social e familiar ligado à ciência. Seus avôs, pelo lado materno e paterno, fizeram parte de sociedade científica que reunia a burguesia vitoriana intelectualizada. Por pressão paterna, Galton inicia os estudos da Medicina, que abandona para se dedicar à Matemática. Sem o sucesso esperado, retorna posteriormente à Medicina.

Ainda jovem, em 1844, herda a fortuna do pai, o que lhe permite dedicar-se aos projetos próprios. Realiza expedições no continente africano, estuda a geologia, a meteorologia, a cartografia. Entretanto, as críticas aos seus trabalhos lhe rendem uma crise nervosa. Galton afasta-se destes temas e conta com o apoio do primo Darwin, 13 anos mais velho.

Assim, Galton passa a dar suporte à teoria da evolução darwinista e se dedica ao estudo da transmissão das características genéticas. Naquele momento, não se conhecia muito sobre este tema e Galton colocou suas capacidades matemáticas para determinar como isto se dava. Assim, escreve *Hereditary Talent and Character*, em 1865, e *Hereditary Genius*, em 1869. A maneira como entende a transmissão das características acaba por afastá-lo de Darwin.

Darwin acreditava que a herança genética era transmitida pela **pangênese**, ou seja, que existiriam gêmulas nas pessoas e estas seriam as responsáveis pela transmissão de características de pais para filhos. O problema, para Galton, é que estas gêmulas seriam modificáveis pelo meio ambiente. Isto não seria admissível, para ele, porque poderia significar que atributos físicos como beleza e força tivessem origem no meio, e não nas características ínsitas dos indivíduos.

Galton e Darwin se afastam depois de travarem debate sobre o tema. Galton vai, cada vez mais, se dedicar aos estudos das características inerentes a uma pessoa, buscando entender a degeneração. Para Galton, os problemas sociais eram fruto das características pessoais de alguns indivíduos. Os assaltantes, os ébrios, os preguiçosos, por exemplo, eram todos vistos como uma degeneração biológica da espécie humana. As características de um indivíduo são inatas e por este motivo os princípios da seleção natural precisam ser aplicados ao ser humano (DEL CONT, 2008, p 208).

É neste momento da sua vida intelectual que Galton cunha o termo eugenia (1883) e vai se dedicar ao tema. Seria essencial cuidar das gerações futuras, selecionando aqueles que possuem características genéticas positivas. Se assim não fosse, o risco seria a degeneração gradual da humanidade.

A grande difusão das ideias de eugenia está relacionada ao seu “aspecto social”. O século XIX e o início do XX são marcados pelo crescimento urbano em vários países. Uma parte deste inchaço populacional ocorreu com intensos movimentos migratórios, que marcam a demografia de locais como os EUA até hoje. Ao mesmo tempo, o Estado foi assumindo mais serviços. Isto gera a necessidade de contabilizar habitantes e classificá-los de acordo com a sua condição social e origem. Essas técnicas de organização e contenção das populações estarão em alta.

A ideia de degeneração da urbe também se faz presente. O emergir de toda forma de desvalidos, de mendigos a alcoólatras, e a criminalidade crescente, tudo contribuiu para a sensação de esgarçamento do tecido social e amplificou a dimensão deletéria das grandes concentrações urbanas. A eugenia foi uma proposta de regeneração, de reestabelecimento do saudável, do forte e do belo.

Nesse sentido, duas formas de eugenia foram propostas:

1. Eugenia positiva: imaginava o “cultivo” da população. Do ponto de vista prático, assumiu a forma de cuidados com o pré-natal, planejamento familiar e saúde infantil, por exemplo.

2. Eugenia negativa: implicava na eliminação do sujeito indesejável, do “degenerado”. Significou a esterilização, o confinamento e até mesmo a morte dos grupos em questão.

Em muitos locais aonde prevaleceu o lamarckismo, predominou a “puericultura”. Assim foi na América Latina, Irã, Egito e Holanda. Em outras regiões, como as nações que emergiram após a queda dos impérios Otomano e Habsburgo – Tchecoslováquia, Hungria e Romênia – existiu a necessidade de formar uma consciência nacional e um povo próprios. E este deveria ser saudável, daí os usos da eugenia neste sentido. (LEVINE, 2017, pp 7-9)

A Alemanha de Weimar, com seu Estado de Bem Estar Social, não esteve infensa aos movimentos eugênicos. Cientistas alemães e norte-americanos tinham contato e trocavam informações livremente. Existiu uma política de cuidados com o nascimento e saúde das crianças que acenava na direção da eugenia. Após a ascensão do nazismo, a eugenia passa a ser adotada abertamente, nas suas versões negativa e positiva. Experimentos como os de Mengele nos campos de concentração da 2 Guerra não eram produto de uma única mente conturbada. Muito pelo contrário, esta atitude era uma extensão de políticas públicas e trabalhos acadêmicos que gozaram de aceitação e prestígio (LEVINE, 2017, p 10-11)

Os EUA foram o local aonde os estudos e políticas eugênicas foram mais longe. O biólogo Charles Davenport teve contato com os estudos de biometria de Galton apresentados em conferências e publicados na Nature e se entusiasmou com o tema. A repercussão das ideias de Galton foi discreta na Inglaterra, mas teve ampla aceitação em solo norte americano. O país esteve na linha de frente da elaboração de leis e sociedades eugênicas. Em quase todos os estados existiram iniciativas de adoção de políticas de eugenia.

DIWAN (2014, p53) afirma a existência de duas fases na implementação da eugenia nos EUA. Em um primeiro momento, de 1870 a 1905, a hereditariedade era debatida por grandes nomes da ciência americana, como Graham Bell e J. Harvey Kellogg. O primeiro, por exemplo, fez parte da Associação Americana de Reprodução, que

“tinha por objetivo discutir o bem estar social, os profissionais de saúde e as instituições de caridade, a fim de prevenir a doença mental, o crime, as doenças e a pobreza. Pregavam desde a primeira década do século xx a esterilização eugênica, a segregação e as leis de restrição aos casamentos” (DIWAN, 2014, p 54)

O segundo momento do movimento eugenista ocorreu entre 1905 e a década de 20. Neste período ocorreu a institucionalização da eugenia, com o Escritório de Registros Eugênicos (ERO), dirigido por Davenport e financiado por Marry Harriman, consorte do

industrial Andrew Carnegie. Nos anos 20 foram fundados ainda a Sociedade Americana de Eugenia (AES) e a Fundação de Aperfeiçoamento Humano. Este período foi rico para o debate sobre iniciativas de eugenia negativa, como esterilização e segregação dos “degenerados”.

O que estava por trás destas iniciativas era o medo que as classes alta e média do país, no geral de origem anglo saxã, tinham das intensas mudanças trazidas pela imigração e crescimento urbano. Na década de 20, a eugenia foi ensinada em 376 instituições de ensino superior, inclusive Harvard, Columbia, Berkeley e Cornell (COHEN, 2016, p 4).

As políticas de eugenia representaram uma forma aguda do biopoder. Nelas percebemos o poder de fazer viver ou de fazer morrer, característico da análise de Foucault a respeito da política de regulamentação da vida.

As elites brasileiras e a ideia de evolução

A modernidade do Brasil, no final do Império e início da República, foi pensada nos moldes franceses. Cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo, passaram a se organizar inspiradas nas reformas urbanas parisienses. Ali, no período de 1852 a 1870, foi prefeito o Barão de Haussmann, que remodelou a cidade. A capital francesa perdeu suas estreitas ruas escuras, as vielas apinhadas de pequenos comércios, os enfumaçados comércios de alimentos. No lugar destes surgiram largas e retas avenidas e edifícios altos. A luminosidade passou a ser o novo padrão, nas ruas ou nas lojas. Um novo modelo de higiene urbana se impôs, associado a uma disposição para o vestuário e a habitação. Os novos espaços facilitavam a circulação de pessoas e novos comércios e cafés ofereciam opções para a burguesia urbana em expansão.

O Brasil vivenciou a sua Belle époque tropical, principalmente o Rio de Janeiro da Primeira República. A cidade era a capital nacional e maior centro comercial do país. Nas mentes de quem viveu o período era a hora de deixar de lado a herança lusitana e embarcar no modelo civilizatório europeu. No Rio chegavam investimentos estrangeiros e ideias novas e não tardou para que a cidade servisse de vitrine de uma modernidade tupiniquim. O prefeito Pereira Passos remodelou a cidade nos moldes europeus, abrindo espaços para novos tipos de comércio e redes de sociabilidade (OLIVEIRA, 1990, p 11-112). O grande problema foram os

marginalizados por este processo, que perderam seus espaços de moradia, as pequenas vendinhas e os botecos. Assim, já se desenhava no Brasil uma modernização implementada de cima para baixo, cuja lógica excluía parcela da população.

Em São Paulo também encontramos ecos da haussmanização. Barbuy (2006, p72) acredita que este processo foi menos marcado pelo higienismo que aquele ocorrido em Paris. Lá a regra foi a visibilidade e ampla circulação. Na capital paulista existiu muito mais a tentativa de emular a modernidade europeia, de desenvolver o sentimento de pertinência ao novo. Para isso foi fundamental a vinda para a cidade do arquiteto Joseph Antoine Bouvard, a convite do prefeito Raymundo Duprat. Bouvard havia trabalhado com Alphand, braço direito de Haussman, e ocupara cargos de direção na área de urbanismo de Paris.

Esse desejo de pertinência à modernidade europeia também pode ser encontrado no campo intelectual, na adesão aos modelos de ciência francesa ou inglesa ou no ato de seguir escolas jurídicas alemãs ou italianas. Nos estudos médicos e jurídicos parece ter existido efetivamente inspiração higienista. Não se tratava de mero ornamento, como no urbanismo paulista.

Desta forma vão surgindo, em território nacional, debates sobre a higienização a partir da regulamentação médica dos corpos. A partir do final do século XIX o tema da modernização do país está em voga. O “bando de ideias novas” que caracterizou a geração dos anos 1870 insere novas formas de entender Sociedade, Política, Direito e Medicina.

E foi exatamente através desta geração que o tema da biologização da vida aporta em território nacional. A porta de entrada da nova criminologia no Brasil foi a Escola de Direito de Recife. No ano de 1884, Tobias Barreto e João Vieira de Araújo demonstraram, em obras diferentes, saber o que pensava Lombroso. Inicialmente em Pernambuco, estas ideias foram recebidas com entusiasmo. Além destes já mencionados, Clovis Bevilacqua e Esmeraldino Bandeira, entre outros, debateram o tema.

A fundamentação da sociedade e do indivíduo nas teorias evolucionistas biológicas teve acolhida menos calorosa em São Paulo, porém, ainda assim, com relevante impacto. Durante o período da Primeira República, o tema foi debatido por médicos e juristas, ainda que, em geral, de forma separada.

A Sociedade Eugênica de São Paulo

Em 1917, a capital paulista foi palco de debates sobre a eugenia no Brasil. No ano seguinte foi fundada a Sociedade Eugênica de São Paulo, com destaque para o médico Renato Kehl. As reuniões desse grupo reuniram boa parte da elite paulistana e eram realizadas no Salão Nobre da Santa Casa de Misericórdia. De acordo com DIWAN (2014, p. 97), a sociedade era constituída por 140 membros, número relevante naquele contexto.

Em 1920 Renato Kehl mudou-se para o Rio de Janeiro e falece o presidente da Sociedade Eugênica de São Paulo, Arnaldo Vieira de Carvalho. Com isso as atividades do grupo ficam suspensas e não mais acontecem. A partir daí os debates sobre a eugenia se transferem para o Rio de Janeiro, principalmente com a atuação de médicos psiquiatras.

O grande divulgador da eugenia no Brasil é, portanto, Renato Kehl. Ele nasceu em Limeira, interior do estado de São Paulo, em 1889. Formou-se em Farmácia em São Paulo (1909) e Medicina no Rio de Janeiro (1915) e dividiu sua atuação entre estas duas cidades. É autor de extensa obra de divulgação da eugenia, com dezenas de livros publicados sobre o tema. Ocupou também a função de editor e diretor de revistas, muitas financiadas pela Casa Bayer do Brasil, empresa na qual ocupou cargos.

Nos anos 30 Kehl divulga suas ideias em Portugal ao publicar *Política Eugênica*. Nesta obra defende a sua visão da eugenia, indicando discordâncias com críticos e colegas eugenistas:

Há, mesmo, quem suponha as práticas eugênicas incompatíveis com os sentimentos de humanidade ou coercitivas da liberdade individual; como há quem julgue que as mesmas consistem, apenas, em esterilização, em segregamento, em exame pré-nupcial obrigatório, em medidas, enfim, que contrariam as normas usuais de vida dos indivíduos e da sociedade (KEHL, 1933, p 2)

No momento em que Kehl publica este livro, existe uma radicalização dos eugenistas brasileiros. O higienismo e a eugenia positiva do começo do século está ficando de lado e uma versão mais radical do movimento emerge. Talvez por este motivo a menção à esterilização, segregação e exame pré-nupcial, identificadas à eugenia negativa. A partir de finais dos anos 20, Kehl e muitos outros estão em plena cruzada pelo melhoramento moral e racial do Brasil. Assim,

A eugenia é uma doutrina cujos preceitos são da mais pura e elevada moral; é uma doutrina que, por meio da educação galtoniana, paulatina e perseverante, fará aumentar, progressivamente, o número dos indivíduos conscientes de suas responsabilidades perante a família e a sociedade; é uma doutrina, em suma, que combate o egoísmo, procurando elevar os homens ao verdadeiro nível de seres racionais, pela compreensão exata dos seus deveres em relação à espécie (KEHL, 1933, p 2)

Uma crítica habitual aos eugenistas residia no fato de que o movimento iria contra a liberdade individual e o livre arbítrio. Kehl contra argumenta indicando que a verdadeira consciência não persegue os interesses egoístas, voltando-se para a coletividade. E, para se atingir esta forma de pensar, o caminho é a educação galtoniana. Segundo este raciocínio, para Kehl, “só deve ter filhos quem está apto para dar nascimento a seres bem dotados” (KEHL, 1938, p. 25)

A importância desta educação estaria no fato de que o mundo caminharia para o pior. A degeneração crescia e algo precisava ser feito. Nesse sentido, ainda em *Política Eugênica*, Kehl menciona Rodrigues Dória, da Faculdade de Medicina e de Direito da Bahia, para quem “as estatísticas demonstram que os crimes têm crescido em proporções maiores que o aumento da população”. Nos EUA, “esta precariedade ocorre por conta de várias causas de degeneração, que tem resistido aos esforços educativos e legais e aos milhões de bíblias que distribuem pelo povo! Naquele país a imigração intensa e heterogênea, a luta de competição, o urbanismo, o industrialismo, a hipertrofia súbita e desordenada da economia nacional, determinaram fenômenos terríveis de desequilíbrio mental e moral” (KEHL, 1933, p 3). E, segundo Kehl,

Para agravar ainda mais a calamitosa situação, a higiene social de um lado, a medicina e a filantropia de outro, salvam a vida de milhões desses infra homens (que a seleção natural deveria eliminar), aumentando assim o peso morto e as contribuições para conservá-los na inatividade ou reclusos nos estabelecimentos adequados (KEHL, 1938, p.16)

A viagem pela Europa coincide com seu momento mais pessimista. Kehl conheceu as iniciativas de diversos países do velho continente. Do ponto de vista racial, teme o mulato e a mistura de raças e enxerga na “importação” de europeus a possibilidade de disseminação dos “bem dotados” (FIUZA, 2016, p.104). Isso porque

a educação e as influências favoráveis do meio não são suficientes para melhorar a situação genética da coletividade, porque ambas afetam, tão somente, o desenvolvimento do indivíduo e não a constituição da espécie humana. Essas influências são, por conseguinte, temporárias, devendo ser repetidas em cada geração. Não fazem o milagre de criar bons caracteres, apenas revelam bons caracteres, quando estes existem” (KEHL, 1933, pp 4-5)

Esta forma de pensar difere dos lamarckistas da fase anterior. Para estes, as influências externas influenciavam na constituição da prole e daí a importância da medicina social. Agora, de acordo com Kehl, educação e influências afetam o desenvolvimento de alguém, mas não a sua constituição. Embora não esteja explícito em seu texto, aqui parece existir alguma aproximação com o mendelismo, talvez fruto de suas incursões no estrangeiro.

Uma das coisas que o grupo de eugenistas lamenta é o fato de nem todas as suas iniciativas se transformarem em lei. Reconhecem a dificuldade política da implementação de restrições aos nubentes, por exemplo. No geral o diálogo com o Direito nem sempre foi frutífero.

Juristas, em geral, não albergaram imediatamente o saber médico em seu ofício. O Código Penal de 1830, por exemplo, não admitia a figura do perito médico e confiava no bom senso do juiz para, por exemplo, aferir a loucura de alguém. Essa “disputa” pelo espaço da medicina na política, na legislação e no Judiciário será longa. Os operadores do Direito de fins do XIX e início do XX debateram a degeneração mas, quando o fizeram, foi sob a égide da Escola Italiana. Os dois grandes nomes que aderiram a este movimento em São Paulo foram Paulo Egídio e Candido Motta.

Paulo Egídio

Paulo Egídio de Oliveira Carvalho nasceu em Bananal, interior de São Paulo, no ano de 1842. Formou-se em Direito em 1865 e foi promotor na cidade de Limeira. Em 1870 exerce a função de deputado provincial, fixando-se na capital do Estado. Na constituinte de 1891 é deputado federal, exercendo o cargo de senador na legislatura seguinte. Sua carreira acadêmica desenvolveu-se em São Paulo, como professor da Faculdade de Direito aonde estudara. Gozou de grande reputação intelectual no seu período, dedicando-se à nova disciplina Sociologia. Fez

parte do Instituto Internacional de Sociologia de Paris, indicado por Gabriel Tarde e Rene Worms. Faleceu em 1906.

Paulo Egídio foi um grande propagador da Sociologia em seu tempo. Os grandes autores do momento não lhe eram desconhecidos. Faziam parte das suas reflexões Comte, Spencer e Durkheim e outros, como Darwin e Lombroso, que hoje não são tidos como clássicos específicos da Sociologia (SALLA, ALVAREZ, 2000, p.103)

Sua principal obra foi *Estudos de Sociologia Criminal*, publicada no ano de 1900. O subtítulo do livro deixa claro os objetivos de Paulo Egídio: *Do conceito geral do crime segundo o método contemporâneo (a propósito da teoria de E. Durkheim)*. E esta é a novidade deste estudo. Durkheim, até então, não era um dos autores habitualmente invocados neste tipo de trabalho. O posicionamento de Paulo Egídio, entretanto, foi crítico.

O ponto escolhido para análise foi o da normalidade do crime:

O estudo que se vai ler tem por objeto o problema mais simples da sociologia criminal: a definição ou o conceito geral do crime, considerado como fenômeno social. Trata-se de saber se o crime, assim considerado, é um fenômeno da fisiologia social ou da patologia social, um fenômeno normal ou um fenômeno mórbido, anormal, patológico. (CARVALHO, 1900, p.V)

Paulo Egídio elege, portanto, o caráter patológico ou não do crime como objeto de seu trabalho. Ele considera que, se considerarmos o crime algo anormal, deve existir a tentativa de impedi-lo. Por outro lado, se for algo normal em uma sociedade, o modo de lidar com ele deve ser completamente diferente. Assim, a primeira parte dos “Estudos de Sociologia Criminal” é dedicada à apresentação de Durkheim, seus métodos e seu conceito de crime:

Aplicadas as regras do método objetivo à análise do crime, este fenômeno não pode ser considerado como uma doença social, mas deve ser classificado entre os fenômenos de sociologia normal. Classifica-lo, porém, assim não equivale somente a dizer que ele é um fenômeno inevitável, posto que lamentável, devido à maldade incorrigível dos homens; mas sim a afirmar ainda que ele é um fator da saúde pública, uma parte integrante de toda a sociedade. O crime, postula ainda o eminente professor, é necessário; é ligado às condições fundamentais de toda a vida social, mas, por isto mesmo, é útil. (CARVALHO, 1900, p 6)

Aí está a normalidade do crime, para Durkheim. Paulo Egídio, conhecedor do debate criminalístico do seu tempo, entende ser esta posição intelectual diferente daquela apresentada

pela escola italiana de Lombroso, Ferri e Garofalo. É que, para estes, o criminoso é patológico, anormal. E, indica Paulo Egídio:

Durkheim considera distintas e independentes as duas questões, a da anormalidade do criminoso e a da normalidade do crime, estabelecendo que, pelo fato de ser o crime um fenômeno de sociologia normal, não se segue que o criminoso seja um indivíduo constituído normalmente sob o ponto de vista biológico e psicológico (CARVALHO, 1900, p.9)

O autor que Paulo Egídio entende apresentar a melhor definição de crime é Garofalo. Acerca deste, afirma que “a teoria do crime construída por esse eminente criminologista foi a primeira que deu a conhecer o aspecto verdadeiramente científico desse fenômeno social” (CARVALHO, 1900, p.195). Garofalo entende existir uma linha evolutiva na humanidade e que isto é algo da natureza do ser humano. E, no interior desta evolução, está o senso moral, que há de se desenvolver à medida que o Homem progride. Nesse sentido,

Há, portanto, conclui Garofalo, um sentimento altruísta que, em sua fase rudimentar de desenvolvimento, é universal, ao menos para as raças superiores, para todos os povos que saíram da vida selvagem: é o sentimento da piedade sob a sua forma negativa (CARVALHO, 1900, p. 191) (grifo nosso)

Com isso, Garofalo imagina existir um sentimento médio de moralidade em cada sociedade. Ferir este sentimento médio de piedade e probidade corresponde àquilo que ele chama de crime natural. O estudioso italiano afirmava que o senso moral é uma faculdade inata, associada à evolução da espécie humana.

Esta reflexão sobre o progresso das sociedades e o conceito de crime faz parte da sociologia de Paulo Egídio. De fato, aí reside a crítica que dirige a Durkheim. Egídio não concebe a normalidade do crime isto vai contra o senso moral necessário para a evolução da humanidade. Neste sentido:

a criminalidade exprime um estado profundamente oposto a este; a criminalidade exprime o triunfo do sentimento egoísta, do ódio dos homens contra os homens, da animalidade sobre a humanidade. Por conseguinte, aplicada a lei dedutiva ao fenômeno do crime, segue-se que o crime e a criminalidade, em vez de tenderem a seguir a marcha direta do progresso, tendem a caminhar em uma direção inversa, tendem, não a se agravar com o desenvolvimento e o aperfeiçoamento social, mas sim a decrescer, a baixar à medida que estes fenômenos se operam. Se assim não

acontecesse, a espécie humana não se poderia perpetuar nem conservar, o gênero humano, degenerado pelo crime, ir-se-ia dissolvendo pouco a pouco até que a persistência do tipo se tornaria impossível (CARVALHO, 1900, p. 311-312)

Paulo Egídio afirma discordar da normalidade do crime de Durkheim, mas não de seu método sociológico. No que se refere ao conceito de crime, prefere Garofalo e seu evolucionismo. O caráter racial não deixa de estar presente neste estudo:

cada raça possui hoje uma soma de instintos morais inatos, isto é, que não são devidos ao raciocínio individual, mas pertencem ao indivíduo como tipo físico de sua raça. Alguns desses instintos manifestam-se desde a infância, muito antes que a criança possa fazer o difícil raciocínio sobre a utilidade do altruísmo. É este senso moral inato que, só, pode explicar o sacrifício que fazem algumas vezes os homens de seus interesses os mais sérios a fim de não violarem o que lhes parece ser o seu dever. É impossível negar a existência deste senso moral, criado, como todos os outros sentimentos, pela evolução e transmitido hereditariamente (CARVALHO, 1900, p.187)

Candido Motta

Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta nasceu na cidade de Porto Feliz, interior do Estado de São Paulo, em 9 de maio de 1870. Seu avô e seu pai simpatizaram com a República e ele seguiu os passos da família. Seus genitores eram membros da classe letrada: o pai era diretor de escola e a mãe, poetisa. Realizou o curso de Direito em São Paulo, na mesma turma de Reynaldo Porchat e Gabriel de Rezende (AZEVEDO, 1970, p 313).

Bacharel, ocupou cargos jurídicos e políticos. Foi delegado e promotor no interior do Estado; defendeu a tese “Classificação dos Criminosos” em 1897; exerceu o magistério superior. Foi também deputado e senador e ocupou secretarias estaduais em São Paulo. Sua atuação política se deu no partido republicano, participou da campanha civilista de Ruy Barbosa e permaneceu ao seu lado independentemente das oscilações partidárias.

Sua atuação acadêmica representou uma novidade na Academia paulista. Até sua defesa de tese ali predominavam as concepções metafísicas na seara penal, embora já existissem iniciativas positivistas em outras áreas. Sua tese, defendida em 1897, é publicada em 1925. A “Classificação dos Criminosos” representa o acolhimento da Escola Positiva italiana em solo

paulista. São muitas as referências a Lombroso e Ferri, e algumas a Garofalo. O tema do criminoso nato foi abordado e o próprio Motta apresentou o debate sobre o tema:

A ideia de que um ser humano poderia nascer e não possuir o que denominam livre arbítrio, ser escravo de seu organismo, de suas tendências, revoltava os pensadores, que viam nessas cogitações um ataque à dignidade humana. (...) Era então muito comum ouvir-se da parte destes, como argumento poderoso, a invocação do direito natural.

O Direito Natural, exclamou o Conselheiro Duarte de Azevedo, não passa de uma elocução acadêmica, de uma especulação filosófica (...)

Acreditamos que tal dignidade humana ainda tenha menos valor como argumento científico, e não passe de sonora e retumbante figura de retórica. (MOTTA, 1925, pp 53-54)

Candido Motta adere, portanto, ao determinismo biológico muito em voga no seu tempo. Seu pensamento não ficou restrito às atividades acadêmicas. O que ele fez foi “produzir uma política criminal alinhada aos interesses do poder estatal” (LEONARDO, 2011, p 83). Um grande exemplo de sua atuação prática foi o projeto de criação do Instituto Educativo Paulista, baseado na ideia de prevenção de Ferri. Atuou também na elaboração de projetos de lei e pautou seu projeto político pelas ideias que possuía. Entender suas teses é compreender também o imaginário social que boa parte da elite intelectual do período partilhava.

Em sua tese, ao refletir sobre os fundamentos naturais da criminalidade, dá destaque à raça. Aquilo que hoje soa racista era habitual na Sociologia e Antropologia de então. Motta destaca a diferença entre brancos e negros nos seguintes termos:

O prognatismo no branco é evidentemente um estigma de regressão ao tipo ancestral; entretanto, ele faz parte da constituição física do negro, cujra raça é inferior por se ter conservado estacionária (...)

A capacidade craniana apresenta grande diversidade nas raças: se o branco é geralmente dolichocephalo, o negro é brachycefalo.

A media do cérebro dos brancos pesa 1,534 gramas, ao passo que a dos negros pesa 1,371 (africanos) e 1,228 (australianos). Nestes, a massa cerebral se agrupa sobretudo na região occipital; n'aqueles, ela ocupa de preferência os lóbulos frontais (MOTTA, 1925, pp 31-32) (grifo nosso)

Aqui temos a ideia de que a conformação biológica de negros e brancos são diferentes. A “raça negra” seria “inferior por ter se conservado estacionária”. Em outras palavras, em uma linha evolutiva, o negro corresponde ao primitivo.

Segundo Speke, Baker e outros, os traços dominantes do caráter do negro são a sensualidade, a tendência à imitação servil, a falta de iniciativa, o horror da solidão, a mobilidade, o amor desordenado do canto e da dança, o gosto invencível dos ornamentos e enfeites.

É indiscreto, imprevidente, preguiçoso. Em compensação, tem qualidades apreciáveis: é sensível aos bons tratos, suscetível de uma grande dedicação, sem prejuízo da capacidade para o ódio e para as vinganças cruéis. Enfim, tem as qualidades e defeitos do homem primitivo, mais ou menos alterado pelo meio, circunstâncias, tradições e costumes.

CORRE diz: o negro não é de mau caráter, mas somente de caráter instável como a criança; mas com esta diferença que este tem já a maturidade de seu desenvolvimento psicológico, e por isso a sua instabilidade é consequência de uma cerebração incompleta (MOTTA, 1925, p 33)

Candido Motta não deixa de observar o problema da mestiçagem. Ao cruzarmos raças diferentes, existe a mistura de diferentes conformações cerebrais. Por vezes, isto significa a complementaridade de boas características, “o produto desse cruzamento será equilibrado, uma completando a outra; será como o ouro a que a liga de cobre e estanho dão a resistência que lhe falta” (MOTTA, 1925, p39). Mas é possível também que “quando as raças se misturam, a que é muito inferior muitas vezes passa a outra só os seus vícios”. E esta seria a característica dos “cruzamentos muito pronunciados”. Com o tempo, as características ruins surgem à tona, emergem os “traços inferiores desaparecidos de remotas gerações” (MOTTA, 1925, p 39). Motta conclui este raciocínio com um suposto brocardo árabe: “Deus criou o branco, Deus criou o negro, o diabo criou o mestiço” (MOTTA, 1925, p 39).

A pena deveria variar de acordo com a natureza do criminoso e não de acordo com o crime. Motta considerava que:

Se assim é, e se para enfermos da mesma moléstia, devido à sua organização particular, ao seu temperamento, à sua idiossincrasia, ao ambiente físico, o médico tem necessidade de particularizar o remédio, assim também para os criminosos de um mesmo delito a terapêutica repressiva não pode deixar de ser vária, tanto mais que à variedade dos fenômenos fisiológicos corresponde a dos fenômenos psicológicos.

A natureza da pena deve ser determinada, no dizer de SALEILLES, pela natureza do indivíduo ... e as penas deverão se diferenciar, tendo em vista a classificação dos criminosos e não as categorias de crimes (MOTTA, 1925, p41)

Por este motivo existiria a necessidade do estudo das categorias de criminosos. É necessário tratar os “desiguais de forma desigual”, afirma. Cada tipo de criminoso deve ser

responsabilizado de acordo com sua natureza. A classificação adotada por Motta é a de Ferri: criminosos natos, por ímpeto, de ocasião, habituais e alienados (MOTTA, 1925, pp 47-49).

Conclusão:

A organização do Estado, durante a Primeira República no Brasil, foi um processo que combinou o novo e o velho. Aqui predominou o capitalismo periférico e nem toda modernidade aconteceu nos moldes europeus.

Em São Paulo, durante a maior parte do século XIX, uma parcela do bacharelismo parece ter se apropriado da modernidade europeia enquanto ornamento. As estruturas sociais coloniais permaneciam intactas, grosso modo, porém revestidas de uma tintura nova.

Com o final do Oitocentos, uma nova realidade se impôs. As cidades cresciam, o trabalho livre foi conquistando seu espaço, a nação se inseria em um novo contexto do capitalismo internacional e, por fim, o Brasil se tornara uma república. Este novo contexto pressupôs a organização de formas de disciplina e controle social diferentes das anteriores.

Em São Paulo, bem como em outras partes do país, os saberes médico e jurídico se direcionaram a essas novas formas de poder. A noção de sociedade de segurança, utilizando o quadro analítico de Foucault, se fez presente e o poder de fazer viver manifestou-se. Essa forma de poder foi pensada em função da raça e rearticula as formas de exclusão existentes.

REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. História dos Pensamentos Criminológicos. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: REVAN, 2015
- AZEVEDO, N. (1970). Centenário de nascimento de Cândido Nazianzeno Nogueira da Motta. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 65, 313-328.
- BARBUY, Heloisa. A cidade exposição – comércio e cosmopolitismo em São Paulo, 1860 – 1914. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006
- CARVALHO, Paulo Egidio. Estudos de Sociologia Criminal. São Paulo: Casa Eclectica, 1900
- CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. Criminologia do Preconceito. São Paulo: Saraiva, 2017
- COHEN, Adam. Im.be.ciles – the supreme court, American eugenics, and the sterilization of Carrie Buck. New York: Penguin Press, 2016
- DEL CONT, Valdeir. Francis Galton: eugenia e hereditariedade. Sci. stud., São Paulo , v. 6, n. 2, p. 201-218, Junho 2008
- DIAS, Rebeca Fernandes. Pensamento Jurídico Moderno e seus desencontros com a biotecnologia. Curitiba: Editora UFPR, 2012
- DIWAN, Pietra. Raça Pura. São Paulo: Contexto, 2014
- FIUZA, Denis Henrique. A Propaganda da Eugenia no Brasil: Renato Kehl e a implantação do racismo científico no Brasil a partir da obra “Lições de Eugenia”. Aedos, Porto Alegre, v. 8, n. 19, p. 85-107, Dez. 2016
- FOUCAULT, Michel. Do governo dos vivos. São Paulo: WMFMartins Fontes, 2014
_____. Em defesa da sociedade. São Paulo: Martins Fontes, 2005
- HERMAN, Arthur. A ideia de Decadência na História Ocidental. Rio de Janeiro: Record, 2001
- KEHL, Renato Ferraz. Política Eugênica. Porto: Imprensa Portuguesa, 1933
_____. Por que sou eugenista – 20 anos de campanha eugênica (1917-1937). Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1938
- KOERNER, Andrei (org.). História da Justiça Penal no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2006
- LEONARDO, Hugo. Recontando a história racial no Brasil: o pensamento criminológico positivista na visão de Candido Motta e a sua realocação política como pressuposto histórico

de análise. In SÁ, Alvino Augusto; TANGERINO, Davi Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia no Brasil – História e aplicações clínicas e sociológicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

LEVINE, Philippa. Eugenics. New York: Oxford University Press, 2017

MOTTA, Candido. Classificação dos Criminosos. São Paulo: Estab. Graphico J. Rossetti, 1925

OLIVEIRA, Lucia Lippi. A questão nacional na Primeira República. São Paulo: Brasiliense, 1990.

PICHOT, André. A sociedade pura. Lisboa: Instituto Piaget, s/d

_____. O eugenismo. Lisboa: Instituto Piaget, s/d

SALLA, Fernando & ALVAREZ, Marcos César. Paulo Egídio e a sociologia criminal em São Paulo. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 12 (1): 101-122, maio de 2000

Área 4

Prova penal e Estado Democrático de Direito

**Não houve submissão de artigos
para este eixo, apenas
apresentações orais.**



Área 5

Pena, prisão e encarceramento



**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA –
RESULTADOS INICIAIS**

CUSTODY HEARING AND HUMANIZATION OF JUSTICE – FIRST RESULTS

Bartira Macedo de Miranda

Doutora em História das Ciências (PUC-SP), Mestre em Ciências Criminais (UFG), Professora do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG) e atualmente, Diretora da Faculdade de Direito da UFG (FD/UFG).

bartiraufg@gmail.com

Franciele Silva Cardoso

Doutora e Mestre em Direito Penal e Criminologia pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas (PPGDP/FD/UFG) da mesma Universidade, advogada.

Francielecardoso@gmail.com

Brenda Mendes de Castro

Graduanda do 9º período em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

brendamcas@gmail.com

Resumo: O presente trabalho aborda a banalização das prisões cautelares no Brasil, bem como a alternativa encontrada pelo Conselho Nacional de Justiça para amenizar esse quadro – as Audiências de custódia. Para analisar os resultados iniciais do instituto desde seu implemento em 2015, foi usado o método indutivo, estudando-se criticamente as estatísticas obtidas até então, com enfoque não só processual como também criminológico. Para isso, inicialmente explicou-se as funções da pena, os tipos de prisões cautelares e como seu caráter de excepcionalidade vem sendo ignorado. Em seguida, foram estudadas as Audiências de custódia

em si, trabalhando o seu conceito, previsão legal, procedimento e objetivos. Foram analisadas também as estatísticas iniciais das Audiências no Brasil até o presente momento, bem como as principais críticas e dificuldades que vêm enfrentando. Ao final, foi realizada uma série de propostas de melhorias ao instituto. Com o presente artigo, concluiu-se que ele vem se mostrando um instrumento muito importante no controle de prisões ilegais e desnecessárias, mostrando que a aproximação do juiz com a realidade do preso é muito importante para a humanização do Processo Penal. Apesar dos resultados significativos, como o aumento das liberdades provisórias, ainda há muito o que ser melhorado. Ora, observa-se que a conversão do flagrante em preventiva ainda é a regra, as denúncias de maus tratos ainda são tímidas e o encaminhamento para a assistência social ainda não representa o potencial máximo que poderia vir a apresenta, além de diversos desafios estruturais e procedimentais. Muitos desses problemas apresentam solução relativamente simples, enquanto outros são o reflexo de toda uma cultura baseada no punitivismo. Assim, diversas medidas devem ser tomadas para que o instituto possa de fato realizar aquilo a que se propõe.

Palavras-chave: Audiência de custódia. Cultura do encarceramento. Humanização. Eficácia. Proposta de melhorias.

Abstract: This paper discusses the trivialization of the pre-trial detentions in Brazil, as well as the alternative found by the National Council of Justice to improve this scenario – the Custody Hearings. In order to analyze the initial results of the institute since its implementation in 2015, the inductive method was used, studying critically the statistics obtained until now, with a focus not only procedural but also criminological. To do this, the functions of the sentence, the types of pre-trial detention and how their character of exceptionality is being ignored were initially explained. Next, the Custody Hearings themselves were studied, working out their concept, legal prediction, procedure and objectives. The first statistics of the Hearings in Brazil up until the present moment, as well as the main criticisms and difficulties that it has been facing were also analyzed. At the end, a series of proposals for improvements was made. With the present article, it has been concluded that the institute has proved to be a very important instrument in the control of unlawful and unnecessary prisons, showing that the judge's approach to the

prisoner's reality is very important for the humanization of the Criminal Procedure. Despite the significant results, such as the increase in conditional releases, there is still much to be improved. It should be noted that the conversion of the flagrant arrest into a preventive one is still the rule, allegations of mistreatment are still timid and referral to social assistance still does not represent the maximum potential that could be presented, as well as a number of structural and procedures challenges. Many of these problems present a relatively simple solution, while others are the reflection of a whole culture based on punitivism. Thus, several measures must be taken so that the institute can actually accomplish what it proposes.

Keywords: Custody Hearing. Incarceration culture. Humanization. Efficacy. Proposals for improvements.

INTRODUÇÃO

A pena privativa de liberdade é a sanção mais rigorosa do nosso ordenamento, devendo ser aplicada apenas em *ultima ratio*. No entanto, vivemos em uma sociedade que crê que somente a prisão retribui adequadamente o crime e trata o encarcerado como um indivíduo praticamente sem direitos, negando-se, assim, cotidianamente, a ouvir sua voz.

Essa mentalidade resultou em presídios cada vez mais abarrotados e precários, diminuindo as possibilidades de ressocialização, uma das mais complexas e, nesse contexto, sacrificada, função da pena no Direito Penal contemporâneo. De fato, 34% da população carcerária brasileira está presa preventivamente, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça com Tribunais de Justiça (CNJ, Agência CNJ de Notícias, 2017).

Ademais, após a prisão em flagrante, o contato magistrado/preso era bastante superficial, com a comunicação das prisões prevista no art. 306 do Código de Processo Penal resumindo-se à simples entrega do Auto de Prisão em Flagrante ao juiz, um mero fazer burocrático, portanto.

As Audiências de Custódia surgiram como uma tentativa de mudar esse cenário. Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça que determina que o cidadão preso em flagrante deve ser levado à presença de um juiz no prazo de vinte e quatro horas, até mesmo nos finais de semana.

Assim, além de evitar prisões desnecessárias, o instituto visa assegurar o respeito aos direitos fundamentais do preso, como o do contraditório e da presunção de inocência. Também assegura os direitos do encarcerado ao viabilizar o combate aos abusos policiais durante a prisão, já que, como o período entre o flagrante e a audiência não supera 24 horas, fica mais fácil identificar os possíveis sinais de violência antes que desapareçam.

Por último, as Audiências de Custódia seriam um resgate do caráter humanitário do processo penal, vez que promove um encontro pessoal do juiz com o encarcerado quando o agente está prestes a possivelmente sofrer a mais grave sanção possível pelo Estado.

O instituto, sem dúvida, é uma tentativa válida de humanizar o Processo Penal e por isso a presente pesquisa buscou analisar seus resultados, buscando sua maior efetividade. Para isso, foi utilizado o método indutivo, compreendendo não apenas procedimentos empíricos, mas também lógicos e indutivos, com enfoque não só processual como criminológico.

As Audiências que em tese significam tão grande avanço civilizatório deve ser tratado cautelosamente com a importância que merece. Só assim poderá atingir sua máxima eficácia para conseguir – esperançosamente – colocar um pouco mais da necessária humanidade no frio Processo Penal brasileiro.

1 AS PRISÕES CAUTELARES NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A pena é a sanção penal de caráter aflitivo, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença condenatória, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico. Sua finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida a coletividade (CAPEZ, 2015, p. 378 – 379).

Por ser a sanção mais severa do Código Penal, justificada por uma grave lesão ao bem jurídico tutelado, a prisão deve ser aplicada em *ultima ratio*, sempre levando em conta todas as garantias constitucionais, em constante observância aos direitos humanos.

A pena de privação de liberdade apresenta apenas duas modalidades provisórias – a prisão preventiva e temporária, sendo que o flagrante é considerado uma medida pré-cautelar. A prisão preventiva é a medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razão de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. Já a prisão temporária é aquela que visa assegurar uma eficaz investigação policial quando se tratar de apuração de infração penal de natureza grave. A prisão em flagrante é a modalidade de prisão pré-cautelar, de natureza administrativa, realizada enquanto se desenvolve ou se conclui a infração penal (NUCCI, 2012, p. 585-604).

Logo, a prisão provisória é aquela que pode ocorrer antes do trânsito em julgado da condenação, na fase processual. A preventiva, em especial, nos termos do art. 311 do Código de Processo Penal, pode ocorrer em qualquer fase da investigação policial ou processo penal, podendo ser decretada pelo juiz de ofício no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou assistente ou por representação da autoridade policial.

No entanto, sabemos que é assegurado na Carta Maior que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória, ou seja, há a presunção de inocência, visando limitar eventuais abusos do poder estatal. Tal previsão não afasta a constitucionalidade das prisões cautelares, mas deve ter caráter subsidiário, observando a sua necessidade e adequação, nos termos do art. 282 do Código de Processo Penal.

Como se trata de prisão cautelar, exige dois pressupostos, que são indispensáveis para sua decretação: *o fumes commissi delicti* e *o periculum libertatis*, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Para ambos, deve haver uma primorosa fundamentação, não bastando invocar os fundamentos legais de forma genérica.

Assim, somente deve ser aplicada quando houver real necessidade e em casos excepcionais. Se a pena privativa de liberdade já deve ser o último recurso, por ser a máxima

intervenção estatal na liberdade do cidadão, a aplicação da provisória deve ser ainda mais restrita, verificando a necessidade e adequabilidade da mesma, sempre em *ultima ratio*.

O que se verifica na prática, no entanto, é o oposto. Em um país de cultura punitivista e focado no encarceramento, o que deveria ser exceção virou regra: tais prisões foram completamente banalizadas, sendo aplicadas constantemente, apesar de previsão legal de alternativas que deveriam ser priorizadas.

A atual redação do art. 319 do Código de Processo Penal prevê nove medidas cautelares que têm prioridade de aplicação. A Lei nº 12.403 instituiu um modelo polimorfo, em que o juiz dispõe de um leque de medidas substitutivas da prisão (LOPES JR., 2016, p. 316), sendo explícita ao determinar que a prisão preventiva só será determinada quando não for cabível a sua substituição por qualquer outra medida (art. 282, §6º, CPP). Logo, vemos a vontade legislativa de evitar ao máximo a medida extrema do encarceramento (CAPEZ, 2015, p. 422-423).

No entanto, não é o que observamos na prática. Muito pelo contrário. De fato, segundo levantamento do CNJ com Tribunais de Justiça realizado em Janeiro de 2017, 34% da população carcerária brasileira está presa preventivamente, o que representa 221.054 dos 654.372 presos. Se esse número já é assustador, em Goiás ele é ainda maior, representando 58% do total, o quinto maior número do país (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Tais dados evidenciam a cultura do encarceramento brasileiro, com uma consequente banalização das prisões provisórias. A base dessa cultura começa já na sociedade, que apenas se sente “vingada” quando há a condenação do agente à restrição de liberdade, sendo incentivada por discursos midiáticos que enxergam qualquer medida alternativa como uma injustiça.

A prisão, para muitos, parece ser a única pena justa e eficiente, em um raciocínio imediatista que não chega à raiz do problema. Agir apenas sobre a consequência de uma sociedade que falha em fornecer os direitos constitucionalmente garantidos não resolve a questão. Focar apenas no caráter retributivo da pena, esquecendo da sua função de

ressocialização, também não. A prisão, isoladamente, não resolve o problema da criminalidade, vez que mais presos e mais presídios não estão trazendo a segurança desejada.

O que se observa é que, em nosso país, a prisão é a regra e as cautelares estão banalizadas, em desacordo com direitos e garantias fundamentais. Há uma inversão das condutas, em que diversas vezes primeiro se prende para depois buscar provas que legitimem a prisão, quando o que deveria acontecer é exatamente o contrário. Sobre o tema:

Com razão, FERRAJOLI afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral e especial e retribuição. [...] Infelizmente as prisões cautelares acabaram sendo inseridas na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. Conclui -se, portanto, que o problema não é legislativo, mas cultural (LOPES JR., 2016, p. 321).

Tal banalização fica ainda mais evidente quando se verifica que o Brasil ocupa o 4º lugar no ranking carcerário mundial (DEPEN, 2014). Esse dado comprova que as prisões isoladamente não resolvem o problema da criminalidade – se resolvessem, seríamos um dos países mais seguros do mundo, observado a nossa população carcerária. Nesses termos, aduz Zaffaroni:

Desde el punto de vista formal, esto constituye una inversión del sistema penal, pero desde la realidad percibida y descripta por la criminología, se trata de un poder punitivo que desde hace muchas décadas ha preferido operar mediante la prisión preventiva o medida de contención provisoria convertida en definitiva con la práctica. Dicho más claramente: casi todo el poder punitivo latinoamericano se ejerce en forma de medidas, o sea que todo se ha convertido en privación de libertad sin sentencia firme y por presunción de peligrosidad (ZAFFARONI, 2006, p. 68).

De tal maneira, vemos que as prisões cautelares se transformaram em corriqueiras, contribuindo para a superlotação carcerária e para as péssimas condições observadas nos presídios, em que o preso cautelar é abandonado em um ambiente hostil, sem a menor condição sanitária, superlotado e desorganizado. É tratado tal qual um animal, sem a observância dos direitos que lhe são garantidos pela Carta Maior, e tudo isso sem nem mesmo ainda haver sido condenado! Assim, evidente que fica sujeito à influência de facções criminosas, tornando-se uma “presa fácil” às pressões dessas.

2 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

O art. 306 do Código Processual Penal determina que a prisão de qualquer pessoa deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente, mas por muitos anos, apesar da intenção do legislador de que as prisões fossem imediatamente apreciadas pelo Judiciário, isso não foi verificado na prática.

Ademais, o Brasil ratificou o Pacto de São José da Costa Rica que, dentre outros temas, prevê a apresentação imediata do preso para apreciação Judiciária. Nos exatos termos do art. 7.5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Ademais, o Brasil também é signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que traz em seu art. 9.3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade

Apesar das previsões legislativas, o juiz só tinha conhecimento do fato muito posteriormente, com a “comunicação em vinte e quatro horas” prevista no Código sendo reduzida apenas ao prazo para protocolizar o Auto de Prisão em Flagrante. Dessa maneira, era na análise do Auto que o juiz avaliava a legalidade da prisão e sua possível conversão em preventiva, sem qualquer apresentação do autuado pessoalmente à autoridade judiciária.

Contudo, em 2015 foi lançado o instituto das audiências de custódia. Trata-se de uma ação do Conselho Nacional de Justiça que determina que o cidadão preso em flagrante deve ser levado à presença de um juiz no prazo de vinte e quatro horas, até mesmo nos finais de semana. As audiências foram implantadas pelo CNJ nos tribunais das 27 unidades da federação

brasileira ao longo de 2015, iniciando-se em 24 de fevereiro quando foram implantadas no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Nelas, o preso estará acompanhado de um defensor e será ouvido previamente por um juiz, visando o respeito aos direitos fundamentais do autuado e uma apreciação mais apropriada da necessidade da prisão cautelar.

Nesses termos, sete podem ser os resultados dessas audiências, quais sejam (CNJ, 2016, p. 11): o relaxamento de eventual prisão ilegal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva; a análise do cabimento da mediação penal, o que evita a judicialização do conflito e corrobora para a instituição de práticas restaurativas; o encaminhamentos de natureza assistencial; e o encaminhamento de providências para a apuração de eventual prática de maus-tratos ou de tortura durante a prisão.

Desse modo, nota-se que as audiências visam desinchar o sistema carcerário através do combate do encarceramento desnecessário ou arbitrário, através da análise prévia da necessidade e adequabilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva. Visa, então, evitar prisões cautelares desnecessárias, arbitrárias ou ilegais. Trata-se de um importante passo no combate à cultura do encarceramento, objetivando a redução do índice de presos provisórios, desafogando o sistema carcerário.

Segundo o juiz Oscar de Sá Neto, responsável pelas audiências de custódia em Goiás, “ao evitar o encarceramento de pessoas que não representam riscos à sociedade, é possível impedir que essa mesma pessoa, se colocada no sistema prisional, tenha acesso a outros presos perigosos e se envolva em crimes piores” (CNJ, 2015).

Além disso, o instituto visa assegurar o respeito aos direitos fundamentais do preso, como o do contraditório (art. 5º, LV, CFRB/88) e principalmente a da sua presunção de inocência, visto não haver até então condenação transitada em julgado. Também assegura os direitos do encarcerado ao combater os abusos policiais durante a prisão, detectando casos de tortura e maus tratos que são devidamente repassados para serem apurados. Como o período

entre o flagrante e a audiência não supera 24 horas, fica mais fácil identificar os possíveis sinais de violência e investigar os responsáveis por ela.

Assim, importante ressaltar os ensinamentos de Greco (2014, p. 142), que esclarece que “o Estado, quando faz valer o seu *ius puniendi*, deve preservar as condições mínimas de dignidade da pessoa humana. O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, muito mais grave, ao tratá-lo como um animal”.

Outrossim, o seu implemento também gera uma enorme economia aos bolsos estaduais. Segundo a previsão do CNJ, a redução do número de pessoas presas antes de terem sido condenadas gerará uma economia anual de 4,3 bilhões de reais, além de evitar a construção de 240 presídios, o que traz uma economia extra de 9,6 bilhões. Desse modo, haveria uma economia total de 13,9 bilhões de reais por ano (CNJ, 2016, p. 15).

Por último, as audiências de custódia seriam um resgate do caráter humanitário do processo penal, vez que promovem um encontro pessoal do juiz com o encarcerado, “superando-se, dessa forma, a ‘fronteira do papel’ estabelecida no art. 306, §1º, do CPP, que se satisfaz com o mero envio do auto de prisão em flagrante para o magistrado” (LOPES JR., Aury; PAIVA, Caio, 2014)

Naturalmente, o contato preso/juiz é importantíssimo, ainda mais quando o agente está prestes a sofrer a mais grave sanção possível pelo Estado. Não é aceitável que, sem o mínimo de contraditório ou contato pessoal, o juiz decida ou não pela conversão da prisão em preventiva, calcado apenas em provas produzidas unilateralmente por esse mesmo Estado. Como já visto, deve ser buscada a verdade real, e não apenas a formal.

Ora, o que se está em jogo é a liberdade de um indivíduo, não podendo o processo ser apenas uma mera formalidade de uma condenação já consolidada mesmo sem provas ou existindo dúvidas. Com as audiências de custódia, o objetivo é uma verdadeira humanização da Justiça, possibilitando ao indiciado uma oportunidade de apresentar a sua versão dos fatos, bem como demonstrar que não se furtará à aplicação da lei, não reincidirá e não objurgará o processo,

ou seja, que não se aplica ao excepcional caso da necessidade da prisão cautelar. Aqui, importante ressaltar as palavras de Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2015):

Aí reside o primeiro passo fundamental para o acolhimento da Audiência de custódia. Não se tratará mais do “criminoso” que imaginamos, mas sim do sujeito de carne e osso, com nome, sobrenome, idade e rosto. O impacto humano proporcionado pelo agente, em suas primeiras manifestações, poderá modificar a compreensão imaginária dos envolvidos no Processo Penal. As decisões, portanto, poderão ser tomadas com maiores informações sobre o agente, a conduta e a motivação.

O objetivo é, então, fazer com que o preso seja visto, podendo ser melhor auferida a realidade dos fatos, buscando a medida legal que seja mais individualizada, justa e efetiva ao seu caso em específico. O ver, ouvir e sentir, o contato pessoal e o “olho no olho” possibilitam uma decisão muito mais embasada do que a simples leitura de um papel, vez que há o acesso a todos os pormenores do caso concreto (GANEM, 2015.)

Assim, inúmeras são as vantagens das audiências em teoria. No entanto, só são realmente eficazes se estiverem de fato atingindo seus objetivos. O instituto, sem dúvida, é uma tentativa muito válida de humanizar o Processo Penal e por isso é importantíssimo que tenha a sua eficácia apurada.

3 EFICÁCIA E PRINCIPAIS FRAGILIDADES APONTADAS

A pesquisa “Audiência de custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra” foi realizada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública a pedido do Conselho Nacional de Justiça, acompanhando 955 audiências de custódia no Distrito Federal, Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Santa Catarina e São Paulo entre 2015 e 2017 (FARIELLO, 2017). Com ela, foi possível traçar o perfil daqueles que são levados às Audiências.

Assim, temos que 90% dos conduzidos são do sexo masculino, 65,2% negros e 51% possuem entre 17 e 25 anos, similar ao perfil da população carcerária. Além disso, notou-se que, entre os brancos, 49,4% tiveram a manutenção da prisão decretada, enquanto entre os negros esse número sobe para 55,5%.

Em nível nacional, sobre as decisões tomadas no instituto, os resultados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (Mapa de Implantação, 2016) até então são expressivos. De fato, foram realizadas, até junho de 2017, 258.485 audiências. Dessas, 44,68% resultaram em liberdade provisória, ou seja, 115.497 casos.

No que abrange as alegações de violência no ato da prisão, o resultado é tímido – ocorreu apenas 4,90% das vezes. O encaminhamento social e assistencial, na mesma linha, deu-se em 10,70% dos casos.

Os números mostram que a prisão preventiva ainda não é uma exceção, ocorrendo ainda na maioria dos casos. Porém, comparado ao cenário anterior em que a mesma era uma regra quase que absoluta, os resultados são extremamente significativos. Ora, quase 45% dos presos em flagrantes estão sendo mantidos fora da cadeia durante o curso processual. Eles representam suspeitos de delitos de menor potencial ofensivo, como o furto, vez que os crimes patrimoniais são os mais frequentes nesse tipo de audiência.

Em São Paulo, o Instituto de Defesa do Direito de Defesa realizou o maior e mais completo monitoramento do instituto até então. De fato, de 24 de fevereiro de 2015 até dezembro de 2015, mais de 700 audiências foram acompanhadas. Especialmente sobre o interesse sobre violência praticada pelos policiais, 588 audiências foram analisadas. O resultado evidenciou que as pessoas presas em flagrante foram acusadas em Audiência de custódia pelos seguintes crimes: 37% roubo, 24% furto, 22% tráfico de drogas, 8% receptação e 9% outros. Ou seja, os crimes patrimoniais são os mais frequentes, somando 61%.

Cruzando os dados para relacionar os tipos penais e às decisões dos juízes, temos que 87,9% das pessoas acusadas de roubo tiveram sua prisão imposta; 67,7% das pessoas acusadas de tráfico de drogas tiveram o mesmo destino; 33,3% das pessoas acusadas de furto tiveram sua prisão decretada; e 19,5% das pessoas acusadas de receptação tiveram sua prisão imposta (IDDD, 2016).

Fica evidente que a maioria dos acusados que tiveram sua prisão relaxada ou receberam liberdade provisória foram aqueles que praticaram furto ou receptação, ou seja, casos

em que não houve violência contra pessoa. De fato, a maior parte dos delitos de roubo tiveram sua prisão em flagrante convertida em preventiva.

Segundo o juiz Rodrigo Tellini, do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo (apud MONTEIRO, 2016), o furto cometido sem grave ameaça seria um crime leve “e um dos casos mais relacionados à miséria. Colocar um furtador de mercado na cadeia ou um pequeno traficante, que poderiam responder em liberdade, é fornecer alvos fáceis para o crime organizado”

A pesquisa “Audiência de custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra”, apontou dados no mesmo sentido, sendo obtidos os seguintes dados:

O roubo é o delito que causa o maior número de detenções (22,1%). Tráfico vem como segundo delito que mais leva as prisões em flagrante (16,9%), seguido de furto (14%) e receptação (11%). Os crimes patrimoniais somados (roubo, furto e receptação) respondem por 47,2% dos casos identificados nas Audiências de custódia apontados pela pesquisa. Delito contra a vida, especificamente os homicídios, somaram 2,9% das audiências observadas – houve mais prisões por homicídios tentados do que consumados e baixa incidência de latrocínio. Violência doméstica aparece com incidência de 7,8% e outras lesões corporais com 1,8%.

O roubo teve 86,8% de conversões em preventiva. O latrocínio, de baixa incidência, na amostra, teve 100% dos flagrantes convertidos em prisão preventiva. O homicídio tentado, também com baixa incidência, teve 87,1% de conversão em prisão [...]

Em relação aos flagrantes por tráfico de drogas, a pesquisa revelou que 57,2% dessas pessoas são mantidas presas enquanto aguardam o julgamento. A incidência de manutenção da prisão por tráfico é mais frequente do que nos casos de violência doméstica, em que 39,8% dos presos em flagrante permanecem encarcerados após a Audiência de custódia (FARIELLO, 2017)

O instituto, além disso, vem desacelerando o aumento da população carcerária. Dados obtidos pela Secretaria da Administração Prisional de São Paulo (CNJ, 2015), por exemplo, já evidenciavam que a quantidade de pessoas presas no Estado aumentou 1,14%, contra 2,99% no mesmo período do ano anterior. Dessa forma, evidencia-se uma paulatina mudança judiciária, tendendo a buscar encaminhar para o cárcere somente aqueles cujo antecedentes e delito cometido recomendem a prisão.

Além dos resultados no número de liberdade provisória, o instituto também vem gerando uma enorme economia. De fato, até julho de 2016, o país já havia economizado 4 bilhões de reais em seu até então pouco mais de um ano de funcionamento. Esses dados (Agência CNJ de Notícias, 2016) levam em conta as mais de 45 mil pessoas que não foram indevidamente recolhidas à prisão e os 68 presídios que deixaram de ser construídos para abrigar a grande crescente da população carcerária. Ou seja, há a diminuição de um enorme desperdício de dinheiro do Estado que era manter presas pessoas que, no final do processo, sequer seriam condenadas à prisão.

Por último, ressalta-se que as audiências vêm sendo um significativo primeiro passo na busca por uma Justiça mais humanizada. Pelo menos é essa a opinião do Juiz responsável pelas mesmas em Goiânia, Oscar de Oliveira Sá Neto, que perguntado em entrevista sobre a diferença entre analisar os autos fechado em seu gabinete e cara a cara com o suspeito, afirmou que:

A eficiência e a eficácia da presença do juiz na vida do cidadão é muito grande nesse momento. É o que eu sinto. Antes eu só tinha contato com o papel e o advogado. Agora tenho a possibilidade de verificar a condição de higiene, de saúde, de envolvimento com drogas ilícitas e a situação de abandono social do suspeito. Então você vê que ali está tratando com um ser humano. Não é que estou passando a mão na cabeça do ser humano, mas tenho a possibilidade de também exercer a prevenção primária de novos crimes, somente dialogando, tratando com respeito e atenção, dando ouvido, para ele poder falar porque cometeu aquele crime ou se arrepende (SÁ NETO apud ALMEIDA, *O Popular*, 2017).

Contudo, apesar das estatísticas positivas, desde o início as audiências de custódia vêm recebendo diversas críticas das mais variadas áreas, ou alegando sua desnecessidade ou a apontando como uma ferramenta no auxílio da criminalidade. Tais desaprovações partem dos mais diversos setores, desde aqueles argumentos gerais até alguns mais específicos de delegados policiais, juízes e promotores.

Um dos temores mais constantes anteriores ao implemento das audiências de custódia era sem dúvida sobre a falta de estrutura. Para muitos, devido às indubitáveis falhas do sistema penal e necessidade de melhorias, não é possível fechar os olhos para a realidade do nosso país. Sannini Neto já em 2015 alertava que o Poder Judiciário não teria condições de implementar o instituto da maneira em que foi concebido, devido ao baixo número de magistrados em relação

à quantidade de demandas. Para ele, “sacrificar” os juízes com mais essa função não seria correto e comprometeria ainda mais a celeridade processual (SANNINI NETO, 2015)

Com os meses de experiência com as audiências, a opinião do Delegado não mudou. Para ele, judicializar a audiência de apresentação ignora a realidade de escassez de recursos públicos, retirando juízes, promotores e defensores de audiências de instrução, não apenas contribuindo para a morosidade da Justiça como prejudicando a segurança pública – uma vez que desloca policiais que deixam de prevenir e reprimir crimes (CASTRO; SANNINI NETO, 2016).

Apesar da falta de estrutura ser uma realidade palpável, não deve funcionar como um empecilho para as audiências. Alerta Norberto Bobbio (2004, p. 23) que “o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem [...] não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade”. Ou seja, o acordo que enuncia direitos ocorre facilmente, mas assim que se passa à ação surgem infinitas reservas e oposições. Continuando o raciocínio de Bobbio (2004, p. 23), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto de justificá-los, mas de protegê-los”.

Dessa forma, a precariedade da estrutura estatal não pode servir de desculpa para a não realização da audiência de custódia, postergando indefinidamente a concretude do direito garantido. Como versa sobre um direito fundamental máximo, a viabilização do instituto deve ser prioridade, uma vez que cabe ao juiz proteger tais direitos, e não os violar. Para isso, o Estado deve buscar melhorar a sua estrutura, com a falta da mesma não podendo servir como justificativa para a não proteção dos direitos do cidadão, devendo ser sempre garantido o mínimo existencial.

Obviamente, nem tudo vem sendo positivo desde o implemento das audiências e nem sempre é possível superar os problemas estruturais, principalmente no interior dos estados, onde muitas vezes há unidades sem juízes, promotores de justiça e defensores públicos ou dativos, e as Audiências de custódia acabam sendo designadas para muito posteriormente.

Um outro problema estrutural que não vem sendo remediado é a falta de espaço adequado para o contato do preso com seu defensor. Muitas vezes, o atendimento ocorre no corredor das salas das audiências, sem qualquer reserva para a elaboração de estratégias defensivas. Além do mais, dificulta as revelações de violências policiais, vez que a entrevista é acompanhada de um policial militar. Indispensável se torna a ampliação do espaço para sanar o problema.

Nota-se, no entanto, que o discurso catastrófico anterior ao implemento das audiências de que a estrutura brasileira não permitiria sua execução se mostrou apenas uma falsa profecia pessimista. Nos primeiros anos de funcionamento, o instituto vem superando as expectativas de quem imaginava que sua operacionalização seria completamente inviável.

Claro que a estrutura é um problema e tem muito a ser melhorada, impedindo sim a maior eficácia no cumprimento das propostas da audiência. No entanto, de maneira alguma é um fator impeditivo – deve servir como um estímulo para a melhora estrutural, e não o contrário.

Ademais, um dos maiores receios com o instituto é de que ele seria um incentivo à criminalidade. Tal receio é compreensível: nossa segurança pública é precária e muitos vivem seu dia-a-dia com uma constante dose de medo. Além do mais, a falta de informações sobre o tema pode induzir a população ao erro.

No entanto, entre os especialistas, a genuína preocupação é amplificada pela lente punitivista que contamina todo nosso Judiciário. Tal lente também está presente na população em geral. Como visto, para muitos a prisão parece ser a única sanção possível, com muitas vezes o desejo de vingança cegando para outras alternativas mais efetivas na busca da realização das funções da pena.

Naturalmente, também não podem as audiências soltar todos sem uma devida análise – mas não é essa a proposta do instituto e os Magistrados tem todo o conhecimento jurídico necessário para julgar se há ou não necessidade da conversão do flagrante em preventiva.

A promotora de Justiça mato-grossense Lindinalva Rodrigues (apud DA SILVA, 2016) expressou publicamente seu posicionamento contra as Audiências de custódia. Em uma postagem na rede social Facebook, alertou: “Tranquem suas casas cidadãos de bem, construam suas prisões, que a ordem do judiciário a princípio é liberar o máximo de acusados possível. Dá Medo”.

Na mesma linha, o Deputado Silas Freire (PR-PI) (apud VITAL, Câmara Notícias, 2017) realça não ser contra as audiências, mas afirma que elas não podem ser uma “audiência de soltura”.

Apesar da justa preocupação da Promotora e do Deputado, não é verdade que a ordem seja liberar o máximo de acusados possível. Conforme já visto, a audiência visa relaxar prisões ilegais, coibir abusos policiais e analisar a necessidade da manutenção da prisão. Dessa forma, os acusados liberados são aqueles que cometeram crimes de menor gravidade, podendo receber várias medidas cautelares diversas a prisão que sejam adequadas ao caso concreto.

Ora, ainda não há condenação, logo, pela presunção da inocência, o encarceramento provisório deve ser a *ultima ratio*, e não a regra. É natural que, depois de tantos anos de cultura de encarceramento, uma mudança para adequar a realidade ao nosso ordenamento jurídico e mudar esse cenário cause estranhamento. Se a regra era prender e agora há um maior índice de soltura, natural que muitos “torçam o nariz”.

O importante é salientar que tais pessoas liberadas são aquelas que estariam presas indevidamente. Ora, a audiência de custódia visa, dentre outros, evitar prisões ilegais, arbitrárias ou desnecessárias. Muitas dessas pessoas, inclusive, já teriam sua liberdade provisória decretada mais para frente no processo, seriam absolvidas ou receberiam penas menos severas. O instituto então antecipa essa análise, impedindo que um acusado seja desnecessariamente inserido e contaminado pelo sistema carcerário e adequando a realidade ao que já é previsto em lei.

No entanto, alguns policiais alegam que seus trabalhos estão restando infrutíferos vez que alguns magistrados não estariam analisando profundamente a necessidade e legalidade da

prisão provisória (DE SOUZA, 2016). Na mesma seara, a juíza Placidina Pires (apud GLOBO, Tv Anhanguera, 2016), da 10ª Vara Criminal de Goiânia, afirma que: “Essas audiências de custódia prestigiam apenas a palavra do preso, sem nenhuma consideração com a vítima. E o preso sai rindo do juiz. Isso visa beneficiar apenas o executivo, que não precisará investir em Segurança Pública”.

Naturalmente, não pode o juiz ouvir apenas a palavra do preso para embasar sua decisão. Justamente por esse motivo, o Ministério Público está sempre presente nas audiências. O juiz deve também analisar o caso concreto e ver se as medidas cautelares são suficientes até o julgamento.

De tal forma, a audiência de custódia não pode se tornar uma medida desesperada para desafogar o sistema carcerário brasileiro e gerar economia. Não pode o preso em flagrante receber liberdade provisória sem uma profunda análise do juiz, apenas por fazê-lo. O anseio de buscar a qualquer custo conceder liberdade a um detento provisório pode fazer com que seja recolocado em sociedade um indivíduo para o qual as medidas cautelares são insuficientes, representando perigo para os demais. As audiências devem transmitir segurança para o cidadão, para que eles tenham a certeza de que a decisão do Magistrado está devidamente justificada, sendo adequada ao caso concreto.

Todavia, o instituto não vem aliviando o sentimento de insegurança da população. De fato, muitas vezes até devido à falta de informação, muitos o enxergam como um instrumento em auxílio à impunidade, alegando que isso aumenta a chances de que novos crimes aconteçam, no senso comum de que a polícia prende e a Justiça solta.

Ora, sem nem mesmo entrar em qualquer argumento sobre a possibilidade de penas alternativas e se elas são eficazes na retribuição do crime e até mesmo sem alegar que a pena não se resume ao seu caráter retributivo, deve-se frisar que ainda não existe um condenado e até então o sujeito é presumido inocente. Além do mais, as Audiências de custódia não condenam ou absolvem ninguém, até porque não há discussão de mérito, apenas da necessidade/legalidade da prisão cautelar, não havendo que se falar em impunidade – ainda nem sequer houve julgamento!

Para o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, o desembargador Leobino Valente Chaves (apud Agência CNJ de Notícias, 2015), “o temor da sociedade, de que são soltos presos perigosos, é equivocado. O resultado é exatamente o contrário: dessa forma, é possível ter um maior controle e, assim, realizar um combate à criminalidade”.

De fato, tal temor não tem virado realidade. Já nos seus primeiros nove meses de funcionamento, em 2015, nas cortes do Espírito Santo, Mato Grosso, São Paulo, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Bahia, o chamado índice de reingresso era de apenas 4% das 6.513 pessoas que receberam liberdade provisória em audiência de custódia – apenas 264 pessoas voltaram a serem apresentadas a um juiz por haverem delinquido novamente (ROVER, 2015).

Além disso, outros dados corroboram a realidade de que as Audiências de custódia não aumentam a criminalidade. De fato, embora entre março e julho de 2015 1.301 acusados de furto tenham recebido liberdade provisória, o número do crime na capital diminuiu 8,7% comparado ao mesmo período do ano anterior, segundo dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Secretaria de Segurança Pública de São Paulo (CNJ, 2015).

De tal forma, vê-se que a audiência está atingindo sua finalidade, e ao contrário do senso comum não vem contribuindo para a criminalidade, que vêm inclusive apresentando queda geral, apesar dos discursos apocalípticos. O que ocorre na realidade é que o instituto até mesmo a desestimula, evitando a inserção daquele que cometeu pequenos delitos em presídios superlotados e facilitando sua ressocialização para que não volte a delinquir.

Além do mais, contribuindo para o desinchar do sistema carcerário, possibilita um maior controle dos presos mais graves que ali estão, gerando condições mais dignas e efetivas na busca pela maior efetividade de todas as funções da pena.

No entanto, para que isso ocorra da melhor maneira possível, deve haver uma estrutura que ampare o cidadão recém liberado para que o mesmo não volte a cometer crimes. Sobre isso, Rodrigues, em posterior entrevista ao Olhar Jurídico em 2016, afirmou que:

As pessoas que estão sendo liberadas, autores de furtos e roubos, com problemas com álcool e drogas, estão sendo devolvidas da mesma forma que foram presas, desestimulando o trabalho do Ministério Público e da Polícia. Do jeito que está, não dá segurança à sociedade, a lei proíbe a internação compulsória, mas eles não vão se tratar por contra própria (RODRIGUES apud DA SILVA, 2016).

De fato, a Promotora traz uma reflexão muito importante. Conforme visto, o encaminhamento social e assistencial só está acontecendo em 10,70% dos casos. Esse acompanhamento é extremamente importante por efetivar outras políticas públicas para aqueles que se encontrem vulneráveis socialmente, como aqueles em pobreza extrema ou dependentes químicos.

O baixo número de encaminhamentos é algo que deve ser trabalhado no instituto, uma vez que se bem feito permitirá que o Estado tenha condições antecipadas de conhecer um possível estado de vulnerabilidade, podendo lidar com o problema em seu nascedouro e monitorar mais eficientemente o acusado que responde em liberdade.

Uma das funções das audiências de custódia é dar voz ao preso, possibilitando que o mesmo denuncie abusos policiais. Estaria essa finalidade sendo atingida?

Segundo dados do CNJ (Mapa de Implantação, 2017) até o final de junho, a média nacional de alegação de violência no ato da prisão é de 4,90%, que representa 12.665 casos dentre o universo total de 258.485 audiências realizadas.

Segundo o Monitoramento das audiências de custódia em São Paulo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2016, p. 67) nos primeiros meses das audiências em São Paulo, em 45,23% dos casos, nada foi perguntado a respeito da conduta policial. Além disso, o Ministério Público, órgão com competência para fazer o controle externo da atividade policial, perguntou apenas 1,36% das vezes, mostrando pouco interesse em abordar a questão – em alguns casos inclusive alertava o custodiado sobre a possibilidade de cometerem o crime de denúncia caluniosa.

Ademais, a Polícia Militar fica presente durante a entrevista reservada com a defesa e durante a própria audiência, o que inibe o custodiado a relatar eventual violência sofrida, intimidado por tal presença e com medo de retaliação. Como consequência, cria-se uma cifra

negra: o número de violência denunciada é menor do que aquele de fato acontece. Dessa forma, os números oficiais apresentados tornam-se inconclusivos, e a finalidade da Audiência de inibir tortura e maus tratos fica prejudicada, devido à casos em que não há denúncia.

De fato, segundo a pesquisa “Audiência de custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra” (FARIELLO, Agência CNJ de Notícias, 2017), em 82% dos casos foi observada a presença de policiais civis ou militares dentro das salas de audiências, tornando o ambiente hostil à denúncia.

Ora, devido à falta de estrutura, a Defesa faz o atendimento da pessoa custodiada no corredor das salas das audiências, sem qualquer privacidade para elaboração de estratégias de defesa ou relato de violência policial. A presença do Policial também constrange o mesmo, que muitas vezes desiste de denunciar. Além do mais, poucas são as providências tomadas em casos de abusos ou tortura.

Segundo Lopes Júnior e Da Rosa (2015), se o conduzido estiver machucado ou reclamar de tortura, por mais que as lesões possam ser decorrentes do próprio ato de prisão, a leniência do Poder Público resta mitigada e será possível, ao menos, apurar a sua existência.

Sabe-se que muitas vezes é necessário o uso progressivo proporcional de força como forma de contenção no momento da voz de prisão dada pelos policiais. O que não se pode é permitir que eles abusem de sua autoridade para alcançar seu objetivo.

Assim, esse é um problema que vem gerando muitas dúvidas: se não há indícios de lesões nos presos ou ele não apresente alteração psicológica visível, qual deverá ser a atitude do juiz? Deverá abrir investigações mesmo sem materialidade, acionando Corregedorias inutilmente? Sobre o tema, ainda não há um consenso sobre como agir, conforme discorre Thiago Gomes Anastácio (2017), diretor do Instituto de Defesa do Direito de Defesa

Trata-se de problema que precisará ser meditado, pois atos criminosos podem escapar das vistas judiciais, assim como invencionices podem sobrecarregar o já sobrecarregado sistema correcional das polícias e judicial. Assim como é abominável qualquer prática de violência policial investigativa, igualmente abominável são as

possíveis tentativas de incriminação de policiais como simples forma de buscar liberdades provisórias.

Ora, qualquer que seja a convicção do juiz – se houve abuso ou apenas uso proporcional da força, deve o Magistrado tomar as medidas necessárias para apurar o relato do preso em flagrante. O que não pode é o juiz ignorar a denúncia por não acreditar na mesma, visto que há também marcas que não são visíveis e deve haver a análise do Instituto Médico Legal para averiguar o caso.

Não pode também o Magistrado e membros do Ministério Público ignorarem a questão e nem ao menos perguntarem ao custodiado se houve violência no ato do flagrante. Ora, um dos motivos da criação da audiência foi justamente o combate à violência e à tortura policial e, se isso não é feito, a eficácia do instituto resta prejudicada.

Além de todas as críticas aqui já apresentadas, sabe-se que o conhecido “juridiquês” é um empecilho a efetividade do direito como um todo. Nas audiências de custódia isso não é diferente. Evidente que há um abismo entre as pessoas presas em flagrante e os que ali estão operando o direito. Ora, tal abismo se reflete primeiramente na linguagem – a capacidade humana de se expressar e se fazer ouvir pode ser mais ou menos efetiva, sendo a base para qualquer proposta de entendimento.

Mas o que acontece na prática? Temos de um lado um sujeito preso em flagrante, em sua maioria, como visto, com pouco ensino, querendo se fazer entender. Do outro, temos o magistrado – estudado, formado, concursado e com um verdadeiro domínio da linguagem culta.

O domínio ou não do português formal já é um fator segregador na sociedade em geral por si só – agora acrescente a isso os infinitos termos técnicos do direito, alguns inclusive em latim, que dificultam extremamente a comunicação.

Acontece que a retórica também é verdadeira – não apenas o apreendido tem dificuldade de compreender as questões técnicas como também os juízes, promotores e defensores desentendem a realidade da pessoa ali presente.

O que ocorre então nas audiências? O custodiado muitas vezes não entende o que lhe é perguntado ou qual o objetivo do instituto. De fato, não fica claro qual a proposta do mesmo: apesar de muitas vezes o juiz explicar rapidamente e tecnicamente o que é audiência de custódia e o que ela objetiva, o indivíduo acaba confundindo-a com um verdadeiro julgamento de mérito.

Segundo a pesquisa “Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: Obstáculos Institucionais e Ideológicos à Efetivação da Liberdade como Regra” (FARIELLO, Agência CNJ de Notícias, 2017), para 26% dos presos em flagrante não foi informada a finalidade da audiência de custódia e para quase metade (49,9%) não foi explicado o direito de permanecer em silêncio. Concluiu a pesquisa:

Vale destacar que existe uma dificuldade, para a maior parte das pessoas presas, de compreensão da linguagem usualmente acionada pelos operadores do direito. Não foram poucas as vezes em que os pesquisadores notaram a falta de entendimento dos presos em relação ao que foi discutido na audiência, incluindo seu resultado (FARIELLO, Agência CNJ de Notícias, 2017).

De fato, não é raro o acusado sair dali achando que foi condenado quando o juiz determina a conversão do flagrante em preventiva. Falta maior clareza, maior tato e humanidade para compreender a realidade de quem ali está sendo julgado.

O estudo realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD, 2016) corrobora tais fatos: mais da metade das pessoas submetidas à audiência de custódia não compreende a finalidade do ato judicial. Isso também se reflete na sociedade em geral – ora, as notícias veiculadas pela mídia, com o discurso punitivista que lhe é característico, colaboram para uma opinião pública de que o instituto é um mecanismo a favor da impunidade.

De tal forma, verifica-se a enorme necessidade de maior clareza sobre a finalidade das Audiências, bem como uso de uma linguagem simples que possa cumprir a função básica da comunicação, havendo a efetiva compreensão.

4. PROPOSTAS DE MELHORIAS AO INSTITUTO

Conforme verificado, inúmeras são as vantagens das audiências de custódia, mas ainda há um enorme caminho a ser percorrido na busca de sua maior eficácia. Alguns pontos são de soluções simples, outros mais complexos.

A medida mais necessária e conseqüentemente mais óbvia é o investimento em infraestrutura. O Projeto de Lei acerta ao determinar várias coisas – como a entrevista reservada com o defensor – que só serão efetivas na prática se contarem com o amparo estrutural por trás.

O que deve ser priorizado? Um investimento indispensável é o de criação de mais vagas para Magistrados, principalmente nas comarcas do interior que estão com maior carência nesse quesito. Além disso, mais vagas para Defensores também devem ser abertas, especialmente para aqueles que ficam em plantão no Fórum para realizar as audiências.

No local das audiências, deve haver sempre uma sala reservada para o atendimento do preso com a defesa, sendo essa medida indispensável para efetivar as garantias da ampla defesa e do contraditório.

Por último, mas ainda essencial, deve haver o investimento em segurança pública, especialmente no que diz respeito ao transporte do preso até o local das audiências. Aqui, não se trata apenas dos instrumentos operacionais para o transporte – como as viaturas, escoltas, etc. – mas também da mão de obra humana. É importante que haja uma boa quantidade de policiais para que o deslocamento não prejudique à patrulha da cidade.

Claro que, para que tudo isso ocorra, além do tempo para que os elementos materiais se adequem, esse dinheiro deve sair de algum lugar. No entanto, tal medida não sobrecarregará os cofres públicos, por um motivo especial.

O sistema brasileiro gasta, em média, R\$ 3 mil reais por mês com cada preso, isso sem contar os exorbitantes custos para construir presídios. Ainda não há dados oficiais sobre o quanto já foi economizado, mas a previsão do CNJ em 2016 era de que, verificando a média de 50% de liberdades concedidas, haveria uma economia anual de 4,3 bilhões de reais, além de

evitar a construção de 240 presídios, o que traz uma economia extra de 9,6 bilhões. Desse modo, haveria uma economia total de 13,9 bilhões de reais por ano (CNJ, 2016, p. 15).

Ora, evidente que então há de onde tirar o dinheiro, vez a economia trazida pelo próprio instituto. Além disso, tem-se que se tratará de um investimento que trará ainda mais retornos financeiros: fortalecer as audiências é continuar diminuindo o número de prisões ilegais e desnecessárias, gerando ainda mais economia para os cofres estatais, certamente recuperando o dinheiro ali aplicado.

Assim, o necessário investimento deverá ser a base para melhorar a eficácia do instrumento processual em tela.

Os índices de encaminhamento para a assistência social ainda são baixos (10,70% das audiências). No entanto, são importantíssimas, uma vez que ajudam a evitar que os acusados “sejam devolvidos da mesma forma que foram presos” (DA SILVA, 2016), ajudando-os a ter uma vida mais digna e evitando a reincidência. Assim, auxilia na melhora desse estado de vulnerabilidade, desestimulando que, por esse motivo, sejam colhidos pelo crime.

Em outras palavras, vemos que tal encaminhamento deve ser estimulado para que o indivíduo não volte a delinquir, possibilitando uma maior dignidade para ele e uma consequente maior segurança para a sociedade. Com toda certeza, a efetividade dessa assistência trará muito mais segurança ao juiz para decretar medidas cautelares diversas à prisão, estimulando-as, além de conquistar um maior apoio popular ao projeto.

De fato, se bem-feita, a assistência permitirá que o Estado tenha condições antecipadas de conhecer eventual estado de vulnerabilidade do indivíduo, podendo lidar com o problema em seu nascedouro e monitorar mais eficientemente o acusado que responde em liberdade.

Se tal amparo material e psicológico for efetivado, poderá diminuir significativamente a possibilidade que o sujeito volte a delinquir e arranje novas oportunidades de aprendizado e/ou de emprego. Além disso, o monitoramento de suas atividades para verificar se está cumprindo com as determinações do juiz e se a medida está sendo adequada e suficiente é um

mecanismo muito importante para evitar a criminalidade e inspirar maior confiança nos juízes e na população.

Logo, de fato os encaminhamentos devem ser melhorados e ampliados, para auxiliar na ressocialização daquele detido em flagrante para que o mesmo não seja apenas largado novamente na sociedade, com sua vulnerabilidade facilitando seu retorno ao crime.

Sobre tal tópico, traz-se como exemplo o caso do Piauí, com o projeto Ressocializar Para Não Prender, na Central de Inquiridos de Teresina. Nele, os dependentes químicos em situação de crime são encaminhados para uma casa de recuperação e ressocialização quando atendidos critérios estabelecidos por uma equipe multidisciplinar e pelo juiz.

Sobre o projeto, esclarece o Presidente do Tribunal de Justiça do Piauí, desembargador Erivan Lopes:

O projeto trata os dependentes químicos e as drogas não como um problema criminal, mas como um problema de saúde pública e isso é inédito no Brasil. Antes, os dependentes químicos eram autuados, presos, sentenciados e retornavam à sociedade para cometer mais crimes. Hoje, estamos fazendo a quebra desse ciclo vicioso, oferecendo um tratamento de saúde e não um tratamento exclusivamente criminal. Isso é o que tem de inovador. É uma ação do TJ-PI em parceria com a Polícia Militar, Secretaria de Ação Social e as comunidades terapêuticas que fazem a inclusão social (LOPES, apud CNJ, 2017).

Além disso, em duas oficias práticas realizadas pelo CNJ no dia 24 de junho de 2016 com diversos juízes dos Tribunais de Justiça, algumas sugestões foram feitas:

Uma das sugestões apresentadas é que o CNJ encaminhe aos tribunais uma recomendação para que os tribunais de Justiça firmem acordos com o Poder Executivo para que seja disponibilizado nos tribunais uma equipe de apoio psicossocial para atender apenas às Audiências de custódia. Juízes disseram que quando o núcleo existe, a equipe não fica no local onde as audiências são realizadas (FREIRE, Agência CNJ de Notícias, 2016)

Tal equipe de apoio possibilitaria um suporte especializado aos juízes na hora de tomar sua decisão, com a elaboração de laudos, por exemplo.

Por último nesse tópico, destaca-se a sugestão do secretário de Segurança Pública e Administração Penitenciária do Estado de Goiás (SSP-GO) Joaquim Mesquita. Para ele, como

o objetivo não é punir (até porque – frisa-se – ainda não há condenação), mas sim ressocializar o preso e prevenir o crime, a prisão em flagrante não deve ser um ponto final na vida dele.

Assim, para traçar formas de combater a criminalidade e evitar a reincidência, além da importância da Central de Alternativas à Prisão, o titular da SSP-GO contou que pretende “*conseguir incentivo fiscal às empresas que contratam pessoas em liberdade provisória*” (MESQUITA apud CNJ, 2015).

Tal medida traria enormes benefícios àquele que cumpre medidas alternativas, vez que facilitaria sua (re)inserção no mercado de trabalho para que possa ter uma fonte de renda e evitaria que viesse a reincidir, possibilitando uma volta pacífica para a vida em sociedade.

Com as audiências de custódia sendo uma realidade no universo jurídico, o processo de ensino aos operadores de direito deve passar a inserir o tema em sua programação – e essa necessidade se adensa ainda mais quando se fala na formação específica do Magistrado. Ora, como autoridade que preside as audiências, deve estar plenamente capacitado para as conduzir com maestria.

Por esse motivo, o tema deve passar a compor a grade fixa dos cursos de Formação de Magistrados bem como devem ser ofertados cursos de aperfeiçoamento que abordem a questão.

A Magistratura já está aberta a essa possibilidade e já inclusive se movimenta para organizá-la. De fato, já em 29 de setembro de 2016, a Escola Nacional de Magistratura ofereceu um curso sobre o tema em Brasília, para juízes da área penal (TJGO, 2016). No mesmo ano, 320 juízes concluíram curso a distância de execução penal que inclui o tema, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de magistrados (Enfam) (MONTEIRO, Agência CNJ de Notícias, 2017).

No início do ano de 2017, no dia 20 de fevereiro, os juízes federais recém-convocados participaram de uma audiência de custódia simulada dentro do módulo de Prática Penal no Curso de Formação Inicial de Magistrados, realizado na própria Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (Esmafe) (MONTEIRO, Agência CNJ de Notícias, 2017). Eles dividiram os novos

juízes em dois grupos que desempenharam os papéis de todos os envolvidos na audiência (juiz, representante do Ministério Público, defesa, agente da Polícia Federal e relator) para que, em um ambiente controlado, sejam submetidos a incidentes a serem superados com equilíbrio funcional e conhecimento jurídico. Dessa forma, é possível discutir o ambiente da audiência como um todo, possibilitando que o Magistrado se coloque no papel dos outros envolvidos.

Assim, nota-se que importantíssima a abordagem acima, devendo ser ampliada e fazer parte da grade fixa dos cursos de formação e aperfeiçoamento. Especialmente, deve ser trabalhado com o Magistrado o que não pode faltar durante o procedimento, como o questionamento sobre abusos e maus tratos, qual procedimento tomar no caso de denúncia ou evidência das mesmas, o uso de uma linguagem mais acessiva para conseguir que a comunicação com o preso seja efetiva, dentre outros.

De todas as sugestões apresentadas, a menos analisada até então, até porque representaria uma mudança ainda mais brusca, é um clamor que vem vagarosamente ganhando voz no meio jurídico. Essa ideia seria a de que as Audiências sejam realizadas nas próprias delegacias.

Assim, não seria o preso que seria levado até o juiz, e sim o juiz ao preso. As vantagens se destacam – facilita a operacionalização do procedimento, reduz custos com escoltas e aumenta o número de policiais nas ruas. Esse é o entendimento de Fernanda Mambrini Rudolfo (2015):

Muito mais adequada seria a realização das audiências no local de permanência dos presos provisórios (Central de Triagem, Núcleo de Flagrantes, Núcleo de Custódia – a denominação varia de acordo com o estado). Assim, os agentes não precisariam deslocar os presos com frequência maior do que a necessária atualmente, apenas compareceriam ao local o Juiz, o Promotor de Justiça e o Defensor. Alguns Tribunais de Justiça instalaram varas específicas para atuar junto a essas unidades prisionais, de modo a evitar os problemas acima relatados.

Na mesma linha, propôs o Delegado de Polícia Civil do Acre Karlesso Nespoli (apud ALENCAR, 2015) que as audiências sejam realizadas em salas específicas das unidades policiais que possuem como atribuição restrita a lavratura do auto de prisão em flagrante.

Mediante termo de cooperação, os órgãos impulsionadores promoveriam a presença das demais partes ali, evitando o problema de transporte dos presos até o Judiciário.

Nesse caso, também haveria a necessidade de investimento em estrutura física. No entanto, o maior empecilho seria a disponibilização dos profissionais envolvidos (defensores, promotores e magistrados) nas delegacias, vez que haveria uma significativa mudança logística.

No Ceará, a Vara única de audiências de custódia foi transferida para o mesmo prédio da Delegacia de Capturas e Polinter. Segundo a juíza titular Marlúcia de Araújo Bezerra, a nova estrutura agilizará o procedimento, possibilitando maiores possibilidades de cumprimento do prazo de vinte e quatro horas. Além disso, não haverá mais a necessidade de deslocamento ao Fórum, vez que a Vara já está na própria Delegacia (CNJ, 20 set. 2016).

Após a correção de algumas lacunas de segurança detectadas pela Associação Cearense de Magistrados, as novas instalações foram inauguradas em 07 de agosto de 2017. Na inauguração, esclareceu o Governador Camilo Santan (apud TJCE, 2017):

Foi idealizada dentro do ‘Pacto por Um Ceará Pacífico’, a finalidade de concentrar em um único local todas as instituições e os presos em flagrante. Vai facilitar a diminuição dos custos, inclusive de tempo, de deslocamento. O Estado investiu R\$ 2,5 mi para reformar o ambiente e aumentar o número de policiais. Precisa ser uma delegacia com extrema segurança.

Desse modo, a realização das audiências na própria Delegacia otimizaria o ato processual, evitando custos com deslocamento, promovendo a celeridade e facilitando sua execução. No entanto, para que isso ocorra seria necessário um verdadeiro investimento na estrutura das Delegacias não só para garantir a segurança dos presentes, mas também para possibilitar que o ato ocorra com sua máxima eficácia.

Para isso, haveria nesses estabelecimentos áreas de atuação para defensores, promotores e juízes com essa função, disponíveis para a pronta realização da audiência. Alguns Tribunais de Justiça poderiam, inclusive, instalar varas específicas para atuar junto a essas unidades prisionais, facilitando a logística.

Se o instituto já é um grande avanço processual, mas que ainda está em seu início, entende-se que a sugestão em tela deve ser analisada para ter sua viabilidade auferida, aguardando quais serão os resultados iniciais no Ceará.

De toda forma, é uma proposta muito interessante e que, se bem-sucedida e viável, potencializaria – e muito - a eficácia das audiências de custódia, ajudando a superar muitos dos desafios que vêm enfrentando no início de seu funcionamento.

CONCLUSÃO

As audiências de custódia vêm se mostrando um instrumento muito importante no controle de prisões ilegais e desnecessárias, mostrando que a aproximação do juiz com a realidade do preso é muito importante para a humanização do Processo Penal, por possibilitar um olhar mais preciso da medida mais adequada ao caso concreto.

No entanto, nos primeiros anos de implementação do instrumento processual, muitos desafios surgiram e críticas foram feitas. Primeiramente, a carência de infraestrutura é uma realidade palpável, dificultando em muitos casos a operacionalização necessária no tempo e condições corretas.

Apesar da humanização trazida, a distância entre magistrado e custodiado ainda é imensa – e isso se reflete principalmente na vasta fronteira linguística que separa ambos, prejudicando uma eficiente comunicação.

Ademais, alguns erros procedimentais vêm sendo observados: muitas vezes o preso é mantido algemado durante a audiência, nem sempre lhe é perguntado sobre maus tratos e sua defesa resta prejudicada diversas vezes pela ausência de um local de entrevista privada com seu defensor.

Apesar dos resultados significativos – aumento das liberdades provisórias, encaminhamento social e contato sem demora – ainda há muito o que ser melhorado. Ora, observa-se que a conversão do flagrante em preventiva ainda é a regra, as denúncias de maus

tratos ainda são tímidas e o encaminhamento para a assistência social ainda não representa o potencial máximo que poderia vir a apresentar.

Nada disso, porém, deslegitima o instituto. As audiências são importantíssimas e representam uma mudança drástica no Processo Penal Brasileiro, adequando-o aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais é signatário.

Muitos dos desafios enfrentados apresentam solução – investimento em infraestrutura, capacitação de magistrados, monitoramento, dentre outros –, nada que com um pouco de paciência e tempo não seja possível alcançar, aguardando um prazo para a acomodação das condições materiais e humanas.

Outras, todavia, representam o reflexo de toda uma cultura baseada no punitivismo, na mentalidade de um povo pelo rigorismo penal e pelo caráter vingativo da pena, em que só a prisão resolveria. É um pensamento que se acostumou a ter o encarceramento como regra, e o que foge disso parece ser um mecanismo a favor da impunidade, em um verdadeiro argumento de que “a polícia prende e a justiça solta”. Para uma mudança de fato profunda e duradoura, é importantíssimo um trabalho educativo de base, como através da formação universitária, a título de exemplo.

Além disso, as audiências não resolvem todos os problemas do Processo Penal Brasileiro – e nem a isso se propõem. A seletividade penal, por exemplo, é algo intrínseco a todo o Processo, não sendo combatido com o instituto, devendo ser buscado também outras soluções para esses desafios.

O buraco é mais profundo. Contudo, mesmo não sendo isoladamente a “salvadora da pátria”, a audiência de custódia é um passo importante nessa direção, e devem ser tomadas medidas para que possa ser ainda mais eficaz.

De tal forma, conclui-se que as audiências estão auxiliando para que haja uma verdadeira humanização de todo o Processo Penal, transformando o preso em mais do que

apenas um punhado de informações em um papel, e sim em um ser humano real, de carne e osso.

Logo, vêm se mostrando uma alternativa útil no combate às prisões desnecessárias e ilegais, bem como na coibição de abusos policiais, vez que permite a rápida análise desses fatores. No entanto, vêm enfrentando alguns problemas estruturais que estão impedindo que atinja resultados ainda melhores, devendo haver um necessário investimento nessa área.

Não pode o instituto ser solução única na busca de um Processo mais humano e digno. Não obstante, as audiências estão se mostrando uma viável arma no combate à cultura do encarceramento, representando um golpe significativo após anos estagnados no *status quo* e sem a menor perspectiva de mudança. Dessa forma, não pode ser negada a sua importância, contudo devendo ser aliada a outras medidas no mesmo sentido – investimento em segurança pública e prevenção ao crime, por exemplo –, vez que não pode, sozinha, ser a solução de todos os problemas processuais penais.

Por último, ressalta-se que se deve ter a consciência de que toda grande transformação começa gradativamente e os obstáculos que enfrenta não são motivo para desânimo. São naturais e devem servir como verdadeiro combustível na busca por um Processo Penal mais consciente dos direitos de seus tutelados e – quem sabe – um pouco mais humano.

BIBLIOGRAFIA

ALENCAR, Roberth José de Sousa Alencar. Audiência de custódia em delegacia de polícia pode ser solução. *Revista Consultor Jurídico*, Florianópolis, 30 set. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-30/roberth-alencar-audiencia-custodia-delegacia-solucao>>. Acesso em: 9 nov 2017.

ALMEIDA, Cleomar. Oscar de Oliveira Sá Neto: “Não estou passando a mão na cabeça do ser humano”. *O Popular*, Goiânia, jan. 2017. Disponível em: <<https://www.opopular.com.br/editorias/cidade/oscar-de-oliveira-s%C3%A1-neto-n%C3%A3o-estou-passando-a-m%C3%A3o-na-cabe%C3%A7a-do-ser-humano-1.1214702>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

ANASTACIO, Thiago Gomes. *Audiência de custódia: análise dos dois primeiros anos*. JOTA – Publicação do Instituto de Defesa do Direito de Defesa, São Paulo, set. 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/coluna-do-idd/audiencia-de-custodia-analise-dos-dois-primeiros-anos-27092017>>. Acesso em: 6 nov. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de; SANNINI NETO, Francisco. Presidência da Audiência de custódia pelo delegado de polícia. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4927, 27 dez. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/art.s/54770>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CIEGLINSKI, Thaís. *Juízes concedem medidas protetivas em Audiências de custódia com agressores*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, maio 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/4ftj>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>>. Acesso em: 1 ago. de 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia: Dados Estatísticos / Mapa de Implantação*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>>. Acesso em: 22 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia: projeto no PI ressocializa dependentes químicos*. Brasília: CNJ, jul. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/cstj>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiências de custódia reduzem número de presos provisórios em Goiás*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/778j>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Formação de juízes federais simula Audiência de custódia*. Brasília: CNJ, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/47sj>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/k5sj>>. Acesso em: 22 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Liberdades provisórias a acusados de furto não aumentam tipo de crime em SP*. Brasília: CNJ, 17 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/tc8j>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Para agilizar Audiências de custódia, vara vai para centro de Fortaleza*. Brasília: CNJ, 20 set. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/6pqj>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Reunião Especial de Jurisdição*, de 12 de janeiro de 2017. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Senado aprova em primeiro turno projeto que regulamenta Audiências de custódia*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/h7pj>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

DA SILVA, Arthur Santos. Promotora critica Audiências de custódia e avisa: “tranquem suas casas cidadãos de bem”. *Olhar Direito*, Mato Grosso, fev. 2016. Disponível em: <<http://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?id=31097>>. Acesso em: 28 ago 2017.

DE SOUZA, Rodrigo Darela. A Audiência de custódia e a problemática policial. *Revista Jus Navigandi*. ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, 07 jul. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/art.s/50929/a-audiencia-de-custodia-e-a-problematica-policial>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

FARIELLO, Luiza. *Audiências de custódia: negros e jovens são maioria*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, out. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/4pbk>. Acesso em 16 nov. 2017

FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER VIII, 2016, Belo Horizonte. *Enunciados do FONAVID*. Belo Horizonte, nov. 2016. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/wp->

content/uploads/2015/12/ENUNCIADOS-ATUALIZADOS-ATE-O-VIII-FONAVID.pdf>.
Acesso em: 23 ago. 2018.

FREIRE, Tatiane. *Magistrados fazem sugestões para incrementar Audiências de custódia*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, jun. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/rkpj>>. Acesso em: 9 nov. 2018.

GANEM, Pedro Magalhaes. *A Audiência de custódia e a humanização da Justiça*. 2015. Disponível em: <<https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/art.s/250825421/a-audiencia-de-custodia-e-a-humanizacao-da-justica>>. Acesso em: 1 ago. 2018.

GLOBO. Audiências de custódia liberam 58% dos presos em flagrante, em Goiás. *Globo*, Tv Anhanguera, Goiânia, fev. 2016. Disponível em: <<http://glo.bo/1VF0wyw>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. *Monitoramento das Audiências de custódia em São Paulo*. São Paulo: IDDD, 31 maio 2016. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2016/05/Relatorio-AC-SP.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2018.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 1.

LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem tem medo da Audiência de custódia? (parte 1). *Revista Consultor Jurídico*, Florianópolis, fev. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte#top>>. Acesso em: 4 ago. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; DA ROSA, Alexandre Morais. Afinal, quem tem medo da Audiência de custódia? (parte 3). *Revista Consultor Jurídico*, Florianópolis, fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em: 11 set. 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. *Revista Liberdades*: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 1, n. 17, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/liberdades17_integra.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Brasília: DEPEN, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@@download/file>. Acesso em: 30 jul. 2018.

MONTEIRO, Isaias. *Audiência de custódia analisa a legalidade de 200 mil prisões feitas nos últimos dois anos*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/9qsj>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

MONTEIRO, Isaías. *Crime de furto é o mais comum entre os liberados provisoriamente*. Brasília: Agência CNJ de Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/5rmj>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2012, v. 1.

ROVER, Tadeu. Apenas 4% dos liberados nas Audiências de custódia voltam a ser presos. *Revista Consultor Jurídico*, Florianópolis, 11 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-11/liberados-audiencias-custodia-voltam-presos>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. *Audiência de custódia: a salvação da prisão cautelar?*. Empório do Direito, 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/audiencia-de-custodia-a-salvacao-dahumanidade-por-fernanda-mambrini-rudolfo/>>. Acesso em: 9 nov. 2018

SANNINI NETO, Francisco. A Audiência de custódia e o "jeitinho brasileiro". *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4351, 31 maio 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/art.s/39583>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL. *População prisional do estado de São Paulo*. São Paulo: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/imagem/2015/10/fde7aae83b6a46d37fc6a02db7ce76b5.jpg>>. Acesso em: 22 ago. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. *Juiz defende Audiência de custódia em evento nacional*. Goiás: TJGO, set. 2016. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/home/imprensa/noticias/119-tribunal/13750-juiz-defende-audiencia-de-custodia-em-evento-nacional>>. Acesso em: 9 nov. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. *Inaugurada novas instalações da Vara de Audiências de custódia de Fortaleza*. Ceará: TJCE, ago. 2017. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/inauguradas-novas-instalacoes-da-vara-de-audiencias-de-custodia-de-fortaleza/>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

VITAL, Antonio. *Audiência de custódia e cautelares reais são pontos de discórdia no processo penal*. Brasília, Câmara Notícias, mar. 2017. disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/523915-audiencia-de-custodia-e-cautelares-reais-sao-pontos-de-discordia-no-processo-penal.html>>. acesso em: 28 ago. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo em el derecho penal*. Madrid: Dynkinson, 2006.

O ENCARCERAMENTO PELO ENCARCERAMENTO: RESPOSTAS SOCIAIS

THE JAILING OF JAILING: SOCIAL RESPONSES

Paulo José Angelo Andrade

Advogado, professor universitário, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Altos Estudo da Fundação João Pinheiro, Especialista em Direito de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Mestre em Direito Empresarial, membro titular do grupo de pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas deocoloniais. paulojaandrade@gmail.com

Michelle Martins Papini Mota

Advogada, assessora jurídica da Polícia Militar de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, especialista em Direito Contratual, membro titular do grupo de pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas deocoloniais, michellepapini@hotmail.com

Resumo: Esta pesquisa tem como procedimento metodológico o bibliográfico-investigativo, seguindo os pensamentos de Jean-Jacques Rousseau, de Cesare Beccaria e de Michel Foucault. A bibliografia foi concluída, restando evidenciado que mesmo com leis e uma política carcerária de encarceramento maciço, para proteger a sociedade contra a violência, essa não é a solução. Pois, promove o surgimento de violências morais, psicológicas, físicas e simbólicas para que a sociedade desconsidere as desigualdades socioeconômicas, culturais política, como o direito do Estado de punir. O enfrentamento da realidade das prisões e a política pública vigente, não tem alcançado o objetivo.

Palavras-chave: Prisão; Pena; Encarcerado, Poder Econômico; Direitos Individuais.

Abstract: This research has as methodological procedure the bibliographical-investigative, following the thoughts of Jean-Jacques Rousseau, Cesare Beccaria and Michel Foucault. The

bibliography has been completed, and it is evident that even with laws and a prison policy of massive incarceration, to protect society against violence, this is not the solution. For, it promotes the emergence of moral, psychological, physical and symbolic violence so that society disregards socioeconomic, cultural and political inequalities, such as the right of the State to punish. The confrontation of the reality of the prisons and the current public policy, has not reached the objective.

Keywords: Prison; Penalty; Imprisoned, Economic Power; Individual rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o limite do direito de punir do Estado, o respeito das garantias e dos direitos fundamentais dos encarcerados, as consequências do encarceramento sem uma efetiva política de ressocialização do encarcerado e a consequente resposta social.

Desde o surgimento do ser humano neste planeta a tendência é a agregação em grupos. Com o passar dos tempos ele se formaram, extinguiram, conflitaram-se com outros grupos e dentro dos próprios agrupamentos.

Então, nas palavras de Rousseau “O VERDADEIRO FUNDADOR da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo” (ROUSSEAU, 2000, p.87)

Destaca-se no que tange à sociedade que “A MAIS ANTIGA de todas as sociedades, e a única natural, é a da família; ainda assim só se prendem os filhos ao pai enquanto dele necessitam para a própria conservação. Desde que tal necessidade cessa, desfaz-se o liame natural.” (ROUSSEAU, 2000, p.55)

Assim, para que fosse possível a manutenção da existência destes agrupamentos humanos, essenciais à evolução da humanidade, regras foram criadas. Sejam as regras primitivas da força, do misticismo, passando-as da argumentação e do consenso. Todavia, nem todos os integrantes deste agrupamento, efetivamente respeitavam as normas preestabelecidas impostas ou acordadas.

Para tanto necessário foi a imposição da norma e, principalmente, a punição daqueles que não cumpriam o normatizado estabelecido.

Nesta perspectiva se desenvolve o presente, utilizando-se do método bibliográfico-investigativo, para fazer uma análise do pensamento de Jean-Jacques Rousseau, de Cesare Beccaria e de Michel Foucault frente a política carcerária adotada e fatos decorrentes, visando sua correlação.

Após a apresentação de dados coletados acerca dos encarcerados no Brasil busca se fazer uma análise da situação atual frente as doutrinas levantadas.

II - A SOCIEDADE

Os conflitos sociais “tendem a surgir nas sociedades e fomentar a discórdia, pois cada um acredita com convicção na sua verdade e quer impô-la aos demais. Isto ocorre devido às singularidades das pessoas, tornando-as únicas.” (ANDRADE, 2018.p.17.), conseqüentemente, com o fim de coibi-los devem ser normatizadas algumas condutas e outras penalizadas.

Quanto à normatização, esta remota ao século XVIII antes de Cristo o primeiro conjunto normativo escrito, pelo Rei Khammu-rabi, rei da Babilônia, composto de 21 colunas, 282 cláusulas hoje conhecido como Código de Hamurábi. Quanto às questões criminais, foi fundada na *lex talionis*.

E assim caminhou a humanidade por séculos, mesmo com o advento de novos agrupamentos sociais, novas relações, novas normas. Mas o cerne permaneceu, qual seja o de penalizar o que não se adequasse ou descumprisse o normatizado. Visto que “O MAIS FORTE NUNCA é suficientemente forte para ser sempre senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever.” (ROUSSEAU, 2000, p.59).

Porque, relevante é a consciência da ilicitude que é “a capacidade de o agente de uma conduta proibida, em uma situação concreta, apreender a ilicitude do seu comportamento” (BRODT, 1996, p.17.), como fato criador, ou motivador, da normatização.

Isto é o poder de punir atribuído àquele que detinha o poder, posteriormente, constituído o que denominamos Estado.

Pois, nesta relação de conflitos temos o sujeito ativo ou “imputado, acusado ou réu, segundo a terminologia do nosso Código, é o sujeito processual em relação a quem se pede a atuação do Direito Penal, em relação a quem *res in judicio deducitur*”(TOURINHO, 2006.p. 365.); o sujeito passivo ou vítima, “a pessoa que teve *diretamente* o seu interesse ou bem

jurídico violado pela prática da infração.(...) Por outro lado, o Estado, detentor absoluto do poder punitivo, em matéria criminal, é o sujeito passivo constante ou formal.” (NUCCI, 2013.p.177.)

Assim, observamos em contrapartida a necessidade de se controlar este poder. E, Diego Valadés, quando trata deste tema afirma que esta expressão “*‘controlar el poder’ contiene un enunciado paradójico. La idea misma de poder parecería no dejar mayores espacios, sino mediante una utilización convencional del término, para pensar en su control.*” (VALADÉS, 2005, p. 1)

Esta questão do poder do Estado foi analisada por Cesare Beccaria, ao afirmar que “Tanto mais justas são as penas quanto mais sagrada e inviolável é a segurança e maior a liberdade que o soberano dá aos súditos.” (BECCARIA, 1997, p.28)

E, desde àquela época já alertava para as consequências, quais sejam: “Toda lei que se afaste deles encontrará sempre resistência contrária, que acabará vencendo, da mesma forma que uma força, embora mínima, aplicada, porém, continuamente, vencerá qualquer movimento aplicado com violência a um corpo.” (BECCARIA, 1997, p.28)

Por sua vez, Foucault afirma que o “excesso das violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório e vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força.” (FOUCAULT, 1987, p. 37)

E, explica que o “suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune”(FOUCAULT, 1987, p. 37)

Verificamos que, atualmente, há uma replicação de procedimentos, visto que princípios fundamentais, em especial o da humanização das penas, estão sendo ignorados em presídios superlotados, sem as condições básicas para os encarcerados e desconsiderando a possibilidade de ressocialização, por políticas equivocadas. E replicando erros observados por Cesare Beccaria séculos atrás, “quanto mais rápida for a pena e mais próxima do crime cometido, tanto mais será ela justa e tanto mais útil. “ (BECCARIA, 1997, p. 71)

E, explica Edgar Mata-Machado que todos temos um pouco de médico e de louco, “mas toda gente tem mais que um grão de sandice, aliado ao vazo de receitar remédios antigos

e novos. Há, a nosso ver, pelas esquinas, maior número de “juristas” que de loucos ou médicos”. (MATA-MACHADO, 1981, p.10), e que este senso de Direito nos advém desde a mais tenra infância “segundo o qual o que é bom deve ser feito, e evitado o que é mau. Impressionante, ainda, o rigoroso senso de justiça que se entremostra desde as primeiras idades: o que se combinou há-de ser cumprido” (MATA-MACHADO, 1981, p.11). Isto, em verdade, é o denominado pacto social, sob a perspectiva da própria construção social de gerações sob gerações.

Então, pode-se afirmar que estamos em uma sociedade doente e, necessário citar a análise de Gabo Ferro em sua obra *Degenerados, anormales y delincuentes: Gestos entre ciencia, política y representaciones en el caso argentino*, que o progresso da ciência médica, após a metade do século XIX no ocidente é notável incorporando o campo científico e “considerada como una realidad socio-biológica, la degeneración resultará entonces el efecto colateral más costoso que deberá costear una sociedad por ser civilizada.”(FERRO, 2010.p. 190.), ao analisar temática correlata.

Ou, como dito por Foucault, “Pode-se portanto falar de um excesso ou de uma série de excessos do encarceramento em relação à detenção legal do “carcerário” em relação ao “judiciário”. Ora, esse excesso é desde muito cedo constatado, desde o nascimento da prisão, seja sob a forma de práticas reais, seja sob a forma de projetos.”(FOUCAULT, 1987, p. 276), modelo que não difere de nossa realidade.

Assim, sob a questão da forma em que as sociedades tendem hoje a penalizar as condutas temos, “por isso, essas instituições no novo mundo globalizado, a cada dia mais se debilitam aos olhos da população, enquanto se fortalecem os mercados, o poder econômico, etc., graças às políticas protecionistas, potencializando a corrupção, a impunidade, em detrimento dos superiores interesses da sociedade, que devem defender e proteger.”(BOSCHI, 2002.p.147.)

Neste diapasão, afirma Haroldo da Costa Andrade ao tratar da aplicabilidade dos princípios limitados do poder punitivo que “as medidas de segurança e as penas constituem duas formas semelhantes de invasão da liberdade do indivíduo pelo Estado.” (ANDRADE, 2004.p.61).

Todavia, não podemos desconsiderar os interesses socioeconômicos e de manutenção de poder que:

“É por intermédio das trocas, intervenções e publicações de caráter universitário, real ou simulado, que os “transmissores” intelectuais reformulam essas categorias em uma espécie de *pidgin politológico*, suficientemente concreto para atrair as esferas de decisão políticas e os jornalistas preocupados em “ater-se à realidade” (tal qual projetada pela visão autorizada pelo mundo social)” (WACQUANT, 2001. p.66)

Por conseguinte, as políticas públicas em relação aos delinquentes passam a ter quase que um consenso, em especial nos países latino americanos, o denominado realismo duro por Gabriel Ignacio Anitua onde afirma que “esa violencia y desprecio por otros seres humanos sería teorizada desde los años setentas por aquellos que pretendían expresamente acabar con lo que denominaban un dominio de expertos especialmente blandos con los delincuentes.” (ANITUA, 2015. P. 535.)

III - DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

O direito de punir, no dizeres de FOUCAULT, deslocou-se da vingança do soberano à defesa da sociedade (1987, p. 111). Este direito do Estado é em decorrência do pacto social preestabelecido na gênese deste. Isto se deu em várias sociedades por sua necessidade de sobrevivência e não por pura nobreza de espírito dos seus. Por isto, aqueles que não se adequam aos parâmetros estabelecidos ou esperados são marginalizados e retirado deste convívio social. Indiretamente pela exclusão social ou diretamente pela sanção jurídica.

Cesare Beccaria, em sua obra *Dos Delitos e das Penas*, quando analisa o direito de punir do Estado afirma que os integrantes do grupo social reduzem sua liberdade e individualidade, com o objetivo de contribuir para a ordem social. Então, ao aderir a este “Contrato Social” atende ao instinto de sobrevivência em sociedade. Como se vê na seguinte transcrição:

“Consultemos o coração humano e nele encontraremos os princípios fundamentais do verdadeiro direito do soberano de punir os delitos pois

nação se pode esperar nenhuma vantagem durável da política moral, se ela não se fundar nos sentimentos indeléveis do homem. Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens.” (BECCARIA, 1997, p. 2)

Pode-se dizer que, alinhado com os pensamentos de Hobbes, Beccaria discute a criação do Estado como opção dos homens pela vinculação com a lei ao elegerem um representante para administrar a vontade ou a não vontade do povo, isto para a ascensão das nações, abdicando-se dos conflitos. Como segue:

“Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.” (BECCARIA, 1997, p.89).

Neste ponto, em consonância com o pensamento de Rousseau, quando afirma que o uso da força não implica, necessariamente, a obediência. Porque, quando uma pessoa se levanta contra a sociedade, esta mesma sociedade tem todo o direito de reagir com todo seu peso sobre ela, pois “Constitui-se assim um formidável direito de punir, pois o infrator torna-se o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade.” (FOUCAULT, 1987, p. 110)

Assim, como resposta ao caos sociopolítico, é necessária uma interligação com o direito criminal para se manter em sintonia com a paz social. E, para se alcançar tal equilíbrio

necessário se faz sacrificar liberdades individuais, no todo ou em parte, em prol do Estado de Direito, como forma de legitima-lo e seu direito de punir, na perspectiva de manter o consenso de vontades concorrente na nação.

Novamente, os ensinamentos de BECCARIA explicitam a questão:

“Foi, portanto, a necessidade que impeliu os homens a ceder parte da sua própria liberdade. É certo que cada um só quer colocar no repositório público a mínima porção possível, apenas a suficiente a induzir os outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis é que forma o direito de punir. O resto é abuso e não justiça, é fato, mas não direito.”(BECCARIA, 1997, p.29)

Loïc Wacquant afirma que ocorreu uma tendência de desconsiderar a reinserção do encarcerado à sociedade em prol de políticas penais que priorizem a “defesa social”, e continua, “Punir com firmeza é o único meio de responsabilizar e consolidar as instituições, pois a “recusa de punir”, advertem gravemente nossos intrépidos partidários da gestão penal (mas, apesar disto, republicana) da miséria, não é nada mais que “o primeiro passo para o inferno”. (WACQUANT, 2001. p.132)

De certo que as leis são imprescindíveis para a efetivação da justiça e garantidora do direito de punir. Pois a normatização elaborada livremente pelos homens cria um senso comum, evitando divergências interpretativas e evita o arbítrio de uma minoria.

Portanto, o Direito de Punir Estado advém do desejo dos indivíduos em conviver em sociedade. Mas certo é que quando o Estado se afasta dos princípios fundamentais garantidores do Direitos Humanos o seu Direito de punir, necessariamente, será questionado. Isto a história da humanidade tem demonstrado.

Todavia, não pode a vítima buscar a justiça com as próprias mãos, mas sim deve buscar o poder punitivo do Estado, senão estaria cometendo exercício arbitrário das próprias razões.

IV - O SISTEMA PENITENCIÁRIO

Ao analisar o sistema penal e a reprodução da realidade social afirmou Alessandro Baratta:

“É na zona baixa da escala social que a função selecionadora do sistema se transforma em função marginalizadora, em que a linha de demarcação entre os estratos mais baixos do proletariado e as zonas de subdesenvolvimento e de marginalização assinala, de fato, um ponto permanente crítico, no qual, à ação reguladora do mecanismo geral de trabalho se acrescenta, em certos casos, a dos mecanismos reguladores e sancionadores do direito.”(BARATTA, 2002.p.172)

E, nesta linha, e pela globalização de pensamentos e condutas, inclusive acadêmicas passamos a replicar. Então a doutrina da “tolerância zero” “aureolado pelo lustro do “êxito” de Nova York (exageradamente apresentada como metrópole-líder da criminalidade subitamente transformada em exemplo de “cidades seguras” nos Estados Unidos, ao passo que estatisticamente jamais foi nem uma nem outra) (WACQUANT, 2001. p.30), passa a ser implementado em escala mundial, e no Brasil não se faz diferente.

Cabe, diante disto, analisar alguns dados referentes à realidade do nosso sistema carcerário. O Brasil apresenta “mais de 700.000 presos que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem do Brasil o país com a terceira maior população prisional, em termos absolutos.” (Conselho Nacional de Justiça, 2018)ⁱ

Pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Conselho Nacional de Justiça, 2017) foram levantados os seguintes dados, que em janeiro de 2017 eram 654.372 presos no Brasil, sendo 433.318 (66%) condenados e 221.054 (34%) provisórios.

Do ano de 2000 até 2016 ocorreu um aumento de aprisionamento de 90.000 para 726.700 pessoas privadas de liberdade. Isto significa um aumento percentual de 157% na taxa de aprisionamento, pois tínhamos 137 pessoas presas para cada grupo de 100.000 habitantes e passamos para 352,6 pessoas presas para cada grupo de 100.000 habitantes em 2016.

No tocante à estrutura prisional havia o déficit de 97.045 vagas em 2000. Já em 2016 este número passou para 358.663. Em que pese o aumento percentual de 269,58% o déficit, em números absolutos, estava em 261.618 vagas.

Do levantamento, 11% das unidades prisionais custodiam mais de quatro pessoas por vaga e, apenas 21% não apresentam superlotação. Em 2014 apenas 37% das unidades prisionais dispunham de módulo de saúde. (Conselho Nacional de Justiça. Relatório de gestão, 2017)

Outro dado importante é a alocação de pessoas com deficiência física no sistema prisional, onde 64% estão em unidades não adaptadas, 25% em unidades parcialmente adaptadas e apenas 11% em unidades adaptadas.

Quanto à relação de quantidade de vagas, em 2016, por tipo de regime ou natureza da prisão, temos o disposto a seguir.

| 2016 | Preso sem condenação | Condenados em regime fechado | Condenados regime semiaberto | Condenados regime aberto | Medida de segurança | Outros |
|-------------------------------|----------------------|------------------------------|------------------------------|--------------------------|---------------------|--------|
| Pessoas privadas de liberdade | 292.331 | 276471 | 111.176 | 42.527 | 3.770 | |
| Quantidade de vagas | 118.447 | 171.664 | 65.580 | 5.560 | 3.563 | 2.066 |

E, quando observamos a escolaridade das pessoas privadas de liberdade verificamos que: 4% são analfabetos, 6% alfabetizados sem cursos regulares, 51 % tem ensino fundamental incompleto, 14% ensino fundamental completo, 15% ensino médio incompleto, 9% ensino médio incompleto e 1% ensino superior incompleto.

Do Relatório de gestão (Conselho Nacional de Justiça. Relatório de gestão, 2017) produzido pelo Conselho Nacional de Justiça foram extraídos vários dados. Verifica-se que de 2008 a 2013 a taxa de aprisionamento no Brasil cresceu 33%. Este percentual se torna mais relevante se comparado com os países de maior população prisional do mundo neste período. Os Estados Unidos reduziram 8%, a China reduziu 9% e a taxa de aprisionamento na Rússia

foi de 24%. Apresenta também que em 2013 a taxa de reincidência, no Brasil, foi de 47,4% e, quanto às mulheres o índice foi 30,1%.

Hoje o Brasil ocupa a terceira posição, entre os países com maior população encarcerada.

V- RESSOCIALIZAÇÃO

Como já exposto, o homem vive em sociedade e como decorrência disto deve seguir os padrões organizacionais preestabelecidos. Quando não se adequa a consequência é a punição e até a segregação. Algumas sociedades segregam definitivamente - pena de morte -, outras temporariamente, por entenderem que a punição deve ter, também, um caráter educativo.

Assim, a pena passa a ter, simultaneamente, o caráter punitivo e o caráter educativo com a finalidade de reinserir o indivíduo ao convívio social, dentre dos padrões estabelecidos, a isto denominamos ressocialização.

Este foi o caminho escolhido por nossa sociedade como sistema de execução da penal, qual seja o da ressocialização.

Mas, como demonstramos com dados, o sistema está falido. Não só não ressocializa, como produz uma nova leva de infratores, os reincidentes.

Vilfredo Pareto enuncia que “el bien estar de un grupo está en su punto óptimo cuando es imposible que ninguno mejore, en un estado alternativo, sin que al mismo tiempo empeore al menos otro.” (BARBAROSCH, 2011, p.69)

Com contribuições para as áreas econômicas e sociológicas, Pareto desenvolveu o hoje denominado princípio de Pareto ou regra do 80/20, donde temos que oitenta por cento das consequências são decorrentes de vinte por cento das causas.

Aplicando-se o diagrama de Pareto, verificamos que, em nosso sistema prisional, isto se encaixa quase como uma luva. Em nosso modelo social de concentração de poder econômico verificando de forma límpida que, ao concentrarmos benesses a um pequeno grupo social segregamos outro enorme, constamos o diagrama de Pareto na prática, visto que, como dito, não há como dar a um sem retirar de outrem.

Portanto, as ações públicas e da sociedade devem ter em foco a integração dos encarcerados à sociedade, tendo sempre embasado o respeito à dignidade humana. Assim, importante se faz diferenciar ressocialização de humanização.

Temos em nosso sistema penitenciário como princípio a ressocialização, entretanto oferecemos uma infraestrutura desumanizada. Em contrapartida, sistemas penitenciários de outros países, nos quais não há por objetivo a ressocialização, têm estruturas humanizadas, alinhadas com os princípios fundamentais dos direitos humanos. Visto que a punição de olhar para o futuro, e que uma de suas funções mais importantes seja prevenir, era, há séculos, uma das justificações correntes do direito de punir. Mas a diferença é que a prevenção que se esperava como um efeito do castigo e de seu brilho — portanto de seu descomedimento — tende a tornar-se agora o princípio de sua economia, e a medida de suas justas proporções. É preciso punir exatamente o suficiente para impedir. (FOUCAULT, 1987, p. 113)

E, quanto a esta expressão, Direitos Humanos, destacam-se as palavras de Ricardo Rabinovich-Berkman:

“Con la palabra “derechos”, que tiene otros significados más, cuando se la usa con un adjetivo como “humanos”, “reales”, “propios”, “principales”, “paternos”, etc., se suele hacer referencia al poder que alguna persona (o un conjunto de ellas) tiene, para exigir una o varias conductas de parte de otras. Pero no se trata de un poder fundado en la propia fuerza o medios (te puedo matar, porque tengo un arma), sino en la acepción de la comunidad.” (Rabinovich-Berkman, 2013, p. 32)

O tratamento ao encarcerado deve-se pautar pela imparcialidade, sem discriminação quanto à nacionalidade, raça e condições econômicas e sociais, opiniões políticas e às crenças religiosas. Ora, mas como implementar esta ideia, se antes do encarceramento as mesmas deveriam pautar as relações sociais e não ocorrem ou ocorreram, então a probabilidade disto se efetivar beira a zero, como de fato acontece.

A questão da ressocialização é tida em nosso Direito penal como princípio, como também em alguns países, como: Argentina, Espanha, Itália e México. Todavia, em vários

outros países a ressocialização não é o objetivo do Direito Penal. Cita-se, por exemplo, os Estados Unidos, onde a punição tem por finalidade principal evitar novos delitos.

Na Argentina, a execução da sentença custodial, em todas as suas formas, tem o objetivo de garantir que a pessoa condenada adquira a capacidade de compreender e respeitar a lei, buscando adequada reintegração social, promovendo a compreensão e o apoio da sociedade. (ARGENTINA, Ley De Ejecucion de la Pena Privativa de la Libertad, ART. 1º).

Na Espanha, a lei de execução penal e supervisão dispõe que o propósito da penalidade é o de proteger a sociedade contra o crime e alcançar a emenda, readaptação e reintegração social dos condenados através de um profundo entendimento e respeito à lei. (ESPAÑA, LEY Nº 2298, art 3º).

Na Itália, a lei de ordenamento penitenciário, em seu artigo 17, preocupa-se com participação da comunidade na ação reabilitadora. Estabelecendo que o objetivo da reintegração social dos condenados e dos internos deve também ser integrado à participação de particulares e instituições ou associações públicas e privadas para a associação de reabilitação. (ITALIA. Legge n. 354, 1975, art. 17)

No México, a Ley Nacional De Ejecución Penal também trata da questão da ressocialização. Destacam-se o artigo 91 que trata da natureza e da finalidade do trabalho ao dispor que ele “constitui um dos eixos da reintegração social das pessoas privadas da liberdade e tem como finalidade de prepará-los para sua integração ou reintegração para o mercado de trabalho uma vez que sua liberdade tenha sido obtida” (MÉXICO, Ley Nacional De Ejecución Penal, art. 91) e como princípio da justiça restaurativa.

Assim, pode-se dizer que a ressocialização é um ato de vontade do cidadão, isto é, de uma sociedade. Visto que a generalidade carcerária, funcionando em toda a amplitude do corpo social e misturando incessantemente a arte de retificar com o direito de punir, baixa o nível a partir do qual se torna natural e aceitável ser punido.

(FOUCAULT, 1987, p. 329 e 330)

É de se ressaltar que movimentos sociais visando a ressocialização ocorreram. Cabe destacar, a título exemplificativo, a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Não entraremos no juízo de valor de sua efetividade. Criada em 1972 em São José dos Campos – SP, cuja sigla significava à época Amando o Próximo Amarás a Cristo. Em 1974,

a equipe que constituía a Pastoral Penitenciária organizou juridicamente a entidade e então surgiu a APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, ambas coexistindo. O objetivo era o de recuperar o encarcerado, auxiliar a Justiça na execução da pena, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a Justiça restaurativaⁱⁱ.

VI - A RESPOSTA SOCIAL

Como consequência inexorável, vislumbramos, no Brasil, na década de 90, diversos movimentos sociais, os quais demonstraram que o Estado se perdeu em sua função primordial de vigiar, ordenar e punir.

Na manhã do dia dois de outubro de 1992, final de jogo, o time Cascudinho acabara de sagrar-se campeão do Carandiru. Carandiru, nome dado à Casa de Detenção de São Paulo que se situava a menos de dez quilômetros da Avenida Paulista e que, nesta época, abrigava mais de nove mil presos em todo o complexo.

A comemoração não durou muito, chegava a notícia que o Barba e o Coelho, presos do pavilhão nove, estavam brigando. Como um deles estava muito machucado e não fora removido pelos agentes penitenciários uma revolta se instaurou. Rebelião instaurada, fogo nas cozinhas do pavilhão, inicia-se a invasão pelas forças de segurança, prelúdio de um dos mais sangrentos episódios penitenciários que se tem notícia, cento e onze mortos.

Desta ação desastrosa e da inércia do Estado, propiciou-se, dentre vários, o seguinte fato:

“Taubaté, interior de São Paulo, 31 de agosto de 1993. Entre uma partida de futebol e outra, no pátio da Casa de Custódia, um grupo de nove detentos — Antônio Carlos dos Santos, Antonio Carlos Roberto da Paixão, Isaías Moreira do Nascimento, Ademar dos Santos, César Augusto Roris da Silva, Idemir Carlos Ambrósio, Misael Aparecido da Silva, Wander Eduardo Ferreira e José Márcio Felício — discute a criação de uma confraria de presos, com um objetivo claro: evitar uma repetição do massacre do Carandiru, ocorrido menos de um ano antes. Os nove fundadores do que viria a se chamar Primeiro Comando da Capital (PCC) estavam convencidos de que, ao submeterem os

criminosos a uma hierarquia dentro da cadeia, poderiam evitar brigas internas como a que serviu de estopim para a rebelião no Carandiru e, ao mesmo tempo, ter força para extrair concessões do Estado.” (VEJA, 2016)

Então, diante do acontecido, os detentos acima enumerados, redigiram um estatuto composto por 16 itens; destaca-se o item 13:

“Temos que permanecer unidos e organizados para evitarmos que ocorra novamente um massacre semelhante ou pior ao ocorrido na Casa de Detenção em 02 de outubro de 1992, onde 111 presos foram covardemente assassinados, massacre este que jamais será esquecido na consciência da sociedade brasileira. Porque nós do Comando vamos mudar a prática carcerária, desumana, cheia de injustiças, opressão, torturas, massacres nas prisões.” (FOLHA DE SÃO PAULO, 1997)

Pouco mais de duas décadas atrás, em 1992, havia 114.100 presos no sistema prisional, já em junho de 2016 este número era de 726.700 presos, de modo que se constata que a política focou no encarceramento.

Em 1997 uma rebelião eclodiu nas forças policiais militares do Estado de Minas Gerais. Esta mobilização deu-se pela insatisfação da tropa com decisão política governamental, que “acreditando na histórica docilidade, disciplina e dedicação dos policiais de baixa patente da polícia mineira, o governador, provavelmente, apostava em futuras negociações ou mesmo o engolir seco dos liderados.” (BARROS, 2006.p.25.)

Como disse acerca do momento social vivenciado em nossa sociedade “direitos são tratados ao sabor dos ventos, por legisladores que, no intuito de aparentar situações e preocupações, muitas vezes cerceiam direitos aos quais nos subjugamos silenciosamente” (ANDRADE, 2017. p.43.)

Por isto que “los nuevos sistemas constitucionales lo que se procura no es limitar facultades de unos para favorecer a otros, sino robustecer las de todos.” (VALADÉS, 2005, p. 150)

A repressão e o encarceramento geravam mais violência e a sociedade receosa respondia com mais encarceramentos e recebia mais violência. Nas palavras de Loïc Wacquant:

“É que uma das consequências mais importantes da “tolerância zero”, tal como é praticada no cotidiano – em vez da teorizada pelos “pensadores” dos *think tanks* e por seus discípulos nos domínios universitário e político -, é ter cavado um fosso de desconfiança (e, para os mais jovens, de desafio) entre a comunidade afro-americana e as forças da ordem, o que lembra as relações que mantinham na era segregacionista.” (WACQUANT, 2001. p.36 e 37)

Da persistência neste modelo chegamos ao fatídico mês de janeiro de 2017, no qual houveram rebeliões no Amazonas em Manaus; em Boa Vista no Roraima e em Nísia Floresta no Rio Grande do Norte. Na primeira, cinquenta e seis mortes; na segunda, trinta e uma mortes e cento e doze conseguiram escapar e nas últimas vinte e seis mortes, sendo a maioria decapitada.

É de se observar que o atual modelo carcerário adotado é um círculo que se retroalimenta, conforme pode ser analisado através da figura abaixo.



Cabe aqui, a título ilustrativo, comparativo, apresentar o caso de George Jackson:

“Éste, un joven prisionero negro, detenido a comienzos de la década del sesenta por participar en el robo de setenta dólares de una estación de combustible, fue condenado en California a la cárcel de San Quintín ... relató su experiencia de lucha en las páginas de *Soledad Brother* (en referencia a los “hermanos” negros, del pabellón donde pasaba sus días), libro de prosa impecable en el que se publicaron sus cartas, donde condenó los efectos de las injusticias de clase que había sufrido en prisión y que entendía se reflejaban en toda la sociedad.” (ZYSMAN, 2012. p.265)

Percebe-se, então, neste caso, uma globalização de segregação e padronização sociopolítico e intelectual de um padrão carcerário excludente.

Neste processo de encarceramento adotado pelo Estado, as respostas foram como um bumerangue retornando as consequências à sociedade. Assim, essa mesma sociedade reagiu e no ano de 2017, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, a Pastoral Carcerária Nacional – CNBB, a Associação Juízes para a Democracia – AJD e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação da Universidade de Brasília - CEDD/UNB, elaboraram 16 propostas legislativas que buscam impactar a dinâmica sistêmica do encarceramento em massa no país. (IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017)

São as dezesseis propostas:

1. Análise de impacto econômico como pré-requisito, alterando o regimento interno da Câmara dos Deputados;
2. Reforçar princípios gerais da lei penal, com a extinção da punibilidade quando há a reparação do dano em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça; Consolidação do princípio da insignificância; Substituição de penas privativas de liberdade por outras restrições de direitos; Novas definições sobre reincidência e antecedentes criminais; Reforço para aplicação de atenuantes de penas; Condicionar a acusação à iniciativa da vítima em casos sem violência e Aplicação da Justiça Restaurativa;
3. Alterações no crime de furto e roubo. Redução de sanções para o furto e flexibilização das penas para roubo, de acordo com a ofensividade;

4. Diferenciação de condutas relacionadas a uso e tráfico de drogas. Substituição das penas privativas de liberdade por medidas restritivas de direitos; Descriminalização do porte de drogas para uso pessoal e demonstração da finalidade comercial para o crime de tráfico de drogas; Definição clara para “associação para tráfico de drogas”;

5. Mudanças na aplicação de pena de crimes “hediondos”;

6. Criação do juiz de garantias;

7. Validade dos mandados de busca e apreensão;

8. Regras claras para interrogatório em sede policial;

9. Prazo para investigação;

10. Garantir intimidade e proteção contra exposição midiática;

11. Exigência de que haja produção de provas na fase processual;

12. Extinção da hipótese de condução coercitiva;

13. Nulidade do flagrante preparado e consolidação das audiências de custódia;

14. Mudança de critérios e condições para flagrante e prisão provisória;

15. Melhorar e cumprir as condições de cumprimento de pena. Sistema de apuração e punição de faltas disciplinares na prisão; Mais hipóteses de prisão domiciliar; Eficiência do sistema de progressão; Adequação da execução das medidas de segurança à Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/01) e à Política Nacional;

16. Criação de ouvidorias externas em todas as instituições de justiça.

Vários doutrinadores também propõem soluções para a questão, destaca-se Garcia Pablos de Molina (MOLINA,2002, p.456 e 457) que afirma para a prevenção do delito, a moderna política criminal, deve-se considerar as seguintes bases:

1. Controlar, razoavelmente, a criminalidade;

2. Avaliar os meios e os instrumentos a serem utilizados na prevenção da criminalidade e seus custos sociais;

3. Intervir nas causas do problema criminal;

4. Implementação de programas de prevenção de médio longo prazo;

5. Os programas devem se basear em prevenção social e comunitária;

6. A prevenção deve neutralizar situações carenciais, conflitivas, de desequilíbrio e de necessidades básicas, com prestações positivas;

7. A estratégia de atuação deve ser pluridirecional e coordenada, visto a complexidade do cenário criminal;

8. Prevenir a reincidência.

Outra proposta que se destaca, como já exposto, é da APAC - Associação de Proteção e Assistência aos Condenados como resposta de parcela da sociedade com a finalidade de auxílio à recuperação e reinserção do encarcerado à sociedade.

E conclui (NINO, 2015, p.5) que a lei atual deve, portanto, ser levada em consideração, seja em virtude de prudencial no raciocínio prático - isto é, o raciocínio destinado a escolher um curso de ação - daqueles que são os destinatários de suas diretivas:

“El Estado, que detenta un casimonopolio de la fuerza disponible en una sociedad, por un lado emplea esa fuerza para persuadir a la gente de actuar de modo de satisfacer fines y objetivos establecidos por los órganos competentes, y por otro lado pone esa fuerza a disposición de los particulares para que hagan valer los esquemas de cooperación en que hayan entrado voluntariamente en persecución de sus fines particulares. Hay, entonces, directivas jurídicas cuya desviación está amenazada con el empleo de la coacción estatal, y hay otras directivas jurídicas que es necesario satisfacer si se quiere contar con la coacción estatal para hacer efectivo un arreglo privado.” (NINO, 2015, p.5)

CONCLUSÕES

É incontestável o paradoxo de que mesmo com leis e uma política prisional de encarceramento massivo, visando proteger a sociedade contra a violência, esta vem propiciando o aparecimento de violência moral, psicológica, física e simbólica para toda a sociedade. O principal fator é a situação de se desconsiderar as desigualdades com diferentes origens, sociais, culturais, políticas e econômicas que ainda perpetuam.

Constata-se, que hoje questiona-se do direito de punir do Estado diante da condição carcerária vivenciada pelos presos e a falta de política pública efetiva visando a ressocialização destes.

Desta forma, os resultados dessa análise indicam que, mesmo a nova visão encarceradora e pseudo reabilitadora, não tem propiciado segurança para a sociedade. E, mais, que em alguns casos, fomenta a criação de grupos com a finalidade específica de delinquir.

Por todo, há de se vislumbrar que o controle dos distúrbios sociais e delitos penais perpassam pela preservação da ordem pública e da paz social.

Por certo é que, quando a delinquência toma patamares altíssimos e os órgãos judiciais e policiais se vêem envoltos com a corrupção, o problema de seu controle é complexo.

Assim, verificamos, dos dados coletados, que há uma relação direta entre a privação de liberdade das pessoas com um seu menor nível de escolaridade.

E há uma similaridade das comunidades carcerárias de várias sociedades, apesar das peculiaridades de cada uma. E, ainda, verificamos que o modelo penitenciário adotado de encarceramento massivo, sem em contrapartida propiciar condições sociais e econômicas a grande parte da população gera um efeito reverso de aumento da criminalidade, como resposta social desta parcela da população discriminada. E, neste modelo econômico concentrador de poder jamais o mais forte será suficientemente forte para subjugar os demais à sua obediência.

Há um aumento constante de encarceramento de pessoas, mas em contrapartida não há investimento em educação, e perspectivas socioeconômicas, de modo que a grande parte da sociedade que deve optar por subempregos ou aderir à criminalidade.

As unidades prisionais estão, no que se refere à infraestrutura, mais próximas às masmorras medievais de que em sintonia com os princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, mesmo que estejamos nos referindo a delinquentes e infratores.

Diante disso, a estrutura proposta, além de insuficiente não está adequada à proposta ressocializadora, está mais para a punição pela punição e muitas vezes desproporcional à pena imposta, visto a imposição de condições

Pelo exposto, estamos em sentido antagônico ao pensamento de Beccaria, pois ao impingir injustas penas cerceamos as liberdades dos cidadãos. Pois, como alertava, para toda

lei, esta em sentido amplo até a execução da pena, se afasta da justeza e forçará um movimento social contrário, movimento este, seja para o bem ou para o mal, que acabará vencendo.

Neste sentido, nosso sistema penitenciário é quase que a afirmação de Foucault em impingir suplícios aos encarcerados, marcando-os com o poder que pune.

Então, sob este ponto, vivenciamos exatamente o diagrama de Pareto na medida em que poucas causas geram a maior parte dos problemas.

Temos uma exclusão incondicional no momento em que negamos educação, saúde e demais perspectivas de futuro às pessoas, impondo a elas a única opção de se integrar à criminalidade como forma de ascensão socioeconômica, reiterando a vigilância e punição e punição por punição.

E, na excessividade da punição, a sociedade se aterroriza com a resposta.

Também deve ser considerada a inércia e a morosidade da aplicabilidade da sanção e, não raras vezes, o excesso da pena e de seu cumprimento, pela burocracia judiciária. Assistimos passivos a inúmeros casos de encarcerados que já cumpriram sua pena.

Quando Foucault afirmou do cerimonial de manifestação de força da Justiça a fazer o culpado gemer ou gritar, quase que se pode afirmar que previu o sistema penitenciário brasileiro vigente.

E, então, em consonância com o pensamento de Rousseau, deve-se ter uma consciência social em entender o dever de cumprir o direito, visto que força alguma será suficiente para impor esta obediência, senão pelo consenso social.

Portanto, para que haja a efetiva ressocialização pressupõe-se uma mudança no perfil social que condicionou e não deu alternativas àquele que se tornou encarcerado. Visto que, se esperamos um produto diferente, não devemos insistir nos mesmos fatores, pois não se terá resultado distinto,

Podemos concluir que a política de encarceramento é reflexo do temor da sociedade frente a violência. Todavia esta mesma sociedade não se apercebe que a violência é decorrente das políticas socioeconômicas e educacionais implementadas. E a manutenção da política de privilégios e exclusão nos manterá neste mesmo modelo penitenciário fadado ao fracasso.

E assim seguirá. Quanto mais reação à segregação, mais encarceramento e, quanto mais encarceramento mais reação.

Nossas prisões transformaram-se em fábricas de miséria, ao absorver, encarcerar, a miserável população excluída da sociedade, como matéria prima, desta fábrica e devolver à sociedade como produto um encarcerado além de excluído, agora barbarizado pelas condições degradantes às quais fora submetido, em todas as perspectivas.

Pelo exposto, o poder de punir do Estado sobre seus cidadãos deve seguir da mesma forma que a sincronia no hipismo, donde um cavaleiro sobre o cavalo não se trata de uma questão de domínio, mas uma integração num espetáculo de força, beleza e harmonia.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Haroldo da Costa Andrade. Das medidas de segurança. América Jurídica. Rio de Janeiro, 2004.
- ANDRADE, Paulo José Angelo. A inconstitucionalidade da exigibilidade do uso de cinto de segurança. CEPPG Revista. Associação Catalana de Educação Catalão: CESUC, Ano XX, nº 33, 1º Semestre, 2017.
- ANDRADE, Paulo José Angelo. Direito Penal do Trabalho. RTM. Belo Horizonte, 2018.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. Historias de los pensamientos criminológicos. 1ª ed. Didot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia critica e critica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal, tradução Juarez Girino dos Santos. Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro, 2002.
- BARBAROSCH, Eduardo. Teorías de la justicia y la metaética - 1ª ed., 1ª reimpressão. La Ley. Buenos Aires, 2011.
- BARROS, Lúcio Alves de (Org.); Márcio Ferreira de Souza, Rosalba Lopes, Juniele Rabêlo de Almeida, Susy Laguárdia Chein, colaboradores. Polícia em movimento. Aspra/MG. Belo Horizonte, 2006.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das Penas. Tradução de Cretella Jr.e Agnes Cretella. Editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed., São Paulo, 1997.
- BOSHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 2ª ed. rev. atual. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2002.
- BRODT, Luís Augusto Sanzo. Da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro. Del Rey. Belo Horizonte, 1996.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 6ª ed. rev. Saraiva. São Paulo, 2001
- FERRO, Gabo. Degenerados, anormales y delincuentes: Gestos entre ciencia, política y representaciones en el caso argentino. 1ª ed. Marea. Buenos Aires, 2010.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Vozes. Petrópolis, 1987.

- GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Criminologia. 4ª ed. rev, e atual. Editora revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.
- GRECO, Rogério, ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Estrutura jurídica do crime. Mandamentos. Belo Horizonte, 1999.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi. Elementos da teoria geral do direito (Para os cursos de introdução ao Direito). Vega. Belo Horizonte, 1981.
- NINO, Carlos Santiago. Introducción al análisis del derecho. 2ª ed. Ampl. y rev. 18ª reimp. Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. 3 ed. rev. atual. e ampl. da obra O valor da confissão como meio de prova no processo penal. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2013.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. Del Rey. Belo horizonte, 2002.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. ¿Cómo se hicieron los derechos humanos? : un viaje por la historia de los principales derechos de las personas. 1ª ed. Didot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. Os Pensadores Rousseau, Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens, Tradução de Lourdes Santos Machado, Editora Nova Cultural Ltda, São Paulo, 2000, vol. I e II.
- ROXIN, Calus. Política criminal e sistema jurídico-penal; tradução Luís Greco. Renovar. Rio de Janeiro, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, 2006. Manual de processo penal. 8ª ed. rev. e atua. Saraiva. São Paulo, 2006
- VALADÉS, Diego. El control del poder. Ediar 1ª Ed. Universidad Nacional de México. Buenos Aires, 2005.
- WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria; tradução André Telles. Jorge Zahar Ed. Rio de Janeiro, 2001.
- ZAFFARONI, Egênio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 2ª ed. rev. e atualizada. Revista Editora dos Tribunais Ltda. São Paulo, 1999.
- ZAFFARONI, Egênio Raúl. Tratado de derecho penal – Parte general. Ediar. Buenos Aires, 1991.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. Sociología del Castigo: genealogía de la determinación de la pena, 1ª ed. Ediciones Didot. Buenos Aires, 2012.

FONTES ELETRÔNICAS

ARGENTINA. Ley De Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Disponível em: <https://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Ley%2024.660.%20De%20ejecuci%C3%B3n%20de%20la%20Pena%20Privativa%20de%20la%20Libertad.pdf>. Acesso em: 17 JUL 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Cidadania nos Presídios. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>. Acesso em: 10 jul. 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização: INFOPEN Atualização - Junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília, 2017. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em: 12 jul. 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Relatório de gestão. Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas – DMF. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2018.

ESPAÑA. LEY Nº 2298, Ley de Ejecución Penal y Supervisión. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeco_sp_docs_bol2.pdf. Acesso em: 17 JUL 2018

FBAC - Fraternidade Brasileira de Assistência aos condenados. A APAC: O que é?. 15 Jan 2016. Disponível em: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/como-fazer/apac-o-que-e>. Acesso em: 17 JUL 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. Leia a íntegra do estatuto, 1997. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff250524.htm>. Acesso em: 14 jul. 2018.

<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>. Acesso em: 14 jul. 2018.

IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. 16 PROPOSTAS CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA. Disponível em *Massacre do Carandiru. Sobrevivente do Carandiru: “Se a porta abrir, você vive. Se não, vou te executar”*. El País. Em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/14/politica/1497471277_080723.html. Acesso em 24.06.18.

ITALIA. Legge 26 luglio 1975, n. 354. Ordinamento penitenziario. Disponível em: <http://www.procuragenerale.trento.it/attachments/article/31/Ordinamento%20penitenziario.pdf>. Acesso em: 17 JUL 2018.

MÉXICO. Ley Nacional De Ejecución Penal. Disponível em: <http://www.secretariadoejecutivo.gob.mx/docs/pdfs/normateca/Leyes/Ley%20Nacional%20de%20Ejecuci%C3%B3n%20Penal.pdf>. Acesso em: 17 JUL 2018.

REBELIÕES NO SISTEMA PENITENCIÁRIO: FRACASSO DO PAPEL DO ESTADO? Em <https://jus.com.br/artigos/55231/rebelioes-no-sistema-penitenciario-fracasso-do-papel-do-estado>. Acesso em 24.06.18.

Super Interessante. Como foi o massacre do Carandiru? Em <https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/>. Acesso em 24.06.18.

VEJA. Carandiru: como o massacre de 111 presos levou à criação do PCC.. Em <https://veja.abril.com.br/brasil/carandiru-como-o-massacre-de-111-presos-levou-a-criacao-do-pcc/>. Acesso em 24.06.18.

ⁱ Conselho Nacional de Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização: INFOPEN Atualização - Junho de 2016 / organização Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa. Brasília, 2017.

ⁱⁱ FBAC - Fraternidade Brasileira de Assistência aos condenados. A APAC: O que é?, 2016.

**O MITO DO (DES)CONTROLE SOCIAL POR MEIO DA PUNIÇÃO NO DIREITO
PENAL BRASILEIRO**

IS THE PRIVATIVE PENALTY OF FREEDOM WORTH?

*THE MYTH OF THE (DES) SOCIAL CONTROL BY PUNISHMENT IN BRAZILIAN PENAL
LAW*

Jardel Sabino de Deus

Doutorando e Mestre (2010) em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura (CNPq) coordenado pelo Professor Doutor André Filipe Pereira Reid dos Santos, Docente nos cursos de graduação e especialização em Direito, nas matérias de Direito Penal, Teoria Geral do Direito e Criminologia da REDE DOCTUM/Vitória-ES, Assessor Jurídico no TJES.

profjardeldedeus@gmail.com

Thiago Fabres de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Realizou Estágio de Doutorado na Universidade de Coimbra (2006). Docente nos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor Adjunto de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Advogado.

Resumo: Não é dos dias atuais que a punição por meio do encarceramento vem sendo utilizada como mecanismo de controle das massas sociais. No Brasil, a pena privativa de liberdade se apresenta como a maior das penalidades possíveis dentro do sistema penal, contudo ao longo de sua história é nítida a constatação de que ela se encontra a serviço de determinada classe dominante na sociedade, sendo utilizada para segregar e disciplinar pela força e truculência àqueles que historicamente são considerados indesejados e improdutivos à batuta das sociedades regidas pelo capitalismo de mercado. Com o objetivo principal de analisar o papel do sistema penal como ferramenta de controle social por meio da pena privativa de liberdade,

far-se-á uma análise das possíveis origens da disciplina na sociedade, bem como do desenvolvimento de suas abordagens mais atuais de controle e dominação, partindo de uma das molas propulsoras do poder punitivo na atualidade, a tão difundida pena privativa de liberdade, compreendida à luz da seletividade econômico racial brasileira no processo de criminalização por parte das classes dominantes sobre as comunidades consideradas marginalizadas. O referencial teórico deste estudo consiste numa abordagem interdisciplinar à luz da sociologia jurídica e da criminologia crítica, vez que, para além do aspecto criminológico pretende-se formular a análise dos amplos e latentes problemas apresentados sob o viés sociológico do histórico problema da segregação racial e alijante da pobreza, experimentados na atual sociedade capitalista. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, do tipo exploratória realizada por meio de uma abordagem teórica que visa compreender o fenômeno em tela, utilizando-se, também, a necessária revisão bibliográfica de obras de autores que se voltam ao estudo da questão, tais como: Antoine Garapon e Frédéric Gros (2002), Massimo Pavarini (1983), Michel Foucault (1987), Loïc Wacquant (2001; 2003; 2008) e Eugênio Zaffaroni (2003; 2011) que fornecerão os subsídios necessários à compreensão do problema da segregação punitiva e racial por meio da utilização da pena privativa de liberdade, problemática apresentada já no título do presente trabalho.

Palavras-chaves: Sistema penal. Pena privativa de liberdade. Controle social. Seletividade penal.

Abstract: It is not the present day that punishment through incarceration has been used as a mechanism to control the social masses. In Brazil, the penalty of privation of liberty presents itself as the greatest possible penalty within the penal system, but throughout its history it is clear that it is at the service of a certain ruling class in society, and it is used to segregate and to discipline by force and truculence those who historically are considered unwanted and unproductive to the baton of societies governed by market capitalism. In particular, from the lessons of Michel Foucault, Eugenio Raúl Zaffaroni, Antoine Garapon, Frédéric Gros and Thierry Pech, besides the contribution of some other authors, we intend to respond to the problematic presented in the title of the present work, in order to conclude that the penalty of

privation of liberty, at least in Brazilian law, does not reach the ideological objectives of criminal law, acting as a true instrument of selectivity and segregation in favor of the interests of market capitalism.

keywords: Criminal system. Privation of liberty. Social control. Criminal selectivity.

INTRODUÇÃO

A história das relações sociais nos demonstra que o homem é um ser competitivo por sua própria natureza. Não raras as oportunidades esse mesmo homem, enquanto um ser social, reclama a necessidade de docilização de seus corpos por parte daqueles sujeitos detentores do poder.

Para tanto, não somente os homens que detinham o poder figuravam como atores principais dotados do papel disciplinador, mas sobretudo valiam-se das mais diversas instituições com a finalidade de atingir seu objetivo de “adestramento” social dos indivíduos e das massas, passando, assim as igrejas, as escolas, os quartéis, os ambientes fabris e os manicômios a protagonizar o papel de disciplinadores em dado momento.

Com o advento da consolidação das formas de produção do capitalismo e com o conseqüente aprofundamento das desigualdades sociais trazidas a reboque, os sistemas penais emergem como novo instrumento, com a promessa de controle social sobre àqueles sujeitos alijados naturalmente do processo de concentração do capital.

De tal sorte, o sistema penal, com a incumbência institucional histórica de produção das normas penais vigentes, parte de práticas notadamente punitivas compreendidas como manifestações da disciplina, do castigo e da expiação do mal causado, tendo como pressuposto a retenção dos indesejáveis, por vezes chamados de inimigos, a pretexto de promoção de um (des)controle social.

Assim, pode-se afirmar que o presente trabalho pretende fazer a reunião de informações que

permitam se formular uma análise do papel do (direito)sistema penal como ferramenta de controle social, o que já se adianta partirmos de uma hipótese negativa, daqueles considerados não desejáveis para o convívio social. Como forma de perseguir a comprovação de tais objetivos, inicialmente será feita uma análise das possíveis origens da disciplina na sociedade, bem como do desenvolvimento de suas abordagens mais atuais de controle e dominação, partindo de uma das molas propulsoras do poder punitivo na atualidade, a tão difundida pena privativa de liberdade, analisando-se a seletividade econômico racial brasileira no processo de criminalização por parte das classes dominantes sobre as comunidades consideradas marginalizadas.

Diante disso, tem-se como referencial teórico, com vistas ao alcance de algumas respostas para o presente estudo, uma abordagem interdisciplinar à luz da sociologia jurídica e da criminologia crítica, vez que, para além do aspecto criminológico pretende-se formular a análise dos amplos e latentes problemas apresentados sob o viés sociológico do histórico problema da segregação racial e alijante da pobreza experimentados na atual sociedade capitalista.

Com este fito, pretende-se realizar uma abordagem por meio de um método dialético marxiano visando buscar uma melhor compreensão do fenômeno em tela, utilizando-se, também, como técnica de pesquisa a necessária revisão bibliográfica de obras que se voltam ao estudo da questão. Assim, mostra-se indispensável o estudo de obras clássicas de autores como Alessandro Baratta, Antoine Garapon, Frédéric Gros, Massimo Pavarini, Michel Foucault, Loïc Wacquant e Eugênio Zaffaroni, que fornecerão os subsídios necessários e indispensáveis à compreensão do problema da segregação punitiva e racial ainda ocorrida nos dias de hoje por meio da utilização da pena privativa de liberdade.

1 DOUTRINAÇÃO SOCIAL: AS ORIGENS DE UMA SOCIEDADE DISCIPLINADORA

A punição é, sem dúvida, um dos mais antigos institutos de controle do sujeito existente na humanidade. Diversos documentos, ainda que não oficiais, e relatos, descrevem infinitas

formas de utilização da violência como instrumento precursor da imposição da vontade pela força desmedida.

Foucault, em “Vigiar e Punir”, já alertava que “[...] em qualquer sociedade, o corpo está preso no interior de poderes muito apertados, que lhe impõem limitações, proibições ou obrigações” (FOUCAULT, 1987, p. 132), exigindo-se em qualquer sociedade e a qualquer tempo, métodos que destinam-se a permanente aspiração pelo controle social.

No século XVIII, o *suplício* apresentava-se como a principal ferramenta desse controle, em que o fazer sofrer e a destruição do corpo variava de acordo com o delito praticado, oscilando entre o máximo grau de crueldade, não raras as vezes alcançando a penalidade capital. O sofrimento do sujeito era o indicativo da reprovabilidade do “crime” e a pena deveria ser implementada publicamente, fazendo-se com que o medo permanecesse diante da espetacularização da execução criminal.

A pouco a pouco, no decurso da história, esta forma primitiva de castigo, cego, sanguinário, teria evoluído para formas mais individualizadas - procurar-se-á sempre punir directamente o autor do delito - e mais simbólicas - aceitar-se-á sempre uma reparação financeira. A pena pública deve ser compreendida como forma adocicada e regulamentada de uma vingança de sangue, arcaica e funesta. [...]

A pena pública tem suas raízes num fundo emocional: o horror fascinado, o terror sagrado. O crime não é então reflectido como uma agressão exterior, mas como transgressão por uns dos membros de uma lei sagrada do clã. Não constitui um ataque vindo de fora contra o qual é necessário defender-se, mas um mal que ameaça o interior que é preciso purificar. (GARAPON; GROS; PECH, 2002, p. 16-17).

Não por outro motivo é que já no mesmo século, em virtude das transformações econômico-sociais em curso, se inicia a política penal de “apropriação dos corpos”, agora sem a finalidade de destruição, mas com o objetivo de subtração do máximo de proveito útil possível. Neste momento, o poderío disciplinar possui o condão do exercício centralizado de controle social, na medida em que passa a exercer a transformação das condutas individuais, amoldando-se aos interesses da classe dominante.

Para Foucault, o poder disciplinar, enquanto conjunto de mecanismos de controle do corpo,

apresenta-se como um modal de exercício de poder com vistas a modelação dos indivíduos, “domesticando-os” aos padrões desejados para o convívio social.

O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente. Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa máquina de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. (FOUCAULT, 1987, p. 133)

Adverte ainda o autor ao asseverar que: “É dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado” (FOUCAULT, ano, p. 132). O poder disciplinar enquanto mecanismo de transformação social e controle, e porque não dizer dominação do indivíduo, é dotado de elementos como a distribuição de corpos ao sabor de funções preestabelecidas, assim como o controle da atividade individual de cada sujeito, a internalização das funções e a eficiência do indivíduo (SANTOS, 2005).

Além disso, é de se verificar ainda que o processo de docilização dos corpos por intermédio do poder disciplinar pode ocorrer a partir de instituições técnicas, mormente pela utilização de dois elementos principais, sendo o primeiro deles fundado na arte das distribuições e o controle da atividade e, em segundo lugar, relacionando-se, nesta ordem com o controle do espaço e do tempo.

Quanto ao elemento arte das distribuições ou controle do espaço, a busca pela correta distribuição dos indivíduos no campo, como forma de manutenção da sujeição e submissão incontinente, e nesse aspecto destaca-se a prisão da liberdade por meio do encarceramento, possuiu como resultado lógico e evidente uma espécie de troca daqueles considerados como “vagabundos” e “miseráveis”, além de outras manifestações mais sutis, todavia igualmente eficiente (e devastadora), como modelo cooptado dos colégios e quartéis em suas disciplinas internas.

Para Foucault, a vigilância “[...] torna-se um operador econômico decisivo, na medida em que

é ao mesmo tempo uma peça interna no aparelho de produção uma engrenagem específica do poder disciplinar” (FOUCAULT, 1987, p. 169). No mesmo aspecto de disciplinamento, agora com relação ao controle da atividade e do tempo, busca-se a utilização adequada do tempo a partir do estabelecimento de rígidos horários por meio de ciclos repetitivos.

Este mecanismo de dois elementos permite em certo número de operações características da penalidade disciplinar. Em primeiro lugar, a qualificação dos comportamentos e dos desempenhos a partir de dois valores opostos do bem e do mal; em vez da simples separação do proibido, como é feito pela justiça penal, temos uma distribuição entre pólo positivo e pólo [sic] negativo; todo o comportamento cai no campo das boas e das más notas, dos bons e dos maus pontos. É possível, além disso, estabelecer uma quantificação e uma economia traduzida em números. Uma contabilidade penal, constantemente posta em dia, permite obter balanço positivo de cada um. (FOUCAULT, 1987, p. 173-174)

Deste modo, partindo da referida técnica disciplinar, eventuais desvios são classificados, há uma hierarquização das qualidades individuais, promovendo uma separação entre bons e maus, exercendo, assim uma pressão permanente a fim de que se submetam ao referencial prevalente, levando-os a submissão, à dominação, a comparar, a diferenciar, a hierarquizar, a homogenizar, a excluir. Em uma palavra, ela normatiza. (FOUCAULT, 1987, 175)

Em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. Diferenciar os indivíduos em relação uns aos outros e em função dessa regra de conjunto – que se deve fazer funcionar como base mínima, como média a respeitar ou como o ótimo de que se deve chegar perto. Medir em termos quantitativos e hierarquizar em termos de valor as capacidades, o nível, a “natureza” dos indivíduos. Fazer funcionar, através dessa medida “valorizadora”, a coação de uma conformidade a realizar. Enfim traçar o limite que definirá a diferença em relação a todas as diferenças, a fronteira externa do anormal (a “classe vergonhosa” da Escola Militar). A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normatiza. (FOUCAULT, 1987, p. 175-176)

Tal modal de sociedade disciplinar, enquanto ponto crucial da necessidade de dominação, é firmada a partir de mutações decorrentes da expansão da acumulação capitalista verificada entre os séculos XVIII e XIXii, na perene busca por atender os interesses da nova classe dominante, partindo de uma burguesia crescente a necessidade de disponibilização de “corpos

úteis”, capazes de produzir, o que dá-se especialmente a partir da necessidade de desenvolvimento de um sistema punitivo da ordem e, conseqüentemente do oferecimento de condições “ideais” de manutenção e sobrevivência dos ideais da burguesia.

Nesta mesma linha, é de se notar a advertência formulada por Thiago Fabres de Carvalho (2013, p. 408-409) quanto ao notório “redimensionamento dos mecanismos e estratégias punitivos” no âmbito da utilização do sistema penal, inclusive na produção da norma penal, o que se verifica até mesmo nos dias atuais, ante a nítida finalidade de manutenção de segmentos segregados nessa mesma condição de subalternabilidade diante da avassaladora força do capital que não poupa esforços e nem pessoas, quem dirá sua dignidade humana, para se manter no poder como dominador.

No campo penal, essa narrativa política projeta conseqüências penetrantes. A superação da *disputatio* (arbitragem privada) pela *inquisitio* (poder inquisitorial absolutista) representou um primeiro passo na direção do confisco do conflito por parte do poder soberano e na gradativa configuração de um novo padrão de juridicidade (penal) que iria refletir, inexoravelmente, os insurgentes valores fundantes representados pelo novo modo de produção emergente (capitalismo mercantil), pela sociedade burguesa, pela ideologia liberal-individualista e pelo moderno Estado soberano. A centralização da produção normativa, expressada na racionalidade formal do paradigma jurídico monista, correspondia aos anseios dos setores burgueses na luta contra a resistência dos segmentos reacionários dominantes da aristocracia fundiária. No âmbito do sistema de justiça penal, o que se pretendeu foi o redimensionamento dos mecanismos e das estratégias punitivos, devendo, a partir de então, apontar-se aos segmentos miseráveis que migravam para as cidades, removidos dos escombros da ordem social feudal [...].

Assim, o sistema penal, mas especialmente a prisão ou pena de prisão, vem a tona com maior força, tornando-se uma ferramenta técnica e disciplinar com vistas a educar o apenado, tornando-o útil, economicamente falando, a partir do uso de seu tempo. A prisão torna-se um apêndice das fábricas, uma “instituição auxiliar, em conjunto com a família, a escola e outras instituições de socialização” (SANTOS, 2005, p. 5).

Nesse contexto, “[...] para justificar a pena, os conceitos multiplicam-se: expiação, reabilitação, regeneração, retorsão, educação, restauração, reforma, reestruturação, vingança, reconhecimento, defesa, luto das vítimas, melhoria, segurança, exemplaridade [...]” (GARAPON, GROS e PECH, 2002, p. 12), vasta nomenclatura sinônima que emprestam

conceito para justificação da “pena pela pena”, da ilusória ótica da ressocialização que até os dias atuais persistem num discurso obsoleto e distorcido da realidade.

Nas palavras utilizadas por MELOSSI e PAVARINI (2010, p. 6), em sociedades nas quais vigora o modelo de produção capitalista, o disciplinamento para o labor assalariado apresenta-se como essencial, fazendo as vezes, inclusive de prevenção especial e geral, algo que resolveram chamar de “princípio da menor elegibilidade”, na medida em que “a eficácia da prisão pressupõe condições carcerárias piores que as condições de trabalho livres.

Na sociedade de produção de mercadorias, a reprodução ampliada do capital pela expropriação de mais-valia da força de trabalho – a energia produtiva capaz de produzir valor superior ao seu valor de troca (salário), como ensina Marx -, pressupõe o controle da classe trabalhadora: na fábrica, instituição fundamental da estrutura social, a coação das necessidades econômicas submete a força de trabalho à autoridade do capitalista; fora da fábrica, os trabalhadores marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo – a chamada superpopulação relativa, sem utilidade direta na reprodução do capital, mas necessária para manter os salários em níveis adequados para valorização do capital -, são controlados pelo cárcere, que realiza o papel de instituição auxiliar da fábrica. (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p. 6)

A partir deste pensamento, figurando como um relevante – senão o maior – instrumento de controle da “sociedade”, ou ao menos parte dela que se pretendia controlar, é que o sistema penal traça seu desenvolvimento, principalmente se considerarmos seus processos de criminalização e do funcionamento de suas instituições de poder – polícia, judiciário, ministério público e sistema penitenciário, com o fito de “[...] expulsar internando e incluir disciplinando” (BATISTA, 2012, p. 35).

A lógica da exclusão social por meio do disciplinamento é de fácil percepção. A sociedade brasileira, especialmente no momento pós ditadura militarⁱⁱⁱ passa por um momento de intenso desenvolvimento, em que as imposições do mercado devem prevalecer, no qual “[...] o Estado passa observar mais o mercado para assumir uma posição diante da sociedade; deste modo, de acordo com o posicionamento mercadológico, é que o Estado irá se posicionar, caracterizando assim uma verdadeira influência deste naquele” (DEUS, 2010, p. 481).

Por este viés, sendo notória a necessidade de “adestramento” e disciplina de determinados grupos sociais, por imposição do capitalismo que emerge com toda sua força, impõe-se ao Estado como “único detentor do monopólio da força” promova o direito penal, e a pena privativa de liberdade, como mecanismo eleito como eficaz à segregação dos indesejados, propiciando ainda maior desigualdade entre os desiguais por meio do que chamamos de “duplo recrutamento”.

[...] os consumidores são o combustível necessário para o sustento de uma sociedade e um mercado essencialmente capitalista onde, sem tais consumidores, o mercado não sobrevive e, aquele que não sobrevive de acordo com o que é ditado por ele, não tem outra utilidade se não servir de exemplo vivo daquilo que não se deve ser. tal situação social, promovida pelas imposições do mercado de consumo, cria na sociedade a marginalização de determinada parcela, criando assim novos aliados à serviço da criminalidade.

Diante de tal situação imposta pelo mercado, verifica-se o chamado “duplo recrutamento” onde, por um lado, o mercado com sua ditadura do consumo recruta infinitos consumidores que são induzidos a obedecer um determinado padrão de vida ou, ao menos, seguir alguns passos básicos de tal imposição. Por outro lado, e possivelmente a face mais *terrível* do mercado, verifica-se o recrutamento por meio da alienação, da exclusão de determinados setores da sociedade em relação às redes de produção e informação, acarretando assim em consequente desemprego, marginalização e *formação* de delinquentes sem qualquer perspectiva. (DEUS, 2010, p. 481)

Como visto, é exatamente neste momento em que se verifica de forma potencial a imposição da utilização do direito penal, mormente da privação de liberdade dos indivíduos, como mecanismo a serviço do capitalismo que, travestido de ferramenta protetora que propicia segurança pública por meio, primeiro da truculência policial e em seguida da força do aprisionamento, na verdade fomenta a desigualdade e promove a miséria.

A este respeito, cabe destacar as palavras de Zaffaroni (2005, p. 22-23) ao ponderar que a lógica da exploração é perene nas sociedades capitalistas, sendo a desigualdade a mola propulsora que sustenta uma classe dominante em detrimento da maioria dos dominados:

Ser explorado é uma dialética; sem explorado, não existe o explorador, sem dúvida. Mas, o excluído não é necessário para o incluído. O incluído não necessita do incluído. O excluído perturba; é alguém que está demais, alguém que nasceu errado e que é descartável.

E vai além quando, ao discutir a (des)necessidade do direito penal, e obviamente das penas a ele inerentes, na sociedade moderna e pós-moderna conclui que simplesmente debater ou pleitear seu fim na sociedade se trataria de um debate raso diante da profundidade do que antecede a problemática.

A tarefa que devemos enfrentar não é a simples postulação de sua recusa no direito penal – o que não é tarefa simples em si mesma, dado que se trata de uma presença visível ou invisível, porém constante –, mas precisamente para eliminar essa presença é mister encarar outro esforço, muito mais amplo: nunca eliminarmos ou reduzirmos a presença do hostil no direito penal sem antes não verificarmos que se trata de uma cunha de madeira mole por dentro. O pensamento moderno nos oferece os elementos para proceder a essa verificação, porém cometeríamos um grave erro se, deixando-os de lado, nós nos apoiássemos somente em sua componente contraditória para apresentá-lo como pós-moderno ou superados da modernidade, quando, na realidade, não se trata de nada mais do que um obstáculo do pensamento pré-moderno arrastado contraditoriamente pela modernidade. (ZAFFARONI, 2007, p. 24).

Dessarte, é inegável que o visível inflacionamento das medidas penais na sociedade brasileira possui o nítido condão prosseguir, por meio da força e da disciplina, promovendo a segregação social imposta pelo mercado, sendo o sistema penal e penalizador um aparato de engrenagens que funciona a seu serviço e ao seu sabor.

2 A FORÇA DA PRISÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

Com o avanço da sociedade burguesa e o avançar do sistema capitalista diante da nova ordem econômica instalada, desenvolvem-se igualmente novos modelos de políticas sociais e judiciais, paralelamente as novas maneiras de desobediência da lei em vigor, reclamando, assim o desenvolvimento de modelos mais eficientes de controle social. Por um lado, direitos conquistados para a burguesia funciona como sinônimo de maior desenvolvimento econômico, ao passo que para os pequenos produtores, tendo sido expropriados de seus meios de produção em prol do avanço da classe dominante, as referidas condições funcionaram como modo de sua transformação em assalariado. De tal modo, o desenvolvimento capitalista leva ao surgimento de uma dantesca massa de expropriados de seus meios de produção, e porque não dizer do

próprio mercado de trabalho, na medida em que a qualidade de trabalhadores expurgados do campo superava sobremaneira a necessidades apresentadas pelo sistema fabril (MELOSSI, 2010).

Nota-se, assim que aliada a essas questões, um dos objetivos centrais do aludido momento era o disciplinamento, a educação, a doutrinação dessa classe alijada de modo que aceitassem sua nova condição com naturalidade, protegendo-se também, com isso, a propriedade privada da classe burguesa privilegiada. Ainda com foco na disciplina, viu-se no direito penal como importante ferramenta de controle o que redundou em uma intensa reforma, passando o poder punitivo a encontrar fundamento de validade no próprio contrato social, estando, inclusive o monopólio do poder punitivo concentrado nas mãos do monarca, que promovia uma verdadeira política criminal de marginalização dos marginalizados.

En los orígenes la sociedad capitalista el corazón de la política de control social se encuentra precisamente en esto: en la emergencia de un proyecto político capaz de conciliar la autonomía de los particulares en su relación respecto de la autoridad – como libertad de acumular riquezas – con el sometimiento de las masas disciplinadas a las exigencias de la producción – como necesidad dictada por las condiciones de la sociedad capitalista (PAVARINI, 1983, p. 33).

A partir de então, passasse ao desenvolvimento de ideais de defesa social e da repressão, passando o sistema penal do estado a ser fundamentado a partir da tutela dos interesses desta sociedade contra as agressões dos criminosos. Neste caminhar Foucault aponta os reais objetivos ideológicos do sistema penal, fundamentado na repressão e na concentração da crescente criminalidade, propiciando-se o experimento de um sistema repressivo de modo a proteger as classes dominantes (FOUCAULT, 1987).

Pari passu ao aperfeiçoamento da nova técnica repressiva de controle, se verifica a sedimentação gradativa da sociedade capitalista, fazendo com que a sociedade experimente a cada momento uma maior sensação de desigualdade e aumento da pobreza, tornando-se crescente o número de desabastecidos e proscritos. Dando um salto na história, com o desenvolvimento do Estado neoliberal, torna-se visível o relevo adquirido pelo Estado penal, ganhando força o abandono dos investimentos no desenvolvimento socioeconômico geral da

população, resultando, em seguida no aprisionamento das classes marginalizadas (WACQUANT, 2001). Assim, a real função da pena e da penalidade segundo a lógica e o discurso do controle social das “classes perigosas” é promover em desfavor dessa grande massa de indivíduos, para além de um processo de disciplinamento, um verdadeiro movimento de processo de criminalização de comportamentos específicos que não agradavam as classes hegemônicas do momento.

Nas palavras de Vera Malaguti Batista, torna-se, ainda mais fácil e elucidativa a compreensão do contexto e abrangência daquilo que Wacquant denomina como “administração penal dos rejeitos humanos”:

Ele demonstra como o neoliberalismo fez com que governantes desconstruíssem o Estado de bem estar social para “priorizar a administração penal dos rejeitos humanos”, conduzindo o subproletariado urbano a uma sulfurosa marginalização. O outro movimento do poder é a introdução e difusão sistemática e coordenada do “imaginário e de tecnologias norte-americanas de segregação racial”, como é o caso da utilização do conceito de gueto para a realidade francesa. A circulação desta cultura, dos papers aos seriados para a TV, tem impedido análises corretas das relações entre classe, lugar e pobreza. A articulação desses dois movimentos, o capital neoliberal que precisa do aumento do controle de força sobre os que estão fora do mercado de trabalho e a infestação de uma cultura policial e prisional norte-americana, produziu um embaçamento e um limite dramático à discussão da “questão criminal” e da questão penitenciária no Brasil. Esses limites propiciaram o que eu chamo de “adesão subjetiva à barbárie”, que produz a escalada do Estado policial em todas as suas facetas sombrias: números astronômicos de execuções policiais disfarçadas de autos de resistência, uso da prisão preventiva como rotina, aumento das teias de vigilância e de invasões à privacidade, escárnio das garantias e da defesa como se fossem embaraços anti-éticos à busca da segurança pública. Não importa que tudo isso nos afaste cada vez mais de um convívio aceitável nas nossas grandes cidades, cenário de tantas injustiças e desigualdades sociais; o importante foi a construção de um senso-comum criminológico que, da direita fascista à esquerda punitiva, se ajoelha no altar do dogma da pena. Incorporam ambas o argumento mais definitivo para o capital contemporâneo: é a punição que dará conta da conflitividade social, é a pena que moraliza o capitalismo. E, como diria Pavarini, para cada colarinho branco algemado no espetáculo das polícias (à la FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres jogados nas horrendas prisões brasileiras. O importante é a fé na purificação pelo castigo, o grande ordenador social dos dias de hoje. (BATISTA, 2008, p. 389-390).

Não é noutro caminho que, segundo estudos Foucaultianos nota-se uma delimitação do sistema penal – polícia, judiciário e sistema penitenciário – que, na interpretação empregada por Nilo Batista (2007), seriam encarregados de promover a concretização do direito penal que tange aos seus aspectos centrais, a lei penal, a justiça penal e a prisão.

A lei penal é definida como instrumento de classe, produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores; a justiça penal seria mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela gestão diferencial das ilegalidades; a prisão seria o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade, marcada pela repressão da criminalidade das classes inferiores, que constitui a delinquência convencional como ilegalidade fechada, separada e útil, e o delinquente comum como sujeito patologizado, por um lado, e pela imunização da criminalidade das elites de poder econômico e político, por outro lado (SANTOS, 2005, p. 6).

Como antes referido, a lei penal se apresenta como ponto inicial do processo criminalizatório na medida em que é ela que promove a criminalização primária, sendo ela “[...] o ato e o efeito de sancionar uma lei material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 43). Assim, é de se ver que o processo de criminalização de condutas já, em sua gênese, se mostra naturalmente seletivo, uma vez que a classe dominante dessa sociedade e encara o Estado institucionalizado, elegendo os grupos sociais que serão passíveis de seus sistemas de coação e suas penalidades, restando satisfeito o desejo alijador da classe dominante.

Neste cenário, é nítido perceber que o ideal cultivado ao longo de toda história, ao menos do direito penal brasileiro, possui um caráter eminentemente protetivo a propriedade privada, afinal é o bem mais relevante para a burguesia historicamente, em detrimento de todos os outros direitos, especialmente quando comparado ao patrimônio públicoiv.

Já no que tange ao sistema de justiça penal e a prisão como uma de suas criações, se verifica o processo de criminalização secundária, operacionalizada pelas instituições que o compõe – órgãos policiais, Poder Judiciário, Ministério Público e órgãos do sistema prisional e penitenciário como um todo.

A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre as pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoas que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investiguem, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação); no processo, discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação da liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização). (ZAFFARONI; BATISTA, 2011, p. 43)

Diante do que se constata algumas conclusões já se tornam inevitáveis. Considerando que o sistema penal, e mais uma vez vale o destaque de que é composto de um conjunto de instituições, sendo desprovido de aparatos necessários a sua ação desde o aprisionamento de pessoas até seu processamento e julgamento, na medida em que ilícitos penais são inevitáveis numa sociedade dinâmica e plural, se encontra fadado a triste realidade seletiva que se visualiza atualmente, estando o sistema disposto diante de uma encruzilhada em que somente se enxerga dois caminhos, o reconhecimento de sua falência completa ou a continuidade pela trilha da seletividade.

Se por um lado a inércia do sistema penal o conduziria a sua extinção, atingindo de morte tudo aquilo construído ao longo da história pelo capital, sem ter outra escolha conveniente e oportuna a perpetuação da dominação pela seletividade o segundo caminho é o que se impõe, operando-se, assim os estratagemas de neutralização e disciplinação dos grupos sociais marginalizados.

Como consequência dessa “escolha” de uma só opção viável para os reais interessados ao deslinde da questão, nota-se uma crescente exponencial de uma política de segurança pública calcada no extermínio, inflacionando-se a opressão policial contra grupos eleitos à segregação socialv que, em quase todos os momentos experimentam a mácula do vilipêndio de seus direitos e garantias fundamentais.

Nesta linha, Foucault (1987, p. 261):

[...] 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 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 [...]

De tal sorte, ainda que se apresente o sistema penal enquanto um sistema lógico, justo e igualitário, que visa promover as garantias reportadas à dignidade humana, se visto *com olhos*

de ver, emergirá sua realidade seletiva, estigmatizante e repressora, sempre a serviço de poucos em detrimento dos demais, sempre garantindo a supremacia da lógica do mercado (legal ou mesmo ilegal) passando ao largo da observância dos direitos mínimos de todo cidadão que, independentemente de sua condição, é o seu titular.

A institucionalização do sistema repressivo de puro controle social já, há muito, não alcança seu objetivo principal de ser um garantidor de uma ordem socialmente justa, apresentando, segundo Zaffaroni, uma intrínseca contradição entre o discurso jurídico e a verdade do sistema penal:

Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de se exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 2012, p. 15)

Pondera ainda o autor, que o sistema penal é detentor de um poder capaz de promover um amoldamento da realidade em função do exercício do controle sobre pessoas determinadas:

Mediante esta expressa e legal renúncia à legalidade penal, os órgãos do sistema penal são encarregados de um controle social militarizado e verticalizado, de uso cotidiano, exercido sobre a grande maioria da população, que se estende além do alcance meramente repressivo, por ser substancialmente configurador da vida social. (...) Assim, os órgãos penais ocupam-se em selecionar e recrutar ou em reforçar e garantir o recrutamento de desertores ou candidatos a instituições tais como manicômios, asilos, quartéis e até hospitais e escolas (em outras 398 épocas, conventos). Este poder também se exerce seletivamente, de forma idêntica à que, em geral, é exercida por todo o sistema penal. Os órgãos do sistema penal exercem seu poder militarizador e verticalizador disciplinar, quer dizer, seu poder configurador, sobre os setores mais carentes da população e sobre alguns dissidentes (ou “diferentes”) mais incômodos ou significativo. (ZAFFARONI, 2012, p. 23-24).

De tal modo, os processos de criminalização obedecem uma lógica de conjunturas variáveis, sempre orientados, pelo que BECKER (2008) chama, de “empresários morais”, podendo ser estes comunicadores sociais, políticos, lideranças religiosas, autoridades policiais, grandes

empresários e membros de classes dominantes dotados de grande influência de um modo geral. Na linha do pensamento de ZAFFARONI, BATISTA e SLOKAR (2003, p. 43) “[...] sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam”.

Objetivamente quanto a criminalização secundária, o primeiro ou principal elemento de seleção que se apresenta é o que preferimos chamar de “padrão básico de criminoso”, tipicamente identificado pelas instituições penalizantes segundo sua etnia, gênero, cor de pele, idade e classe social. Uma vez mais na linha da doutrina de Zaffaroni, o modelo básico de criminoso acaba sendo caracterizado enquanto se:

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, da 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, 2011, p. 48).

Nesta ótica, não é forçoso constatar que, historicamente (e não só no Brasil), a clientela preferencial do sistema penal costuma ser os ramos mais marginalizados e pobres, especialmente em função dos processos históricos de desqualificação dos negros, pobres e moradores das periferias, estando, assim, esses e outros setores da sociedade mais refêns dos órgãos de repressão inerentes ao poder punitivo estatal.

Nesta linha, Melossi e Pavarini (2010, p. 215-216) destacam ser o cárcere, a pena “perfeita” para dispor, de maneira autoritária, a restrição da liberdade de uma pessoa por um período de tempo, exercendo o controle social almejado por meio do poder disciplinar.

O cárcere – enquanto “lugar concentrado” no qual a hegemonia de classe (uma vez exercitada e nas formas rituais de “terror punitivo”) pode desenvolver-se racionalmente numa teia de relações disciplinares – torna-se o símbolo institucional da nova “anatomia” do poder burguês, o locus privilegiado, em termos simbólicos, da “nova ordem”. O cárcere surge assim como o modelo da “sociedade ideal”. E mais: a pena carcerária – como sistema dominante de controle social – surge cada vez mais

como parâmetro de uma radical mudança no exercício do poder. De fato, a eliminação do “outro”, a eliminação física do transgressor (que, enquanto “fora do jogo”, se torna destrutível), a política do controle através do terror se transforma – e o cárcere é o centro desta mutação – em política preventiva, em contenção, portanto, da destrutividade.

Dessarte, Wacquant (2003), procedendo uma análise da hipertrofia do sistema prisional norte-americano, conclui ser a prisão uma instituição política que funciona como um componente do Estado, considerando funcionar como uma ferramenta de controle das massas marginalizadas ao promover a criminalização da miséria. Tais distorções sociais e econômicas, propiciadas pelo neoliberalismo reclamam sempre grande efetividade do sistema de justiça criminal de modo a promover o afastamento daqueles “indesejáveis” do convívio comunitário.

Assim, o cárcere vem exercendo de forma avassaladora seus mecanismos de segregação de indivíduos de modo seletivo com um principal objetivo de manter fora de circulação, determinados sujeitos, deturpando completamente a lógica da finalidade apregoada do sistema prisional. Na expressão de Juarez Cirino dos Santos, trata-se de um processo de “eficácia invertida”, vez que, ao revés de se prestar unicamente para a contenção da criminalidade propriamente dita, como em tese deveria ser, “introduz os condenados em carreiras criminosas, produzindo reincidência e organizando a delinquência” (SANTOS, 2005, p. 5).

Nas palavras de Daniel Sarmiento (2015, *on-line*), vê-se que a realidade prisional brasileira é ainda mais cruel:

As prisões brasileiras – que já foram descritas pelo Ministro da Justiça, sem nenhum exagero, como „masmorras medievais“ – são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos. Homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado. As instituições prisionais são comumente dominadas por facções criminosas, que impõem nas cadeias o seu reino de terror, às vezes com a cumplicidade do Poder Público. Faltam assistência judiciária adequada aos presos, acesso à educação, à saúde, à seguridade social e ao trabalho. O controle estatal sobre o cumprimento das penas deixa muito a desejar e não é incomum que se encontrem em mutirões carcerários, presos que já deveriam ter sido soltos há anos. Há mulheres em celas masculinas e outras que são obrigadas a dar à luz algemadas. Neste cenário revoltante, não é de se admirar a frequência com que ocorrem rebeliões e motins nas prisões, cada vez mais violentos. (...) Em minha opinião, o drama carcerário é a mais

grave questão de direitos humanos do Brasil contemporâneo. Mas além disso, as mazelas do sistema prisional brasileiro comprometem também a segurança da sociedade. Afinal, as condições degradantes em que são cumpridas as penas privativas de liberdade, e a „mistura“ entre presos com graus muito diferentes de periculosidade, tornam uma quimera a perspectiva de ressocialização dos detentos, como demonstram as nossas elevadíssimas taxas de reincidência. Neste contexto, a prisão torna-se uma verdadeira „escola do crime“, e a perversidade do sistema ajuda a ferver o caldeirão em que vêm surgindo e prosperando as mais perigosas facções criminosas.

Assim, a máxima da ressocialização contida na retórica do discurso de justificação do encarceramento não passa de um mito que, talvez, um dia, pudesse se imaginar alcançar, na medida em que torna-se inimaginável a ressocialização de pessoas as quais não são oferecidas as mínimas condições de higiene e saúde, quem dirá de restabelecimento da dignidade humana que lhes fora cassada pelo cárcere.

Em verdade, o sistema prisional brasileiro, e não só ele, atinge fielmente o objetivo do capital de promover uma administração da miséria por meio do aprisionamento das massas com a finalidade de segregá-las do convívio social, fomentando, com isso a, ainda viva faceta do direito penal promocional que prefere “limpar” a sociedade daquilo que não produz riqueza e consumo, em vez de promover políticas públicas e sociais de inserção dessas pessoas e diminuição da criminalidade, fomentando-se ainda mais a lógica da dominação reinante há séculos.

ALGUMAS CONCLUSÕES

Como se viu, ao longo da história da humanidade foram desenvolvidas técnicas de “adestramento e submissão dos corpos”, por meio da moldagem e adequação dos comportamentos individuais e coletivos para o convívio social, possibilitando, com isso, a permanência, até aqui perpétua das classes dominantes no poder. Com a consolidação do modo de produção capitalista e do abismo aberto por meio das desigualdades inerentes a esse processo, viu-se a necessidade de “aperfeiçoamento” dos mecanismos de controle social, surgindo, assim o sistema penal como último avatar da humanidade, revelando-se como técnica eficiente de controle sobre as massas historicamente alijadas e deixadas à margem da sociedade.

Na medida em que a desigualdade social cresce, e ela parece nunca ter fim. Proporcionalmente

a ela, também cresce a necessidade de controle, ganhando força os discursos de penalização e encarceramento a cada dia mais inflacionados e perversos. Assim, diante da latente necessidade de limitação, o sistema penal, composto do grupo de instituições que historicamente tiveram a incumbência de promover as práticas punitivas, guarda o propósito de controle dos indesejáveis para assegurar a ordem social.

De tal modo, operando pela lógica da seletividade, o sistema penal passa a ser entendido como mecanismo de controle social eficaz e barato, tendo como ponto de partida dois modelos de criminalização.

Por um lado, o processo de criminalização primária em que há uma definição legal de quais comportamentos serão rotulados, o que é levado a efeito verificando-se uma série de fatores como, por exemplo, o poder da mídia nos processos de penalização. Doutro lado, vê-se o processo de criminalização secundária, caracterizando-se pelo momento de aplicação da norma penal, em que as diversas instâncias da cadeia seletiva, iniciando-se pela abordagem policial que guarda o estigma do “criminoso padrão”, que foi moldado com base em preconceitos introjetados na sociedade como uma verdade subliminar apregoada pelo sistema de dominação vigente, perpassando por instituições como Ministério Público e Poder Judiciário que, de maneira geral corroboram com as ilegalidades cometidas na ponta inicial da cadeia, finalizando-a no sistema penitenciário, sempre servil ao indivíduo suspeito de burla a ordem social.

Desta forma, o cárcere, enquanto *locus* de internação de pessoas, especialmente aquelas com definições específicas eleitas pela lógica da dominação – negros, homens, pobres, de baixa escolaridade em sua maioria -, é, nitidamente, um relevante mecanismo de controle social de cidadãos que foram desqualificados no desenrolar da história por intermédio do discurso do medo que lhes foram endereçados.

A repressão promovida por meio do aparato policial é emblemática quando se nota a diferença entre a abordagem promovida nas áreas mais e menos nobres das cidades. Se na primeira a atenção à legalidade se nota de forma irrestrita, em áreas marginais persistem as ilegalidades

(tortura, invasão, extorsão, extermínio, formação de grupos paramilitares etc) praticadas pelos mesmos agentes que seguem a lógica de alienação promovida pelos mecanismos de dominação.

Os direitos fundamentais nesse processo são deliberadamente ignorados como se inexistentes fossem, sejam eles de caráter da dignidade individual, sejam eles de natureza processual, tais como a presunção de inocência e não culpa, a ampla defesa, a execução de pena em condições dignas etc.

A pena privativa de liberdade não atinge o objetivo central de sua ideologia no direito brasileiro e na maioria dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, seja pelo fato de estar a serviço do capital e do mercado que somente pretendem afastar sujeitos historicamente estereotipados enquanto marginais com a finalidade de promover “limpeza social”, seja pela obsolescência do sistema penal e das instituições estatais brasileiras que, conforme defendido se encontram a serviço do mercado e dos interesses particulares das classes reconhecidamente dominantes.

Assim, o sistema penal nada mais é que uma instituição política que exerce suas atividades como peça essencial ao próprio mercado que se vale do Estado, uma vez que funciona como ferramenta de controle das massas marginalizadas por meio da penalização e do encarceramento de miseráveis, movimento decorrente das disfunções socioeconômicas provocadas pelo sistema neoliberal, que dependem da eficiência do sistema de encarceramento e segregação criminal na base da pirâmide de classes, de modo que os indivíduos que o sistema considere indesejados sejam, simplesmente afastados do convívio social, seja para as periferias (favelas e comunidades), para o cárcere ou, em última análise para o completo extermínio.

REFERÊNCIAS

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

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

CARVALHO, Thiago Fabres de. O imaginário punitivo nas aventuras da modernidade: a genealogia do pensamento criminológico entre regulação (poder soberano) e emancipação (vida digna). **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, p. 395-428, jun. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/303/238>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

DEUS, Jardel Sabino de. A sociedade do risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 891, p. 477-494, jan. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 31.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será**. Tradução Jorge Pinheiro. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI e XIX)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PAVARINI, Massimo. Control y dominación. **Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. México: Siglo XXI, 1983.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **30 anos de vigiar e punir (Foucault)**. Disponível em: http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/03/30anos_vigiar_punir.pdf. Acesso em 7 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. As masmorras medievais e o Supremo: análise da constitucionalidade do sistema prisional brasileiro é a tarefa relevante do STF. **Jota**, São Paulo, 3 jan. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/constituicao-e-sociedade-masmorras-medievais-e-o-supremo-06012015>>. Acesso em 3 ago. 2017.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. As duas faces do gueto. Tradução de P. C. Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. 158 p. Resenha de: BATISTA, Vera Malaguti. Sulfurosas marginalizações. **Revista de História**, São Paulo, n. 160, p. 389-393. Disponível em: <http://revhistoria.usp.br/images/stories/revistas/160/RH_160_-_Vera_Malaguti_Batista.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro – I.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Abertura. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22- 23.

_____. **O inimigo do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ⁱ Aqui se pode destacar os diversos instrumentos e literaturas religiosas, e não necessariamente de uma religião específica, que relatam centenas de histórias, verídicas ou não (a depender da crença) que ora o criador (Deus) ora pessoas influentes naquelas sociedades (sacerdotes, reis, senhores, imperadores, governadores etc) se valiam do uso da violência como forma de retribuição e castigo, mas principalmente como elemento de “persuasão” dos demais membros daquela comunidade, e não era atoa que as punições eram públicas, nas ruas e praças para que todos pudessem espantar-se diante da crueldade dos açoites e outras formas de implementação da ordem pelo “exemplo”.

ⁱⁱ A cerca deste tema já escrevemos no artigo A sociedade do Risco e a (in)eficiência da expansão do direito penal como forma de diminuição da criminalidade na era globalizada, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 891, p. 477-494, jan. 2010. Na oportunidade constatamos que a segregação social típica da era globalizada se apresenta como mecanismo de dominação e de permanência da classe dominante no poder em detrimento daqueles que pelas próprias lógicas do mercado não conseguem ou não têm a oportunidade de se inserir. Desta maneira a expansão do direito penal e das formas de punição - mormente por meio da pena privativa de liberdade - são sim mecanismos úteis, não para a ilusória ressocialização que os livros pregam, mas como meio de afastar os indesejáveis da sociedade consumista e produtiva que dão força a lógica do capital.

ⁱⁱⁱ Considera-se aqui meados da década de 1980 em diante, inclusive, até os dias atuais.

^{iv} Vale explicar neste ponto que fazendo-se uma simples comparação entre os crimes de roubo (art. 157, CP) e o crime de sonegação fiscal (art. 1º, da Lei nº 4729/65), se se notar no *quantum* de pena atribuído a cada tipificação penal em abstrato é flagrante que a proteção da propriedade privada é claramente mais relevante para o direito penal vigente. Essa lógica se explica em razão de o Estado, ao longo de sua história institucional, somente servir como instrumento justificador das vontades da burguesia, é o estado trabalhando para o capital e nunca para si próprio ou para a coletividade.

^v Destaca-se que a opressão policial se opera contra grupos de jovens, negros, pobres, geralmente de baixa instrução escolar. Essa é a constatação de diversas pesquisas desenvolvidas neste sentido no Brasil, em que a morte de negros, de baixa escolaridade e pobres representam 68% das mortes violentas. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/consciencia-negra-68-das-mortes-violentas-sao-de-negros/> acesso em: 17 jul. 2017. Em igual sentido, foi apresentado Relatório Final do Senado Federal sobre o Assassinato de Joven (2016) que, dentre outros dados constatou que “a cada 23 minutos, um jovem negro é assassinado no Brasil. Todo ano, 23.100 jovens negros de 15 a 29 anos são mortos. A taxa de homicídio entre jovens negros é quatro vezes a verificada entre jovens brancos, o que reforça a tese de estar em curso um genocídio da população negra”. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/06/08/em-relatorio-cpi-apresenta-sugestoes-paraacabar-com-genocidio-da-juventude-negra>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

**ENCARCERAMENTO E REALISMO DE ESQUERDA: EM BUSCA DE
REINTEGRAÇÃO DO APENADO**

*IMPRISONMENT AND LEFT REALISM: IN PURSUIT OF OFFENDER'S
REINTEGRATION*

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora em Direito pela UFPE. Professora da Universidade Católica de Pernambuco –
UNICAP. ericababini@hotmail.com

Raissa Lustosa Coelho Ramos

Graduanda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail:
raissa.lustosa@hotmail.com

Resumo: Face o encarceramento em massa brasileiro e respectivas implicações em termos de reincidência, o presente trabalho objetiva problematizar formas de redução de dor no âmbito do sistema carcerário a partir de uma proposta mecanismos de incentivo fiscal para empresas particulares contratarem mão de obra de pessoas egressas do sistema prisional como forma de combate à reincidência e integração da pessoa à sociedade. Conscientes, de um lado que o fenômeno guarda relação com o controle de classes e da política criminal do “Law & Order”, mas ao mesmo tempo, trabalhando a partir do paradigma do realismo criminológico, baseado reduzir o poder punitivo, mas por meio do Estado, as autoras discutem a responsabilidade estatal de redução do processo estigmatizante daqueles que são egressos do sistema prisional. Outrossim, parte-se do pressuposto de que funções da pena são discurso retórico de exercício de poder punitivo, mas essa permanência retórica onera cofres públicos. Assim a proposta é de um utilitarismo às avessas: reintegração do preso à sociedade pode ser um conceito útil à redução da estigmatização social do preso e a redução da reincidência, com consequente redução de custos estatais.

Palavras chaves: reintegração, criminologia realista, presos egressos e incentivo fiscal.

Abstract: Facing Brazilian mass incarceration and its implications in terms of recidivism, the present study aims to problematize alternatives to reduce the pain caused by prison systems based on a proposal of tax benefits for private companies who hire ex-offenders as their employees, as a way of fighting against recidivism and integrating that person into society. Conscious, on one hand, that this phenomenon is related to class control and the criminal policy of Law & Order, but at the same time, working from the realist criminology's paradigm based on reducing punitive power, but through State, the authors discuss the State's responsibility to reduce the stigmatizing process of those who have been inside the prison system. Thus, given the assumption that the purpose of penalty itself is a rhetorical speech of the Government's punitive display, but the maintenance of this rhetorical tool burdens public funds. Therefore this proposal is a reverse utilitarianism: reintegration of the prisoner into society can be a useful concept to reduce the prisoner's social stigma and reduce recidivism, with a consequent reduction of State costs.

Keywords: reintegration, left realism, convicted and ex-offenders, tax benefit.

INTRODUÇÃO

Na jornada do retorno à sociedade após o encarceramento, o indivíduo passa por diversas barreiras, sendo uma delas a entrada ou reentrada no mercado de trabalho formal com o fenômeno pós-prisional conhecido como o estigma de ex-presidiário. Atualmente inexitem ou existem em pequena escala medidas estatais que têm como objetivo reduzir essas barreiras, atuando para diminuir o estigma e promover a real reintegração dos que deixam o cárcere. O abandono ao qual se submetem as pessoas encarceradas transcende seu tempo de cumprimento de pena, alcançando sua vida em liberdade com a falta de atuação estatal para superar os efeitos do aprisionamento que ele mesmo produz. Ademais, o contexto brasileiro de superlotação de ambientes carcerários e a forma desumana como esses lugares são geridos agrava a condição de vulnerabilidade dos que lá se encontram, especialmente pela existência de diversas facções e prática de crimes em seu interior. O cárcere não recupera pessoas, e, portanto, não atende ao discurso oficial de justificação de “ressocialização”.

Por outro lado, do ponto de vista filosófico a racionalidade da pena assentada na ressocialização é um pressuposto retórico porque impossível de ser concretizado, reduzindo-se à estratégia de poder a especialistas do final do sec. XIX e início do séc. XX (GARLAND, 2008).

Não se pode perder de vista que as políticas criminais de “tolerância zero” e “lei e ordem” gradativamente acabaram com a era do previdenciarismo penal norte-americano, em que a prisão era o último recurso, “o último estágio de um processo contínuo de tratamento” (NASCIMENTO, 2008 *In*: GARLAND, 2008), quando se acreditava ser possível recuperar o apenado; dando ensejo a uma nova gestão do risco, em que não há qualquer preocupação com fatores sociológicos, patológicos etc., problemas clássicos da criminologia; porquanto, o que importa é a gestão neoliberal do risco (BRANDARIZ GARCÍA, 2014).

A repressão do crime como castigo e o uso da tutela penal para o controle de massas a partir de uma lógica tecnocrata, baseada na teoria do risco, tal qual a nova penologia (FEELEY, SIMON, 2005) passaram a ser utilizadas em larga escala, com sanções de caráter neutralizador.

O resultado desse tipo de política criminal performativa que lida com o gasto público para neutralizar os riscos e oferecer “sensação” de segurança (WERMUTH, 2016) é a constante piora nos indicadores de criminalidade. Nesse contexto, as estatísticas de reincidência criminal além de altas o suficienteⁱ para comprovar a inutilidade das cadeias e penitenciárias brasileiras quanto à ressocialização, tornam-se uma preocupação para o Estado e para a sociedade.

Não só os Estados Unidos exportaram para vários países sua política criminal, como também o modelo hegemônico capitalista que ampliou a pobreza, a desigualdade e a violência no mundo (BATISTA, 2009). A incorporação dessa perspectiva no Brasil, com contextos de “desigualdade de distribuição de renda e oportunidades de inclusão econômica e social”, contando com mais de 53 milhões de pessoas em situação de pobrezaⁱⁱ, tem outro colorido. Além disso, como pensar em programar uma cultura de gestão no cenário de cultura política corrupta, imersa no patrimonialismo, clientelismo e assistencialismo? Mais: não há formação técnica para garantir controle e transparência de dados públicos?

Em verdade, o Brasil tem falhado em suas políticas de controle de criminalidade, utilizando respostas midiáticas, ostensivas e fragmentárias (LEMGRUBER, et. al., 2002) para responder ao crime, de forma que, atualmente, aproxima-se bastante da prática gerencialista

dos Estados Unidos (DIETER, 2012), em que não se visa solucionar o problema da criminalidade, mas apenas ter um lugar onde possa serem administrados os infratores considerados como “grupo de risco”.

A criminalidade é ampliada pelo neoliberalismo e pela difusão de padrões de consumo hedonista, que não respeita a condição de baixa renda das classes oprimidas, criando um mal-estar social e apelando para o controle penal como forma de manter o sistema capitalista a partir da segregação de comunidades desviantes.

A partir dessas considerações, as autoras, buscando fugir da armadilha eficientista atuarial, ensaiam uma forma de gestão controle do crime que não envolve legitimar o poder punitivo, mas sim um sistema de política social acessível através de medidas estatais possíveis, visando inserir o egresso do sistema penal num contexto de menos violação da dignidade social com ganho de renda própria, visando, indiretamente, combater os índices de reincidência criminal.

O objetivo perpassa uma compreensão do realismo de esquerda, e, portanto, apresenta uma intervenção na política criminal “por meio, mas contra o Estado” (MATTHEWS, 2009) para melhorar o quadro atual e reduzir o sofrimento dos que deixam o cárcere (BARATTA, 2011). A reintegração do preso preconiza políticas criminais preventivas – e não repressivas – e abarca muitos conceitos teóricos da criminologia crítica quanto à construção política do crime, porém tem como principal fundamento propor intervenções concretas na realidade social. (MATTHEWS, 2009).

É seguindo a lógica realista de esquerda que se justifica a proposição do incentivo fiscal como mecanismo estatal de intervir na situação de estigma e ajudar egressos do sistema penal e conseguir vaga no mercado de trabalho. A proposta é que o Poder Público venha a recorrer ao apoio da própria sociedade e da iniciativa privada para combater a violência e a reincidência criminal, visando diminuir tanto as barreiras do estigma prisional quanto as impostas pelo próprio sistema capitalista neoliberal. O mercado de trabalho formal é de difícil acesso a pessoas com passagem pelo sistema de justiça criminal, e, por isso, entende-se que as empresas e indústrias necessitam de incentivo estatal para serem estimuladas a contratar ex-presidiários em sua grade de funcionários. Isso porque a prisão submete o egresso ao preconceito social que dificulta sua entrada num emprego, e, dessa forma, justifica-se a necessidade de tal medida.

É uma maneira de implementar uma política social através do Direito Tributário, evitando uma política criminal gerencialista. O trabalho formal agiria como uma forma de resgate da cidadania, bem como uma maneira de recolocá-las na posição de contribuintes efetivos do sistema, consumidores de bens e serviços e trabalhadores, movimentando a economia estatal.

1. O ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO E A RETÓRICA DA RESSOCIALIZAÇÃO – SUBPROTOS DA POLÍTICA CRIMINAL DE TOLERÂNCIA ZERO

O processo de expansão do direito penal no Brasil, pautado pela hipercriminalização de diversas condutas e o abandono do princípio do direito penal mínimo, está levando o país a atingir níveis absurdos de encarceramento, acompanhados por taxas elevadas de reincidência criminal. A origem dessa forma de política criminal veio da importação do modelo de encarceramento em massa dos Estados Unidos, que a partir de 1990 chegou no Brasil durante o governo de Fernando Collor de Melo.

Ronald Reagan, o presidente dos Estados Unidos entre 1981 e 1989 foi o propulsor dessas políticas criminais incisivas. Sua premissa de “tolerância zero” com o crime tornou-se um *slogan* que fez questão de propagar para o resto do mundo, exercendo a soberania norte-americana através inclusive da pressão econômica aos outros países. Durante sua gestão, Reagan sancionou diversas leis que violavam direitos fundamentais e autorizavam medidas extremas, conferindo mais poder à polícia e aumentando as verbas dos órgãos de repressão (tolerância zero). Foi o início, inclusive, da guerra às drogas, que levou grande parte da população negra e pobre às cadeias, agravando as penas para indivíduos com qualquer envolvimento com drogas sem motivos coerentes.

A ascensão desses governos como o de Reagan ocorreu devido ao rompimento com o Estado Social do previdenciário ou *Welfare State*, que se deu justamente com o fim dos anos de ouro, compreendidos pelo período fordista dos anos 60. O previdenciário penal, de acordo com NASCIMENTO (*In* GARLAND, 2008), era uma ideologia político-criminal cujo mecanismo de seguridade social estava voltado para a recuperação do indivíduo criminoso,

tendo em vista que a punição não era legítima caso não estivesse acompanhada da perspectiva de recuperação e bom regresso do apenado à sociedade.

Porém, as crises econômicas que se instalaram posteriormente levaram os governantes a trazer de volta o liberalismo econômico no final dos anos 70 e 80, encerrando assim uma fase do sistema penal que estudava os efeitos do cárcere e procurava encontrar uma real maneira de corrigir o comportamento delituoso ao invés de apenas puni-lo. E, em seu lugar, surgiu o *Law & Order*.

Com o advento do neoliberalismo, os governos de Margareth Thatcher na Inglaterra, Ronald Reagan nos Estados Unidos, especialmente, passaram a difundir no mundo um estilo de governo que visava reduzir os gastos com políticas sociais, despreocupando-se em atuar para controlar o desemprego, e com a implementação de reformas fiscais para diminuir os impostos proporcionais ao rendimento do contribuinte. O combate à desigualdade social cessou, e, ao invés disso, passou-se a acentuar ainda mais as diferenças de rendimentos e oportunidades entre ricos e pobres. Ocorreu a desestabilização da ideologia do correcionalismo, e, como consequência, o desenvolvimento de políticas punitivistas em seu lugar. Houve, portanto, uma redução da proteção social e o recrudescimento da atuação penal.

O fim do ideal do Estado Social culminou com a ascensão do liberalismo e da menor intervenção do Estado na economia, que se espalhou pelo mundo graças ao domínio norte-americano na ideologia mundial, que ampliou a pobreza, a desigualdade e a violência no mundo, junto com o modelo hegemônico capitalista. (BATISTA, 2009)

O ideal de recuperação do indivíduo consolidado pelo estado previdencialista foi gradativamente abandonado, o que gerou como consequência a expansão do encarceramento até a forma como conhecemos hoje. Sendo assim, com o rompimento com o Estado previdenciário e com o garantismo, o *jus puniendi* passou a ser usado simplesmente para punir o crime sem preocupar-se com o seu contexto, consolidando um sistema de controle de crime que não previne e não dá chances de melhora.

Em apenas trinta anos, os Estados Unidos conseguiram, entre 1970 e 2000, decuplicar sua população criminal, atingindo a impressionante marca de 709 presos por cada cem mil habitantes e uma população prisional de mais de dois milhões de pessoas (LEMGRUBER, 2001). As diversas leis norte-americanas criadas durante esse período, como a dos *three strikes*,

mandatoy minimum e a regra do *truth in sentencing* contribuíram para consolidar um direito penal máximo em pena e mínimo em recuperação.

É preciso pontuar que a descrição do quadro político criminal não implica com sua concordância. Isto é parte das autoras que a ressocialização foi um pressuposto retórico de expansão do exercício do poder punitivo, utilitário para as demandas de controle da criminalidade do início do séc. XX.

Nesse sentido, a prevenção especial guarda em si problemas de legitimação que residem na pretensão de modificar a personalidade por meio da força (FOUCALT, 2004), uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Não somente, com a crise das fontes ideológicas do Estado de bem-estar, também começam a ruir seus elementos e neste sentido a prática penitenciária passou a ser denunciada como violadora dos direitos de liberdade e constituir numa política paternalista e hipócrita, como definiu o relatório *Struggle for Justice* do Partido Trabalhista, primeiro a evidenciar o Estado disciplinador, regulador e normalizador e que foi em seguida (1974) confirmado, com provas empíricas, no artigo de Robert Martinson – *What Works in prison?* (apud GARLAND, 2008).

Claro, todo este arcabouço foi auxiliado também por uma disputa de poder que não pode ser descuidada; porquanto, ao passo que os técnicos da criminologia oficial estavam vinculados ao governo, com salários e prestígio garantidos, os novos criminólogos estudavam o mesmo objeto, mas não tinham este patamar assegurado, pelo contrário, as autonomias universitárias começam a ser construídas, e precisavam de espaço para construir e apresentar seus resultados – “talvez tenha sido por isso que o controle, e não o crime – tido como normatizado – o foco central da nova criminologia” (GARLAND, 2008).

Daí em diante, dado os resultados negativos das pesquisas e as crescentes taxas de criminalidade, associada à reação despreocupada do novo marco de criminológico com finalidades de governo, o paradigma da prevenção especial passa a ruir.

Outrossim, não se pode perder de vista a lógica do *less eligibility*, princípio fundamentador da punição, segundo o qual as condições de vida no regime carcerário devem ser sempre mais inferiores do que goza o mais baixo estrato social da sociedade livre, fundamento discutido por Rush e Kirchheimer (1984).

A perspectiva da menor elegibilidade é um raciocínio de economicidade do sistema punitivo, em que a política penal no capitalismo cumpre a função de desincentivo, o repúdio ao trabalho, forçando que aqueles que estão no estágio de vagabundagem aceitem forçosamente as condições opressivas do trabalho mal remunerado e explorado da indústria capitalista. “Por isto os níveis de reclusão e as condições de encarceramento oscilam de acordo com a menor ou maior disponibilidade (e valor) da força de trabalho” (Rush e Kirchheimer, 1984, p. 3).

O pior é que a sobreposição da função simbólica (universos políticos do discurso que se legitima pela representação do que promete, formando consenso social) à instrumental (objetivos úteis da pena) permite a prevalência histórica de determinados tipos de castigo devido à interiorização da questão criminal, o que por sua vez legitima novas formas de castigo.

Neste entre jogo, a *práxis* emancipatória assumida pelo Estado não avança. Em nome da segurança e da prevenção, da redução dos riscos e do acesso ao mercado, função simbólica, o que se tem instrumentalmente é marginalização e a seleção de categorias sociais de riscos, destinatárias do controle social, no sentido da imposição de uma *less eligibility* como meio extremo de forçar a população selecionada pelo Sistema de justiça criminal a aceitarem condições de vida cada vez mais drásticas.

Para além da questão filosófica, a realidade da execução da pena é sempre criminogênica, imprime *status* negativos que vão desde a desclassificação social, com a perda de laços afetivos com a família, com a escola e/ou a comunidade, até a absorção da subcultura da unidade institucional que em si, muda a autoimagem das pessoas mesmas. Então, habituadas a serem tratadas como lixos, a isso se conformam ou contra isso se rebelam.

Se se conformam, internalizando o conceito de que é desviante, o processo de estigmatização está posto e operado. O processo de deformação psíquica e emocional leva à questão – se só se reconhece como criminosas (as pessoas), é assim que se comportam, especialmente por terem desaprendido as normas sociais para a aprendizagem das normas da prisão, num processo de desculturação. Ou seja, ao fim, a colonização dos objetivos institucionais prevalecem e, nesse sentido, a instituição é reafirmada.

Outrossim, os fenômenos de adaptação à prisão, como tem sido objeto de diversas pesquisas (O'DONNELL, EDGAR, 2009) apresentam efeitos psicológicos, incluindo sentimentos de insegurança medo ou ansiedade, perda de controle e “stress”; tudo levando ao

incremento de riscos – desde a não realização de atividades propostas (tornando falida a mínima pretensão socioeducativa) ao suicídio. Sem mencionar as consequências a longo prazo e as possibilidades de reincidência.

Há, inclusive, inversões dos valores desejados, como constata Watterson, quando, pioneiramente, pesquisou a cultura de presídios femininos nos Estados Unidos, na década de 70:

Você descobre que se você quiser fazer alguma coisa divertida, você tem que ser virá e cometer ilegalidades. Se você deseja um pouco mais de comida, você será punida por ter solicitado, então você terá que roubar comida. Você também sabe que se um membro líder da gangue perguntar se você fez alguma coisa e você responder que sim, você será punido de qualquer forma. A honestidade não é relevante. Então, você aprende a mentir, porque mentir pode te ajudar a sair da prisãoⁱⁱⁱ (WATTERSON, 1996, p. 75).

O que se pode concluir é que existe um mecanismo de dependência forçada (*“forced dependency”*) em que a prisionalização, gerando a infantilização daquele que está subordinado não permite você se emancipar. A dependência forçada é, então, o mecanismo de disciplinamento não dito, é ela que mantém a estabilidade possível na unidade para ela “não cair”. Enfim, a punição e a humilhação é muito mais larga do que se imagina, pois, onde direitos são tratados como privilégios, necessariamente há uma inversão ideológica.

Com isso, não é possível mencionar que *“notinhg works”*^{iv}, porque há algo que funciona, e muito bem: os objetivos (não declarados) de inocuização e neutralização.

Infelizmente não é somente essa a realidade do sistema prisional brasileiro. O trabalho de Camila Dias e Bruno Paes Manso (2018) indica a realidade da influência do Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, espalhada em outros estados no país e na perspectiva da internacionalização. Facções criminais não são mais mera especulação e ganham contornos específicos em diversos estados (AZEVEDO, CIPRIANI, 2015), cuja realidade pode ser verificada nas barbáries que provoca (LIMA, 2018)

Portanto, o que as autoras querem elucidar é que o discurso da ressocialização é uma retórica jurídica, somente, sem qualquer respaldo filosófico ou prático.

Fato é que, ao se levar em consideração o caráter dependente e marginal da América Latina, que recebe as diretrizes dos países centrais através de suas elites, como se aqueles fossem conhecimento de vanguarda, importando-os acriticamente, conclui-se que este

paradigma apesar de já desfalcado, ainda é presente no país e em muitas discussões criminológicas^v.

Enfim, aquela política criminal punitivista se espalhou pelo mundo e ajudou o Brasil a chegar no atual quadro de caça-às-bruxas em que há a geral mobilização para exterminar de vez o “criminoso”, segregá-lo através cárcere para que não seja mais uma preocupação para a sociedade. Por isso, está ocorrendo no País a promulgação de cada vez mais leis penais severas, ao passo em que também se encarcera mais e abraça-se o princípio de tolerância zero com o crime (LEA & YONG, 2001). É em consequência da importação desse modelo de política criminal que hoje ocorre um processo de superlotação nos presídios, penitenciárias e cadeias públicas brasileiras.

E seguindo a mesma sorte dos Estados Unidos, o Brasil, mesmo prendendo muito, continua apresentando altos índices de violência. Isso porque o Estado preocupa-se demasiadamente apenas em punir um crime, mas se esquece de tratá-lo.

Na verdade, embora essa política criminal de tolerância zero dos Estados Unidos tenha sido exportada a vários países como uma resposta à criminalidade, nunca houve indícios de que ela tivesse surtido qualquer efeito positivo quanto à criminalidade, e anos mais tarde ficou claro de que se tratava de uma jogada de marketing para tranquilizar a população e fomentar o turismo em um país onde a criminalidade é alta (MAISONNAVE, 2011). Porém, as consequências permaneceram. E, de forma ilógica, os países continuam reproduzindo essa política falida.

O Brasil, um dos países que abraçou o neoliberalismo e sua forma cruel de repressão ao crime, hoje sofre as consequências de vários anos de encarceramento sem planejamento. A progressão e a expansão desse encarceramento podem ser observadas segundo o relatório de pesquisa do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) de 2015 sobre reincidência criminal no Brasil, que constatou que no período compreendido entre 1994 e 2009, o número de presídios e penitenciárias aumentou nada menos do que 253%, totalizando 1.806 estabelecimentos prisionais.

Em números, a população carcerária brasileira em 1994 era de 110.000 prisioneiros. Em 2005 eram 380.000, e em 2011 esse número já era de cerca de 500.000 presos e 600.000 nas penas alternativas. De acordo com o INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2018), o número de pessoas encarceradas no Brasil aumentou

consideravelmente ao longo dos anos, e alcançou, em 2014, a marca de 622.202 de indivíduos no sistema prisional, sendo considerado pela ONU (Organização das Nações Unidas) o quarto país com maior população carcerária do planeta. Atualmente, ultrapassou a Rússia e passou a ocupar a terceira posição mundial em número de pessoas presas, de acordo com o novo levantamento publicado 2017.

Nesse levantamento mais recente, o total de pessoas encarceradas no Brasil chegou a 726.712 em junho de 2016, o que representa um crescimento médio de mais de 5,7 mil em relação a dezembro de 2014.

Por causa desse crescimento desenfreado do encarceramento, os assentamentos carcerários do Brasil encontram-se superlotados, visto que o número de presos é bastante superior à capacidade de alocação no sistema. O déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663 e a taxa de ocupação nacional dos presídios saltou de 161% para 197,4% em menos de dois anos. Nessas condições, o número de doenças infecto-contagiosas aumentou, junto com a violência dentro dos presídios e o número de violações de direitos no sistema carcerário.

O encarceramento submete o apenado a diversas influências negativas, deixando-o exposto ao contato com todo o fator criminógeno do cárcere e a uma vida de sofrimento. O estabelecimentos gozam de péssimas condições sanitárias e más instalações de esgotos, bem como um déficit de funcionários e corpo médico.

O próprio Estado brasileiro admitiu sua falha quanto ao sistema carcerário através do Supremo Tribunal Federal – STF, quando declarou o Estado de Coisa Inconstitucional (ADPF 347, decisão de 27/8/15) sobre o cárcere brasileiro, certificando a existência sistemática de violações a direitos fundamentais generalizada e reiterada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir tais direitos às pessoas encarceradas.

Naturalmente que esse quadro guarda relação com os números de reincidência criminal, de modo que é o Estado o principal responsável pelo projeto de criminalidade no país.

2. A REINCIDÊNCIA CRIMINAL E A BAIXA EMPREGABILIDADE DE EX-PRESIDIÁRIOS

Argumenta-se que a experiência do aprisionamento deve desencorajar o sujeito a cometer delitos. Esse pensamento tem como lógico o fato de que indivíduos vão fazer escolhas

racionais para evitar o encarceramento, com base no medo de receber a punição. Esse argumento admite o falso pressuposto de que todos os indivíduos têm a mesma perspectiva a respeito do cárcere e que o direito penal realmente serve para proteger bens jurídicos.

O estudo comandado por Sara RUBENFELD (2017) et. al. pelo Serviço Correccional do Canadá, chega à conclusão que, ao contrário do que é argumentado, as pessoas que passam certo tempo na cadeia, especialmente aqueles que ficam um período de tempo maior, tendem a engajar novamente em atividades criminais. A autora conclui, inclusive, que essa probabilidade de cometer delitos de novo é proporcional à quantidade de tempo em que a pessoa fica encarcerada, e não inversamente proporcional, como é esperado por quem acredita na lógica de que o direito penal previne a criminalidade.

Não há estudo similar atualmente no Brasil, mas o aumento da criminalidade e da reincidência criminal no País refletem um sistema penitenciário que não cumpre seu trabalho de “devolver” o condenado à sociedade após o cumprimento da pena e, ao contrário, promove a reincidência criminal. Isso é o reflexo da manutenção de um sistema de controle e punição do crime que não é eficaz, afinal, os apenados voltam a cometer delitos quando soltos.

Estatisticamente, não há um número exato sobre a reincidência criminal no Brasil, mas vários estudos mostram estatísticas preocupantes. O relatório de pesquisa do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) de 2015 sobre reincidência criminal no Brasil concluiu que quase metade das pessoas encarceradas são reincidentes (46,3%). Outro estudo aponta de sete a cada dez. Em 2015, o número divulgado pelo CNJ foi de um em cada quatro condenados.

Ainda de acordo com o relatório do IPEA de 2015, as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros podem variar em função do conceito de reincidência trabalhado (exemplo: se levam em conta os presos provisórios ou apenas os com condenação definitiva). Entretanto, esses números sempre são altos, sendo as estimativas mais baixas em torno dos 30%, o que é bastante preocupante. (CERQUEIRA & LOBÃO, 2003) Embora existam pequenas divergências, não há como negar que todas as estatísticas apresentam números muito altos de reincidência, o que demonstra a falha do cárcere brasileiro como instrumento de restauração.

Dados e estatísticas sobre a reincidência criminal mostram que a maioria dos prisioneiros não retorna à sociedade reabilitados, e, nos Estados Unidos, uma pesquisa

publicada em 2002 mostrou que dois terços das pessoas postas em liberdade voltam à prisão em menos de três anos da data de soltura (LANGAN et. al., 2002 apud FREEMAN, 2003). Nesse estudo, é feita a análise das barreiras enfrentadas pelos ex-presidiários ao retornar ao convívio social.

Concluiu-se que da totalidade das pessoas que receberam *parole* (o equivalente à liberdade condicional no sistema de justiça norte-americano), apenas 39% obtiveram sucesso, enquanto que 42% dessas pessoas foram mandadas novamente para a prisão, por quebrarem os termos do *parole*. E, ainda, 56% das pessoas que receberam esse “benefício” em 1999 tinham outra condenação anterior àquele novo processo pelo qual haviam recebido o *parole*. Foi constatado que a maioria das pessoas postas em liberdade retornava ao encarceramento, e que um dos fatores ligados a isso era a falta de mercado de trabalho.

Isso porque o tipo de estigma que se cria pelo fato de ter sido aprisionado gera para o egresso do sistema criminal dificuldade na procura por trabalho e desenvolvimento de relações interpessoais, fatores que tornam difícil sua reintegração na sociedade, especialmente se o sujeito já possui outros estigmas relacionados à etnia ou classe social.

Grande parte da sociedade, guiada pelo senso comum, entende que para controlar o crime é necessário legitimar o poder punitivo e pugnar por punições cada vez maiores e a produção de leis penais. Entretanto, não se discute as condições do retorno do indivíduo encarcerado à sociedade. Não há a preocupação em acolher o desviante no seio social, muito pelo contrário, ocorre que esses indivíduos são rechaçados e condenados a uma vida de exclusão que pode levar inclusive ao cometimento de novos delitos.

Pertinente aqui trazer também a fala de Julita LEMGRUBER, (2001, P. 28) sobre o efeito colateral do cárcere:

Atualmente, já se tem clareza de que a pena de prisão é cara e ineficaz: não inibe a criminalidade, não reeduca o infrator e estimula a reincidência, além de separar famílias e destruir indivíduos, aniquilando sua auto-estima e embrutecendo-o. Sabe-se que quem sai das penitenciárias, em geral sai pior e, ao reincidir, frequentemente comete crimes mais graves, ao contrário dos infratores punidos com penas alternativas, que reincidem muito menos.

Nesse sentido, obviamente que a função da pena cumpre uma função muito específica. De todo modo, se não alcança a prevenção, o efeito do cárcere talvez atinja resultado apenas

quando se pensa no sentimento aparente de segurança, ainda que precário. O cidadão que se sente mais seguro ao assistir ao telejornal e observar subir o número de encarcerados em sua cidade, mesmo que, na prática, os índices de violência estejam ainda iguais ou maiores. Segundo GARLAND (2008), o crescimento desproporcional do medo do crime entre a população faz com que se pugne por um combate ao crime concreto, palpável, e o cárcere parece ser uma boa resposta para isso. Não é efetivo, mas ao menos é palpável.

O medo do crime é endossado pela mídia com frequência e modo a dar a entender, para o cidadão comum, que as taxas de criminalidade e a violência são muito mais severas do que são na realidade. Constantemente, esse medo é convertido em “caldo de cultura para demandas vingativas e autoritárias” (LEMGRUBER, 2001, P. 01), e pode ser manipulado por interesses políticos para chegar a finalidades. Na verdade, foi justamente o que aconteceu quando os EUA começaram a exportar o modelo de tolerância zero para o mundo: tentou-se convencer a sociedade de que a criminalidade estava maior do que de fato estava, e somente o encarceramento resolveria o problema.

O sistema funciona basicamente dessa forma: a falta de segurança pública, que virou pauta recorrente na mídia, faz com que a população constantemente clame por soluções para a violência, exigindo atitudes do Estado, que, de forma simbólica, responde através da prática punitivista, aumentando o número de encarceramentos. (COELHO, 2012)

Por causa dessa ideologia do medo, a população demanda punições mais severas, a mídia reforça os discursos de encarceramento em massa como solução para o problema da violência urbana e o pensamento do sistema penal como “vingança” ainda prevalece no imaginário popular. Caso contrário, não se sustentaria o discurso do cárcere, e então já não poderia o Estado usá-lo como forma de segregação de pessoas. E, mesmo a Justiça Criminal não sendo a solução para o problema da violência contemporânea, ela ainda continua sendo usada de forma prioritária e desmedida.

Portanto, a violência gerada pelo modelo econômico neoliberal e endossada pelo Estado conduz não apenas o Brasil, mas o mundo, num contexto cada vez maior de criminalidade e encarceramento. Essa é uma realidade que é prévia e inseparável a qualquer construção de raciocínio e é nesse sentido que se orienta a análise a partir do realismo de esquerda.

3. REALISMO DE ESQUERDA E A REINTEGRAÇÃO DO APENADO

Partindo do contexto do capitalismo contemporâneo, nascido do neoliberalismo, que exige do Estado uma postura punitivista, que segregue e mantenha o sistema de classes sociais, prestando o serviço de contingente de massas, e assumindo o caráter de gerenciamento dessas pessoas confinadas ao cárcere.

Novos ramos da criminologia e da ciência criminal têm surgido para garantir a supremacia desse modelo, como a nova penologia e a política criminal atuarial, em que o objetivo é otimizar custos com o cárcere sem se preocupar com a prevenção à criminalidade. É nesse cenário que vem a criminologia realista de esquerda, para opor-se à política que define o encarceramento desmedido como solução e apresentar novos rumos para lidar com o crime.

O realismo de esquerda, ou criminologia realista de esquerda, surgiu durante a década de 1980, principalmente na Inglaterra, quando criminólogos críticos como Jock Young, John Lea e outros reinventaram a forma de pensar o crime e a política criminal criando uma vertente da criminologia que rompia tanto com a criminologia clássica quando, em alguns níveis, com a crítica. Atualmente, Roger Mathews é um dos autores mais conhecidos.

É importante que se faça essa diferenciação a partir da terminologia “esquerda” para que se deixe claro que não se confunde com a política criminal atuarial ou qualquer outra vertente contemporânea criminológica liberal. Essa terminologia marca justamente a característica de crítica ao Estado e suas instituições, as relações da sociedade com os meios de comunicação e a economia no mundo globalizado (LEA & YONG, 2001), e a situação de vida das vítimas e dos desviantes.

Especialmente a criminologia realista de Mathews opõe-se às novas escolas de criminologia contemporâneas liberais que ressuscitam ideias retrógradas sobre o tratamento do crime com o uso da força penal das escolas clássicas, como a política criminal atuarial, por exemplo. São ideias contemporâneas com roupagem da mesma criminologia falida que dominou o jus puniendi há séculos.

De forma geral, os críticos-realistas acreditam que a única forma de melhorar o quadro atual em que se encontra a política criminal é através de intervenções sistemáticas e respaldadas em pesquisas e teoria, buscando estratégias e práticas que sejam capazes de funcionar

(MATHEWS, 2009), e não apenas estudar e reportar um problema. É nesse sentido em que se difere da criminologia crítica, pois a vertente realista entende que deve haver aplicação prática da teoria criminológica.

The aim of a critical realism is to understand why certain control strategies are introduced, and to uncover their underlying vision and assumptions about crime and its control, in order to find out why certain controls work while others are failing. (MATHEWS, 2009, p. 351)

É provável que essa seja a única escola de pensamento criminológico capaz de, simultaneamente, debater os temas da vitimização criminal ou policial e também participar junto com o Estado de políticas penais voltadas aos direitos humanos e justiça social (DIETER, 2016). As propostas da criminologia realista de esquerda envolvem unir todas as partes do processo criminal (sociedade, Estado, criminoso e vítima) para pensar e atuar na melhor forma de prevenir o delito. Por isso, ao falar sobre o crime, é indispensável analisar todos os componentes dessa relação.

Sua proposta é efetivamente intervir e propor soluções, visto que cada vez mais, a criminologia crítica tem perdido relevância política^{vi} e aplicação prática, deixando com que as formas convencionais de política criminal reacionárias permaneçam no poder e à frente do controle do crime.

E, tendo como preocupação pensar em mecanismos que possam intervir e melhorar o quadro da criminalidade brasileira, sob o manto da criminologia realista de esquerda, este estudo visa suprir a ausência de medidas governamentais para reduzir o estigma prisional com a seguinte proposta: o Estado conceder incentivos fiscais para empresas particulares contratarem egressos do sistema prisional. Como trata-se de incentivos fiscais, a competência para fazê-lo é do próprio ente estatal, o que se enquadra no modelo proposto por Mathews sobre trabalhar junto com o Estado.

Segundo o autor, é possível trabalhar em coautoria com o Estado para reduzir a opressão e a desigualdade, através de propostas políticas interventivas. É o que Mathews define como o modelo epistemológico da criminologia realista: trabalhar “contra e por meio do Estado” (MATTHEWS, 2009).

Nesse sentido, falar em reintegração é uma alternativa, pois como pontua Baratta (2007), os dois polos – idealista ou realista – são uma falsa questão. O primeiro reconhece o fracasso

da prisão enquanto ressocialização e a concebe como neutralização, abrindo flanco ao retorno das concepções absolutas da pena ou à prevenção especial negativa. Já o polo idealista entende que apesar do fracasso da prisão para a ressocialização, essa proposta deveria continuar para evitar a abertura às concepções já mencionadas. Mas nesse caso, ter-se-ia uma falácia naturalista no primeiro caso ou uma norma impossível no segundo.

Assim, Baratta (2007, p. 2), partindo da perspectiva realista de que a pena não produz nenhum resultado útil à ressocialização, propõe: “a busca da reintegração do sentenciado à sociedade não deve ser abandonada, aliás precisa ser reinterpretada e reconstruída sobre uma base diferente”. Isto é, deve-se considerar a reintegração baseada em formas de redução de das precárias condições prisionais, de modo que

Qualquer iniciativa que torne menos dolorosas e danosas à vida na prisão, ainda que ela seja para guardar o preso, deve ser encarada com seriedade quando for realmente inspirada no interesse pelos direitos e destino das pessoas detidas e provenha de uma mudança radical e humanista e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções são as de legitimar através de quaisquer melhoras o conjunto do sistema prisional (BARATTA, 2007, p. 2).

Partindo do pressuposto de que não há prisão melhor, mas algo melhor que a prisão, isto é, tendo como finalidade menos cárcere, a busca também deve se assentar na abertura das prisões à sociedade, com a derrubada simbólica de muros e grades, de modo que “os cidadãos reclusos se reconheçam na sociedade e esta, por sua vez, se reconheça na prisão” (BARATTA, 2007, p. 3).

Portanto, “apesar da prisão”, é preciso a redefinição de conceitos para que a reintegração seja possível, e isso perpassa

benefícios e oportunidades de trabalho -- inclusive na sociedade -- que são proporcionadas a elas, depois do cumprimento da pena, por parte das instituições e comunidade, ao nosso ver, constitui um núcleo importante da construção de uma teoria e uma prática novas da reintegração dos apenados, de acordo com uma interpretação dos princípios e das normas constitucionais e internacionais sobre a pena (BARATTA, 2007, p. 4).

Verifica-se, portanto, que se trata de um programa baseado na proposta realista efetivamente, que busca a máxima de apesar do Estado, mas por meio dele. Afinal, como ter a abordagem “Semelhança funcional entre programas dirigidos a sentenciados e ex- sentenciados e os orientados ao ambiente e à estrutura social” se não for por um programa de Estado?

A proposta das autoras deste trabalho se dá neste sentido, de obter a reintegração social através de medidas possíveis na realidade pragmática, que é não apenas viável, mas digna, visando humanizar o trato dado com os que deixam o cárcere, que dialoga não apenas com o Estado, mas também com a sociedade e com a iniciativa privada para obter a finalidade de acolhimento desses indivíduos novamente no seio social.

4. PROPOSTA DE REINTEGRAÇÃO ATRAVÉS INCENTIVO FISCAL PARA FOMENTAR A EMPREGABILIDADE DE EGRESSOS

O presente estudo perpassa pelo problema da crise no controle da criminalidade do Brasil para ensaiar uma forma de gestão da criminalidade que, por meio da criação política tributária como mecanismo de política social, possa reintegrar o apenado à sociedade por meio do trabalho.

Segundo a teoria de MARX (2013), o trabalho é um processo pelo qual o ser humano tem a capacidade de modificar sua realidade, atuando sob a natureza manifestando uma vontade orientada a um fim. Para ele, a vontade de trabalhar é uma condição natural que satisfaz necessidades humanas, comum a todas as formas de sociedade. E mesmo que o autor faça a ressalva de que, no sistema capitalista, não é o trabalhador que detém o produto de seu trabalho, é impossível sobreviver sem uma fonte de renda na sociedade atual em que o Estado tem fomentado cada vez mais o neoliberalismo. E, ainda, é preciso ter em mente que o retorno econômico não deve ser a única recompensa buscada pelo trabalho, pois, no contexto do egresso do sistema prisional, outros benefícios indiretos são conquistados.

No estudo de HOLZER, et. al. (2003), o autor chegou à conclusão de que a baixa taxa de empregabilidade é um dos fatores-chave ligados ao alto número de reincidência criminal por parte dos indivíduos que deixam o cárcere. BECKER (1968) também expressamente cita o desemprego como um dos fatores que podem aumentar a disposição das pessoas para cometer delitos, bem como também a má distribuição de renda e baixo nível de educação

Um dos motivos pelo número alto de reincidência criminal é a baixa quantidade de medidas estatais de auxílio e apoio ao ex-presidiário ao retornar à sociedade. A própria Lei de Execução Penal, uma das mais modernas e humanas do ordenamento jurídico, é omissa quanto aos

egressos, que já não cumprem mais pena. É como se essas pessoas entrassem numa espécie de limbo: já não são mais apenadas, mas também não são cidadãos “comuns”. Passarão a viver o resto da vida assombradas pelo julgamento da sociedade por seu envolvimento com a justiça criminal, e não há uma legislação em âmbito federal que as proteja e assegure um retorno digno.

Não obstante essa realidade, a busca deve ser oportuna, ainda que assistida, comprometendo Estado e comunidade para ocupação estável de ex-presos, devidamente qualificados profissionalmente (BARATTA, 2007).

A falta de espaço no mercado de trabalho e a exclusão dos estigmatizados é um dos fatores que impulsionam a reincidência criminal. Além do fato de que certas ocupações são legalmente proibidas para sujeitos com ficha criminal, tornou-se uma prática extremamente comum entre gerentes e donos de empresas conferir os registros dos futuros empregados a fim de garantir a não-contratação de uma pessoa com passagem pela cadeia.

Dessa forma, o presente trabalho traz a seguinte proposta: O Estado conceder incentivo fiscal para que empresas particulares contratem ex-presidiários como funcionários, a fim de reduzir o estigma prisional e incentivar o trabalho honesto e digno.

Diz a Legislação Tributária que, para que o Estado possa, legitimamente, abrir mão de receita tributária através do mecanismo de benefício fiscal, deve haver como propósito o interesse público, de forma que o objetivo final do incentivo fiscal apresente ganhos à sociedade. Como o projeto aqui proposto visa justamente reduzir as taxas de criminalidade, pode-se dizer que obedece ao presente requisito.

A necessidade desse incentivo para atrair e convencer empresas particulares a contratarem egressos do sistema prisional motiva-se pelo fato de que, naturalmente, por motivos de preconceito e estigma social, os empregadores não costumam oferecer vagas no mercado de trabalho formal para indivíduos com anotações na ficha criminal – que, inclusive, é praxe ser solicitada em qualquer entrevista de emprego.

Assim, uma das maneiras para solucionar o problema social dessa inclusão do apenado no mercado de trabalho é justamente dar às empresas que o fizessem algum tipo de vantagem econômica, estimulando a prática. Sendo assim, fica claro o Estado promover incentivos fiscais para essas empresas com o objetivo de desenvolver, mesmo que por meio do oferecimento de benefício fiscal, o senso de acolhimento ao ex-presidiário.

Inserindo a pessoa num contexto de dignidade social e ganho de renda própria, dificilmente ela teria o ânimo de voltar a delinquir. A proposta é idealizar um mecanismo apto a reduzir a dor e o sofrimento do cárcere, resgatando a dignidade das pessoas de lá egressas, levando em conta o trabalho como meio de subsistência e capaz de reduzir o estigma prisional.

Assim, o indivíduo estaria inserido num ofício, garantindo não só sua dignidade social, como também a possibilidade de renda própria, possibilitando o sustento próprio e de sua família. É uma forma de gestão controle do crime que não envolve legitimar o poder punitivo, por meio da criação política tributária como mecanismo de política social e política criminal.

CONCLUSÃO

O encarceramento em massa é uma realidade indiscutível mundial e localmente e os efeitos projetados dessa institucionalização são reconhecidos pelo estigma e as formas de violência vivenciadas no cárcere.

Nesse sentido, as propostas de ressocialização são falaciosas e impossíveis. No entanto, ante esse cenário, uma de duas opções se impõem: abrir-se a novas penologias de gestão atuarial ou absolutistas da pena ou continuar com a missão impossível da ressocialização.

A proposta realista, porém, aponta esse como um falso dilema, na medida em que é possível construir um programa de reintegração de presos, apesar da prisão; o que no realismo de esquerda isso significa trabalhar contra o Estado, mas por meio dele.

Assim, aumentar a empregabilidade de ex-presidiários pode atingir um grau de eficácia na redução do crime, pois, na medida em que se reduziria reincidência, supriria a omissão estatal em promover reintegração social de apenados.

Essa medida de inclusão é extremamente efetiva para combater a reincidência daqueles que cometem crimes associados ao patrimônio (como roubo e furto) e também aqueles que, de alguma forma, geram renda^{vii} (como o tráfico de entorpecentes, a comercialização de produtos “pirata”).

Sendo assim, moderar o uso do cárcere, implementar políticas sociais assistenciais e investir na real reintegração dos egressos para prevenir a reincidência parecem ser o caminho adequado para que os cofres públicos sejam menos onerados com o sistema punitivo.

Em conclusão, não apenas o Estado tem o dever de contribuir para a reintegração social dos indivíduos egressos do sistema carcerário, mas também a sociedade deve reconhecer e assumir sua parcela de responsabilidade sobre o comportamento dos desviantes, eliminando a barreira construída entre o “nós” e o “eles”, cooperando para a participação efetiva de todos no seio social. A reintegração significa, pois, a transformação pela qual a sociedade precisa passar para aceitar o egresso e nele reconhecer-se.

O mecanismo de incentivos fiscais estaria apto a reduzir a dor e o sofrimento do cárcere, resgatando a dignidade das pessoas de lá egressas e levando em conta o trabalho como meio de subsistência e capaz de reduzir o estigma prisional.

REFERÊNCIAS

AEBI, Marcelo. Crítica y contracrítica de la criminología crítica: una respuesta a Elena Larrauri. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2 época, n. 19, p. 377-395, 2007.

_____. Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, F. **Serta in Memoriam Alexandria Baratta**. Salamanca: Edicions Universidad de Salamanca, 2004;

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; CIPRIANI, Marcelli. Um estudo comparativo entre facções: O cenário de Porto Alegre e o de São Paulo. **Sistema Penal & Violência**, v. 7, n.2, Puc Rio Grande do Sul, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Alemanha, 2007. Disponível em: www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf. Acesso em: 28 junho 2018.

BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia e Política Criminal. Passagens – **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, vol. 1, núm. 2. Rio de Janeiro, 2009;

BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. In: **The economic dimensions of crime**. Palgrave Macmillan, London, 1968.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **El gobierno de la penalidad**. La complejidad de la política criminal contemporánea Madrid: Dykinson, 2014.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN - junho de 2016. Brasília, 2017. 65 p.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – Dezembro de 2014. Brasília, 2014.

CASTRO, Lola Aniyar. O regresso triunfante de Darwin e Lombroso: as diferenças humanas na Criminologia dos países de língua inglesa anos Simpósios Internacionais de Criminologia de Estocolmo. **Discursos Seduciosos**. Crime, direitos e sociedade. Ano 15, n. 17/18, p. 163-174,1 e 2 semestres, Rio de Janeiro, Revan, 2010

COELHO, Roberta Werlang. A influência do realismo de esquerda na política de segurança pública do Brasil. Porto Alegre, 2012. 97 f. (**Dissertação de mestrado em ciências criminais**) Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal .Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. **A GUERRA: A ASCENSÃO DO PCC E O MUNDO DO CRIME NO BRASIL. SÃO PAULO: TODAVIA, 2018.**

DIETER, Vitor Stegemann. Comentario a Roger Matthews: Criminología Realista. **Delito y sociedad**, v. 25, n. 41, p. 190-194, 2016.

_____. Política Criminal Atuarial. A Criminologia do fim da história. **Tese**. (Doutorado em Direito) - UFPA, Curitiba, 2012.

FEELEY, Malcolm M. e SIMON, Jonathan. The new penology. In: McLAUGHLIN, Eugene. MUNCIE, John e HUGHES, Gordon (Orgs.). **Criminological Perspectives: Essential Readings**. 2. ed. Londres (Inglaterra): Sage, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

HOLZER, Harry J; RAPAHEL, Steven; STOLL, Michael A. Employment Barriers facing ex-offenders. **The Urban Institute Reentry Roundtable Discussion Paper**. New York University Law School, 2003;

IPEA. Reincidência criminal no Brasil – relatório de pesquisa. Brasília: IPEA, 2015.

LARRAURI, Elena. Uma defesa de la herencia de la criminologia crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi <crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta>;\

LEA, John; YOUNG, Jock, **¿Qué hacer con la ley y el orden?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001 p. 267.

LEMGRUBER, Julita; MUSUMECI, Leonarda; RAMOS, Sílvia. Por que é tão difícil implementar uma política de segurança. **Observatório da Cidadania**, 2002, P. 46-54;

_____. Controle da Criminalidade: mitos e fatos. **Revista Think Tank**, 5(15), p. 3-20. São Paulo, 2001.

LIMA, Renato Sérgio de. **A influência do PCC: o exemplo das facções criminais do Rio Grande do Sul**. Disponível em: < <https://facesdaviolencia.blogfolha.uol.com.br>>. Acesso em 27 de setembro de 2018

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Primeiro Livro – O processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013;

MATTHEWS, Roger. Realismo Crítico: un Análisis Estructural. **Polít. crim.**, v. 9, n. 17, p. 182-212. Santiago, 2014.

MATTHEWS, Roger. Beyond ‘so what?’ criminology: Rediscovering realism. **Theoretical Criminology**, vol. 13.3, p. 341-362, 2009.

_____. *Realist Criminology*. Basingstoke: Palgrave, Macmillan, 2014.

MARTINSON R. What works? Questions and answers about prison reform. **The Public Interest**, n. 35, p. 22-54, 1974.

NASCIMENTO, André. Apresentação à Edição Brasileira. In: GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro. Revan, 2008.

O'DONNELL, I.; EDGAR^{viii} K. Fear in prison. **The Prison Journal**, n. 79, p. 90-99, 2009.

RUBENFELD, Sara. SHANAHAN, Mari C. Correctional Service Canada. Research Report nº 389. **The Relationship between Length of Incarceration and Recidivism**. June, 2017.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. **Pena y estructura social**. Bogotá: Temis, 1984.

WATTERSON, 1996, Kathryn. **Women in prison**. Inside the concret womb. Revised Edition. United States: Northeastern University Press, 1996.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Política criminal atuarial: contornos biopolíticos da exclusão penal. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 3, 2017.

ⁱ Não há como precisar o número de reincidência criminal brasileiro: os estudos sobre o tema apresentam variações devido ao conceito de reincidência trabalhado (exemplo: se levam em conta os presos provisórios ou apenas os com condenação definitiva). Porém, esses números sempre são altos, sendo as estimativas mais baixas em torno dos 30% e as mais altas alcançam a marca de um em cada quatro condenados (CERQUEIRA & LOBÃO, 2003)

ⁱⁱ A pobreza é analisada no estudo de Ricardo Paes de Barro et. al. (2001), por meio do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, como a insuficiência de renda para manter um padrão de vida digna “condizente com as referências socialmente estabelecidas”. Os dados foram analisados a partir das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNADs) do IBGE.

ⁱⁱⁱ Tradução livre das autoras do trecho: “*You find out that if you want to do something fun, you have to sneak. If you want extra food, you’re punished for asking, so you have to steal it. You also know that if a military gang member asks you to ‘tell the truth: did you do it?’ and you say yes you will be punished anyway. Honesty doesn’t help. So you learn to lie, because lying may help you get away with it*”.

^{iv} Expressão utilizada na década de 70 a partir do trabalho publicado de Robert Martinson, que identificou que os objetivos de reabilitação e ressocialização não haviam cumpridos suas funções, especialmente porque os índices de reincidência aumentavam. (MARTINSON, 1974)

^v Lola A. de Castro, fazendo uma análise do Simpósio Internacional de Criminologia em Estocolmo diagnosticou a “insistência do paradigma etiológico” nas investigações criminológicas, desde a área da genética, com estudos no DNA até a alimentação, com a hipótese de prevenção de homicídios a partir da nutrição com base em Omega 3, dada a redução da deterioração cerebral. (CASTRO, 2010)

^{vi} Uma excelente discussão sobre limites, aprimoramentos e futuro da criminologia crítica pode ser identificado no debate travado entre Elena Larrauri e Marcelo Aebi, nos seguintes textos e com esta ordem: AEBI, 2004; LARRAURI, 2007; AEBI, 2007

^{vii}Segundo o Relatório Anual do Conselho Nacional de Justiça de 2014, quatro entre cada dez registros de pessoas presas correspondem a crimes contra o patrimônio, e o tráfico de entorpecentes corresponde a 27% dos crimes informados, sendo o de maior incidência entre todos. Portanto, o projeto atingiria diretamente a grande maioria dos egressos do sistema prisional.

**A INEFICÁCIA DO ENCARCERAMENTO FRENTE AO ESTADO ANÔNICO DE
MERTON E O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

*THE INEFFECTIVENESS OF THE JAIL IN FRONT OF THE ANONYMOUS STATE OF
MERTON AND THE WEAKENING OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

Victor Corrêa de Oliveira Filho

Graduado direito pela universidade José do Rosário Vellano/Unifenas, Pós-graduando em
ciências criminais pela Associação Propagadora Esdeva/Faculdade Arnaldo,
victorcorrea@unifenas.br

Resumo: O presente trabalho busca desenvolver o estudo das teorias do encarceramento, bem como provar através de minucioso estudo da teoria da anomia que núcleos alternativos da sociedade vêm se apresentando mais fortes do que o próprio estado democrático de direito, fazendo assim com que a aplicação de medidas de ressocialização no sistema carcerário não ocasione efeito algum. O Brasil adota a teoria unificadora ou mista quanto às funções da pena, dando destaque para a função preventiva especial positiva e preventiva geral. No entanto, percebe-se que os anseios sociais voltam-se mais intensos às funções retributivas e à prevenção Especial, como forma de neutralização do delinquente. Atualmente, busca-se de forma incansável dentre os estudiosos do Direito Penal encontrar uma solução para dar eficácia à ressocialização do delinquente. Contudo, não se tem encontrado alternativas plausíveis, dentre alguns motivos, o enfraquecimento do estado democrático de Direito e o conseqüente fortalecimento de núcleos anômicos espalhados por toda a sociedade. Segundo Merton, Anomia consiste no desequilíbrio entre dois fatores da sociedade, a crença nos objetivos culturais e o acesso aos meios institucionalizados. Este desequilíbrio faz nascer o delinquente designado como inovação, consistindo no indivíduo que acredita nos objetivos culturais, porém, não nos meios institucionalizados, fazendo assim com que este busque a delinquência como meio para atingir os objetivos culturais. Este trabalho, vem provar que o problema da ressocialização está voltado para o enfraquecimento do estado democrático de direito, que dá espaço ao crime organizado, inclusive a ponto de comandar o próprio sistema penitenciário. Ademais, deixa de

lado a ideia de que a ressocialização é ineficaz pelo modelo de pena adotado no Brasil. Utiliza-se do método dedutivo e é desenvolvido por meio da leitura, análise e registros em doutrinas, artigos e revistas publicadas, para compreender e analisar as questões doutrinárias inerentes às funções das penas e das teorias da anomia, e a conseqüente relação com a ineficácia do encarceramento, desenvolvendo, portanto, o tipo de pesquisa exploratória.

Palavras-chave: Teoria da anomia. Encarceramento. Estado democrático. Política criminal.

Abstract: The present work seeks to develop the study of theories of incarceration, as well as to prove through a detailed study of the anomie theory that alternative nuclei of the society are presenting themselves stronger than the own democratic state of law, thus making the application of resocialization measures in the prison system has no effect whatsoever. Brazil adopts the unifying or mixed theory regarding the functions of the sentence, highlighting the special positive preventive and general preventive function. However, it is perceived that the social anxieties are more intense to the retributive functions and the Special prevention, as a form of neutralization of the delinquent. At present, it is a tireless pursuit among the students of the Criminal Law to find a solution to give effectiveness to the resocialization of the delinquent. However, no plausible alternatives have been found, among some reasons, the weakening of the democratic state of law and the consequent strengthening of anomic nuclei spread throughout society. According to Merton, Anomia consists of the imbalance between two factors of the society, the belief in the cultural objectives and the access to the institutionalized means. This imbalance gives rise to the delinquent designated as innovation, consisting of the individual who believes in cultural objectives, but not in the institutionalized media, thus causing the latter to seek delinquency as a means to achieve cultural goals. This paper demonstrates that the problem of resocialization is aimed at weakening the democratic state of law, which gives rise to organized crime, even to the point of commanding the penitentiary system itself. In addition, it leaves aside the idea that resocialization is ineffective by the model of sentence adopted in Brazil. It uses the deductive method and is developed through reading, analysis and records in published doctrines, articles and journals, to understand and analyze the doctrinal issues inherent to the functions of sentences and theories of anomie,

and the consequent relation with the inefficacy of the incarceration, thus developing the type of exploratory research.

Keywords: Anomie theory. Incarceration. Democratic State. Criminal policy.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca desenvolver o estudo das teorias do encarceramento, bem como provar através de minucioso estudo da teoria da anomia, que núcleos alternativos da sociedade vêm se apresentando mais fortes do que o próprio estado democrático de direito fazendo, assim, com que a aplicação de medidas de ressocialização no sistema carcerário não ocasione efeito algum.

O Brasil adota a teoria unificadora ou mista quanto às funções da pena, dando destaque para a função preventiva especial positiva e preventiva geral. No entanto, percebe-se que os anseios sociais voltam-se mais intensos às funções retributivas e à prevenção Especial, como forma de neutralização do delinquente. Atualmente, busca-se de forma incansável, dentre os estudiosos do Direito Penal, encontrar uma solução para dar eficácia à ressocialização do delinquente. Contudo, não se tem encontrado alternativas plausíveis. Dentre alguns motivos, o enfraquecimento do estado democrático de Direito e o consequente fortalecimento de núcleos anômicos espalhados por toda a sociedade.

Segundo Merton, Anomia consiste no desequilíbrio entre dois fatores da sociedade, quisessejam, a crença nos objetivos culturais e o acesso aos meios institucionalizados. Este desequilíbrio faz nascer o delinquente designado como inovação, consistindo no indivíduo que acredita nos objetivos culturais, porém, não nos meios institucionalizados, fazendo assim com que este busque a delinquência como meio para atingir os objetivos culturais.

Este trabalho objetiva provar que o problema da ressocialização está voltado para o enfraquecimento do estado democrático de direito, que dá espaço ao crime organizado, inclusive a ponto de comandar o próprio sistema penitenciário. Ademais, deixa de lado a ideia de que a ressocialização é ineficaz pelo modelo de pena adotado no Brasil.

Utiliza-se do método dedutivo e é desenvolvido por meio da leitura, análise e registros em doutrinas, artigos e revistas publicadas, para compreender e analisar as questões doutrinárias inerentes às funções das penas e das teorias da anomia, e a consequente relação com a ineficácia do encarceramento, desenvolvendo, portanto, o tipo de pesquisa exploratória.

Pela técnica da pesquisa bibliográfico-documental, é possível realizar a interpretação do referido instituto penal, com o auxílio de teorias e opiniões de juristas sobre o assunto, para ao final concluir se a problemática do encarceramento está ligada diretamente ao sistema adotado pela política penitenciária brasileira ou se é uma questão inerente ao enfraquecimento do estado democrático de direito, em contraste com o fortalecimento de núcleos anômicos na sociedade.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA QUANTO AO SURGIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ab initio, importante se desenvolver um breve contexto histórico sobre o conceito moderno de Estado Democrático de Direito, uma vez que a criminologia está diretamente ligada ao surgimento do Estado Democrático de Direito e seu rompimento. Dessa forma, é crucial a compreensão desta instituição desde o início até os dias atuais, momento em que tem sido muitas vezes questionada, assim como acreditam, Streck e Moraes (2014)

Cremos, desse modo, estar permitindo que se estabeleça, primariamente, o debate acerca de temas cruciais para a compreensão da realidade institucional estatal, em particular em um momento no qual até mesmo sua continuidade é questionada por muitos, em face das transformações da ordem social contemporânea, tendo como pano de fundo o fenômeno da globalização econômica e da mundialização dos subsistemas sociais e dos projetos políticos da modernidade, em especial dos direitos humanos e do constitucionalismo.

Percebe-se que os autores traçam um panorama do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, em virtude de fatores como a globalização econômica e mundialização dos subsistemas sociais, classificando-as como transformações de ordem social. De fato seria impossível não relacionar o enfraquecimento do Estado Democrático de Direito com o fator globalização, uma vez que as fronteiras têm se dissolvido através de quebras de barreiras

espaço- tempo, devido aos meios de transporte cada vez mais ágeis e à rede mundial de computadores, que contribuem para aculturação e conseqüentemente rebeliões contra o próprio Estado.

Contudo, antes mesmo de adentrar no assunto Estado Democrático de Direito, necessário se faz entender que o homem, antes de outorgar poderes à um terceiro, vivia em Estado de Natureza.

Neste sentido, têm-se como dois polos opostos, o Estado de natureza e o contrato social

O estado de natureza se apresenta como contraface do estado civil, ou seja, se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado de natureza. Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo em estado de natureza, não seja pensado como “selvagem”, sendo o mesmo que vive em sociedade (Streck e Morais, 2014).

Assim, o indivíduo encontra-se em um estágio presocial, onde impera a ausência de regras, e é visto como estado de guerra, comparando-se a um ambiente de total insegurança e incerteza. Para Rousseau, é o estado primitivo da humanidade.

Já o contrato social figura como a vontade do indivíduo em viver em sociedade, onde este transfere a um terceiro alguns dos seus poderes para preservar a sua vida, assim como afirma Streck

Para o primeiro, o contrato social, à maneira de um pacto em favor de terceiro, é firmado entre os indivíduos que, com o intuito de preservação de suas vidas, transferem a outrem não partícipe (homem ou assembléia) todos os seus poderes – não há, aqui, ainda, em se falar em direitos, pois estes só aparecem com o Estado – em troca de segurança. Ou seja: para pôr fim à guerra de todos contra todos, própria do estado de natureza, os homens despojam-se do que possuem de direitos e possibilidades em troca de receberem a segurança do Leviatã (Streck e Morais, 2014).

Assim, verifica-se que o contrato social é o oposto do estado de natureza, tido como um ambiente onde o indivíduo abdica de ter a posse de certos poderes e o transfere a um terceiro certos poderes ou fragmentos deles; os homens transferem parte de seus poderes, de sua soberania individual ao Estado ou ao Soberano, nos exatos termos de Rousseau. Desta forma, visando superar os inconvenientes do estado de natureza, os homens se reúnem e firmam entre si um pacto que funciona como superação de um estado negativo para um estado positivo, ou seja, um estado político/social.

Assim, tem-se o surgimento do Estado Civil que, através do contrato social, inaugura uma nova forma de se viver em grupos, preservando os direitos presentes no estado de natureza, assim como afirmam Streck e Morais (2014)

Desse modo, para Locke, o homem traz consigo, quando do estabelecimento da sociedade civil, os direitos presentes no estado de natureza; não há um despojamento nesta passagem, tal qual em Hobbes. Assim o estado civil nasce duplamente limitado. Por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos; por outro, deve oportunizar, o mais completamente possível, sua usufruição.

Claro é que o Estado Civil surge antes do contrato social. O contrato social surge com a própria noção de estado democrático e com a mudança do teocentrismo para o homocentrismo, ou seja, do poder de Deus para o poder do homem na gerência da sociedade civil.

Na visão de Rousseau, em síntese, a origem do Estado Civil se dá a partir do momento em que o homem colocou limites em suas posses, tendo assim nascido a propriedade e a desigualdade

Com efeito, o estado de natureza em Rousseau é somente uma categoria histórica para facilitar esse entendimento. Assim, no “Discurso sobre a desigualdade”, Rousseau diz que “o verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, depois de haver delimitado um terreno, pensou em dizer ‘isto é meu’, e falou a outros, tão ingênuos para nele acreditarem”. A desigualdade nasceu, pois, junto com a propriedade, e, com a propriedade, nasce a hostilidade entre os homens (Streck e Morais, 2014).

Desta forma surgiu o Estado Moderno, como expressão da própria sociedade civil

Começa a nascer na segunda metade do séc. XV na França, na Inglaterra e na Espanha; posteriormente, alastra-se por outros países europeus, entre os quais a Itália. Por conseguinte, diz Grappi que, desde seu nascimento, o Estado Moderno apresenta dois elementos que diferem dos Estados do passado, que não existiam, por exemplo, nos Estados antigos dos gregos e dos romanos. A primeira característica do Estado Moderno é essa autonomia, essa plena soberania do Estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade. A segunda é a distinção entre o Estado e a sociedade civil, que vai evidenciar-se no séc. XVII, principalmente na Inglaterra, com a ascensão da burguesia. O Estado torna-se uma organização distinta da sociedade civil, embora seja a expressão desta. Uma terceira característica diferencia o Estado em relação àquele da Idade Média. O Estado medieval é propriedade do senhor, é um Estado patrimonial. O senhor é dono do território e de tudo o que nele se encontra (homens e bens). No Estado Moderno, pelo contrário, existe uma identificação absoluta entre o estado e o monarca, o qual

representa a soberania estatal. Mais tarde, em fins de 1600, o rei francês afirmava “L’etat c’est moi”, no sentido de que ele detinha o poder absoluto, mas também de que ele se identificava completamente no Estado (Streck e Morais, 2014).

A respeitar uma maior precisão da história do desenvolvimento humano, como assinalam inúmeros historiadores, o Estado Moderno surge com a Revolução Gloriosa que resultou na criação da Câmara dos Comuns no Parlamento inglês, ou seja, a Câmara dos Deputados que passa a representar o poder do povo, o próprio povo, que estava alijado do Poder. Quando da primeira Constituição inglesa, a Carta de João Sem Terra, este admitiu partilhar o poder, a administração do Estado com os nobres, porque eles exigiram e ameaçavam destituí-lo, mas o povo ficou fora dessa partilha, o que só veio a ser solucionado com a Revolução Gloriosa em 1688 e 1689 que significa a ascensão ao poder da burguesia e do povo. Isto inspirou 100 anos depois a Revolução Francesa.

Daí em diante surge o Estado Moderno, Parlamentarista, onde todos os participantes da sociedade participam de sua administração. Suas principais consequências foram o fim do absolutismo monárquico britânico, o aumento do poder do parlamento, a estabilidade política e econômica e surgimento das condições necessárias para que, mais tarde, ocorresse a Revolução Industrial. A partir de então, os novos monarcas deviam a sua posição ao parlamento, e não podiam mais aumentar os impostos e os gastos da Coroa além dos limites impostos pelos parlamentares. Também não podiam mais expropriar propriedades privadas, coibir a liberdade de expressão, restringir o comércio ou prender opositores de maneira arbitrária e autoritária, diferentemente do modelo absolutista vigente na maioria dos países da Europa. Requisitos estes que são inerentes a um regime dito democrático e daí por diante é que se pode efetivamente estabelecer um marco de surgimento do Estado Democrático de Direito, posteriormente fundamentando as mudanças democráticas na França com a Revolução Francesa, a Espanha e toda a Europa.

Percebe-se que o Estado moderno teve como sua primeira expressão, o Estado absoluto, o qual tinha como figura principal o monarca, de forma que este se confundia com o próprio Estado, em uma identificação absoluta, e onde também imperava a vontade deste. Assim, como lembram os autores, na famosa frase do monarca francês Luís XIV, “L’etat c’est moi” (o estado sou eu), como se pode notar

Com isso, as monarquias absolutistas se apropriaram dos Estados do mesmo modo que o proprietário faz do objeto a sua propriedade, surgindo um poder de imperium como direito absoluto do rei sobre o Estado. Por outro lado, com esta postura, os reis constituíram-se como senhores dos Estados, do mesmo modo que faziam os senhores feudais do medievo, titularizando individualmente a propriedade do Estado (Streck e Morais, 2014).

Esta passagem para o Estado moderno, tendo como primeira representação o Estado absolutista, se deu pela necessidade de assegurar aquilo que é fundamental à formação do Estado, qual seja, o território.

Contudo, em meados do século XVIII, surgia o movimento filosófico conhecido como iluminismo, que daria subsídio à uma revolução política e jurídica. O iluminismo surgiu como um movimento de ideias inovadoras que pregava o uso da razão humana em contraposição ao pensamento do Estado Absoluto, assim como afirma Costa

O Homem Moderno buscou afastar as explicações de cunho mitológico e religioso para adentrar no mundo racional. O objetivo era, pois, utilizar a razão humana para compreender os fenômenos e romper com a mentalidade ora vigente, ou melhor, opor-se ao *Ancien Régime*. Este se caracterizava, em linha gerais, por ser um sistema de governo em que o governante se investia de poderes absolutos, sem limites, exercendo de fato e de direito os atributos da soberania (Costa 2013)

Foi justamente no pensamento iluminista que a burguesia se baseou para pregar o liberalismo político, econômico e jurídico, assim como afirma Costa (2013). Entretanto impõe-se ressaltar, como dito acima, estes fundamentos surgiram com a Revolução Gloriosa e os Iluministas se apropriaram deles, apenas sistematizando-os por escrito. Os Iluministas bebericaram na fonte inglesa. E só o fizeram 100 anos depois, ou seja, levaram 100 anos para compilar o pensamento de fato implantado no Reino Unido.

A burguesia almejava tomar o poder político, acabar com os privilégios, implantar a livre iniciativa e garantir a igualdade de todos perante a lei. Tais pretensões contaminaram, de uma forma geral, a população que também ansiava por tais mudanças políticas e sociais. Assim, liberdade e igualdade, antes interesses de particulares (iluministas e burgueses), tornaram-se interesses universais.

Assim como explicitado acima, em uma reação lógica, com o triunfo da burguesia houve o surgimento do liberalismo político, no final do século XVIII, Essa foi uma nova fase do Estado moderno, em resposta ao absolutismo, onde a burguesia não detinha o poder político, como se verifica

É exatamente o contratualista Rousseau – já apresentado acima – quem exercerá grande influência nos revolucionários franceses que inauguraram, em 1789, uma nova fase do Estado Moderno. Com efeito, como instituição centralizada, o Estado, em sua primeira versão – absolutista –, foi fundamental para os propósitos da burguesia no nascedouro do capitalismo, quando esta, por razões econômicas, “abriu mão” do poder político, delegando-o ao soberano, concretizando-se *mutatis mutandis*, aquilo que Hobbes sustentou no *Leviatã* (Streck e Morais, 2014).

Contudo, naquele momento, a burguesia se via com a necessidade de adquirir o poder político, até o momento delegado ao soberano, surgindo aí o movimento constitucionalista

[...] virada do século XVIII, entretanto, essa mesma classe não mais se contentava em ter o poder econômico; queria, sim, agora, tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-a como poder legal racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma “Constituição” – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado. Aliás, não foi menos que isso – a exigência da convocação de uma assembléia constituinte – que Abade Sieyès e seus companheiros levaram ao Rei Luis XVI um ano antes da Revolução (Streck e Morais, 2014).

Fenômeno esse que surgiu na Inglaterra na derrubada do absolutismo inglês, que foi substituído pela monarquia parlamentar constitucional e o Poder monárquico passou a ser controlado e fiscalizado pelo Parlamento, que obteve superioridade em relação à coroa britânica. Como consequência houve a criação da Declaração de Direitos - Bill of Rights - de 1689, documento elaborado pelo Parlamento Inglês, que estabelecia a superioridade do Parlamento sobre o rei. Além disso, o documento garantiu a propriedade privada, estabeleceu limites para a cobrança de impostos, além dos direitos para os cidadãos. Este é o verdadeiro Contrato Social, vislumbrado por Rousseau, que estabeleceu o Estado Moderno e Democrático de Direito, 100 depois adotado na França inspirado pelos Iluministas.

Foi neste momento que o Estado Liberal Burguês ganhou força e, assim, através de uma constituição, acreditava-se que o contrato social de Rosseau se consolidaria, em um ambiente onde o rei não teria seu poder ilimitado, mas sim freado por uma norma fundamental, como afirma Streck (2014) “[...] a doutrina do contrato social tornou-se um

importante componente teórico para os revolucionários de então. A reivindicação de uma Constituição embasava-se exatamente na tese de que o contrato social encontra sua explicitação na Constituição”.

Desta forma, tem-se o liberalismo como um movimento burguês, o qual buscou ferramentas contra o absolutismo, pautado por uma evolução no direito e no constitucionalismo, em contraponto ao poder arbitrário, bem como no exercício arbitrário do poder legal

[...] pensamos poder situar o liberalismo como uma doutrina que foi se forjando nas marchas e contramarchas contra o absolutismo, onde se situa o crescimento do individualismo que se formula desde os embates pela liberdade de consciência (religiosa). Todavia, isso avança na doutrina dos direitos do constitucionalismo, este como garantia(s) contra o poder arbitrário, da mesma forma que contra o exercício arbitrário do poder legal (Streck e Morais, 2014).

O Estado Liberal se caracterizava pela existência de um estado mínimo, o qual se preocupava apenas com a manutenção da paz e da segurança. Contudo, em meados do Século XIX, houve uma modificação do pensamento Liberal onde, diante do Estado de prestações negativas, houve uma transformação para um Estado intervencionista, de prestações positivas. Havia aí o surgimento do Estado social

Na ampliação da atuação positiva do Estado, temos a diminuição no âmbito da atividade livre do indivíduo, ou seja, com o crescimento da intervenção, desaparece o modelo de Estado mínimo e abre-se o debate acerca de até que momento sobrevivem os ideais liberais diante de tal situação, bem como até que ponto não é esta transformação o meio através do qual o próprio liberalismo estabelece as condições suficientes para a sua continuidade, sobretudo observado desde o seu núcleo econômico forjado sob o liberalismo e onde estão presentes os elementos conformadores do capitalismo (Streck e Morais, 2014).

Percebe-se, no entanto, que há uma discussão sobre o surgimento do Estado Social, no que concerne à transformação do Estado Liberal, ou seja, aquele é apenas uma evolução deste. Contudo, não há como negar que, no fim do Século XIX, as liberdades negativas deram lugar às liberdades positivas, dando forma a um Estado Social, onde as principais reivindicações eram em prol da igualdade

No campo das liberdades, já nas décadas finais do século XIX, um novo componente emerge, a justiça social, e reivindicações igualitárias transformam a sua face, dando

início à construção do que irá se tornar o Estado Social e suas diversas expressões ao longo do século XX e a consolidação das chamadas liberdades do ou da – as liberdades positivas (Streck e Morais, 2014).

É no campo do constitucionalismo que há o surgimento do conceito de Estado de Direito, que, ao se associar aos ideais Liberais e/ou Sociais fundamenta suas diretrizes em prestações positivas e/ou negativas.

Por sua vez, o Estado Democrático de Direito surge como uma forma de incluir o povo no processo de construção de um ideal de sociedade, não mais tendo apenas o Estado como aquele que decide autoritariamente sobre o que deve ou não ser tido como ideal, transformando a realidade da população, que agora não é só destinatária, mas participante do projeto de Estado

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de desconstrução e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência (Streck e Morais, 2014).

Desta forma, o Estado Democrático de Direito é uma evolução do Estado Liberal de Direito e do Estado Social de Direito, buscando, de certa forma, aperfeiçoar estes modelos anteriormente adotados

[...] o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao Welfare state neocapitalista –, impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é mais normativo em relação às formulações anteriores (Streck e Morais, 2014).

Neste modelo de Estado, o principal objetivo é a busca pela igualdade e a manutenção das relações sociais, sendo que as leis aparecem como instrumento de salvaguarda à sociedade, não se normatizando somente pelo Estado, mas sim para prevalecer o interesse da maioria

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas

referenda a pretensão à transformação do status quo. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais (Streck e Morais, 2014).

Ultrapassada a breve abordagem histórica a respeito do surgimento do Estado Democrático de Direito, de forma a subsidiar os questionamentos deste trabalho, no que diz respeito ao surgimento de estados anômicos em sobreposição ao Democrático de Direito.

Assim, percebe-se que, nos dias de hoje, há um patente enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que as leis, muitas vezes, não mais prevalecem como instrumento normativo limitador, ao passo que com a crise institucional do Estado, os núcleos onde o Estado não é presente, se proliferam dia a dia, levando Streck e Morais (2014) a um inevitável questionamento: ‘Tencionada por tais “crises”, a instituição estatal se vê diante de um “momento maquiavélico”, impondo-se a seguinte pergunta: para onde vai o Estado? Será que o modelo político-institucional da modernidade – o Estado – caminha para o seu fim?’.

No Brasil, um país densamente normativo, dificilmente seria possível vislumbrar um Estado mínimo. Logo, presencia-se a formação de direitos paralelos àquele estatal que, para Streck e Morais (2014) seria uma das respostas ao questionamento acima

a resposta acerca do futuro do Estado irá implicar uma revisão do Direito. Este, a partir da ruptura do monismo e do protagonismo exclusivista estatal, passa a apontar para o esfacelamento da regulação jurídica, especialmente em virtude do reconhecimento da (re)emergência de um direito plural que se organiza estruturalmente, bem como de um Direito que se constrói pragmaticamente assentado em bases contratuais – cooperação e coordenação – e negociais – grupos de interesse, participação cidadã etc. –, com um caráter menos prescritivo.

Percebe-se que o autor acredita em uma forma não monista do Estado, dando autonomia para grupos se auto regularem, formando um direito plural.

O Estado Democrático de Direito surgiu como uma solução aos modelos anteriores, dando oportunidade à participação do povo no projeto de construção de uma realidade, na qual o principal objetivo era a construção de uma sociedade mais igualitária. Contudo, diante dos problemas estruturais vivenciados no decorrer do Século XX e nos anos já passados do Século XXI, cresce a cada dia a descrença em soluções para desigualdade, bem como para um sistema normativo mais igualitário, enquanto políticos se perpetuam no poder e através dele há um claro

desinteresse em modificar o *status quo* da população. Esse processo faz com que os instrumentos de democratização da sociedade se tornem inócuos, uma vez que a população deixa de acreditar no Estado, tornando-se inevitável seu enfraquecimento.

Para melhor compreensão acerca da ineficácia do encarceramento, necessário se faz o estudo das funções das penas.

3 DAS FUNÇÕES DA PENA

Assim como mostrado anteriormente, a pena surgiu em um primeiro momento, como uma forma de retribuição a um mal causado pelo delincente. Esta função da pena surgiu, primeiramente, com o advento das escolas penais, em meados do século XVIII, quando a sociedade se virou contra o autoritarismo do absolutismo até então vigente

As características da legislação criminal na Europa, em meados do século XVIII, justificam uma reação de alguns pensadores, agrupados em torno de um movimento de idéias, que têm como fundamento a razão e a humanidade. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a condição social. A reforma dessa situação, que não podia mais esperar, iniciou na metade desse mesmo século (Bitencourt, 2008, p. 49).

O pensamento iluminista, do século XVIII, influenciou os principais pensadores do direito penal da época, o qual serviu como base para que estes aplicassem a referida filosofia ao campo das ciências criminais

As correntes iluministas e humanitárias, que atingiram seu apogeu na revolução francesa, cujos principais representantes foram Voltaire, Montesquieu e Rosseau, fazem severas críticas aos excessos imperantes na legislação penal da época, propondo a individualização da pena, à proporcionalidade, além de necessária diminuição da crueldade (Bitencourt, 2008, p. 49).

Pautado na busca pela humanização da pena, Cesare Beccaria pregava a proporcionalidade entre o delito e a pena

Não é somente de interesse comum que não se cometam crimes, mas que sejam mais raros na proporção do mal que fazem à sociedade. Assim, os obstáculos, que separam os homens dos crimes, devem ser mais fortes quando os crimes se mostrem mais

prejudiciais para o bem público e na proporção dos estímulos que, para eles, impedem os homens. Deve existir, por isso, uma proporção entre os crimes e as penas (Beccaria, 2006, p. 87).

Beccaria foi o precursor da Escola Clássica, assim como afirma Bitencourt (2008, p. 49)

[...] embora despreocupado com a originalidade, foi o primeiro a apresentar um delineamento consistente e lógico sobre uma bem elaborada teoria de cunho penológico, *Dos Delitos e das Penas* (1764), constituindo-se no mais autntico precursor da Escola Clássica.

A princípio, a pena, para Beccaria, deveria funcionar como uma forma de manutenção ao contrato social, agindo como um instrumento de coerção que, ao ser transgredido, legitimaria o estado à aplicação de um mal proporcional, assim como consigna Busato (2013, p. 748) “Beccaria é um dos máximos representantes do contratualismo. Já em suas propostas ideológicas sustenta a necessidade de utilidade das penas. Estas deveriam ser necessárias à manutenção do Contrato Social para lograr a felicidade dos homens”, sendo esta coerção classificada como prevenção geral, uma das funções da pena quanto à teoria relativa.

Contudo, através da proporcionalidade, outros representantes da escola clássica desenvolveram a função da pena com um caráter retributivo, função da pena quanto às teorias absolutas

De acordo com esta teoria, a pena desponto como a retribuição estatal justa ao mal injusto provocado pelo condenado, consistente na prática de um crime ou de uma contravenção penal (*punitur quia peccatum est*). Não tem finalidade prática, pois não se preocupa com a readaptação social do infrator da lei penal. Pune-se simplesmente como retribuição à prática do ilícito penal (Masson, 2010, p. 525).

Percebe-se que para esta teoria a sanção não passava de um mal que devia ser aplicado proporcionalmente ao delito cometido, assim como afirma Busato (2013, p. 747;748)

A pena para essa escola, deve ser necessária e limitada pela culpabilidade e considerada como um ideal de justiça. Portanto, a pena não devia ter nenhum fim. A pena ou sanção não tem influência alguma nem em relação ao caráter da estrutura das normas e do sistema jurídico, mas simplesmente faz o papel de um mal ou retribuição.

Neste sentido, a retribuição como função da pena, atua como um instrumento de vingança do Estado contra o criminoso, tendo como finalidade a aplicação de um castigo, o que acarretaria uma justificação moral do condenado e o restabelecimento da ordem jurídica.

A teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena teve como principais representantes, Georg Wilhelm Friedrich Hegel e Emmanuel Kant, como afirma Cleber Masson (2010, p. 525) “ a teoria absoluta e a finalidade retributiva da pena ganharam destaque com os estudos de Georg Wilhelm Friedrich Hegel e de Emmanuel Kant [...].

Olhando sobre outro aspecto da pena, surgiu a Teoria Relativa, a qual traz as finalidades preventivas da pena. Esta teoria defende que a pena teria a função de prevenir a prática de delitos, deixando de lado a ideia de que a pena teria a função de castigar o delinquente, “para essa variante, a finalidade da pena consiste em prevenir, isto é, evitar a pratica de novas infrações penais (punitur ne peccetur), é irrelevante a imposição de castigo ao condenado” (Masson, 2010, p. 526).

Esta teoria subdivide a função preventiva da pena em quatro, quais sejam: preventiva geral, que por sua vez se subdivide em geral negativa e geral positiva; preventiva especial, que também se subdivide em especial negativa e especial positiva.

Quanto à função preventiva geral, esta tem o condão de prevenção no cometimento de delitos, buscando diminuir a violência, em uma tentativa de atacar a psique coletiva, em uma tentativa de coibir a pratica de crimes, assim como afirma Busato (2013, p. 759)

A prevenção geral traduz a ideia de que é necessário prevenir-se da ocorrência de novos delitos que podem brotar de qualquer âmbito da sociedade, ou seja, que não possuem fontes definidas.

Idealizasse o castigo como um exemplo. Como algo voltado a dissuadir pela demonstração de desagrado e pela geração de prejuízo.

A prevenção geral negativa teve como principal defensor Paul Johann Anselm Ritter Feurbach, que afirmava que a pena teria a função de afastar o criminoso da prática de delitos, que a pena deveria agir de forma psíquica para com os delinquentes, vendo na possibilidade de ser castigado, um motivo para não prosseguir na pratica de um delito

A prevenção geral negativa, idealizada por J.P. Anselm Feurbach com arrimo em sua teoria da coação psicológica, tem o propósito de criar no espírito dos potenciais

criminosos um contraestímulo suficientemente forte para afastá-los da prática do crime (Masson, 2010, p. 526).

Já a prevenção geral positiva, tem o objetivo de demonstrar à sociedade que o Direito Penal surte efeitos, buscando, com isso, através da existência de uma norma penal que pune, coibir a prática de crimes

Prevenção geral positiva, de outro lado, consiste em demonstrar e reafirmar a existência, a validade e a eficiência do Direito Penal. Almeja-se demonstrar a vigência da lei penal. O efeito buscado com a pena é romper com a ideia de vigência de uma “lei particular” que permite a prática criminosa, demonstrando que a lei geral - que impede tal prática e a compreende como conduta indesejada – está em vigor (Masson, 2010, p. 527).

Em suma, a prevenção geral, seja ela positiva ou negativa, busca agir no psicológico da sociedade, prevenindo a prática de crimes através de uma coação social, ora mostrando que há um Direito Penal vigente, e que este deve ser seguido para que não haja uma reprovação estatal com a cominação de um castigo, e outrora demonstrando que a prática de um delito acarreta em uma sanção proporcional ao delito praticado, sendo este um mal legítimo ao qual o criminoso teria desconforto em se submeter.

Enquanto que prevenção geral é direcionada ao inconsciente coletivo, a prevenção especial tem como objeto agir na pessoa do delinquente, após a conduta delituosa. A prevenção geral busca fazer com que potenciais criminosos não se tornem criminosos de fato. Já a prevenção especial, busca fazer com que o delinquente não persista na prática de crimes, seja de forma a ressocializá-lo, ou na forma de neutralizá-lo. Essa função tem total ligação com a Escola Positivista do Direito penal, a qual passou a olhar o delito como algo intrínseco do delinquente

O modelo de Direito penal estabelecido sobre as bases do positivismo e que leva à defesa social transita de uma responsabilidade moral a uma responsabilidade social derivada do determinismo e da periculosidade dos sujeitos. Fala-se, então, de atuar diretamente sobre o indivíduo com a finalidade de reabilitá-lo socialmente. Obviamente, esse ponto de partida é revelador de uma postura de estado intervencionista, de cunho social, para muitos, simboliza o resultado da crise do Estado liberal. “O destinatário, pois, da mensagem ‘preventiva’ da pena não é o infrator potencial, a sociedade (prevenção geral), mas o próprio apenado. A finalidade ou objetivo primário é evitar a recaída no delito (reincidência)”. Nesse último sentido, se pode falar de uma finalidade de prevenção da reincidência (Busato, 2010, p. 763;764)

Desta forma, como mencionado anteriormente, a prevenção especial se subdivide em especial positiva e especial negativa. A função da pena enquanto preventiva especial negativa, faz com que ela seja aplicada com o objetivo de neutralização do criminoso, gerando uma sensação de segurança na sociedade, uma vez que o delinquente não estará mais em liberdade e, assim, não terá a possibilidade de reiterar tal prática criminosa

[...] prevenção especial negativa, baseada na ideia de neutralização forçosa dos impulsos criminais de que presumivelmente o autor de delito é portador, mediante a segregação e o afastamento deste do convívio social (não à toa verifica-se um profundo desenvolvimento e vasta aplicação de medidas de segurança de prazo indeterminado nesse período), incapacitando-o para a prática de outros crimes durante a execução da pena (Busato, 2010, p. 764)

Corroborando com a ideia de Busato, de uma forma mais simplória, explica Masson (2010, p. 527), “para a prevenção especial negativa, o importante é intimidar o condenado para que ele não torne a ofender a lei penal. Busca, portanto, evitar a reincidência”.

Percebe-se que, para Masson, a pena teria a função de agir psicologicamente no condenado, sendo que este, enquanto condenado, não teria o desejo de voltar a cometer outro delito, pois estaria sujeito, novamente, àquela sanção a ele aplicada.

Por outro lado, a função preventiva especial positiva da pena, tem como objetivo a ressocialização do condenado, colocando-o em um sistema de punição ao qual esteja prevista a reeducação do mesmo, buscando afastar o ímpeto do criminoso para com o crime, sendo o discurso da ressocialização, o mais alegado na política prisional, tendo como legitimador à aplicação da pena privativa de liberdade

[...] a prevenção especial positiva preocupa-se com a ressocialização do condenado, para que no futuro possa ele, com o integral cumprimento da pena, ou, se presentes os requisitos legais, com a obtenção do livramento condicional, retornar ao convívio social preparado para respeitar as regras a todos impostas pelo Direito. A pena é legítima somente quando é capaz de promover a ressocialização do criminoso (Masson, 2010, p. 527).

Neste sentido, Busato explica que a função preventiva especial positiva parte do princípio que o delinquente é portador de um mal que deve ser curado, e a pena aparece com o intuito de curar este delinquente

[...] prevenção especial positiva, voltada à face corretiva. Parte-se da consideração que o autor de um delito é portador de um desvio social que demanda uma correção. Daí que o discurso da pena se converte na falácia de “corrigir” ou “curar” o criminoso, tarefa já não exclusiva dos juízes, mas distribuída entre sociólogos, psicólogos, psiquiatras e outros funcionários do sistema penal, todos encarregados da realização de um espécie de ortopedia penal. A correção que compete à pena como função está relacionada às diferentes características pessoais dos sujeitos, haverá a possibilidade, então, de vários modos de agir.

Por último, tem-se a teoria mista ou unificadora, que consiste em uma junção de todas as teorias anteriores em uma só. Essa teoria afirma que a pena não tem uma só função, mas várias funções, sejam elas retributivas ou preventivas. Segundo Busato (2010, p. 770), “seu mérito consistiu em buscar conciliar exigências retributivas e preventivas, assentando a importância de cada uma em determinados momentos”. Vale ressaltar que o Direito brasileiro adota essa como sendo a fundamentadora da aplicação da pena, assim como afirma Masson

Foi a teoria acolhida pelo art. 59, caput, do código penal, quando dispõe que a pena será estabelecida pelo juiz “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. É também chamada de teoria eclética, intermediária, conciliatória ou unitária (2010, p. 528).

Tendo sido abordadas todas as funções das penas e suas teorias, bem como os aspectos a elas inerentes, necessário se faz a colocação da ótica crítica da aplicação das referidas teorias frente ao enfraquecimento do Estado Democrático de Direito.

3.1 CRÍTICA ÀS FUNÇÕES DA PENA

Considerando que o direito brasileiro adota a teoria unificadora ou mista, e que esta é a junção de todas as outras teorias das funções da pena, é importante, para um melhor entendimento, seja explanado os defeitos de cada uma delas.

Primeiramente, quanto à teoria absoluta, em sua função retributiva, a crítica está ligada à legitimidade do Estado para aplicar um mal a um criminoso. Hoje, diante de um sistema penitenciário extremamente desumano, seja qual for a pena aplicada, este mal-legítimo estaria em patente desproporção com o delito cometido, pois diante de um sistema que insiste em violar os direitos humanos, o Estado perderia a legitimidade para aplicar uma sanção.

Ademais, a retribuição, em caráter de vingança, torna o Estado imoral, pois no viés sociológico não teria sentido legitimar o Estado a aplicar um mal e, assim, cumular um mal ao outro já passado

Recentemente se sustentou que “a ideia de somar um mal a outro não tem só caráter medieval senão também – e quiçá – metafísico”. Afirma-se, nesse sentido, que “a mera valoração de delitos cometidos no passado não tem sentido (inclusive quando por pena se possa entender a produção de um mal agregado a outro como reparação àquele)” (Busato, 2010, p. 756).

Em seguida tem-se a prevenção geral negativa, que por sua vez busca afastar o potencial criminoso da prática de delitos, de forma que a existência de uma pena cominada a um delito gere, no inconsciente coletivo, a repulsa pela prática delitiva. Contudo, o que se percebe nos dias de hoje é que esta função já não mais surte efeitos diante de diversos instrumentos despenalizantes, tais como o perdão judicial ou a transação penal ou, até mesmo a ineficácia do estado em condenar. E assim a lei penal não tem coibido a prática do delito.

Quanto à função preventiva geral positiva, tem-se que o direito penal, enquanto instrumento sancionador, deveria ter o papel de mostrar à sociedade que o Estado está funcionando, gerando assim a confiança de que se uma norma for transgredida, o Estado com certeza irá agir. Porém o que se constata ultimamente é que, diante do enfraquecimento do Estado Democrático de Direito, cada vez menos o Estado tem conseguido atingir o seu fim de sancionar, juntamente com o atual caos penitenciário.

No que concerne às funções preventivas especiais, quanto à negativa, que seria a busca pela neutralização do delinquente e assim bloqueando-o da prática delitiva, pelo menos enquanto cumprindo pena, percebe-se que, diante do sistema penitenciário atual, a prática delitiva não é neutralizada enquanto encarcerado, pois hoje, com o crime organizado no interior das penitenciárias, os delitos continuam a ser cometidos, mesmo dentro da prisão.

Por fim, a respeito da função preventiva especial positiva, que tem o caráter de ressocializar o condenado, com o intuito de evitar a reincidência, constata-se que não existe ressocialização em um sistema que exclui. Neste sentido, não há como ensinar um criminoso a viver em sociedade, privando-o de liberdade. Ademais não existe no sistema penitenciário brasileiro um modelo que devolva o condenado à sociedade, em condições dignas e reeducado

E, como tem se sustentado atualmente, antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão deve ser não dessocializadora. Isto, num duplo sentido: por um lado, não se deve amputar o recluso dos direitos que a sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado, deve-se reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe são associados. Só a incorporação da não dessocialização no conceito de socialização permitirá cumprir a Constituição e dissolver o paradoxo de se pretender preparar a reinserção social em um contexto, por definição, antissocial (Masson, 2010, p. 527).

Neste contexto, vale ressaltar que as funções da pena mostram apenas diferentes perspectivas a respeito dos efeitos que a norma e sua aplicação podem gerar, seja na sociedade ou no delinquente, pois os resultados do sistema adotado irão depender substancialmente de como o indivíduo irá absorver a medida aplicada a ele.

Importante à esta pesquisa é que, ainda que surtidos, no indivíduo, os melhores efeitos da pena privativa de liberdade, de nada adianta um sistema penitenciário funcionando, se o ambiente exterior à ele não recebe bem um condenado, fazendo com que ele retorne para aquele mesmo ambiente que o excluiu, e levá-lo a cometer o crime que o colocara na prisão, e agora ainda mais estigmatizado, deixando-o, muitas vezes, sem outra opção que não reincidir.

4 DAS TEORIAS DA ANOMIA

A teoria da anomia teve como precursor o renomado sociólogo Emile Durkheim, que inaugurou uma nova fase pós-positivismo. A teoria da anomia de Durkheim teve como objetivo quebrar a ideia de que o desvio é proveniente de fatores bioantropológicos e naturais, nem em situação patológica da estrutura social, assim como afirma Baratta (1999, p. 59), “as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais (clima, raça), nem em uma situação de estrutura social”. Neste sentido, Durkheim defendia a ideia de que o desvio é um fenômeno normal da estrutura social, sendo que só se tornaria negativo quando ultrapassado determinados limites, conforme relata Baratta

Somente quando são ultrapassados determinados limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da estrutura social, seguindo-se um estado de desorganização, no qual todo o sistema de regras de conduta perde valor, enquanto um novo sistema ainda não se afirmou (esta é a situação de “anomia”). Ao

contrário, dentro de seus limites funcionais, o comportamento desviante é um fator necessário e útil para o equilíbrio da estrutura social (1999, p. 59;60)

Desta forma, o estado de anomia, para Durkheim, aparece quando o crime enquanto parte da estrutura social, ultrapassa certos limites, transformando em um estado de caos, onde as regras de convivência perdem o sentido. Seria assim, um Estado de transição a um novo sistema, o qual abole o anterior e enquanto este novo não se consolida, ficaria em estado de anomia.

Durkheim deixou de lado a teoria da escola positiva de que o delinquente era um ser doente e antissocial, o sociólogo trouxe a ideia de que o crime é funcional, e que o delinquente é um agente regulador da vida social, o que fundamentava sua teoria da anomia, uma vez que o crime sendo funcional, só existiria estado de anomia quando este ultrapassa a linha do funcionalismo

Durkheim não via mais o delinquente como “ser radicalmente antissocial, como uma espécie de elemento parasitário, de corpo estranho e inassimilável, introduzido no seio da sociedade”. Esta visão geral funcionalista do delito é acompanhada, em Durkheim, por uma teoria dos fatores sociais da anomia (Baratta, 1999, p. 61).

Após Emile Durkheim, Robert K. Merton busca desenvolver a teoria da estrutura social e da anomia, com alguns aspectos que o diferencia de seu precursor. A princípio, Merton busca entender como certas estruturas sociais exercem pressão sobre as pessoas de forma com que estas não seguem tendências conformistas, levando-se a delinquir para que possam atingir certos objetivos culturais

[...] como e que algumas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas da sociedade, para que sigam conduta não conformista, ao invés de trilharem o caminho conformista. Se pudermos localizar grupos peculiarmente sujeitados tais pressões, deveremos esperar encontrar proporções moderadamente elevadas de comportamento desviado em tais grupos, não porque os seres humanos, neles compreendidos, sejam compostos de tendências biológicas diferentes, mas porque eles estão reagindo normalmente à situação social na qual se encontram (Merton, 1969, p. 204).

Adiante Merton explica que a estrutura social se subdivide em dois elementos de suma importância para sua teoria, quais sejam, os objetivos culturais e os meios institucionais.

Os objetivos culturais são aqueles interesses e propósitos comuns aos integrantes da estrutura social, sendo tido como um modelo a ser seguido pelos integrantes da sociedade

[...] consiste em objetivos culturalmente definidos, de propósitos e interesses, mantidos como objetivos legítimos para todos, ou para membros diversamente localizados da sociedade. Os objetivos são mais ou menos integrados - o grau de integração é uma questão de fato empírico - e aproximadamente ordenados em alguma hierarquia de valores. Envolvendo vários graus de sentimento e de significação, os objetivos predominantes compreendem uma armação de referência aspiracional (Merton, 1969, p. 205).

Constata-se que os objetivos culturais são aqueles os quais uma sociedade, levando em consideração sua cultura, elege como sendo um ideal a ser atingido por todos os indivíduos de um mesmo grupo, coisas como aquisição de bens e riquezas, a depender das experiências prévias daquela estrutura social.

Já os meios institucionais, são aqueles legítimos à concessão dos objetivos culturais. Em outras palavras, através dos meios institucionais o indivíduo poderia se mover dentro da estrutura social sem necessidade de delinquir

Um segundo elemento da estrutura cultural define, regula e controla os modos aceitáveis de alcançar esses objetivos. Cada grupo social, invariavelmente, liga seus objetivos culturais a regulamentos, enraizados nos costumes ou nas instituições, de procedimentos permissíveis para a procura de tais objetivos. Estas normas reguladoras não são necessariamente idênticas as normas técnicas ou de eficiência. Muitos procedimentos que do ponto de vista de indivíduos isolados seriam os mais eficientes na obtenção dos valores desejados – o exercício da força, da fraude, do poder – estão excluídos da área institucional da conduta permitida (Merton, 1969, p. 205).

Assim como afirma o autor, dentro da estrutura social, deve se observar as normas institucionalizadas para a obtenção dos objetivos culturais. Percebe-se que, muitas vezes, do ponto de vista individual, vão aparecer meios mais eficientes para se atingir aquele objetivo cultural, no entanto estes meios estão excluídos, extrapolam os limites do que é permitido na área institucional. Contudo, estes limites devem ser respeitados, conforme Merton (1969, p. 205), “Em todos os casos, a escolha dos expedientes para se esforçar na obtenção dos objetivos culturais é limitada pelas normas institucionalizadas”.

Fundamental para a manutenção da estrutura social é o equilíbrio entre esses dois elementos, quais sejam, os meios institucionalizados e os objetivos culturais, sendo que é

essencial que exista a sensação de satisfação na utilização destes elementos pelos indivíduos integrantes daquele grupo, de forma que haja o interesse na manutenção do sistema

Um equilíbrio efetivo entre essas duas fases da estrutura social é mantido enquanto as satisfações proporcionadas aos indivíduos se ajustam as duas pressões culturais, por exemplo, satisfações provenientes da realização dos objetivos e satisfação diretamente emergentes das formas de esforço para atingi-los, institucionalmente canalizados. E estimado em termos do produto e em termos do processo, em termos do resultado e em termos das atividades. Assim devem derivar satisfações contínuas, da preocupação se transferir exclusivamente para o resultado da competição eclipsar os competidores, se a própria ordem deve ser sustentada (Merton, 1969, p. 206).

Dessa forma, se o enfoque da competição em atingir os objetivos culturais se voltar apenas para o resultado, deixando de lado o processo, os competidores podem querer alterar as regras do jogo, ou seja, deixarem de lado os meios institucionalizados e lançarem mão de meios não institucionalizados, o que seria um comportamento desviante, tornando este indivíduo um delinquente, o que, na concepção de Merton seria o indivíduo “aberrante”

Na verdade, minha hipótese central é que o comportamento aberrante pode ser considerado sociologicamente como um sintoma de dissociação entre as aspirações culturalmente prescritas e as vias socialmente estruturadas para realizar essas aspirações (Merton, 1969, p. 207).

Ao passo que há uma discrepância entre as crenças individuais mais fortemente voltadas para os objetivos culturais, e menos intensas aos meios institucionalizados, eis que as emoções podem gerar uma transgressão aos meios institucionais para que se atinjam os objetivos culturais com mais facilidade. Para Merton, esse seria o estado de anomia, assim como afirma o autor, em menção à Durkheim (1969, p. 207), “A medida que se desenvolve este processo de amaciamento das normas, a sociedade torna-se instável e aparece o que Durkheim denominava "anomia" (ou ausência de normas)”.

No entanto, apesar de se basear na teoria da anomia de Durkheim, Merton vai mais a fundo na referida teoria, fazendo com que seu estudo se diferencie em alguns aspectos do de Durkheim.

Merton usa a sociedade Americana como parâmetro para ilustrar o desconforto social, perante a impossibilidade de se alcançar os objetivos culturais do “sonho americano”

Neste fluxo de padrões em mudança, não há ponto de descanso estável, ou, em outras palavras, é o ponto que se mantém sempre "um pouco adiante". O observador de uma comunidade na qual não são incomuns os salários anuais representados por seis algarismos (isto é, de 100.000 dólares para cima) relata as palavras angustiadas de uma vítima do Sonho Americano: "Nesta cidade, sou socialmente menosprezado, porque ganho apenas mil dólares por semana. Isto dói" (Merton, 1969, p. 209).

No trecho, o autor faz menção à forma como a sociedade está em constante mudança, sendo que aqueles que encontram-se em determinada casta, estão sempre em busca de algo que, teoricamente, está à frente, levando a uma sensação de insaciedade, o que justifica o indivíduo inovador estar presente em todas as classes sociais

A família, a escola e o local de trabalho - principais organismos que modelam a estrutura da personalidade e a formação dos objetivos dos norte-americanos - unem-se a fim de impor a intensiva disciplina necessária para que um indivíduo conserve intacta uma meta que está, cada vez mais, fora do seu alcance e que obrigue a motivar seu comportamento pela promessa de uma recompensa que não se cumpre (Merton, 1969, p. 209).

Percebe-se que o discurso do autor refere-se a um ambiente que é traçado para conservar a crença nos objetivos culturais. Porém, com metas cada vez mais difíceis de serem alcançadas, o que gera insatisfação social.

Para Merton, a cultura busca impor aos indivíduos da sociedade que o sucesso deve ser alcançado, sendo este a obtenção dos objetivos culturais

Assim a cultura impõe a aceitação de três axiomas culturais. Primeiro, todos devem esforçar-se para atingir os mesmos elevados objetivos, já que estão a disposição de todos; segundo, o aparente fracasso momentâneo é apenas uma estação no caminho do sucesso final; e terceiro, o fracasso genuíno consiste apenas na diminuição ou retirada da ambição (Merton, 1969, p. 209).

O Autor faz uma comparação dos axiomas culturais elucidando o que estes representam para a sociologia

Na paráfrase sociológica, estes axiomas representam primeiro o desvio da crítica da estrutura social para a crítica do próprio indivíduo, colocado entre aqueles situados de tal forma na sociedade, que não têm total e igual acesso à oportunidade; segundo, a preservação de uma estrutura do poder social, pela identificação dos indivíduos dos

estratos sociais inferiores, não com seus pares, mas com aqueles que estão no alto (a quem eles finalmente se juntarão); e terceiro, a atuação de pressões favoráveis à conformidade com os ditames culturais de ambição irreprimível, mediante a ameaça, para aqueles que não se acomodam aos referidos ditames, de não serem considerados plenamente pertencentes a sociedade (Merton, 1969, p. 2012).

Segundo o autor, os axiomas culturais, no viés sociológico, se desvia da estrutura social para a crítica do próprio indivíduo, que é colocado de tal forma na sociedade que não têm igual acesso à oportunidade. Isso gera a preservação da estrutura do poder social, fazendo com que seja praticamente impossível a modificação do *status quo*.

Ainda usando como parâmetro a cultura norte-americana, o Autor atribui a estes processos o motivo pelo qual é basicamente a riqueza o símbolo do sucesso, não tendo uma correspondente ênfase sobre os meios legítimos para se atingir os referidos objetivos, o que leva o Autor a inevitáveis questionamentos sobre a perspectiva de como a sociedade reage frente a estes fenômenos

É nestes termos e através de tais processos que a cultura norte-americana contemporânea continua a ser caracterizada por uma pesada ênfase sobre a riqueza como símbolo básico do sucesso, sem uma ênfase correspondente sobre as legítimas vias nas quais se devem marchar em direção a este objetivo. Como reagem os indivíduos que vivem nesse contexto cultural? E como as nossas observações se refletem na doutrina de que o comportamento transviado deriva tipicamente dos impulsos biológicos que irrompem através das restrições impostas pela cultura? Em poucas palavras, quais são as consequências do comportamento das pessoas situadas em várias posições na estrutura social de uma cultura, na qual a ênfase sobre os objetivos do sucesso dominante afastou-se cada vez mais de uma ênfase equivalente sobre os processos institucionalizados para a obtenção desses objetivos? (Merton, 1969, p. 212).

Para responder a estes questionamentos o autor criou uma espécie de classificação para cada tipo de reação individual às diferenças sociais que, para o Autor é chamado de “adaptação individual”.

Segundo Merton, existem cinco tipos de adaptação individual, sendo elas: Conformidade, Inovação, Ritualismo, Retraimento e Rebelião. Porém, para esta pesquisa, ficará adstrita ao indivíduo Inovador, que seria, como dito anteriormente, aquele que adere aos objetivos culturais, contudo não acredita nos meios institucionalizados.

A grande ênfase cultural sobre a meta de êxito estimula este modo de adaptação através de meios institucionalmente proibidos, mas frequentemente eficientes, de atingir pelo menos o simulacro do sucesso a riqueza e o poder. Esta reação ocorre quando o indivíduo assimilou a ênfase cultural sobre o alvo a alcançar sem ao mesmo tempo absorver igualmente as normas institucionais que governam os meios e processos para o seu atingimento. (Merton, 1969, p. 214).

Merton alega que, apesar da existência do comportamento desviante nas altas classes, denominados por Sutherland de “*crimes do colarinho branco*”, o indivíduo inovador, mais frequentemente, aparece nas classes sociais mais desabonadas

[...] quaisquer que sejam as proporções diferenciais do comportamento desviado nos diversos estratos sociais, e sabemos por muitas fontes que as estatísticas oficiais a respeito dos crimes mostram uniformemente proporções maiores nos estratos inferiores, e que elas não são dignas de confiança, resulta da nossa análise que as maiores pressões para o comportamento transviado são exercidas sobre as camadas inferiores. Casos que podemos apontar nos permitem descobrir os mecanismos sociológicos responsáveis por essas pressões. Diversas pesquisas têm mostrado que as áreas especializadas de vícios e crimes constituem uma reação "normal" contra uma situação em que a ênfase cultural sobre o sucesso pecuniário tem sido assimilada, mas onde há pouco acesso aos meios convencionais e legítimos para que uma pessoa seja bem sucedida na (Merton, 1969, p. 218).

Assim, percebe-se que, para o Autor, um dos motivos do comportamento desviante é que a ênfase social é voltada para a obtenção dos objetivos culturais, e não da mesma forma se volta à utilização dos meios institucionais, gerando um desequilíbrio entre eles, com uma pressão, muitas vezes, não suportada pelas camadas inferiores.

Merton acrescenta ainda que, para os trabalhadores de camadas mais baixas, a possibilidade de competir com indivíduos das camadas superiores é ínfima, uma vez que não há oportunidades suficientes de utilização dos meios institucionalizados, fazendo assim com que o mundo do crime se mostre muito mais atraente e eficaz no caminho para a obtenção dos objetivos culturais

A situação social do trabalhador manual (não especializado) e o conseqüente baixo rendimento não o habilitam a competir dentro dos padrões consagrados de honestidade, com as oportunidades de poder e de alto rendimento oferecidos pelos sindicatos do vício da chantagem do crime (Merton, 1969, p. 218).

Esse desequilíbrio e a falta de interesse público em capacitar as classes inferiores para que tenham acesso aos meios institucionalizados, que levariam os indivíduos a atingir os objetivos culturais de forma lícita, acabam por não deixar outra alternativa, senão o comportamento desviante

Para as finalidades deste trabalho, essas situações exibem duas características salientes. Primeiro, os incentivos para o êxito são inculcadas pelas normas estabelecidas da cultura e em segundo lugar, as vias disponíveis para o acesso a este objetivo são tão limitadas pela estrutura de classe, que não resta outra saída senão apelar para os desvios de comportamento (Merton, 1969, p. 218).

Assim, percebe-se que o comportamento desviante das classes inferiores é proveniente de uma falta de interesse público, que não gera políticas sociais eficazes para que, de forma lícita, estes indivíduos obtenham os objetivos culturais, ou, no mínimo, tenham oportunidades de acesso aos meios institucionalizados, para que gere, pelo menos, uma sensação de satisfação social.

Este ciclo faz com que os indivíduos, de forma reiterada, busquem meios não institucionais para a obtenção dos objetivos culturais, o que, muitas vezes, os levam ao encarceramento e, quando retornam à sociedade, entram, de novo, nesta mesma realidade que o fez desviante.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a ineficácia do encarceramento está ligada a diversos fatores abordados anteriormente. Ao se estudar o panorama histórico do surgimento do Estado Democrático de Direito e sua atual situação, constata-se que a ideologia de um Estado em si Democrático parece ter se perdido com o tempo, devido às novas demandas sociais, quanto aos modernos meios de comunicação e a aceleração das relações entre os integrantes de um mesmo grupo, gerando uma inevitável e evidente descrença por parte da sociedade, o que ocasiona um quadro instável e deslegitimador do próprio Estado. Isso se comprova em artigo publicado pela BBC/Brasil, o qual relata que apenas 13% dos brasileiros afirmam estar satisfeitos com a Democracia

Uma pesquisa realizada em dezoito países da América Latina revelou que os brasileiros são os mais insatisfeitos com a democracia. Somente 13% dos brasileiros responderam estar "muito satisfeitos" e "satisfeitos" com ela, segundo o levantamento da Latinobarómetro (Carmo, 2017).

O motivo de tamanha incredulidade do brasileiro com a Democracia se dá pela constatação dos altos índices de corrupção no país, levando a população a questionar as Instituições partes do Estado

[...] o alto índice de desconfiança dos brasileiros tem motivos. "Esta desconfiança entre as pessoas é resultado dos casos de corrupção. A corrupção é o tema principal em um pacote que envolve a situação social, a relação entre as pessoas e a desconfiança com a classe política como um todo", especula(Carmo, 2017).

Esse e outros fatores contribuem ainda mais para o fortalecimento de núcleos anômicos dentro da sociedade, pois leva o indivíduo a não acreditar nos meios institucionais e, assim, buscar no comportamento desviante uma oportunidade para atingir os objetivos culturais.

Importante ressaltar que Merton, ao utilizar-se da sociedade norte-americana como parâmetro ilustrativo da teoria da anomia, não afasta a aplicação desta na sociedade brasileira, uma vez que há grande proximidade nos objetivos culturais enraizados por ambos países, qual seja, a acumulação de riqueza como sinônimo de sucesso.

Por sua vez as funções da pena adotadas pelo sistema punitivo brasileiro não atingem, em si, seus objetivos, como é possível constatar no minucioso estudo das teorias. Assim, não são poucas as doutrinas que pregam o abandono da pena, como afirma Busato

As críticas estiveram presentes questionando os fracassos empíricos da intimidação e da ressocialização e, no plano material, a utilização do homem como objeto. Porém, "nada mudou desde que se sentaram as bases teóricas das três concepções". O debate produzido no século XIX, entre as Teorias Absolutas (retributivas) e as Teorias Relativas (Prevenção Geral e Prevenção Especial), se caracterizava por outorgar prevalência a uma sobre a outra. Nos últimos anos, o debate não faz mais do que se orientar e oferecer uma síntese de ambas as posturas ou, quando muito, oferecer uma nova dimensão à prevenção geral ou, ainda, propor o completo abandono da pena (2013, p. 749).

Contudo, apesar de um sistema penitenciário falido, a responsabilidade pela ineficácia do encarceramento está ligada, não só às condições degradantes das penitenciárias, mas,

também, ao pós-pena, quando o indivíduo ao retornar para a sociedade, se depara com o mesmo modelo daquela que o levou ao comportamento desviante.

Não há como afastar a certeza da necessidade de mudança por parte do sistema penitenciário, de forma que possa tornar as funções, pelas quais são aplicadas as penas privativas de liberdade, no mínimo, eficientes, contudo, após o desenvolvimento deste estudo, conclui-se que o problema está ligado de forma mais evidente à reintegração do indivíduo desviante ao meio social, devendo as políticas públicas se atentarem, e assim buscarem uma solução ao pós-pena, à reintegração de fato do indivíduo à sociedade, criando artifícios para que não seja necessário a reincidência para obtenção da riqueza, tida como sucesso e o principal objetivo cultural.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, 6^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2017.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**, ed. única. São Paulo: Editora CD. 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, parte geral**, 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo Cesar. **Direito penal**, parte geral, São Paulo: Atlas, 2013.

CARMO, Maria. **Brasileiros são os que menos confiam em democracia na América Latina, diz pesquisa**. BBC Brasil, Buenos Aires: 27 out. 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41780226>>. Acesso em: 25 de ago. 2018.

COSTA, Carlos Eduardo de Carvalho. **Direito Natural e Iluminismo: influência na formação do raciocínio jurídico moderno**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=46343_Carlos_Costa&ver=1607>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MASSON, Cleber. **direito penal esquematizado**, parte geral, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

MERTON, Robert king. **Sociologia, teoria e estrutura**, Ed ampliada. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

STRECK, Lenio Luiz, e MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**, 8. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

***MASS INCARCERATION E HYPERINCARCERATION: A REALIDADE
BRASILEIRA ENTRE O SENSO COMUM E A PESQUISA CRIMINOLÓGICA***

*MASS INCARCERATION AND HYPERINCARCERATION: THE BRAZILIAN REALITY
BETWEEN COMMON SENSE AND CRIMINOLOGICAL RESEARCH*

Barbara Siqueira Furtado

Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Advogada Criminalista.

barbarafurtado@gmail.com

Theuan Carvalho Gomes da Silva

Mestre em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho (UNESP). Pós Graduação em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeira Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF). Advogado Criminalista.

theuan@gmail.com

Resumo: O conceito de “*mass incarceration*”, reintroduzido nos debates penalógicos dos Estados Unidos no final dos anos 90, ganhou célebre releitura de David Garland em sua famosa conferência “*Mass incarceration: social causes and consequences*” na Universidade de Nova York (NYU) em 2000 (WACQUANT, 2015). Segundo Garland (2001, p.2), a denominação “*mass imprisonment*” viria a descrever um fenômeno completamente novo e sem paralelos no mundo penitenciário. Tal distinção se apoiaria em duas especificidades: primeiro, a discrepância do agigantamento da população carcerária e das taxas de aprisionamento, quando em contraste a modelos penais historicamente comparáveis; e segundo, a concentração dos efeitos sociais do encarceramento em grupos populacionais específicos, determinada, sobretudo, pela falência das políticas de *Welfare* e pelo recrudescimento da legislação penal com relação às drogas, de orientação *tough on crimes*. Em diálogo com as questões estudadas

por Garland, Lóic Wacquant (2015) propõe ajustes terminológicos e conceituais ao “*mass incarceration*” ou “*mass imprisonment*”, e passa a adotar o uso da expressão “*hyperincarceration*”. Este aperfeiçoamento da nomenclatura teria, assim, a intenção de desvelar sentidos camuflados pela opacidade da linguagem, pondo em evidência a distinção entre o encarceramento - desmedido mas direcionado - e os fenômenos de massa, como a mídia, que atingem pessoas, indistintamente. Sua abordagem, portanto, não desconsidera as consequências do fim das políticas do *Welfare State*, nem a influência de demais fatores conjunturais, mas põe em evidência a seletividade de atuação do sistema de justiça criminal, o qual se moveria guiado, majoritariamente, por questões de classe social, raça e local de origem, em expressão de uma outra face do mesmo projeto de expansão de Estado neoliberal. Desde a conferência de Garland na NYU, o Brasil viu sua população carcerária crescer inacreditáveis 312,22% , atingindo a maior taxa de aprisionamento de sua história: 352,6 para cada 100 mil habitantes (INFOPEN, 2017). À contramão dos debates e mobilizações pelo desencarceramento, seguimos, então, expandindo nossas prisões, tanto em suas dimensões efetivas quanto simbólicas, cerceando liberdades e usando arbitrariamente dispositivos de orientação, a princípio, garantista. O discurso criminalizante irresponsável de setores midiáticos, associado à instrumentalização da justiça penal para fins políticos, tem, cada vez mais, robustecido a crença da população média em instituições prisionais falidas, cristalizando, assim, um desejo de dilatação indistinta do cárcere, concebido como símbolo de luta contra impunidade. Nesse sentido, o reforço do ideal da prisão como justiça e de sua atual difusão igualitária, tende, à semelhança da crítica wacquantiana, a ocultar a essência seletiva do sistema penal, que permanece comprometido com a segregação - e por que não neutralização - de grupos sociais determinados. Em síntese, a reflexão proposta visa a debater a questão carcerária brasileira, a partir da aplicabilidade dos aportes teóricos fornecidos por Garland e Wacquant, destacando em que medida o uso do sistema penal como panaceia para os problemas sociais se legitimaria pelo senso comum da prisão como sinônimo de justiça. Com efeito, para que se alcance a referida análise, o método da revisão bibliográfica se apresenta como ferramenta adequada.

Palavras-chave: “*mass incarceration*”; “*hyperincarceration*”; “seletividade”; “Justiça Criminal”; “senso comum”.

Abstract: The concept of mass incarceration, reintroduced in the United States' criminal debates in the late 1990s, got a relevant interpretation of David Garland at his “*Mass incarceration: social causes and consequences conference*” placed in the University of New York (NYU) in 2000 (WACQUANT, 2015). According to Garland (2001, p. 2), the term "mass imprisonment" would describe a completely new and unparalleled phenomenon in the penitentiary world. Such a distinction would be based on two specificities: first, the discrepancy between the size of the current prison population and the imprisonment rates, when in contrast to all the models of criminal justice historically comparable. And second, the concentration of the social effects of incarceration on specific population groups, mainly determined by the end of the Welfare Policies and by the changes of the criminal law system focused on stamping out drugs according to the *tough on crimes* orientation. In a dialogic perspective, Lóic Wacquant (2015) proposes some terminological and conceptual adjustments to the “mass incarceration” or “mass imprisonment”, adopting the expression "hyperincarceration". The idea of the nomenclature change would remain in highlight some meanings hidden in the language opacity, putting in evidence that there is a important distinction between the incarceration - excessive but directed - and a mass phenomenon such as the media, which affects people, indistinctly. Therefore, his approach does not ignore the consequences of the end of Welfare State policies, nor the influence of other conjunctural factors, but it emphasizes the selectivity of the criminal justice system, which would be guided mainly by social class, race and place of origin, in expression of another face of the same neoliberal state project. Since the Garland conference at NYU, Brazil has seen its prison population grow 312.22%, reaching the highest rate of imprisonment in its history: 352.6 per 100,000 inhabitants (INFOPEN, 2017). In the opposite way of the debates and mobilizations for the incarceration decrease, we continue to expand our prisons, both in their effective and symbolic dimensions, through arbitrary restrictions of freedom guarantees. The irresponsible criminalizing discourse of media sectors, associated with the use of criminal justice for political purposes, has increasingly reinforced the popular belief in bankrupt prison institutions, at the same time that has been crystallizing the idea of jail as symbol of the fight against impunity. The reinforcement of the prison as some synonym of the egalitarian justice tends, as the Wacquant's critics says, to omit the selective essence of the penal system, which remains committed to the segregation - and why not neutralization - of specific groups. In

summary, this article aims to discuss the Brazilian prison question, based on the applicability of the theoretical contributions provided by Garland and Wacquant, highlighting how the use of the penal system as the main solution of the social conflicts can be legitimized by the common sense of prison as symbol of justice. In order to reach this goal, the bibliographic review method is presented as a proper tool.

Keywords: "mass incarceration"; "hyperincarceration"; "selectivity"; "Criminal Justice"; "common sense".

O termo “*mass incarceration*”, reintroduzido nos debates penalógicos dos Estados Unidos no final dos anos 90, ganhou célebre releitura de David Garland em sua famosa conferência “*Mass incarceration: social causes and consequences*” na Universidade de Nova York (NYU) em 2000 (WACQUANT, 2015).

Segundo Garland (2001, p.2), a denominação “*mass incarceration*” ou “*mass imprisonment*” viria a descrever um fenômeno completamente novo e sem paralelos no mundo penitenciário. Tal distinção se apoiaria, portanto, em duas especificidades: primeiro, a discrepância do agigantamento da população carcerária e das taxas de aprisionamento, quando em contraste a modelos penais historicamente comparáveis; e segundo, a concentração dos efeitos sociais do encarceramento em grupos populacionais específicos, determinada, sobretudo, pela falência das políticas de *Welfare* e pelo recrudescimento da legislação penal de orientação *tough on crimes*, com relação ao combate às drogas.

Em diálogo com as questões estudadas por Garland, Lóic Wacquant (2015) sugere ajustes terminológicos ao “*mass incarceration*”, passando a adotar a expressão “*hyperincarceration*”. A mudança da nomenclatura teria, assim, o propósito de desvelar sentidos camuflados na opacidade da linguagem, pondo em evidência a distinção entre o encarceramento - desmedido mas direcionado - e os fenômenos de massa, como a mídia, que atingem as pessoas, indistintamente. Sua abordagem, portanto, não desconsidera o fim das políticas do *Welfare State* e a influência de demais fatores conjunturais, mas põe em maior destaque a seletividade de atuação do sistema de justiça criminal, o qual se moveria guiado, em regra, por critérios de

classe social, raça e local de origem, em expressão de uma outra face do mesmo projeto de expansão de Estado neoliberal.

Desde a conferência de Garland na NYU, o Brasil viu sua população carcerária crescer inacreditáveis 312,22%, atingindo a maior taxa de aprisionamento de sua história: 352,6 para cada 100 mil habitantes (INFOPEN, 2017). Deste modo, à contramão dos debates sobre o desencarceramento, seguimos expandindo nossas prisões, tanto em suas dimensões efetivas quanto simbólicas, cerceando liberdades e distendendo arbitrariamente dispositivos de orientação, a princípio, garantista^[1].

O discurso criminalizante irresponsável de setores midiáticos, associado à instrumentalização da justiça penal para fins políticos, tem, cada vez mais, robustecido a crença da população média em instituições prisionais falidas, cristalizando o desejo de dilatação indistinta do cárcere, concebido como espécie de símbolo de luta contra impunidade. Nesse sentido, o reforço ao ideal da prisão como sinônimo de justiça e de sua crescente difusão igualitária, tende, nos moldes da crítica wacquantiana, a ocultar a essência seletiva do sistema penal, que permanece comprometido com a segregação - e por que não neutralização - de grupos sociais determinados. Segundo Antonio Gramsci, todas as formas de linguagem contêm concepções de mundo e de cultura (1978, p. 12-13). Isso, pois a língua não é, apenas, o agrupamento de vocábulos gramaticalmente ordenados, mas sim um receptáculo de noções e conceitos determinados. Sob essa lógica, o senso comum seria a representação de concepções de mundo, que são absorvidas de forma *passiva* pelos indivíduos, quando impostas pelos grupos sociais a que eles se encontram envolvidos. Nesse sentido, ao se alinhar às ideias de senso comum, o indivíduo abre mão de elaborar sua própria concepção de mundo de forma consciente e crítica, deixando, portanto, de “participar ativamente na produção da história do mundo, de ser o guia de si mesmo e não aceitar do exterior, passiva e servilmente, a marca da própria personalidade”.

Em que pese Gramsci (1978, p. 12) considere que todos os indivíduos partilham modos de pensar e agir dos grupos sociais aos quais pertencem, sendo, inevitavelmente, “conformistas de algum conformismo”, também deixa claro que esse movimento pode se dar de duas maneiras: de forma acrítica e ocasional, com a reprodução de preconceitos de fases históricas passadas, que se refletem em instituições filosóficas futuras; e de modo crítico e consciente, pelo qual se

empreende um processo ativo de análise em que a realidade é percebida, a partir de sua própria historicidade.

É necessário ressaltar que este processo não se esgota na pura atividade cognitiva, afinal, se assim o fosse, não haveria dissonâncias entre padrões de conduta e elementos intelectuais, ou ainda, marcas das relações de subordinação entre grupos sociais na construção do pensamento humano. Nesse sentido, alinhar-se a uma determinada concepção de mundo ou contra ela se posicionar, configura, sobretudo, um fato político.

Na perspectiva gramsciana, o senso comum é determinado pelos valores morais e elementos intelectuais das classes dominantes, absorvidos de modo automático e acrítico, como produto histórico da atuação das forças hegemônicas. Difunde-se pelas camadas populares de forma assistemática e desordenada, sendo marcado por seu caráter materialista, dogmático e incoerente.

Assim, essencialmente, conecta-se à vida prática, à aparência dos fatos, apoiando-se em verdades “incontestáveis”, que, contrastadas historicamente, são incongruentes. Entretanto, ao ser imposto pelo meio externo e absorvido de modo osmótico, não é distendido pelos movimentos de consciência e crítica, permanecendo incrustado ao imaginário coletivo.

Nessa esteira, ao analisar a arquitetura do pensamento jurídico, Luis Alberto Warat identifica como *senso comum teórico* os discursos hegemonicamente aceitos competentes, que se sustentam na práxis jurídica como formas higienizadas ou puras de construção de verdades. Saberes que se mostram aparentemente desvinculados de seu contexto sócio histórico e reivindicam espaços de neutralidade na operação do Direito.

Dessa sorte, a epistemologia clássica acabaria por colaborar com a cristalização do senso comum teórico ao negligenciar os aspectos políticos da produção do conhecimento, fornecendo combustível à ilusão de que é possível o exercício asséptico das profissões jurídicas. Assim, pontua Warat (1982, p. 52): “*Os juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico das normas*”.

Esse movimento de extração do saber jurídico do campo de atuação das formas de poder e sua utilização esterilizada na práxis se verifica, por exemplo, com relação à teoria de Kelsen cujos efeitos ideológicos e políticos não se originam, de forma imediata, da proposta de criação de

uma teoria científica pura do direito, mas, principalmente, do respectivo uso desse discurso como orientador da prática jurídica. Desse modo, é a transformação do discurso kelseniano em senso comum, sua desagregação teórica e apropriação institucional, que alimenta o ideal do jurista como operador técnico de dispositivos legais e não de sujeito imerso às relações sociais. Warat situa a construção do senso comum teórico como uma terceira etapa do processo dialético de formação do pensamento jurídico. Assim, em um primeiro momento, o operador do direito se encontraria permeado por *hábitos significativos*. Uma coleção de hipóteses e opiniões costumeiras, contraditórias ou não explícitas, ligadas às representações de mundo, e que acabam por servir de base à percepção do direito, de seu exercício e de suas instituições.

A segunda etapa se caracterizaria pela busca de conceitos imobilizados sob a égide da epistemologia, provenientes de processos lógicos, objetivos e neutros. Por fim, a construção do senso comum teórico se daria pelo movimento de transposição desses conceitos à esfera dos hábitos significativos, legitimando, desta maneira, as formas compreensivas originais na construção da práxis jurídica.

Nesse sentido, a produção do senso comum teórico se pauta na utilização estratégica de conceitos epistemologicamente fundados, de forma a legitimar concepções de mundo com formações discursivas, que camuflam sua orientação ideológica na missão de se construir um modelo neutro de racionalidade jurídica.

Os processos significativos do direito apresentam-se como um conjunto heterogêneo de hábitos semiológico de referência (senso comum teórico) e de discursos organizados a partir de ditos hábitos. Ou seja: os primeiros operam como um código para as enunciações jurídicas.

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz 'off' do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. (WARAT, 1982, p. 54)

Vale pontuar que por ser composto por um apanhado heterogêneo e desagregado de conceitos, separados de suas teorias originárias por hábitos significativos, o senso comum teórico acaba sendo facilmente apropriado por instituições específicas e utilizado de acordo com seus propósitos políticos.

Retornando o tema do emprego estratégico de conceitos, podemos dizer que a separação dos conceitos de suas teorias produtoras, permite a constituição de um sistema de verdades, o qual não está vinculado

a conteúdos, mas sim, a procedimentos legitimadores, determinantes para o consenso social. Este consenso provém do sentido conceitual por uma ordem de evocações controladas, ou seja, estereotipadas. Funda-se, por conseguinte, um processo de aproximação institucional dos conceitos, cuidadosamente elaborado, para exercitar significados.

Assim, por exemplo: o sentido conceitual da identidade Kelseniana, entre Direito e Estado é convertido em uma fórmula estereotipada que conota o caráter ético do Estado, impedido, aparentemente de agir fora da imaculada gaiola das normas positivas. (WARAT, 1982, p. 55)

Apoiando-se no pensamento de Warat, Lênio Streck (2001, p. 122-123) sumariza o senso comum teórico dos juristas como:

[...] o conjunto de crenças, valores e justificativa por meio de disciplinas específicas, legitimadas mediante discursos produzidos pelos órgãos institucionais, tais como os parlamentos, os tribunais, as escolas de direito, as associações profissionais e a administração pública. Tal conceito traduz um completo de saberes acumulados, apresentados pelas práticas jurídicas institucionais, expressando, destarte, um conjunto de representações funcionais provenientes de conhecimentos morais, teológicos, metafísicos, estéticos, políticos, tecnológicos, científicos, epistemológicos, profissionais e familiares, que os juristas aceitam em suas atividades por intermédio da dogmática jurídica. Difusamente, é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. Pode ser entendido, ainda, como uma racionalidade subjacente, que opera sobre os discursos de verdade das ciências humanas. Tal racionalidade aparece de vários modos e maneiras e configura instância de pré-compreensão do conteúdo e os efeitos dos discursos de verdade do Direito, assim como também incide sobre a pré-compreensão que regula a atuação dos produtores e usuários dos discursos do e sobre o Direito.

A superação do ideário da neutralidade na aplicação do Direito permite compreender que a narrativa jurídica, à semelhança de outras formações discursivas, não pode ser contemplada de modo dissociado da ideologia, que, afinal, é elemento materializador da própria linguagem e nela, manifesta-se, condicionando os processos de significação pertinentes às relações de poder (ORLANDI, 2005).

Nas palavras de Michel Pêcheux (PÊCHEUX, 2012, p.160):

O sentido de uma palavra, de uma expressão, de uma proposição, etc., não existe “em si mesmo” (isto

é, em sua relação transparente com a literalidade do significante), mas, ao contrário, é determinado pelas posições ideológicas que estão em jogo no processo sócio-histórico no qual as palavras, expressões e proposições são produzidas (isto é, reproduzidas). Poderíamos resumir essa tese dizendo: as palavras, expressões, proposições mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, o quer dizer que elas adquirem, seu sentido em referência a essas posições, isto é, em referência às formações ideológicas (no sentido definido mais acima), nas quais essas posições se inscrevem.

Assim, fazer resvalar o pano da objetividade na operação do direito pela identificação do senso comum teórico é evidenciar o quanto este se mostra coadunados com a configuração das estruturas de poder e desempenha papel fundamental em sua manutenção.

No que toca ao sistema penal, Zaffaroni e Pierangeli (2011) o concebem como mecanismo de controle social punitivo institucionalizado, que se realiza de forma compartimentada. Logo, enxergam-no como fonte de múltiplos discursos (judicial, policial e penitenciário), já que cada um dos setores justifica sua participação com premissas ideológicas diversas.

Contudo, apesar da multiplicidade, tais discursos, tradicionalmente, alinham-se aos mesmos postulados conceituais. Isso, pois, como já destacado, as instituições, naturalmente, tendem a se apropriar de construções teóricas que permitem sua maior utilidade, o que não, entretanto, não legitima conjecturas conspiratórias sobre a idoneidade de seu fluxo de criação, mas reflete do ponto de vista genealógico, a relação indissociável entre o poder e o saber.

A esse respeito, nenhuma teoria conspiratória é verdadeira, sendo incabível imaginar que a doutrina se elabore diretamente por incumbência do poder. O êxito político de uma sistematização (sua influência sobre as agências jurídicas) depende do poder, porque o saber jurídico é aplicado, ou seja, é um saber posto a serviço das agências jurídicas e estas preferem sistemas de compreensão que sejam mais úteis para o seu próprio exercício, o que, por sua vez, depende da estrutura de poder da agência jurídica e do estado (ZAFFARONI e BATISTA, 2013, p. 163).

Nesse sentido, é a desagregação das epistemes, sua vulgarização e apropriação institucional, ou seja, sua transposição ao senso comum teórico que a imprime conteúdo político. Novamente, preciosas são as observações de Warat (1982, p. 55):

Os marcos institucionais funcionam como lugares de interlocução repressiva, na medida em que estabelecem uma interpretação, polissemicamente controlada, das instâncias discursivas que se apropriam, chegando, em muitos casos, a estabelecer versões estereotipadas dos conceitos com uma clara função legitimadora. Com esse objetivo é que no interior dos marcos institucionais de apropriação se recorta e se reconstrói conceitos e critérios epistemológicos, desmembrados das matrizes teóricas em que foram produzidos. A apropriação institucional dos conceitos produz-se ao aceitar, como legítima, a assimilação e dispersão de conceitos que pertencem a disciplinas e paradigmas diversos.

Há algum tempo, no cenário brasileiro, é perceptível a ascendência de um discurso raso que, negligente às questões de política criminal, parece conclamar o aprisionamento em larga escala como sinônimo de combate à impunidade. Nesse sentido, a prisão de importantes personagens do setor político e econômico abriu espaço à cristalização da crença de que não só o combate à criminalidade deve ser capitaneado pela hipertrofia carcerária, como a de que o sistema de justiça criminal teria, alfim, passado a funcionar de forma igualitária, incidindo sobre todos os estratos sociais, indistintamente.

Segundo os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2017, p. 7-20), o Brasil contava, em junho de 2016, com uma população carcerária de 726.712 indivíduos, distribuídos em um universo de, apenas, 368.049 vagas. A taxa de ocupação média foi estimada em 197,4%, de modo que 78% dos estabelecimentos penais operavam em superlotação.

Em 16 anos, o crescimento da taxa de aprisionamento se deu em 157%, sendo 40% da população encarcerada composta por presos sem condenação. De todo o universo populacional, 64% eram negros, 54% possuíam ensino fundamental incompleto, 55% tinha entre 18 e 29 anos. Ademais, durante o ano de 2016, foram registrados 379 óbitos violentos em estabelecimentos prisionais do país¹. Ou seja, no transcurso do ano, todos os dias, ao menos uma pessoa foi morta quando se encontrava sob tutela integral do Estado para fins de cumprimento de penas privativas de liberdade.

O Brasil ocupa o terceiro lugar entre os países que mais encarceram no mundo. Na dianteira, seguem os Estados Unidos e a China. Contudo, afora China e Brasil, todos os outros países que participam do ranking de encarceramento mundial estão adotando políticas para reduzir suas populações carcerárias nos últimos anos.

Os estudos criminológicos, referendados pelos levantamentos estatísticos, indicam que um público bastante específico é selecionado para compor a massa da população carcerária. Os aportes da criminologia, sobretudo do paradigma da reação social, isto é, do rompimento com o positivismo que acreditava nas etiologias do crime, contribuem para melhor compreender como e em que medida o sistema de justiça criminal opera a seletividade para ingresso nas masmorras brasileiras. As pessoas presas no Brasil, em sua maior parte, são aquelas que estão à margem da sociedade, portanto, vulneráveis aos processos de criminalização.

São, em regra, jovens, negros, entre 18 e 29 anos, que não completaram o ciclo básico de educação, e que praticam, em sua maioria, crimes ligados ao patrimônio como furto, roubo e tráfico. O jovem, negro, sem escolaridade, morador da periferia, que com uma arma na mão, materializa-se na representação automática que a maioria das pessoas tem quando pensam na figura do “bandido”.

Entretanto, apesar de ser contra esses indivíduos que o sistema de justiça criminal tradicionalmente se investe, sua instrumentalização para fins políticos, o constante cerceamento de institutos garantistas e o alargamento das possibilidades de prisão, como se viu no julgamento do HC 126.292/SP, fomentam a credibilidade ilusória de que o encarceramento incide de forma homogênea sobre todos e, ainda, que o robustecimento do Direito Penal e de suas instituições é a solução adequada para os conflitos sociais.

Fortifica-se a ideia do encarceramento como sinônimo de justiça, de luta contra a impunidade e a prisão se conforma em seu efeito mais pernicioso: reafirma-se como pena óbvia, como pena por excelência, contudo, não deixa de estar menos comprometida com a neutralização e gestão de determinados estratos sociais, como bem observou Wacquant (2003).

E é nesse contexto que se torna relevante resgatar os conceitos de *mass incarceration* (encarceramento em massa) e *hyperincarceration* (hiperencarceramento), tratados, comumente, como sinônimos.

Como já observado, na definição de David Garland, o conceito de “*mass imprisonment*” é sustentado por duas características principais: o número absurdo de pessoas presas em descompasso com a série histórica da população carcerária, e, segunda, a concentração dos efeitos desse encarceramento sobre alguns grupos sociais específicos e determinados. O autor norte-americano argumenta:

There are, I think, two that are essential. One is sheer numbers. Mass imprisonment implies a rate of imprisonment and a size of prison population that is markedly above the historical and comparative norm for societies of this type. The US prison system clearly meets these criteria. The other feature is the social concentration of imprisonment's effects. Imprisonment becomes *mass imprisonment* when it ceases to be the incarceration of individual offenders and becomes the systematic imprisonment of whole groups of the population. In the case of the US, the group concerned is, of course, young black males in large urban centres. For these sections of the population, imprisonment has become normalized. It has come to be sections of the population, imprisonment has become normalized. It has come to be regular, predictable part of experience, rather than a rare infrequent event. (GARLAND, 2003, p. 2)

Além disso, Garland também sustenta que o encarceramento em massa não teria sido uma política pública pensada e debatida, mas sim um efeito colateral de todo um contexto que simplesmente “emergiu”. Essa grave crise humanitária que atualmente estamos enfrentando teria sido uma convergência de diversos fatores que, somados, nos conduziram ao quadro de superpopulação carcerária – quase que por acaso.

Por sua vez, esse cenário teria ocorrido, principalmente, em decorrência da política de guerra às drogas, que ficaram conhecidas como *tough on crimes*, além do fim do *Welfare State*. Para o autor, os EUA teriam “escorregado” (*drifted* em inglês) para essa situação sem que ninguém parasse para avaliar o resultado geral que se desenhava.

Mas imprisonment was not a policy that was proposed, researched, costed, debated and democratically agreed. America did not collectively decide to get into the business of mass imprisonment in the way that it decided to build the institutions of the New Deal, or the Great Society, or even the low-tax, low-spending, free-market institutions of Reaganomics. Instead, mass imprisonment emerged as the overdetermined outcome of a converging series of policies and decisions. Determinate sentence structures; the war against drugs; mandatory sentencing; truth in sentencing; the emergence of private corrections; the political events and calculations that made everyone tough on crime – these developments built upon one another and produced the flow of prisoners into custody. These developments may have been part of a general realignment of politics and culture – part of the same process that has transformed the welfare state and ‘ended welfare as we know it’ – but they did not take the form of a coherent programme. They were never presented a debated as a package that could take or leave. Instead America has drifted into this situation, with voter and politicians and judges and

corporations willing the specific means without anyone pausing to assess the overall outcome. (GARLAND, 2003, p. 3)

Nessa perspectiva, o autor elabora uma imagem de cultura do controle que sobrepõe a moralização e emotividade às premissas de uma justiça penal racionalizada. Outrossim, o encarceramento em massa obedeceria a uma lógica de intolerância que demanda rigor contra os chamados “crimes de rua” (tráfico, furto, roubo, homicídio), desconsiderando as possíveis causas sociais e iniquidades inerentes ao próprio sistema de justiça criminal. O objetivo da cultura do controle, portanto, seria manter as parcelas indesejáveis da população longe das partes nobres da metrópole, evitando que se coloque em risco a segurança e a ordem social. Dentro dessa perspectiva, a crise da reabilitação do previdenciário penal – entendido como a crise das finalidades de reabilitação da pena – acabou por redefinir a ideia de reabilitação, agora compreendida apenas como um controle de riscos. Para Garland, nessa moldura, a reabilitação se mostra como ferramenta de gestão de riscos e não como uma medida previdenciária, por si só. Assim sendo, se a terapia penal reabilitadora não funciona, é possível se recorrer a meios substitutivos eficazes.

Já o criminólogo Loïc Wacquant rompe com o uso da terminologia *mass incarceration* em prol do *hyperincarceration*. Novamente, sua abordagem não desconsidera o fim das políticas do *Welfare State*, mas põe no cerne da questão, o crivo de seletividade que orienta a atuação do sistema de justiça criminal, que é movida, majoritariamente, por questões de classe social, raça e local de origem. No artigo intitulado *Class, race & hyperincarceration in revanchist America*, Wacquant deixa claro sua perspectiva inovadora e sua divergência com David Garland, por exemplo.

The stupendous expansion and intensification of the activities of the American police, criminal courts, and prison over the past thirty years have been finely targeted, first by class, second by race, and third by place, leading not to mass incarceration but to the hyperincarceration of (sub)proletarian African American men from the imploding ghetto. (WACQUANT, 2017, P. 74)

Com o fim dos guetos, principalmente após as lutas por direitos civis a partir de meados da década de 60, a prisão foi chamada para ajudar na contenção dessa população taxada como

perigosa e desviante. É nesse sentido que se pode afirmar que “ghetto and prison belong to the same organizational genus, namely, institutions of forced confinement: the ghetto is a sort of ‘ethnoracial prison’ in the city, while the prison functions in the manner of a ‘judicial ghetto’” (WACQUANT, 2017, p. 75).

Wacquant centralizou a discussão em elementos que, até então, não eram o cerne do debate sobre explosão da população carcerária. As noções de classe social, raça, controle da força de trabalho assalariada e precarizada ganham destaque para a expansão desse sistema que é fundamentalmente seletivo e desigual. O sistema de justiça criminal, da perspectiva de Wacquant, está vinculado – e na verdade sucede – outros sistemas de segregação racial precedentes, como, por exemplo, a escravidão, o sistema de leis *Jim Crow*, o gueto negro e mais recentemente o *hyperghetto*, que seria a simbiose entre a prisão e o que foi o gueto.

Após a crise de debilitação do gueto, simbolizada pela grande onda de revoltas urbanas que varreram o país em meados da década de 1960, a prisão preencheu o espaço que se abriu, servindo com um “gueto” substituto para armazenar as parcelas do (sub)proletariado negro que têm sido marginalizadas pela transição à economia de serviços duplos e às políticas estatais de retratação do *welfare* e de retirada das cidades. (WACQUANT, 2008, p. 14).

Para Wacquant, a expansão do Estado Penal é decorrência natural da expansão do próprio projeto neoliberal, sendo apenas a outra faceta da mesma moeda. A política de criminalização da pobreza e superlotação das penitenciárias com a força de trabalho precarizada é uma necessidade do próprio neoliberalismo. Ao fim e ao cabo, o que ocorre é o controle do excedente de oferta de mão de obra precária, que em regra é composta por homens, jovens e negros.

Longe de contradizer o projeto neoliberal de desregulamentação e degradação do setor público, a ascensão irrefreável do Estado penal norte-americano constitui, por assim dizer, o seu negativo (ou seja, é a um só tempo a revelação e a manifestação do seu reverso), uma vez que evidencia a implementação de uma política de criminalização da pobreza, que é o complemento indispensável à imposição de ofertas de trabalho precárias e mal remuneradas na forma de obrigações cívicas para aqueles que estão cativos na base da estrutura de classes e castas, bem como a reimplementação concomitante de programas de *welfare* reformulados com uma face mais restritiva e punitiva. Na época

de sua institucionalização, nos Estados Unidos de meados do século XIX, “o encarceramento era, acima de tudo, um método que almejava o controle de populações divergentes e dependentes”, e os prisioneiros eram, acima de tudo, pessoas pobres e imigrantes europeus recém-chegados ao Novo Mundo. Hoje em dia, o aparato carcerário norte-americano desempenha um papel análogo no que diz respeito a esses grupos, transformados em supérfluos ou discrepantes pela dupla reestruturação da relação entre o trabalho assalariado e a caridade do Estado: as porções decadentes da classe trabalhadora e dos negros pobre ficaram presos aos centros das cidades, um dia industrializados, agora degradados. (WACQUANT, 2008, p. 11)

Logo, ao defender o uso da terminologia *hyperincarceration*, Wacquant destaca que o problema da expressão *mass incarceration* é que ela passaria a falsa impressão de que um fenômeno largo, massificado e que atinge a todos indistintamente, como a cultura de massa, o desemprego em massa ou a mídia de massa. Mas esta não é a realidade. O encarceramento se hipertrofia seletivamente, apenas contra um grupo específico da população. Para o autor, “Mass incarceration is socially tolerable and therefore workable as public policy only so long as it does not reach the masses: it is figure of speech, which hides the multiple filters that operate to point the penal dagger” (WACQUANT, 2017, p. 78)

O criminólogo defende que o termo *mass incarceration* acaba por camuflar a seletividade da justiça penal, que opera a partir de critérios de classe social, raça e lugar de origem. Essa tripla seletividade produz o hiperencarceramento de jovens negros das classes mais baixas dos EUA: [...] the expansion and intensification of the activities of the police, courts, and prison over the past quarter-century have been anything but broad and indiscriminate. They have been finely targeted, first class, second by that disguised brand of ethnicity called race, and third by place. This cumulative targeting has led to the hyperincarceration of one particular category, lower-class African American men trapped in the crumbling ghetto, while leaving the rest of society—including, most remarkably, middle- and upper-class African Americans—practically untouched (WACQUANT, 2003, p.29).

Somado a outras políticas criminais como o *zero tolerance*, *three strikes and you are out*, etc., para que ocorresse essa expansão desumana de controle social racista foi necessário declarar “guerra às drogas” (*war on drugs*). Foi graças à política de guerra às drogas que as prisões dos

Estados Unidos se enegreceram a partir do final da década de 70 e início da década de 80, com um aumento de 388% de pessoas negras presas apenas entre 1970 e 1991 (WACQUANT, 2003, p.29).

A chamada “guerra às drogas”, na verdade, era uma guerra contra o pequeno varejista que vende entorpecentes e que é facilmente capturado na prática da mercancia. E esse perfil era preenchido pela juventude negra, que tem no comércio das drogas uma das únicas opções de emprego em razão da crise pós *welfare*. Portanto, a guerra às drogas, na verdade, é uma guerra contra os pobres e negros. É exatamente isso que Wacquant constata em sua obra *Punir os Pobres*:

A causa-mestra deste crescimento astronômico da população carcerária é a política de “guerra à droga”, política que desmerece o próprio nome, pois designa na verdade uma guerrilha de perseguição penal aos vendedores de rua, dirigida contra a juventude dos guetos para quem o comércio a varejo é a fonte de emprego mais diretamente acessível (Adler, 1995). É uma “guerra” que não teria razão de ser visto que o uso de estupefacientes está em descenso desde o final dos anos 70 e que era perfeitamente previsível que se abateria de maneira desproporcional sobre os bairros deserdados: nele a presença policial é particularmente densa, o tráfico ilícito é facilmente identificado e a impotência dos habitantes permite à ação repressiva toda a liberdade. Entretanto, foi esta política que etupi as celas e “escureceu” seus ocupantes. Em 1979, um preso federal em cada quatro tinha sido detido por violação da legislação sobre os estupefacientes; em 1991 esta taxa ultrapassava 56% (WACQUANT, 2003, p.30).

Rodolfo Arruda Leite destaca quatro elementos principais da contribuição de Wacquant em defesa da utilização do termo *hyperincarceration*. O primeiro, a inerente seletividade da justiça penal, que incide majoritariamente contra jovens, negros, com baixa escolaridade e fora do mercado de trabalho formal. O segundo, a nítida harmonia entre os atores políticos e jurídicos que operam essa seletividade – e nesse ponto colide com David Garland. Terceiro, a necessária inclusão dos elementos de classe social e raça no debate quanto ao sistema prisional, pois parecem ser esses os principais critérios da seletividade. Quarto, o acordo social implícito dentre aqueles que não são selecionados pelo sistema de justiça criminal.

A alteração terminológica proposta por Wacquant, que, a princípio, pode parecer mera questão formal, ganha outra perspectiva quando diante dos processos de desagregação e apropriação promovidos na formação do senso comum teórico dos juristas.

Desta sorte, optar por tornar evidente a questão da seletividade de atuação do sistema de justiça penal por meio do uso da expressão hiperencarceramento alinha a um modelo de formação crítica do pensamento jurídico, no qual se abre mão de uma *epistemologia de conceitos* em pro de uma *epistemologia de significações*. Nas palavras de Warrat (1982, p. 53):

Reivindicamos, até aqui, a necessidade de instaurar, para o conhecimento crítico do direito, uma epistemologia das significações como substituição ou complementação da atual epistemologia dos conceitos. Esta última não permite, por um lado, discutir o sentido político do saber do direito já que os conceitos são construídos pela razão como uma tentativa de suprimir das ideias seus vínculos com as representações ideológicas ou metafísicas e com suas relações com o poder.

É, portanto, dar maior relevância às demandas do contexto sócio histórico presente, no qual o cárcere configura violentíssimo instrumento de segregação e genocídio da população negra e pobre. Reforçando, assim, a luta por reconhecimento desse grupo marginalizado e vulnerável. Ademais, é diminuir as chances das distorções provocadas pelo senso comum, que, incorporado e reproduzido de forma acrítica, pode sustentar a instrumentalização do encarceramento em massa, como fenômeno de massa homogêneo, e, portanto suficiente a justificar o agigantamento da prisão e do próprio Direito Penal.

Em síntese, a substituição conceitual não se esgota em mero preciosismo terminológico, é, para além disso, uma importante ferramenta que fomenta a postura crítica e ativa dos sujeitos, reposicionando-os em um preocupante cenário de crise democrática. Não promovê-la, é, portanto, abster-se da tomada de consciência política, fortificando as barreiras ao contato com a realidade do sistema carcerária, e obstaculizando o desenvolvimento de percepções de mundo que considerem possíveis respostas distintas da prisão.

Em síntese, a reflexão proposta visou a debater a questão carcerária brasileira, a partir da aplicabilidade dos aportes teóricos fornecidos por Garland e Wacquant, destacando em que medida a hipertrofia da prisão e o uso do sistema penal como panaceia para os problemas sociais se legitima pelo senso comum, ressaltando, contudo, que não se pretendeu esgotar a matéria.

Referências Bibliográficas

- DE BARROS, Rodolfo Arruda Leite. **Os diferentes sentidos do termo *mass incarceration* e uma breve análise sobre a assimilação da expressão no debate sobre o sistema prisional no Brasil.** In: Anais 38º Encontro Anual da ANPOCS, GT 42, Violência, Criminalidade e Punição no Brasil. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/papers-38-encontro/gt-1/gt42-1/9232-os-diferentes-sentidos-do-termo-mass-incarceration-e-uma-breve-analise-sobre-a-assimilacao-da-expressao-no-debate-sobre-o-sistema-prisional-no-brasil/file> Acesso em: 07 ago. 2017. p. 2
- GARLAND, David. *Mass imprisonment: social causes and consequences.* London: Sage Publications, 2001.
- GRAMSCI, Antonio. *Concepção dialética da história.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. **Discurso e leitura.** São Paulo: Cortez, 2005.
- PÊCHEUX, Michel. **O discurso: estrutura ou acontecimento.** Tradução Eni P. Orlandi. 6. ed. Campinas: Pontes Editores, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- WACQUANT, Loïc. **Class, race & hyperincarceration in revanchist America.** Disponível em: <http://www.sociology.cam.ac.uk/people/academic-staff/professor-loic-wacquant/class-race-hyperincarceration> Acesso em: 07 ago. 2017.
- _____. **O lugar da prisão na nova administração da pobreza. Novos estudos. Dossiê segurança pública- CEBRAP,** São Paulo, n. 80, p. 9-19, Mar. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002008000100002>. Acesso em: 07 ago. 2017.
- _____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- WARAT, Luis Alberto. **Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos,** Florianópolis, p. 48-57, jan. 1982. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/17121>>. Acesso em: 25 set. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: volume 1 – parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**: primeiro volume, teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro, Revan, 2013.

¹VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne; REIS, Thiago. *Brasil teve quase 400 mortes violentas em presídios em 2016. G1*. Rio de Janeiro, 05 de janeiro de /2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>> Acesso em 01/07/2018.

O DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS ENCARCERADAS

THE RIGHT TO HEALTH OF JAILED PEOPLE

Érick Vanderlei Micheletti Felicio

Mestrando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Bolsista PROSUP/CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável”. Advogado. Especialista em Direito Constitucional Brasileiro (Universidade São Francisco - USF). Bacharel em Direito (Universidade de Sorocaba - UNISO). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Instituição financiadora: PROSUP/CAPES. michelettierick@gmail.com

Marcelo Lamy

Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq “Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável”. Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade Santa Cecília. Advogado. Doutor em Direito Constitucional (PUC-SP). Mestre em Direito Administrativo (USP). Bacharel em Direito (UFPR). Instituição de origem: Universidade Santa Cecília - UNISANTA. marcelolamy@unisanta.br

Resumo: O Brasil tem a terceira população mundial de pessoas em situação de privação de liberdade pelo encarceramento, contingente exposto a inúmeras doenças e epidemias. A superlotação dos estabelecimentos penais decorre de uma série de causas, dentre as quais, a cultura de segregação em massa e punitivista, resultado da desenfreada adoção da teoria de defesa social, a qual, por sua vez, é indevidamente justificada pela distorção do conceito de segurança no Estado Democrático e de Direito, bem como, pela neurose advinda da atuação das agências de difusão do medo em sociedade. Destarte, o crescimento vertiginoso da população carcerária brasileira constitui obstáculo à efetivação do conceito universal de saúde. Ademais, transforma-se em fator de produção e de disseminação de doenças em rede. Afinal, ainda

prevalece a violação dos princípios e das garantias de Direito Sanitário no meio ambiente das prisões. Vinculada ao conceito de saúde pública, a saúde prisional deve ser objeto de medidas efetivas, voltadas à redução dos riscos de doenças e de outros agravos. Trata-se de pesquisa exploratória da negligência estatal ao direito à saúde no cárcere, que desvela o estado de coisas inconstitucional e identifica as causas pelas quais as insuficientes políticas intentadas não alteraram o precário panorama sanitário das unidades e instituições prisionais do Estado brasileiro. Constitui estudo crítico de dados oficiais, da legislação vigente, e ainda, que promove a sistematização analítica de argumentos encontrados em artigos científicos e nas obras vinculadas, direta ou indiretamente, ao tema objeto do presente estudo.

Palavras-chave: Direito Sanitário. Regras de Mandela. Presos. Políticas públicas. Acesso à saúde.

Abstract: Brazil has the third world population of persons deprived of liberty by incarceration, a contingent exposed to numerous diseases and epidemics. The overcrowding of penal establishments arises from a series of causes, including the culture of mass and punitive segregation, as a result of the unbridled adoption of the social defense theory, which, in turn, is unduly justified by the distortion of the concept of security in the Democratic State and Law, as well as by the neurosis stemming from the agencies of the diffusion of the fear in the society. Therefore, the rapid growth of the Brazilian prison population constitutes an obstacle to the realization of the universal health concept. Furthermore, it becomes a factor of production and dissemination of diseases. After all, there still prevails the violation of the principles and guarantees of Sanitary Law in the environment of the prisons. Linked to the concept of public health, the prison health must be the object of effective measures aimed at the risk-reduction of the diseases and other damage. It is an exploratory investigation of the state neglect to the right to health in prison, which reveals the unconstitutional state of things and identifies the causes by which insufficient policies have not altered the precarious sanitary panorama of the prison units and institutions of the Brazilian State. It constitutes a critical study of official data of the current legislation, in addition, promotes the analytical systematization of the arguments found

in the scientific articles and works directly or indirectly linked to the subject matter of the present study.

Keywords: Sanitary Law. Mandela Rules. Prisoners. Public policy. Access to health.

INTRODUÇÃO

Dentre os direitos sociais, fundamentais aos cidadãos, portanto, garantidos pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), tem-se o direito à saúde.

Diante de sua natureza de garantia fundamental, individual e coletiva, reveste-se, tal direito social, das características da indisponibilidade e da universalidade, pois constitui uma das cláusulas pétreas constitucionais. Essa conclusão decorre da interpretação sistemático-teleológica e da consideração do Texto Constitucional como um sistema aberto de normas e princípios (v. artigos 5.º, § 1.º, § 2.º e § 3.º; 60, § 4.º; e 196, todos da CF/1988).

Segundo o enunciado do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, a saúde é "direito de todos" e "dever do Estado", cuja garantia deve ser efetivada mediante políticas sociais e econômicas, todas dirigidas à redução dos riscos de doenças e de outros agravos, bem como, por meio do "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.". Assim, por ser um expresso dever estatal, a Lei Magna ainda criou, por intermédio de seu artigo 198, o Sistema Único de Saúde (SUS), balizado por certos princípios que deveriam ser, na prática, regentes quanto à compreensão das atribuições de tal sistema único.

O tema da plena efetivação sanitária exige constantes análises e atenções do Poder Público e do meio acadêmico-científico, de forma a serem abrangidos os seus diversos aspectos e perspectivas, diante da complexidade inerente a esse direito social, a fim de que sejam, nesse sentido, conciliadas as diversas áreas do Conhecimento Humano, direta ou indiretamente vinculadas a tal temática e ao conceito universal de Cidadania.

1. O DIREITO DA SAÚDE: OBJETO E PRINCÍPIOS

Um conceito de Direito Sanitário fora elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) do Brasil. Tal conceito, aliás, revelou o enfoque desse ramo do Direito e a forma pela qual a Administração Pública nele se envolve:

Direito Sanitário é um ramo do Direito Público onde o Estado, visando à proteção e à promoção da saúde pública, assume, ativamente, o papel regulador e controlador dos bens, dos produtos, dos serviços e das atividades que podem colocar em risco a saúde da população. Essa multiplicidade de coisas encontra-se regulada em extenso e complexo volume de normas sanitárias (federais, estaduais e municipais), que disciplinam quase todas as atividades humanas, já que praticamente todas as atividades podem, de uma forma ou de outra, produzir algum dano à saúde.

Portanto, o Direito Sanitário ou da Saúde é um ramo da Ciência Jurídica, por sua vez, atrelado ao Direito Público. Obriga o Estado a atuar, a fim de promover e de proteger a saúde pública. Exerce um papel regulador e controlador da circulação de bens, produtos, serviços e atividades que possam colocar em risco a saúde das pessoas. Para tanto, dispõe de um sistema jurídico-normativo que prevê uma série de atribuições, funções, circunscrições e competências nas esferas dos entes federativos brasileiros.

Conclui-se que quase todas as atividades humanas são disciplinadas por intermédio desse sistema, pois, de uma forma ou de outra, podem intervir no objeto nuclear do Direito Sanitário: a saúde (individual e/ou coletiva).

Se a saúde é o objeto do Direito Sanitário, deve-se identificar o seu conceito.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) é a autoridade responsável pela direção e coordenação da saúde dentro do sistema estrutural da Organização das Nações Unidas (ONU). Nessa condição, a OMS é a responsável: a) pela promoção de liderança em questões globais de saúde; b) pela definição de agenda de pesquisa em saúde; c) pelo estabelecimento de normas e

padrões; d) pela articulação de opções políticas baseadas em evidências; e) pelo fornecimento de apoio técnico aos países; f) pelo acompanhamento e pela avaliação das tendências mundiais em saúde; e g) pela definição de um conceito ao termo “saúde”.

Conforme a supramencionada alínea “g”, no Preâmbulo da Constituição da OMS, restou consignado o conceito de “saúde”, qual seja: “A saúde é um estado de completo bem estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.” (tradução livre).

Também nos termos desse Preâmbulo, o direito de gozar do melhor estado de saúde possível de se atingir deve ser garantido a todos os seres humanos, portanto, vedadas as distinções de qualquer natureza. Isso fica nítido quando se atenta para as demais garantias relacionadas à saúde e extraídas do aludido Preâmbulo, dentre as quais, podem ser destacadas as seguintes: a) a necessidade de garantia de saúde a todos os povos, como critério para se conseguir a paz e a segurança, que dependem da mais estrita cooperação entre os indivíduos e os Estados; b) a divulgação e o acesso para todas as pessoas aos benefícios e conhecimentos médicos, psicológicos e afins, essenciais para que seja atingido o mais elevado grau de saúde das pessoas; e c) o fato de que os governos possuem a responsabilidade pela saúde de seu povo e que, para tanto, deve ser assumida por meio de medidas sanitárias e sociais adequadas.

A saúde, como conceituada pela OMS, passa a ser uma meta que exige atuação constante para que seja alcançada. O resultado “saúde” deverá considerar, ainda, a evolução social e de suas novas demandas. “Saúde”, destarte, é a materialização da qualidade de vida digna das pessoas.

Nesse sentido, enfatiza HUMENHUK (2002):

A definição de saúde está vinculada diretamente a sua promoção e qualidade de vida. (...) O conceito de saúde é, também, uma questão de o cidadão ter direito a uma vida saudável, levando à construção de uma qualidade de vida, que deve objetivar a democracia, igualdade, respeito ecológico e desenvolvimento tecnológico, tudo isso procurando livrar o homem de seus males e proporcionando-lhe benefícios.

A Comissão sobre Saúde e Meio Ambiente da OMS também apresentou, em 1992, no contexto de um de seus relatórios sobre urbanização, o conceito de “saúde pública”, *in verbis*: “Ciência e arte de promover, proteger e recuperar a saúde por meio de medidas de alcance coletivo e de motivação da população.”. Percebe-se, assim, que a saúde pública tem como objetivo o estudo e a busca de soluções para problemas que levem ao agravo da saúde e da qualidade de vida da população. E, para tanto, faz-se necessário considerar os diversos sistemas socioculturais, ambientais e econômicos. Ademais, são imprescindíveis os conhecimentos científicos diversos, em sistema de multi e interdisciplinaridade (Engenharias, Medicina, Biologia, Sociologia, Direito etc.), para o adequado desenvolvimento de políticas públicas, tendo-se em conta, ainda, que as falhas dessas políticas acarretam diversas formas de exclusão social, com influências nefastas à saúde da população.

A partir do Texto Constitucional de 1988, bem como, consideradas as demais normas jurídicas que compõem o Direito Sanitário, são identificados diferentes princípios, dentre os quais, em síntese, têm-se os seguintes:

a) *Fundamentalidade*: por ser um direito social (v. art. 6.º da CF/1988), entende-se a saúde como formalmente englobada pelo rol dos direitos fundamentais. Tal situação garante rigidez constitucional, e assim, segurança jurídica diante da obrigação de execução das ações que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde;

b) *Proteção da dignidade da pessoa humana*: a dignidade humana é objetivo previsto no artigo 1.º, inciso III, da CF/1988. Liga-se ao conceito de saúde, uma vez que este procura garantir - a todas as pessoas - um estado de completo bem estar físico, mental, social e não apenas a ausência de doença. Destarte, inegável que a saúde é critério imprescindível para se atingir a vida digna;

c) *Integralidade*: reforça a necessidade do SUS, mediante a unidade e a continuidade na sua atuação. A obrigação estatal não pode ser limitada, mitigada ou cindida, pois a saúde, como bem individual, coletivo e de desenvolvimento exige abordagem assistencial e completa, a fim de que seus aspectos sejam tratados integralmente. As ações e projetos devem ser

pensados de forma integral, mediante a organização de um SUS que atinja todas as necessidades da sociedade, na busca pelo estado de completo bem estar físico, mental e social, ou seja, da saúde plena;

d) *Igualdade, equidade e solidariedade*: o princípio da igualdade traz a noção de proporcionalidade, de quantidades equivalentes. O da equidade significa a condição de reconhecer direitos com justiça. O princípio da solidariedade, por sua vez, refere-se aos vínculos entre pessoas com um mesmo tema. O exercício do direito à saúde deve observar sempre a igualdade, a equidade e a solidariedade de tratamento, por se tratar de direito fundamental. Assim, as ações e serviços estatais voltados à saúde devem envolver todos os administrados, sem distinções de qualquer natureza;

e) *Acesso universal e igualitário*: baseia-se no *caput* do artigo 196 da CF/1988. Tal dispositivo preconiza o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Tem-se, também, o artigo 19, inciso III, do Texto Magno, o qual veda, aos entes federativos, a criação de distinções entre brasileiros ou de preferências entre si;

f) *Democracia sanitária*: a Constituição Federal de 1988, como registrou AITH (2007, p. 261), “prevê expressamente que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, o qual é organizado para que exista “democracia sanitária”, no momento em que “as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade” são fundamentos constitucionais basilares e que organizam e regem as ações e serviços públicos de saúde;

g) *Responsabilidade estatal*: tratando-se, o Direito Sanitário, de um ramo do Direito Público, o Estado é, então, o responsável pelas ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde. Portanto, o Estado precisa garantir que esse direito social seja exercido de forma efetiva. Utiliza-se, para cumprir esse dever, de políticas sociais e econômicas, a fim de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como, para buscar a garantia de acesso universal e igualitário à saúde. Contudo, essa responsabilidade estatal pela

saúde não se restringe à prestação de serviços públicos, pois engloba, ainda, a necessária regulamentação, fiscalização e controle, nos termos do artigo 197 da CF/1988. É que as ações e serviços de saúde têm relevância pública, sejam eles prestados diretamente pelo Estado ou executados por terceiros (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, por exemplo); e

h) *Segurança sanitária*: destinada a colocar em prática o papel estatal de regulação e controladoria dos bens, produtos, serviços e atividades que possam colocar em risco a saúde da população. A Constituição Federal de 1988 norteia o Estado brasileiro a organizar o SUS, de forma a garantir a devida proteção. Tem-se que as ações de segurança sanitária são exercidas pela vigilância em saúde, a qual, por sua vez, é praticada por intermédio de programas e ações de vigilância sanitária, epidemiológica e ambiental. Destarte, o Estado tem a obrigação de acompanhar, avaliar e divulgar o nível de saúde da população e das condições ambientais.

2. PANORAMA CARCERÁRIO E DA SAÚDE PRISIONAL

Em 2014, segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), atualizados até junho desse mesmo ano e obtidos por meio do Processo CNJ n.º 2014.02.00.000639-2, o Brasil possuía a quarta população carcerária mundial, contando 563.526 pessoas recolhidas em estabelecimento penais, entre segregadas provisoriamente e definitivamente condenadas. Ficava atrás dos Estados Unidos (2.228.424), da China (1.701.344) e da Rússia (676.400). Porém, de acordo com esse levantamento, ainda em 2014, se computadas as pessoas submetidas a prisões domiciliares, o Brasil ultrapassaria a Rússia no *ranking*, saltando para a terceira posição mundial, com 711.463 pessoas privadas de liberdade pelo encarceramento. Eis o panorama prisional brasileiro constante dessa apuração, sob o enfoque quantitativo:

Tabela 1 – Panorama carcerário brasileiro (quantitativo) - Atualizado até jun./2014

| | |
|---------------------------------------|---------|
| População no sistema prisional | 563.526 |
| Capacidade do sistema (vagas) | 357.219 |
| Déficit de vagas | 206.307 |

| | |
|---|-----------|
| Pessoas em prisão domiciliar | 147.937 |
| Total de pessoas presas | 711.463 |
| Déficit de Vagas | 354.244 |
| Número de mandados de prisão em aberto | 373.991 |
| Total de pessoas presas, se considerado o cumprimento dos mandados de prisão em aberto | 1.085.454 |
| Déficit de vagas | 728.235 |

Fonte: CNJ/INFOPEN (2014)

Nesse contexto, dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) sobre a população brasileira nos anos de 2005 e 2014, revelaram que, em quatorze anos, a população prisional cresceu 167,32%. Em dez anos, o crescimento da população carcerária foi de 72%, enquanto o da população total brasileira foi de 10%.

Tabela 2 – Quantidade populacional e de vagas 2005/2014

| BRASIL | 2005 | 2014 |
|----------------------------|-------------|-------------|
| População total | 185.150.806 | 202.768.762 |
| População prisional | 361.402 | 622.202 |
| Vagas | 206.559 | 371.884 |

Fonte: IBGE/CNJ

O 10.º Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e o INFOPEN constataram que a taxa de aprisionamento por cem mil habitantes, considerados os maiores de dezoito anos, saltou de 364,73 (2011) para 418,44 (2014), o que representou um aumento de 15%.

Em dezembro de 2017, novo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) foi divulgado, em continuação à série iniciada em 1990, trazendo números relativos aos anos de 2015 e 2016.

Nesse biênio, o panorama carcerário brasileiro restou agravado.

Em 2015, o Brasil passou a contar 698.618 presos, enquanto a Rússia, dos anteriores 676.400 encarcerados, teria diminuído esse número para 646.100. Assim, o Estado brasileiro assumiu - sem que para tanto fosse necessário o cômputo das prisões domiciliares ou dos mandados de prisão ainda pendentes - a terceira posição no *ranking* mundial de população carcerária. Aliás, teria ultrapassado a Rússia em número de pessoas recolhidas ao cárcere, conforme desvela a análise dos referidos dados oficiais, ainda que fosse considerado o total de presos russos apurados em 2014 (676.400), isto é, mesmo se desconsiderada a aludida

diminuição do número de presos da Rússia em 2015. Os Estados Unidos e a China também apresentaram, em 2015, redução de sua população carcerária, mas mantiveram as duas primeiras posições no *ranking* mundial de presos, com 2,14 milhões e 1,65 milhões de encarcerados, respectivamente.

Esses novos dados oficiais, quando atualizados até 2016 e comparados aos de 2005 - ano em que o Brasil contava 361.402 pessoas segregadas - revelam que a população prisional brasileira mais do que dobrou (726.712).

Em 1990, ano de início da série de Levantamentos de Informações Prisionais (INFOPEN), a quantidade de pessoas encarceradas no Brasil era de 90 mil, ou seja, cerca de oito vezes menor do que a apurada pelo último levantamento. Ademais, os novos dados oficiais revelaram que o Brasil, em 2015, era o terceiro país em taxa de ocupação das cadeias. Esse índice nacional atingiu 188,2%, atrás apenas de Filipinas (316%) e de Peru (230,7%). A taxa de aprisionamento por cem mil habitantes, no Brasil de 2015, rendeu o quarto lugar mundial, pois chegou a 342, menor apenas do que os índices estadunidense, russo e tailandês. Aliás, EUA, Rússia e China teriam diminuído a taxa de aprisionamento por cem mil habitantes, ao contrário do Brasil.

O levantamento INFOPEN relativo ao ano de 2016, por sua vez, não promoveu comparações com o *ranking* carcerário mundial. Mas, desvelou o seguinte: a população prisional brasileira, que havia saltado para 698.618 durante o ano de 2015, atingiu, em 2016, o total de 726.712 pessoas encarceradas.

O número de vagas em 2016 era de 368.049. Esse dado indicou o *déficit* de 358.663 lugares em estabelecimentos prisionais brasileiros. A taxa de ocupação foi de 197,4%, o que indica o seguinte: pelo menos vinte pessoas ocupavam o espaço destinado a dez pessoas custodiadas.

Quanto aos Estados da Federação, eis os possuidores das maiores taxas de ocupação prisional: 1.º Amazonas (484%); 2.º Ceará (309%); 3.º Pernambuco (301%); 4.º Paraná (282%); e 5.º Alagoas (245%). Nesse corte temático, outros Estados e o Distrito Federal atingiram índices que merecem referência: Distrito Federal (210%), Minas Gerais (187%), São Paulo (183%) e Rio de Janeiro (177%).

Os dados oficiais desse ano de referência (2016) trouxeram, ainda, informações sobre o perfil da população carcerária. O Brasil possuía 53% de sua população geral, acima dos dezoito anos de idade, composta por pretos. Os brancos eram 46%. Mas, nas prisões, as estatísticas revelaram, em 2016, a existência de 64% de pretos e de 35% de brancos.

Destaca-se, também, que fora apurado o enorme número de jovens encarcerados. A partir de uma divisão por faixas etárias, constatou-se que a maioria dos presos era composta por jovens de 18 a 24 anos (30%). A seguir, vinham as seguintes faixas etárias: de 25 a 29 anos (25%); de 30 a 34 anos (19%); e de 35 a 45 anos (19%). Somadas as duas primeiras faixas, conclui-se que o número de jovens presos, com idades entre 18 e 29 anos, chegou a 55%.

Em 2016, segundo o INFOPEN, 80% das pessoas encarceradas não estavam envolvidas em qualquer atividade educacional (ensino escolar e atividades complementares). O percentual de pessoas encarceradas que não desenvolviam atividades laborais, dentro ou fora dos estabelecimentos prisionais, chegou a 85%. E, não obstante a Lei de Execução Penal (LEP) determine que a pessoa privada de sua liberdade, sob a custódia do Estado, deve receber um valor a partir de três quartos do salário mínimo vigente, como retribuição pela atividade laboral desenvolvida, apurou-se que 75% dos presos que trabalhavam não recebiam esse valor, sendo que outros 41% auferiam menos do que três quartos do salário mínimo, e ainda, 33% nada recebiam como remuneração pelo trabalho.

Esse perfil do sistema carcerário, trazido pelo INFOPEN, foi confirmado pelos dados obtidos por respeitadas entidades do Terceiro Setor e por Grupos de Pesquisas de reconhecida credibilidade.

Segundo o documento publicado em 2017 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o sistema carcerário brasileiro teria 7,61 custodiados para cada servidor em atividade de custódia. Para O IDDD, em regra, os crimes que geraram privações de liberdade, além de não terem sido praticados mediante violência, representavam fatos quase que irrelevantes: 45% dos presos não haviam cometido crimes mediante o emprego de violência contra outra pessoa, sendo que 28% teriam cometido tráfico e outros 13% furtos. O Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (2011) constatou que 67% dos presos por tráfico de maconha, em São Paulo/SP, portavam até 100g desse entorpecente. De acordo com o NEV/USP, 57% deles eram primários, enquanto somente 3% portavam armas de fogo.

Retornando-se à análise dos dados do INFOPEN, ainda no ano de 2016, 40% das pessoas presas não haviam sido condenadas, isto é, constituíam o contingente de presos provisórios. Isso deu a dimensão do vertiginoso crescimento percentual de presos provisórios desde o ano 2000, afinal, em tal ano, os encarcerados sem condenação representavam 35% da população carcerária.

Dentre os presos condenados, as categorias apuradas restaram divididas, pelo referido levantamento oficial, da seguinte forma: regime fechado (38%); regime semiaberto (15%); e regime aberto (6%). E, acerca do cumprimento das penas, os números relativos a 2016 revelaram, quanto ao tempo de pena, que a maioria das reprimendas aplicadas foi de quatro até oito anos (31%). Em seguida, aquelas de mais de oito até quinze anos (23%). Depois, as de dois a quatro anos (16%).

As variáveis relativas à saúde foram trazidas no bojo desses dados oficiais divulgados em dezembro de 2017, estes relativos à situação prisional apurada até 2016.

A incidência do vírus da imunodeficiência humana (HIV) nas prisões brasileiras era 138 vezes maior do que na população brasileira geral. Em 2015 foram constatadas, nas prisões do Brasil, 2.189,9 casos para cem mil presos. No mesmo período, o índice de incidência do HIV na população geral brasileira foi de 15,8 casos para cem mil habitantes. Vale registrar que

esse recorte estatístico adveio de dados enviados ao Ministério da Justiça por somente 52% das unidades prisionais do Brasil. Isso indica que a situação é muito mais grave do que aquela apontada pelo levantamento relativo ao período de referência.

Acerca dos profissionais da saúde, constatou-se que em 2015 havia 5.084 deles no sistema penitenciário nacional. A maioria constituída de auxiliares e técnicos de enfermagem (2.245) e de enfermeiros (1.096). O número de ginecologistas era de 32 para uma população, nesse período (2015), de 698,6 mil encarcerados no sistema, então composto por 38.685 mulheres, a revelar a proporção de um ginecologista para 1.029 mulheres presas.

Uma pessoa presa, em 2015, teria quatro vezes mais chances de vir a cometer suicídio do que aquela integrante da população brasileira extramuros. Nesse ano foram registrados 5,5 suicídios para cada cem mil habitantes, no seio da população brasileira. Contudo, intramuros, a taxa de suicídio foi de 22,2 para cada cem mil pessoas presas.

Quanto aos deficientes físicos, constatou-se que 64% deles, em 2016, estavam em prisões desprovidas de adaptação às exigências legais de acessibilidade. Inegável, portanto, o prejuízo causado acerca da capacidade de se integrarem ao ambiente, bem com, à capacidade de se locomoverem com segurança e adequadamente nas unidades prisionais onde recolhidos.

Em junho de 2018, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) divulgou um Relatório dinâmico sobre o sistema prisional brasileiro, a fim de traduzi-lo em números compilados a partir das visitas técnicas realizadas em estabelecimentos carcerários pelos membros do Ministério Público, em atendimento à Resolução CNMP n.º 56, de 22 de junho de 2010. Os números oficiais divulgados pelo aludido Conselho são relativos aos seguintes anos de referência: 2016, 2017 e 2018. Foram disponibilizadas informações prisionais divididas por Regiões, Estados e Municípios do Brasil, bem como, dados sobre o perfil da população carcerária, disciplina, garantia de visitas, assistência à saúde, dentre outros. As informações das telas de variáveis referem-se às visitas anuais realizadas até março do ano posterior ao do relatório selecionado.

Os dados utilizados na elaboração do presente estudo são oriundos do Relatório Anual de 2017, ou seja, apurados em período compreendido entre março de 2017 e fevereiro (inclusive) de 2018, conforme constavam das telas em acesso realizado no mês de julho de 2018. O total geral de formulários de visitas técnicas validados pelas Corregedorias do Ministério Público era, até o momento da consulta aludida, de 1.485, considerados todos os Estados da Federação brasileira, o que equivalia ao percentual de cumprimento - da referida Resolução - de 94,41%.

De modo geral, os dados do CNMP ratificam o nefasto panorama carcerário brasileiro desvelado pelos números divulgados em dezembro de 2017 pelo INFOPEN. Diante do objeto temático do presente estudo, adiante serão expostas e analisadas as apurações oficiais divulgadas pelo CNMP, porém, delimitadas às variáveis interessantes à saúde prisional.

Acerca da integridade física dos presos, o recente levantamento do CNMP destacou o número de mortes em unidade prisionais, ocorridas entre março de 2017 e fevereiro de 2018 (Relatório Anual 2017), e assim, revelou que foram registrados óbitos em 473 estabelecimentos carcerários dos 1.498 considerados no aludido levantamento, o que equivale a 31,58%. Ainda quanto às mortes no sistema prisional e a integridade física das pessoas encarceradas no Brasil, não é difícil concluir que o caos carcerário contribuiu e contribui para a efetivação de tragédias anunciadas. Acontecimentos do final de 2016 e do início de 2017 chamaram a atenção do Mundo para a superpopulação dos estabelecimentos prisionais brasileiros. Na Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, em Roraima, ocorreram dez mortes em 16/10/2016, quando ocupada por 1.475 presos, embora existissem 700 vagas. Mais 33 mortes foram registradas, no dia 6/1/2017, nesse estabelecimento prisional. No Complexo Penitenciário Anísio Jobim/AM ocorreram, em 1.º/1/ 2017, 56 mortes. Nessa data, embora o número de vagas fosse de 454, a lotação efetiva era de 1.224 presos. Um dos mortos cumpria pena de cinco anos por furto de duas (2) garrafas de uísque, trinta (30) quilos de guaraná e de um *tablet*. Tinha o direito à progressão ao regime semiaberto e havia pedido seu livramento condicional, pleito que ainda aguardava análise do Poder Judiciário. Menciona-se, ademais, as 26 mortes ocorridas na Penitenciária de Alcaçuz, localizada em Nísia Floresta/RN, no dia 14/1/2017, cujo número de vagas era de 620, mas a lotação atingia 1.150 presos (IDDD, 2017).

Segundo o levantamento dinâmico do CNMP, em 82 estabelecimentos prisionais brasileiros (ou 5,47%) existiram registros de maus-tratos a presos, praticados por servidores. Em 450 unidades carcerárias (ou 30,04%) foram verificados registros de lesões corporais praticadas por funcionários contra os presos.

Quanto à assistência médica (ou à falta dela), o CNMP considerou todas as Regiões do Brasil e revelou o seguinte panorama: no Centro-Oeste, 168 estabelecimentos a possuem (70,89%), enquanto outras 69 unidades não (29,11%); no Nordeste, 169 unidades possuem esse tipo de assistência (41,63%), mas há 237 unidades desprovidas dela (58,37%); o Norte do país tem 114 unidades que possuem essa assistência (67,46%), mas 55 não (32,54%); no Sudeste, 356 estabelecimentos prisionais a possuem (71,63%), porém, 141 não (28,37%); e, no Sul, 139 possuem tal assistência (73,54%), mas, 50 não (26,46%).

Sobre a presença de médicos clínicos, consideradas as Regiões do Brasil, o mesmo Conselho revelou quantas unidades prisionais a registraram e a frequência (semanal, quinzenal, diária e “outra”). No Centro-Oeste, os clínicos compareciam semanalmente em 59 unidades (ou 24,89%); quinzenalmente em 25 unidades (ou 10,55%); diariamente em 21 (ou 8,86%); e, com “outra” frequência, em 132 unidades (ou 55,70%). No Nordeste, os clínicos compareciam semanalmente em 56 unidades (ou 13,79%); diariamente em 26 (ou 6,40%); e, com “outra” frequência, em 312 unidades (ou 76,85%); não houve informação acerca de comparecimentos quinzenais. Na Região Norte havia o comparecimento semanal em 52 unidades (ou 30,77%); quinzenal em 24 (ou 14,20%); diário em 12 estabelecimentos (ou 7,10%); e, 81 unidades foram englobadas pela categoria de comparecimentos denominada “outras” (47,93%). No Sudeste, os médicos clínicos compareciam semanalmente em 117 unidades (23,54%); quinzenalmente em 36 (7,24%); diariamente em 105 (21,13%); e, com frequência que se enquadra na categoria “outras”, em 239 unidades (48,09%). Por derradeiro, tem-se a Região Sul, onde o referido comparecimento se dava semanalmente em 56 unidades (ou 29,63%); quinzenalmente em 16 (ou 8,47%); diariamente em 41 (ou 21,69%); e, sob a denominação “outras”, em 76 unidades (40,21%).

As presenças de enfermeiros e de auxiliares de enfermagem nas unidades prisionais também foram objetos do referido levantamento feito pelo Conselho Nacional do Ministério Público, cujos números relativos a cada Região do Brasil e às categorias de frequência - no aludido período de referência utilizado para a apuração - podem ser vislumbrados por meio das tabelas (3 e 4) apresentadas a seguir, desenvolvidas a fim de facilitar a exposição dos dados pertinentes:

Tabela 3 – Presença de enfermeiros nos estabelecimentos prisionais/Percentual

| Frequência | CENTRO-OESTE | NORDESTE | NORTE | SUDESTE | SUL |
|------------|--------------|--------------|-------------|--------------|--------------|
| Semanal | 16 (6,75%) | 19 (4,68%) | 13 (7,69%) | 22 (4,43%) | 13 (6,88%) |
| Quinzenal | 6 (2,53%) | 5 (1,23%) | 5 (2,96%) | 4 (0,80%) | 2 (1,06%) |
| Outras | 166 (70,04%) | 314 (77,34%) | 89 (52,66%) | 242 (48,69%) | 102 (53,97%) |
| Diária | 49 (20,68%) | 68 (16,75%) | 62 (36,69%) | 229 (46,08%) | 72 (38,10%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Tabela 4 – Presença de auxiliares de enfermagem – Unidades/Percentual

| Frequência | CENTRO-OESTE | NORDESTE | NORTE | SUDESTE | SUL |
|------------|--------------|--------------|-------------|--------------|--------------|
| Semanal | 4 (1,69%) | 9 (2,22%) | 3 (1,78%) | 11 (2,21%) | 9 (4,76%) |
| Quinzenal | 3 (1,27%) | 3 (0,74%) | 2 (1,18%) | 2 (0,40%) | 1 (0,53%) |
| Outras | 178 (75,11%) | 332 (81,77%) | 91 (53,85%) | 267 (53,72%) | 116 (61,38%) |
| Diária | 52 (21,94%) | 62 (15,27%) | 73 (43,20%) | 217 (43,66%) | 63 (33,33%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Importante, ademais, o levantamento feito pelo CNMP acerca da presença de médicos psiquiatras no ambiente prisional brasileiro.

Os resultados obtidos constam da tabela desenvolvida adiante, elaborada no presente ensaio e, novamente, no sentido de facilitar a visualização do que restou apurado pela aludida fonte oficial:

Tabela 5 - Presença de psiquiatras nas unidades/Percentual

| Frequência | CENTRO-OESTE | NORDESTE | NORTE | SUL | SUDESTE |
|------------|--------------|--------------|--------------|--------------|--------------|
| Semanal | 15 (6,33%) | 22 (5,42%) | 9 (5,33%) | 12 (6,35%) | 29 (5,84%) |
| Quinzenal | 6 (2,53%) | 3 (0,74%) | 7 (4,14%) | 4 (2,12%) | 9 (1,81%) |
| Outras | 214 (90,30%) | 373 (91,87%) | 148 (87,57%) | 159 (84,13%) | 442 (88,93%) |
| Diária | 2 (0,84%) | 8 (1,97%) | 5 (2,96%) | 14 (7,41%) | 17 (3,42%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Seguindo a metodologia de exposição de dados oficiais por meio de tabelas, a duas seguintes revelam o panorama prisional brasileiro, a partir de suas Regiões, quanto à assistência odontológica e à presença de odontólogos nas unidades:

Tabela 6 – Assistência odontológica – Unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 146 (61,60%) | 91 (38,40%) |
| NORDESTE | 148 (36,45%) | 258 (63,55%) |
| NORTE | 98 (57,99%) | 71 (42,01%) |
| SUDESTE | 333 (67,00%) | 164 (33,00%) |
| SUL | 132 (69,84%) | 57 (30,16%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Tabela 7 – Presença de odontólogos nas unidades/Percentual

| Frequência | CENTRO-OESTE | NORDESTE | NORTE | SUDESTE | SUL |
|------------------|--------------|--------------|--------------|--------------|-------------|
| Semanal | 39 (16,46%) | 42 (10,34%) | 29 (17,16%) | 111 (22,33%) | 38 (20,11%) |
| Quinzenal | 11 (4,64%) | 10 (2,46%) | 9 (5,33%) | 17 (3,42%) | 7 (3,70%) |
| Outras | 159 (67,09%) | 331 (81,53%) | 109 (64,50%) | 246 (49,50%) | 97 (51,32%) |
| Diária | 28 (11,81%) | 23 (5,67%) | 22 (13,02%) | 123 (24,75%) | 47 (24,87%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Houve, ainda, pelo CNMP, a apuração quantitativa acerca de assistência farmacêutica no sistema prisional brasileiro, cujos resultados foram organizados, no presente estudo, conforme a tabela desenvolvida abaixo:

Tabela 8 – Assistência farmacêutica – Unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 138 (58,23%) | 99 (41,77%) |
| NORDESTE | 158 (38,92%) | 248 (61,08%) |
| NORTE | 94 (55,62%) | 75 (44,38%) |
| SUDESTE | 355 (71,43%) | 142 (28,57%) |
| SUL | 127 (67,20%) | 62 (32,80%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

A seguir, por meio das Tabelas 9 e 10, baseadas nos dados oficiais aludidos, serão expostos, respectivamente, os resultados acerca do questionamento feito pelo CNMP sobre a garantia de aplicação de vacinas e o recebimento de medicamentos de uso contínuo nas unidades prisionais consideradas no levantamento divulgado pelos mencionado Conselho:

Tabela 9 – Vacinas - Unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|-------------|
| CENTRO-OESTE | 205 (86,50%) | 32 (13,50%) |

| | | |
|-----------------|--------------|-------------|
| NORDESTE | 321 (79,06%) | 85 (20,94%) |
| NORTE | 153 (90,53%) | 16 (9,47%) |
| SUDESTE | 467 (93,96%) | 30 (6,04%) |
| SUL | 182 (96,30%) | 7 (3,70%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Tabela 10 – Medicamentos de uso contínuo nas unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 210 (88,61%) | 27 (11,39%) |
| NORDESTE | 288 (70,94%) | 118 (29,06%) |
| NORTE | 139 (82,25%) | 30 (17,75%) |
| SUDESTE | 455 (91,55%) | 42 (8,45%) |
| SUL | 176 (93,12%) | 13 (6,88%) |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Acerca da existência de presos portadores de doenças infectocontagiosas, apurou-se o que consta da tabela seguinte:

Tabela 11 – Unidades com presos portadores de doenças infectocontagiosas/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 76 (32,07%) | 161 (67,93%) |
| NORDESTE | 114 (28,08%) | 292 (71,92%) |
| NORTE | 72 (42,60%) | 97 (57,40%) |
| SUDESTE | 298 (59,96%) | 199 (40,04%) |
| SUL | 96 (50,79%) | 93 (49,21%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Outro relevante dado que decorre do Relatório dinâmico do CNMP adveio da apuração que considerou, a partir do número de estabelecimentos prisionais de cada Região brasileira, os respectivos percentuais quanto à existência de pessoas segregadas portadoras de doenças sexualmente transmissíveis:

Tabela 12 – Unidades com presos portadores de doenças sexualmente transmissíveis/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 113 (47,68%) | 124 (52,32%) |
| NORDESTE | 140 (34,48%) | 266 (65,52%) |
| NORTE | 97 (57,40%) | 72 (42,60%) |
| SUDESTE | 374 (75,25%) | 123 (24,75%) |
| SUL | 163 (86,24%) | 26 (13,76%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

O Conselho também averiguou a existência de distribuição de medicamentos para o tratamento de doenças infectocontagiosas, sexualmente transmissíveis ou AIDS:

Tabela 13 – Distribuição de medicamentos para tratamentos de doenças infectocontagiosas, sexualmente transmissíveis ou AIDS - Unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|--------------|
| CENTRO-OESTE | 159 (67,09%) | 78 (32,91%) |
| NORDESTE | 192 (47,29%) | 214 (52,71%) |
| NORTE | 117 (69,23%) | 52 (30,77%) |
| SUDESTE | 427 (85,92%) | 70 (14,08%) |
| SUL | 174 (92,06%) | 15 (7,94%) |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Quanto à existência de atendimento médico emergencial, constatou-se:

Tabela 14 – Atendimento médico emergencial - Unidades/Percentual

| Região | Sim | Não |
|---------------------|--------------|-------------|
| CENTRO-OESTE | 209 (88,19%) | 28 (11,81%) |
| NORDESTE | 288 (70,94%) | 118(29,06%) |
| NORTE | 122 (72,19%) | 47 (27,81%) |
| SUDESTE | 417 (83,90%) | 80 (16,10%) |
| SUL | 150 (79,37%) | 39 (20,63%) |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Também de interesse à saúde no cárcere, devem ser destacados os dados trazidos pelo CNMP quanto às mulheres encarceradas, uma vez que - não obstante as reformas legislativas verificadas recentemente - apurou-se a existência, no período de referência, de 417 presas gestantes, o que representava 1,20% do total de mulheres encarceradas no Brasil, assim distribuídas pelas Regiões:

Tabela 15 – Quantidade de presas e de gestantes/Percentual

| Região | Ocupação total de mulheres | Quantidade de Gestantes | Percentual |
|----------------------|----------------------------|-------------------------|--------------|
| CENTRO- OESTE | 3.276 | 45 | 1,37% |
| NORDESTE | 4.018 | 60 | 1,49% |
| NORTE | 3.074 | 28 | 0,91% |
| SUDESTE | 21.080 | 229 | 1,09% |
| SUL | 3.395 | 55 | 1,62% |
| TOTAL | 34.843 | 417 | 1,20% |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Segundo o CNMP, verificou-se, ainda, a existência de 250 crianças em unidades prisionais brasileiras. Delas, 191 ocupavam unidades que possuíam espaços materno-infantis, ao contrário das outras 59 crianças.

O número de pessoas presas portadoras de deficiências físicas, a quantidade e o correspondente percentual de estabelecimentos penais em que recolhidas, segundo o referido Conselho, instruíram a tabela a seguir elaborada:

Tabela 16 – Presos com deficiências físicas – Unidades/Percentual

| Região | Percentual de estabelecimentos com presos com a deficiência selecionada/n.º de unidades | Quantidade de presos com a deficiência selecionada (física) |
|--------------|---|---|
| SUDESTE | 54,33% (270) | 1.189 |
| SUL | 50,26% (95) | 322 |
| NORTE | 41,42% (70) | 198 |
| CENTRO-OESTE | 29,96% (71) | 179 |
| NORDESTE | 26,85% (109) | 364 |
| TOTAL | 41,05% (615) | 2.252 |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

O CNMP ainda desvelou os dados relativos aos presos com deficiência mental diagnosticada e não diagnosticada. Os respectivos resultados obtidos podem ser vislumbrados por meio das Tabelas 17 e 18, adiante elaboradas:

Tabela 17 – Deficiência mental diagnosticada - Unidades/Percentual

| Região | Percentual de estabelecimentos com presos com a deficiência selecionada/n.º de unidades | Quantidade de presos com a deficiência selecionada (mental diagnosticada) |
|--------------|---|---|
| SUDESTE | 26,16% (130) | 2.597 |
| SUL | 10,58% (20) | 280 |
| NORTE | 19,53% (33) | 386 |
| CENTRO-OESTE | 18,99% (45) | 242 |
| NORDESTE | 17,24% (70) | 757 |
| TOTAL | 19,89% (298) | 4.262 |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Tabela 18 – Deficiência mental não diagnosticada - Unidades/Percentual

| Região | Percentual de estabelecimentos com presos com a deficiência selecionada/n.º de unidades | Quantidade de presos com a deficiência selecionada (mental não diagnosticada) |
|--------------|---|---|
| SUDESTE | 19,72% (98) | 1.249 |
| SUL | 14,29% (27) | 482 |
| NORTE | 23,67% (40) | 93 |
| CENTRO-OESTE | 20,68% (49) | 272 |
| NORDESTE | 18,23% (74) | 222 |
| TOTAL | 19,23% (288) | 2.318 |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

Apesar da opção pela exposição de um panorama nacional acerca da saúde no cárcere, a partir de dados divulgados pelo INFOPEN e pelo CNMP, entende-se como válida e relevante

também a abordagem dos números sobre a assistência à saúde no ambiente carcerário paulista, pois o Estado de São Paulo possui a maior população prisional do Brasil e, por isso, os percentuais adiante apontados envolvem, proporcionalmente, elevados números de pessoas encarceradas.

Segundo o CNMP, a Região Sudeste do Brasil possui capacidade de ocupação prisional de 229.087 pessoas, porém, o número de encarcerados atingiu, no período de referência do Relatório Anual 2017 (de mar./2017 a fev./2018), o total de 385.652, do qual resulta a taxa de ocupação de 168,34%. Desse contingente regional, somente o Estado de São Paulo apresenta capacidade de ocupação de 140.501 encarcerados, mas a ocupação prisional paulista é de 236.656, e assim, a respectiva taxa atinge 168,44%. Portanto, São Paulo superou a taxa de ocupação da Região Sudeste. Os Municípios paulistas destacam-se pelos números relativos às capacidades, às ocupações e às taxas de ocupação respectivas, não fugindo à nefasta regra da superlotação. Serão destacados, por meio da Tabela 19, os números e percentuais referentes aos Municípios com taxas de ocupação (prisional) iguais ou superiores a 100,00%:

Tabela 19 - Capacidades, Ocupações e respectivas Taxas (iguais ou superiores a 100%) - Municípios paulistas

| Município | Capacidade (presos) | Ocupação Prisional (n.º de presos) | Taxa de Ocupação |
|-------------------------|----------------------------|---|-------------------------|
| Araraquara | 1.865 | 2.356 | 126,33% |
| Bauru | 5.342 | 6.992 | 130,89% |
| Caiuá | 844 | 1.135 | 134,48% |
| Campinas | 3.648 | 4.635 | 127,06% |
| Capela do Alto | 1.694 | 3.026 | 178,63% |
| Dracena | 844 | 1.429 | 169,31% |
| Flórida Paulista | 844 | 1.931 | 228,79% |
| Florínia | 847 | 1.251 | 147,70% |
| Franca | 1.063 | 1.903 | 179,02% |
| Franco da Rocha | 6.299 | 9.653 | 153,25% |
| Guareí | 1.688 | 3.821 | 226,36% |
| Guarulhos | 3.946 | 7.668 | 194,32% |
| Hortolândia | 3.464 | 6.639 | 191,66% |
| Icém | 847 | 1.070 | 126,33% |
| Irapuru | 853 | 2.048 | 240,09% |
| Itapetininga | 2.291 | 4.271 | 186,43% |
| Jardinópolis | 1.080 | 1.814 | 167,96% |
| Jaú | 214 | 217 | 101,40% |
| Jundiá | 768 | 1.334 | 173,70% |
| Mairinque | 847 | 1.441 | 170,13% |
| Marabá Paulista | 844 | 1.644 | 194,79% |

| | | | |
|------------------------------|--------|--------|---------|
| Matinópolis | 872 | 2.104 | 241,28% |
| Mococa | 214 | 214 | 100,00% |
| Mogi das Cruzes | 844 | 1.740 | 206,16% |
| Oswaldo Cruz | 844 | 1.597 | 189,22% |
| Ourinhos | 123 | 125 | 101,63% |
| Piracicaba | 1.548 | 3.120 | 201,55% |
| Pirajuí | 2.636 | 5.201 | 197,31% |
| Pontal | 847 | 990 | 116,88% |
| Pracinha | 844 | 1.254 | 148,58% |
| Presidente Bernardes | 1.611 | 2.393 | 148,54% |
| Presidente Prudente | 1.219 | 1.586 | 130,11% |
| Registro | 70 | 78 | 111,43% |
| Ribeirão Preto | 1.934 | 3.593 | 185,78% |
| Rio Claro | 120 | 120 | 100,00% |
| Riolândia | 1.639 | 4.909 | 299,51% |
| São Bernardo do Campo | 844 | 1.430 | 169,43% |
| São José do Rio Preto | 2.133 | 3.183 | 149,23% |
| São José dos Campos | 708 | 1.372 | 193,79% |
| São Paulo | 11.539 | 17.636 | 152,84% |
| São Vicente | 3.039 | 4.762 | 156,70% |
| Serra Azul | 2.566 | 4.044 | 157,60% |
| Sorocaba | 1.507 | 4.844 | 321,43% |
| Taquarituba | 847 | 1.812 | 213,93% |
| Taubaté | 1.012 | 1.911 | 188,83% |
| Tremembé | 5.937 | 6.386 | 107,56% |
| Tupi Paulista | 1.270 | 3.519 | 277,09% |
| Valparaíso | 1.564 | 4.053 | 259,14% |

Fonte: CNMP (Anual 2017)

De acordo com o CNMP, no Estado de São Paulo existem 146 estabelecimentos prisionais (82,49%) que possuem prestação de serviços de assistência médica aos encarcerados, enquanto 31 unidades carcerárias (17,51%) não dispõem desse tipo de assistência. Dentre os Municípios desprovidos de assistência médica e que possuem uma unidade prisional cada, destacam-se: Adamantina, Americana, Araçatuba, Atibaia, Avanhandava, Birigui, Caraguatatuba, Colina, Guarani D'Oeste, Itatinga, Jardinópolis, Mairinque, Mauá, Mogi Mirim, Paraguaçu Paulista, Praia Grande, Rio Claro, Santo André e São Bernardo do Campo. Na mesma categoria, mas com duas unidades, insere-se o Município de Potim.

Há, no Estado de São Paulo, Municípios que possuem assistência médica apenas parcial, portanto, verificada em algumas das unidades prisionais sediadas em seus territórios. São eles: Campinas - onde, dos três estabelecimentos prisionais, dois (ou 66,67%) possuem

assistência médica; Marília - das duas unidades prisionais existentes, apenas uma (ou 50%) possui tal assistência; Osasco - cuja situação é idêntica àquela verificada em Marília; Pirajuí - dos três estabelecimentos penais existentes nessa cidade, dois (ou 66,67%) não possuem assistência médica destinada aos presos; São José do Rio Preto - possui três unidades prisionais, mas uma delas (ou 33,33%) não possui assistência médica; São Paulo (Capital) - tem quinze estabelecimentos prisionais, dos quais três (ou 20,00%) não possuem assistência médica; e Tremembé - das cinco unidades prisionais, uma (ou 20%) não possui tal tipo de assistência à saúde.

Quanto à presença de médicos clínicos, atentando-se à frequência deles, 32 cidades paulistas enquadram-se na categoria “outras”. São elas: Adamantina, Álvaro de Carvalho, Americana, Araçatuba, Atibaia, Avanhadava, Bernardino de Campos, Birigui, Caiuá, Caraguatatuba, Casa Branca, Colina, Diadema, Florínia, Guarani D’Oeste, Itapecerica da Serra, Icém, Jardinópolis, Mairinque, Mococa, Mogi Guaçu, Mogi Mirim, Osvaldo Cruz, Paraguaçu Paulista, Registro, Rio Claro, Santo André, Taquarituba, todas com uma unidade prisional cada; Hortolândia, com quatro unidades; Ribeirão Preto, com três unidades; e, Marília e Presidente Bernardes, com duas unidades cada. Conclui-se que existe um grande número de cidades localizadas no Estado de São Paulo, com soma significativa de população carcerária, mas que sequer conseguem manter a assiduidade regular semanal, quinzenal ou diária quanto à presença de médicos clínicos, embora muitas dessas cidades possuam apenas um estabelecimento prisional cada. E isso, diga-se de passagem, ocorre no Estado mais desenvolvido, econômica e industrialmente, do Brasil.

Ainda conforme os dados divulgados pelo CNMP, apenas 25 Municípios paulistas têm presença de médicos clínicos diariamente em 100% das unidades prisionais neles sediadas: Dracena, Flórida Paulista, Getulina, Iaras, Iperó, Irapuru, Itaí, Jaú, Junqueirópolis, Lucélia, Marabá Paulista, Martinópolis, Pontal, Pracinha, Taiúva e Votorantim - todos com único estabelecimento prisional cada; Balbinos, Cerqueira César, Guareí, Presidente Venceslau, Riolândia, Taubaté, Tupi Paulista e Valparaíso, os quais possuem dois estabelecimentos carcerários cada; e Sorocaba, onde existem três unidades prisionais. Existem doze Municípios

em São Paulo com 100% de suas unidades prisionais visitadas semanalmente por médicos clínicos, todos possuidores de um estabelecimento carcerário em seus respectivos territórios: Assis, Bragança Paulista, Jundiaí, Limeira, Lins, Mogi das Cruzes, Ourinhos, Porto Feliz, Praia Grande, São Bernardo do Campo, Sumaré e Suzano. Há quatro cidades onde os comparecimentos de médicos clínicos são 100% quinzenais: Lorena, Mauá, Mongaguá e Sete Barras, as quais possuem um estabelecimento prisional cada. Por meio da tabela seguinte serão destacadas outras cidades paulistas quanto ao comparecimento e frequência dos médicos clínicos:

Tabela 20 - Presença de médicos clínicos em unidades prisionais de outras cidades paulistas/Percentual

| Cidade/N.º de unidades prisionais | Semanal | Quinzenal | Diária | Outras |
|-----------------------------------|------------|------------|------------|------------|
| Araraquara (3) | 1 (33,33%) | | 2 (66,67%) | |
| Avaré (3) | 1 (33,33%) | | 1 (33,33%) | 1 (33,33%) |
| Bauru (4) | | | 3 (75%) | 1 (25%) |
| Campinas (3) | 1 (33,33%) | | | 2 (66,67%) |
| Capela do Alto (2) | | | 1 (50%) | 1 (50%) |
| Franca (2) | 1 (50,00%) | | | 1 (50,00%) |
| Franco da Rocha (7) | 1 (14,29%) | 1 (14,29%) | 4 (57,14%) | 1 (14,29%) |
| Guarulhos (4) | | | 2 (50,00%) | 2 (50,00%) |
| Itapetininga (3) | 2 (66,67%) | | | 1 (33,33%) |
| Itirapina (2) | | 1 (50,00%) | 1 (50,00%) | |
| Lavínia (3) | | | 2 (66,67%) | 1 (33,33%) |
| Mirandópolis (2) | 1 (50,00%) | | 1 (50,00%) | |
| Osasco (2) | | 1 (50,00%) | | 1 (50,00%) |
| Pacaembu (2) | | | 1 (50,00%) | 1 (50,00%) |
| Piracicaba (3) | | | 2 (66,67%) | 1 (33,33%) |
| Pirajuí (3) | | | 2 (66,67%) | 1 (33,33%) |
| Potim (2) | 1 (50,00%) | | | 1 (50,00%) |
| Presidente Prudente (2) | 1 (50,00%) | | | 1 (50,00%) |
| Reginópolis (2) | | | 1 (50,00%) | 1 (50,00%) |
| São José dos Campos (2) | 1 (50,00%) | | | 1 (50,00%) |
| São Paulo (15) | 4 (26,67%) | | 2 (13,33%) | 9 (60,00%) |
| São Vicente (3) | 1 (33,33%) | | 1 (33,33%) | 1 (33,33%) |
| Serra Azul (3) | 2 (66,67%) | | 1 (33,33%) | |
| Tremembé (5) | | | 1 (20,00%) | 4 (80,00%) |

Fonte: CNMP (Relatório Anual 2017)

Existem unidades prisionais paulistas totalmente desprovidas de assistência odontológica, localizadas nos seguintes Municípios, os quais possuem um estabelecimento cada: Adamantina, Americana, Atibaia, Caraguatatuba, Colina, Guarani D'Oeste, Itai, Jardinópolis, Jaú, Lorena, Mogi Mirim, Sete Barras, Sumaré, Suzano e Taquarituba. Ainda nesse quesito, São José dos Campos e Potim são cidades com ausência de assistência

odontológica em metade das unidades prisionais nelas sediadas. Há, também, estabelecimentos prisionais desprovidos assistência farmacêutica, instalados em: Adamantina, Americana, Bernardino de Campos, Birigui, Caraguatatuba, Colina, Guarani D'Oeste, Iaras, Itapeçerica da Serra, Jardinópolis, Mairinque, Mongaguá, Ourinhos, Paraguaçu Paulista, Pontal e Taquarituba. E outros Municípios com apenas 50% desse tipo de assistência (farmacêutica) em suas unidades prisionais: Reginópolis, Itirapina, Guarulhos, Guareí, Bauru e Balbinos.

Quanto à presença de psiquiatras, em quase todos os estabelecimentos prisionais paulistas ela é esporádica, ou seja, classificada na categoria de frequência “outras” em quase 100% das unidades. Exceções: Andradina e Santo André, que apresentam índice de 100% de estabelecimentos carcerários visitados semanalmente por médicos psiquiatras; Irapuru, com 100% de suas unidades providas de atendimento psiquiátrico quinzenalmente; Dracena e Junqueirópolis, que possuem 100% de unidades com atendimento psiquiátrico disponibilizado diariamente. Ainda quanto ao atendimento psiquiátrico, vale destacar o seguinte: nas quatro unidades prisionais de Bauru, 75% das visitas dos psiquiatras enquadram-se como “outras”; nas sete unidades de Franco da Rocha, o índice de “outras” é de 42,86%; em Hortolândia, onde existem quatro unidades, o índice (“outras”) atinge 75%; em Itapetininga, 66,67%; em Marília e Mirandópolis, cada uma dessas cidades com duas unidades, o referido índice chega a 50%; mesma situação de Presidente Bernardes e de Presidente Prudente, cada qual com duas unidades prisionais; em São José do Rio Preto, duas das três unidades classificam-se nessa mesma categoria de frequência dos psiquiatras (ou 66,67%); Taubaté e Tupi Paulista, com dois estabelecimentos prisionais cada, têm 50% de “outras”; em Tremembé, quatro das cinco unidades carcerárias têm frequência de psiquiatras classificada como “outras”, o que equivale a 80%; São Paulo (Capital) possui 80% de frequência “outras”, o que representa doze de suas quinze unidades.

O Estado de São Paulo possui, ademais, três estabelecimentos prisionais, localizados em Municípios diferentes (Guarani D'Oeste, Registro e Sete Barras), nos quais 100% dos presos não foram vacinados. Além disso, referido Estado tem Municípios onde 100% das unidades prisionais são ocupadas por pessoas portadoras de doenças infectocontagiosas, quais

sejam: Adamantina, Araçatuba, Colina, Guarani D'Oeste, Limeira, Lins, Lorena, Mococa, Mogi Mirim, Ourinhos, Porto Feliz, Registro, Rio Claro, Sete Barras e Sumaré. Em Presidente Prudente, Presidente Bernardes, Marília, Itirapina e Franca o índice de infecção é de 50%, enquanto em Avaré e em Araraquara chega a 66,67%. Outros Municípios possuem 100% de estabelecimentos prisionais ocupados por portadores de doenças sexualmente transmissíveis. São eles: Adamantina, Colina, Guarani D'Oeste, Icém, Lorena, Ourinhos, Registro e Sete Barras. Alguns ainda atingiram a marca de 50% quanto a essa variável de saúde, ora abordada: Presidente Prudente, Marília e Franca. Há cidades paulistas com unidades carcerárias que não recebem regularmente os medicamentos para os tratamentos de doenças infectocontagiosas, sexualmente transmissíveis ou AIDS. Algumas delas (unidades) atingem o índice de 100% de ausência de recebimento desses remédios, como é o caso daquelas sediadas em: Colina, Guarani D'Oeste, Lorena, Mogi Mirim, Registro e Sete Barras. Em Presidente Prudente, esse dado negativo atinge 50% dos estabelecimentos prisionais.

No Município de Campinas, 66,67% das unidades prisionais não possuem atendimento médico emergencial. Em Getulina, Mongaguá, Praia Grande, Santo André, Sumaré e Taquarituba, a falta de atendimento médico emergencial é de 100%.

3. SISTEMA NORMATIVO E POLÍTICAS PÚBLICAS À SAÚDE PRISIONAL

A Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) estabelece, no artigo 14, que "a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.". No § 2.º desse dispositivo, consta mais: "Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.". O § 3.º, por sua vez, assegura o "acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.".

A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, organizou e regulou o SUS em todo território nacional. Tal lei, no artigo 2.º, preceitua que a saúde "é um direito fundamental do ser

humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Esse dispositivo impõe ao Estado o dever de garantir a saúde e estabelece que isso consiste “na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Esclarece que tal dever estatal “não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”. Alerta, ainda, por meio de seu artigo 3.º, que “os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.”. Nesse sentido, o parágrafo único desse artigo preceitua que dizem respeito à saúde também as “ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.”.

Esse contexto normativo demonstra que, a partir da Constituição Federal de 1988, foram criados, também na seara infraconstitucional, novos marcos legais viabilizadores da elaboração de políticas públicas voltadas à saúde da população, inclusive - e por decorrência - à saúde das pessoas encarceradas, englobada pelo conceito de saúde pública. E, assim, considerado tal arcabouço legislativo, surgiram algumas tentativas de desenvolvimento de políticas voltadas especificamente à saúde prisional, as quais se tornaram, diante do caótico panorama carcerário brasileiro, algo meramente programático e sem efetividade. Aliás, a demonstrar a falta de real vontade política à efetiva solução dos graves problemas vinculados às condições infectas do cárcere, tem-se que as aludidas medidas voltadas à garantia da saúde prisional jamais constaram - direta e expressamente - de leis, mas foram intentadas mediante atos normativos do Executivo, consistentes em meras Portarias Ministeriais.

Em setembro de 2003, elaborou-se o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), por meio da Portaria Interministerial n.º 1.777, editada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, o qual representou a primeira política pública especificamente destinada aos problemas de saúde prisional. Seguiu a lógica de atenção à saúde conforme os princípios do SUS. Seu objetivo principal era a promoção de atenção integral à saúde da população privada de liberdade, confinada em estabelecimentos prisionais masculinos e femininos, hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico, o que decorreu do entendimento

que engloba a saúde carcerária como espécie de saúde pública, a exigir pesquisas, planos e estratégias de enfrentamento concreto do tema. As ações previstas envolviam prevenção e tratamento de DST; HIV/AIDS; doenças mentais; hepatites; tuberculose; hipertensão; diabetes e hanseníase; além da promoção de saúde da mulher presa, inclusive bucal. Englobavam, também, a aquisição e o controle de medicamentos, imunizações e exames laboratoriais. Dentre as críticas ao PNSSP, tem-se: a ausência de assistência farmacêutica e a falta de ações específicas e voltadas à população idosa encarcerada. Junte-se a isso, o fato de o financiamento ser considerado insuficiente e a existência de dificuldades para a acomodação de formas diferentes de entendimento da atenção entre as instituições de segurança pública e as de saúde, bem como, os obstáculos para a contratação de equipes para o trabalho no sistema prisional e de acesso à rede de saúde (OLIVEIRA; DAMAS, 2016, p. 89). Foi substituído pela Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), em 2014.

A PNAISP teve como suporte físico a Portaria Interministerial n.º 1, de 2 de janeiro de 2014, também elaborada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça. Seu objetivo foi o de garantir acesso e cuidados integrais, via SUS, às pessoas encarceradas de forma provisória ou decorrente de sentença condenatória transitada em julgado, ou ainda, submetidas a medidas de segurança. Como princípios, tem-se o respeito aos Direitos Humanos, à justiça social, à integralidade da atenção à saúde e à equidade. Ressaltou a responsabilidade interfederativa e o poder do controle social. Buscou a superação dos problemas de assistência às pessoas segregadas por meio da inclusão social, do reconhecimento da Cidadania da população prisional. Indicou a composição de diferentes equipes de saúde nos estabelecimentos prisionais, considerados os respectivos números de pessoas segregadas. As normas de operacionalização da PNAISP no SUS foram instituídas pela Portaria n.º 482, do Ministério da Saúde, publicada em 1.º de abril de 2014. A PNAISP ainda se preocupou, especificamente, com a saúde mental, em seus artigos 11 e 12. Por meio desses dispositivos, indicou ações que deveriam incidir sobre alguns aspectos, como a prevalência de transtornos, o uso abusivo de álcool e drogas, as falhas de acesso a medicamentos e de atenção aos idosos presos, atentando, inclusive, à pactuação entre instâncias governamentais para fins de financiamentos. Destacaram-se, assim, as Portarias n.º 94 e n.º 95,

editadas em 2014 pelo Ministério da Saúde, as quais instituíram, no âmbito do SUS, o serviço de avaliação e acompanhamento de medidas terapêuticas aplicáveis às pessoas com transtornos mentais e que estivessem em situação de conflito com a legislação. Essas ações novamente deixaram de alterar a realidade violadora da dignidade humana, da individualização, proporcionalidade e humanidade da pena ou mesmo do encarceramento provisório, enfim, do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade e sob a guarda do Poder Público.

É necessário destacar, também, As Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, editadas pela ONU em 1955, as quais passaram por revisão em 22 de maio de 2015 e geraram um novo conjunto de normas, atento às recentes doutrinas de Direitos Humanos, denominado Regras de Mandela. Esse documento destina cuidados específicos à saúde das pessoas encarceradas, constituindo-se em instrumento para o enfrentamento da negligência estatal. É documento normativo internacional, mas em plena sintonia com os princípios norteadores do SUS. De suas observações preliminares, decorre que busca “estabelecer os bons princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional”, considerada a variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no Mundo. Como princípios básicos, as Regras de Mandela firmam que “todos os presos devem ser tratados com respeito, devido a seu valor e dignidade inerentes ao ser humano. Nenhum preso deverá ser submetido à tortura ou tratamentos ou sanções cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.”. Explicitam, ainda, que “o encarceramento e outras medidas que excluam uma pessoa do convívio com o mundo externo são aflitivos pelo próprio fato de ser retirado destas pessoas o direito à autodeterminação ao serem privadas de sua liberdade.”. Asseveram que “o sistema prisional não deverá agravar o sofrimento inerente a tal situação, exceto em casos incidentais, em que a separação seja justificável, ou nos casos de manutenção da disciplina.”. Estabelecem que as autoridades competentes “devem oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde. Tais programas, atividades e serviços devem ser oferecidos em consonância com as necessidades individuais de tratamento dos presos.”.

Os serviços de saúde são especificamente abordados, em tal documento, nas Regras 24 a 35. Essas normas estipulam que “os presos devem usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade, e os serviços de saúde necessários devem ser gratuitos, sem discriminação motivada

pela sua situação jurídica”, e ainda, projetam que “os serviços de saúde serão organizados conjuntamente com a administração geral da saúde pública e de forma a garantir a continuidade do tratamento e da assistência, inclusive nos casos de HIV, tuberculose e outras doenças infecciosas, abrangendo também a dependência às drogas.”. Para isso, cada unidade prisional deverá oferecer serviços de saúde prestados por equipe interdisciplinar, composta por pessoal suficientemente qualificado para “avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos presos, prestando particular atenção aos presos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.”. As equipes disporão de plena independência clínica e possuirão experiência necessária em Psicologia e Psiquiatria, além de garantirem serviços odontológicos de qualidade à população presa. Pelas Regras de Mandela, as unidades prisionais devem assegurar “o pronto acesso à atenção médica em casos urgentes”, de modo que as pessoas encarceradas que necessitem de tratamento especializado ou de cirurgia devem ser transferidas para instituições ou hospitais também especializados. Quanto aos estabelecimentos destinados às mulheres privadas de liberdade, deve existir “acomodação especial para todas as necessidades de cuidado e tratamento pré e pós-natais”, além de serem garantidos os procedimentos específicos para que os nascimentos ocorram em hospitais localizados fora das prisões. As crianças eventualmente nascidas no interior dos estabelecimentos penais, segundo as Regras de Mandela, não teriam o registro desse local, como o de seus nascimentos, nas respectivas certidões. Agentes de saúde devem examinar todas as pessoas segregadas tão logo admitidas nas instituições prisionais. E também depois, sempre que necessário. Esses procedimentos devem ser adotados para que tais agentes possam: 1) identificar as necessidades de atendimento médico e adotar os tratamentos devidos; 2) apurar a prática de maus-tratos contra presos recém-admitidos, bem como, sinais de sofrimento psicológico ou de qualquer outro tipo, causados pelo encarceramento, “incluindo o risco de suicídio ou de lesões autoprovocadas, e sintomas de abstinência resultantes do uso de drogas, medicamentos ou álcool”; 3) promover medidas ou tratamentos apropriados e individualizados; 4) determinar o tratamento cabível e o asilamento clínico temporário de presos portadores de doenças infectocontagiosas; e 5) avaliar a “aptidão do preso para trabalhar, praticar exercícios e participar das demais atividades, conforme for o caso”. Outros temas que constam das Regras de Mandela são os seguintes: a) a confidencialidade dos exames médicos; e b) as questões de ética nas relações entre agentes de saúde e encarcerados por eles atendidos.

Tais Regras enfatizam o dever de proteção da saúde física e mental das pessoas presas, mediante prevenção e tratamento de doenças baseados exclusivamente em fundamentos clínicos. Garantem a aderência à autonomia do preso quanto à própria saúde. Para tanto, há previsão acerca do direito ao exercício - ou não - do consentimento informado. Abordam, inclusive, a proibição de as pessoas presas serem submetidas a experimentos médicos ou científicos potencialmente prejudiciais à saúde (v. g. remoção de células, tecidos ou órgãos), embora lhes tenha sido permitida a participação em pesquisas acessíveis à comunidade, a fim de obterem resultados benéficos à saúde, como também a doação de células, tecidos ou órgãos aos seus parentes. Entretanto, essas avançadas Regras, embora cogentes e autoaplicáveis, não ecoaram como efetivas políticas no Brasil, onde prevalece o caos vislumbrado a partir do panorama carcerário abordado alhures. Aliás, todos os referidos planos governamentais, voltados à saúde prisional, além de insuficientes, esbarraram no preconceito (social e institucional), na alegada falta de verbas e na ausência de efetiva vontade estatal quanto ao êxito.

CONCLUSÕES

O descaso estatal, caracterizado pela acomodação política e pelo conformismo governamental perante a conjuntura de desigualdades sociais, constitui um tradicional meio de opressão das minorias. Atinge, em especial, os economicamente vulneráveis, inclusive pelo uso do Direito, o qual serve de instrumento ao capital para a manutenção da simbiose mercadológica estatal, ou seja, de conformação (MASCARO, 2013). Na prática, tem-se a utilização do Direito e da Execução Penal, bem como, da aplicação desenfreada das custódias ditas preventivas, como elementos ilusoriamente legitimadores de preconceituosa e funesta higienização social.

Segundo ZAFFARONI (2002) e PIERANGELI (2015), esse cenário opressor evidencia um sistema penal subterrâneo, decorrente da seletividade estrutural no âmbito penal. Quando o Estado e seus agentes, clandestinamente, aplicam as mais variadas penas a alguém

que supostamente cometeu um delito, ou mesmo ao que cumpre uma pena, como primeva ou adicional vindita obscura, a qual incide mediante vias oblíquas e ilegítimas, sendo dispensado ou distorcido o devido processo legal e seus corolários, tem-se um exemplo da microfísica do poder proclamada por FOULCAULT (2004), a revelar que a verdade do Direito não é a norma. Tal situação é ainda consequência da aludida configuração mercadológica de direitos, a qual cria cidadãos mais cidadãos do que os outros. O meio carcerário, também quanto ao direito à saúde, é fonte inesgotável de fatos que ratificam a essência do sistema penal subterrâneo, o qual subsiste, segundo ZAFFARONI, por causa da conivência das agências judiciais, tudo agravado pela atuação de agências de comunicação, voltadas à difusão do medo, criadoras de neuroses sociais que estimulam o punitivismo ao extremo, como ilusória solução à criminalidade. Ainda vigora, portanto, a constrangedora teoria da defesa social na seara jurídico-penal pátria (BARATTA, 2002).

Destarte, a precariedade da saúde nas unidades penais é expressão potencializada do sistema penal subterrâneo e reflete a negligência estatal quanto à saúde pública. As políticas de saúde não podem ser isoladas, mas estruturais no caso dos então negligenciados, ou seja, dos abandonados pelo Estado, especialmente quando estes se encontram privados de liberdade pelo encarceramento. Caso contrário, mesmo que dotadas das melhores intenções, falharão, aliás, como se tem verificado até o momento. Quando o Poder Público não observa, por exemplo, o evidente problema sanitário do sistema prisional, deixando de agir para reverter tal quadro precário, deve ser considerado como negligente. Lecionam SÁ, SILVA e KOLLING (2013, p. 285) que a ausência de cuidados, configuradora da negligência, “é também caracterizada pela dor ou pelo prejuízo que ela proporciona quando não supre necessidades fundamentais do outro, tais como a saúde. [...] Esses cuidados estão relacionados às necessidades básicas fundamentais que podem ser materiais, psicológicas ou sociais. A saúde é a necessidade mais vital dentre todas, pois sem condições mínimas de saúde, não há vida.”. E prosseguem: “Ainda sobre as necessidades, é oportuno observar e reforçar a ideia de que nesse rol estão as necessidades e limites, de regras, de liberdade, de afeto, de felicidade, de ajuda, de comunicação, de proteção, dentre outras. Não há como falar de sobrevivência dentro um presídio sem condições mínimas de saúde, de salubridade, dentre outras.”.

Como acentuam NOGUEIRA e PIRES (2004, p. 755), o direito à saúde mostra-se vinculado a uma condição de Cidadania ativa, pois, é “uma constante luta contra qualquer constrangimento que impeça o seu exercício.” Não pode ser resumido à formalização legal, sem sua concretização no cotidiano das pessoas, uma vez que representa instância de luta coletiva. Especialmente no sistema prisional, o direito universal e igualitário à saúde apenas existe sob a perspectiva institucional do “dever ser”, algo meramente formal. Há, na verdade, uma espécie de recusa da efetivação de tal princípio nesse meio, pois, caso contrário, seria encarado como instrumento de atribuição de mais direito dos outros, entendimento que decorre de um indevido julgamento moral e moralista, o qual coloca a população encarcerada como inimiga da sociedade e legítima espécie de *bis in idem* a partir dessa realidade social. Se o reconhecimento do outro como igual é imprescindível para a admissão do direito, o julgamento moral sobre o comportamento de uma pessoa que tenha quebrado o pacto social a discrimina, impedindo que a ela seja reconhecido o direito à saúde, pois é uma infratora, e assim, resta prejudicada, na prática, a efetivação igualitária de tal direito.

Em face do que exposto, a efetivação do direito à saúde das pessoas presas vai além da garantia de acesso às ações e serviços públicos, vez que exige um rompimento com essa lógica punitivista, a fim de que o direito da saúde que possa ir além da mera formalidade, bem como, de que o SUS venha a ser concretamente universal, integral, equitativo ao envolver todo o conjunto de sujeitos participantes do processo de produção de saúde (MELO *et al.*, 2014, p. 1.232).

Não se pode mais admitir a prevalência desse estado de coisas inconstitucional, expressão esta que o STF do Brasil importou da Corte Constitucional da Colômbia, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 347/DF, para designar a existência de violação sistêmica aos Direitos Humanos (AZEVEDO CAMPOS, 2015), bem como, a inércia ou a incapacidade de reação do Estado diante de tais afrontas. Há urgente necessidade quanto ao desenvolvimento de especializações na área da saúde penitenciária, aquisição de informações e treinamentos adequados para o desenvolvimento de práticas que se tornem estratégias, ferramentas e modelos teórico-práticos para o processo de

cuidar, tratar e/ou curar pessoas em confinamento, considerado o contexto de saúde e as condições específicas do sistema prisional brasileiro, onde depositadas pessoas e depois esquecidas nas contemporâneas masmorras.

A conclusão, de modo geral, é a seguinte: no Brasil, em regra, nega-se à pessoa em situação de privação de liberdade pelo encarceramento a condição de paciente.

REFERÊNCIAS

AITH, F. **Curso de direito sanitário**. São Paulo : Quartier Latin, 2007.

AZEVEDO CAMPOS, C. A. de. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estadocoisas-inconstitucional-litigio-estrutural>

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.^a ed. Rio de Janeiro : Revan, 2002.

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

_____. **Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm

_____. **Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941**. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm

_____. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984**. *Institui a Lei de Execução Penal*. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília/DF, 13-7-1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm

_____. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. *Dispõe sobre as Condições para Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde, a Organização e o Funcionamento dos Serviços Correspondentes e dá Outras Providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm

_____. Ministério da Saúde. **Portaria Interministerial n.º 1.777, de 9 de setembro de 2003**. *Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*. Disponível em: www.saude.mg.gov.br/images/documentos/Portaria_1777.pdf

_____. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial n.º 1, de 2 de janeiro de 2014**. *Institui a Política Nacional de Atenção Integrada à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)*. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/pri0001_02_01_2014.html.

_____. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. **Portaria n.º 482, de 1 de abril de 2014**. *Institui normas para a operacionalização da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito*

do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <http://www.conasems.org.br/index.php/comunicacao/ultimasnoticias/3628-nota-pnaisp>. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347/DF**. Portal STF. Informativo n.º 768. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, 2014. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas. 1.ª ed. Brasília/DF : CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Sistema prisional em números: cumprimento da Resolução CNMP n.º 56/2010**. Relatório. Brasília/DF : CNMP. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>

_____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Resolução CNMP n.º 56, de 22 de junho de 2010**. *Dispõe sobre a uniformização das inspeções em estabelecimentos penais pelos membros do Ministério Público*. Brasília/DF : CNMP. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucao_56.pdf

_____. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Portal ANVISA**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br>.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Portal IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> e <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/relatorios-estatisticos-sinteticos>

_____. Ministério da Justiça. **Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)**. Disponível em: congressoemfoco.uol.com.br/noticias/populacao-carceraria-cresce-seis-vezes-em-22-anos

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Ano 8, 2014 - Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbps.pdf>.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 20.^a ed. Rio de Janeiro : Edições Graal, 2004.

HUMENHUK, H. **O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4839&p=2> - 2002.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA (IDDD). **Propostas para reduzir a superlotação e melhorar o sistema carcerário**. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>

MASCARO, A. L. B. **Estado e forma política**. Editora Boitempo, 2013.

MELO, E. M de *et al.* **O contraditório direito à saúde de pessoas em privação de liberdade: o caso de uma unidade prisional de Minas Gerais**. Revista Saúde Social. São Paulo, v. 23, n.º 4, p 1.222-1.224, 2014.

NOGUEIRA, V. M. R.; PIRES, D. E. P. **Direito à saúde: um convite à reflexão**. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, v. 20, n.º 3, p. 753-760, 2004.

OLIVEIRA, W. F. de.; DAMAS, F. B. **Saúde e atenção psicossocial em prisões: um olhar sobre o sistema prisional brasileiro com base em um estudo em Santa Catarina**. 1.^a ed. São Paulo : Hucitec, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Administração da OMS**. Disponível em: <http://www.who.int/governance/en/index.html>

_____. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Biblioteca virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo (USP). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>

_____. **História da OMS**. Disponível em: <http://www.who.int/about/history/en/index.html>.

_____. **Papel da OMS**. Disponível em: <http://www.who.int/about/role/en/index.html>.

_____. **Sobre a OMS**. Disponível em: <http://www.who.int/about/en>.

_____. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODOC). **Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de reclusos (Regras de Nelson Mandela)**. Resolução n.º 70/175 da Assembleia-Geral, dez./2015. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf

SÁ, M. C. D. N. P. de.; SILVA, M. B. B. e.; KOLLING, G. J. **O direito á saúde no sistema prisional.** Revista Tempus-Actas de Saúde Coletiva, p. 281-297, 2013.

SÃO PAULO. Universidade de São Paulo. **Prisão provisória e lei de drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo.** Núcleo de Estudos da Violência (NEV-USP), 2011. Disponível em: <http://www.nevusp.org/downloads/down254.pdf>

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Commission on health and environmental. **Report of the panel on urbanization.** Geneva: World Health Organization, 1992. Disponível em: http://whqlibdoc.who.int/hq/1992/WHO_EHE_92.5.pdf.

ZAFFARONI, E. R.. **Derecho penal: parte general.** 2.^a ed. Buenos Aires/Argentina : EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Finaciera, 2002. 1.116 p.

_____.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral.** São Paulo : Revista dos Tribunais, 11.^a ed., 2015.

**O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL SOB UMA ANÁLISE DAS
POLÍTICAS DE PUNIÇÃO NA ORDEM NEOLIBERAL**

*MASS INCARCERATION IN BRAZIL UNDER AN ANALYSIS OF PUNISHMENT POLICIES
IN THE NEOLIBERAL ORDER*

Kamila Moriyama Nascimento

Bacharela em Direito

Universidade Presbiteriana Mackenzie

kamilamoriyama@gmail.com

Humberto Barrionuevo Fabretti

Universidade Presbiteriana Mackenzie

humberto.fabretti@mackenzie.br

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar o processo de encarceramento em massa no Brasil a partir da concepção neoliberal das políticas de punição adotadas pelos Estados Unidos. Nesse sentido, analisa por meio de revisão de literatura de autores, como Garland (2008), Wacquant (2001), Belli (2000) e Shecaira (2009), as transformações no debate entre crime e punição, principalmente quanto às concepções do neoliberalismo e do controle social do crime na pós-modernidade, bem como analisa o programa policial “tolerância zero” da cidade de Nova Iorque. Ademais, tenta compreender a influência das políticas de punição norte-americana no Brasil, como também aborda a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas. Por meio da análise do perfil do Sistema Penitenciário Brasileiro e da sua população encarcerada, foi possível constatar a seletividade penal através do encarceramento em massa dos jovens brasileiros negros e pobres, como uma forma de excluí-los da sociedade. Dessa forma, depreende-se que o fenômeno do encarceramento em massa no Brasil só intensificou a desigualdade social e os problemas sociais do país, mostrando ser um meio de eliminar as pessoas consideradas indesejáveis.

Palavras-chave: Encarceramento em Massa. Brasil. Punição. Ordem Neoliberal.

Abstract: The present study aims to analyze the process of mass incarceration in Brazil from the neoliberal conception of the policies of punishment adopted by the United States. In this sense, it analyzes, by reviewing the literature of authors, such as Garland (2008), Wacquant (2001), Belli (2000) and Shecaira (2009), the transformations in the debate between crime and punishment mainly regarding the conceptions of neoliberalism and the social control of the crime in post-modernity. Furthermore, the study also intends to analyze the police program "zero tolerance" of the city of New York and to comprehend the influence of the American punishment policies in Brazil, as well as analyze the Law of Heinous Crimes and the Law of Drugs. Through the analysis of the profile of the Brazilian Penitentiary System and its imprisoned population, it was possible to verify criminal selectivity through the mass incarceration of young black and poor Brazilians as a way to exclude them from society. Thus, it can be seen that phenomenon of mass incarceration in Brazil has only intensified social inequality and the country's social problems, proving to be a means of eliminating people considered undesirable.

Keywords: Mass Incarceration. Brazil. Punishment. Neoliberal Order.

INTRODUÇÃO

A partir da década de 1970, desenvolveu-se nas sociedades contemporâneas uma nova forma de entender e agir em relação ao crime e a punição. Nesse sentido, as profundas transformações que ocorreram no campo do controle do crime foram resultado de processos sociais, políticos, econômicos e culturais, bem como de rearranjos estruturais e institucionais, os quais tiveram como fatores principais a nova organização social na pós-modernidade e a nova ordem econômica – marcada pelo neoconservadorismo e neoliberalismo. Tais tendências foram identificadas principalmente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, entretanto, é possível considerar que também estiveram presentes em outros países ocidentais, como o Brasil.

No entanto, as mudanças nas concepções e práticas de controle do crime e de punição a partir da ordem neoliberal geraram políticas de segurança, repressão e exclusão social de grupos sociais específicos por meio do encarceramento em massa. Diante do acelerado crescimento da população carcerária brasileira desde o final do século XX, perdurando ainda esse quadro calamitoso até os dias atuais, o presente trabalho tentará responder ao seguinte problema de pesquisa: como o processo de encarceramento em massa no Brasil se relaciona com a concepção neoliberal das políticas de punição adotadas pelos Estados Unidos?

Dessa forma, este estudo tem como objetivos a análise das transformações criminológicas e penológicas no século XX, bem como da influência das políticas criminais norte-americana no Brasil e, por fim, das consequências das novas diretrizes criminais no Brasil.

Nesse sentido, o primeiro capítulo verifica as transformações no debate entre crime e punição, principalmente em meados dos anos 1970, bem como analisa a formação do papel da punição a partir das concepções do neoliberalismo e do controle social do crime. Ademais, examina ainda o programa policial “tolerância zero” da cidade de Nova Iorque nos Estados Unidos.

Já o segundo capítulo investiga as políticas criminais e de segurança pública dos Estados Unidos adotadas pelo Brasil em uma tentativa de compreender essa influência no processo de encarceramento em massa do país. Além disso, analisa brevemente a Lei de Crimes Hediondos e a Lei de Drogas.

Por fim, o terceiro capítulo realiza uma análise do perfil do Sistema Penitenciário Brasileiro e da sua população encarcerada, bem como das consequências sociais advindas do encarceramento em massa no país, de acordo com os dados públicos extraídos do Sistema integrado de Informação Penitenciária (InfoPen) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase).

Dessa forma, a presente pesquisa foi realizada por meio de revisão de literatura com análises de autores internacionais e nacionais que contribuíram para a compreensão do presente objeto de estudo, bem como de análise legislativa em relação à Lei de Crimes Hediondos e à

Lei de Drogas. Além do mais, contou com análises quantitativas acerca do perfil do Sistema Penitenciário Brasileiro e das pessoas presas no Brasil.

1 - AS TRANSFORMAÇÕES CRIMINOLÓGICAS E PENOLÓGICAS AO LONGO DO SÉCULO XX

1.1 O DEBATE ENTRE CRIME E PUNIÇÃO E SUAS NOVAS CONCEPÇÕES

De acordo com os estudos a respeito da relação entre poder e punição elaboradas pelo filósofo e historiador Michel Foucault, foi a partir do fim do século XVIII e começo do século XIX que o “espetáculo” da punição, caracterizado pelo suplício, cuja pena recaía diretamente sob o corpo do condenado, começa a desaparecer (FOUCAULT, 1999, p. 12). A punição do suplício, utilizada durante o Antigo Regime, consistia em um procedimento técnico que visava provocar dor e sofrimento conforme o crime perpetrado, mas também representava um ritual simbólico para marcar o corpo do criminoso, tornando-o infame, e demonstrando que a violência da marca é o fortalecimento do poder excessivo daquele que pune, no caso, o soberano (SALLA, GAUTO & ALVAREZ, 2006, p. 336-337).

No final da Idade Moderna, entretanto, o corpo do condenado deixou de ser o objeto principal da repressão penal para ser instrumento de privação da liberdade do indivíduo através do enclausuramento (FOUCAULT, 1999, p. 15). Nesse sentido, as novas técnicas de punição naquela época apresentaram uma função disciplinar, tendo em vista o controle nas operações do corpo, além da distribuição espacial dos indivíduos em prisões, em lugares específicos, que exerciam, ainda, funções úteis. As disciplinas demonstravam o controle hierarquizado das atividades de cada indivíduo para obtenção do funcionamento eficiente do todo. Dessa forma, a punição disciplinar constituía um “adestramento” dos indivíduos presos através de mecanismos como a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. O primeiro corresponde ao sentimento de vigilância contínua que se desenvolve no indivíduo, já o segundo mecanismo se refere às micropenalidades em função de comportamentos desviantes. Por fim,

o exame é o controle disciplinar que qualifica, classifica e pune os indivíduos (SALLA, GAUTO & ALVAREZ, 2006, p. 337).

De acordo com David Garland, que analisou as transformações na cultura do controle do crime e da justiça criminal nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, a modernização desse campo, do final do século XVIII ao início do século XX, constitui “processos históricos de diferenciação, estatização, burocratização e profissionalização” (GARLAND, 2008, p. 97). Portanto, segundo o autor, para entender esse processo de mudança, é necessário compreender, primeiramente, as práticas e instituições que estavam sofrendo transformações (GARLAND, 2008, p. 95).

Nesse sentido, enquanto que no início da Idade Moderna, “a garantia de ‘lei e ordem’ [...] era, pois, desde o início, um aspecto crucial do poder soberano” e “a ‘aplicação da lei’ era, naquele contexto, uma questão de nobreza e de governo político” (GARLAND, 2008, p. 96), apenas posteriormente, a aplicação da lei passou a ser um sistema estatal de controle do crime e punição de criminosos (GARLAND, 2008, p. 96). Do final do século XVIII ao século XX, as atividades de controle do crime e punição passaram a ser monopolizadas pelo Estado, na medida em que se tornaram parte especializada do seu aparato, como assuntos de interesse público, tendo em vista que as vinganças privadas e os danos causados aos indivíduos foram integrados aos processos da justiça estatal para atender a “vontade do povo” (GARLAND, 2008, p. 97).

É possível destacar também o desenvolvimento da moderna polícia na década de 1820 como o início do processo de diferenciação com mecanismos modernos de controle do crime. Essa força policial pública ao ocupar a posição dominante no campo da segurança trouxe, como consequência, a redução gradual de formas tradicionais de justiça privada (GARLAND, 2008, p. 100). No século XX, com uma nova forma de controle do crime, as instituições modernas de justiça criminal, tanto norte-americana quanto britânica, passaram a ser vistas como efetivas, adquirindo uma posição de vitória na guerra contra o crime devido, principalmente, à conquista na queda das taxas de criminalidade até os anos 1950 (GARLAND, 2008, p. 101). Entretanto, tal sucesso dependeu, na realidade, de grande contribuição de forças e contextos sociais, promovidos pelas instituições da sociedade civil (GARLAND, 2008, p. 102-103).

Nos EUA e na Grã-Bretanha, anteriormente a 1970, o controle do crime apresentava uma estrutura institucional consistente, após um profundo processo de desenvolvimento das estruturas da justiça criminal, que se iniciou de uma forma liberal clássica para ser conduzida a um “programa de ação de cunho correccionalista” (GARLAND, 2008, p. 93). São exemplos de características correccionalistas consolidadas naquela estrutura do século XX: a reabilitação, o tratamento individualizado, as sentenças indeterminadas, a pesquisa criminológica, bem como suas práticas materializadas do livramento condicional, da liberdade vigiada, dos juizados de menores, dos programas de tratamento (GARLAND, 2008, p. 93).

Para Garland (2008, p. 93), tal estrutura poderia ser entendida como “penal-previdenciária” híbrida, vez que “combinava o legalismo liberal do devido processo legal e da punição proporcional com um compromisso correccionalista de reabilitação, bem-estar e o saber criminológico especializado”. Instituiu-se oficialmente, portanto, no moderno Estado de justiça criminal a ideologia correccionalista de que o crime era um problema social, cuja manifestação se dava em atos individuais criminosos, e o seu controle deveria ser especializado, profissionalizado, visando por meio da pena a reabilitação individualizada do indivíduo (GARLAND, 2008, p. 103; p. 114). Assim, os “princípios penais-previdenciários tendiam a trabalhar contra o uso do encarceramento, considerando que a prisão era amplamente vista como contraproducente, do ponto de vista da reforma do indivíduo” (GARLAND, 2008, p. 104).

Não obstante, os atos criminosos individuais eram diferenciados pela criminologia correccionalista que os definiam como “normal” e “patológico”, sendo este último o foco principal de intervenção correccionalista com tratamento penal, já os crimes que não apresentassem sinal de delinquência se mostravam desinteressantes ao objeto daquele saber criminológico. Por conseguinte, verificou-se que a maioria dos criminosos, que eram considerados “não-delinquentes” ou ocasionais, foram, na verdade, negligenciados pelas instituições penais-previdenciárias quanto a medidas reabilitadoras. Dessa forma, o problema mais importante e que merecia maior cuidado, tanto pela pesquisa científica quanto pela energia institucional, era o caso do delinquente desajustado, cuja solução era o tratamento correccional especializado (GARLAND, 2008, p. 114-115).

Destarte, é possível depreender que as instituições penais-previdenciárias surgiram “em reação a um problema específico de ordem”, como problemas de desajustamento individual, concentrados principalmente na população pobre, resultados da pobreza, da privação social e da socialização deficiente (GARLAND, 2008, p. 119; p.124), a partir de uma forma política social-democrática de inclusão cívica e de ideologia solidária. Apresentavam um estilo de governança “social” com base na especialização dos profissionais e nos mecanismos de regulação próprios do Estado de bem-estar. Entretanto, sua efetividade dependia também da capacidade de controle social exercida conjuntamente com a sociedade civil, a qual estabeleceu um ambiente de regras e sanções para o dia-a-dia. Além disso, o contexto histórico era de baixas taxas de criminalidade e de grande controle social informal (GARLAND, 2008, p. 124-125).

Foi de igual importância ao correcionalismo e às políticas de controle do crime, o contexto econômico abarcado pelo crescimento econômico no pós-guerra, a disponibilidade de emprego e a prosperidade generalizada como condições econômicas favoráveis à tendência previdenciária, aos gastos públicos e à redistribuição de renda. Ademais, contou, ainda, com a influência de profissionais, da área social e da psiquiatria, especializados que formaram novas práticas e objetivos correccionais para o sistema, bem como do amplo apoio das elites sociais à ideia do previdenciarismo penal. Além do mais, nada disso adiantaria se não houvesse validade e efetividade para legitimar aquelas instituições, como também a ausência de oposição pública ou política ativa para o seu funcionamento (GARLAND, 2008, p. 125-127).

Contudo, verifica-se que a linguagem e a orientação mais punitiva que se afastaram do discurso oficial das instituições da justiça criminal e do controle do crime durante a primeira metade do século XX, apesar de estarem presentes ainda no senso comum e na cultura popular, retornariam de forma intensa em meados dos anos 1980 (GARLAND, 2008, p. 114).

A partir da década de 1970, iniciou-se uma transformação que envolveu forças sociais contra as ideologias do Estado de bem-estar e as políticas progressistas da social-democracia. As críticas à estrutura penal-previdenciária começaram dentro da própria estrutura, desenvolvendo-se posteriormente por outras forças e grupos sociais de acordo com relações de classe, experiências culturais e estruturas sociais diferentes (GARLAND, 2008, p.145-146). Nesse sentido, as duas forças transformadoras apontadas pelo autor foram: “as mudanças

sociais, econômicas e culturais características da pós-modernidade: mudanças vivenciadas, em maior ou menor medida, por todas as democracias industriais ocidentais depois da Segunda Guerra Mundial” e “as iniciativas e realinhamentos políticos desenvolvidos em reação àquelas mudanças e à percepção da crise do Estado de bem-estar, nos EUA e na Grã-Bretanha, a partir do final dos anos 1970” (GARLAND, 2008, p. 181).

Com efeito, apesar das diferenças nacionais que diferiram as experiências de cada uma daquelas nações, as repercussões das transformações são bem sintetizadas por Garland:

O primeiro grupo de forças – a chegada da pós-modernidade - transformou algumas das condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime moderno. Outrossim, este grupo trouxe novos problemas de crime e insegurança, desafiou a legitimidade e a efetividade das instituições de bem-estar e estabeleceu novos limites aos poderes do Estado-nação. O segundo grupo de forças – as políticas do pós-previdenciário – produziu um novo conjunto de relações raciais e de classe, assim como um bloco politicamente dominante, que se definia como opositor do antigo estilo “previdenciário” e dos ideais sociais e culturais nos quais tal estilo se baseava (GARLAND, 2008, p. 181-182).

Nesse sentido, houve uma ampla mudança de políticas e opiniões, não só no âmbito da criminologia, como também no âmbito social e econômico, que reconfigurou o campo do controle do crime totalmente. É possível entender essas reações tanto políticas quanto culturais, que adquiriram uma forma reacionária totalitária, como uma resposta à crise do previdenciário penal e das transformações da pós-modernidade, havendo assim o surgimento de novos interesses e sensibilidades no que concerne ao debate do crime e da pena (GARLAND, 2008, p. 182-183).

As grandes transformações que ocorreram na pós-modernidade, portanto, eram de cunho social, cultural, econômico e político. Para Garland (2008, p. 185), podem-se destacar as seguintes:

[...] (i) a dinâmica da produção capitalista e das trocas mercantis e os correspondentes avanços em tecnologia, transportes e comunicações; (ii) a reestruturação da família e do lar; (iii) mudanças na ecologia social das cidades e dos subúrbios; (iv) ascensão dos *mass media* eletrônicos e (v) a democratização da vida social e cultural (GARLAND, 2008, p. 185).

Em reação àquelas mudanças, principalmente as sociais, tais como o aumento nos níveis de criminalidade e o elevado número de pessoas dependentes de benefícios previdenciários, além de preocupações econômicas como economia em baixa e inflação, fez emergir a articulação de um movimento que pode ser caracterizado como reacionário, uma vez que era contra o Estado de bem-estar e a cultura da pós-modernidade. O realinhamento político desenvolvido apresentava variações econômicas e políticas sociais, que consistiam na combinação contraditória de neoliberalismo com conservadorismo social ou neoconservadorismo, ideologias que foram marcadas principalmente pelos governos de Ronald Reagan (1981-1989), nos EUA, e Margaret Thatcher (1979-1990), na Grã-Bretanha (GARLAND, 2008, p. 181; 212; 215).

Nesse cenário, introduziram-se as concepções de manutenção da ordem e da disciplina, bem como a necessidade de controles mais rígidos, que começaram a retratar o problema do crime como um problema de indisciplina próprio de indivíduos pobres. As novas políticas sociais e criminais mais repressivas, tendo em vista a necessidade de disciplina moral e controle social, estavam direcionadas principalmente aos comportamentos das comunidades marginalizadas e dos pobres, ou seja, recaindo sobre os desempregados, imigrantes, mães solteiras e dependentes de benefícios previdenciários, criminosos e usuários de drogas. Conseqüentemente, um dos resultados disso foi um aprofundamento das divisões e desigualdades sociais (GARLAND, 2008, p. 217; 219; 220).

Dessa forma, são esses processos históricos, sociais, políticos e culturais, bem como os rearranjos institucionais, padrões de decisões, políticas e práticas da metade do século XX, que refletem a transformação na maneira de tratar o crime e controlá-lo nas sociedades contemporâneas (GARLAND, 2008, p. 183).

1.2 AS MODIFICAÇÕES DO CONTROLE DO CRIME NOS EUA A PARTIR DA ORDEM NEOLIBERAL

1.2.1 O ESTADO PENAL E O CONTROLE SOCIAL DO CRIME

A reconfiguração do campo do controle do crime no século XX foi resultado de uma série de decisões tanto políticas quanto administrativas, as quais foram baseadas em uma nova estrutura social, bem como em um novo padrão de sensibilidades e mudanças culturais (GARLAND, 2008, p. 48).

De acordo com Loïc Wacquant (2001, p. 51), a diminuição do Estado de bem-estar social e de sua proteção social está diretamente relacionada com a expansão do Estado penal e o desenvolvimento próspero de suas instituições policiais e penais. Nesse sentido ainda, “o Estado sob a globalização é chamado a abandonar o seu perfil de *welfare state* para assumir uma função meramente policial, *gendarme* do capital, garantidor das atividades de acumulação de capital” (SALLA, GAUTO & ALVAREZ, p. 333).

Nesse sentido, a partir do controle do crime e da justiça criminal nos EUA e na Grã-Bretanha, Garland (2008, p. 50-67) aponta importantes tendências nas transformações desde 1970: “o declínio do ideal de reabilitação”; “o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva”; “mudanças no tom emocional da política criminal”; “retorno da vítima”; “antes de mais nada, o público deve ser protegido”; “politização e o novo populismo”; “a reinvenção da prisão”; “a transformação do pensamento criminológico”; “a expansão da infraestrutura da prevenção do crime e da segurança da comunidade”; “a sociedade civil e a comercialização do controle do crime”; “novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho” e “uma perpétua sensação de crise”.

Entre as tantas transformações que ocorreram nas estruturas desse campo, as principais se deram no plano cultural. Conforme Garland, a “nova cultura do controle do crime” da sociedade contemporânea apresenta três elementos importantes: um sistema penal-previdenciário reconfigurado; uma criminologia voltada para o controle e uma forma econômica de pensar. Desse modo, houve uma significativa mudança na ênfase da justiça criminal, que passou de previdenciária para penal, com novos objetivos de retribuir, intimidar e neutralizar (GARLAND, 2008, p. 376).

Com efeito, o objetivo central do campo deixou de ser o ideal de reabilitação do sistema previdenciário para ser um gerenciamento de riscos com controles mais efetivos voltados à segurança. Os criminosos passaram a ser retratados como indivíduos perigosos que devem ser controlados para o fim de prevenção de novos crimes e proteção do público (GARLAND, 2008, p. 377). Em contrapartida, a vítima foi levada ao centro da preocupação em relação ao crime e não mais o criminoso que necessitava de tratamento e de reabilitação (GARLAND, 2008, p. 383).

Ademais, a prisão que não era a prioridade do sistema correcionalista, somente em último caso, tornou-se um mecanismo de controle e de exclusão dos indesejáveis, em virtude da defesa da segurança pública (GARLAND, 2008, p. 380-381). No mesmo sentido, Bauman aduz:

A prisão, porém, significa não apenas imobilização, mas também expulsão. O que aumenta a sua popularidade como meio favorito de “arrancar o mal pela raiz”. A prisão significa uma prolongada e talvez permanente exclusão (com a pena de morte sendo o padrão ideal para medir a extensão de todas as sentenças). Esse significado toca também um ponto muito sensível. O lema é “tornar as ruas de novo seguras” — e o que melhor promete a realização disso que a remoção dos perigosos para espaços fora de alcance e de contato, espaços de onde não possam escapar? (BAUMAN, 1999a, p. 130).

Dessa forma, a prisão foi reinventada, tornando-se uma forma de neutralização e retribuição que atende as reivindicações da população por mais segurança pública e repressões severas. Portanto, “[...] deixou de ser uma instituição correcional desacreditada e decadente para se tornar um maciço e aparentemente indispensável pilar da ordem social contemporânea” (GARLAND, 2008, p. 60). Por consequência, as taxas de encarceramento aumentaram consistentemente, como nos EUA, que aumentou mais de 500% no período de 1973 a 1997 (GARLAND, 2008, p. 59).

Nesse contexto, surgiram duas correntes criminológicas em contraste ao modernismo penal: a “criminologia da vida cotidiana” e a “criminologia do outro” (GARLAND, 2008, p. 387; 389). Ambas priorizam o controle e a proteção do público, porém, a partir de mecanismos diferentes, conforme bem sintetiza Garland:

A primeira propõe o desenvolvimento gradual de uma silenciosa rede de controles situacionais, desenhados para modificar rotinas existentes. Ela pretende inscrever controles no tecido da vida social com o objetivo de guiar a conduta para a ordem sem perturbar o fluxo dos eventos sociais. A outra exerce um excesso de controle e tem pouca preocupação com os custos sociais e as consequências penais. Ela impõe controles de fora na forma de ameaças legais ou exortações morais; condena e exclui todos aqueles que falham em obedecer. Intimidar, punir, neutralizar – e pendurar a conta. (GARLAND, 2008, p. 392).

Ademais, essas novas criminologias adotam a atividade policial como importante para a redução do crime, ao exercer um controle por meio “da intimidação, da prevenção, das parcerias, do policiamento agressivo” (GARLAND, 2008, p. 394). Nesse sentido, portanto, há o desenvolvimento de programas policiais repressivos como o programa policial “tolerância zero” derivado da teoria das “janelas quebradas” (“*broken windows*”) que considera que “pequenos delitos são importantes, controles situacionais ditam as condutas e penas intimidatórias são o recurso principal do controle do crime” (GARLAND, 2008, p. 395). Tal programa será melhor analisado no próximo item.

Por fim, importante destacar a mudança da abordagem do problema criminal, a qual era social e passou a ser econômica, visando principalmente à redução de custos, à prevenção do crime e dos riscos de uma forma mais “gerencial” (GARLAND, 2008, p. 395-398). No entanto, verifica-se que o medo e a insegurança que impulsionam formas de reação ao crime a partir de uma guerra, como a guerra às drogas ou o programa “tolerância zero”, na verdade, contrariam a lógica econômica ao serem custosas e não mostrarem eficiência quanto ao controle do crime e a redução da criminalidade (GARLAND, 2008, p. 400).

1.2.2 O PROGRAMA POLICIAL “TOLERÂNCIA ZERO”

Durante a metade dos anos 1960 em diante, quando começaram as transformações sociais, políticas e econômicas como crescimento dos índices de criminalidade, crise na ordem familiar e nos padrões tradicionais, grande número de beneficiários do sistema previdenciário, bem como instabilidade econômica, com posteriores recessões, conflitos sindicais, além de

instabilidade política, surgiu-se a sensação de que o sistema penal-previdenciário não resolvia mais o problema do crime. Com efeito, inicia-se naquele contexto a ideia da necessidade de maior controle, de criação de desincentivos, de segregação da população criminosa e perigosa, e, portanto, de endurecimento no controle e punição do crime (SHECAIRA, 2009, p. 167; GARLAND, 2008, p. 221).

Nesse contexto, James Q. Wilson e George Kelling publicam em 1982 um artigo na revista *Atlantic Monthly* divulgando a teoria das “janelas quebradas”, que consiste na ideia principal de que “uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem” (BELLI, 2000, p. 160). Assim, não deveria haver condescendência e leniência por parte do Estado em relação às pequenas infrações e desordens do cotidiano, pois poderiam se tornar crimes mais graves e violentos (BELLI, 2000, p. 160; SHECAIRA, 2009, p. 166).

No ano de 1983, Rudolph Giuliani, candidato pelo Partido Republicano, torna-se prefeito da cidade de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América, com uma proposta política de endurecimento penal em relação ao combate do crime e dos criminosos. Logo no início do seu mandato, nomeou William Bratton, o qual havia sido chefe do Departamento de Trânsito de Nova Iorque e era defensor da teoria das “janelas quebradas”, como comissário de polícia da cidade (SHECAIRA, 2009, p. 167).

Com amplos poderes para combater a criminalidade na cidade de Nova Iorque, Bratton aplicou a teoria das “janelas quebradas” para instaurar novas estratégias, tais como o aumento do número de policiais e equipamentos, o novo sistema informatizado de acompanhamento de índices de criminalidade, a descentralização do policiamento na cidade com obrigação de devolver resultados de redução da criminalidade. Desse modo, as delegacias passaram a ter mais autonomia, mas também deveriam continuamente prestar contas acerca dos resultados em relação aos índices de criminalidade. Isso só se tornou possível em virtude do sistema informatizado de mapeamento de atos delituosos a partir de gráficos e dados estatísticos, denominado COMPSTAT (*Computerized Mapping System*), além de reuniões semanais em que os chefes de delegacia e o Comissariado trocavam informações e realizavam avaliações de

desempenho, havendo inclusive adicionais por produtividade (BELLI, 2000, p. 162; SHECAIRA, 2009, p. 167-168).

A partir daquela base fundamental de gestão empresarial do programa de tolerância zero, com uma polícia que previa problemas e delitos, passou-se a punir qualquer desordem social, sob o pretexto de restabelecer a qualidade de vida. Assim, lavadores de pára-brisas, mendigos e sem-tetos, prostitutas, pichadores passaram a ser reprimidos. Outra política repressiva que ascendeu nesse contexto foi de “guerra às drogas” com a *stop and frisk*, a qual permitia parar suspeitos e revistá-los, visando encontrar drogas (SHECAIRA, 2009, p. 168).

Embora o argumento de defensores da tolerância zero seja de que, salvo alguns abusos isolados, o programa mostrou ser eficiente, uma vez que foi responsável pela redução dos índices de criminalidade, verificou-se que, na verdade, essa eficiência não restou demonstrada pelas pesquisas. Nesse sentido, os índices de criminalidade da cidade já vinham decrescendo há três anos desde antes do início da gestão de Giuliani, além disso, outras cidades do país, como San Diego, Boston, Los Angeles também obtiveram queda na criminalidade, mesmo não empregando estratégias policiais como o programa tolerância zero de Nova Iorque (BELLI, 2000, p. 164-165).

Além da suposta eficiência do programa, atestou-se um aumento de aproximadamente 62% do número de queixas sobre brutalidade policial em virtude da retórica da guerra que estava impregnada pela filosofia do programa. Não bastasse isso, houve a prática de forjar relatórios por parte dos policiais devido à pressão que recaía sobre eles para obtenção de resultados, assim roubos viravam furtos e homicídios se tornavam suicídios (BELLI, 2000, p. 165).

Tendo em vista as brutalidades policiais, inclusive com a ocorrência de casos emblemáticos como “o de Abner Louima, internado em um hospital com hemorragia interna após ser sodomizado com um cassetete e apanhar durante várias horas, e o de Amadou Diallo, morto no vestíbulo de seu prédio cravado por dezenove das 41 balas disparadas em sua direção” (BELLI, 2000, p. 165), houve um impacto na confiança e na credibilidade em relação à polícia

de Nova Iorque. Esses episódios evidenciaram a preferência de alvos da polícia, que recaiam sobre as minorias, particularmente negros, latinos e imigrantes (BELLI, 2000, p. 165).

De acordo com Wacquant, a partir de dados da *National Urban League*, os policiais do programa de tolerância zero durante dois anos detiveram e revistaram, em abordagens na rua, cerca de 45 mil pessoas pela simples suspeita fundada em aspectos como aparência, vestuário e comportamento. Dentre as 45 mil detenções, mais de 37 mil foram gratuitas, bem como das 8 mil operações que sobraram, 4 mil foram anuladas e invalidadas pelos tribunais. Ademais, o *New York Daily News* realizou uma investigação em que se constatou que aproximadamente 80% de jovens homens negros e latinos de Nova Iorque já haviam sido ao menos uma vez detidos e revistados por força da política repressiva (WACQUANT, 2001, p. 23).

Dessa forma, o Departamento de Polícia de Nova Iorque começou a ser criticado e acusado pela prática de *race profiling*, que consiste em escolher os alvos de acordo com a cor da pele. A principal unidade denunciada foi a *Street Crime Unit*, que combatia o crime de rua com policiais à paisana, principalmente em bairros considerados mais perigosos, como o Bronx, visando encontrar armas e drogas. Diante dessas preferências nas práticas policiais, fundamentadas, por exemplo, na atuação em bairros violentos, verifica-se um preconceito velado que é legitimado pela doutrina da tolerância zero (BELLI, 2000, p. 165-166).

Consequentemente, a política de tolerância zero reforçou o fenômeno do encarceramento em massa, tendo em vista que a maioria dos presos é, na verdade, “pequenos delinquentes” (BELLI, 2000, p. 166). De acordo com Wacquant, a população encarcerada nos Estados Unidos passou de 380 mil para 2 milhões de presos, somente no período de 1975 a 2000, em contrapartida, o número de beneficiários do sistema previdenciário de bem-estar social baixou de 11 milhões para menos de 5 milhões. Ademais, o país ainda despendeu 50 bilhões de dólares com orçamentos para o sistema prisional (WACQUANT, 2008, p. 10).

Dessa forma, é possível depreender que tais fenômenos e dados revelam o resultado da visão e da cultura da sociedade contemporânea, que prefere solucionar problemas sociais e de segurança pública com o aprisionamento, de forma a “eliminá-los”, tornando-os invisíveis.

2 - A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NORTE-AMERICANA NO BRASIL

2.1 AS MODERNIZAÇÕES DO CONTROLE DO CRIME E A IMPORTAÇÃO DA TOLERÂNCIA ZERO

A doutrina da tolerância zero de Nova Iorque, apesar de não apresentar eficiência comprovada, foi ampla e rapidamente divulgada pelo mundo globalizado com sua retórica de “guerra ao crime” e de “reconquista do espaço público”, que legitima a gestão do controle do crime no que concerne às desordens do cotidiano que incomodam. Os políticos e governantes dos países importadores se interessaram pela “modernidade” de tal programa, uma vez que parecia solucionar os problemas sociais a partir de um controle social e uma punição mais repressiva (WACQUANT, 2001, p.19).

Foram diversos os países adeptos ao fenômeno da tolerância zero, conforme Wacquant (2001, p. 19-22), podem-se destacar os seguintes: México, Argentina, França, Itália, Inglaterra, África do Sul, Nova Zelândia e Brasil. Entretanto, o autor faz uma ressalva importante em relação a essa importação, haja vista que os países não a realizam de maneira passiva. Segundo o autor, há uma adaptação das ideias de acordo com as necessidades, bem como as tradições políticas e intelectuais de cada nação (WACQUANT, 2001, p. 35).

Com efeito, embora sem aceitação pela maioria dos criminólogos brasileiros, inclusive com verdadeiras críticas àquela doutrina estadunidense, o discurso presente na política de tolerância zero foi amplamente difundido e recebeu rápida adesão da população brasileira, a qual predominava os sentimentos de medo e insegurança. Assim, não houve uma preocupação científica em relação à política, que, aliás, teve a mídia como sua maior influência para a difusão (SANTOS, 2015, p. 472).

Nesse sentido, de acordo com Belli (2000, p. 159), a suposta eficácia de tal política pareceu proporcionar soluções rápidas aos problemas de criminalidade e violência da sociedade

brasileira, havendo uma falta de conhecimento das falhas e consequências sociais. O autor ainda sustenta que:

O problema da violência urbana é reduzido a uma questão de polícia, não no sentido tradicional da repressão *ex post facto*, mas repressão aliada às novas estratégias de organização policial inspiradas em técnicas de gestão empresarial "pós-fordistas". Baseada em uma criminologia conservadora, a tolerância zero se afigura como uma nova forma de gerir o espaço urbano e as relações entre polícia e comunidade. Em vez da repressão pura e simples, vigilância constante e escolha de alvos preferenciais. (BELLI, 2000, p. 158)

Desse modo, adotou-se a tolerância zero no discurso oficial brasileiro de forma semelhante dos países centrais, tendo em vista que “o individualismo exacerbado que sustenta a tolerância zero encontra aqui um ambiente acolhedor” (BELLI, 2000, p. 170). No entanto, percebe-se que na prática a retórica da guerra contra a criminalidade, proporcionada pelo discurso da tolerância zero, legitimou a violência policial ilegal que já existia no Brasil (BELLI, 2000, p. 170). De acordo com Belli (2000, p. 170), “o discurso que vem do Norte [...] possibilita inserir as práticas tupiniquins numa espécie de ‘*mainstream*’ internacional, ou melhor, revestir a velha arbitrariedade policial de um novo discurso dotado de credibilidade e reconhecimento mundial”.

A política de tolerância zero significou um instrumento a mais de defesa das políticas de segurança pública que já reprimiam certos alvos, reforçando assim “[...] a configuração de relações sociais excludentes e autoritárias que estão enraizadas na sociedade brasileira”. (BELLI, 2000, p. 170). Nesse sentido, a repressão e a punição servem como mecanismo de neutralização e exclusão daqueles indivíduos que são indesejáveis, no caso, os negros, pobres e favelados, considerados propensos ao crime. Essa prática é conhecida como *race profiling* nos Estados Unidos da América, mas no Brasil nunca foi novidade, pois a identificação racial discriminatória é prática rotineira da atividade policial (SHECAIRA, 2009, p. 172).

Com a justificativa na urgência de combater a criminalidade “a qualquer custo” e preservar a segurança dos cidadãos “de bem”, que são vítimas da violência, esses discursos e essas políticas de segurança pública afrontam as garantias fundamentais e, principalmente, o

sujeito de direitos (TEIXEIRA, 2006, p. 92). Assim, é importante destacar o que afirma Wacquant:

[...] a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século (WACQUANT, 2001, p. 4).

Nesse sentido, a doutrina da tolerância zero somente reforçou uma prática estrutural e cotidiana das relações sociais hierárquicas e discriminatórias em relação ao crime e o criminoso, de modo que “nomeia e classifica a realidade, contribuindo para a reprodução da configuração de relações sociais excludentes que prevalecem no Brasil contemporâneo”. (BELLI, 2000, p. 159).

Dessa forma, é possível aferir que a influência da política “moderna” norte-americana, supostamente dotada de credibilidade e de eficiência, no Brasil, demonstrou ser uma forma de legitimar as práticas de violência e de repressão voltadas a um público específico, “os criminosos de sempre” (SHECAIRA, 2009, p. 173), tornando-se assim, no que se pode denominar de uma criminalização da pobreza (WACQUANT, 2001, p. 8).

2.2 ESTADO PENAL BRASILEIRO: CONTROLE E EXCLUSÃO SOCIAL

A partir do medo e da insegurança generalizado, que faz surgir reivindicações por mais punição e mais segurança pública, há a expulsão de uma parcela específica da população por meio do encarceramento sob o fundamento de preservar a ordem social (BAUMAN, 1999b, p. 123). Com efeito, o Brasil seguiu essa mesma tendência da pós-modernidade, de forma que o seu Estado foi reduzido às funções penais e prisionais no que concerne ao problema da criminalidade e da miséria (BELLI, 2000, p. 169).

No entanto, diferentemente das transformações ocorridas nos EUA e na Grã-Bretanha a partir da década de 1970, como a crise do Estado de bem-estar e o avanço de políticas

neoliberais, no Brasil, o Estado de bem-estar social nunca se concretizou, de forma que “seu desmantelamento deve gerar uma precarização ainda mais intensa do que aquela observada nos países desenvolvidos”. (BELLI, 2000, p. 169). Ademais, importante observar, ainda, que os Estados Unidos apresentam “capacidade financeira para sustentar o crescente encarceramento de sua população excluída, ao passo que o Brasil não possui recursos para financiar a construção de presídios na escala pretendida”. (BELLI, 2000, p. 169).

Nesse sentido, nos anos 1970 em diante, principalmente na década de 1980, o Brasil passava pela transição do regime autoritário ao democrático, que foi marcada pelas lutas sociais e populares que reivindicavam direitos e garantias, bem como o espaço e voz na política (TEIXEIRA, 2006, p. 48-49). Durante a Ditadura Militar no Brasil, que perdurou de 1964 a 1985, o controle da violência através da atividade policial foi estratégia de controle político em relação aos opositores do governo autoritário. No entanto, mesmo com a queda desse regime e a diminuição da violência policial como forma de controle político, esta permaneceu ainda, mas como uma forma de controle social, em especial o controle da criminalidade, recaindo assim sob as minorias (NETO, 1999, p. 130).

É possível afirmar, portanto, que uma reflexão acerca do histórico estrutural e cultural do Brasil com práticas autoritárias de violência e segregação colaboram para entender a presente situação de superlotação em que se encontra o sistema carcerário brasileiro, entretanto, não cabem aos limites deste objeto de estudo. Dessa forma, ressalta-se, ao menos, que o Brasil apresenta um histórico de violência, de discriminação e de controle das minorias, principalmente e majoritariamente em relação aos negros, desde a escravidão com séculos de uma estrutura predominantemente agrária, além de duas décadas de autoritarismo com a Ditadura Militar. Ainda mais, com uma posição subordinada nas estruturas econômicas do capitalismo, os problemas relacionados à pobreza, desemprego, desigualdade social, violência permaneceram e agravaram no país ainda que num mundo globalizado e, posteriormente, com uma Constituição “Cidadã” (WACQUANT, 2001, p. 4-5; FABRETTI, 2013, p. 105).

Com efeito, a permanência da violência e da criminalidade mesmo na democracia, fez gerar um medo e uma insegurança na coletividade que entende que o problema da segurança pública é um problema de falta de policiamento e, portanto, falta de repressão, de punição e de

encarceramento (FABRETTI, 2013, p. 105; BELLI, 2000, p. 169). Nesse sentido, “a busca por segurança é tão grande que chega ao ponto de legitimar a violação dos direitos fundamentais daqueles potencialmente considerados perigosos, sonhando-lhes todas as promessas constitucionais da democracia”. (FABRETTI, 2013, p. 106). Assim, essa solução só tende a aumentar o número de pessoas presas, porém, não apresentando eficiência na redução da criminalidade (BELLI, 2000, p. 169).

Embora com diferenças estruturais e históricas, as políticas de segurança do Brasil que neutralizam, reprimem e excluem os marginalizados, aqueles que não se encaixam na sociedade do consumo, parecem se adequar com a tendência do mundo globalizado de combater o crime a partir de um Estado penal (BELLI, 2000, p. 170). Nesse contexto de insegurança, portanto, a intervenção do Estado por meio do seu poder de punir resulta em mais criminalização e repressão penal, como é o caso do advento da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Drogas que foram importantes para o processo de encarceramento no país.

Em meio à urgência, contando com o apoio da mídia na pressão pública por mais repressão e respostas quanto à violência e à insegurança, houve a aprovação da Lei 8.072/1990, a qual dispõe acerca dos crimes hediondos. Nesse sentido, é o caráter de urgência que legitima a exceção na violação das garantias fundamentais em um estado democrático, sendo a esfera penal e carcerária, aliás, um ambiente acolhedor para a exceção como meio de exclusão (TEIXEIRA, 2006, p. 99-100).

Pode-se entender a Lei de Crimes Hediondos como um marco na nova orientação punitiva em que se encontrava o país na década de 1990 (CARVALHO, 2010, p. 364), em consonância com os casos dos EUA e da Grã-Bretanha. A necessidade da repressão, sem maiores estudos e discussões tanto científicas quanto com a sociedade civil, parecia ser a única solução rápida e eficaz para o problema da criminalidade, independentemente de resultados positivos. Além disso, reforçou-se a função da prisão como sendo vingativa, repressiva e excludente, não demonstrando qualquer caráter ressocializador (TEIXEIRA, 2006, p. 101).

A referida lei estabeleceu que o regime inicial de cumprimento de pena pela prática dos crimes previstos no artigo 2º, os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de

entorpecentes e drogas afins e o terrorismo, é o regime fechado, cabendo a progressão de regime após o cumprimento de 2/5, quando o sentenciado for primário, e de 3/5, quando o sentenciado for reincidente (BRASIL, 1990). Por consequência disso, os condenados por esses crimes devem permanecer por um período maior de tempo no regime fechado, ainda que apresentem boa conduta carcerária e não tenham antecedentes criminais (TEIXEIRA, 2006, p. 103).

Importante apontar que a lei ainda proporcionou uma orientação conservadora para a atividade jurisdicional, havendo uma mudança nos padrões das decisões. Ademais, essa lei estabeleceu percepções acerca do crime e da punição para além dos crimes hediondos, uma vez que a restrição ou a violação dos direitos fundamentais dos acusados predomina em virtude da necessidade da exclusão através do encarceramento (TEIXEIRA, 2006, p. 109).

Nesse sentido, é possível verificar a partir de dados do DEPEN; IBGE e ILANUD que entre 1995 e 2003 a taxa de presos por 100 mil habitantes no Brasil dobrou, passando de 95,5 em 1995 para 181,6 em 2003 (TEIXEIRA, 2006, p. 102). Dessa forma, a Lei de Crimes Hediondos demonstrou mais do que uma relação com o aumento do aprisionamento, uma vez que revelou a nova orientação da política criminal na contemporaneidade, inclusive no Brasil, com a reinvenção da prisão e a nova forma de retratar o criminoso como um indivíduo perigoso (TEIXEIRA, 2006, p. 109; GARLAND, 2008, p. 377; 380).

Ademais, em concordância com os acordos internacionais ratificados, o Brasil adere à política de criminalização de certos entorpecentes que é concebida como um problema de polícia ou um problema de saúde mental (JESUS; OI; ROCHA; LAGATTA, 2011, p. 8). Nesse sentido, portanto, promulgou-se em 2006 a Lei 11.343, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), estabelece medidas à prevenção do uso indevido, bem como atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Além disso, preceitua normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, definindo ainda os crimes (BRASIL, 2006).

Diferentemente da lei anterior, a Lei 6.368/1976, o porte de droga para consumo pessoal, que permaneceu como crime, não é mais punido com pena privativa de liberdade, sendo, ao invés, previstas as penas de advertência, comparecimento à programa ou curso

educativo e prestação de serviços à comunidade, conforme disposto no artigo 28 da Lei de Drogas (BRASIL, 2006). Em contrapartida, o crime de tráfico de drogas apresentou um maior rigor, tendo em vista o aumento da pena mínima, que foi de 3 para 5 anos, sendo a máxima de 15 anos, bem como da pena pecuniária, que foi de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1.500 dias-multa, conforme preceitua o artigo 33 da referida lei (BRASIL, 2006; JESUS; OI; ROCHA; LAGATTA, 2011, p. 9).

No entanto, a nova Lei de Drogas não solucionou o problema quanto à distinção entre traficante e usuário, gerando uma incerteza, a qual resulta numa discricionariedade do julgador. Nesse sentido, apesar do artigo 28 em seu parágrafo 2º estabelecer critérios, como quantidade de substância apreendida, circunstâncias sociais e pessoais do agente, entre outras, para determinar se a droga apreendida se destinava a consumo pessoal, verifica-se que esses critérios subjetivos não são suficientes. Na verdade, são uma abertura para selecionar indivíduos a partir de padrões econômicos, sociais e raciais, o que provocou um grande encarceramento de jovens pobres, principalmente negros, por tráfico de drogas (ODON, 2017, p. 9). Essa constatação será melhor analisada a partir dos gráficos do InfoPen no próximo capítulo.

Ainda que a lei tenha inovado ao trazer em seu parágrafo 4º do artigo 33 a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 ao agente que seja primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas nem seja integrante de organização criminosa (BRASIL, 2006), verifica-se que geralmente o acusado muitas vezes com as mesmas circunstâncias é mantido preso cautelarmente de forma abusiva durante todo o andamento do processo, quando deveria ser apenas em caráter excepcional (ODON, 2017, p. 13). Conforme dados do InfoPen mais adiante, verificar-se-á a porcentagem de presos provisórios em relação à população carcerária.

Dessa forma, a Lei de Drogas foi fundamental para o processo de encarceramento em massa no Brasil desde a sua promulgação, quando ano após ano os presos por tráfico de drogas só foram aumentando. Entretanto, a referida lei não conseguiu combater o grande tráfico de drogas, na realidade, o sistema de justiça criminal acabou selecionando somente os pequenos traficantes, isto é, a camada mais vulnerável do comércio ilícito de drogas (JESUS; OI; ROCHA; LAGATTA, 2011, p. 9-10).

3 - AS CONSEQUÊNCIAS DAS NOVAS DIRETRIZES CRIMINAIS NO BRASIL

3.1 O PERFIL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E DA POPULAÇÃO ENCARCERADA

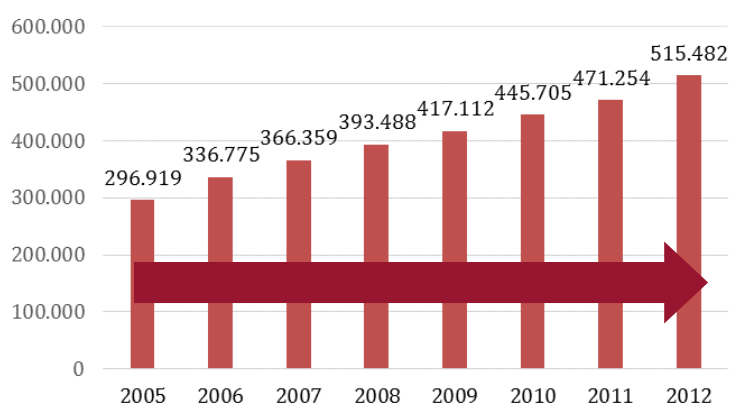
Em 2014, foi lançado pela Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria Nacional de Juventude e pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial o estudo ‘*Mapa do Encarceramento – Os Jovens do Brasil*’, com foco na violência contra a juventude negra no Brasil. O estudo foi o resultado de um compromisso governamental assumido pelo Brasil na III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial, realizada em 2013, a fim de coibir a violência contra jovens negros e garantir o pleno acesso à cidadania para as populações residentes das periferias de grandes cidades brasileiras (SGPR; SNJ; SEPPPIR, 2014, p. 02).

O estudo envolveu também um esforço interministerial e interestadual para garantir acesso a informações dos principais presídios no Brasil e de dados referentes à população negra, no âmbito do Plano Juventude Viva (SGPR; SNJ; SEPPPIR, 2014, p. 7). Para isso, foram coletados e analisados dados entre 2005 e 2012. Os dados apresentados abaixo foram extraídos do Sistema integrado de Informação Penitenciária (InfoPen) e do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), obtidos junto ao Anuário Brasileiro de Segurança Pública, e permitiram traçar diagnósticos da população carcerária brasileira para o desenvolvimento de políticas públicas direcionadas a estes temas (SGPR; SNJ; SEPPPIR, 2014, p. 14).

Conforme apontado no Gráfico 1, os dados coletados entre 2005 e 2012 pelo InfoPen revelam que a população prisional brasileira passou de 296.919 em 2005, para 515.482 em 2012, um crescimento de 74% no período. Já o Gráfico 2 demonstra a distribuição dessa população pelos estados no ano de 2012, com 190.828 (37%) dos presos concentrados no estado

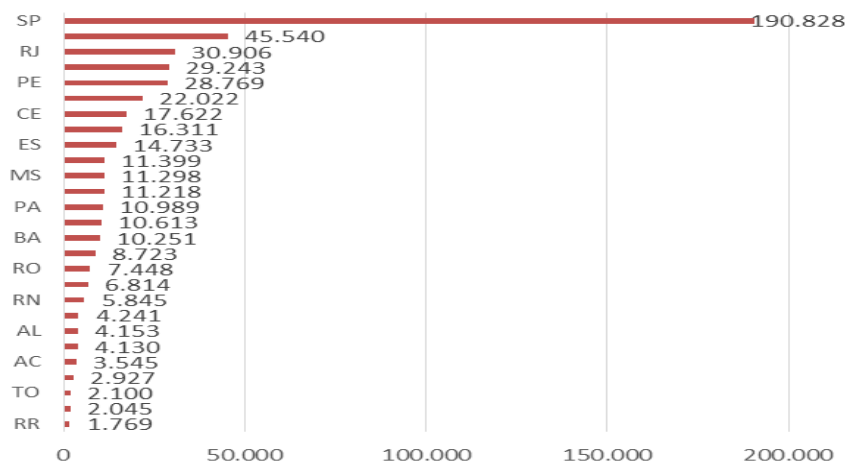
de São Paulo, seguidos por 45.540 (8,8%) em Minas Gerais, os dois estados brasileiros com maior número absoluto de presos (SGPR; SNJ; SEPPIR, 2014, p. 18).

Gráfico 1 – População prisional brasileira em números absolutos - Brasil, 2005 a 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 18)

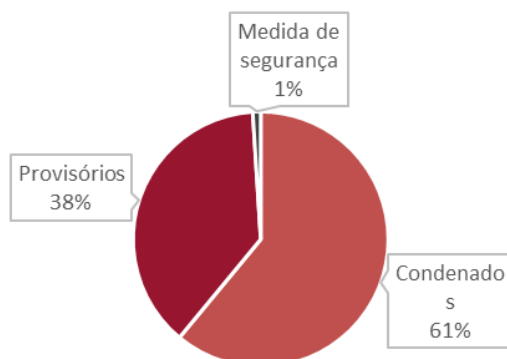
Gráfico 2 – População prisional brasileira em números absolutos segundo UF Brasil, 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 19)

No Gráfico 3, ainda com referência ao ano de 2012, o InfoPen também levantou a situação processual dos presos brasileiros, apontando que apenas 61% são presos condenados, enquanto 38% ainda se encontravam na condição de prisão provisória, sem terem passado ainda por julgamento. Já apenas 1% está sob medida de segurança (SGPR; SNJ; SEPPIR, 2014, p. 20).

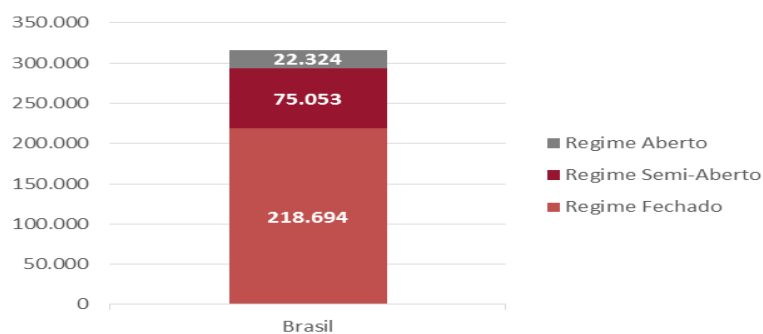
Gráfico 3 – População prisional segundo situação processual Brasil, 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 21)

Dentro do universo dos presos condenados, o Gráfico 4 apresenta que, em 2012, 218.694 (69%) se encontravam em regime fechado, 75.053 (24%) em regime semiaberto e apenas 22.324 (7%) no regime aberto (SGPR; SNJ; SEPPPIR, 2014, p. 21). Dessa forma, pode-se constatar o endurecimento da execução criminal quanto ao deferimento de progressão de regime aliado à falta de vagas de estabelecimento penal adequado para regimes menos gravosos.

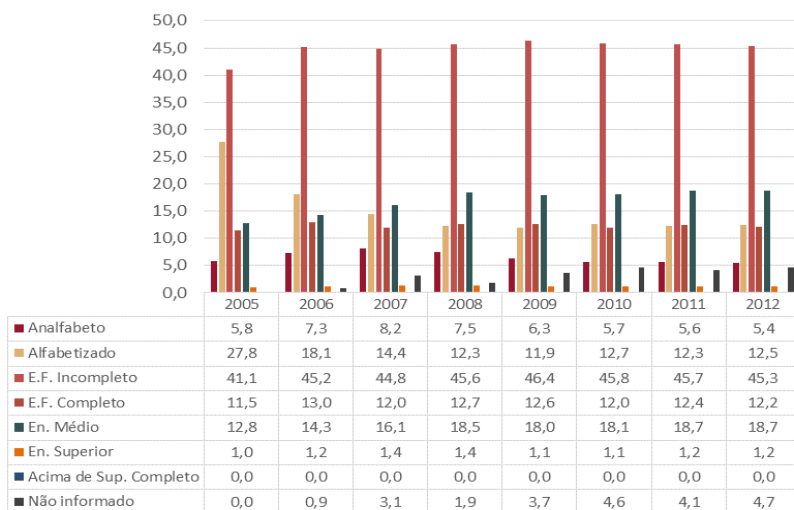
Gráfico 4 – População prisional segundo situação prisional Brasil, 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 21)

A comprovação da punição aos pobres começa a se configurar quando analisamos a condição da escolaridade da população prisional brasileira. De acordo com o InfoPen, a grande maioria dos presos possui ensino fundamental incompleto ou é apenas alfabetizada. Ao mesmo tempo, aqueles que possuem ensino superior não chegam a 1,5% do total em todo o período analisado, como pode ser comprovado no Gráfico 5. Chama a atenção também o considerável aumento de presos com dados não informados no período, que partiram de 0% em 2015 para 4,7% em 2012. O estudo do InfoPen aponta para as consequências do crescimento acelerado dos presos e diminuição da capacidade de coleta de dados dessa população (SGPR; SNJ; SEPPPIR, 2014, p. 22).

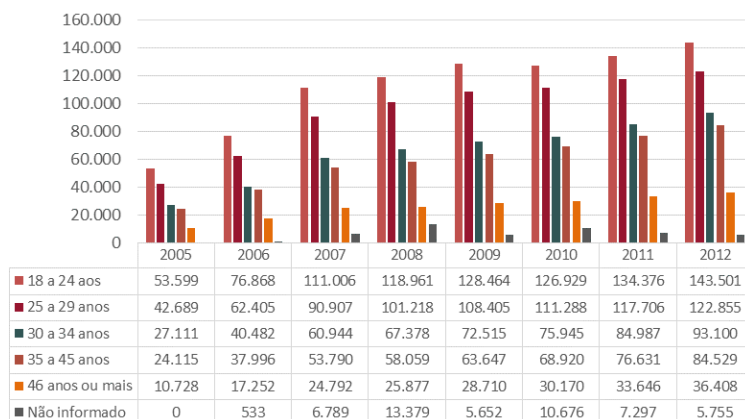
Gráfico 5 – Percentual da população prisional segundo escolaridade Brasil, 2005 a 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 23)

A análise da população prisional de acordo com a faixa etária (Gráfico 6) demonstra que a maioria da população prisional do país é composta por jovens entre 18 e 24 anos, seguida por adultos de 25 a 29 anos, e diminui conforme aumenta-se a idade. Os dados demonstram um forte crescimento destes segmentos no período, passando de 53.599 jovens entre 18 e 25 anos em 2005 para 143.501 em 2012, um aumento de 267%. Já para os presos entre 25 e 29 o crescimento foi de 287%, passando de 42.689 em 2005 para 122.855 em 2012. Deste total, em 2012, verificou-se que 54,8% da população encarcerada no Brasil era formada por jovens menores de 29 anos, segundo o conceito trazido pelo segundo o Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013) (SGPR; SNJ; SEPPIR, 2014, p. 23).

Gráfico 6 – População prisional segundo faixa etária Brasil, 2005 a 2012

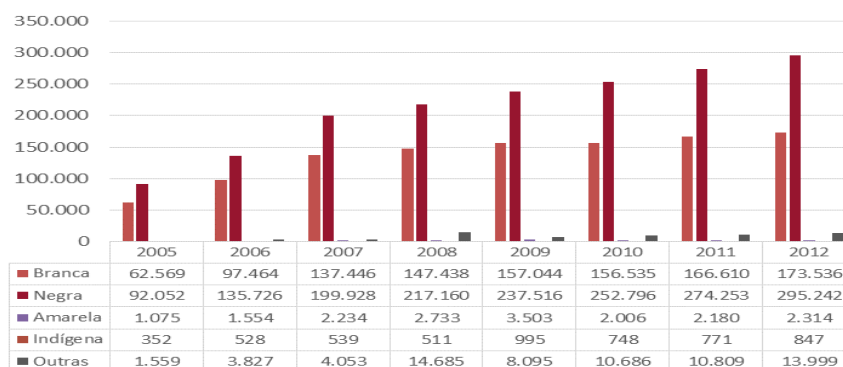


Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 24)

Obs: O número 0 na categoria não informado em 2005 refere-se a informação inexistente.

Em um dos principais pontos do ‘*Mapa do Encarceramento*’, é trazido os dados referentes aos critérios de cor/raça da população prisional brasileira (Gráfico 7), confirmando que, em todo o período analisado, a população de negros presos foi superior a de brancos presos. Em 2005, 58,4% da população prisional era negra, valor que chegou a 60,8% em 2012. Os dados apresentados abaixo sugerem que o crescimento da população prisional brasileira se deveu um maior número de negros presos do que de brancos, especialmente uma vez que o número deste último grupo pouco se alterou entre 2007 e 2011, voltando a apresentar um forte crescimento apenas em 2012. O estudo também traz um diagnóstico da categoria “outras”, critério utilizado pelos gestores do sistema penitenciário, que cresceu de 1.559 em 2005 para 13.999 em 2012. Tais valores podem também prejudicar ou ocultar análises dos valores apresentados anteriormente (SGPR; SNJ; SEPPIR, 2014, p. 25).

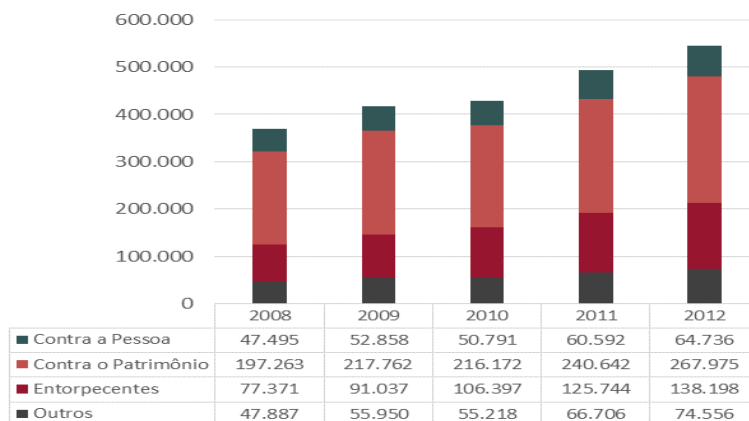
Gráfico 7 – População prisional segundo cor/raça Brasil, 2005 a 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen (2014, p. 26)

Por fim, para demonstrar a relação entre o crescimento do encarceramento e a seletividade penal, o Gráfico 8 analisa a população prisional de acordo com os tipos de crime mais praticados. Os resultados demonstram que a maior parte das prisões tem relação com crimes patrimoniais (aproximadamente 50% das prisões), seguidos pelas prisões relacionadas a entorpecentes (cerca de 20%), sendo, portanto, delitos de acesso à renda, enquanto os crimes contra a pessoa possuem o menor índice de ocorrência entre as quatro categorias em todos os anos da série. No período analisado, as prisões por crimes de entorpecentes cresceram 78% entre 2005 e 2012 (SGPR; SNJ; SEPIR, 2014, p. 29), o que revela o impacto da Lei de Drogas no aumento do encarceramento no Brasil.

Gráfico 8 – População prisional segundo tipos de crime Brasil, 2008 a 2012



Fonte: Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil / InfoPen e Waiselfiz (2014, p. 30)

3.2 AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DO ENCARCERAMENTO EM MASSA

Ao se constatar, a partir dos dados e gráficos do Infopen do item anterior, a seletividade penal por meio do encarceramento em massa dos jovens brasileiros negros, pobres e periféricos, pode-se entender que a cidadania não é para todos, nem mesmo os direitos fundamentais (FABRETTI, 2013, p. 116). Os presos perdem os seus direitos devido as suas condições pessoais, sociais e raciais, bem como pelo fato de serem “criminosos” e, portanto, indivíduos perigosos que devem ser excluídos da vida em sociedade.

A prioridade dada à segurança pública, bem como à ordem pública através do controle social, em detrimento dos direitos daqueles que são considerados indesejáveis e perigosos, é justificada pelo medo e pela insegurança que dominam as sociedades que apresentam problemas com a criminalidade (GARLAND, 2008, p. 414-416; FABRETTI, 2013, p. 175), como é o caso do Brasil. Nesse sentido, Garland tenta justificar o porquê dessa mudança de pensamento em relação ao criminoso a partir da nova cultura de controle do crime da pós-modernidade:

Talvez porque nos convencemos de que certos criminosos, uma vez que praticam o crime, deixam de ser “membros do público”, não mais merecendo as atenções que normalmente dispensamos uns aos outros. Talvez por termos incorporado uma divisão social e cultural entre “nós”, os inocentes, sofredores de classe média, e “eles”, os indesejados e perigosos pobres. Ao usar de violência, abusar de drogas ilícitas ou reincidir em atos criminosos, eles se revelam pelo que são: “o Outro perigoso”, a subclasse. “Nossa” segurança depende do controle “deles”. Com esta equação, nós nos permitimos esquecer aquilo que o previdenciarismo penal admitia como verdadeiro: que os criminosos também são cidadãos e, outrossim, que a sua liberdade é também a nossa liberdade. O crescimento de uma divisão social e cultural entre “nós” e “eles”, junto com novos níveis de medo e de insegurança, nos tornou muito complacentes com relação à emergência de um poder estatal mais repressivo [...] (GARLAND, 2008, p. 386).

Com efeito, verifica-se que a lei e as instituições da lei e da ordem do Estado Democrático de Direito só se manifestam para aquela população em sua forma repressiva. Entretanto, quando a sensação de insegurança ainda prevalece diante da crescente criminalidade, a violência policial e as práticas extremas e ilegais acabam apresentando apoio dos grupos sociais, de forma a legitimar tais práticas (FABRETTI, 2013, p. 116).

Em busca do restabelecimento da ordem, portanto, houve a imposição de novas disciplinas, bem como de amplos controles direcionados àqueles grupos sociais marginalizados. Contudo, conforme Garland, aqueles que podem exercer seus direitos não pretendem limitar suas possibilidades de consumo, nem abrir mão das suas liberdades individuais. Estão determinados a aumentar a segurança pessoal, mas não estão dispostos a pagar mais impostos ou a bancar a segurança coletiva. Encontram-se assustadas com o egoísmo sem limites e com as atitudes antissociais, porém apoiam um sistema mercadológico que alimenta essa cultura. Desse modo, as classes médias solucionam sua ambivalência quando “impõem controle, sobretudo aos criminosos ‘perigosos’ e beneficiários ‘indesejáveis’, cujas condutas levam alguns a supor que sejam incapazes de assumir as responsabilidades da liberdade pós-moderna” (GARLAND, 2008, p. 417).

Assim, ao invés de haver uma reversão dos processos de marginalização econômica e de exclusão social, próprios da globalização econômica, a nova forma de punir através do controle social que exclui determinados grupos sociais só reforçou e intensificou

aqueles processos (GARLAND, 2008, p. 426). Consequentemente, houve o processo de encarceramento em massa, tendo em vista que a prisão se tornou uma base indispensável na estrutura social da pós-modernidade, conforme bem fundamenta Garland:

O encarceramento emergiu em sua forma renovada e reinventada porque é capaz de desempenhar um papel essencial no funcionamento das sociedades pós-modernas, neoliberais: a de instrumento “civilizado” e “constitucional” de segregação das populações problemáticas criadas pela economia e pelos arranjos sociais atuais. A prisão está situada precisamente na junção de duas das mais importantes dinâmicas sociais e penais do nosso tempo: o risco e a retribuição. Com a lógica absolutista de uma sanção penal, ela pune e protege, condena e controla. O encarceramento serve, simultaneamente, como uma satisfação expressiva de sentimentos retributivos e como mecanismo instrumental para a administração de riscos e para o confinamento do perigo. Os setores populacionais efetivamente excluídos dos mundos do trabalho, da previdência e da família – tipicamente jovens do sexo masculino, pertencentes a minorias urbanas – estão cada vez mais atrás das grades, tendo sua exclusão econômica e social efetivamente escamoteada por seu *status* criminal. A prisão reinventada da atualidade é uma solução pronta e acabada para um novo problema de exclusão social e econômica. (GARLAND, 2008, p. 422)

No Brasil, a adoção de uma política de segurança pública – tal qual a tolerância zero – somada à implementação de políticas criminais de endurecimento penal - como a política de combate às drogas -, potencializaram o fenômeno do encarceramento. Juntas, produziram efeitos de exclusões sociais ainda mais perversos, intensificando desigualdades sociais de minorias já marginalizadas e contribuindo para agravar históricos problemas sociais nacionais como a pobreza, o desemprego, a falta de moradia e, principalmente, o preconceito racial.

De acordo com Wacquant (2001, p. 7-8), o sistema prisional brasileiro intensifica aqueles problemas sociais nacionais de forma a aumentar a violência e a criminalidade nas grandes cidades brasileiras, principalmente com práticas policiais abusivas e ilegais de repressão e com a criminalização da pobreza. No mesmo sentido, Vera Malaguti Batista entende que a relação entre as concepções neoliberais e a cultura do controle da polícia e da prisão dos Estados Unidos gerou um discurso de violência quanto aos problemas criminais e penitenciários no Brasil (BATISTA, 2010, p. 31). A autora ainda fundamenta que:

[...] Esses limites propiciaram o que chamo de “adesão subjetiva à barbárie”, que produz a escalada do Estado policial em todas as suas facetas sombrias:

números astronômicos de execuções policiais disfarçadas de auto de resistência, uso da prisão preventiva como pena infamemente antecipada, aumento das teias de vigilância e de invasões à privacidade, escárnios das garantias e da defesa como se fossem embaraços antiéticos à busca da segurança pública. Não importa que tudo isto nos afaste cada vez mais de um convívio aceitável em nossas grandes cidades, cenário de tantas injustiças e desigualdades sociais [...] Incorporam ambas o argumento mais definitivo para o capital contemporâneo: é a punição que dará conta da conflitividade social, é a pena que *moralizará* o neoliberalismo. E, como diria Pavarini, para cada colarinho-branco algemado no espetáculo das polícias (*à la* FBI ou SWAT), milhares de jovens pobres jogados nas horrendas prisões brasileiras. (BATISTA, 2010, p. 31)

Nesse sentido ainda, é importante destacar que o impacto extremamente prejudicial em virtude do encarceramento não recai somente sobre o preso, mas causa também um estigma para toda a sua família, causando deterioração nas relações familiares quanto a vínculos afetivos. Destarte, parentes também sofrem de efeitos como perturbações psicológicas, sentimento de abandono por parte de filhos e problemas nas relações do convívio social, como em amizades nas escolas e nas vizinhanças, fora ainda os prejuízos financeiros e dificuldade de inserção no mercado de trabalho (SHECAIRA, 2009, p. 173). Não bastasse isso, os familiares dos detentos, principalmente as amásias e esposas, são percebidas como pessoas com “moral” inferior e com potencial criminoso (SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013, p. 87).

Ademais, é importante apontar que aliado ao fenômeno do encarceramento em massa se encontra a emergência de grupos organizados por presos, como uma força política representativa diante das relações desiguais impostas pelo Estado (SINHORETTO; SILVESTRE; MELO, 2013, p. 87). O melhor exemplo desse tipo de atuação como organização criminosa é o Primeiro Comando da Capital (PCC) que possui hegemonia consolidada no estado de São Paulo. Essa organização surgiu como reação às violências e arbitrariedades nas prisões do estado, cujo auge se deu com o episódio conhecido como “Massacre do Carandiru”, ocorrido em 1992 (DIAS, 2015).

Dessa forma, depreende-se que as práticas de controle e exclusão social, as quais resultam no encarceramento em massa, apresentam problemas sociais que só perpetuam ao longo do tempo. Houve a intensificação das divisões sociais e raciais, da intolerância, de

práticas violentas, ilegais e autoritárias, porém, apesar de parecer uma solução rápida capaz de resolver os problemas do crime e reestabelecer a ordem social, o aprisionamento de certos segmentos da sociedade fracassou nesse propósito, apenas mostrando ser um meio de eliminar as pessoas consideradas indesejáveis.

CONCLUSÃO

O encarceramento em massa é uma tendência problemática da contemporaneidade em virtude das mudanças na forma de como entender e agir em relação ao crime e a punição, principalmente nas questões de como combatê-lo, como controlá-lo e como resolvê-lo. É necessário primeiramente compreender tal fenômeno na sociedade brasileira para que haja possibilidades de impulsionar futuras soluções que resolvam esse quadro calamitoso no país.

Tendo em vista os argumentos e resultados levantados no desenvolvimento do presente trabalho, foi possível verificar a influência das políticas de punição dos Estados Unidos para o processo de encarceramento em massa no Brasil. Nesse sentido, observou-se que a realidade brasileira é diferente da realidade norte-americana, há diferenças estruturais e históricas próprias de cada país que refletem e se intensificam de maneiras diferentes quanto ao fenômeno de aprisionamento acelerado.

Com efeito, o Brasil já apresentava um histórico estrutural e cultural de práticas de violência e segregação, de forma que a influência das políticas de punição norte-americana com discursos de guerra contra o crime, como também de tolerância zero demonstraram ser um modo de legitimar e intensificar a violência e a repressão quanto aos indivíduos indesejáveis. Esses, portanto, são controlados e excluídos socialmente por meio do encarceramento constante para assegurar a ordem pública.

Ademais, verificou-se um endurecimento penal no Brasil a partir de políticas criminais, como a Lei de Crimes Hediondos, mas principalmente com a Lei de Drogas, que foi fundamental para o processo de encarceramento em massa no país. Desde a publicação dessa

lei, foi possível observar que a população encarcerada brasileira foi aumentando cada vez mais ao longo dos anos.

A partir dos dados e gráficos do InfoPen, constatou-se a seletividade penal através do encarceramento em massa dos jovens brasileiros negros, pobres e periféricos. Nesse sentido, entendeu-se que a lei, os direitos fundamentais e a cidadania não são para todos, na verdade, só se manifestam em sua forma repressiva para aquela população, como uma forma de eliminá-los da sociedade.

Apesar das diferenças históricas e estruturais, foi possível compreender que o Brasil seguiu a tendência da pós-modernidade por práticas de controle e exclusão social para resolver o problema do crime, assim como nos Estados Unidos, de forma a potencializar o fenômeno do encarceramento. No entanto, aquelas práticas, além de legitimarem a violência e a repressão já existentes no país, intensificaram as desigualdades sociais e os problemas sociais nacionais presentes na vida das minorias marginalizadas.

Dessa forma, foi possível depreender que o encarceramento em massa no Brasil não resolveu o problema do crime, nem reestabeleceu a ordem social, somente agravou os históricos problemas sociais já existentes no país. Ainda mais, revelou a tendência cultural da contemporaneidade ao ser uma forma de eliminar indivíduos específicos, considerados indesejáveis por uma parcela da população.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Vera Malaguti. Depois do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, p. 29-36, 2010.

BAUMAN, Z. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999a.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1999b.

BELLI, Benoni. Polícia, “tolerância zero” e exclusão social. **Novos estudos CEBRAP**. 58^a ed., v. 3, p. 157-171, 2000.

BRASIL. **Lei n. 8.072**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 01 de setembro de 2017.

BRASIL. **Lei n. 11.343**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

BRASIL. Secretaria Geral da Presidência da República; Secretaria Nacional de Juventude; Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil** (versão preliminar). Brasília, 2014. Disponível em: <<http://juventude.gov.br/articles/0009/3230/mapa-encarceramento-jovens.pdf>>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos Penais da Era do Grande Encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, p. 357-379, 2010.

DIAS, C. N.; BRITO, J. S.; KULLER, L. B. F.; GOMES, M. de S. O encarceramento em massa como política de segurança. São Paulo: **Teoria e Debate**, 2015. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/nacional/o-encarceramento-em-massa-como-politica-de-seguranca?page=full>> Acesso em: 19 de setembro de 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **O regime constitucional da segurança cidadã**. 2013. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhe. 20ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARLAND, David. **A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

JESUS, Maria Gorete Marques de; OI, Amanda Hildebrand; ROCHA, Thiago Thadeu da; LAGATTA, Pedro. **Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo**. Maria Gorete Marques de Jesus e Fernando Afonso Salla (coord.). São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://nevusp.org/blog/2012/08/03/prisao-provisoria-e-lei-antidrogas-no-brasil-identificando-os-obstaculos-e-oportunidades-para-maior/>>. Acesso em: 07 de outubro de 2017.

NETO, Paulo Mesquita. Violência policial no Brasil: abordagens teóricas e práticas de controle. In: PANDOLFI, Dulce Chaves; CARVALHO, José Murilo de; CARNEIRO, Leandro Piquet; GRZYNSZPAN, Mario (Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 129-148, 1999.

ODON, Tiago Ivo. **Pequenos Traficantes, Prisões Cheias e uma Lei Ineficiente: como mudar o alvo de nossa “guerra às drogas”**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2017 (Texto para Discussão nº 232). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 08 de setembro de 2017.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. São Paulo: **Tempo social**, revista de sociologia da USP, v. 18, n. 1, p. 329-350, 2006.

SANTOS, Hugo Leonardo. Rodrigues. Discurso de criminalização da pobreza no Brasil: recepção da política criminal de tolerância zero e suas repercussões. In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Florianópolis, **Criminologias e Política Criminal**. 1ª ed. Florianópolis, p. 459-477, 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 77, p. 165-176, 2009.

SINHORETTO, Jacqueline; GIANE, Silvestre; MELO, Felipe Athayde Lins de. O encarceramento em massa em São Paulo. São Paulo: **Tempo social**, revista de sociologia da USP, v. 25, n. 1, p. 83-106, 2013.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em

Sociologia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

_____. O lugar da prisão na nova administração da pobreza. **Novos Estudos CEBRAP**, n. 80, p. 9-19, 2008.

**CRIMINOLOGIA CRÍTICA, FEMINISMOS SUBALTERNOS E O CONTROLE
SOCIAL DAS MULHERES NEGRAS**

*CRITICAL CRIMINOLOGY, SUBALTERN FEMINISMS AND SOCIAL CONTROL OF
BLACK WOMEN*

Jéssica Santiago Cury

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de São; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF)-SP; Integrante do Núcleo de Estudo NETPDH (Núcleo de Estudo da Tutela Penal dos Direitos Humanos); Bolsista pelo programa CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Instituição de origem: Universidade Estadual de São Paulo (UNESP). jessiscury@hotmail.com

Paulo César Corrêa Borges

Graduado em Direito pela UNESP (1990), mestre (1998) e doutor (2003) em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho; Pós-doutor pela Universidade de Sevilla - Espanha (2012); Professor Assistente-doutor de Direito Penal do Departamento de Direito Público da UNESP; Promotor de Justiça; Coordenador do Núcleo de Estudo NETPDH (Núcleo de Estudo da Tutela Penal dos Direitos Humanos). Instituição de origem: Universidade Estadual de São Paulo (UNESP). pauloborges@franca.unesp.br

Resumo: A presente trabalho tem como escopo central trabalhar a partir do referencial da criminologia crítica, o conceito de controle social, os processos de criminalização, bem como tais termos entrelaçam com as críticas advindas dos feminismos subalternos. Além disso, se a criminologia crítica consegue em sua literatura construir espaços de saber em que considere toda a particularidade das opressões sobre as mulheres negras. Para tanto, foi usado o método de revisão bibliográfica para constituir o campo documental estudado. E para entrelaçar os saberes da criminologia e do feminismo decolonial foi usado o referencial da intersseccionalidade, como referência para compreender que para analisar qualquer eixo de opressão é necessário observar as suas interações com outras estruturas opressoras. Nesse ínterim, percebe-se que a criminologia crítica ao tratar das questões de raça não a categoriza

como eixo substantivo nos processos de seleção, com isso reflete diretamente na criminalização feminina ao não analisar todas as opressões que atingem as mulheres negras.

Palavras chaves: Criminologia Crítica. Controle social. Feminismo Decolonial. Seletividade.

Abstract: The main purpose of this paper is to work from the perspective of critical criminology, the concept of social control, the processes of criminalization, as well as such terms intertwine with the criticism of subaltern feminisms. Moreover, if critical criminology manages in its literature to construct spaces of knowledge in which it considers all the particularity of the oppressions on the black women. For this purpose, the bibliographic review method was used to constitute the documented field studied. And to interweave the knowledge of criminology and decolonial feminism, the referential of intersectionality was used as a reference to understand that to analyze any axis of oppression it is necessary to observe its interactions with other oppressor structures. In the meantime, it can be seen that critical criminology when dealing with issues of race does not categorize it as a substantive axis in selection processes, thus directly reflecting women's criminalization by not analyzing all the oppressions that affect black women.

Keywords: Critical Criminology. Social control. Decolonial Feminism. Selectivity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo central abarcar a partir do referencial da Criminologia Crítica como se deu a criminalização dos corpos, em especial da mulher. Como foi construído o controle social sobre seus corpos, bem como esta área de conhecimento pode dialogar com as críticas dos feminismos subalterno, uma vez que em suas literaturas não usa a categoria raça como eixo substantivo para a seletividade penal.

Esta pesquisa será realizada por meio de um recorte bibliográfico, assim, para a composição do campo documental a ser estudado foram necessárias leituras de autores da Criminologia Crítica, para melhor conceitua-la e abarcar seus principais conceitos, como Baratta, Zaffaroni, entre outros. Além deles, foi necessário abarcar como se deu a construção

de gênero dentro desta ciência, para tanto, esta parte da pesquisa apoiou-se nas literaturas de Andrade, Zaffaroni, Mendes.

Após compor as análises da criminologia crítica, entendo-a nas palavras de Flauzina (2006) como um campo estratégico para o debate de nossas relações raciais, será abarcado as críticas dos feminismos negros. Tal escolha se deu pelo fato que o racismo não foi considerado como categoria substantiva nas análises da seleção do sistema de justiça, pelo contrário foi difundido nas questões de classes e fatores sociais. Com isso, gerou dentro do campo da Criminologia Crítica um saber em que deixou lacunas quanto o debate contorna os entraves das hierarquias raciais.

Como explicitado anteriormente, a pesquisa será dividida em três partes, sendo a primeira um recorte sobre a construção do campo criminológico crítico. Nesse ínterim, conceitua-se a Criminologia Crítica como um saber que desloca seus estudos do comportamento desviante para os mecanismos de controle social desse mesmo comportamento e torna-se uma teoria crítica e sociológica do sistema penal (ANDRADE, 1994). Originada diretamente do labeling approachⁱ projeta seus estudos não mais no delinquente ser considerado como anormal ou diferenciado, mas procura compreender os aparatos de controle que o definiram assim.

Nesse sentido, a investigação se descoloca dos controlados para os controladores, e remete a uma dimensão macrossociológica, para o poder de controlar (ANDRADE, 2003). Deste modo, o sistema penal é definido como um conjunto de agências que atuam no sentido de criminalização dos indivíduos, atentando-se nas interações entre as instâncias e o mundo exterior. Ao compreender esta complexa rede de relações, a Criminologia Crítica pauta-se na seletividade como marca estrutural do sistema de justiça criminal.

Para esta teoria a seleção atua em um processo que se divide em dois momentos. O primeiro, chamado de criminalização primária seria ao ato levado a cabo pelo Legislativo e pelo Executivo, que instituem determinada conduta como penalmente punível (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003). Nesse sentido, as condutas típicas dos grupos vulneráveis seriam criminalizadas e apenadas mais gravemente do que aquelas cometidas pelas classes sociais elevadas. Assim, as respostas das condutas criminosas não estariam vinculadas a danosidade do ato, mas quem as cometem e as características destes indivíduos.

Em um segundo momento, pautada nesse aporte seletivo, as agências de controle formal- polícia, Ministério Público, Judiciário- atuam de forma a garantir uma desigualdade substantiva entre os delitos confirme as hierarquias sociais.

Além das instituições de controle social formal, a Criminologia se atenta também aos sistemas de controle social informal, pois acredita que para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar (ZAFFARONI, 2011) a estrutura familiar, a educação, a medicina, a universidade, a liberdade sempre se atentando a pluridimensionalidade do fenômeno do controle.

A partir do parâmetro construído dentro da Criminologia Crítica, surge dentro desta ciência críticas feministas no sentido de ressaltar a diferença da atuação do fenômeno do controle social sobre os corpos femininos. Assim, a Criminologia Feminista nasce como uma nova epistemologia para estudar o fenômeno do desvio, uma vez que procura compreender a lógica androcêntrica que estrutura o funcionamento das agências de controle penal.

O estudo de gênero dentro desta ciência se pautou na análise da mulher enquanto vítima, agente e atuante do sistema penal. Para a presente pesquisa o foco central será a mulher enquanto agente transgressora da norma penal. Algumas pesquisas, para compreender o sistema de justiça criminal e as mulheres, se apoiaram na ideia de que esse atua de forma residual no que concerne aos corpos femininos, sendo os homens alvos preferencias da seletividade. E as mulheres, por possuírem papéis específicos na sociedade sofreriam mais com o controle informal – aquele exercido no âmbito privado.

Nesse sentido, o sistema de controle social penal iria se dirigir as mulheres somente quando as outras esferas (educação, âmbito doméstico, médico, familiar) teriam atuado e conseqüentemente falhado (LARRAURI, 1994). Ainda, sob a perspectiva da criminologia feminista, a mulher enquanto sujeita ativa do delito irá sofrer com a atuação do sistema penal quando desviarem de seus papéis de gênero e quando começaram a situar mais nos âmbitos públicos do que privados (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Várias pesquisas de gênero foram realizadas no âmbito da Criminologia Crítica no que tange as questões de gênero, porém, a sua maioria, buscou analisar, a mulher enquanto vítima e outras não compreenderam as hierarquias raciais que circundam a realidade da atuação penal

brasileira. Com isso, proferiram discursos em que situam a mulher enquanto agente universal e homogênea, sendo que esta não é a realidade. Uma vez que, conforme os últimos dados lançados pelo DEPENⁱⁱ, a taxa de encarceramento feminino cresceu mais de 500% nos últimos anos, e que 67% das mulheres presas são negras, ou seja, uma a cada três mulheres presas no Brasil, duas são negras (BRASIL, 2018). Deste modo, acredita-se que para compreender a relação das mulheres com o sistema de justiça é necessário compreender sua atuação na realidade latino americano.

Além de tais ponderações, é necessária uma construção de um saber pautado na realidade das mulheres em que o sistema atua de forma mais intensa. Deste modo, uma das propostas seria a de compreender as críticas advindas pelo feminismo subalterno ou terceiro mundista. Tem-se por Feminismo Subalterno o termo usado para identificar e caracterizar o feminismo terceiro-mundista ou pós-colonial, o qual propõe uma crítica a colonialidade de gênero. Sua subalternação remete ao processo paradoxal que constitui na construção do feminismo dos outros só é possível quando eles se subalternizam em relação ao próprio feminismo moderno (BALLESTRIN, 2017). O aporte bibliográfico para construir essa parte da pesquisa foram as obras da Maria Lugones, Luciana Ballestrin e Rita Segato.

Para atrelarmos a Criminologia Crítica com o feminismo negro, usaremos a ideia de intersseccionalidade, pois compreendemos que não tem como analisar uma situação de opressão sem vislumbrarmos todas as esferas e agências que atuam sobre a mulher negra. Deste modo, nas palavras de Kimberlé (2002) interseccionalidade seria “uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificadamente da forma pela qual racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças e etnias, classes e outros”.

CRIMINOLOGIA CRÍTICA: construções e conceitos.

O crime até a década de 60 e 70 do século XX era definido de acordo com as teorias patológicas da criminalidade. Para tais teorias, é possível classificar e dividir a humanidade entre “normais” e “delinquentes”, por meio da análise das características biológicas e

psicológicas dos seres humanos. No entanto, este conceito de delito sofre uma quebra com a vinda de um novo paradigma criminológico: o *labeling approach*.

Assim, o *labeling approach*ⁱⁱⁱ surge como uma ruptura com o antigo paradigma etiológico, sendo considerado como um novo marco epistemológico. Para esta teoria há um deslocamento do foco do delito e do delinquente para a atuação do sistema de controle social. Para os percursores desta teoria, o crime tem que ser estudado a partir de uma teoria do delito.

Nesse sentido, o fenômeno do crime deveria ser estudado por meio de duas instâncias. A primeira trata da análise das definições do comportamento criminoso através de normas abstratas (o Código Penal e a dogmática). A segunda seria responsável por verificar como atuam as agências institucionais de controle social contra o comportamento delitivo. Entre as duas análises, estaria o foco central desta teoria: a determinação de quais condutas e quais pessoas são criminosas e a estigmatização de quem é considerado desviante.

Nesse ínterim, o delito não seria algo pré-constituído, alheio à subjetividade humana. Ela é definida por meio de processos de interações que categorizam quais os comportamentos serão eleitos como desviantes.

A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a “definição” legal de crime, que atribui a conduta o caráter criminal e a “seleção” que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. (ANDRADE, 1995).

O *labeling approach* foca seu processo investigativo na reação social à conduta desviada. Sendo assim, parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social” para constituir seu argumento principal: de que o desvio e a criminalidade são qualidades (etiquetas) atribuídas a determinados indivíduos por meio de processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 1995).

Nesse sentido, os teóricos deste campo científico afirmam que o controle é seletivo e discriminatório; e concluem que a conduta desviante não possui um caráter ontológico, mas sim uma natureza social e de etiquetamento. Portanto,

O labeling conduziu ao reconhecimento de que, do ponto de vista do processo de criminalização seletiva, a investigação das agências formais de controle não pode considera-las como agências isoladas umas das outras, autossuficientes e autoreguladas mas requer, no mais alto grau, um approach integrado que permita apreender o funcionamento do Sistema como um todo. (ANDRADE, 1995, p. 12).

Porém, segundo Baratta, o *labeling approach* deixou algumas lacunas em seu pensamento, sendo considerada como uma teoria de médio alcance. Uma vez que não conseguiram informar quais seriam as causas da criminalização de grupos determinados ao longo do processo de rotulação. Sendo assim, os interacionistas negaram também “toda a realidade estrutural (social, econômica e política) na explicação do comportamento desviante” (ANDRADE, 2003).

Originada diretamente do labeling approach, a Criminologia Crítica surge dentro do paradigma da reação social, mas para além dele (ANDRADE, 1994). Nasce como resposta às lacunas deixadas pelo interacionismo, buscando analisar a dimensão do poder, com a proposta de encontrar as causas políticas dos processos de criminalização. Ao adentrar nas razões políticas, a criminologia ganha aspecto tangível e concreto sobre a criminalidade, retirando as abstrações advindas do etiquetamento proposto pelos interacionistas.

Observando esta problemática, a Criminologia desenvolve-se no sentido de compreender o funcionamento do sistema penal atrelado às reproduções das estruturas de poder. O que se discute são as correlações de forças existentes no sistema capitalista; e como elas atuam e reforçam as assimetrias estruturais no âmbito da sociedade de classes, bem como exercem de maneira sistêmica os processos de definição e seleção (ANDRADE, 2003, p. 47). Visa-se, então, estudar toda a dimensão macrosociológica do poder de controlar, investigando os controladores, e não os controlados.

Nesse sentido, por meio das conquistas teóricas advindas do *labeling approach* com a Criminologia Crítica, origina-se a noção de sistema penal para que assim possa iniciar a compreensão de sua operacionalidade. Então, entende-se por sistema penal “o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção” (ZAFFARONI, BATISTA, 2003). Sob essa definição, observa-se que atuação destas agências não são de forma coordenada, mas exercem cada qual conforme seu próprio poder,

interesse e controle. Como consequência, reforçam seus discursos e suas funções manifestas ou proclamadas.

Por meio da análise dessa complexa rede de interações denominada sistema de justiça criminal, as conclusões apontaram a seletividade como seu marco estruturante. Deste modo, a criminalização seletiva não se reduziria à normal penal, mas atuaria de forma ampla e complexa, uma vez que se articula de forma dinâmica com outras agências de controle formal e informal. Assim, o sistema penal atua em concordância com um mecanismo de controle social global. Nesse sentido, ele seria um subsistema dentro de um sistema de ampla atuação, o qual o complementa e atua no âmbito das instituições sociais, como a família, a escola e o trabalho (ANDRADE, 1995).

Nesse ínterim, a categoria de controle social assume um significado bastante complexo dentro da Criminologia Crítica, uma vez que além de não restringir o sistema penal ao ordenamento jurídico escrito, atrela sua formação à operacionalidade das hierarquias de poder. Deste modo, entende-se que cada sociedade possui uma estrutura de poder singular e por meio dela se definirão as formas de controle social. A partir disso, Zaffaroni (2011) avalia que somente compreendendo como a estrutura de poder se assenta – isto é, como as leis escritas são aplicadas – é que se torna possível explicar o controle social e vice-versa.

Vale ressaltar que o controle social pode ser exercido de várias maneiras. Sua atuação pode passar despercebida pelos indivíduos, pois o que é considerado certo ou errado, justo ou injusto, moral ou imoral, legal ou ilegal nem sempre é visto como uma escolha política. Uma destas formas de exercício de poder é chamada de controle social informal ou difuso, e quem os opera pode ser a família, a escola, a religião, a medicina, grupos políticos (organizados em partidos ou não), etc.

Em contrapartida, o sistema penal é considerado como uma forma de controle social formal que se exerce por meio de suas agências, cada qual com suas finalidades, explícitas ou não, como o Judiciário, as polícias, agentes penitenciários(as); e sua forma de controle se dá por meio de processos específicos de criminalização. É chamado de criminalização primária os atos levados a cabo pelo Legislativo e pelo Executivo que instituem determinada conduta como penalmente punível (ZAFFARONI et al, 1999). Historicamente, vem sendo apenas gravemente as condutas criminais típicas dos grupos sociais mais vulneráveis, vinculando a

pena não à danosidade do ato, mas à qualidade dos indivíduos que cometem os delitos (ANDRADE, 2003).

Deste ponto de partida já seletivo, as agências formais de controle – polícias, Ministério Público, Magistratura – funcionam também seletivamente e atuam sobre grupos conforme sua hierarquia social. Deste modo, garantem uma disparidade substantiva sobre quem irá ocupar a esfera da delinquência, quem será considerado criminoso, constituindo, assim, a chamada criminalização secundária.

Como o sistema de justiça criminal está imbricado a outros subsistemas que formam um amplo sistema de controle social, ele reproduz estigmas e discriminações que circulam e orientam as relações sociais (ANDRADE, 2003, p. 43). Nesse sentido, Zaffaroni (2011) esclarece que para compreender todo arcabouço que circunda o controle social de um determinado contexto é preciso que:

[...] o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação) a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra) a medicina (a orientação “anestesiante” ou puramente organicista, ou mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo o tecido social. (ZAFFARONI, 2011, p.53).

Além disso, Zaffaroni (2011) nos lembra como os sistemas latino americanos possuem determinadas particularidades no campo de sua atuação, uma vez que por situarem no que denomina região marginal^{iv}, possuem além das agências institucionalizadas, os sistemas subterrâneos ou parainstitucionais^v. Deste modo, destaca que o funcionamento dos sistemas de justiça criminal dessas regiões possui esse sistema subterrâneo que atua à margem da (i)legalidade, porém com ações institucionalizadas e normalizadas pelo Estado. Cita como exemplo os interrogatórios ilegais, as práticas de torturas e ocultação de cadáveres, dentre outras.

Assim, por meio dessa compreensão mais ampla sobre o sistema de controle punitivo, percebe-se que há, além de um sistema de controle institucionalizado, um sistema paralelo:

compuesto por agencias de menor jerarquía y destinado formalmente a operar con una punición menor, pero que, por su desjerarquización, goza de un mayor ámbito de

arbitrariedad y discrecionalidad institucionalmente consagradas (formalmente legalizadas como ámbito propio de lo contravencional, menor cuantía, infracciones administrativas, de peligrosidad, de sospecha, etc.). (ZAFFARONI, 1988).

Assim, percebe-se que os próprios agentes das instituições usam de um controle paralelo por meio de condutas que são consideradas não institucionais, porém são normalizadas socialmente (ZAFFARONI, 1988).

Tais apontamentos sobre os desdobramentos da atuação do sistema penal latino americano são fundamentais para o tema pretendido na presente pesquisa, uma vez que, como ressalta Zaffaroni (2011), somente compreendendo o poder e sua natureza é que se entende a estrutura em que é implementado.

CRIMINOLOGIA FEMINISTA: a construção de gênero no âmbito criminológico.

Até aqui observamos como ocorreu a construção da criminologia crítica no Brasil, analisando como os sistemas de justiça criminal latino-americanos possuem particularidades em suas atuações e constituições. Procura-se, neste tópico, mostrar como foram construídas as perspectivas de gênero dentro deste campo científico.

Assim, pautando-se nas divisões realizadas por Prando (2018) sobre apropriação da Criminologia Crítica no Brasil, a autora divide este campo em três ondas. Para delimitar cada espaço usou a categoria raça e gênero nas análises teóricas do saber criminológico. Observou como essas dimensões sociais foram inseridas em certo lapso temporal, bem como se desenvolveram. Assim, denomina primeira onda, as obras criadas na década de 1970, nesta época afirma que a gramática racial se encontra diluída na categoria de luta de classes. Já na segunda onda, que seria entre a década de 1980 até os anos 2000, o enfoque principal foram as construções latino americanas sobre a atuação do sistema de justiça criminal e a intensificação dos debates de gênero, ressalta como as principais obras a da Rosa Del Olmo (1981), Barrata (1982), Vera Andrade (1994), Zaffaroni (1999). E, por fim, a terceira onda, seria o fim da década de noventa até a atualidade, na qual as questões de gênero e raça passam a ser mais tematizadas (ANDRADE, 2004, FLAUZINA, 2008, DUARTE, 2002).

As discussões sobre gênero surgem dentro da criminologia com o intuito de questionar a lógica androcêntrica que estrutura o funcionamento das agências de controle penal, bem como indagar sobre as construções realizadas pela criminologia crítica. Nesse sentido, Campos (2014) afirma que a crítica feminista dentro da criminologia nasce com o intuito de promover uma desconstrução do sujeito da criminologia, que era centrado exclusivamente no indivíduo submetido ao controle das agências penais.

Para a autora, para se construir uma criminologia feminista no Brasil é necessário a inclusão de novos sujeitos, particularmente as mulheres, e para tanto “requer uma reorientação da perspectiva criminológica, pois as vítimas reclamam seu lugar não mais de expectadora” (CAMPOS, 2014).

Na mesma linha, Mendes (2013) afirma que a criminologia é um saber parcial, que enquadra gênero como termos aditivos nas análises. E que é necessário repensarmos a criminologia, para que assim se construa uma criminologia crítica feminista marcada “pelas experiências históricas específicas, pelo contexto econômico, pelos necessários recortes de raça e etnia, dentre outros aspectos inerentes à realidade vivida pelas mulheres no Brasil” (MENDES, 2013).

Nesse sentido, os estudos feministas centram seus trabalhos da relação da mulher com o sistema de justiça no que concerne sua vitimização. Tanto no sentido de questionar as correntes que justificam pautas de recrudescimentos das penas de estupro e de violência doméstica, como no sentido de criação de leis (Lei Maria da Penha) no qual colocam a mulher no centro dos debates das políticas criminais – quando ocupam o lugar de vítimas.

No tocante às críticas entorno da violência doméstica, a criminologia feminista (ANDRADE, 1996; CAMPOS, 2011) pauta suas discussões no sentido de que houve uma produção no sistema penal da fixação de um sujeito vitimário reservado às mulheres. Segundo esta perspectiva, se faz necessário a desconstrução desta visão, uma vez que pouco adianta “correr dos braços violentos dos homens (seja marido, chefe ou estranho) para cair nos braços do Estado, institucionalizado no sistema penal, se nesta corrida do controle social informal ao controle formal, as fêmeas reencontram a mesma resposta discriminatória em outra linguagem” (ANDRADE, 1996).

Ainda, sob a ótica da crítica feminista, a justificativa da diferenciação da atuação do sistema penal sobre os corpos femininos enquanto sujeito ativo do delito (seja pela aplicação de punição ou pela forma de execução), é pelo fato que ao exercer a atividade criminosa a mulher desvia seu papel de gênero imposto pela sociedade (CAMPOS; CARVALHO, 2011). Incorporando a ideia da mulher também enquanto sujeito ativo, com o crescimento das mulheres no sistema penal – fruto, principalmente, de sua participação no tráfico ilícito de drogas –, observa-se um aumento superior a 500% no número de mulheres presas no lapso temporal de 2000 a 2016 conforme relatório lançado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2018). Nesse sentido, urge dentro da criminologia pesquisas que busquem desconstruir o sujeito mulher apenas como vítima e direcionem os estudos no sentido de compreender os processos de criminalização dos corpos femininos, como por exemplo as investigações científicas de cunho qualitativo e quantitativo de Chernicharo (2014) e Ramos (2012), nos quais abarcam as experiências das mulheres com o sistema de justiça criminal.

Alguns estudos direcionam suas investigações no intuito de compreender a mulher enquanto sujeito ativo do delito, principalmente nos crimes de tráfico. E esta particularidade é pautada por conta do crescimento substancial na incidência desse delito pelas mulheres que se encontram em situação de privação de liberdade^{vi}.

Nesse sentido, Chernicharo (2014) analisa a seletividade de gênero e o comércio ilegal de drogas, posicionando-se no sentido de haver uma continuidade entre o fenômeno da “feminização da pobreza”^{vii} e a entrada e posicionamento das mulheres no tráfico de entorpecentes. Destaca que:

[...] o crescente fenômeno do encarceramento feminino está relacionado a fatores socioculturais, econômicos e ao desenvolvimento de medidas punitivas para o tratamento do problema da droga, que por trás de sua pretensa proteção à saúde pública, se revela como uma política de contenção e controle da mulher pobre. (CHERNICHARO, 2014).

Ademais, reitera em sua investigação posicionamentos firmados por alguns pesquisadores (CAMPOS; CARVALHO, 2011) no sentido de que a delinquência feminina seria um rompimento da mulher com a lei penal, bem como com as demandas impostas pela sociedade a ela. Afirmando que

Ao delinquir, a mulher rompe não só com a lei penal, mas também com as normas sociais e com o seu papel cultural e social pré-estabelecidos, e desta forma, delinque duplamente, razão pela qual é duplamente punida quando adentra as esferas formais de controle. Quando presa, a mulher experimenta maior discriminação por parte da sociedade, e maior abandono por parte da família como demonstram as pequenas filas de visitas em presídios femininos. (CHERNICHARO, 2014).

Seguindo o mesmo raciocínio, investigações que analisam o funcionamento dos sistemas de controle formal e informal refletem sobre a criminalidade feminina como a última instância de controle que atua sobre seus corpos, sendo os primeiros os controles informais família, escola, educação, religião, etc. E quando estes não conseguem exercer seus papéis, o controle formal – representado pelo sistema penal – exerce seu poderio.

No entanto, análises e pesquisas - inclusive a que se pretende neste trabalho- (FLAUZINA, 2006, FRANKLIN, 2017, ALVES, 2015) propõem em suas análises a desconstrução de tais perspectivas e denunciam que hierarquias raciais são categorias substantivas, nas quais impulsionam e sustentam o aumento exponencial do encarceramento, bem como movem as engrenagens da chamada “guerra às drogas”.

Ao sustentarem que as hierarquias raciais servem como parâmetro no exercício dos controles formais, demanda-se das ciências e das pesquisas científicas que percebam que houve uma construção homogênea nas investigações ao retratarem raça como um marcador social.

Deste modo, observa-se como o discurso criminológico em sua construção e estruturação enquanto um campo de disputa e saber, coloca a questão racial como uma das variáveis da seletividade em conjunto com os marcadores de classe social (PRANDO, 2018). Assim, analisa-se como este campo científico possui em suas literaturas um lugar demarcado, no qual as escritas e falas são realizadas por brancos acadêmicos. Com isso, enquanto pesquisadora branca em posição privilegiada, questiono este local, em que a categoria de branquidade^{viii} é predominante.

Nesse diapasão, os corpos negros são situados como objeto do controle penal tanto pelas práticas do sistema de justiça criminal quanto pelos discursos criminológicos. As literaturas acadêmicas, mesmo fazendo referências com o tom de denúncia, categorizam os corpos negros como o ‘outro’ racializado e homogêneo que sofre as perversidades do sistema penal sem especificidades de gênero, classe e território. Assim, se apoiando na crítica de Spivak na qual

sustenta que esse modelo de saber gera uma violência epistêmica colonial e produz um “projeto remotamente orquestrado, vasto e heterogêneo de se constituir o sujeito colonial como Outro. Esse projeto é também a obliteração assimétrica do rastro desse outro em sua precária subjetividade” (2010).

Deste modo, diante de toda a explanação, procuro me posicionar no sentido de produzir uma pesquisa em que realize minha autocrítica enquanto pesquisadora branca e tento fazer em minhas reflexões abordagens que não submetam as sujeitas em análise como o “outro”, procuro abrir espaços em que este “outro” saia da categoria homogênea, e se faça uma proposta de saber marcado por suas realidades, discursos e petições. Assim, uma forma é a análise dos feminismos subalternos como meio de constituir um saber plural e não hierárquico.

FEMINISMOS SUBALTERNOS, entre intersecções.

O pensamento decolonial surge na década de 80 como uma intervenção teórica sobre a ideia de gênero e sexo no esquema de Quijano, amparando-se e animando-se empiricamente nos diferentes feminismos americanos – latinos, negros, chicanos, “de cor”, indígenas e comunitários (BELLESTRIN, 2017). Esta vertente de pensamento vincula-se epistemologicamente aos marcos Colonialidade/Modernidade. Sua principal precursora, Maria Lugones, propõe a noção de “sistema-mundo-colonial de gênero” e “feminismo decolonial” (LUGONES, 2008).

Para o feminismo decolonial, gênero é uma categoria colonial/moderna e “o sistema gênero binário foi tão constitutiva da colonialidade do poder quanto esta última foi constitutiva de um moderno sistema de gênero (LIMA COSTA, 2014).

Para melhor compreensão do que seria o marco Colonialidade/Modernidade, Aníbal Quijano, em 1989, desenvolve o conceito de “colonialidade do poder”, afirmando que as relações de colonialidade nas esferas econômicas e política não findaram com a destruição do colonialismo (BALLESTRIN, 2013, p. 99). Ou seja, para ele há uma continuidade nas dominações coloniais mesmo após o fim das administrações coloniais, por meios das reproduções culturais coloniais e pelas estruturas do sistema-mundo capitalista moderno. Além disso, essa definição de poder possui a pretensão explicativa que atualiza e contemporiza os

procedimentos que teriam aparentemente sido deletados ou superados pela modernidade. Segundo Grosfoguel,

A expressão “colonialidade do poder” designa um processo fundamental de estruturação do sistema-mundo moderno/colonial, que articula os lugares periféricos da divisão internacional do trabalho com a hierarquia étnico-racial global e com a inscrição dos migrantes do Terceiro Mundo na hierarquia étnico racial das cidades metropolitanas globais. (GROSFOGUEL, 2008, p. 126).

Nesse sentido, a colonialidade foi expandida para três dimensões: do poder, do saber e do ser. E, além disso, ela seria o lado obscuro e necessário da modernidade; é a parte indissociavelmente constitutiva (Mignolo, 2003). Assim, a modernidade seria característica intrínseca à colonialidade, sendo imprescindível suas coexistências. E é nessa percepção, de colonialidade, que nasce a ideia de raça como um mecanismo de classificação social.

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial de poder capitalista. Se funda na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do dito padrão de poder e opera em cada um dos planos, âmbitos e dimensões materiais e subjetivas, da existência social cotidiana e da escala social. (QUIJANO, 2000, p. 342).

Deste modo, Quijano argumenta que raça, gênero e trabalho foram categorias principais de classificação e de formação do capitalismo moderno; e são nestas instâncias que as relações de exploração, dominação e conflito estão ordenadas (BALLESTRIN, 2013, p. 101). Assim, raça e racismo seriam pilares organizacionais que estruturam as diversas hierarquias do sistema-mundo.

E é nessa perspectiva que se funda o feminismo decolonial, Lugones (2014) em seus trabalhos mostra comprometimento com projetos decolonial e seu deslocamento dos feminismos de cor, propondo novas indagações e questionamentos. Para ela, é necessário decretar uma crítica da opressão de gênero racializada, colonial e capitalista heterossexualizada visando a uma transformação vivida do social (LUGONES, 2014. p. 940). Em seu artigo *Rumo a um feminismo decolonial*, assevera:

Começo aqui a fornecer uma forma de compreender a opressão de mulheres subalternizadas através de processos combinados de racialização, colonização, exploração capitalista e heterossexualismo. Minha intenção é focar na

subjetividade/intersubjetividade para revelar que, desagregando opressões, desagregam-se as fontes subjetivas intersubjetivas de agenciamento das mulheres colonizadas. Chamo a análise da opressão de gênero racializada capitalista de “colonialidade de gênero”. Chamo a possibilidade de superar a colonialidade do gênero “feminismo decolonial” [...]“ o sistema de gênero é não só hierárquico, mas racialmente diferenciado, e a diferenciação nega humanidade e, portanto, gênero às colonizadas. Irene Silverblatt, Caroly Dean, Maria Esther Pozo e Johnni Ledezma, Pamela Calla e Nina Laurie, Sylvia Marcos, Paula Gunn Allen, Leslie Marmon Silko, Felipe Guaman Poma de Ayala e Oyeronke Oyewumi, entre outros, permitem-me afirmar que o gênero é uma imposição colonial (LUGONES, 2014, p. 940-942),

Assim, metodologicamente, Lugones (2014) desloca o seu feminismo de cor para o decolonial, na pretensão de cria-lo a partir de uma compreensão histórica, ‘subjetiva e intersubjetiva’ das relações de opressão e resistência. Sua busca vai além de uma narrativa de opressão de mulheres, propõe fornecer materiais que permitam que elas compreendam suas situações sem sucumbir a elas.

Nesse sentido, o desafio do feminismo decolonial é a tarefa árdua das mulheres de observar a diferença colonial e ver a si mesmas inseridas nela, ao mesmo tempo em que resistem à praxe epistemológica de deletar-se raça, gênero e outros marcadores sociais. Deste modo, ao enxergar e compreender esta realidade de mulheres racializadas e colonizadas, renova sua concepção de mulher universal, para aprender sobre outras mulheres que habitam e resistem a esta diferença colonial.

Deste modo, é notável como os feminismos latinos americanos possuem uma larga história de encontros e construções dos movimentos feministas e de mulheres, independentemente de suas rotulações conceituais e acadêmicas (BALLESTRIN, 2017).

Assim, após analisarmos essa concepção teórica, percebe-se como o lugar habitado pelas mulheres colonizadas (de cor, negras) possui suas especificidades, como suas demandas possuem particularidades. E estas diferenciações devem ser acolhidas e refletidas dentro do âmbito criminológico, pois como visto, o controle social sobre seus corpos são mais intensificados ao mesmo tempo em que suas falas são silenciadas.

Dessa maneira, para pensarmos como podemos incorporar essas análises à criminologia crítica, é possível utilizar a ideia de intersseccionalidade desenvolvida pela autora Kimberlé Crenshaw, que trata de

uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificadamente da forma pela qual racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças e etnias, classes e outros. (CRENSHAW, 2002).

E, por meio do pensamento intersseccional, compreende-se o sistema de justiça criminal e suas diversas formas de atuação como um eixo de opressão das mulheres negras e que possui como engrenagem um controle de classe e raça. Dessa forma, pretendo pensar por meio desta pesquisa aportes de resistência e visibilidade das mulheres negras. As trajetórias de vida que as levam à prisão, os pedidos de liberdade que fazem, frequentemente negados pelo Judiciário.

CONCLUSÃO

A Criminologia Crítica como verificado acima é uma área de conhecimento em que propõem em suas análises uma ruptura epistemológica sobre a delinquência, uma vez que pensa o ser humano como um ser que reprodutor de todas as opressões advindas das diversas hierarquias que compõem o controle social. Deste modo, acaba por abarcar e construir saberes mais condizentes com a realidade.

Ao tratar delinquente fora da dualidade entre bom e ruim, a Criminologia Crítica aloca o ser humano como um sujeito inserido em determinados contextos sociais, em que os fatores externos (raça, classe e gênero) são determinantes nos processos de criminalização. No entanto, suas análises no tocante a raça, acabaram por a categorizarem como um dos fatores sociais e não como característica substantiva na atuação do sistema penal e nisso acabam por deixarem lacunas em relação a especificidade da seleção das pessoas negras.

Nesse sentido, surge para dentro de criminologia crítica a necessidade de construções de discurso e perspectivas críticas no tocante a raça, em que abrange a realidade das mulheres negras e a criminalização de seus corpos. E por entender, a criminologia critica um campo de saber em que se faz possível a construção de um diálogo com outras formas de se pensar, e também por compreender a importância de seus trabalhos no que concerne aos processos de seleção, a proposta deste trabalho é no sentido de atrelar os conceitos e postulados construídos por essa área de conhecimento com as ideias centrais e críticas do feminismo decolonial.

O feminismo decolonial ao tratar a ideia de gênero como um imperativo da colonialidade, e a raça como um marco da modernidade/colonialidade, busca constituir uma nova epistemologia feminista, na qual tenta promover visibilidades para as mulheres subalternas (ou de cor, colonizadas) que sofrem de forma sistematizada as opressões de uma sociedade machista, classista e racista. Deste modo, procura construir novos horizontes feministas, com o intuito de promover saberes não-hierarquizados.

No entanto, cabe ressaltar que, existem várias formas de pensar e construir conceitos de gênero e raça, e várias são as criminologias. E que, conforme cada teoria usada, uma perspectiva é categorizada. A presente pesquisa abarcou a proposta do feminismo decolonial e da criminologia crítica como um meio de se constituir e interseccionar discursos e preceitos isentos de qualquer opressão, e que conceda visibilidade e voz para as mulheres. Entretanto, o intuito da pesquisa não é esgotar as discussões no tocante a temática e, sim, abrir novos espaços e promover novas jeitos de se pensar, nos quais se pautam em concepções e que lute contra qualquer forma de opressão ou exploração.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: Códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança prometida**. Tomos I e II. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina. Florianópolis, 1994.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. **Feminismos Subalternos**. Estudos Feministas, Florianópolis, 25(3): 530, setembro-dezembro/2017. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/Artigo%20Ipdms/1806-9584-ref-25-03-01035.pdf>. Acesso 16 abril 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

CHERNICHARO Luciana Peluzio; BOIETEUX Luciana. **Encarceramento feminino, seletividade penal e tráfico de drogas em uma perspectiva feminista crítica**. In: VI Seminário Nacional de Estudos Prisionais e III Fórum de Vitimização de Mulheres no Sistema de Justiça Criminal; 2014; São Paulo: Universidade Federal do ABC.

_____. **Sobre mulheres e prisões: seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.

CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero**. Estudos feministas, v. 10, n. 1, p. 171, 2002.

DEPEN, Departamento Penitenciário, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – julho de 2018**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro**. Brasília: Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2006.

FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Raça, gênero e criminologia**: reflexões sobre o controle social das mulheres negras a partir da criminologia positivista de Nina Rodrigues. 2017. Dissertação (Mestrado em em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2017.

LARRAURI, Elena. Control informal: las penas de las mujeres. In: LARRAURI, **Elena. Mujeres, Derecho Penal y criminologia**. Madrid: Siglo XXI - España Editores S.A, 1994.

LUGONES, Maria. **Rumo a um feminismo descolonial**. estudos Feministas, Florianópolis, 22(3): 320, setembro-dezembro/2014. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Documents/Artigo%20Ipdocs/36755-122483-1-PB.pdf>. Acesso em: 16 abril 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2012.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 9, n. 1, p. 70-84, mar. 2018. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/25378>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SEGATO Rita Laura. **Gênero e colonialidade: em busca de chaves de leitura e de um vocabulário estratégico descolonial**, e-cadernos ces [Online], 18 | 2012, colocado online no dia 01 dezembro 2012, consultado a 15 abril 2018. Disponível em: <http://journals.openedition.org/eces/1533> ; DOI : 10.4000/eces.1533. Acesso em: 16 abril de 2018.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Criminología: Aproximación desde um margen**. Bogotá: Editorial Temis S.A, 1988.

ZAFFARONI. **La mujer y el poder punitivo**. Lima: CLADEM, 1992. Disponível em: <http://www.cubc.mx/biblioteca/libros/Zaffaroni%20%20Mujer%20y%20poder%20punitivo.pdf> <Acesso em 08 de agosto de 2018>.

¹ Labeling approach também é conhecido como teoria do interacionismo simbólico, etiquetamento ou rotulação, ou ainda como paradigma da reação social do controle ou da definição. Para tal teoria não se pode analisar o comportamento humano desvinculando-o das interações sociais que o atravessam (ANDRADE, 2003). A principal tese desta teoria é a de que o desvio é criado pela sociedade. Assim, o crime não existe como realidade

ontológica, pré constituída, mas como fruto da reação social (controle), que atribui rotulo de criminoso (etiqueta) a determinados indivíduos – tradução nossa (BECKER, 1971 *apud* FLAUZINA, 2006).

ⁱⁱ DEPEN, Departamento Penitenciário, **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres** – julho de 2018. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf.

ⁱⁱⁱ Também chamado por diferentes autores de teoria da rotulação social, teoria do etiquetamento, teoria da reação social ou ainda teoria interacionista. As diferentes classificações exigem um aprofundamento que não cabe neste momento, por isso estão sendo apenas mencionadas.

^{iv} É definido como região marginal, margem, o local subalterno que foi reservado intencionalmente para os latino americanos. Essa divisão assimétrica, advinda do sistema capitalista, submete a América Latina a condições que limitam e condicionam as possibilidades de realização dos indivíduos que residem no local. Sobre o tema ver: ZAFFARONI, Eugênio Raúl, *Criminologia: aproximación desde un margen*. Colômbia: Temis, 1998.

^v Em sua obra usa da definição criada Lola Anyiar de Castro, para compreender o que seria os sistemas subterrâneo. Nas palavras da autora: “El sistema subterrâneo operaria em los diferentes niveles del sistema social. Es decir, tanto em los mecanismos de control formal, como em los del control informal. Y aparecería tanto em los contenidos como em los no-contenidos del control social, especialmente del formal”. CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminología de la Liberación**, 1987, p. 96.

^{vi} Conforme o último relatório lançado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional): entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil. (BRASIL, 2017, p. 16). Segundo o relatório, 62% das mulheres são negras e 62% estão presas pelo crime de tráfico de entorpecentes (BRASIL, 2017, p. 47).

^{vii} 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). Ela 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”.

^{viii} A branquidade seria um lugar privilegiado de onde se definem e subordinam os “outros” racializados. [...] A branquidade pode ser entendida em três dimensões. Em sua dimensão crítica estrutural e cultural da ordem social, “na qual se analisa o lugar normativo da branquidade nas questões de injustiça social”; em sua dimensão relacional em que direitos, posições e privilégios se organizam em uma economia de poder racial, juntamente com marcadores tais como gênero, sexualidade e classe; e em sua dimensão contextual, em que o poder normativo branco é analisado em relação com os processos colonial de formações dos Estados e de divisão social do trabalho (PRANDO, 2018).

**O SISTEMA PRISIONAL ENQUANTO PROBLEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA:
ANÁLISE DA SITUAÇÃO DO ESTADO DO RS**

*THE PRISON SYSTEM AS A PROBLEM OF PUBLIC SAFETY: ANALYSIS OF THE
SITUATION OF THE STATE OF RS*

Mariana Py Muniz Cappellari

Doutoranda em Ciências Sociais PUCRS; Mestra em Ciências Criminais PUCRS (2013);
Especialista em Ciências Penais PUCRS (2010); Especialista em Direito Privado UNISINOS
(2004); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais UNISINOS; Defensora Pública do Estado
do Rio Grande do Sul. E-mail: mpymuniz@hotmail.com

Resumo: O Estado do RS sofreu com um aumento significativo da população carcerária nos últimos três anos. Nesse sentido, diante o déficit de vagas que já apresentava, tornou-se frequente a detenção de presos e de presas em carceragens de Delegacias de Polícia, o que tinha se erradicado há muito; em viaturas; ônibus cela; corrimãos e até em uma lixeira. Por outro lado, a Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central de Porto Alegre, sofre com uma interdição que data de 1995 e uma medida cautelar deferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, desde dezembro de 2013, a qual reconhece uma série de violações de Direitos Humanos e exige, entre outras medidas, a redução drástica de uma população carcerária que só tende a crescer e se avolumar, quanto mais quando se verifica o aporte de verba pública para a construção de um Centro de Triagem e de uma Penitenciária no interior do mesmo terreno que já abarca a Cadeia Pública, a qual já opera muito acima da sua capacidade, com uma população que gira em torno de mais de 5.000 presos em detrimento de menos de 2.000 vagas, e, já considerada o pior presídio do país, por CPI do Sistema Prisional da Câmara Federal em 2009. Nesse contexto, o trabalho objetiva analisar a atual e real situação carcerária do Estado do RS, por meio da Cadeia Pública de Porto Alegre, pois entendemos servir de raio-x do sistema como um todo, a fim de identificar a política de gestão prisional empreendida pelo Governo Estadual e a vinculação dessas com discursos populistas e punitivistas, os quais reforçam o encarceramento enquanto única possibilidade de contenção da criminalidade, mas

que, ao não apresentar condições minimamente dignas de execução penal, violam os direitos mais mezinhos, inclusive de terceiros, como dos familiares, e retroalimentam a economia do crime, dando vazão, assim, a continuidade do círculo de violência, o que afeta sobremaneira a segurança pública. Para tanto, se fará o cotejo entre dados extraídos de documentos, que remontam a descrição da realidade atual do sistema carcerário gaúcho, os quais serão analisados e relacionados à doutrina vigente, a qual trabalha com o encarceramento, a gestão prisional e segurança pública. Pretendemos, assim, demonstrar que a centralidade da pena de prisão ainda permanece enquanto discurso potente a amparar políticas criminais populistas e punitivas; e, assim, também caminham ao lado das sempre existentes violações de Direitos Humanos no contexto prisional brasileiro e gaúcho, as quais fortalecem a economia do crime, diante o comando exercido pelas facções no interior do sistema prisional, apresentando-se um grave quadro em termos de segurança pública, o qual exigiria o direcionamento de uma gestão prisional a qual atentasse para políticas de desencarceramento e de alternativas penais; de definição de diretrizes mínimas de gestão e de priorização de políticas ao egresso do sistema prisional. O colapso é sempre premente no âmbito prisional, mas a realidade do contexto gaúcho não nos fornece perspectivas otimistas, restando ao pesquisador e a pesquisadora questionar como forma de tencionar mudanças estruturais que possam intervir minimamente em termos de redução de danos.

Palavras-chave: Encarceramento. Gestão Prisional. Sistema Prisional Gaúcho. Segurança Pública.

Abstract: The State of Rio Grande do Sul has experienced a significant increase in the prison population over the past three years. In this sense, faced with the shortage of vacancies that already presented, the detention of prisoners and prisoners in police station detention facilities was frequent, which had long been eradicated; in vehicles; cell bus; handrails and even in a bin. On the other hand, the Porto Alegre Public Prison, formerly the Porto Alegre Central Prison, suffers from an interdiction dating from 1995 and a precautionary measure granted by the Inter-American Commission on Human Rights since December 2013, which recognizes a series of violations of Human Rights and requires, among other measures, the drastic reduction of a

prison population that only tends to grow and increase, especially when there is a public funding for the construction of a Screening Center and a Penitentiary in the interior of the same land that already covers the Public Jail, which already operates well above its capacity, with a population that revolves around more than 5,000 prisoners to the detriment of less than 2,000 places, and already considered the worst prison of the country, by the CPI of the Prison System of the Federal Chamber of Justice in 2009. In this context, the objective of this study is to analyze the actual and actual prison situation of the State of RS, through the Public In order to identify the prisons management policy pursued by the State Government and their linkage with populist and punitive discourses, which reinforce imprisonment as the only possibility of crime, but which, by failing to present conditions that are minimally worthy of criminal execution, violate the most effective rights, including those of third parties, such as family members, and feed back the economy of crime, thereby giving continuity to the violence. public safety. In order to do so, a comparison will be made between data extracted from documents, which trace the description of the current situation of the prison system in Rio Grande do Sul, which will be analyzed and related to the current doctrine, which works with prison, prison management and public security. We intend, therefore, to demonstrate that the centrality of the prison sentence still remains as a powerful discourse to support populist and punitive criminal policies; and thus also go alongside the ever-existing human rights violations in the Brazilian and Gaúcho prison contexts, which strengthen the economy of crime, in the face of command by the factions within the prison system, presenting a serious framework in terms of public security, which would require the direction of a prison administration that would attend to policies of deprivation and of penal alternatives; the definition of minimum guidelines for management and prioritization of policies for the discharge of the prison system. The collapse is always pressing in prison, but the reality of the gaúcho context does not give us optimistic perspectives, leaving the researcher and the researcher to question as a way of planning structural changes that can intervene minimally in terms of harm reduction.

Keywords: Incarceration. Prison Management. Gaúcho Prison System. Public security.

1. Considerações Iniciais

Não é de hoje a superlotação carcerária brasileira, fenômeno que data do século XIX e que se estende a todos os Estados da federação, mas o hiperencarceramento que vivenciamos é um fenômeno que se avoluma e se agrava em solo brasileiro, portanto, não é novidade que o Brasil é o terceiro país do mundo que mais encarcera, perdendo em liderança para os EUA e a China, apenas, pois consoante os dados de 2017 apresentados pelo Infopen,ⁱ o Brasil logra desbancar a Rússia, alcançando, assim, não mais o quarto, mas o terceiro lugar no ranking dos países que mais encarceram no mundo.

Os dados então referidos foram compilados tendo como marco final para tabulação o mês de junho de 2016, portanto, na oportunidade, sem desconsiderar o crescimento tendente, o Brasil contaria com uma população carcerária que ultrapassa 726.712, sendo que 290.684 (40%) dessa população corresponderiam às pessoas que se encontram no sistema a título provisório, ou seja, sem condenação, podendo, portanto, e, inclusive, serem absolvidas no curso da instrução do processo.

A situação, no entanto, em todo o País, diante o déficit de vagas e um aumento da população carcerária em 707%ⁱⁱ em relação ao total registrado no início da década de 90, é de encarceramento num sistema prisional que alcança a declaração de estado de coisas inconstitucional e que se estabelece em condições degradantes, para além das carceragens das delegacias de polícia.

A situação do Estado do RS é um desses exemplos, e nesse contexto dos dados, é preocupante, haja vista que enfrentamos uma realidade que há muito tempo nos vangloriávamos de ter erradicado, que é a permanência de presos e de presas em delegacias de polícia, em viaturas, até em ônibus-cela, então noticiado desativado, bem como algemados em uma lixeira. Num período de 03 anos apenas, no estado do RS, sofremos com um aumento da população carcerária que ultrapassa o percentual de 38,8%, se compararmos a população carcerária do ano de 2014 a atual.

Por outro lado, a Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central de Porto Alegre, sofre com uma interdição que data de 1995 e uma medida cautelar deferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, desde dezembro de 2013, a qual reconhece

uma série de violações de Direitos Humanos e exige, entre outras medidas, a redução drástica de uma população carcerária que só tende a crescer e se avolumar, quanto mais quando se verifica o aporte de verba pública para a construção de um Centro de Triagem e de uma Penitenciária no interior do mesmo terreno que já abarca a Cadeia Pública, a qual já opera muito acima da sua capacidade, com uma população que gira em torno de mais de 5.000 presos em detrimento de menos de 2.000 vagas, e, já considerada o pior presídio do país, por CPI do Sistema Prisional da Câmara Federal em 2009.

Não é apenas vergonhoso o que vivenciamos, mas violador dos mais elementares direitos, seja se olharmos para a normativa de direito interno, seja se olharmos para a normativa de direito internacional. Despiciendo, portanto, qualquer comentário nesse âmbito, se minimamente fossemos de fato legalistas, exigindo o fiel cumprimento da lei, que deve ser igual para todos, não é mesmo? Aliás, a igualdade perante a lei, não tão igual assim no caso brasileiro, principalmente se analisarmos a sua aplicação, é herança deixada pelos chamados liberais, não nos esqueçamos.

Considerando, portanto, que o sistema prisional é um problema de segurança pública, estando no seu cerne, surpreendentemente deveríamos nos questionar acerca de quais são os efeitos que o encarceramento provoca, bem como quem constitui a população carcerária.

Em relação ao último questionamento, a interseção gênero, raça e classe escancara a seletividade do sistema, reproduzindo e agravando as desigualdades, o que amplia as vulnerabilidades sociais, psíquico, econômica, entre outras. Ou seja, estamos diante de uma máquina de moer gente.

Talvez, não seja por menos, mas mais por um descargo de consciência que o Supremo Tribunal Federal reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, dando conta que o encarceramento produz degradação moral, abuso e violações de direitos, disseminação de doenças infectocontagiosas, novas e mais violentas facções, estigma social e massacres, muitos massacres.

Nesse contexto, e tendo por norte a situação da cadeia pública de Porto Alegre (PCPA), o trabalho objetiva analisar a atual e real situação carcerária do Estado do RS, a fim de identificar a política de gestão prisional empreendida pelo Governo Estadual e a vinculação dessas com discursos populistas e punitivistas, os quais reforçam o encarceramento enquanto

única possibilidade de contenção da criminalidade, mas que, ao não apresentar condições minimamente dignas de execução penal, violam os direitos mais mezesinhos, inclusive de terceiros, como dos familiares, e retroalimentam a economia do crime, dando vazão, assim, a continuidade do círculo de violência, o que afeta sobremaneira a segurança pública.

Para tanto, num primeiro momento pretendemos apresentar a situação do estado do RS no âmbito prisional, através da análise de dados documentais, para, após, ingressarmos propriamente na gestão prisional que subjaz da análise referenciada, tendo, assim, como norte os ensinamentos propostos por David Garland (2008). Ao final, apresentaremos as nossas conclusões não tão otimistas para o contexto experienciado de análise.

2. Sistema Prisional: a situação do Estado do RS

Se tomarmos por base o Infopenⁱⁱⁱ de 2016, veremos que constará do referido documento produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, que o estado do Rio Grande do Sul contaria com uma população carcerária de 33.868 presos/presas, uma taxa de aprisionamento de 300,1, a qual entre os anos de 2000 e 2016 aumentou em 157%, 21.642 vagas no sistema prisional e uma taxa de ocupação de 156,5%.

Ocorre que, no ano de 2014, por exemplo, a população carcerária no estado do RS não ultrapassava 28.125 presos/presas (CAPPELLARI, 2014). E se coletarmos os dados entabulados pela Superintendência^{iv} de Serviços Penitenciários do Estado do RS, veremos que até 06 de dezembro de 2017, a população carcerária do estado totalizava 37.971, sendo 35.955 homens e 2.016 mulheres.

Entretanto, ainda se valendo da mesma fonte, em 21 de março de 2018, a população carcerária atingia 39.208 presos/presas, sendo deles 37.072 homens e 2.136 mulheres; chegando em 20 de abril de 2018 ao montante de 39.041, sendo desse total 36.985 homens e 2.056 mulheres, para, em 22 de agosto de 2018 atingirmos uma população prisional de 39.881, sendo 37.785 homens e 2.096 mulheres.

Ou seja, é evidente a escalada no aumento da população carcerária gaúcha, conforme dados analisados, inclusive, no que diz com o encarceramento feminino, o qual seguiu com

breve redução e posterior aumento, o que pode ter se dado devido ao impacto da decisão do Supremo Tribunal Federal no que diz com o Habeas Corpus coletivo de nº 143.641/SP, o qual concedeu a possibilidade de prisão domiciliar às mulheres grávidas, puérperas ou com filhos até 12 anos de idade, acaso se encontrassem em prisão provisória, assim como as adolescentes privadas de liberdade.

Mas o certo é que o aumento considerável da população carcerária no estado do RS segue a curva nacional, apresentando em três anos apenas, no entanto, um aumento de mais de 11.000 presos/presas, o que, comparado ao ano de 2014, conforme dado anteriormente referido, representaria um percentual que ultrapassa 38,8%.

Por isso, ainda no ano de 2015, quando do primeiro semestre de gestão de um novo governo do Estado, recentemente eleito, em meio ao já parcelamento dos salários dos agentes de segurança pública, bem como de todo o funcionalismo estatal, além da impressão de uma política reducionista dos custos sociais e de austeridade, presenciamos a permanência de presos e de presas em carceragens de Delegacia de Polícia, o que, diga-se, encontrava-se erradicado no estado do RS desde a década de 1990, mas que permanece na atualidade sendo uma realidade constante.

Considerando que as Delegacias de Polícia, locais evidentemente não compreendidos para detenção e cumprimento de pena, lotaram, a situação atingiu graus de gravidade sem contingente, pois os presos e as presas passaram a serem detidos em viaturas policiais, corrimãos, ônibus-cela e até uma lixeira em via pública.

Assim, e nesse contexto, o que faz o Estado do Rio Grande Sul? Investe recursos públicos na construção de Centros de Triagem, que, sim, existem no país, mas não na forma dada pelos gaúchos. Existem enquanto centros de passagem, de documentação e identificação, com permanência de no máximo um dia, dois ou três, até liberação e remoção para o estabelecimento prisional compatível e previsto em lei, tal como se vê nos artigos 82 e 104 da Lei de Execuções Penais.

Digo construção por que temos num primeiro momento o dito Centro de Triagem de Porto Alegre que se localiza atrás do Instituto Psiquiátrico Forense, local onde anteriormente abrigava o anexo feminino do semiaberto, e, que, portanto, restou improvisado a tanto.

Nesse período, além da também utilização de um ônibus-cela, desativado, após denúncia de violação de inúmeros direitos, pois visivelmente o tratamento dispensado era desumano e degradante, equiparável à tortura, também assim se dava com as celas do Pio Buck, então utilizadas para esse fim, as quais remontavam a mesma situação.

Após, há, então, no ano de 2017, o lançamento e inauguração do dito primeiro (?) Centro de Triagem de Porto Alegre, conforme notícia a mídia, construído no interior do terreno da Cadeia Pública de Porto Alegre, na forma de módulos, semelhante à construção da Penitenciária de Canoas e como a nova Penitenciária que também está sendo construída no interior do mesmo terreno, no caso, da Cadeia Pública de Porto Alegre.

O que poderia, então, ser uma possível resolução aos problemas gerados pelo hiperencarceramento, o qual redundou na superlotação das Delegacias de Polícia, viaturas e outros, em evidente violação de direitos, não se mostraram dessa forma, pois inexistentes vagas no sistema penitenciário e mantido os índices de encarceramento, sem notícia das saídas possíveis e alternativas penais aplicáveis à espécie, a permanência nos Centros de Triagem ultrapassaram uma semana para três meses ou mais, e as violações de direitos se mantiveram e se acentuaram sobremaneira.

No caso do Centro de Triagem da Cadeia Pública de Porto Alegre, a Defensoria Pública providenciou no pedido de interdição do local pelas seguintes razões: permanência dos presos por longos períodos num centro dito de passagem, o que gerava o cumprimento da pena em local incompatível a tanto; inexistência de previsão legal na LEP para esse tipo de estabelecimento, a Lei de Execuções Penais não prevê Centros de Triagem enquanto espécie de estabelecimento prisional; o desrespeito aos direitos previstos no artigo 41 da LEP, tais como: alimentação insuficiente (os Centros de Triagem não possuem cozinha própria, se utilizam da cozinha da Cadeia Pública, daí a reclamação de comida estragada e azeda, e, tampouco, possuem espaço para a preparação de alimentos pelos próprios presos dentro das celas, sendo que não há também espaço para conservação dos alimentos, razão pela qual se acumulam junto ao entorno do local, em evidente insalubridade, havendo que se considerar a ausência de efetivo para manejo da alimentação e demais direitos); ausência de vestuário (a entrega de sacola é permitida a cada 15 dias apenas, delimitados a 10 itens e não ingressando gêneros alimentícios); não há espaço no interior desse local para trabalho, estudo ou realização de atividades

profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas; ausência de assistência material (em regra, provida pelos familiares), à saúde (outra reclamação é a demora no atendimento, já que se valem do atendimento à saúde fornecido na Cadeia Pública, e, assim, precisam ser levados até esse local, o que exige escolta, uma vez que o Centro de Triagem está localizado nos fundos do terreno da Cadeia Pública e demanda movimentação numa Casa Prisional de mais de 5.000 presos), jurídica (não há salas para atendimento nos Centros de Triagem), educacional, social (a assistência social também é compartilhada com a Cadeia Pública) e religiosa; mas a maior reclamação, no entanto, é a impossibilidade de realização da visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados, uma vez que a construção do local não permite e não foi pensada a tanto. Isso gera um desespero no familiar e no preso, por que muitos sequer sabem se seus familiares foram comunicados da sua prisão e de onde estão recolhidos, por exemplo. Além disso, inexistente separação entre presos provisórios e definitivos no local. Todas essas violações de direitos somadas fazem com que os presos digam que se encontram ‘sequestrados’ pelo sistema.

Outrossim, não há qualquer demonstração de que a estrutura de engenharia dos Centros de Triagem, dessa forma, tenha observado as exigências para a construção de estabelecimentos penais, as quais possuem regras próprias, objeto de resolução do DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional e diretrizes do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Mas não é isso apenas que nos preocupa, o fato é que a medida cautelar deferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 30 de dezembro de 2013, em relação ao Presídio Central de Porto Alegre, a qual está vigente, determina que: se adotem as medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do PCPA; se assegurem condições de higiene no recinto e se proporcionem tratamentos médicos adequados para os internos de acordo com as patologias que apresentam; se implementem medidas para recuperar o controle de segurança em todas as áreas do PCPA, seguindo os padrões internacionais de direitos humanos, garantindo que sejam os agentes das forças de segurança do Estado os encarregados das funções de segurança interna e assegurando que não sejam conferidas funções disciplinares, de controle ou de segurança aos internos; se implemente um plano de contingência e disponibilizem extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias;

se tomem ações imediatas para reduzir substancialmente a lotação no interior do PCPA (CAPPELLARI, 2014).

Portanto, a construção desses Centros nos fundos da Cadeia Pública de Porto Alegre, sem qualquer autonomia em relação à própria Cadeia, uma vez que se utilizam da mesma estrutura administrativa, de atendimento técnico, jurídico, de saúde, fornecimento de alimentação, segurança; da utilizada na CPPA, comprometendo ainda mais as dificuldades já existentes no complexo, caracteriza descumprimento da medida cautelar concedida pela OEA.

Entretanto, a existência de medida cautelar deferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não encontra menção em decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado RS, no caso dos Centros de Triagem, a qual levantou a interdição operada, fixando um prazo de 30 dias para a permanência dos presos nesses Centros e transferência, afastando qualquer multa pelo descumprimento e condução coercitiva.

E de acordo com dados disponíveis no sítio eletrônico da Superintendência de Serviços Penitenciários do Estado do RS (SUSEPE/RS, 2018), verificamos que a Cadeia Pública de Porto Alegre, antigo Presídio Central de Porto Alegre, aquele que já foi considerado pela Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara Federal em 2009 como o pior presídio do país, também contando com o seu nome alterado em virtude de decreto expedido pelo Governo Estadual no ano de 2017, embora desde sua origem não se destine a apenas presos provisórios, conforme determina a Lei de Execuções Penais, quando conceitua o estabelecimento prisional chamado de cadeia pública; em agosto de 2018 contava com 1.824 vagas para uma população que ultrapassa 4.386 presos, ou seja, uma diferença de 2.562 vagas, o que mantém a situação então apresentada ao sistema interamericano de direitos humanos, no ano de 2013, quando a principal violação de direitos humanos exposta seria a superlotação, eis que a mãe de todas as demais mazelas do sistema prisional, como, principalmente, a perda do controle interno das prisões para as facções criminosas.

E nesse contexto, também no mês de agosto de 2018, conforme a mesma fonte de pesquisa encontramos mais de 229 presos recolhidos nos centros de triagem e a permanência em delegacias de polícia, inclusive, no interior do Estado, principalmente na grande Porto Alegre/RS.

Mas paralelamente ao fenômeno do aumento significativo e considerável da população carcerária no estado do RS, o que verificamos, de acordo com o Atlas da Violência de 2018, uma publicação conjunta do IPEA e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, é um aumento da violência letal nos últimos 10 anos, encontrando-se o estado do RS no oitavo lugar entre os 11 estados em que se verificou esse aumento no Brasil, sendo ele o único estado da região sul.

Nesse sentido, o Rio Grande do Sul teve um aumento de 58% em homicídios entre 2006 e 2016, conforme Atlas da Violência de 2018, sendo jovens de 15 a 29 anos as suas principais vítimas. O número de pessoas assassinadas passou de 18,1 para 28,6 vítimas a cada 100 mil habitantes. Sendo que onze estados apresentaram crescimento gradativo da violência letal nos últimos 10 anos, e, com exceção do Rio Grande do Sul, todos se localizam nas regiões Norte e Nordeste do País: Sergipe (64,7), Alagoas (54,2), Rio Grande do Norte (53,4), Pará (50,8), Amapá (48,7), Pernambuco (47,3) e Bahia (46,9). Entre aqueles em que a violência letal cresceu no período analisado, está o Rio Grande do Sul.

No RS, em 2006 foram 1.983 assassinatos e, 10 anos depois, o número chegou aos 3.225. Pelos dados publicados, já em 2015 o montante se mostrava elevado, foram 2.944 mortes. Os números também mostram períodos menores, como 2011 a 2016 – que teve uma elevação de 47,7%, no número de homicídios no Estado. Nos anos de 2015 a 2016 o acréscimo foi de 9,2%.

A vitimização por homicídio de jovens, na faixa etária de 15 a 29 anos, é outro fenômeno que causa preocupação. As apurações com base de 2016 indicam um agravamento do quadro em boa parte do país, os jovens são principalmente homens. E o Rio Grande do Sul está entre os 20 estados que teve aumento nesse dado: com acréscimo entre 15% e 17%. Em 2006 foram 980 assassinatos, com base no Sistema de Informações sobre Mortalidade. Dez anos depois o número surpreendeu e totalizou em 1.608. O número já era crescente desde o ano de 2014, quando o total foi de 1.323 e, no ano seguinte, 1.391.

Ainda no ano de 2016, foi realizado um diagnóstico de violência policial por pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC/PUCRS), Coordenado pelo Professor Doutor Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, o qual teve por base os expedientes que tramitavam no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública/RS e no Centro de

Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do RS, o qual veio a ser apresentado em audiência pública realizada perante a Assembleia Legislativa do Estado. Os dados coletados referiram-se ao período de 2013, anterior a implantação do Centro, até junho de 2016.

A parceria da pesquisa CRDH/DPE/RS e GPESC/PUCRS surgiu exatamente pela demanda que diariamente chegava ao Núcleo de Defesa em Direitos Humanos, bem como ao CRDH, o qual trabalha com o enfrentamento da violência contra a mulher e a violência estatal, por meio de um acolhimento integral e multidisciplinar, enfrentando a violência não apenas por meio da responsabilização do agente público, no caso da policial, através da via jurídica, mas prestando atendimento psicossocial, considerando que essa violência policial e estatal ultrapassa a esfera da responsabilização individual.

Nesse sentido, pode-se dizer que dos mais de 400 expedientes que tramitam no Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos da Defensoria Pública, mais de 200 dizem respeito à questão da violência policial. Sendo assim, na tentativa de sistematizar e analisar os dados existentes, informando a sociedade e buscando o aperfeiçoamento da prestação do serviço público, não apenas pela Defensoria Pública, mas, também, pela mobilização das demais instituições envolvidas nessa temática, o CRDH buscou o auxílio da Universidade para a realização da pesquisa.

Entre as questões apontadas pelo diagnóstico, se destaca o crescimento das denúncias no período analisado, que eram da ordem de 73 casos em todo o ano de 2013, e chegaram a 81 casos somente nos primeiros seis meses do ano de 2016. Essa situação pode indicar a maior visibilidade obtida pelo CRDH como canal para o encaminhamento de denúncias de violência policial, mas também pode indicar um importante crescimento dos casos, resultante da pouca preocupação dos responsáveis pela segurança pública com o controle sobre os abusos praticados por policiais, muitas vezes aplaudidos pela opinião pública.

O diagnóstico também apresentou elementos relacionados ao perfil das vítimas e dos acusados de violência policial. Entre as vítimas, 85,3% são homens, e 13,98% mulheres. Com relação à etnia, em 20,43% dos casos a informação não consta dos registros. Em 54,84% dos casos a vítima é branca, e em 24,5% são negros ou pardos. Entre

os supostos agressores, a maioria é composta por homens (70,61%). Os casos envolvendo mulheres acusadas desse tipo de violência chegaram a apenas 2,51%, enquanto que, em outros 26,88% dos casos, o gênero não foi informado.

A Brigada Militar lidera o ranking das denúncias de violência policial, com 89,89%, sendo seguida pela Polícia Civil, com 6,5%, e a Guarda Municipal, com 2,17%. Dos casos relacionados com a Brigada Militar, 23,30% envolveram soldados, 3,23% sargentos e 71,68 não tiveram essa informação registrada. O fato de a Brigada Militar ser a instituição responsável pelo maior número de denúncias de violência policial tem a ver com o fato de ela ser responsável pelo policiamento ostensivo, mas também está relacionado com a estrutura militarizada da instituição.

As agressões físicas lideram o ranking do tipo de violência denunciada, com 78,14%. Seguem-se o abuso de autoridade (10,39%), a tortura (6,45%), morte (1,79%) e abusos sexuais (0,36%). Há uma zona cinzenta entre os casos de agressão física e tortura, mas a maioria das denúncias de prática de tortura envolvem delegados de polícia e carregam uma dificuldade de apuração muito grande, pois, neste caso, os mecanismos de controle são menos eficientes. Os casos de agressões físicas envolvem majoritariamente soldados da Brigada, enquanto os de abuso de autoridade são atribuídos, em sua maioria, a sargentos da corporação.

Quanto à origem das denúncias, 64,26% foram feitas diretamente à Defensoria Pública, 19,13% foram encaminhadas pelas delegacias de polícia onde o fato foi registrado, e 14,08% foram apresentadas nas audiências de custódia. O estudo aponta ainda que o Ministério Público, que tem uma promotoria responsável pelo controle da atividade policial, atribuição constitucional da instituição, tem se mostrado ausente desse debate e com pouca iniciativa para levar adiante a apuração dos casos e a responsabilização dos agressores.

Com base nos resultados da pesquisa, a Defensoria Pública do RS propôs a realização da audiência pública, que contou com a presença de diversas entidades governamentais e a participação da sociedade civil. Como resultado, diversos encaminhamentos advieram, embora todos de alguma forma fossem direcionados a necessidade de maior e efetivo controle interno e externo da atividade policial; questões

como o acesso às informações e dados da segurança pública; fortalecimento do Conselho de Segurança Pública Estadual; campanhas pela erradicação da tortura, inclusive, em parceria com a academia, tendo em vista a necessidade de problematização do próprio conceito do que seja tortura; oitiva e construção de políticas em parceria com os grupos vulneráveis, considerando a existência de uma expressiva subnotificação; entre outros.

Interessante, no entanto, é que na mesma semana em que ocorreu a audiência pública e a divulgação dos dados, em setembro de 2016, o jornal Zero Hora publicou matéria dando conta de que os casos de homicídios praticados pela Brigada Militar no Rio Grande do Sul dobraram no primeiro semestre de 2016, em relação ao mesmo período do ano anterior, confirmando a tendência apontada pela pesquisa e acendendo um sinal de alerta sobre as consequências da crise da segurança pública em nosso estado e da falta de uma política de segurança que incorpore o tema do controle sobre a ação da polícia como essencial em uma perspectiva democrática (AZEVEDO, CAPPELLARI, 2018).

Nesse contexto, sem dúvida, exsurtem algumas das linhas da política de segurança pública e consequentemente prisional empreendida pelo Estado do RS, a qual iremos nos atentar no próximo ponto, cotejando a análise dos presentes dados com a teoria de David Garland (2009). Por que, afinal, de que política de gestão prisional estamos falando?

3. De que gestão prisional estamos falando?

Se analisarmos relatório^v produzido pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, em relação ao FUNPEN – Fundo Penitenciário Nacional, cuja edição se deu no ano de 2017, veremos que os repasses destinados ao Estado do Rio Grande do Sul, ainda que possível à realização de projetos que estimulassem alternativas penais; deram-se da seguinte forma: construção de estabelecimento prisional para regime fechado (R\$ 31,944,444.44); 02 estabelecimentos com total de 572 vagas para o público masculino e distribuídas em: (i) um estabelecimento com 286 vagas no município de Rio Grande; (ii) um com 286 vagas no município de São Leopoldo (quanto a essas construções sequer se tem notícia de que iniciaram); aparelhamento (R\$ 33,744,444.78), o qual se dará da seguinte forma: veículos 18 furgões cela

(R\$ 3,248,072.12); armas e munição de fogo 1.515, armas calibres .40, 12, 5.56mm (R\$ 4,386,983.83); kit antitumulto 217 kits com capacetes, escudos, coletes e EPI (R\$ 1,451,021.69); gás de pimenta e munição química 5.119 espargidores e munições (R\$ 663,227.75); bloqueadores de celular prestação de serviço por 24 meses em 11 unidades prisionais (R\$ 10,968,653.89); segurança eletrônica (RX, portais, raquetes) 71 equipamentos (R\$ 7,084,400.03); scanner corporal (Bodyscan) Locação por 24 meses de 21 equipamentos (R\$ 5,675,418.47); o que totalizaria a quantia de R\$ 65,422,222.22.

Ainda no ano de 2018, mais precisamente em data de 30 de abril de 2018, o Secretário de Segurança do Estado do Rio Grande Sul, em entrevista concedida ao Jornal^{vi} Sul 21, cujo título da matéria estampava a seguinte frase sua: *'Tem os direitos humanos do cidadão de bem e os direitos humanos do cidadão do mal'*, assim teria se manifestado em relação ao sistema prisional, quando questionado:

O problema é dinheiro, uma prisão custa caro, um agente penitenciário custa caro. No Brasil, se considerar o número de presos proporcional à população, somos o 31º país do mundo. Se considerar em números absolutos, somos o 3º. O sistema prisional funciona? Não funciona, é o elo frágil do sistema de segurança. Por quê? Porque há uma superpopulação carcerária, há uma mistura de presos de diferentes periculosidades. Você mistura o cara iniciado no crime com o capo, ele sai dali escolado e devedor. O conceito de prisões gigantescas, como essa de Canoas, é muito grande. Eu faria presídios regionais menores, de 480 lugares, para ficar próximo às famílias. Família recupera o preso. O grau de reincidência é 70%, isso é um absurdo. Então, o sistema prisional não está funcionando, está falido. Então, o que estamos tentando fazer aqui? Construir novos presídios, recuperar o controle, abrir os presídios para o ensino, educação formal, porque a maioria dos presos são semianalfabetos, coitados. Semanalmente, assino com prefeituras e empresas para mão-de-obra prisional, abrimos os

presídios para as religiões, as religiões ajudam muito. As religiões transformam mais do que qualquer outro instrumento. Vamos abrir uma APAC, um sistema completamente inovador. Agora, uma vaga no sistema prisional fechado custa R\$ 60 mil para construir. A Penitenciária de Canoas, quando começar a funcionar pleno, é R\$ 9 milhões/ano. Alimento, segurança, água, luz. A segurança custa caro. Agora vê, quanto os cidadãos pagam de segurança privada? Milhões, bilhões. E muitas vezes se negam a ajudar a segurança pública estatal.

A fala do então Secretário, assim como a destinação do Fundo Penitenciário Nacional, no caso específico do Estado do RS, aliadas a situação prisional do estado, conforme referenciamos anteriormente, nos auxilia a responder o questionamento acerca de qual política de gestão prisional estamos falando especificamente no nosso caso.

Nessa análise, não é possível dissociarmos dos ensinamentos de David Garland (2009), principalmente quando ele nos chama atenção para as relações, bem como as mudanças no controle do crime e do criminoso nos modos de sociabilidade da vida contemporânea, o que chamou de ‘Cultura do Controle’ (CAMPOS, 2010).

Conforme bem aduz Campos (2010), para Garland, nos contextos dos EUA e da Inglaterra, os quais se propõem a analisar, há um uso maior e mais constante do encarceramento, entretanto, a ampliação dos discursos e das formas de controle do crime não representou uma transformação das formas institucionais, tampouco se abandonaram as velhas práticas nesse sentido, na verdade, de acordo com o autor, a transformação do aparato da justiça penal se deu no seu funcionamento estratégico e na importância social.

Não por menos, conforme expõe Freire (2016), Garland também irá abordar a punição de forma diversa das tradições discursivas que define como a filosófica e penal, desenvolvendo a chamada Sociologia do Castigo, na medida em que busca trabalhar a punição enquanto significado social e cultural.

Ou seja, essa dimensão social e cultural do castigo, por certo, não se limita a repressão estatal das condutas consideradas criminosas, mas diz com as instituições penais desde fora, relacionando a punição com outros campos sociais, como o político, o econômico e o cultural.

De acordo com Freire (2016), a grande contribuição do Garland no ponto referente à Sociologia do Castigo, é que ele propõe à necessidade de se pensar a punição como uma instituição social, o que nos conduz a observar que a sua permanência no tempo, ainda que da forma apresentada, e até reconhecida pelos Poderes e Instituições outras, como ‘falida’, exige importantes níveis de legitimação, inclusive, e, principalmente, social e cultural.

Não por menos, diversas pesquisas empreendidas com a população brasileira, entre elas a efetivada pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Candido Mendes,^{vii} na cidade do Rio de Janeiro, demonstra que 73% dos entrevistados afirmam que a defesa dos Direitos Humanos seria incompatível com o controle da criminalidade, o que remonta ao imaginário social de que ‘bandido bom é bandido morto’ e de que a punição quanto mais gravosa e torturante o for, melhor, creditando-se, assim, na pena de prisão como meio eficaz ao controle do crime e da criminalidade.

Nesse sentido, Campos (2010) exporá com muita propriedade que Garland irá observar que a partir dos anos 1990, as políticas criminais assumirão uma dimensão de severidade, na qual o Estado exerce papel primordial, compreendendo o que intitula como a ‘Criminologia do Outro’, em evidente colocação do dito então ‘criminoso’ como um inimigo, uma não-pessoa.

Mas a ‘Criminologia do Outro’ não se separa da ‘Criminologia da Vida Cotidiana’, conforme Garland (2009), ou seja, em conjunto também há a divulgação da ideia de que todos os membros da sociedade devem adotar práticas rotineiras de combate à criminalidade, não por menos o desenvolvimento da segurança privada nesse mesmo período e a gestão do risco, com a assunção de uma criminologia atuarial.

E essas mudanças, de acordo com Campos (2010), na leitura que empreende da obra de David Garland, refletiram na priorização das técnicas e arranjos de segurança pública mais centrados na figura da vítima. Aliás, esse movimento de aproximação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da figura da vítima, não qualquer vítima, mas daquela branca e de classe média, foi objeto de análise por parte de Garland, bem como por Jonathan Simon^{viii} em

Governando através do crime: como a guerra ao crime transformou a Democracia Americana e criou a cultura do medo.

Simon (2009), no contexto norte americano, dá conta de quanto às leis punitivas trazem a visão de como as instituições governam através do crime, expondo que no caso dos EUA, a partir dos anos 1960, a legislação vem com uma nova racionalidade, cujo centro é a vítima racializada, sujeito político idealizado, de acordo com o autor. No caso dos EUA, o autor dá conta de como esse movimento contribuiu para o processo de encarceramento norte americano, país que possui a maior população carcerária no mundo, em detrimento de políticas preventivas.

A pergunta entabulada por Campos (2010), nesse ponto, nos parece de suma relevância: *“Um Estado mais punitivo e a negação desta punição?”* É que o diagnóstico empreendido por Garland (2009) coloca-nos que as políticas criminais de controle do crime não apenas se caracterizam pela punitividade, mas, também, pela ambivalência, como verificamos na fala anteriormente citada do Secretário de Segurança do Estado do RS, que, embora reconheça a falência do sistema prisional, traz como prioridade em termos de gestão penitenciária a construção de mais presídios, centralizando o controle do crime e do criminoso na pena de prisão.

Ainda com Campos (2010), veremos que a prisão se configurará assim como o modo principal de fixação social e exclusão dos ditos criminosos, em virtude de que os processos de individualização se concentram mais nas vítimas e menos nos ditos delinquentes, conforme Garland (2009) e Simon (2009) enunciaram.

Campos (2010) assim expõem:

Para Garland, (1999; 2001), se ‘chegou’ ao estado no qual o criminoso tem menos estatuto de cidadão por dois motivos: 1) porque julgou-se que eles não eram mais cidadãos após ter delinquido; 2) pela divisão social e cultural entre “nós” e “outros” mais firmemente estabelecida pela priorização da figura da vítima na década de 90, na qual a segurança societária depende do maior controle dos criminosos e maior segurança das vítimas. Portanto, o crescimento dessa divisão cultural e social entre ‘nós’ e ‘outros’,

junto com os novos níveis de medo e insegurança, fizeram com que muitos reivindicassem o ressurgimento de um poder estatal mais repressivo. Para Garland, apesar da permanência do discurso de “guerra contra o crime”, por meio dos discursos e práticas que reivindicam maior punição e incapacitação dos criminosos pela *criminologia do outro* ou pelo chamado ‘Direito Penal do Inimigo de Jakobs’, há outro tipo de discurso que demanda outras práticas e mecanismos de controle da criminalidade: *as criminologias da vida cotidiana*. Presentes na teoria econômica do crime ou no *broken windows*, propõem-se melhor gestão dos riscos e dos recursos, redução dos custos do crime, diminuição do medo e maior amparo às vítimas.

Entretanto, em termos prisionais, o que temos efetivamente assistido, presenciado e vivenciado, diante as escolhas políticas em matéria de gestão prisional, são constantes violações de Direitos Humanos, as quais possuem o condão de fortalecer a economia do crime, diante o comando exercido pelas facções no interior do sistema prisional, apresentando-se um grave quadro em termos de segurança pública, como os indicadores de violência letal e policial nos informam.

4. Considerações Finais

Pretendemos ao longo do trabalho, trazendo a lume a situação do estado do RS no âmbito prisional, através da análise de dados e de documentos oficiais, questionar a política de gestão penitenciária empreendida por nosso estado, o qual sofre com um crescimento significativo da população carcerária, num contexto não muito distante da realidade prisional do Brasil, a qual se traduz numa permanente violação de direitos, há bem mais de dois séculos.

Assim, concluímos que a centralidade da pena de prisão ainda permanece enquanto discurso potente a amparar políticas criminais punitivas, e que, conforme Garland (2009), as medidas empreendidas para o controle do crime enquanto reativas e adaptativas, aqui, no estado

do Rio Grande do Sul, também se assemelham, haja vista o repasse e a destinação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional, por exemplo, no caso do RS, as quais apontam para a construção de mais presídios, embora o próprio Secretário de Segurança reconheça a falência do sistema prisional, o que se revela no mínimo ambivalente, conforme bem anota Garland (2009).

Por outro lado, a escolha ainda que ditada a falência do sistema prisional, da pena de prisão como meio mais eficaz para o controle do crime, esbarra na persistência das violações de Direitos Humanos, as quais fortalecem a economia do crime, diante o comando exercido pelas facções no interior do sistema prisional, apresentando-se um grave quadro em termos de segurança pública.

Para tanto, não deixamos de mencionar o aumento também significativo da violência letal e da violência policial no Estado do Rio Grande do Sul, além é claro da apresentação do quadro de violação de uma medida cautelar emitida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em relação à Cadeia Pública de Porto Alegre que sofre com a construção de mais unidades no seu interior, o qual deveria ser objeto de desocupação, de acordo com o órgão internacional.

Nesse sentido, pensamos que esse quadro, por certo, exigiria antes de tudo o direcionamento de uma gestão prisional a qual atentasse para políticas de desencarceramento e de alternativas penais; de definição de diretrizes mínimas de gestão e de priorização de políticas ao egresso do sistema prisional.

Entretanto, não desconhecemos, também com Garland (2009), que a maior dificuldade está em trabalhar a punição no contexto social e cultural, pois enquanto tomamos a punição como instituição social, essa representação vem a ser fomentada por outros campos distintos, tais como: o político, o econômico, o judicial e o midiático.

Ocorre que, conforme já mencionamos no início do trabalho, embora o colapso seja sempre premente no âmbito prisional, e a realidade do contexto gaúcho não nos forneça perspectivas otimistas, resta ao pesquisador e a pesquisadora questionar como forma de tencionar mudanças estruturais que possam intervir minimamente em termos de redução de danos. E assim penso que nos propusemos com este breve ensaio.

5. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CIFALI, Ana Cláudia. Segurança, política criminal e punição no Brasil nos governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2014): mudanças e continuidades in SOZZO, Máximo (Org.). Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

_____ DUTRA, Luíza Correa de Magalhães; BELUSSO JÚNIOR, Osmar Antônio; GARCIA, Tamires de Oliveira. Denúncias de Violência Policial recebidas pelo Centro de Referência em Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do RS. Revista da Defensoria Pública do Estado do RS, Porto Alegre, Edição nº 17, Ano 2017, pp. 151-171.

_____ CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Diagnóstico de Violência Policial (CRDH/GPESC/PUCRS). Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/diagnostico-de-violencia-policial/>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. [Constituição, 1988]. Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Agenda de segurança cidadã: por um novo paradigma/Relator Paulo Teixeira; relatores adjuntos Ronaldo Benedet, Rubens Otoni; pesquisadores externos Alberto Liebling Kopittke Winogron...[et al.]. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2018.

CAPPELLARI, Mariana Py Muniz. Os Direitos Humanos na Execução Penal e o Papel da Organização dos Estados Americanos (OEA). Presídio Central de Porto Alegre, Masmorra do Século XXI. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Crime e Congresso Nacional. Uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CESEC. Centro de Estudos de Segurança e Cidadania da Universidade Cândido Mendes do Rio de Janeiro. Disponível em: < <https://www.ucamcesec.com.br/livro/olho-por-olho-o-que-pensam-os-cariocas-sobre-bandido-bom-e-bandido-morto/>>. Acesso em: ago. 2018.

DEPEN. INFOPEN. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização – Junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>.

Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-Infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <<http://justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/diversidades/publicacao-e-pesquisas>>. Acesso em: fev. 2018.

_____. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

FBSG. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/>>. Acesso em: ago. 2018.

FREIRE, Christiane Russomano. As representações sociais da punição. Entre Policiais Civis, Policiais Militares e Gestores Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul. 1ª ed. Porto Alegre: Armazém Digital, 2016.

GARLAND, David. A cultura do controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOFFMAN, Erving. Manicômios, Prisões e Conventos. 7 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.

GUILHERME, Vera M. Para além da criminologia de gabinete. Os visitantes do Presídio Central de Porto Alegre e seus saberes. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

MDH. Ministério de Direitos Humanos. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. FUNPEN e Prevenção à Tortura. Relatório Temático. As ameaças potenciais de um fundo bilionário para a prevenção à tortura no Brasil. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios-1/Funpen.pdf>>. Acesso em: ago. 2018.

SIMON, Jonathan. Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. EUA: Oxford University Press, 2009.

SUL 21. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/areazero/2018/04/schirmer-tem-os-direitos-humanos-do-cidadao-de-bem-e-os-direitos-humanos-do-cidadao-do-mal/>>. Acesso em: ago. 2018.

SUSEPE RS. Superintendência dos Serviços Penitenciários do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br>>. Acesso em: abr. 2018.

ⁱ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

ⁱⁱ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

ⁱⁱⁱ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: fev. 2018.

^{iv} Disponível em: <<http://www.susepe.rs.gov.br>>. Acesso em: abr. 2018.

^v Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/mecanismo-nacional-de-prevencao-e-combate-a-tortura-mnpct/relatorios-1/Funpen.pdf>>. Acesso em: ago. 2018.

^{vi} Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/areazero/2018/04/schirmer-tem-os-direitos-humanos-do-cidadao-de-bem-e-os-direitos-humanos-do-cidadao-do-mal/>>. Acesso em: ago. 2018.

^{vii} Disponível em: <<https://www.ucamcesec.com.br/livro/olho-por-olho-o-que-pensam-os-cariocas-sobre-bandido-bom-e-bandido-morto/>>. Acesso em: ago. 2018.

^{viii} SIMON, Jonathan. Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear. EUA: Oxford University Press, 2009.

Área 6

Desafios do processo penal brasileiro



**LEGITIMIDADE NEGOCIAL NO ACORDO DE COLABORAÇÃO
PREMIADA: LIMITES DE ATUAÇÃO DO MAGISTRADO, MEMBROS DO MP E
TERCEIROS INTERESSADOS**

*PLEA BARGAIN IN BRAZILIAN DEALS: PARTIES LIMITS ON THE CRIMINAL
PROCEDURAL*

Alfredo Carlos Gonzaga Falcão Júnior

Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR) - UFPE. Mestre em Direito pela FDR. Especialista em Direito Penal. Graduação em Direito pela FDR. Procurador da República - Ministério Público Federal (MPF).

Amanda Vitória de Araújo Oliveira

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR) – UFPE.

Resumo: O presente artigo se propõe, a partir de uma análise interpretativa do instituto da colaboração premiada segundo o disciplinamento trazido pela Lei 12.850/2013, a delinear os limites de atuação negocial reservados aos diversos atores que participam da celebração do acordo: ministério público (MP), delegado de polícia, colaborador, juiz e terceiros interessados. No direito comparado, vê-se o arranjo institucional entre ministério público, polícia e juiz, a fim de assegurar eficiência no resultado investigativo e de proteger o particular contra abusos estatais. Pretende-se traçar sucintamente algumas balizas que devem orientar os pactuadores no decorrer do procedimento negocial. A conclusão é que a iniciativa das cláusulas do acordo, como última palavra, deve ser confiada ao MP, sem excluir a participação preliminar da polícia; ao Juiz deve ser conferido o poder de revisão quando as propostas não estiverem de acordo com a lei, bem quando as condições do acordo não forem cumpridas. Em caso de divergência entre MP e juiz, é possível que este leve a questão para os órgãos de revisão ministeriais. Objetiva-se, com isso, a preservação dos efeitos de acordos firmados, amparando-se na lei e nos ditames constitucionais, com garantia de segurança jurídica aos jurisdicionados, e, outrossim, atingindo os objetivos dos negociantes.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Direito Comparado. Sistema Acusatório. Legitimidade. Acordo.

Abstract: The following paper proposes, from an hermeneutic analysis on the plea bargain institute according to the rule brought by the Law nº 12.850/2013, to delineate the deal making limits, private to the actors that celebrate the agreement: the public prosecutor, the police official, the defendant, judge and third parties, in order to avoid inappropriate interference in matters private to each of the subjects of the criminal procedure. In the Comparative Law, one is able to see the institutional arrangement among prosecutor, police officer and judge, in order to secure efficiency in results and to protect the parties against abusive procedural tactics. It's intended to set, shortly, some goals that must orientate the parties in the course of the plea procedure. The conclusion is that the initiative to start drafting the agreement clauses, as well as the last words in it, must be trusted to the prosecutor, not excluding the preliminary participation of the police official; as to the judge, it must be granted the power to review when they are not proceeding according to the law, also as the conditions of the agreement are not fulfilled. In case of disagreement, between prosecutor and judge, it is possible to the latter to submit the matter to be reviewed by the chief attorney's office. The aim is, hence, to preserve the guilty plea effects, resorting to the law and the constitutional dictates, with the guarantee of legal certainty for those under the jurisdiction, and, likewise, achieving the objectives of the bargainers.

Keywords: Plea Bargain. Comparative Law. Accusatory System. Legitimacy. Judicial Agreement.

1. Colaboração premiada e processo penal consensual: há direito subjetivo a celebrar o acordo?

A Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e as disposições penais e processuais penais a ela aplicáveis, instituiu um regramento mais pormenorizado acerca do

então tímido instituto da colaboração premiada, buscando aprimorar sua utilização em um contexto de falência investigatória do Estado face à expansão do crime organizado.

Nessa conjuntura, o art. 4º da legislação em comento elenca um rol de prêmios a serem conferidos àquele investigado ou denunciado que colabore com o Estado na consecução de um ou mais resultados específicos:

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:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;

II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;

III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (grifamos)

Numa perspectiva que busque privilegiar a segurança jurídica, o tema do direito subjetivo ao acordo, que, se existente, garantiria ao seu titular a possibilidade de fazer prevalecer perante juízo a sua vontade de acordar, é compatível com um processo penal pautado

na lei. Discute-se, por isso, a pretensão da formalização de um acordo independente do interesse dos órgãos de persecução, sob o argumento de que os requisitos legais foram cumpridos.

Põe-se como um problema de pesquisa examinar as correntes (VASCONCELLOS, 2017, p. 82-87; SANTOS, 2017, p. 82-83) que apontam para o caminho de delegar ao poder judiciário o controle sobre os órgãos de persecução quanto à formalização do acordo, acatando a possibilidade de firmá-lo o juiz unilateralmente com a defesa, ou mesmo entendendo possível a concessão do prêmio *ex officio*, ainda que sem acordo formal, a despeito da opinião contrária dos demais proponentes parciais, a exemplo do delegado e do membro ministerial.

Nesse cenário, o direito subjetivo surgiria para o réu quando as condicionantes do acordo se realizassem na realidade, cabendo tão-só ao Judiciário emitir declarativo sobre a ocorrência dessas condicionantes, vinculativo em relação aos proponentes do negócio.

Tal posição reflete a inquietação de uma doutrina que enxerga na ausência de controle jurisdicional uma carta branca para a atuação discricionária da persecução. A solução para refrear possíveis arbitrariedades na oferta das propostas seria, então, um controle judicial, através de critérios objetivos (legais), acerca da verificação da existência dos requisitos para acordar, os quais uma vez presentes, impediriam a recusa em propor ou acatar eventual proposta.

Parte da discussão parece não ser nova na doutrina brasileira, sobretudo a respeito do que fazer, se juiz e réu discordam da manifestação ministerial. O juiz poderia fazer as vezes do MP, em nome da legalidade e da justiça, ou deveria ouvir o chefe ministerial, como última pessoa a se manifestar sobre os interesses de persecução? Parece clara a alusão aos debates envolvendo os mecanismos despenalizadores da Lei 9.099/95 (Juizados Especiais).

Em verdade, a colaboração premiada inaugurou mais um capítulo da literatura sobre o consenso no processo penal. No início, a legislação brasileira, com a Lei 9.099/95, abriu a perspectiva de uma justiça restaurativa, preocupada em evitar a pena privativa de liberdade e

garantir a restauração da paz, segundo a autorregeneração do beneficiado — temos os mecanismos de transação penal, composição civil dos danos e o *sursis* processual.

Ocorre que, ocupando polo oposto, o instituto da colaboração premiada traz evidente viés punitivo, tratando do consenso segundo a visão de quem tem dificuldade de conseguir provas para condenar e, em troca, oferece benefícios de ordem criminal para aquele que está disposto a voluntariamente fornecer informações importantes para a persecução penal de outros envolvidos, alargando o alcance do *jus puniendi* estatal. O tema foi minudentemente disciplinado com a Lei 12.850/13.

A redação contida no *caput* do art. 4º pertencente ao referido diploma legal é categórica quanto à necessidade de requerimento das partes – no plural – para a concessão de contrapartidas premiaias pelo juízo, denotando tratar-se de um pedido conjunto, formulado bilateralmente:

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: (...)
(grifamos)

Outrossim, admitir tanto a premiação de ofício sem a existência de acordo formal, quanto a homologação do acordo unilateralmente ofertado pelo colaborador, significaria afastar o imperativo contido no art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13, que determina expressamente a exclusão do juiz da fase negocial, bem como a presença de pelo menos um dos órgãos de persecução:

§ 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. (grifamos)

Um outro ponto importante diz respeito à eficácia da colaboração enquanto requisito para a concessão do benefício. Eficácia significa, nesse sentido, “qualidade daquilo que alcança os resultados planejados; característica do que produz os efeitos esperados, do que é eficaz” (EFICÁCIA, 2018). Esse controle legal de funcionalidade acerca das informações obtidas encontra-se abrigado pelo art. 4º, § 1º, da Lei 12.850/13, e pressupõe que o resultado alcançado com o auxílio da colaboração forneça aos órgãos de persecução um *plus* relativamente às provas já produzidas, ou em fase de produção:

*§ 1º Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a **eficácia** da colaboração.* (grifamos)

Partindo dessa perspectiva, e em atenção à postura esperada de um juiz no sistema acusatório, está fora da alçada do magistrado a realização de tal juízo de conveniência, tendo em vista encontrar-se alheio ao arcabouço probatório colhido pelos órgãos persecutórios.

Por todo o exposto, o modelo brasileiro deve caminhar para a utilização do instituto como instrumento subsidiário, quando o Estado reconhecer que não tem meios investigativos eficientes para colher provas sobre determinado crime.

Em outras palavras, entendemos que não deve ser reconhecido direito subjetivo à colaboração, não apenas pelo que dispõe a lei, mas também pelo que o acordo pode significar opção desvantajosa para o Estado, considerando, por exemplo, que as informações prestadas possam já constituir prova previamente produzida ou integrar alguma linha de investigação em curso, com chances de sucesso, o que por sua vez fulmina o requisito da eficácia da colaboração e expõe o potencial colaborador ao risco de não receber a sanção premial.

2. Justiça Penal Negocial no Direito Comparado: modelos norte-americano, italiano e alemão.

Conforme exposto alhures, a colaboração premiada inseriu uma nova perspectiva acerca do consenso na justiça criminal brasileira.

As razões são as mesmas que levaram outros países latinos a adotarem o instituto. Entre outras, o acúmulo de acervos investigativos sem perspectiva de resultado de autoria próximo, a busca de efetividade e, por fim, um realinhamento entre tradições britânicas e europeu-continentais para encontrar a confissão do acusado (LANGER, 2004, p. 263).

A busca da via consensual para resolver conflitos penais teve reflexo em medidas legislativas voltadas ao benefício do acusado, como a aplicação de penas alternativas à privativa de liberdade e o não isolamento do convívio social.

Não obstante, além da via acima, com a colaboração premiada, usou-se o instrumento do acordo para garantir provas as quais o Estado teria dificuldade de obter em face da complexidade do crime, quanto ao *modus operandi* e ao concurso de pessoas na realização do ilícito.

Ambos os movimentos foram reflexos de documentos internacionais vinculados a declarações da ONU, nos idos de 1990. De um lado, temos a resolução 45-110, de 1990, recomendando movimentos legislativos para a descarcerização. De outro, o Grupo de Ações Financeiras (GAFI), ligado ao Conselho de Segurança da ONU, criado em 1989, expidiu recomendações para que os países adotassem técnicas investigativas modernas, aptas a debelar crimes de lavagem de dinheiro e de terrorismo.

A Lei 12.850/13 foi o último avanço no país dado ao tema da colaboração premiada. E é natural que, no cerne da interpretação da nova legislação, estejam preocupações advindas do direito comparado, em especial os problemas enfrentados em países que são referência de modelos negociais.

Nos Estados Unidos, onde se garantiu um modelo negocial entre acusado e acusador público, observa-se que os acordos são uma forma de evitar o processo penal cujas

penas podem ser excessivamente duras, bem para garantir eficiência investigativa e adequação entre uma infinidade de problemas e a real dimensão de poder investigativo do Estado.

Como nota de equilíbrio dos acordos, amiúde eles ocorrem após a passagem do grande júri. É o momento em que o acusado reconhece a sua culpa, antecedido pelo juízo popular que atesta a razoabilidade da denúncia (PALOMARES, 2009, p. 109-121).

Mas o sistema, que entrega autonomia às partes para entabular as cláusulas negociais, abre oportunidade para que os agentes de persecução possam ser seletivos e arbitrários na escolha com quem vai celebrar o acordo e também na eleição das cláusulas.

É interessante anotar que em vários momentos da história se tentou diminuir as hipóteses de cabimento ou erradicar a colaboração, oriunda de costume antigo, quando ainda não havia o direito estatal central. Porém as referidas tentativas foram vãs, uma vez que a colaboração se constituiu em instrumento para mitigar o uso de um direito estatal severo, seletivo e com pouco efeito de prevenção contra o combate do crime (WISHINGRAD, 1974, p. 499-527).

Na Itália, após anos de uso do instituto da colaboração premiada, em 2001, a Lei nº 45 introduziu uma série de procedimentos que visam a garantir o contraditório em face do colaborador, bem a criar mecanismos de controle de razoabilidade acerca da premiação prometida, o que terminou por diminuir o interesse de investigados em celebrar o acordo (MAZZA, 2011, p. 111-120).

A preocupação com o princípio do processo justo, presente na Constituição italiana, em seu art. 111, fez com que um conjunto de preocupações eminentemente processuais fosse levado em conta para inserir a colaboração num modelo de equilíbrio entre ataque e defesa (BITTAR, 2011, p. 225-269). O art. 192 do CPP italiano, por exemplo, colocou as informações advindas da colaboração na conta das que precisam ser confirmadas por outras provas para justificar uma condenação. Ademais, com as Leis nº 63 e 45, ambas de 2001, pensou-se em critérios que pudessem dar confiabilidade à colaboração.

A lei nº 45 fixou o prazo de 180 dias para que o acordo fosse finalizado (art. 16 e ss), proibindo o contato entre os colaboradores bem como a revisão do acordo e instituiu

um comitê formado por membros do executivo, judiciário e outros para aplicar e rever medidas de segurança aplicadas em favor do colaborador. Os arts. 16.2 e 16.7 versam sobre a possibilidade de o MP (procurador geral ou procurador nacional antimáfia) pedir a revisão das premiações no curso do processo.

A lei nº 63 inseriu disposições esparsas no CPP italiano e fala a respeito do compromisso em dizer a verdade sobre fatos não cometidos pelo colaborador. Ademais, fala a respeito da necessidade do contraditório para que as informações possam ser usadas plenamente, exceto se exista força maior impeditiva do referido uso (art. 526 e ss.).

Na Alemanha, por sua vez, o receio de uma “justiça mercante” fez com que o acordo fosse proposto pelo juiz às partes, embora tal forma na prática signifique que o juiz apenas chancela o acordo que as partes apresentam, o que dá oportunidade à seletividade do sistema americano, à míngua de regras claras (GÖSSEL, 2007, p. 277-294).

O § 257 c do CPP alemão, inserido em 2009, que visa a facilitar a coleta de provas em crimes graves, termina por conferir excessivos poderes nas mãos dos julgadores. O tribunal constitucional considerou que é adequado estabelecer regras básicas que visem a limitar o uso do acordo, como conferir-lhe publicidade nos autos e haver certificação de que o réu foi informado de todos os seus direitos.

É de se recordar que o ordenamento alemão já convivía com o § 153 do código processual, inserido em 1970, usado para fazer acordos de não persecução, relativos a delitos de pouca lesividade social, e que ainda hoje representam o percentual mais relevante de acordos no país (SCHROEDER, 2007, p. 64-66).

A ideia é compactuar os interesses de persecução com a garantia de que a prevenção especial pode se fazer sem uso da ameaça da pena de privativa de liberdade. Apenas mais tarde, em razão da necessidade de apuração internacional de crimes graves, é que se pensou em aplicar as medidas de colaboração premiada.

Em suma, as respostas estatais, por diferentes caminhos, procuram garantir a imparcialidade do juiz e o respeito ao contraditório. Essa é, aliás, uma página de síntese entre a experiência norte-americana e a continental-europeia.

O importante é que cada cultura legal, respeitando as suas práticas, no contexto do sistema acusatório, permita que a avaliação de oportunidade da acusação seja feita de maneira a garantir o equilíbrio entre um juiz espectador do duelo das partes e a paridade de forças da acusação e da defesa.

O modelo brasileiro, ainda em construção, deve ter respostas próprias para garantir o equilíbrio de iniciativas entre o acusador público e o investigado, sem fazer do juiz um protagonista na coleta das provas, porém, bem ao contrário, um fiel da balança entre os interesses acusatórios e de defesa.

Nesse cenário, é que deve ser analisado o limite da competência judicial de homologar o acordo de colaboração bem a possibilidade de revisar as cláusulas do acordo ao longo do processo judicial, para onde foram levadas as provas colhidas em sede de colaboração.

3. O duplo papel do juiz no modelo brasileiro: homologação e sentenciamento do acordo

Talvez o grande desafio que trouxe a Lei 12.850/13 seja o de definir a atuação jurisdicional em uma perspectiva de justiça negocial, marcada pelo protagonismo das partes que celebram o acordo. Nesse aspecto, cumpre trazer à baila o sistema acusatório constitucionalmente recepcionado pela processualística penal, qualquer que seja o procedimento adotado pelas partes: se faz imprescindível a separação entre as pessoas do acusador e do julgador como garantia da imparcialidade do julgamento.

Sendo assim, não se pode admitir a figura de um juiz atuante, mesmo no decorrer de um procedimento negocial, cabendo-lhe a adoção de uma postura observativa, garantista do cumprimento das leis e dos ditames constitucionais, reservando às partes interessadas a proatividade que lhes é inerente.

Assim, ao tempo em que o Ministério Público assume as vezes do Estado para negociar prêmios com o investigado/acusado, consagra-se no magistrado a figura de garante desse procedimento, atento a eventuais abusos e/ou discricionariedades no exercício da prerrogativa negocial, que, a exemplo da problemática norte-americana, poderia vir sob a forma de seletividade persecutória (*prosecutorial discretion*).

Nesse sentido, entendemos que cabe ao judiciário examinar os motivos que justificam a postura do MP quanto à negativa em formalizar o acordo, e, discordando dele, remeter o caso para o Procurador-Geral ou, caso do MPF, Câmara de Coordenação, em analogia ao que dispõe o art. 28 do CPP relativamente ao arquivamento do inquérito policial.

Esse raciocínio se aplicaria desde o caso de negativa formal do MP, por exemplo, de concordar com a proposta encaminhada pelo colaborador ou delegado de polícia, ou simplesmente omitir-se de formalizá-la, a despeito da existência dos requisitos de validade e pressupostos de admissibilidade. Ademais, a discordância pode tratar-se somente sobre a razoabilidade das cláusulas negociais.

Como se vê, a proposta é que não cabe ao magistrado intervir diretamente na atividade negocial, entretanto devem existir espaços de correção, caso pareçam arbitrárias as motivações para agir ou deixar de agir.

Um modelo puramente negocial apresenta a falha da seletividade e incoerência entre as diversas atuações dos órgãos do MP. Um modelo judicial pode afastar o incentivo de as partes negociarem, já que a última palavra sempre será dada pelo Judiciário – afora os já mencionados riscos de afronta à sistemática consagrada pela lei, que demarcou um papel de garante para o juiz no procedimento, deixando-o de fora do mérito na fase negocial.

A atuação judicial no procedimento da colaboração premiada traduz-se basicamente em duas situações pontuais: o momento da homologação do acordo já formalizado pelas partes e, posteriormente, o sentenciamento do colaborador, com a concessão do prêmio pactuado.

Conforme já explanado no tópico 1 deste trabalho, por consectário do sistema acusatório, não deve haver participação do magistrado na discussão que envolve a confecção das cláusulas negociais, sendo tal atividade reservada às partes (Estado persecutor e parte colaboradora, auxiliada por defensor).

Importante frisar que a homologação do acordo não significa um juízo de admissão das informações prestadas pelo colaborador. É cediço que a colaboração premiada não constitui meio de prova, mas meio de obtenção de prova, que necessita de corroboração por outras fontes

probatórias para adquirir caráter idôneo. Nesses termos entendeu o STF no julgamento do HC 127.483/PR:

“(...) Em outras palavras, homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa.”.

Assim, cabe ao magistrado, nessa fase homologatória, verificar objetivamente se o procedimento negocial obedeceu aos ditames legais, à forma exigida por lei e se houve voluntariedade por parte do colaborador, a teor do §7º do art. 4º da Lei 12.850/13:

§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. (grifamos)

Há quem sustente a existência de uma fase “intermediária” (ANSELMO, 2018, p. 279-298), que perduraria desde a homologação até a sentença. Nela, a figura do colaborador é colocada ao dispor do Estado, tendo em vista o exercício da regra de corroboração do conteúdo da colaboração:

§ 9º Depois de homologado o acordo, o colaborador poderá, sempre acompanhado pelo seu defensor, ser ouvido pelo membro do Ministério Público ou pelo delegado de polícia responsável pelas investigações.

O direito subjetivo ao prêmio nasceria para o colaborador com o transcorrer bem sucedido dessa fase: na hipótese de, a partir do conteúdo colaboração, novas provas capazes de ratificá-la serem obtidas.

No que concerne à espécie premial objeto de negociação entre os pactuadores, impende ressaltar a necessidade de observância à legalidade, merecendo descarte prêmios que extrapolem o texto da lei, com o único fito de estimular a captação de colaboradores, recaindo, por exemplo, em matéria extrapenal, como a produção de efeitos em ações de improbidade administrativa, ou a fixação de valor de reparação dos danos sem embasamento em cálculos técnicos, próprios dos Tribunais de Contas (GOMES; SILVA, 2018, p.33).

Nessa senda, em se reconhecendo, na proposta sujeita à formalização, a ilegalidade de determinada cláusula negocial, deve o juiz recusar-se à homologação do acordo, sugerindo, se for o caso, a retificação ou substituição da cláusula considerada impertinente.

Enfim, na sentença, a confirmação do compromisso estatal com o negócio firmado passa do acusador-negociante para o juiz antes validador do acordo, ora concessor do prêmio, sendo imprescindível à entrega dos benefícios que se proceda à regra da corroboração, como já explicitado.

Só após a validação do alegado através de outros meios de prova, caberia ao magistrado tornar efetivo os termos do acordo, adentrando no juízo de mérito para sentenciar, concedendo a premiação cabível.

Ademais, é de bom alvitre a verificação da margem de cumprimento pelo colaborador das cláusulas estipuladas como sendo de sua responsabilidade, a fim de que lhe seja entregue o benefício mais adequado.

Note-se que, mesmo após a concessão de prêmio que põe fim ao processo, a lei coloca o colaborador à disposição do Estado, para exercício da regra de corroboração:

§ 12. Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial.

Nessas circunstâncias, o cenário ideal para maior prestígio à segurança jurídica das partes abrangeria um acordo escrito que dispusesse de uma lista de premiações elencadas a possíveis resultados decorrentes da colaboração, graduadas segundo a maior dificuldade de obtê-los na ausência do acordo.

Outra questão que se insurge diz respeito às cláusulas premiais que implicam reserva jurisdicional (perdão judicial, fração de redução de pena, definição de regime inicial de cumprimento de pena), as quais, uma vez firmadas em sede de acordo, e portanto na ausência do juiz, despertam os seguintes questionamentos: há vinculação do juiz em sentenciá-las, uma vez corroborada a colaboração? Poderia o juiz alterar o conteúdo da cláusula, posto que é reserva de jurisdição?

Pensamos não haver, no sentenciamento, vinculação estrita do magistrado às cláusulas de sua exclusividade concessória, pela própria natureza que ostentam.

Por outro lado, entendemos caber ao Estado a observância aos imperativos de boa-fé e lealdade para com o investigado/acusado negociante, que firmou o acordo e cumpriu a sua parte do negócio na expectativa de alçar uma cláusula premial específica.

Nesse aspecto é célebre a lição de Afrânio Silva Jardim, o qual defende não merecer guarida em sede de homologação, por exemplo, proposta encaminhada que abrigue cláusulas premiais contendo promessa de pena específica ou patamar máximo de pena, nem mesmo a fixação de determinado regime de cumprimento da reprimenda, sem que antes se tenha conhecimento da pena a ser aplicada:

“ (...) o acordo não fixa uma pena determinada, mas somente o grau de sua redução. Tudo o mais dependerá da futura decisão judicial, quando for prolatada a sentença de mérito. Nesta correta fórmula, competirá ao juiz, na sua sentença condenatória, aplicar a pena, segundo critérios legais e examinar a eficácia da colaboração para, então, realizar a redução da pena convencionada. Assim, fica afastada a controvérsia relativa à vinculação da pena

prevista no acordo após a homologação judicial. A vinculação, se é que existe, fica restrita à quantidade da redução, após o juiz fixar a pena base, nos termos do art. 59 do Código Penal.

(...)

2) Fixada a pena pelo juiz da condenação, caberá a este órgão jurisdicional reduzir a pena ou substituí-la, segundo tenha ficado avençado no acordo judicialmente homologado. De qualquer forma, tais prêmios não podem ser concedidos em desrespeito às regras do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Em termos de Direito Público, não se pode admitir que os negócios jurídicos possam derogar normas jurídicas cogentes.” (JARDIM, 2018, p. 52-53; 61).

Evita-se, com essa sistemática, que se frustrate a expectativa do colaborador relativamente a prêmios específicos antes da sentença que lhe individualize a pena. Por sua vez, deve-se garantir um provimento jurisdicional que busque uma máxima compatibilização com o compromisso firmado nas cláusulas do acordo, buscando-se conservar, ao menos, a espécie premial prometida.

Cuidou, também, o legislador de garantir a possibilidade de colaboração após a sentença, limitando, todavia, o rol de prêmios cabíveis (art. 4º, §5º, da Lei 12.850/13):

§5º Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Em suma, a figura do juiz assume um papel dúplice, restrito à observância e controle das regras do jogo no negócio firmado pelas partes no momento da homologação, e, na ocasião da sentença, atento à proporcionalidade e à lealdade na concessão dos prêmios

prometidos ao colaborador, os quais não podem subtrair a atividade jurisdicional de individualização da pena, sob pena de ilicitude do acordo.

4. Ministério Público, Autoridade Policial e a ADIN 5.508/STF: usurpação da função acusatória ou prerrogativa investigatória?

Sem dúvidas a polêmica de mais recente discussão no Supremo Tribunal Federal em torno do instituto da colaboração premiada diz respeito à legitimidade de propositura e celebração do acordo em nome do Estado, mais especificamente no que concerne a uma eventual autonomia da autoridade policial.

O texto da lei, ao remeter-se ao delegado de polícia nos dispositivos abarcados pelos parágrafos 2º e 6º do art. 4º da Lei 12.850/13, o faz em conjunto com o membro ministerial, na fase investigativa ou inquisitorial:

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal);

§ 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. (grifamos).

Uma simples leitura da letra da lei permite concluir que não subsiste a prerrogativa de o delegado de polícia realizar o negócio na ausência de manifestação do *Parquet*, mesmo em se tratando de fase inquisitorial.

Não discorreu o legislador, entretanto, sobre a natureza dessa manifestação – se vinculativa ou não. Eis, pois, o centro da divergência doutrinária.

A “economia” legislativa em adentrar no tema com maior profundidade desencadeou uma disputa de poder entre os órgãos de persecução, no que tange à legitimidade em acordar, culminada na ADI 5508/STF, proposta pela Procuradoria Geral da República em abril de 2016, cujo fito seria a declaração da inconstitucionalidade dos parágrafos que inseriram no procedimento negocial a figura do delegado de polícia.

A doutrina pátria tem manifestado-se dividida quanto à prerrogativa negocial da autoridade policial.

Entre os argumentos dos que defendem a possibilidade de o delegado celebrar o acordo mesmo que discorde o MP, destacamos:

“(…) é preciso consignar, ademais, que praticamente todos os prêmios previstos em lei não guardam qualquer relação com a titularidade da ação penal pública, esta sim, exclusiva do Ministério Público. A título de exemplo, imaginemos um acordo de colaboração premiada celebrado entre o delegado de polícia e o investigado, mas sem a concordância do Parquet, cujo prêmio seja a redução da pena em até 2/3. De que forma esse acordo ofenderia a titularidade da ação penal?”. (NETO; HOFFMANN, 2018, p. 183);

Contrariamente, aqueles, que não partidarizam dessa visão autônoma da figura da autoridade policial no acordo, têm sustentado que a manifestação ministerial, legalmente exigida no negócio em que figure como partes colaborador e delegado, possui eficácia vinculativa:

“Não nos parece possível a homologação do acordo que não tenha a efetiva participação do membro do MP, ou, ao menos, a sua concordância. Nada impede que o MP ratifique o acordo feito, devendo ter cautela apenas em verificar a vontade do

agente. Porém, caso o Delegado realize acordo e o membro do MP manifeste-se em contrário, somente caberá ao juiz, caso concorde com o Delegado, aplicar o artigo 28 do CPP. Não poderá homologá-lo.” (MENDONÇA, 2013, p. 14 *apud* NETO; HOFFMANN, 2018, p.177)

É importante sublinhar que um excesso de poderes dado à polícia pode significar a retirada da prerrogativa do MP de fazer o juízo de valor a respeito da juridicidade do fato, característica ínsita ao órgão, que detém capacidade postulatória plena. A polícia, entretanto, não é parte no processo penal; e, por conseguinte, não detém capacidade postulatória, já que ilegítima para interpor recurso das decisões que negam provimento às suas representações (CUNHA; PINTO, 2014, p. 55-56).

A base da persecução penal estatal é a apuração da materialidade e da autoria da infração pela polícia judiciária, ao tempo em que o MP assume o papel de destinatário das provas, com a finalidade de formar a opinião penal a respeito do fato (art. 144, constituição federal).

Nesse raciocínio, cada corporação desenvolve conhecimento particular sobre as suas atribuições. Tanto é verdade que, mesmo se o MP assumir a condução de investigações determinadas, isso não afasta a importância do trabalho policial para a investigação judicial na maioria dos casos. Esse é o espírito da lei nº 12.830/2013, que trata sobre a investigação criminal conduzida pela polícia.

Ademais, a doutrina que admite a celebração do acordo sem anuência do MP, pela suposta ilegitimidade dessa recusa ministerial (ANSELMO, 2016, p. 85 *apud* VASCONCELLOS, 2017, p. 92-93), mais se alinha com a ideia de que há um direito subjetivo à colaboração, podendo o réu exercê-lo a despeito da discordância de quem quer que seja, inclusive de modo unilateral perante o juiz, o que não se ajusta com as teses defendidas nessa pesquisa, pelas razões já expostas no tópico 1 deste trabalho.

Quanto à possível ilegitimidade da recusa do MP em acordar, já expusemos ser o controle judicial, através do art. 28 do CPP, a forma mais adequada de averiguá-la.

Nesse sentido, importante a sugestão de estabelecer normativas internas no órgão acusatório, firmando-se orientações pelos órgãos superiores do Ministério Público, a fim de uniformizar a atuação dos seus membros, evitando-se a discricionariedade nos fundamentos de recusa em firmar acordos de colaboração (VASCONCELLOS, 2017, p. 85).

A ideia é que haja um equilíbrio de forças entre os órgãos de persecução, em prol da segurança pública.

O excesso de poderes nas mãos do MP pode significar baixas taxas de eficiência na apuração de crimes, haja vista a pouca estrutura de investigação ministerial e a impossibilidade de um só órgão se concentrarem exclusivamente as atribuições de investigar e de postular judicialmente.

Ainda sim, uma polícia com poderes autônomos na coleta de provas, sem a supervisão do MP, pode resultar em investigações inócuas, com altas taxas de arquivamento.

A experiência italiana que o excesso de poderes, ora para a polícia, ora para o MP, não significou bom proveito para a sociedade. Por isso, hoje, l[a, também se tenta um reequilíbrio de forças institucionais (VOGLIOTTI, 2011, p. 35-100).

Diante desse panorama, entendemos que, durante a investigação criminal:

1) a polícia tem legitimidade para propor/acatar proposição de acordo de colaboração premiada encaminhado por potencial colaborador, nos termos em que proferiu o Ministro Marco Aurélio Mello, relator da ADI 5508/2013 - STF;

2) é obrigatória a manifestação do MP nessa hipóteses, conforme dispõe a Lei 12.850/2013;

3) se há concordância do MP com a proposta entabulada, inexistente entendimento conflituoso entre os órgãos de persecução, sendo o próximo passo o encaminhamento do acordo para homologação do magistrado;

4) a discordância do MP relativamente à proposta firmada entre polícia e colaborador deve ser fundamentada e, posteriormente, encaminhada à autoridade judicial para apreciação das razões de recusa;

5) se o juiz discordar das motivações ministeriais, deve aplicar analogicamente o art. 28 do CPP, remetendo o feito para as instâncias revisoras do Ministério Público;

6) por fim, o que ficar decidido nas instâncias superiores do MP vincula a todos, não podendo o juiz homologar o acordo em desrespeito ao parecer do órgão titular da ação penal pública, retirando-lhe a prerrogativa da juridicidade do fato;

7) nada impede que o potencial colaborador, independentemente de acordo formal, queira fornecer à justiça algum dado que considere relevante, cabendo ao juiz sopesar essa postura contributiva na primeira fase de dosimetria da pena (art. 59 do CP), em caso de eventual sentença condenatória.

Destarte, afigura-se apropriado o entendimento segundo o qual caberia à autoridade policial iniciar as tratativas referentes ao interesse do investigado na celebração do acordo, representando, a partir dessa constatação, ao membro do MP para a formalização do negócio e posterior encaminhamento das cláusulas ao juiz (PEREIRA, 2016, p. 132 *apud* VASCONCELLOS, 2017, p. 92).

Esse procedimento, ao nosso ver, resguarda o processo penal acusatório, na medida em que garante a não intervenção dos sujeitos processuais nas esferas de atribuições que não lhes são próprias.

5. O protagonismo das autoridades persecutórias e do colaborador face ao papel secundário reservado ao ofendido e aos delatados: o que fazem os figurantes?

Duas categorias de sujeitos processuais secundários que integram o acordo de colaboração premiada merecem destaque. Estamos falando do coinvestigado/corréu delatado – a delação premiada constitui uma das espécies do gênero colaboração (ARAS, 2011, p. 428 *apud* LIMA, 2018, p. 795) – além, é claro, do ofendido.

No entorno dessas figuras, é possível que surjam as seguintes questões de ordem prática: podem eles impugnar o acordo? A partir de qual momento se perfaz cabível essa impugnação?

Primeiramente, quanto ao delatado, defendemos pela impossibilidade de impugnação do acordo antes de efetivamente oferecida a denúncia. Isso porque:

1) falta-lhe, nesse interregno, interesse de agir, pelo que ausente a utilidade do ato impugnatório (LIMA, 2018, p. 220), ante o fato de que a colaboração não corroborada, e portanto, ainda não homologada, padece de qualquer valor probatório;

2) é legalmente resguardado o sigilo das diligências em andamento, como forma de assegurar a efetividade da fase de corroboração (art. 7º, § 2º, da Lei 12.850/13);

3) se faz prioritária a proteção do delator, especialmente durante a fase intermediária de corroboração, sendo medida que se impõe por força de lei (art. 5º da Lei 12.850/13), uma vez que este fica à mercê de possíveis retaliações;

E, no caso de homologar-se um acordo flagrantemente ilegal, surgiria o direito à impugnação daquele pelo delatado, ora denunciado, já que potencialmente afetado pelo seu conteúdo?

Entendemos que sim. Possibilitado o contraditório ao delatado, em momento posterior ao recebimento da denúncia, é dado amplo acesso aos autos que abrigaram o acordo de colaboração e todos os seus elementos de corroboração validativos, cabendo questionamento à validade do acordo que pode ensejar contra ele a propositura de uma futura ação penal (GOMES; SILVA, 2018, p.35).

Indo mais a fundo na questão: e se o delator, embora tendo cumprido todas as cláusulas compromissórias, firmou acordo em que auferiu premiações ilegais? Caberia, nessa situação, impugnação do acordo pelos delatados?

Defendemos, também, que sim, pois nesses casos o delatado, independentemente dos interesses pessoais que lhe movem nessa impugnação, acaba atuando como uma espécie de fiscal da lei, o que não deixa de ser interessante no contexto de um processo penal democrático.

A “notícia ruim” para quem, na condição de delatado, contesta o acordo em hipóteses como essa, é que as provas originadas da delação continuam válidas, pois a problemática da ilegalidade não diz respeito às declarações do delator serem falsas ou meias-verdades, mas sim à premiação, que é contrapartida do Estado, ser ilegal.

É importante destacar que o contraditório não é prejudicado pelo fato de apenas na fase judicial se ter acesso a provas produzidas por força da delação. Mesmo que parte da delação venha a ter sua legalidade questionada, é importante separar os meios de provas provenientes de fontes legais dos meios originados de fontes ilegais.

A par disso, deve-se olhar o conjunto de provas produzidas e se houve a oportunidade de o réu contraditá-las, respeitando-se que o lastro de provas em juízo tenha sido todo produzido em condições legais.

É a famosa teoria do âmbito de proteção das garantias judiciais básicas, como corolário do devido processo legal.

É possível, inclusive, que a parte ré não tenha acesso pleno à fonte de prova, p.ex., em caso de testemunha cuja vida se encontra em ameaça; todavia, o essencial é que as informações oriundas da testemunha ameaçada possam ser contraditadas pelo réu (KAI AMBOS, 2008, p. 140-170).

Logo, não faz sentido que o contraditório entre delator e delatado seja feito em momento anterior ao ajuizamento da ação.

Se uma prova foi ilícita, mas outras obtidas pela colaboração são lícitas, a ilícita deve ser excluída do acervo probatório. Se uma prova não pôde ser plenamente demonstrada

ao réu e terceiros interessados, ela sozinha não pode fundamentar a acusação, mas pode ser usada no contexto probatório.

Em suma, vale a consideração integral das garantias fundamentais; e não o exame isolado de uma prova com o condão de afastar todo o trabalho investigativo submetido a contraditório em fase judicial. Isso não seria razoável.

Ao se tratar da vítima ou do ofendido, é válido também o interesse em impugnar prêmios ilícitos concedidos em acordos de colaboração, destacando-se, a título de exemplo, a empresa pública Petrobrás S.A, que poderia, portanto, questionar cláusulas premiais que dispuseram acerca de bens adquiridos com proveitos de ilícitos cometidos em detrimento de seu patrimônio, eivadas, assim, de vícios de legalidade.

Por fim, ainda em relação ao ofendido, sujeito passivo da infração penal e titular do bem jurídico lesado ou posto em perigo com a prática da infração penal (LIMA, 2018, p. 1248), adotamos posição largamente defendida na doutrina segundo a qual este detém a legitimidade recursal supletiva (na inércia do MP) e o interesse de recorrer de condenações criminais para agravá-las (SANTOS, 2017, p.144; JARDIM, 2018, p. 67; LIMA, 2018, p. 1253), também já reconhecida e aplicada amplamente pelos tribunais superiores.

Conclusão

As linhas desenvolvidas ao longo do trabalho mostraram que o trabalho entre as instituições que formam o circuito judiciário deve ser feita da maneira mais clara possível, a fim de fortalecer a persecução penal e o sucesso na investigação de crimes.

A última palavra a respeito da formalização do acordo deve ser dada ao MP, cabendo ao judiciário o nobre papel de verificar a legalidade do acordo e se as garantias individuais foram respeitadas.

A polícia deve ter reservada a função investigativa que, por força da lei, também abrange a titularidade no papel de negociar acordos de colaboração, sugerindo ao MP propostas que resultem no acesso privilegiado a informações mediante a contraprestação de prêmios em favor do colaborados.

Os sujeitos como delatados e vítimas também podem impugnar o acordo. Mas essa fase deve ser reservada ao trâmite judicial, quando o acordo já foi formalizado e tem o seu teor publicizado.

Antes da fase judicial não faz sentido, uma vez que diligências ainda estão em andamento e é preciso proteger o delator. Basta lembrar que o devido processo legal se faz com a proteção das garantias individuais, examinadas em seu conjunto ante o contexto das provas apresentadas pela acusação.

Nesse sentido, o acesso a algumas provas pode até se restringido na fase judicial, mas o essencial é que as provas que fundamentam a condenação, em seu conjunto, tenham sido apresentadas ao réu e terceiros interessados e eles tenham tido a oportunidade de contraditá-las. Se uma prova não foi demonstrada plenamente; é natural que ela sozinha não possa fundamentar a condenação.

Bibliografia

KAI AMBOS (2008). **Processo penal europeu: preservação das garantias e direitos individuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ANSELMO (2018), Márcio Adriano. Colaboração premiada e controle judicial. *In*: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (orgs.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

BITTAR (2011), Walter Barbosa. Delação premiada no Brasil e na Itália: uma análise comparativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 88-2011. Jan-Fev 2011.

CUNHA (2014), Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**. 2. ed. Salvador: Juspodivm.

EFICÁCIA. **Dicionário Online de Português**, 27 set. 2018. Disponível em <<https://www.dicio.com.br/eficacia/>>. Acesso em 27 set. 2018.

GOMES (2018), Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Negócios jurídicos premiais como instrumentos de enfrentamento à corrupção: ativismo do Ministério Público, sua legitimidade democrática e captura de instrumentos negociais premiais de outras esferas de responsabilização. *In*: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (orgs.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.

GÖSSEL (2007), K. Heinz. **El derecho procesal penal en el Estado de derecho**. Tomo I. Buenos Aires: rubinzal-culzoni.

JARDIM (2018), Afrânio Silva. Coletânea sobre colaboração premiada do professor Afrânio Silva Jardim. *In*: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (orgs.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido.

LANGER (2004), Máximo. La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. In: HENDLER, Edmundo S. (org). **Las garantías penales y procesales**. Buenos Aires: puerto.

LIMA (2018), Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAZZA (2011), Oliviero. **Il garantismo al tempo del giusto processo**. Milano:giuffrè.

NETO (2018), Francisco Sannini; HOFFMANN, Henrique. Legitimidade do delegado de polícia para celebração de colaboração premiada. In: GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (orgs.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PALOMARES (2009), Salvador Guerrero. **El principio acusatorio**. Navarra: aranzadi.

SANTOS (2017), Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. 2. Ed. Salvador: Jus Podivm.

SCHROEDER (2007), F. Christian. **Strafprozessrecht**. München: Verlag C.H. Beck.

VASCONCELLOS (2017), Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

VOGLIOTTI (2011), Massimo. **Revista do CNMP**. v. 01, nº 02, jul. dez/2011. Brasília.

WISHINGRAD (1974), Jay. The plea bargain in historical perspective, 23 Buff. L. Rev. **Heinonline**.

**A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A
EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA FIXADA EM JULGAMENTO PELO
TRIBUNAL DO JURI**

*THE MITIGATION OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE PRINCIPLE AND THE
PROVISIONAL EXECUTION OF THE CRIMINAL PENALTY SETTLED BY THE GRAND
JURI*

Flávia Chaves Nascimento Brandão Penna

Mestre em Direito e Instituições Políticas. Doutoranda em Direito Penal nas Sociedades.
Democráticas Contemporâneas – PUCMINAS. Bolsista CAPES. flabpenna@hotmail.com

Alexandre Luiz Alves de Oliveira

Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Doutorando em Direito Penal
nas Sociedades. Democráticas Contemporâneas, pela PUC-MINAS. Bolsista CAPES.
alexandrelalves@hotmail.com

Fernanda Pascoal Valle Bueno de Castilho

Mestranda em Ciências Penais – PUCMINAS
fernanda.valle.castilho@gmail.com

Resumo: O Estado brasileiro, em 1988, constitucionalizou o Princípio da Presunção de Inocência, pormenorizando a previsão geral contida os tratados internacionais de que o Brasil é signatário, e afirmando que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de

sentença penal condenatória”. Em que pese a clareza da disposição, o Supremo Tribunal Federal, em revisão jurisprudencial, afirmou a constitucionalidade da decretação da prisão, para execução antecipada da condenação, proferida em segunda instância, mesmo que pendente o julgamento de quaisquer recursos aos Tribunais Superiores. Não fosse suficientemente grave a decisão, tem ela repercutido na Justiça de base, onde se verifica a decretação da prisão para execução provisória de pena, após condenação em julgamento pelo Tribunal do Júri.

Palavras-chave: Presunção de Inocência. Execução provisória da pena. Trânsito em julgado. Tribunal do Júri.

Abstract: The Brazilian State, in 1988, has made the Principle of Presumption of Innocence constitutional. Through this principle the general provision present in international treaties that Brazil was a participant of was detailed and it affirmed that "no person should be considered guilty and submitted to penal sentence until it should be transited in rem judicatum". Even with this clear disposition stated, the Brazilian Supreme Court, through a precedential revision, has affirmed the constitutionality of the arresting, being it sentence, with an early execution of the condemnation that is made in Justice's second instance, even when pending the judging of whichever appeals to superior instances. This decision, sufficiently grave as it is, has had repercussions on the basic levels of Justice, where the decree of arrest is seen to a temporary execution of sentence after the defendant is trialled by a Grand Jury.

Keywords: Presumption of Innocence. Provisional execution of the criminal penalty. Transited in rem judicatum. Grand Juri.

Introdução

O presente trabalho pretende analisar o princípio constitucional da Presunção de Inocência, a partir do qual se verificará a (in)constitucionalidade da execução provisória ou antecipada da pena privativa de liberdade.

Inicialmente, serão examinados os diplomas normativos relativos ao referido princípio para, em seguida, investigar sua interpretação jurisprudencial, nos julgamentos acerca da possibilidade jurídica da antecipação da execução penal.

A situação que se coloca como marco, para o desenvolvimento do presente trabalho, diz respeito à guinada jurisprudencial, levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal.

Tomaremos para análise as paradigmáticas decisões proferidas nos Habeas Corpus n.68.726/DF, do início da década de 90; HC n.84.078/MG, decidido no ano de 2009, revendo a decisão anterior; e, finalmente, e de forma mais detida, o mais recente deles, de n.126.292, do Estado de São Paulo, proferida no ano de 2016 e mantida até os dias atuais.

Esta decisão, segundo a qual é constitucional a execução provisória da pena privativa de liberdade, modificou o entendimento predominante até então, nos termos do Habeas Corpus n.84.078/MG, vem gerando grandes discussões, bem como graves consequências.

A partir do Habeas Corpus n. 126.292, contudo, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar restrições ao princípio constitucional, permitindo aos Tribunais Estaduais e Distrital, em caso de acórdão condenatório, a decretação da prisão como efeito da condenação, cuja execução se anteciparia, ainda que pendentes recursos aos Tribunais Superiores.

Como consequência desta decisão, bem como de seus fundamentos, passou-se a estender a permissão de execução provisória da pena até mesmo para decisões tomadas em primeira instância, em processos que tramitam perante o Tribunal do Júri.

Tudo isto demonstra a ânsia punitivista da sociedade brasileira, incluindo, aqui, o Poder Judiciário; o desprezo pela dignidade humana e pelo constitucional direito à presunção de inocência e consequente preservação, tanto quanto possível, do direito à liberdade. Ao fim e ao

cabo, verifica-se um desprezo pela própria Constituição, por parte de quem é incumbido exatamente de sua proteção.

1- Estado Democrático de Direito

O homem é um ser social. É um imperativo para a existência e o desenvolvimento da humanidade a convivência entre os indivíduos. Assim, desde a concepção até o final da vida a presença do outro se faz necessária. Como bem expressa o axioma latino: *Ubi homo, ibi societas*.

Diante desta constatação, percebe-se que o ser humano, com o escopo de atingir suas potencialidades, irá pertencer a diversos agrupamentos. O primeiro grupo social por excelência é a família que lhe possibilita a existência e os primeiros cuidados. Posteriormente, com o passar dos anos, o indivíduo se reunirá com outros com as mais diferentes aspirações como, por exemplo, ingressará em uma escola, em uma seita religiosa, em um partido político, etc.

Quando as pessoas se reúnem com uma finalidade não simplesmente passageira com o escopo de atingir um fim comum surge a instituição da sociedade. “De modo mais analítico, e acentuando outros atributos, podemos dizer que uma sociedade é a união moral de seres racionais e livres, organizados de maneira estável e eficaz para realizar um fim comum e conhecido de todos” (AZAMBUJA, 2000, p. 02).

Como acima salientado as sociedades objetivam atingir uma finalidade e para consecução deste desiderato é imprescindível organização. Toda sociedade, desta maneira, necessita de regras organizacionais para regulamentar as atividades de seus membros em busca do seu escopo. Percebe-se, assim, a maior complexidade da sociedade frente a um simples agrupamento de pessoas.

Dentre as diversas sociedades a quem o homem pode ingressar uma lhe é obrigatória no contexto atual: o Estado. Darcy Azambuja assim define:

O Estado, portanto, é uma sociedade, pois se constitui essencialmente de um grupo de indivíduos unidos e organizados permanentemente para realizar um objetivo comum. E se denomina sociedade política, porque, tendo sua organização determinada por normas de direito positivo, é hierarquizada na forma de governantes e governados e tem uma finalidade própria, o bem público. E será uma sociedade tanto mais perfeita quanto sua organização for mais adequada ao fim visado e quanto mais nítida for, na consciência dos² indivíduos, a representação desse objetivo, a energia e sinceridade com que a ele se dedicarem (AZAMBUJA, 2000, p. 02).

O Estado, como sociedade, é organizado e definido por intermédio de normas jurídicas. Como relata Jorge Miranda não se pode compreender o fenômeno estadual sem o fenômeno normativo. O direito “transforma” homens em cidadãos, determina os limites territoriais, estabelece as relações entre os cidadãos e entre eles e o poder. Não há igualmente uma idéia de poder sem a presença do direito e da autoridade constituída sem um conjunto de normas, mais especificamente por uma Constituição. (MIRANDA, 2002, p.02).

Assim, a Constituição regerá o Estado ao trazer seus fundamentos, forma de organização e os direitos e garantias fundamentais. Ademais, a própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 já apregoava que somente teria Constituição a sociedade que tivesse separação de poderes e garantisse os direitos e garantias fundamentais do indivíduo: “Art. 16: A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

A Magna Carta brasileira cumpre, pelo menos formalmente (já que a Constituição brasileira tem sido frequentemente vilipendiada), tais determinações. Estabelece em seu art. 2º a separação dos Poderes e, em seu Título II, enumera um rol de direitos e garantias fundamentais. Ademais, em seu art. 1º declara que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito e traz com fundamento maior a dignidade da pessoa humana. Mas o que significa dizer que um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a promoção da dignidade da pessoa humana?

Observa-se desta determinação constitucional que o fim a ser perseguido pelo Estado brasileiro é a promoção do indivíduo. A elevação da pessoa humana como finalidade não permite dúvidas que não estamos diante de um Estado totalitário/autoritário. Nestes termos, o Estado é sempre meio afastando o ordenamento jurídico brasileiro modelos como o nazismo e o fascismo. E, quando se fala na promoção e elevação do homem constata-se que este desiderato se efetiva com a implementação e proteção dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões/gerações.

Aqui urge relatar o desenvolvimento das dimensões dos Direitos Humanos em suas dimensões ou gerações. Norberto Bobbio (1992) relata que a maioria das definições do que seria os Direitos Humanos são simplesmente redundantes. “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem. (...) Direitos do homem são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. (BOBBIO, 1992, p. 17). Os Direitos Humanos são direitos históricos que surgem diante das necessidades e carências que se descortinam com o passar do tempo. Acrescentam-se e alteram-se estes direitos, pois a sociedade transforma-se e as necessidades humanas também.

A primeira dimensão dos Direitos Humanos é identificada com a defesa da propriedade, da liberdade e com a aspiração de participação política. Surgem das revoluções burguesas, nomeadamente da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e com a Revolução Francesa de 1789. Representam a luta da classe burguesa contra o antigo regime, ou seja, a busca por segurança frente ao arbítrio do monarca.

Esta igualdade formal proporcionada pela liberdade e pela utilização sem limites do direito de propriedade ocasionará o surgimento da segunda dimensão dos Direitos Humanos. São eles frutos dos anseios da classe proletariada que almejava a superação de uma mera igualdade formal para uma promoção de uma igualdade material. Seriam direitos de ordem econômica, social e cultural. Tem como diplomas normativos marcantes a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

A terceira dimensão dos Direitos Humanos é furto das conseqüências da Segunda Grande Guerra Mundial. São direitos de solidariedade nascidos da percepção do futuro comum de todos. Uma possível guerra entre as superpotências, os desastres ambientais, etc. despontaram

a necessidade da busca da paz, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da autodeterminação dos povos. Vivemos no mesmo planeta e compartilhamos do mesmo destino.

Estas dimensões dos Direitos Humanos traduzem o seu conteúdo. Defender os Direitos Humanos é defender todos estes direitos que foram percebidos e conquistados com o desenrolar da história. Aliás, saliente-se desde já que uma dimensão não exclui a outra. O que temos é um acréscimo de direitos e novas interpretações de antigos institutos. Hoje, não é raro falar-se em novos Direitos Humanos como a manipulação genética e o acesso a internet.

Diante do exposto, a consecução da promoção do princípio maior da dignidade da pessoa humana é viabilizar a promoção dos Direitos Humanos que, no âmbito da legislação interna ganharam a alcunha de Direitos Fundamentais. Somente um Estado compromissado com esta missão merece realmente a denominação de Estado Democrático de Direito. Um Estado Democrático de Direito é o comprometido com o respeito do princípio da presunção da inocência e os demais princípios penais e processuais penais.

2. Princípio da Presunção de Inocência a Legislação Aplicável

Os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Francesa, no ano de 1798, vêm preconizando a observância ao Princípio da Presunção de Inocênciaⁱ.

Diplomas internalizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao dispor sobre o tema, asseguram, em linhas gerais, que todos devem ser considerados inocentes, até que se prove sua culpaⁱⁱ.

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, garante, dentre os “Direitos e Garantias Fundamentais”, em seu art. 5º, LVII, que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”, prevendo expressamente aquilo que os Tratados legaram ao tratamento legal interno de cada Estado, bem como inserindo entre as chamadas “cláusulas pétreas”, as quais, nem mesmo por Emenda à Constituição podem sofrer alteração tendente a diminuir o âmbito de garantias.

Verifica-se que, em que pese não haver expressa disposição acerca da “presunção de inocência”, terminologia adotada pelos instrumentos internacionais, mas de uma não-culpabilidade, não há dúvida de que se trata de uma mesma garantia. Aquele que é presumidamente não culpável é presumidamente inocente.

Lado outro, verifica-se que, pormenorizando a legislação internacionalⁱⁱⁱ, o Constituinte originário, reafirmando o caráter democrático da “Constituição cidadã”, promulgada após duas décadas de Ditadura Militar, delimitou temporalmente o princípio da presunção não culpabilidade, garantindo a todos o estado de inocência até que haja o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória.

Importante que se aponte a relevância desta expressa determinação constitucional, pois tal marco temporal se mostra diferente em outros ordenamentos jurídicos igualmente democráticos, variando desde uma sentença de juiz de primeiro grau (Constituição Espanhola^{iv}), até a exigência, inspiradora da Constituição brasileira, pelas Constituições Italiana^v e Portuguesa^{vi}, de uma decisão definitiva, imutável, transitada em julgado.

3. A Jurisprudência Brasileira e o Princípio da Presunção de Inocência

Pode-se separar a jurisprudência constitucional, acerca da Presunção de Inocência e a execução provisória da pena em três momentos, a partir da introdução do princípio na Constituição brasileira de 1988, o que faremos a partir da breve análise acerca das paradigmáticas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nos Habeas Corpus n.68.726/DF, n. 84.078/MG e n.126.292/SP.

Em junho de 1991 foi proferida decisão no Habeas Corpus n.68.726^{vii}, a qual, por unanimidade, entendia pela constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade.

Naquele julgamento, entendeu-se pela possibilidade de decretação de prisão a partir do julgamento em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, sob fundamento da ausência de efeito suspensivo dos recursos extraordinários, prevista pelo art. 27,

§2º, da Lei 8.038/1990^{viii}, bem como pela previsão do art. 669^{ix}, do Código de Processo Penal, de 1941.

Referida decisão, é preciso que se ressalte, foi tomada pouco tempo após a promulgação da Constituição de 1988, a primeira a incorporar o princípio da presunção de inocência, após mais de duas décadas durante as quais vigorou o governo ditatorial, o que, por óbvio, influenciou a interpretação à época.

O acórdão supramencionado, cuja adequação, no período em que foi proferido não se pretende discutir, contribui para ao trabalho em questão, por sua relevância histórica, razão pela qual se analisa, ainda que brevemente.

Para a discussão que se pretende neste artigo, dada a distância temporal da proclamação da decisão retro, bem como a evolução legislativa e jurisprudencial ocorridas desde então, mais relevantes aos fins pretendidos por este trabalho, são as duas decisões paradigmáticas que a sucederam, quais sejam, os Habeas Corpus n. 84.078/MG e n.126.292/SP.

Em fevereiro de 2009, no julgamento do Habeas Corpus n.84.078/MG, sob relatoria do Ministro Eros Grau^x, o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento até então adotado, decidindo, por maioria, pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena, em razão dos Princípios da Presunção de Inocência e da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesta oportunidade, analisaram-se os dispositivos do Código de Processo Penal, em especial o art. 637^{xi}, bem como da Lei de Execução Penal – Lei 7.210/84, em especial seu art. 105^{xii}, entendendo que este dispositivo, em consonância com a previsão constitucional, que exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, se sobreporiam, temporal e materialmente ao primeiro, concluindo que *“a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar”*.

Importante mencionar que, embora a Lei de Execução fizesse idêntica previsão acerca das penas restritivas de direitos^{xiii}, a interpretação relativa a estas já se dava em consonância com a Constituição da República, ou seja, já se decidia pela exigência de prévio trânsito em julgado de decisão condenatória para que se iniciasse sua execução, apontando o Ministro Relator a

necessidade de aplicação do Princípio da Isonomia como mais um fundamento a impedir a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Na Ementa do acórdão, entre outros fundamentos, fez-se constar as palavras do jurista e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Evandro Lins e Silva, segundo o qual " *quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente*", bem como restou consignado que

Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Finalmente, para apontar a necessidade de revisão da jurisprudência, argumentou-se ainda pela necessária "atualização" da interpretação, em função da evolução dogmática e normativa por que passou o ordenamento brasileiro, mas, e em especial, por entender o Ministro Relator^{xiv} "*estarmos diante de um princípio explícito de direito, estamos em face de regra expressa afirmada, em todas as suas letras, pela Constituição*" e por representar "*oposição, confronto, contraste bem vincado entre o texto expresso da Constituição do Brasil e regras infraconstitucionais que a justificariam, a execução antecipada da pena*".

Recentemente, reformulando a jurisprudência firmada desde o ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, decidiu o Habeas Corpus n.126.292/SP, assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado.

Esta decisão, tomada por apertada maioria, reinstituíu, no Brasil, a possibilidade de se executar provisoriamente uma pena privativa de liberdade, com decretação da prisão do condenado em julgamento proferido por órgão de segunda instância, ainda que pendente de recursos aos Tribunais Superiores.

Os argumentos apresentados para fundamentar o entendimento pela não violação da norma insculpida no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, são os mais variados, partindo da necessidade de se assegurar a “*credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal*”, passando pela busca da “*quebra do paradigma da impunidade*” e pela baixa probabilidade de reforma do acórdão condenatório pelos Tribunais Superiores, ao questionamento acerca do que significaria a Presunção de Inocência, o trânsito em julgado^{xv}, culminando com entendimento pela plausibilidade da relativização e “*até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado*”^{xvi}, uma vez encerrada a análise probatória, em sede de apelação.

Este é o atual estado da jurisprudência brasileira, acerca do Princípio da Presunção de Inocência, razão pela qual serão analisados, de forma mais detida, seus mais relevantes argumentos.

3.1 O Habeas Corpus n.126.292/SP e a (In)Constitucionalidade da Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade

Importa uma consideração inicial, acerca dos fundamentos apresentados pelos Ministros que compuseram a maioria, no julgamento do HC 126.292/SP, os quais parecem sempre visar não a análise constitucional, jurídica da questão, mas uma análise pragmática, funcional, como se verifica de parte do voto do Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso, para quem

o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas.

Verifica-se uma busca por justificativas práticas para se solapar uma garantia constitucional da mais alta importância, como se a execução antecipada da pena pudesse gerar os benefícios pretendidos: credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal, diminuição de recursos aos Tribunais Superiores, das ocorrências de prescrição, da seletividade penal. Pior, atropela-se tão relevante garantia sob fundamento de que estará, com a execução de uma pena por réu ainda inocente, cumprindo a função do Direito Penal.

Ainda, de forma bastante perturbadora, fazem-se “contorcionismos” com a legislação, constitucional e infraconstitucional, para tentar apresentar fundamentação jurídica, como ao contrapor duas garantias do indivíduo, como a presunção de inocência e o direito à razoável duração do processo; como ao interpretar de forma inusitada dispositivos da Constituição Federal, como os incisos LXI e LXVI, do art. 5º; como ao retirar validade de dispositivos específicos e posteriores, em prol de dispositivos inclusive já revogados, como é o caso da discussão referente à exigência do art. 283, do Código de Processo Penal, com nova redação dada pela Lei 12.403/2011, e a sua sobreposição pelo revogado §2º, do art. 27, da Lei 8.038/90; ou pelas oposição entre disposições normativas e súmulas emitidas pelo próprio STF; ou, finalmente, pela confusão entre prisão preventiva, suas hipóteses, e a automática execução da pena privativa de liberdade.

Contudo, em função da limitação imposta pelo presente trabalho, abordaremos apenas alguns destes elementos de convicção, trazidos à baila pelos Exmos. Ministros que compuseram a maioria, na votação do Habeas Corpus supramencionado.

3.2 Da Constitucionalidade da Execução Provisória da Pena

Como ponto de partida, tem-se, por fundamento principal para da decisão pela constitucionalidade da execução provisória da pena, o entendimento segundo o qual a prisão como antecipação da pena não representaria violação à presunção de não culpabilidade; ainda, uma vez condenado o agente em segunda instância, configurada estaria a “certeza” de sua culpa, uma vez que aos Tribunais Superiores não cabe reanálise acerca dos fatos e das provas que levaram à condenação.

Além disto, a conclusão se funda na ausência de efeito suspensivo dos recursos especial e extraordinário, prevista no revogado §2º, do art. 27, da Lei 8.038/90, e, atualmente, no Código de Processo Civil – logo inaplicável ao processo penal; mas também do conteúdo das súmulas^{xvii} emitidas pelos próprios Tribunais Superiores, os quais negam, a despeito da inexistência de vedação legal, a análise probatória nos recursos a serem por ele analisados.

Acerca da primeira questão, colaciona, o Ministro Relator, palavras do também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, segundo o qual “*a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado (...)*” (MENDES, 2015). Quanto à questão posta no presente artigo, a resposta pode ser encontrada no voto do Ex-Ministro Eros Grau, em julgamento do HC 84.078/MG, segundo o qual “*ser culpado equivale a suportar execução imediata de pena*”.

A este respeito, ensinam Aury Lopes Júnior (2018) e Maurício Zanoide de Moraes (2010, p.424 e seguintes), que a presunção de inocência, além de outros dois aspectos, como regra de juízo e regra probatória, é uma regra de tratamento, que impõe tratar o processado como se inocente fosse. Por óbvio, não se impõe a execução de uma pena privativa de liberdade a alguém inocente. Logo, determinar-se a execução de pena, antes do trânsito em julgado da condenação – atente-se ao fato de que não se trata de prisão cautelar, mas de prisão pena - não se mostra compatível com a presunção de inocência inculpada na Constituição da República.

No que se refere à impossibilidade de suspensão do processo ou de reanálise meramente probatória, tem-se que não são capazes de gerar o trânsito em julgado do processo; o momento

processual exigido pela Constituição Federal, de forma expressa, para que se deixe de presumir alguém inocente apenas é alcançado quando não mais cabem recursos, e não quando não mais cabem recursos ordinários.

Ademais, em que pese não haver rediscussão de questão de fato ou reanálise de fatos, em recursos extraordinários, não significa que não haja a possibilidade de reforma da decisão condenatória, até mesmo com análise de questões que, ainda que mediatamente, dizem respeito à prova, como são as hipóteses de questionamento sobre critérios de sua apreciação, a utilização de prova ilícita, nulidade da prova, distribuição do ônus probatório entre outras.

3.3 Da Probabilidade de Trânsito em Julgado da Decisão de Segunda Instância

Uma outra questão colocada pelos julgadores diz respeito à alegada diminuta probabilidade de reforma da decisão condenatória, pelos Tribunais Superiores. Contudo, tal argumentação se faz a partir de critérios bastante pouco confiáveis, tanto que são diversos os percentuais apresentados pelos Ministros a justificarem a revisão da jurisprudência ou, por outro lado, sua manutenção.

De acordo com o Ministro Teori Zavascki, dentre as restritas hipóteses em que se admite a análise dos recursos extraordinários, “*tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente*”^{xviii}, citando, para atestar sua hipótese, voto do ex-Ministro Joaquim Barbosa, em julgamento do Habeas Corpus n. 84.078/MG, na qual o mesmo afirma ter feito “levantamento” dos recursos de que fora relator nos dois anos que antecederam aquele julgamento, concluindo que, afastados os pedidos de progressão de regime em crimes hediondos, teria havido a reforma da decisão condenatória em apenas 04% (quatro por cento) dos casos^{xix}.

O mesmo argumento foi utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, segundo o qual haveria “*baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias)*”^{xx}

Lado outro, o Ministro Celso de Melo cita, em seu voto, dados expressos pelo Ministro Lewandowsky, em voto proferido no julgamento da ADPF 144, em 2009, onde fez constar

que, entre os anos de 2006 e 2009 “25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.^{xxi}”

Logo, além de não ser argumento juridicamente relevante, pois que a probabilidade de alguém ser condenado ou absolvido não é hábil a afastar o princípio constitucional de presunção de inocência, não há como se verificar os dados apresentados, pois que colhidos sem qualquer técnica capaz de atribuir segurança aos resultados, tanto que os dados apresentados pelos citados Ministros são absolutamente divergentes.

3.4 Da Possibilidade de Execução Provisória da Pena

Na busca por fundamentação jurídica a autorizar a execução provisória da pena privativa de liberdade, realiza-se descompassada interpretação legal.

De acordo com o Ministro Relator, Edson Fachin, haveria uma opção legislativa a dar eficácia à sentença condenatória após julgamento pelo segundo grau, sem, contudo, apontar os dispositivos que sustentariam seu argumento.

De acordo com o Ministro Luís Roberto Barroso, não há, ainda, obstáculo legal à interpretação adotada, por maioria, pela Corte Constitucional brasileira. Segundo ele, a relativização da presunção de inocência

não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei no 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução

criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário. (Barroso, HC 126.292) (grifos originais)

Ainda de acordo com o Ministro Barroso, não se estaria criando nova hipótese de prisão, pois que a prisão para execução provisória estaria implícita no art. 637^{xxii}, do Código de Processo Penal, devendo, pois, prevalecer sobre o referido art. 283.

Ocorre que, além da previsão do art. 637 supostamente permitir apenas implicitamente a execução provisória da sentença, enquanto o art. 283 expressamente determina as hipóteses de prisão, não incluindo a execução antecipada; este artigo foi reescrito em 2011, o primeiro mantém sua redação original, da 1941.

Bastaria isto para se verificar qual dos dispositivos estaria mais adequado à atual ordem constitucional, mas há, ainda, dispositivo expresso na Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro, bem como princípio que rege a sucessão de leis penais.

Por tudo isto, resta óbvia a aplicação do disposto no art. 283, a despeito da manutenção do art. 637, ambos dos Código de Processo Penal, não havendo o pretendido fundamento a possibilitar a execução antecipada da pena privativa de liberdade.

3.5 Da Necessidade de Execução Provisória da Pena

Para além da argumentação quanto à possibilidade jurídica da antecipação da execução da pena, bem como à probabilidade de que a decisão condenatória venha a ser confirmada e, portanto, transite em julgado, há, ainda, argumentação relativa à necessidade de execução provisória da pena, como forma de assegurar credibilidade ao Poder Judiciário, de cumprir a determinação constitucional de razoável duração do processo; em última instância, como forma de se fazer cumprir a “função do Direito Penal”.

Segundo o Ministro Luiz Roberto Barroso, a execução provisória da pena é uma necessidade, pois que *“com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, a execução provisória da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal.”* (Barroso, HC 126.292)

De acordo com o Ministro, a previsão inscrita no art. 312^{xxiii}, do Código de Processo Penal, acerca da decretação da prisão para assegurar a ordem pública abrangeria a hipótese em apreço no HC 126.292/SP, uma vez que, havendo a condenação em segunda instância, passaria a haver uma necessidade de imposição imediata da pena, como meio de garantir a credibilidade das instituições, em especial o Poder Judiciário.

Inicialmente, é importante que se aponte a confusão feita entre os institutos da prisão preventiva, de natureza acautelatória, e da execução provisória da pena, a “prisão-pena”.

A prisão preventiva, conforme preveem tanto os dispositivos constitucionais (art. 5º, LXI e LXVI) quanto infraconstitucionais (arts. 283, 312, entre outros), somente pode ser determinada na hipótese de haver a necessidade da cautela, no caso concreto, a qual deverá ser apontada pela autoridade judiciária, em decisão devidamente fundamentada, sob pena de relaxamento, em função de sua ilegalidade.

O que o Poder Judiciário tem admitido, na hipótese de execução antecipada da pena, é a decretação da prisão em função da condenação “final” em segunda instância, ou seja, exaurida a instrução ordinária, decreta-se por este mesmo “fundamento”, leia-se de forma automática, a imposição da prisão-pena.

Na prisão preventiva, exatamente em razão da presunção de inocência e de ser a liberdade, no Estado Democrático, a regra, sua decretação depende de ordem escrita e fundamentada, com base no processo em questão, e desde que se enquadre entre as restritas hipóteses previstas no art. 312, do Código de Processo Penal.

Lado outro, para a execução antecipada da pena não se exige qualquer requisito, senão a condenação em segunda instância. Não se decreta a prisão porque no caso concreto se identifique alguma ameaça à ordem pública, mas porque a condenação em segunda instância,

por si só, representaria hipótese a justificar o início do cumprimento da pena, para “garantia da ordem pública”, interpretada pelo Ministro Barroso como a garantia de credibilidade do Poder Judiciário.

Com o respeito devido, a fundamentação carece de qualquer lógica, uma vez que, além de confundir a autorização da prisão preventiva com autorização para execução provisória de uma pena, afirma o julgador que a “credibilidade” do Poder Judiciário reside na decretação da prisão de um inocente, ainda que sem ordem escrita e fundamentada, de forma automática e violando um dos mais caros princípios constitucionais.

Ora, a efetividade da função jurisdicional, a credibilidade do Poder Judiciário se faz através da adequada prestação jurisdicional, com observância dos princípios e regras constitucionais e processuais, e não com a prisão desordenada, como se o propósito natural do processo penal fosse a decretação da privação da liberdade, inclusive para quem não é culpado pela prática de qualquer delito.

A este respeito, impõe trazer a este trabalho outro argumento utilizado pelos Exmos. Ministros, segundo os quais a execução provisória é uma medida necessária, para que o Direito Penal cumpra sua função. Neste ponto, verifica-se a completa distorção acerca da finalidade do Direito Penal democrático.

O Direito Penal liberal norteia-se pelo princípio da legalidade, princípio de inspiração iluminista, que tem como propósito basilar a proteção das liberdades do indivíduo contra o arbítrio estatal^{xxiv}. A função do direito penal não é a prisão. Esta é mera consequência da inobservância de suas regras, mas não o seu fim. O fim do Direito Penal, do Código como “Carta Magna do Delinquente”, segundo afirmava Von Liszt, é estabelecer as normas impostas ou proibidas, a fim de que não haja punição além ou diversa do que estabelecido.

O Direito Penal é garantia do cidadão, em face do Estado. O Direito Penal não é instrumento do Estado contra o indivíduo. Ainda que tenha por objetivo a proteção de bens jurídicos, como efetivamente o são a vida, o patrimônio, entre outros, a finalidade do Direito Penal não se cumpre com a punição, mas com a garantia da maior liberdade possível, tanto que admite o uso

de costumes e analogia para aumentar garantias, mas não permite os mesmos institutos em prejuízo do réu.

Desta forma, a correta interpretação sobre os fins pretendidos pelo Direito Penal vai de encontro ao argumento utilizado pelo Ministro Barroso. Ao contrário, a interpretação por ele pretendida, contraria frontalmente o princípio basilar do Direito Penal, o Princípio da Legalidade, o “Princípio de Princípios”, na medida em que se busca restringir a aplicação da presunção da inocência, inclusive utilizando, em prejuízo do réu, a “interpretação pragmática”, a qual, na busca pelo “*sentido dos conceitos jurídicos indeterminados e dos princípios deve ser feita, em primeiro lugar, com base nos valores éticos mais elevados da sociedade (leitura moral da Constituição)*”. (Barroso, HC 126.292)

Tantos outros argumentos poderiam ser aqui expostos e contraditados, o que não se faz pela natureza do trabalho. Contudo, pelo que se evidenciou, resta clara a natureza pouco jurídica do tratamento atribuído ao Princípio da Presunção de Inocência, bem como a gravidade desta interpretação, especialmente por seus fundamentos.

4. Do Princípio da Presunção de Inocência e o Tribunal o Júri

Já é possível verificar danosos efeitos da atual jurisprudência relativa à execução antecipada da pena privativa de liberdade.

Decorrência das distorções supramencionadas já se verificam em julgamentos pelo Tribunal do Júri, com decretação de prisão para execução antecipada da pena privativa de liberdade, após decisão condenatória em uma única instância.

Sob o mesmo argumento utilizado para “flexibilizar” a presunção de inocência em processos de competência do juiz singular, verifica-se a determinação da precoce execução da sentença proferida pelo Conselho de Sentença, diante da impossibilidade de reanálise probatória pelos Tribunais de Justiça.

Outro argumento, também extraído da interpretação acerca da constitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, diz respeito à “ponderação” dos princípios – supostamente colidentes – da soberania dos veredictos e da presunção de inocência, conforme se verifica do paradigma abaixo

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL. *HABEAS CORPUS*. DUPLO HOMICÍDIO, AMBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal prevê a competência do Tribunal do Júri para o julgamento de crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inciso XXXVIII, *d*). Prevê, ademais, a soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, *c*), a significar que os tribunais não podem substituir a decisão proferida pelo júri popular.
2. Diante disso, não viola o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade a execução da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso. Essa decisão está em consonância com a lógica do precedente firmado em repercussão geral no ARE 964.246-RG, Rel. Min. Teori Zavascki, já que, também no caso de decisão do Júri, o Tribunal não poderá reapreciar os fatos e provas, na medida em que a responsabilidade penal do réu já foi assentada soberanamente pelo Júri.
3. Caso haja fortes indícios de nulidade ou de condenação manifestamente contrária à prova dos autos, hipóteses incomuns, o Tribunal poderá suspender a execução da decisão até o julgamento do recurso.
4. *Habeas corpus* não conhecido, ante a inadequação da via eleita. Não concessão da ordem de ofício. Tese de julgamento: “*A prisão de réu condenado por decisão do Tribunal do Júri, ainda que sujeita a recurso, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não-culpabilidade.*” (STF. 1ª Turma. HC 118.770/SP. Rel. Ministro Marco Aurélio. Publ. 24.04.2017)

Referida decisão já vem se reproduzindo na jurisdição de base, havendo a decretação de prisão, como no julgamento da Ação Penal n. 0686.16.003948-9, da comarca de Teófilo Otoni, em Minas Gerais.

Fundamentando no julgamento do Habeas Corpus 118.770/SP, o Juiz Presidente, embora se refira, erroneamente, à decretação de prisão preventiva, inclusive mencionando os correspondentes artigos, determina o recolhimento do réu, para “cumprimento imediato da sentença independente de recurso”.

Este réu, que até então respondia em liberdade referido processo, por não haver razões que justificassem a prisão preventiva, teve sua liberdade cerceada, sem qualquer justificativa, senão pela condenação pelo Tribunal do Júri, e se encontra sofrendo as consequências da decisão, como se já transitada em julgado estivesse a decisão, contra a qual cabem ainda diversos recursos.

Verifica-se, assim, que o precedente de cabimento de antecipação da execução da pena, após julgamento em segunda instância, diante da impossibilidade de reanálise fática pelos Tribunais Superiores, já está ecoando na primeira instância. Sob argumento de que, havendo condenação pelo Tribunal do Júri, não há possibilidade de reanálise fática pelos Tribunais de Justiça estaduais, diante da Soberania dos Veredictos, já haveria uma espécie de trânsito em julgado, no que se refere aos fatos e provas, autorizadora da antecipação da execução da pena.

O princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, há que se ressaltar, determina que a decisão de mérito proferida pelo conselho de sentença não possa ser apreciada ou modificada por juízes togados, o que se faz por se entender que os cidadãos comuns são mais susceptíveis que os magistrados ao acolhimento de argumentos extrajurídicos, muito próprios aos crimes dolosos contra a vida, naturalmente diferentes dos demais delitos. O julgamento pelos seus pares fundamenta-se na idéia que o conselho de sentença tem melhores condições de se afastar da “letra fria da lei” para a análise do caso dentro de um contexto social.

Contudo, a jurisprudência tem utilizado desta garantia fundamental individual – soberania dos veredictos – para justificar a mitigação de outra garantia fundamental individual da presunção de inocência, raciocínio tão contraditório quanto se verifica no julgamento do Habeas Corpus

n.126.292/SP, quanto à ponderação deste princípio e a razoável duração do processo, direito fundamental atribuído ao réu, e não aos Tribunais.

Resta clara a manipulação do princípio, segundo supostas necessidades, por parte da sociedade, de resposta punitiva estatal; por parte do Judiciário, de “credibilidade”, a partir do cerceamento das liberdades individuais, sem respeito, sequer, às normas de status constitucional, o que representa violação ao próprio Estado Democrático de Direito, o que não se pode admitir nem mesmo em função de uma suposta demanda social.

CONCLUSÃO

Em que pese a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o “guardião da Constituição”, no Habeas Corpus n.126.292/SP, verifica-se a clara inconstitucionalidade da execução provisória da pena, em específico da pena privativa de liberdade, por violar o preceito constitucional inscrito no art. 5º, LVII, segundo o qual enquanto não houver trânsito em julgado de sentença condenatória, deve presumir a inocência do réu.

Esta determinação abarca as consequências de se considerar alguém inocente, ou a regra de tratamento que pressupõe a inocência, sendo a manutenção da liberdade a mais importante delas.

Reconhece-se a possibilidade de privação da liberdade de uma pessoa, antes do trânsito em julgado da condenação, contudo, tal privação é excepcional, provisória, cautelar, dependendo de fundamentação vinculada, conforme prevê o art. 312, do Código de Processo Penal, já citado neste trabalho, nos termos do que autorizam os dispositivos constitucionais, como os incisos LXI, LXV e LXVI.

Contudo, é necessário que as normas sejam interpretadas em consonância com a Constituição, e não o contrário: fundamentar a relativização da presunção de inocência e admissão da execução provisória da pena em dispositivos infraconstitucionais, como o art. 637, do Código de Processo Civil, ou previsões semelhantes.

O Brasil, como signatário de diversos tratados internacionais que exigem a observância ao princípio da presunção de inocência, previu e detalhou, na Constituição, o que entende por presunção de inocência, incluindo-a entre os direitos fundamentais individuais, cláusulas pétreas do ordenamento jurídico.

Em texto de clareza inequívoca, determinou que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, ou seja, apenas após o trânsito em julgado da condenação, poderá o indivíduo ser tratado como culpado por um delito; só a partir de então, consequentemente, poderá iniciar-se a execução da pena.

A Lei de Execução Penal, mesmo antes da previsão constitucional, já trazia o mesmo conteúdo, exigindo, para a aplicação das penas, tanto privativas de liberdade quanto restritivas de direito, o trânsito em julgado, conforme seus arts.105 e 147.

O Código de Processo Penal, por sua vez, datado de 1941, vem sendo reformado, ao longo do tempo, de modo a coadunar à nova ordem constitucional. É o que se verifica de seu art. 283, com nova redação pela Lei 12.403/11, segundo o qual *“Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”*

O panorama que se apresenta, no ordenamento jurídico brasileiro, é bastante claro e coerente, no sentido de se impedir a prisão, sem fundamentação em necessidade cautelar excepcional, pois que, a despeito da fase processual em que se encontrar, o réu, até que transite em julgado, contra si, decisão condenatória, ainda tem que ser tratado como inocente, o que é incompatível com a execução de uma pena.

Inconstitucional, pois, a execução antecipada da pena, seja por condenação pelo Tribunais de Justiça, seja por, e de forma ainda mais grave, pelo Tribunal do Júri, pois que inexistente decisão transitada em julgado, exigida de forma expressa e precisa pelo preceito constitucional, não se podendo admitir a afronta a tão importante garantia, a despeito de anseios ou clamores sociais.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 40. ed. São Paulo: Globo, 2000.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Teoria jurídica do crime**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015 (Coleção ciência criminal contemporânea. V.1. coord. Cláudio Brandão)

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. Decreto-Lei n.3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Diário Oficial. Brasília, DF, 03 out. 1941.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial. Brasília, DF, 11 jul. 1984.

_____. Lei 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Recurso Extraordinário n. 466.343/SP**. Rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Habeas Corpus n. 68.726/DF**. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento 28.06.1991, Publicação DJ 20.11.1992.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Habeas Corpus n. 84.078/MG**. Rel. Min. Eros Grau. Publicação em 26.02.2010

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Habeas Corpus n. 126.292/SP**. Rel. Min. Teori Zavascki. Publicação em 17.06.2016

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 7**: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 279**: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144**. Rel. Ministro Celso de Melo. Publ. 26.02.2010.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. **Organização dos Estados Americanos**. Aprovada em 22 de dezembro de 1969.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. **Assembleia Nacional Francesa**. Aprovada em 26 de agosto de 1789

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Organização das Nações Unidas**. Aprovada em 10 de dezembro de 1948.

LIMA, Renato Brasileiro. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro**: análise de sua estrutura norma para elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. **Organização das Nações Unidas**. Aprovado em 16 de dezembro de 1966.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ⁱ Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

ⁱⁱ XI.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, 1966)

Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969).

ⁱⁱⁱ De acordo com o §2º, do art. 5º, da Constituição, “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. O STF, por sua vez, reconheceu a que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil *possuem status normativo supralegal* (STF, Pleno, R. Extraordinário n. 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 22.11.2006)

^{iv}Art. 24.2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, (...) y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*

^v Art. 27, comma 2º. *l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva.*

^{vi} Art. 32.2. *Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.*

^{vii} STF. Pleno. HC 68.726/DF. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento 28.06.1991, Publicação DJ 20.11.1992.

^{viii} Art. 27 - Recebida a petição pela Secretaria do Tribunal e aí protocolada, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista pelo prazo de quinze dias para apresentar contra-razões. (...) § 2º - Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo.

^{ix} Art. 669. Só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo: I - quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu a prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança;

^x STF. Pleno. HC 84.078/SP. Rel. Min. Eros Grau. Publicação em 26.02.2010

^{xi} Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

^{xii} Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

^{xiii} Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares

^{xiv} Trechos do voto proferido pelo Exmo. Relator Ministro Eros Grau, em Habeas Corpus n.84.078/MG.

^{xv} Trechos do voto proferido pelo Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso, em Habeas Corpus n.126.292/SP.

^{xvi} Trechos do voto proferido pelo Exmo. Relator Ministro Teori Zavascki, em Habeas Corpus n.126292/SP.

^{xvii} Súmula 7, STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Súmula 279, STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

^{xviii} Trecho do Voto do Ministro Teori Zavascki, no julgamento do HC 126.292/SP. Publ. 07.02.2017.

^{xix} Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento do HC 84.078/MG. Publ. 26.02.2010.

^{xx} Trecho do Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento do HC 126.292/SP. Publ. 07.02.2017.

^{xxi} Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento da ADPF 144. Publ. 26.02.2010

^{xxii} Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

^{xxiii} 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. Parágrafo único (...)

^{xxiv} De acordo com Cláudio Brandão, o princípio da legalidade tem função de garantia, “é hoje um dos princípios norteadores do Direito Penal liberal (...) Há alguns séculos, o Direito Penal não exigia a lei como requisito primeiro para punir condutas; existia, inclusive, a analogia em prejuízo da parte, chamada de *in malam partem*. O Direito Penal desta época era visto como um instrumento de terror e arbítrio estatal, não como um sistema de tutela de valores. (Teoria Jurídica do Crime, 2015, p.59)

Área 7

Segurança pública e seletividades

**O DISCURSO LEI E ORDEM E A REPRESSÃO AOS MOVIMENTOS SOCIAIS E
ATIVISTAS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL**

*THE SPEECH LAW AND ORDER AND REPRESSION TO THE SOCIAL MOVEMENTS
AND ACTIVISTS OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL*

Ana Carolina de Sá Juzo

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF); Advogada integrante das Promotoras Legais Populares de Franca/SP; Coordenadora da Comissão da Mulher Advogada de Franca/SP; Associada ao Instituto Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM- Modalidade sócia recém-graduada) e integrante do Grupo de Estudos Avançados em Escolas Penais de Ribeirão Preto/SP – (GEA- IBCCRIM). anacarolinajadv@yahoo.com.br

Mariana Pinto Zoccal

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (FDF); mestranda em Direito pela Universidade Julio Mesquita Filho (UNESP), pesquisadora associada ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)) e integrante do Grupo de Estudos Avançados em Escolas Penais de Ribeirão Preto/SP – (GEA- IBCCRIM). marianazoccal@hotmail.com

Resumo: A presente pesquisa se pauta na questão da política criminal adotada pelo movimento Lei e Ordem, tratando da problemática da expansão penal em oposto às bases do direito penal mínimo e constitucional. Esta política criminal surge nos anos setenta e encontra espaço na realidade brasileira, se sustentando por um aparato policialesco repressivo onde o Estado brasileiro faz uso de forças para reprimir condutas de determinados cidadãos, entre eles ativistas de direitos humanos e participantes de movimentos sociais, no campo ou na cidade. No Brasil, em 2017, foram notificados 71 assassinatos e 227 ameaças de morte proferidas em face de defensores e defensoras de direitos humanos no campo, conforme dados contabilizados pela Comissão Pastoral da Terra. Em apenas um ano, massacres ocorreram nos municípios de Colniza (MT), Vilhena (RO), Pau D’Arco (PA), Lençóis (BA) e Canutama (AM). Os militantes eram posseiros, camponeses, quilombolas e trabalhadores rurais sem terra que cotidianamente

lutavam pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados, como o acesso à água, à terra e às florestas. No contexto urbano, o cenário não é diferente. Movimentos sociais críticos que tencionam o poder público por melhores condições de moradia, de transporte e de educação convivem com a corriqueira repressão estatal, que a partir de junho de 2013 teve o seu *modus operandi* sofisticado, verificando-se uma verdadeira articulação entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário para criminalizar lutas pela efetivação do direito à cidade. Busca-se, pois, por meio de análise bibliográfica, analisar e refletir sobre as possíveis práticas criminalizantes contra determinados cidadãos decorrentes deste movimento de política criminal vigente que tem como discurso a segurança pública e o simplismo. Não se debruça, pois, ao esgotamento do tema, diante de sua pluralidade e complexidade. Contrapondo-o, contudo, a um sistema de justiça democrático, contrapondo-o à busca da efetivação de todas as garantias individuais e coletivas, como a da manifestação. Aponta-se, como um resultado, ser imprescindível um maior aperfeiçoamento da Política e do Programa Nacional de Proteção às Defensoras e Defensores de Direitos Humanos (PPDDH), visando a articulação de políticas públicas que se mostrem capazes de amparar ativistas que se encontrem em situações de risco, fomentando campanhas nacionais, estaduais e municipais no intuito de alterar o paradigma vigente que identifica ativistas de direitos humanos como desordeiros e inimigos a serem erradicados e combatidos, desconstruindo conceitos criados pelo movimento Lei e Ordem.

Palavras-chave: Lei e Ordem; Política Criminal; Repressão; Movimentos sociais; Marielle Franco.

Abstract: The present investigation is a matter of criminal policy adopted by the Law and Order movement, dealing with the penal issue of penalties in relation to the bases of minimum and constitutional criminal law. This political crime appears in an old set on the Brazilian action, in the issue Brazilian report repression against the Brazilian version is used in the status of non-Brazilian exercises and social activities, in the fields or in the city. In Brazil, in 2017, 71 murderers and 227 death threats were reported to human rights defenders in the field, in the same way as people in the area of law. In just one year, the massacres occurred in the municipalities of Colniza (MT), Vilhena (RO), Pau d'Arco (PA), Lençóis (BA) and Canutama

(AM). The militants were squatters, peasants, quilombolas and rural workers without lands that fight for the realization of constitutional rights, such as access to water, land and forests. In the context it is no different. It is important to note that there is a real articulation between the Executive, Legislative and Judiciary Branches to criminalize the laws for the realization of the right to the city. Through a bibliographic and documentary analysis, it is sought to analyze and reflect on how the predictive practices of crime against the actions carried out by current criminal policies that have as their theme public security and simplism. It opposes a system of democratic justice, opposing a search for the realization of all individual and collective guarantees, such as that of manifestation. The project was promoted as an important driver of the National Rights and Rights Program (PPDDH), aimed at articulating public policies that demonstrate the possibility of becoming activists in situations of risk, national promotion, state and municipal levels in order to change the current paradigm that identifies human rights activists as enemies and informants eradicated and combated, disregarding human rights by the law and order movement.

Keywords: Law and Order; Criminal Policy; Repression; Social movements; Marielle Franco.

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que a questão criminal vem ocupando cada vez mais espaço no cenário político brasileiro, a expansão incontrolada do sistema penal tem levado à sua ocupação em diversas esferas, como a econômica e a social.

Assim, a política criminal vigente no país, regida pelo do Movimento Lei e Ordem, tem caráter expansivo do poder punitivo, funcionando como base argumentativa imprescindível para uma política de segurança pública brasileira cada vez mais repressiva e dependente do Direito Penal.

Este movimento de política criminal estadunidense surge nos anos setenta, depositando toda a expectativa de segurança pública no aumento e criação de penas. Ele parte dos preceitos da “teoria da janela quebrada”, por meio da qual deixar quaisquer desvios impunes

seria abrir espaço para a expansão da criminalidade. Ainda que se tratasse da quebra de uma janela, o desviante deveria ser punido imediatamente para que a função intimidadora da pena se fizesse percebida.

As práticas de lei e ordem se estendem aos outros desvios, produzindo uma espécie de direito penal sem fronteiras, facilmente identificada no Brasil com a figura do traficante de drogas ilícitas:

Após mais de três décadas, o mesmo discurso de recrudescimento penal ainda é a política adotada declaradamente pelo governo estadunidense, outros países da América, alguns Estados europeus e também pelo Brasil.

Ocorre que esta política criminal se sustenta por um aparato policialesco repressivo em que o Estado faz uso da força para reprimir condutas de determinados cidadãos, os quais não precisam ver alcançados os supostos efeitos desta política de fragmentação da Lei e Ordem.

Tais práticas expansivas do poder de punir sempre se fizeram presente, inúmeros conflitos sociais brasileiros tiveram leituras penais positivas, desde as revoltas de escravos até a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro.

A mesma justificativa também ocorreu na ocupação das favelas, com o anseio de ocupar, controlar e marginalizar ainda mais tais comunidades, calando ativistas e moradores que fossem contra a ocupação policial, na implementação das problemáticas Unidades Pacificadoras.

Neste sentido, os ideais da Lei e Ordem não medem esforços em marginalizar condutas, reprimir e criminalizar manifestações, aumentar e propor punições cada vez mais severas e apontar líderes de movimentos sociais como os principais causadores de insegurança. “Nesta herança, o dogmatismo legal se contrapõe ao pluralismo jurídico, ou seja, o diferente é criminalizado, há uma coercitividade do consenso e uma manipulação dos sentimentos ativado pelo episódio judicial”. (Batista, 2000, p. 234.)

É o que ocorre com os ativistas de direitos humanos: os quais, confrontando e se opondo à política arbitrária do movimento Lei e Ordem, passam a ressignificar, repensar e se

opor às práticas repressivas desta política, e representam, assim, ameaça à manutenção dos preceitos da ordem e da lei imposta.

No mesmo contexto repressivo, os movimentos sociais que reivindicam pautas críticas e com um viés contrário ao proposto por essa política criminal passam a protagonizar o processo de criminalização com práticas que cerceiam, evidentemente, o direito de protesto e de reivindicação. Ferindo, de forma evidente, direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Importante mencionar que a percepção dos diversos fenômenos sociais exerce cada vez mais pressão e deposita expectativas sobre o sistema penal em uma tendência de voltar o discurso de solução de problemas por meio do poder punitivo. Gravoso também é que o direito penal acaba por alimentar e expandir os métodos sociais de controle e resulta em desagregação de valores, especialmente graças à violência inerente à sua história e atuação.

Partindo destas premissas, o presente trabalho pretende refletir e apontar como o discurso da Lei e Ordem, embora represente um exorbitante gasto público e não disponha de resultados que demonstrem queda na criminalidade, pode ser eficaz em reproduzir violências, violar direitos humanos, marginalizar condutas e criminalizar movimentos sociais, fazendo uso de um método historicamente seletivo e discriminatório de manutenção de poder, que classifica pessoas, pune de forma arbitrária, reproduzindo, pois, as manifestações do Direito Penal.

Para ilustrar o processo de criminalização de ativistas de direitos humanos, teceremos considerações acerca do assassinato de Marielle Franco, ocorrido no contexto de intervenção federal do Exército no estado do Rio de Janeiro. O método adotado será o da revisão bibliográfica, sem, contudo, termos ambição de esgotar a matéria, dada a elevada complexidade do tema.

Assim, adotando a Teoria Crítica do Direito e da Criminologia, apontamos a existente hierarquia entre as relações sociais e a atuação do sistema de justiça e de segurança pública. Repensando o movimento Lei e Ordem, que, evidentemente, diverge de uma efetiva transformação da realidade social, mais justa e que não ignora a relação entre o Direito e a conflitividade social. E não ignora a necessidade de se afastar do poder punitivo para que garantias e direitos sejam mantidos e efetivados.

Apontando ativistas, manifestantes e Marielles, como os cidadãos que se encontram na linha de frente das relações sociais que se opõem e enfrentam o Movimento da Lei e Ordem e toda sua política repressiva. São estas e estes, tratados pelo discurso de segurança pública como desordeiros e inimigos, os maiores alvos da violência e da repressão. São elas e eles, também, os que produzem a crítica e a ressignificação destas práticas impostas, semeando sementes que precisam de outro solo pra germinar. Um solo menos repressivo, totalitário e que não cultive apenas Direito Penal.

De todo modo, o funcionamento da atuação punitiva deve ser repensado, buscando saídas contrárias à política criminal preponderante e pensando em meios menos danosos de resolução de conflitos na sociedade.

Sob a luz dessas reflexões e incômodos, pareceu-nos essencial, prudente e necessário realizar a crítica sobre o papel do aparato repressivo, aprofundando um debate e construção mais amplos sobre a problemática da expansão do poder punitivo, abordando a questão sob a sua complexibilidade e necessidade de problematização.

2. O DISCURSO LEI E ORDEM E TRAZIDO À PROBLEMÁTICA DO CONTEXTO BRASILEIRO

Os aportes do discurso de Lei e Ordem, movimento de política criminal iniciado nos anos setenta nos Estados Unidos, surge contrapondo o direito penal mínimo, amparando-se em políticas criminais repressivas e criminalizando um maior número de conflitos sociais.

Propondo um modelo de direito penal máximo, sugere o alargamento da incidência do Direito Penal, discursando sobre a necessidade de que penas mais severas fossem aplicadas, na mesma perspectiva de que as penas já existentes, agravadas. Nesse sentido, novas condutas também precisariam ser punidas.

Propondo a ideia de que o Direito Penal seria a solução para acabar com a criminalidade, ou, em última análise, reduzir o problema.

Na mesma década e inspirada no movimento Lei e Ordem, a “Teoria das Janelas Quebradas” é formulada pelos americanos Jams Wilson e George Kelling. Esta tese americana, também contrapondo o direito penal constitucional e mínimo, sugeria que a criminalidade aumentava em uma sequência de atos de desordem que, se não contidos inicialmente, levariam à prática de outros crimes, mais gravesos.

Em síntese, crimes mais graves seriam frutos de uma série de pequenos delitos não punidos. A própria denominação “Janelas Quebradas” é referência, literalmente, a uma janela que, se não consertada depois de danificada, abriria margem para que outras janelas fossem quebradas, demonstrando descaso com o ocorrido:

Segundo eles, pequenos delitos (como vadiagem, jogar lixo nas ruas, beber em público, catar papel e prostituição), se tolerados, podem levar a crimes maiores. [...] se um criminoso pequeno não é punido, o criminoso maior se sentirá seguro para atuar na região da desordem. Quando uma janela está quebrada e ninguém conserta, é sinal de que ninguém liga para o local; logo, outras janelas serão quebradas (COUTINHO, 2003, p. 24).

Em decorrência do Movimento da Lei e Ordem e da Teoria, a mudança no paradigma punitivo rendeu às cidades de Chicago e Nova York, juntas, quase 127 mil prisões consideradas “infrações menores” (Coutinho, 2003, p. 24-25).

Chegou-se ao ponto, nos Estados Unidos, de uma pessoa ser condenada por um furto de um veículo e coagida, além da pena privativa de liberdade, a “*andar com uma camisa dizendo: ‘Sou um ladrão de carros’*”. Da mesma forma que um rapaz, após ser condenado por aborrecer sua ex-esposa, “*foi condenado a deixá-la cuspir em seu rosto*” (Coutinho, 2003, p. 26).

Como símbolo desta teoria e utilizando as bases da Lei e Ordem, a política de Tolerância Zero também caminhou para o direito penal como imprescindível e principal aposta para a resolução dos conflitos sociais.

A política da Tolerância Zero, símbolo maior da Broken Windows, é marcada pelo excesso do soberano e desumanidade das penas; um funcionalismo bipolar, um tudo ou

nada, culpado ou inocente; um sistema binário, muito a gosto de uma pós-modernidade reducionista e maniqueísta (COUTINHO, 2003, p. 26).

Para Wacquant (2001), a doutrina da Tolerância Zero propagou-se numa velocidade muito grande, com a retórica militar da guerra ao crime e da reconquista do espaço público contra os criminalizáveis.

Com a pesquisa de Wacquant, percebeu-se, aqui, uma conformidade entre este modelo penal e o senso comum neoliberal na questão econômica e social, “sob o manto da reforma a lei sobre responsabilidade individual - cujo avesso é a responsabilidade coletiva - e o dogma da eficiência do mercado ao domínio do crime e do castigo” (Wacquant, 2001, p. 151).

Tanto o movimento e Lei e Ordem quanto a Teoria das Janelas Quebradas, surgem e se manifestam inicialmente nos Estados Unidos, expandindo-se para os demais continentes como a América Latina e Europa. E, apesar de todas as particularidades e pluralidades do Brasil, a política criminal da Lei e Ordem e a da Tolerância Zero encontraram terreno propenso para suas instalações no país.

O clamor social da realidade brasileira, também motivado pela midiaticização dos conflitos e do sensacionalismo que o segue, tende para a aplicação do Direito Penal Máximo, contrário ao que temos como preceito (*ultima ratio*) e de uma maior intervenção do Direito Penal nos fatos cotidianos, apostando na pena como resolução imediata e eficaz para muitos problemas da sociedade. Ignorando a realidade fática de que “todo crime esconde um conflito social”. (Batista, 2002, p. 280).

Ocorre que tal posicionamento, além de imediatista, destoa do modelo penal constitucional do ordenamento jurídico brasileiro. E ignora toda a necessidade de aprofundamento histórico para se entender e repensar o uso do aparato penal nos conflitos sociais.

A incidência do Direito Penal como *ultima ratio*, é uma das garantias conquistadas constitucionalmente, que protege tanto a liberdade quanto a dignidade da pessoa humana.

Assim, a política da Tolerância Zero, contradiz todas as máximas da Constituição Brasileira sobre a intervenção mínima do direito penal, expande o sistema punitivo, ignora todas as pesquisas críticas já realizadas por pesquisadores brasileiros e latino-americanos, legitimando a função de punir e todas as funções da pena:

O principal poder decantado desse conjunto de movimentos punitivos vai ser a legitimação da intervenção moral, da invasividade do Estado Penal nas relações familiares e na vizinhança. Quanto maior a conflitividade social decorrente da devastação promovida pelo capital, maior deve ser a legitimidade da pena. O que vai articular essa nova política é a constituição de uma cultura punitiva. (FRAGOSO; BEZÉ; BATISTA, 2016, p. 29).

Mas garantir direitos individuais constitucionais e manter a aplicação do direito penal mínimo não é uma preocupação da Política da Tolerância Zero, do Movimento Lei e Ordem e do Direito Penal Máximo:

A intensidade dos conflitos sociais e sua leitura penal produziu o maior encarceramento da nossa história, e a política criminal de drogas prestou grande contribuição neste processo. Quanto mais se prende e mais se mata, pior se fica e os meios de comunicação vão produzindo um discurso tautológico que gera a adesão subjetiva à barbárie: demanda por mais pena e mais severidade penal. (FRAGOSO; BEZÉ; BATISTA, 2016, P. 39).

Uma de suas preocupações é, por meio de seu discurso e prática, dividir pessoas entre “boas e más”, ou como se costuma dizer, entre “cidadãos de bem e os não cidadãos de bem”. Como se, no caso do Brasil, a sociedade fosse dividida em dois grupos. Por consequência, a punição e o encarceramento devem chegar aos cidadãos maus, enquanto a ordem deve ser garantia dos cidadãos de bem.

A ordem, de um lado, criaria uma evidente separação entre criminosos e ordeiros. Retomando a pesquisa do *labelling approach*, na qual Baratta (2002) explica que a função do etiquetamento é categorizar pessoas.

Na realidade brasileira, os pilares das teorias e do movimento iniciado na década de setenta, continua, mesmo depois de três décadas, ganhando notoriedade nas propostas

legislativas, que trabalham na difusão do medo e na criação do medo, por meio de discursos midiáticos, mencionados por Vera Malaguti (2002) em “A arquitetura do medo”.

Desde a esfera municipal até a federal, o governo encontra no discurso de Lei e Ordem, uma forma de angariar votos, mantendo intactos seus poderes políticos, por meio de respostas imediatistas de controle social.

O antigo e presente uso de repressão totalitária, com pretextos de frear a criminalidade e alcançar a paz social, sempre teve por objetivos precípuos a contenção de insurgências populares e a manutenção do injusto panorama de exclusão social vigente. Como recorda Gizlene Neder (1996, p.132):

No Rio de Janeiro do século XIX, o chefe de polícia Eusébio de Queiroz apontava a escravidão como limite à adoção de políticas mais modernas do policiamento urbano. Propunha então o confinamento dos escravos nas fazendas e o rígido controle de seus deslocamentos.

Foi o que aconteceu com diversas rebeliões de escravos, enxergadas como insurgências criminosas que deveriam ser punidas a fim de mascarar todas as legitimidades políticas que representavam. Desconsiderando que “nem os povos originários do Brasil e nem os africanos que aqui povoavam tinham a necessidade de polícia ou sistema penal para resolverem seus conflitos.” (Fragoso; Bezé; Batista, 2016, p. 29).

Nesse sentido, os ideais da política de Lei e Ordem no contexto brasileiro, vêm sendo utilizados para legitimar a marginalização de condutas, recrudescer penas, estigmatizar líderes de movimentos sociais e taxá-los como causadores de insegurança, impedindo a mobilização de atos que contrariem os interesses desta política vigente e excludente:

A ditadura, com suas campanhas de lei e ordem e sua política de segurança nacional construiu assim o estereótipo político criminal do novo inimigo interno: o traficante. A guerra contra as drogas pôde assim garantir a permanência do aparato repressivo, aprofundando seu caráter autoritário e assegurando investimentos crescentes para o controle social e a segurança pública. Não foi só a infraestrutura que se manteve após o período militar. (FRAGOSO; BEZÉ; BATISTA, 2016, p.25).

Assim, como característica importante da política de Lei e Ordem tem-se a produção de um senso comum descomprometido com a intelectualidade, que classifica tende a classificar o sistema penal como moroso, atrasado e ineficaz, além de, supostamente, se mostrar benéfico ao acusado e garantir impunidades aos “desordeiros”.

É característico deste contexto o incremento de discursos de ódio e de um sentimento de aversão à gramática dos direitos humanos, que minam as chances de substituição deste populismo punitivo pela implementação de políticas públicas que visem efetivar direitos sociais, discurso ainda reproduzido e mantido pelo apoio da mídia brasileira.

Neste sentido, o sistema penal e a mídia passam a ter uma interação cada vez maior e intensa, e nessa relação de harmonia, a mídia tende a exercer um papel importante e ativo na seletividade e fragmentariedade penal, não só no que se refere ao modo em que traduz as informações, mas também na forma em que interfere na aplicação das sanções e no trabalho dos profissionais da área. Para Nilo Batista (2002), a imprensa sempre legitimou intensamente o poder punitivo.

De forma automática, as práticas basilares do movimento Lei e Ordem traduzem outras práticas que abarcam desde as questões dogmáticas e o direito positivado, os meios de controle, até os discursos sociais que clamam por ordem, repressão e punição para resolver todos e quaisquer conflitos sociais.

O Brasil, mesmo com características próprias e instituições diferentes de outras localidades, como Europa Ocidental e os Estados Unidos, ao reger-se pela política criminal de “Lei e Ordem” e da Tolerância Zero, estimula o medo e o desejo de recrudescimento do sistema penal, e, acima de tudo, reparte a população em dois grupos: os que devem ser protegidos e os que devem ser combatidos.

Neste âmbito, algumas alterações foram evidentes na caracterização do movimento de política criminal aderido, as quais podem ser citadas:

a) A Lei 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), que somente depois de inúmeras críticas dogmáticas e criminológicas, teve seu parágrafo modificado com a redação dada pela Lei 11.464/2007, prevendo a progressão do regime; b) A Lei 10.792/2003, no concernente à criação do Regime Disciplinar Diferenciado, que alterou significativamente o art. 52 da Lei de Execuções Penais, impondo sanções rigorosas a presos; c) O emprego das forças armadas nos eventos esportivos acontecidos em 1992, 2007, 2014 e 2016; d) o emprego das forças armadas no sistema penitenciário brasileiro em 2017, para, de acordo com o decreto do presidente Michel Temer “garantia da lei e da ordem”:

Também sob o jugo da “lei e da ordem”, no Rio 92, nos Jogos Pan-americanos de 2007, assim como nos anos que antecederam e durante os eventos esportivos de 2014 e 2016, o Exército ocupou favelas do Rio de Janeiro, a partir de uma articulação entre o governo federal e estadual. Nestas últimas vezes em que as forças armadas ocuparam as favelas, de acordo com o discurso oficial, essas corporações contribuiriam com o processo de consolidação das Unidades de Polícia Pacificadora nos territórios. No Complexo do Alemão, por exemplo, o Exército estava liberado, por autorização judicial, a realizar busca e apreensão nas residências de moradores, bem como a ocupar casas. Além disso, comandantes militares poderiam investigar as finanças do tráfico de drogas, realizar patrulhamento, fazer bloqueio de acessos e executar prisões. O resultado dessas ocupações foi um acirramento da violência em favelas do Rio de Janeiro, tendo sido comuns casos de tiroteios, mortes e feridos, bem como relatos de atos truculentos e uso desmedido da força contra moradores. Nota-se que as ações embebidas no mote da “lei e da ordem” surgem sob a justificativa formal de garantir a “segurança” e o fortalecimento do Estado Democrático, impedindo, no caso dos presídios brasileiros, situações de rebeliões. Contudo, na prática, esse tipo de ação produz efeitos contrários, como o cerceamento das liberdades individuais, a relativização de direitos fundamentais, a imposição da lógica hierárquica sobre a vida “civil” e a militarização do cotidiano. Não à toa, Temer, em reunião com governadores estaduais, mencionou que “as forças armadas serão fator para atemorização em presídios”. (Lei e Ordem para quem? Ações com o mote surgem para garantir “segurança”, mas cerceiam liberdades individuais e direitos).

Um dos últimos exemplos do movimento adotado é a Intervenção Federal no Rio de Janeiro, uma intervenção militar, evidentemente, inconstitucional e injustificada.

Contestada, a intervenção teve uma Representação assinada por doze organizações comprometidas com a sociedade civil, requerendo que o Ministério Público Federal e o Supremo Tribunal Federal atestasse a inconstitucionalidade. O que ainda não foi feito:

As operações militares de Garantia de Lei e Ordem executadas pelas Forças Armadas no Estado nos últimos anos não apresentaram até o momento relatórios e balanços de seus resultados. Ao contrário, são criticadas por organizações locais por terem degradado o ambiente civil das áreas ocupadas e contribuído para violações aos direitos humanos, além de custar milhões aos cofres públicos. Essas operações se dirigem a comunidades pobres, de maioria populacional negra, ou seja, com caráter discriminatório e seletivo. Sua eficácia para o desmantelamento do crime organizado e redução da violência nunca ficou comprovada”. (Nota do IBCCRIM: Comentários e contrapropostas a intervenção federal no Rio de Janeiro).

Fazer uso de uma intervenção federal militar nesta ocasião foi, além de repressivo, ineficaz, desnecessário, desproporcional.

É notório que a intervenção militar representou a política de segurança pública adotada pelo governo do Rio de Janeiro e em todo o país, com a suposta e danosa expectativa de se obterem melhoras na segurança dos moradores. É mais um exemplo desta guerra que fragmenta os cidadãos, que os categoriza de forma violenta e seletiva.

Em oposição a este populismo punitivo abarcado pelo discurso de Lei e Ordem, a resistência protagonizada por ativistas de direitos humanos e movimentos sociais passa a ser um dos alvos principais deste movimento criminológico, à medida que eles explicitam como o movimento interfere no funcionamento das práticas democráticas e nos direitos civis e políticos dos brasileiros.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SOCIAIS E ATIVISTAS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

São defensores e defensoras de direitos humanos todas as pessoas que, individual ou coletivamente, lutam pelos direitos humanos em suas mais variadas formas: pela vida, por terra

e território, por cultura, por uma vida sem violência, pela liberdade de expressão e informação, pelo direito à manifestação, por liberdades de gênero e sexuais, etc. Suas lutas são de fundamental importância para a concretização de um Estado democrático e de direito, visto que elas escancaram os gargalos existentes em nossa sociedade, que convive pacificamente com gritantes desigualdades econômicas, raciais e de gênero.

No entanto, ao se rebelarem contra *o status quo* e planejarem a construção de um “outro mundo possível”, os defensores e defensoras de direitos humanos passam a figurar como alvos de ameaças, de atentados contra a vida, de violações de domicílio, atividades de inteligência e espionagens fora dos ditames legais.

Assim, perfaz-se um verdadeiro processo de criminalização, que pode ser conceituado, nos dizeres de Frigo e Escrivão Filho (2010, p. 3) como

[...] o ato de atribuir um crime a alguém, a alguma atitude, a uma manifestação. Mas isto não se dá de uma maneira simplificada, quer dizer, não ocorre a partir de uma fala qualquer, isolada e sem repercussão, ou de uma ou outra prisão onde os agentes públicos atribuem a uma prática social uma natureza ilegal. A criminalização se dá através de um processo estruturado de violência física e simbólica, que adquire ares de violência institucional (pública e privada) na medida em que seus agentes se utilizam de suas prerrogativas e funções para atribuir uma natureza essencialmente criminosa às manifestações sociais organizadas, e, a partir daí, sob o argumento de manter a democracia e a ordem, reprimir tais manifestações.

No Brasil, em 2017, foram notificados 71 assassinatos e 227 ameaças de morte proferidas em face de defensores e defensoras de direitos humanos no campo, conforme dados contabilizados pela Comissão Pastoral da Terra. Em apenas um ano, massacres ocorreram nos municípios de Colniza (MT), Vilhena (RO), Pau D’Arco (PA), Lençóis (BA) e Canutama (AM). Os militantes eram posseiros, camponeses, quilombolas e trabalhadores rurais sem terra que cotidianamente lutavam pela concretização de direitos constitucionalmente assegurados, como o acesso à água, à terra e às florestas.

Dentre os suspeitos, são apontados pistoleiros contratados por madeireiros, fazendeiros e as Polícias civil e militar em operação de cumprimento de decisão de reintegração

de posse. No caso de Canatuma, as vítimas já vinham sofrendo ameaças e os cadáveres sequer foram encontrados, tendo as buscas empreendidas pelo Exército, por bombeiros e por policiais civis e militares sido esgotadas sem êxito.

No contexto urbano, o cenário não apresenta melhores perspectivas. Movimentos sociais críticos que tencionam o poder público por melhores condições de moradia, de transporte e de educação convivem com a corriqueira repressão estatal, que a partir de junho de 2013 teve o seu *modus operandi* sofisticado, verificando-se uma verdadeira articulação entre o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário para criminalizar lutas pela efetivação do direito à cidade.

A título de exemplo, urge mencionar a truculência policial encampada pelas forças de segurança pública no cumprimento de decisões de reintegração de posse, como a de Pinheirinho; em protestos liderados pelo Movimento Passe Livre contra aumentos no valor da tarifa de ônibus; o massacre contra professores da rede pública de ensino ocorrido no dia 29 de abril de 2015 no Paraná e a utilização desta mesma lógica de combate aos inimigos em face de estudantes secundaristas, que lutavam contra o projeto de “reorganização escolar” proposto pelo governo paulista.

Na repressão dispensada a pautas críticas e a seus defensores e defensoras, operadores do sistema de justiça, salvo honrosas exceções, corroboram esta lógica de combate ao utilizarem o direito penal para imputar aos ativistas de direitos humanos tipos penais vagos; oferecerem denúncias sem as devidas análises de autoria e materialidade; efetuarem o recebimento destas denúncias e permitirem que os processos em face deles tramitem em desacordo com uma duração razoável do processo, perdurando por muito tempo ou tramitando em um ritmo excessivamente acelerado; utilizarem indevidamente medidas cautelares como a vedação do comparecimento a novos atos de protesto, sem nenhum respaldo legal; dentre outras arbitrariedades.

Na segurança pública, Mingardi (2015, p. 16) defende que no Brasil ainda vigora a visão de policiais como capitães do mato, caçadores de escravos do Império:

Mesmo após a abolição, durante a maior parte do século passado, as classes dominantes contavam com a polícia para proteger seus privilégios, reprimindo manifestações e resmungos dos despossuídos. Só nas últimas décadas é que as instituições policiais começaram a direcionar seus esforços para atuar como protetores do cidadão e da cidadania.

Espera-se, por parte da população, que a polícia continue funcionando como uma guarda pretoriana, distante das camadas pobres da população, e que atue exclusivamente na defesa do “cidadão de bem”, que em regra tende a coincidir com o indivíduo branco, rico, heterossexual e profissionalmente bem sucedido.

Ademais, paira no Brasil uma ausência de democracia real, pois 30 anos nos separam da promulgação da Constituição de 1988 e, neste período, poucos esforços foram realizados no intuito de expandir a participação democrática para além do momento do direito ao voto.

No congresso brasileiro diariamente projetos de lei são formulados buscando estabelecer novos tipos penais e aumentar as penas dos já existentes, de modo que o exercício desta função legislativa parece se dar exclusivamente para fornecer respostas simbólicas às ruas, angariando assim uma parcela significativa de votos de pessoas que entendem que “direitos humanos são para humanos direitos”. Logo que um crime bárbaro é cometido, em questão de dias os legisladores se apressam para recrudescer o tratamento jurídico da questão, negligenciando dados empíricos que apontam para a ineficácia da medida. E dessa forma, conquistam a simpatia popular, que clama por medidas mais enérgicas de combate à criminalidade.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve figurar como guardião da constituição, atuando de forma contramajoritária. No entanto, este poder em nossa região marginal funciona como uma verdadeira “máquina de burocratizar”, aderindo às campanhas por “Lei e Ordem” encampadas pelas agências não judiciais e impondo penas “exemplares”, por meio de expressões moralizantes nas sentenças que publica e de procura de notoriedade pública nas declarações autoritárias que exara (ZAFFARONI, 2014, p. 141).

Não compete a um juiz, portanto, atuar como um agente de segurança pública. Do contrário, a conjuntura de encarceramento em massa, já declarada como um “estado de coisas inconstitucional” na ADPF 347, será recrudescida, de modo a perpetuar as inúmeras violações de direitos humanos básicos que ocorrem nas odiosas câmaras de torturaⁱ que chamamos de prisões.

4. A EXECUÇÃO DE MARIELLE FRANCO E OS SEUS SIGNIFICADOS NO CONTEXTO DE INTERVENÇÃO FEDERAL

O ano de 2018 teve início com a brutal execução de Marielle Franco, defensora de direitos humanos e pesquisadora do atual modelo de segurança pública adotado no Rio de Janeiro. Eleita com uma votação expressiva em sua primeira disputa eleitoral, Marielle fez de seu mandato como vereadora no Rio de Janeiro uma arena na defesa das minorias, encampando diversos projetos legislativos que caminhavam rumo à construção de outro modelo de sociedade: mais justo, menos desigual e com maior visibilidade para as mulheres, à população negra, LGBT e favelada.

Marielle Franco foi mulher, negra, pobre, lésbica e criada no complexo da Maré, no Rio de Janeiro. Aos 11 anos de idade, começou a trabalhar, usando o seu salário para ajudar a pagar os estudos. Aos 19 anos foi mãe e alterou o destino que seria a ela reservado em um país de gritantes desigualdades sociais, matriculando-se no curso de Ciências Sociais na Pontifícia Universidade Católica (PUC – Rio) como bolsista do Programa Universidade para todos (Prouni). Após, concluiu mestrado em Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e tornou-se a 5ª vereadora mais votada do Rio de Janeiro.

Falar sobre Marielle impõe um debate acerca da interseccionalidade que ela representa, pois, conforme dispõe Angela Davis (2016), as estruturas racistas, sexistas e classistas que ordenam nossa sociedade devem ser analisadas de forma interligada, visto que se apresentam em diferentes formas e nuances, sem que necessariamente uma se sobreponha a outra, porque, na verdade, se intercalam.

A figura de Marielle desperta sentimentos antagônicos no imaginário coletivo, transitando entre amor e ódio e empatia e repulsa. A variação nos papéis de “heroína” e “vilã” se dá por ela ser mulher, em uma sociedade patriarcal, na qual o machismo ainda se encontra amplamente enraizado; por ser negra, em um país em que, mesmo após 130 anos da abolição da escravidão, perpetua segregações pelo critério da cor da pele nas disputas por lugares e posições hierárquicas (para uns, as universidades e os condomínios de luxo e para outros, os presídios e as favelas); por ser moradora de periferia, em uma cidade cujas fronteiras geográficas classificam os que terão acesso a serviços de saneamento básico, transporte urbano, lazer e educação; e por ser militante de direitos humanos, em uma sociedade cada vez mais atomizada, que apresenta diversos entraves para a consolidação de uma política emancipatória.

O assassinato de Marielle Franco se deu no dia 14 de março de 2018, data em que as autoras do trabalho se deslocavam para participar do Seminário “Gênero, Feminismos e Sistema de Justiça”, organizado pelo Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH), previsto para os dias 15 e 16 março, cuja participação da vereadora como palestrante estava confirmada. A notícia figurou como um verdadeiro choque moralⁱⁱ, ensejando sentimentos de tristeza e indignação, que nos motivaram a participar de atos de protesto contra a execução de Marielle, na Cinelândia.

Em seu mestrado, Marielle estudava as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) e a política de segurança pública adotada pelo estado do Rio de Janeiro. Ela, por ser moradora de periferia, possuía vivência prática do modelo que se gestava e ousava, por isso, denunciar a barbárie operada sob a justificativa de “pacificação”.

A intervenção federal fora decretada pelo presidente Michel Temer, no dia 16 de fevereiro de 2018, com o intuito de "pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública no Estado do Rio de Janeiro".

No entanto, conforme dados extraídos do relatório da Comissão Popular da Verdade, houve o aumento de 60% no registro de tiroteios e de 28% no número de homicídios noticiados no período de cinco meses de intervenção federal no estado.

Ademais, a intervenção no estado propiciou o recrudescimento de um processo de “militarização da vida” nas comunidades periféricas, no qual as pessoas convivem cotidianamente com a insegurança de serem atingidas por balas perdidas e/ou terem os seus domicílios violados. Tais dados permitem-nos questionar a definição de “ordem pública” adotada pelas forças de segurança e se a intervenção de fato tem sido efetiva em seu objetivo declarado de restabelecer a segurança à população.

No dia 14 de março de 2018, após realizar severas críticas ao 41º Batalhão da Polícia Militar por violações de direitos humanos na favela de Acari, Marielle Franco foi brutalmente assassinada, com três tiros na cabeça e um no pescoço. A sua execução teve um evidente intuito: o de amedrontar defensores e defensoras de direitos humanos e afastá-los de suas lutas.

Sua execução sumária, antes mesmo que se completasse um mês de intervenção federal militar no Rio de Janeiro, ensejou uma onda de *Fake News*ⁱⁱⁱ nas redes sociais, na qual internautas, deputados e operadores do sistema de justiça se utilizaram de falsos argumentos como “Marielle era ex-mulher do traficante Marcinho VP”, “Marielle engravidou aos 16 anos” e “Marielle foi eleita pelo Comando Vermelho” para deslegitimá-la enquanto mulher, mãe, negra, moradora de periferia, lésbica e ativista de direitos humanos.

Contrapondo-se a lógica punitivista hegemônica, Marielle defendia que o uso de drogas, por si só, não causa violência e que a sua proibição enseja uma verdadeira guerra contra pessoas. Esta dinâmica se dá, pois no tráfico, os conflitos de disputa econômica ocorrem à margem do Estado, de modo que meios violentos são utilizados para solucioná-los. Em prol de uma suposta tutela da saúde pública, a clandestinidade do comércio também impede a ocorrência de um controle de qualidade das drogas fornecidas aos usuários e a implementação de políticas de redução de danos, pautadas em uma lógica de diálogo e que busquem romper com o moralismo e a cultura de estigmatização existente.

E nesta tentativa de encontrar culpados para a violência urbana, fomentada pelo discurso de Lei e Ordem, a lógica simplista de classificar pessoas como “bandidos” ou “mocinhos” parece imperar no imaginário dos governantes e da população. Notamos que nesta

procura por bodes expiatórios a violência vivenciada pela população é reduzida ao fenômeno da violência individual, esquecendo-se de outras formas de violência, como a estrutural.

Baratta (1993) caracteriza “violência estrutural” como a forma geral da violência em cujo contexto costuma originar-se, direta ou indiretamente, todas as outras formas de violência. Ela é, em síntese, um sinônimo da injustiça social. Dela se originam demais violências como: a “violência individual”, quando o agente é um único indivíduo; a “violência de grupo”, quando o agente é um grupo social, que por sua vez se serve de indivíduos particulares, como os grupos paramilitares; a “violência institucional”, quando o agente é um órgão do Estado, o Exército ou a polícia, e pode configurar-se conforme as leis vigentes ou, como acontece em muitos casos, ilegalmente.

Ao falar de Marielle, não tratamos apenas de sua presença individualmente considerada. Falamos também de milhares de meninas “Marielles” que nascem e crescem em nossas periferias; que convivem com o medo de serem alvejadas por balas perdidas; de sofrer assédio e estupro ao andarem sozinhas pelas ruas; e que por vezes não conseguem conciliar o trabalho com os estudos, deixando assim de ocupar as cadeiras das universidades.

Os significados da execução de Marielle são múltiplos e simbólicos, principalmente no contexto da intervenção militar e tudo o que esta representa. Trata-se de um estado de alerta, estado de excepcionidades experimentado por esta política criminal que encontra na segurança pública o aval para estas práticas inconstitucionais. Por isso, ainda, é imprescindível que a morte de Marielle e tantas outras e outros sejam apuradas, discutidas, refletidas sob um ponto de vista crítico e profundo.

Assim, afirmamos que a onda de Fake News e a estigmatização da imagem da ativista também são reflexos da criminalização de ativistas de direitos humanos, por meio do controle social informal, dado à margem do Estado, em consonância com a atuação do poder Legislativo e do Sistema de justiça criminal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face ao atual estado de coisas, urge evidenciar esta conjuntura de criminalização de movimentos sociais e de ativistas de direitos humanos e de tomar medidas positivas no sentido de protegê-los. Dentre as medidas, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) entende como necessárias, em síntese:

a) uma maior valorização do papel dos defensores e defensoras de direitos humanos; b) a prevenção do uso ou adoção de leis e políticas contrárias aos parâmetros de direito internacional; c) uma atuação adequada dos operadores do sistema de justiça e de acordo com os parâmetros internacionais de direitos humanos no sistema de justiça interno; d) evitar violações a duração razoável dos processos; e) rechaçar detenções arbitrárias; f) erradicar a utilização indevida de medidas cautelares; g) a adoção de respostas imediatas em face do processo de criminalização, como o arquivamento de denúncias, o início de processos disciplinares para aferir a autoria dos violadores, etc.

Entendemos como de fundamental importância um maior aperfeiçoamento da Política e do Programa Nacional de Proteção às Defensoras e Defensores de Direitos Humanos (PPDDH), visando a articulação de políticas públicas que se mostrem capazes de amparar ativistas que se encontrem em situações de risco e fomentar campanhas nacionais, estaduais e municipais no intuito de alterar o paradigma vigente que identifica ativistas de direitos humanos como vândalos, desordeiros e inimigos a serem erradicados e combatidos.

Para além do incremento de programas de proteção de ativistas, faz-se necessário democratizar o sistema de justiça, erradicando a influência do discurso de Lei e Ordem importado para o Brasil na segurança pública. Urge coragem para confrontar pautas populistas punitivas autoritárias, eficazes no intuito de angariar votos, mas carentes de êxito em seus objetivos declarados de controle da criminalidade.

Apenas com a construção de novos paradigmas de segurança pública cidadã é que avançaremos rumo à erradicação da criminalização de movimentos sociais e ativistas de direitos humanos e na construção de sociedades livres, justas e solidárias para que Marielles floresçam pelo país, exercendo liberdades fundamentais como as de expressão e manifestação a elas asseguradas.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, trad. de Juarez Cirino dos Santos, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 44-61., abr./jun. 1993. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=51845>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, ano 7, nº 12, p. 271-288, 2º semestre de 2002. Acesso em: 24 set.2018

BATISTA, Nilo. A Lei como Pai/Law as Pater. Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 2 no.3, janeiro 2010, p. 20-38. Acesso em: 5 jul.2018.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. A arquitetura do medo. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 99-106., 2002. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=61007>. Acesso em: 5 jul. 2018.

Comentários e propostas a intervenção federal no Rio de Janeiro: Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14299-Nota-do-IBCCRIM-Comentarios-e-contrapropostas-a-intervencao-federal-no-Rio-de-Janeiro>>. Acesso em: 25 set.2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Relatório sobre a criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/criminalizacao2016.pdf>>. Acesso: 05 jul. 2018.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA (CPT) Relatório Conflitos no Campo – 2017. Disponível em: < <https://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes-2/conflitos-no-campo-brasil>>. Acesso: 05 jul. 2018.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; Carvalho, Edward. Teoria das janelas quebradas: e se a pedra vem de dentro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 11, p. 23-29, 2003. Acesso em: 24 set.2018

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Indignos de vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

DAVIS, Angela. Mulheres, raça e classe. Tradução Hací Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUARTE, Tais Lemos. Lei e Ordem para quem? Ações com o mote surgem para garantir "segurança", mas cerceiam liberdades individuais e direitos. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/20/politica/1484935133_448577.html. Acesso em: 25 set.2018.

FRAGOSO, Cristiano Falk. BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche; BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Reflexões criminológicas e dogmáticas acerca do crime de desobediência. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

FRIGO, Darci; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio. A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de Direito serve o sistema de justiça? Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2010/05/Artigo-CPT-2010-Frigo-e-Escriv%C3%A3o.pdf>>. Acesso: 04 jul. 2018.

JASPER, James M. Protesto: uma introdução aos movimentos sociais. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

MELLIM FILHO, Oscar. Criminalização e seleção no sistema judiciário penal. 1 ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MENDES, Igor. A pequena prisão. 1 ed. São Paulo: n-1 edições, 2017.

MINGUARDI, Guaracy. Apresentação. In: Bala Perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação. São Paulo, Boitempo, 2015.

NEDER, Gislene. Absolutismo e punição. In: Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A mídia e a lei da mordada. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 94, set. 2000.

TERRA DE DIREITOS. Relatório Vidas em Luta. Disponível em: <http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2017/07/2017Vidas_em_Luta.pdf>. Acesso: 05 jul. 2018.

WACQUANT, Loïc. As Prisões da Miséria, trad. de André Telles, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ⁱ Expressão utilizada por Igor Mendes (2017) no livro “A pequena prisão”.

ⁱⁱ Expressão utilizada por Jasper, definida como um sentimento inquietante, perturbador, que surge quando acontece alguma coisa que lhe mostra que o mundo não é como você pensava, que um problema é mais grave do que você tinha imaginado. Ele promove um abalo no senso de realidade e normalidade e enseja uma profunda avaliação da vida e de determinados valores. Nestas situações de indignação e desespero, por vezes a ação política se mostra uma resposta efetiva e os afetados decidem fazer alguma coisa, por pouco que seja, pois parece melhor do que não fazer nada. (JASPER, 2016, p. 124).

ⁱⁱⁱ *Fake news* são as informações noticiosas que não representam a realidade. Normalmente, objetiva criar uma polêmica em torno de uma situação ou pessoa. É bastante grave o uso de mentiras como forma de desinformação e o quanto elas podem influenciar a opinião das pessoas. O tema, por essa razão, vem sendo discutido em diversas esferas, do Tribunal Superior Eleitoral ao Congresso Nacional e cresce significativamente no Brasil e no mundo por conta da explosão de informações que podem ser geradas ou compartilhadas nas redes sociais.

**TRÁFICO DE DROGAS: SELETIVIDADE COMO REGRA E JURIDICIDADE
COMO EXCEÇÃO**

Pedro Machado de Melo Romano

Advogado, especialista em Ciências Penais e
Mestre em Sociologia pela UFMG. pedromeloromano@yahoo.com.br

Bráulio Alves Figueiredo da Silva

Professor do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFMG. braulio.fas@gmail.com

Resumo: Trata-se o presente trabalho de averiguar sobre a legitimidade da questão do encarceramento de pequenos traficantes, que seriam no máximo condenados por tráfico privilegiado, uma espécie de tráfico de drogas de menor gravidade, que não possui natureza de crime hediondo, e as razões burocráticas, macrossociais e extrajurídicas que poderiam explicar o massivo encarceramento por tráfico de drogas, crime atualmente responsável pelo maior número de pessoas presas no Brasil. Para tanto foi utilizado como recurso metodológico o sincretismo de técnicas quantitativas e qualitativas, e como marco teórico a sobreposição analítica da teoria foucaultiana do poder, a sociologia bourdeusiana, a questão da burocracia weberiana, de um lado, e a teoria da ação comunicativa habermasiana de outro, no sentido de investigar se ainda, em face de um contexto de exceção, existe possibilidade de desenvolvimento argumentativo no ambiente processual e jurídico de processamento do tráfico de drogas.

Palavras-Chave: seletividade, burocracia, justiça em linha de montagem

Abstract: This is the present study of the question of the imprisonment of small traffickers, who would at most be condemned for privileged trafficking, a kind of drug trafficking of lesser gravity and that does not have nature of heinous crime, and the bureaucratic, macrossocial reasons and extra-juridical factors that could explain the massive incarceration for drug trafficking, a crime currently responsible for the largest number of people arrested in Brazil. For this, the syncretism of quantitative and qualitative techniques was used as a methodological

resource, and as a theoretical framework the analytical overlap of Foucault's theory of power, Bourgeois sociology, the question of Weberian bureaucracy on the one hand, and the Habermasian communicative action theory of the other, in the sense of investigating whether, in the context of an exception, there is a possibility of argumentative development in the procedural and legal environment of processing drug trafficking.

Keywords: selectivity, bureaucracy, assembly line justice

1. Introdução

Nos últimos anos, estamos presenciando grande expansão do sistema penal. O Brasil já possui a terceira maior população carcerária do planeta (Infopen, 2017), e nas duas últimas décadas, vem apresentando sempre crescimento em sua população prisional. Correlativamente a este cenário, o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera no Brasil. Apesar de ser equiparado a crime hediondo, nos termos do art. 5º XLIII da Constituição Federal e da Lei nº 8.072/90, Lei dos Crimes Hediondos, as condutas relacionadas ao tráfico de drogas possuem gradação de gravidade que varia muito, principalmente pela existência do chamado tráfico privilegiadoⁱ, em que o acusado pode diminuir até 2/3 de sua pena caso seja primário e caso não participe de organizações criminosas. Em comparação com o tráfico de drogas comum, tipificado pelo art. 33 da Lei de Drogas, o tráfico de drogas privilegiado é conduta muito menos grave, e em muitos casos, gera condenações que não acarretam prisões, pois são estabelecidas em patamares inferiores a 04 anosⁱⁱ, o que dá o direito ao acusado de substituir a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal. Também é preciso colocar que o tráfico privilegiado não é crime hediondo, conforme decidiu recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF)ⁱⁱⁱ.

Diante desta diferença de gravidade entre as duas condutas mencionadas e relativas ao tráfico de drogas, e em face também da informação já exposta de que o tráfico de drogas é o crime que mais encarcera no Brasil, chega-se a pergunta de pesquisa, que este artigo visa responder: esse contingente que está sendo enviado à prisão por tráfico de drogas, poderia estar livre, em virtude de uma possível desclassificação para o tráfico privilegiado, sendo que o encarceramento ou não deste contingente seria decorrente de uma estrutura burocrática articulada das agências de

repressão penal? Pois em face do massivo encarceramento, é possível se pensar que exista um mecanismo de atuação entre as agências de repressão penal, para tornar possível esse massivo encarceramento. Kant de Lima (2008) aduz sobre essa articulação entre as instituições. Segundo sua visão, existe uma maneira de atuar que tornam possíveis esses resultados.

Para responder a esta pergunta de pesquisa, é fundamental indagar acerca da prisão em flagrante delito, porque ao prender em flagrante delito por tráfico de drogas, como bem ressalta Romano (2015), o policial no contexto das ruas não aplica o flagrante por tráfico privilegiado, apenas aplica o flagrante por tráfico de drogas^{iv}. A definição ou não da condenação por tráfico privilegiado só ocorre após a sentença de primeira instância (passível de recurso, é claro). Portanto, é bem provável, e constitui a hipótese de pesquisa do presente trabalho, que elevado contingente esteja preso provisoriamente por intermédio das prisões em flagrante/preventiva, mas que ao final do processo boa parte desse contingente seja condenado apenas por tráfico privilegiado, não cumprindo sequer pena privativa de liberdade. Isso mostra como o sistema pode ser contraditório, e pode também ilustrar como o encarceramento por tráfico de drogas pode ser desnecessário e atuar como o grande vilão da hipertrofia do sistema penitenciário.

A partir da pergunta de pesquisa delineada acima, chega-se ao objetivo deste estudo: este artigo visa confrontar uma pesquisa empírica realizada pelo CRISP^v (Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública) sobre as Audiências de Custódia^{vi}, intitulada, “Audiências de Custódia em Belo Horizonte: um panorama” e um caso específico de uma sustentação oral realizada por um advogado no âmbito de um recurso de apelação específico, que visava a desclassificação da acusação de tráfico de drogas (art.33 da Lei 11.343/2006) para tráfico privilegiado (art. 33§4º da mesma lei). Este recurso de Apelação em específico se referia a um acusado condenado em primeira instância por tráfico de drogas. Tal procedimento foi realizado justamente para averiguar acerca do aprisionamento de acusados por tráfico privilegiado, que poderiam de maneira juridicamente legítima não estarem encarcerados.

A comparação dos dados da pesquisa do CRISP, que mostra tendência do Poder Judiciário em não libertar os acusados flagrados por tráfico de drogas, com um caso específico em que uma sustentação oral foi responsável pela diminuição do rigor jurídico de uma condenação excessiva

e arbitrária, visa mostrar justamente como o discurso jurídico de neutralidade quando se trata de tráfico de drogas se efetiva apenas como exceção, e não como regra.

No caso específico trabalhado neste artigo, o acusado havia sido sentenciado a 6 anos de prisão por tráfico de drogas, art. 33 da Lei de Drogas, sendo refutado em primeira instância seu pedido para a desclassificação por tráfico de drogas. A magistrada de primeira instância fundamentou a sentença apenas na quantidade de drogas apreendida (1049g de maconha), considerou elevada. O acusado não tinha antecedentes criminais, não era reincidente, e não havia no processo qualquer vestígio que apontasse para sua participação em organização criminosa, somente a quantidade de drogas. Assim, o pedido de desclassificação de tráfico de drogas comum para tráfico privilegiado foi negado somente pela quantidade de drogas apreendida. No recurso de apelação, o advogado utilizou a sustentação oral^{vii}, ato previsto na norma processual, em que solicita oralmente, perante a Câmara Criminal, o provimento do recurso, alegando suas razões para tanto^{viii}. Foi somente neste último momento, da sustentação oral, que diante das palavras do advogado, os desembargadores pediram vista do processo, e duas semanas depois deram provimento ao recurso para desclassificar o crime de tráfico de drogas comum para o tráfico de drogas privilegiado.

A partir deste resultado, foi realizada a transcrição integral da sustentação do oral do advogado, trabalhando-se com a metodologia qualitativa de análise documental para mostrar o que este profissional precisou fazer para que os magistrados revissem suas posições e pedissem vista do processo. Mediante análise documental desta transcrição foi demonstrada qual a estratégia que fez com que o advogado convencesse os magistrados. Posteriormente foi realizada uma confrontação com os dados empíricos coletados na pesquisa do CRISP, aqui modulados para a constituição de uma variável resposta *var_dep*, que divide os casos da amostra entre (0-não soltura e 1-soltura) dos acusados, e de uma variável explicativa designada *var_indep*, que divide os casos da amostra em 0- outros crimes e 1-tráfico de drogas. A partir de então foram feitas as análises bivariadas juntamente com os testes qui-quadrado para avaliar se o Poder Judiciário é ou não mais rigoroso no sentido de manter a prisão em flagrante por tráfico de drogas quando em comparação com os flagrantes por outros crimes. Os resultados desta etapa quantitativa foram então comparados com o caso específico trabalhado aqui, etapa qualitativa, referente a

este momento mais avançado do procedimento penal (recurso de apelação), mas que pode ilustrar o tratamento padronizado e punitivo dado pelo Poder Judiciário aos acusados por tráfico de drogas, em detrimento de seus direitos fundamentais.

2. Resultados

2.1 Etapa qualitativa

A análise documental da sustentação oral do advogado, no caso específico de um acusado por tráfico de drogas que havia sido condenado a 6 anos de reclusão pelo art. 33 da Lei de Drogas, foi responsável pelas primeiras conclusões da pesquisa. Foi a sustentação oral do advogado que fez os desembargadores da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais pedirem vista do processo e desclassificarem o delito de tráfico de drogas comum para tráfico de drogas privilegiado. No montante da pena, houve pouca modificação, pois caiu somente de 06 anos para 05 anos de reclusão, mas a significação jurídica dessa mudança foi grande. Com a desclassificação o acusado teve o seu regime de execução provisória modificado, condenado por um crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas) para outro que não é hediondo^{ix}, mas tão somente um crime comum (tráfico de drogas privilegiado). A mudança desse status, fez com que o lapso temporal para a progressão de regime fosse alterado, assim como o regime inicial de cumprimento de pena: o regime de cumprimento foi alterado do fechado para o semiaberto (art. 33 do CP) e o lapso de progressão de regime passou de 2/5 da pena para 1/6, o que possibilitou a progressão imediata do regime semiaberto para o regime aberto de cumprimento de pena. Assim, com essa decisão o acusado foi solto, saindo do cárcere, mesmo com a condenação sendo mantida.

Os argumentos utilizados pelo advogado que serão esmiuçados durante a apresentação oral, se resumiram a duas categorias:

1. Os elementos dos autos apontavam integralmente para a inexistência de provas de que o acusado participava de qualquer organização criminosa.

2. A única prova apontada pelo magistrado de primeira instância de que o acusado participava de eventual organização criminosa foi a quantidade de drogas apreendida (1049g de maconha)

A partir da segunda argumentação, o advogado utilizou a estratégia de mostrar que a quantidade de drogas apreendida não era prova suficiente para demonstrar que o acusado era membro de organização criminosa. Para tanto utilizou de dois eixos argumentativos principais:

1. Que a quantidade de drogas (1049g), mesmo que não fosse pequena, também não era monumental. Não era uma “caminhão” carregado com droga. Ao contrário, 1049g de maconha representa quantidade possível do acusado levar com apenas uma mão.
2. Todos os outros elementos mostram que não obstante a quantidade de drogas, o acusado agiu somente para conseguir alguma renda. A droga não lhe pertencia, e estava guardando-a a pedido de um traficante, em troca de R\$2.000,00 (dois mil reais). Não estava armado, sendo que com ele foram apreendidos apenas munições, sem armas. Não fugiu quando foi abordado por policiais, até mesmo levou os policiais para a sua casa e mostrou onde estava guardada a droga com as munições.

Diante de todo esse arcabouço argumentativo aqui esquadrinhado, os desembargadores pediram vista dos autos e duas semanas depois deram provimento ao recurso de apelação para transformar o tráfico de drogas em tráfico privilegiado e diminuir a pena de 06 anos de reclusão para 05 anos de reclusão para o tráfico de drogas^x (a pena pelo porte de armas continuou a mesma).

Abaixo seguem alguns excertos transcritos da sustentação oral realizada pelo advogado.

“ gostaria de pedir a vossas excelências que à aliada corriqueira sabedoria jurídica que vem expressada ao longo dos anos, atitude profissional escorreita, gostaria de pedir um plus a mais de sensibilidade para lidar com essa questão, porque ela parece ser uma coisa, mas é outra... “

Neste excerto da sustentação oral o advogado tenta mostrar que o caso é enganoso, aparenta ser uma coisa, mas de fato é outra, e argumenta no sentido de explicar para os desembargadores da Câmara Criminal que se analisado com mais cuidado, facilmente pode ser percebido o equívoco. Inclusive, essa estratégia é acentuada pelo advogado, dizendo que os magistrados precisam de um “*plus* a mais de sensibilidade” para saírem da situação de erro, e enxergarem o engodo, reparando uma situação que não deveria ter chegado à segunda instância caso fosse tratada com o devido zelo. O advogado explora a questão burocrática aqui, não diretamente, mas de maneira sutil, mostrando que se o caso for tratado de maneira burocrática, com a atenção devida, é fácil incorrer em erro.

“existe um claro e inequívoco excesso nesta sentença de primeira instância”

Logo em seguida, o advogado aponta que o erro é claro, indubitável, não obstante a sutileza do caso. Ele, com isso, mostra a plausibilidade de que um caso com um grave equívoco tenha passado pela primeira instância sem que o magistrado competente fosse capaz de percebê-lo.

“foram apreendidas 1049 gramas de droga, reconhecemos em todos os momentos que não é uma quantidade pequena, porém não é também uma quantidade muito grande, não é um caminhão de droga”

Aqui a estratégia do advogado foi reconhecer que as 1049g de cocaína apreendidas não se tratam mesmo de pequena quantitativa. O advogado reconhece, de fato, que se trata de grande quantidade de droga. Mas como ressalva, enfatiza essa questão, de que não é uma quantidade muito grande, exageradamente grande. Para expressar essa ideia, utiliza da metáfora do “caminhão de droga”, mostrando que pouco mais de 1kg de maconha está longe de ser um “caminhão de droga”.

“a magistrada de primeira instancia sentenciou considerando que se trata de um caminhão de droga”

Aqui o advogado tenta atuar de maneira assertiva, encadeando o raciocínio deste excerto com a última fala. Depois de dizer que a quantidade de droga apreendida não é exageradamente grande, emenda dizendo, sem rodeios, que a magistrada de primeira instância sentenciou o acusado justamente considerando, erroneamente, que se tratava de um “caminhão de droga”.

“justificou esse não reconhecimento tão somente pela quantidade de drogas apreendida esquecendo de todos os outros detalhes circunstanciais, idiosincrasias e peculiaridades dos autos, que mostram inequivocamente que o recorrente não é traficante perigoso e não participa de organizações criminosas”

Aqui o advogado reitera que aplicou uma situação mais gravosa ao acusado (o condenado por tráfico de drogas e não tráfico de drogas privilegiado) somente pela quantidade de drogas apreendida. Traz com essa argumentação aquela outra de que a quantidade não é pequena, mas não se trata de um caminhão de droga. Já faz o nexo entre a fundamentação da magistrada com a errônea avaliação da quantidade de droga. Mostra que a fundamentação se sustentou em um equívoco. E para fortalecer esse argumento, apresenta a distinção entre o que a lei define como traficante, e o que o senso comum, o imaginário coletivo, supostamente definem como traficante. A estratégia utilizada foi esta, comparar essas duas visões que podem por um descuido ficarem indistintas. O advogado mostra que o acusado não era traficante perigoso, no sentido moral, e não no sentido técnico, do que a lei considera formalmente traficante. O advogado mostra que o acusado não se enquadra no perfil com que o imaginário coletivo enxerga o traficante. Neste sentido, mostra que o acusado não vende a droga, e que também não participa de organização criminosa. Afasta do acusado o estereótipo de traficante, depois de anteriormente ter reconhecido que a quantidade de drogas não era pequena. Fazendo isso, desvincula a associação automática entre quantidades médias a grande de droga e periculosidade do traficante. Tenta neste excerto, desconstruir a associação equivocada que a

magistrada de primeira instância fez, explicitando que ela o fez por um preconceito sem qualquer embasamento jurídico ou legal.

“um quilo e quarenta gramas de drogas cabe na minha mão... é uma quantidade grande mas não é um caminhão de drogas... tão somente por isso ela denegou um direito subjetivo do réu... elevando sobremaneira sua pena...”

Novamente o advogado foca na questão da quantidade de droga. Mostra assim que essa é a questão essencial ao caso concreto. Acrescenta expressividade com o exemplo de que pouco mais de um quilo de droga “cabe” na palma de sua mão. Pega os detalhes dos autos e dá vida para eles, expande as gradações estanques que possibilitam o atuar burocrático. Um quilo de droga é diferente de um caminhão de droga, essa é a ideia que o advogado quer mostrar, que por algum motivo, a magistrada de primeira instância não enxergou, e que possivelmente os desembargadores também não estavam enxergando.

“por isso temos que diferenciar a gravidade, temos que primeiramente ter em conta que o recorrente não foi pego vendendo drogas, ele não estava vendendo drogas, as 1040g de drogas não eram de sua propriedade”

Outra cisão do senso comum que o advogado faz. O senso comum acredita que traficante, são aqueles que vendem drogas ilícitas, com o objetivo de auferir lucros, de enriquecer às custas das tragédias alheias, conforme bem ressalta D’ Elia Filho (2007). Mas na lei, isso não é necessariamente correto. O art. 33^{xi} possui 19 verbos, não somente vender, mas “guardar”, “ter em depósito”, “levar consigo”, “oferecer” drogas ilícitas, já tornam suficientes situações para que o tráfico de drogas fique caracterizado. A pessoa pode ser acusada por tráfico de drogas sem estar vendendo a droga, isso seria legalmente legítimo. Inclusive, no art. 33 da Lei 11.343/06, o artigo que tipifica o tráfico de drogas, existe a expressão “ainda que gratuitamente”, de modo que nem mesmo é necessário que haja o intuito de lucro. A lei brasileira considera tráfico tudo que está no entorno do submundo das drogas, mesmo que o agente não venda diretamente a substância, e até mesmo pode ser considerado traficante se age

gratuitamente, sem sequer receber qualquer remuneração para assim agir. Com uma definição tão ampla, obviamente “fogueteiros”, “mulas” e etc podem legitimamente serem considerados traficantes, como bem preceitua D’Elia Filho (2007). O que o advogado fez aqui foi mostrar que dentro da definição legal “tráfico de drogas”, existe uma multiplicidade de condutas diferentes, de gravidades diferentes. No caso, o advogado mostrou que o acusado não vendia a droga, que sequer a droga lhe pertencia, mas tão somente estava guardando a substância ilícita, mediante remuneração de R\$2.000 mil reais, porque estava precisando do dinheiro.

“sendo que 1040g de drogas valem muito mais que mil reais, o que prova que o recorrente não é traficante perigoso”

Aqui o advogado explicita que o valor de 1049g de cocaína é muito maior do que R\$2.000 reais, colocando mais um exemplo para ilustrar como a sentença de primeira instância trabalhou com conceitos compartimentados, sem problematizar o que os fatos do caso concreto mostravam. O acusado estava guardando a droga por dois mil reais, mas a droga não era de sua propriedade, e todos os elementos dos autos apontavam para isso. O advogado mostra aqui que a magistrada de primeira instância considerou uma quantidade de droga um pouco acima de média para negar ao acusado qualquer atenuante, para aplicar as mais rigorosas punições e sobretudo para ignorar a desclassificação do tráfico comum para o tráfico privilegiado, mas não se manifestou em nenhum momento para algo que era essencial ao processo: a droga não era do acusado, o dinheiro com o seu comércio não ficaria com ele, e a quantia em dinheiro que ele ganhou para guardar a droga era ínfima em comparação com o valor da droga que guardava.

“o recorrente é na verdade, a expressão coloquial que se usa, ‘mula’, ele está no entorno... ele fez isso porque ele precisava do dinheiro, a situação do país é complicada.. não tem empregos pra todo mundo...”

Depois de desconstruir a unívoca fundamentação da magistrada de primeira instância, que só considerou num amplo universo de fatos, a quantidade de droga, e ainda sim quando a situação concreta apontava para uma quantidade ligeiramente superior à média, o advogado mostra a narrativa mais provável diante do contexto fático. O acusado se tratava justamente do que se

chama por “mula”, expressão designada, como aduz D’Elia Filho (2007), para se referir àqueles que exercem funções subalternas no tráfico, em troca de pífias remunerações, que são facilmente substituídos, e que na maioria vezes se envolvem nesse mundo pela mais pronta impossibilidade de adentrar no mercado de trabalho. Diante disso, o acusado poderia perfeitamente ter a conduta desclassificada para o tráfico de drogas, não havia nenhuma prova de que participasse de qualquer organização criminosa, era primário, jovem, não havia nenhuma legitimidade jurídica para condená-lo por tráfico comum. Tão somente pela quantidade de droga, que nem era tão grande assim, todos os fatos do caso concreto passaram nada menos do que despercebidos pela magistrada de primeira instância, que sequer os mencionou, e provavelmente passariam despercebidos pelos desembargadores da Câmara Criminal, que entorpecidos por uma fundamentação burocrática e unidirecional, não estavam problematizando o caso como ele deveria ser problematizado. Foi preciso que o advogado, no último momento do processo penal, através da fala, utilizando de diversas estratégias para fazer os magistrados saírem da “bolha burocrática” em que estavam inseridos, que atentassem para algo que era nada menos do que óbvio. Certamente, se o advogado não fizesse a sustentação oral, e não fosse loquaz nessa sustentação oral, o acusado teria o recurso negado, e continuaria condenado por tráfico comum, crime equiparado a hediondo. Foi somente depois da sustentação oral do advogado que os desembargadores da Câmara pediram vista do processo e acataram o recurso de apelação, desclassificando o crime, do tráfico comum para o tráfico de drogas.

A questão burocrática da “justiça em linha de montagem”, apontada por Saponi (1995), parece se amoldar a este caso específico. Em virtude do princípio da eficiência, a questão argumentativa do direito, uma questão habermasiana, perde sentido em face de conceitos compartimentados que não problematizam o caso concreto, e apenas replicam esses conceitos de maneira burocrática. O poder burocrático asfixia a construção da argumentação, e faz com que os agentes públicos, juízes de direito regularmente investidos nesta função, atuem de maneira automática. A transcrição da sustentação oral do advogado mostra claramente que eram de fácil cognição os elementos do processo que mostravam a desproporção da pena aplicada e a condenação mais gravosa ao acusado. Mesmo assim, a magistrada de primeira instância se fixou na categoria compartimentada da suposta elevada quantidade de droga, e assim estavam

fazendo também os desembargadores da Câmara Criminal. Foi preciso que o advogado utilizasse a fala, para mostrar uma situação que somente por média cognição, já tornaria possível chegar a um consenso sobre solução jurídica dialeticamente construída para caso, que respeitasse o ordenamento jurídico e o devido processo legal.

2.2) Etapa quantitativa

Os resultados da análise bivariada entre a variável explicativa, *var_indep*, que divide os casos da amostra em 0-flagrantes por outros crimes e 1- flagrantes por tráfico de drogas, e a variável resposta, *var_dep*, que divide os casos da amostra em 0-não soltura e 1-soltura, mostra que o percentual de acusados por tráfico que não são soltos é muito maior do que o mesmo percentual para os outros crimes (72,6% X 48,9%). O teste qui-quadrado que apresentou valor sig=0,000 autoriza rejeitar a H_0 (hipótese nula) de não associação entre as variáveis, e acatar a H_1 (hipótese alternativa) de associação positiva entre as mesmas. Isso mostra que o tipo de crime influencia na soltura ou do acusado, após sua prisão em flagrante. E a estatística descritiva mostra também que é consideravelmente mais difícil um acusado ser libertado quando se trata de tráfico de drogas do que quando se trata de outros crimes.

Os resultados desta etapa quantitativa apontam para maior severidade no trato com o tráfico de drogas, no primeiro momento de interseção entre as principais agências de repressão penal, a polícia e o Poder Judiciário, representado pela prisão em flagrante. Pela diferença estatística existente no que tange a manutenção da prisão em flagrante (transformação em prisão preventiva) entre o tráfico de drogas e os outros crimes, explicitam a plausibilidade de encarceramento de acusados que posteriormente serão no máximo condenados por tráfico privilegiado, e que mesmo assim ficam presos em face das prisões provisórias, flagrante/preventiva. Pela altíssima taxa de conversão do flagrante em prisão preventiva, 72,6%, somado ao resultado do teste qui-quadrado, torna evidente o aprisionamento de pequenos traficantes não participantes de organizações criminosas, cujo encarceramento é desnecessário e juridicamente equivocado, e que, como ressalta Teixeira (2015), uma vez no interior do ambiente carcerário, são facilmente cooptados pelo crime organizado.

Quadro 1- Distribuição da variável resposta, var_dep (soltura-1 não soltura-0) e var_indep (tráfico-1 e não tráfico-0)

| | TRÁFICO | NÃO TRÁFICO |
|--------------------|----------------|--------------------|
| SOLTURA | 45 (27,4%) | 119 (72,6%) |
| NÃO SOLTURA | 338 (51,10%) | 323 (48,90%) |

3. Discussão teórica

A partir dos resultados, opta-se por trabalhar com uma discussão teórica que ilumine essa perspectiva de massificação de incriminação dos acusados por tráfico de drogas, apontada pela etapa quantitativa, e a chance escondida, como exceção, de uma discussão dialética mostrada pela etapa qualitativa, quando do último momento do procedimento que avalia o mérito da acusação criminal (a sustentação oral de segunda instância). Para tanto, é bastante sugestivo para este trabalho comparar uma visão respaldada nos pensamentos de Michel Foucault (1978, 2005), Bourdieu (1989), Saporì (1995) por um lado, e a questão da comunicação para a consolidação do direito e da democracia apontada por Habermas (1996, 1997), do outro.

As 3 primeiras visões mostram o discurso jurídico sendo deslegitimado em seus pressupostos fundamentais. Foucault (1978) coloca a questão do poder, oculta ao discurso jurídico, mas que seria o principal móvel das decisões judiciais condenatórias, como um aval do Poder Judiciário à ação policial que selecionou os acusados embasada no poder disciplinar de normalização dos inadaptados. Foucault (1978), em *Vigiar e Punir*, mostra como a punição se desloca da transgressão para o próprio sujeito, na passagem do Antigo Regime para as formas liberais burguesas de organização do Estado. Neste sentido, explicita como gradativamente o sistema repressivo, legitimado pela manutenção do *status quo*, vai se transformando conforme os novos remanejamentos do contexto global de poder. Quando ainda no Antigo Regime, uma conduta transgressora representava sobretudo uma agressão ao rei, uma afronta ao soberano. Para reparar essa afronta, era preciso sobretudo produzir dor no corpo do transgressor, porque a punição representava a vingança do rei. Daí os espetáculos de suplício, em que a quantidade de dor era devidamente esquadrihada, no sentido de se maximizar sua intensidade, como símbolo

correlativo da força do rei. Essa realidade gradativamente começou a mudar já no final do Século XVIII, e os suplícios foram perdendo força, até serem definitivamente eliminados na primeira metade do Século XIX. E Foucault (1978) ressalta neste ponto que a eliminação dos suplícios não se deu como resultado do iluminismo racional, de uma tomada de consciência sobre aspectos humanos, mas somente por uma nova forma de administração do poder. Não era necessário produzir dor no corpo, pois a partir deste momento, o corpo, ainda que importante, foi se tornando coadjuvante. A reprimenda penal passou a almejar controlar a alma, e não o corpo. Porque o ideal neste momento não era a vingança, mas a produção, a questão da disciplina burguesa. Para tanto passou a ser necessário o cultivo da disciplina. O poder toma então a forma de poder disciplinar. Não importa a conduta em si, mas o criminoso. São seus hábitos que precisam de controle, que precisam de disciplina. A questão principal da reprimenda passa ser a normalização, e a prisão surge neste contexto.

Em *Verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault (2005), descreve a gênese das prisões como modernamente ficaram conhecidas. Eram, antes das revoluções burguesas, procedimentos administrativos, e que não detinham nenhuma natureza penal. Somente a partir do final do Século XVIII é que passaram gradativamente a tomarem espaço como medida de repressão penal, até tomarem a forma hegemônica de punição que é majoritariamente aplicada na contemporaneidade no mundo ocidental. A partir dessas considerações, Foucault (2005) elabora uma espécie de genealogia da construção da verdade jurídica, enfatizando a questão nietzschiana da verdade destituída de aspectos metafísicos. É através da temática nietzschiana que Foucault explicita a visão de verdade como de disputa, como “vontade de poder”, que retira portanto o aspecto ontológico da “verdade”. A partir dessa questão, Foucault mostra por uma releitura da tragédia Édipo-Rei, de Sófocles, como a profecia de que o filho do rei, Édipo, mataria seu próprio pai, Laio, e se casaria com sua mãe, Jocasta. A questão da verdade, da busca da verdade nesta trama, sob a ótica foucaultiana, está umbilicalmente atrelada ao poder, à vontade de poder, de manter o próprio poder, está vinculada sobretudo ao reino e sua preservação. Sob a leitura foucaultiana, a busca pela verdade da saga de Édipo esconde nos bastidores a própria legitimação de seu poder como rei, e da luta para assim mantê-lo, em oposição a uma profecia. O embrião do inquérito penal, sob a ótica foucaultiana, está aí, numa busca de reconstrução fática para se contrapor a uma profecia divina. Na idade média, pelo

direito medieval, ainda passa pelo chamado “sistema de provas”, em que o litígio é resolvido por meio de uma prova de resistência, e não por questões argumentativas. Sob esse sistema, provado está o fato defendido pelo sujeito que com os pés descalços atravessa um caminho em brasas. O direito medieval legitimava a busca da verdade por essa prova de resistência. O inquérito modernamente construído nasce daí, mas com um discurso diferentemente construído, de argumentação e ênfase na verdade objetiva. Novamente a visão foucaultiana explicita como a busca pela verdade não é produto de um viés iluminista de tomada de consciência e humanização do direito, mas como precipuamente atrelada às lutas por poder.

A dimensão objetiva, oriunda de uma questão normativa alheia e acima dos litigantes, é contestada a todo momento pela ótica foucaultiana no processo de construção da verdade jurídica. O que se encontra em oposição à questão dialética da comunicação habermasiana, pois em Habermas (1996, 1997) a dimensão objetiva, a dimensão da solução mais racional é alcançada pela comunicação, pela troca de intersubjetividades. Uma oposição à questão foucaultiana, e sua visão de verdade atrelada à influência nietzschiana da verdade como vontade de poder. A chave analítica habermasiana se opõe a essa ideia, enfatizando que no processo de comunicação pode-se alcançar dimensões objetivas que não estão somente atreladas às disputas por poder, mas também à construção de verdades coletivas alcançadas com o selo da argumentação dialética, mediadas por meio da comunicação, sobretudo por meio da linguagem. Tavares et. al (2015) explicita a cisão entre “mundo da vida” e “sistema” no pensamento de Habermas, enquanto o “sistema” representaria o espaço da agência individual centrada no próprio interesse, o “mundo da vida” representaria o espaço em que seria possível a comunicação, a questão intersubjetiva, o consenso sobre objetivos coletivos, o espaço de liberdade. A possibilidade argumentativa estaria situada no mundo da vida, em que, por intermédio da linguagem, os sujeitos poderiam chegar a soluções racionais, que não representassem exclusivamente suas paixões e interesses individuais, mas o interesse público, e “público” aqui, na acepção habermasiana do termo, para diferenciar do “estatal”, pois o “estatal” está no sistema, inserido no sistema, e não no “mundo da vida”. No caso da presente pesquisa, com a transcrição da sustentação oral do advogado, na parte qualitativa, em um dos últimos momentos de defesa no processo penal, ficou enfatizado que a discussão dialética sobre conteúdos de fácil cognição nos autos do processo, só ocorreu por intermédio da própria

sustentação oral. Anteriormente essa discussão dialética estava completamente inibida pela unidirecional consideração da quantidade de droga apreendida, que impediu que os magistrados atuantes no processo, em primeira e segundas instâncias, pudessem ao menos enxergar os outros fatos que dele emergiam. Foi preciso ao advogado adotar o último recurso, o recurso da fala, da linguagem falada, para mostrar aos desembargadores, que uma situação de fácil cognição não seria enxergada, não seria sequer avaliada, e que uma decisão desproporcional e equivocada, passaria pela segunda instância sem qualquer vestígio de reforma e sem qualquer objeção por parte dos magistrados togados.

Neste sentido, Bourdieu (1989) também trabalha a questão do poder, mas sob outro enfoque. A sociologia bourdieusiana coloca a questão sob uma diferente significação, quando comparada à visão foucaultiana, Bourdieu trabalha sob a ótica das chamadas “lutas simbólicas” existentes no interior de um determinado “campo”. O “campo” seria o espaço delimitado em que agentes lutariam, respaldados em diferentes tipos de capitais, pelo seu poder de controle. O “habitus”, também famoso conceito bourdieusiano, seria a consubstanciação dessas lutas mediante determinados tipos de comportamentos e ações esperados dos diferentes atores do campo. Mas os instrumentos que possibilitam os atores em cada campo a lutarem por suas posições, não se restringem ao capital econômico. Neste sentido, Bourdieu enumera diferentes tipos de capitais que são fundamentais para o “empoderamento” dos atores atuantes em seus respectivos “campos”: o capital econômico, representado pelas condições materiais, o capital social, representado pelas relações que o ator possui, pelas pessoas importantes que conhece ao longo de sua trajetória, e pelo capital cultural, representado pelo grau de instrução que possui, pelo acesso à bens culturais em sua formação. Bourdieu ressalta que ativos destes três tipos de capitais constituem o capital total, designado pelo mesmo autor, como “capital simbólico”. O “capital simbólico” é o que define a força com que o ator entra nas disputas internas do seu “campo” de atuação. Bourdieu (1989) diz que especificamente em relação ao “campo” jurídico, a questão da neutralidade, não obstante ser fundamentação para a ação social, esconde na verdade processos internos de lutas simbólicas pelo poder de “dizer o direito”. As decisões judiciais assim seriam muito mais reflexas dessas lutas simbólicas do que de uma síntese de argumentações dialéticas sustentadas por seus atores.

No caso da presente pesquisa, a parte quantitativa mostra que existe maior rigor quanto à manutenção da prisão em flagrante por tráfico de drogas quando comparado aos outros crimes, o que por sua vez coloca em ênfase a plausibilidade de encarceramento a título provisório de pequenos traficantes, o que conforme já mencionado, seria juridicamente ilegítimo. A parte qualitativa, da transcrição da sustentação oral do advogado mostra que provavelmente este rigor na fase da manutenção da prisão em flagrante, ainda nas audiências de custódia, perdura durante todo o processo, impedindo que se faça uma cognição jurídica adequada dos elementos que acompanham os autos, em face de fundamentações estanques que consideram apenas um elemento de maneira direcional. Policiais, promotores e juízes, por estarem incumbidos das funções públicas da repressão penal, parecem deter maior poder de persuasão dentro do “campo” jurídico, na acepção bordeusiana, e mais poder para efetivamente colocarem suas interpretações como determinantes para a solução jurídica que será atribuída ao processo. Sobretudo a parte qualitativa mostra que o advogado precisou explicar uma situação quase que primária para que só então os magistrados e promotores percebessem o equívoco da decisão de primeira instância. O detalhe é que a mesma argumentação da sustentação, ou argumentação quase similar, estava escrita nas razões^{xiii} finais do recurso de apelação, e também nas alegações finais ainda quando o processo estava em primeira instância. O que mostra que não houve o devido zelo por parte dos agentes públicos em problematizar o caso concreto e ouvirem o que o advogado estava tentando dizer em suas peças processuais. Foi preciso que ele, o advogado, fizesse imenso contorcionismo diretamente na tribuna, falando diretamente aos desembargadores, de uma situação óbvia, para que fosse finalmente ouvido. A questão coloca em ênfase as diferenças de poder e *status* dentro do campo jurídico, justamente como foram apontadas por Bourdieu. Em *O Poder Simbólico*, Bourdieu destina um capítulo para o campo jurídico, e explicita justamente essa tendência oculta do campo jurídico dizer que atua com neutralidade mas que na verdade seu funcionamento está fortemente atrelado às estruturas de poder dominantes. Coloca-se também a questão do controle social, pois no presente caso, embora ainda não mencionado, o acusado era negro, pobre, jovem e morador de periferia. Dito de modo bem claro, até a sustentação oral não houve um julgamento justo, pois não houve sequer a problematização dos elementos dos autos. O acusado sequer foi ouvido, pois se tivesse sido ouvido, por intermédio de seu procurador, não precisaria nem mesmo ser manejado o

recurso de apelação. A questão das máscaras do campo jurídico, conforme apontadas por Bourdieu (1989) se mostram no exemplo deste trabalho, de plena significação. Se houvesse espaço para a argumentação, a discussão habermasiana, se houvesse dialeticidade no processo, fatalmente uma condenação injusta não chegaria tão longe, como de fato chegou.

Dessa forma, o discurso jurídico ocultaria uma anterior e fundamental relação de dependência com as estruturas de poder dominantes. Por fim, em relação à teoria de ação judicial representada por Saporì (1995), é importante aqui explorar mais o já mencionado conceito de “justiça em linha de montagem”. Saporì cunha este conceito para expressar a questão da burocracia em face da ação dos atores que compõem o campo jurídico. O autor mostra como a questão burocrática encobre a ação dos juizes, as transformando em meros protocolos preestabelecidos, sustentados não pela dialética argumentativa, mas sim pelo princípio da eficiência, que torna a discussão jurídica coadjuvante para o sistema, transformando as sentenças em protocolos burocráticos a serem seguidos mediante requisitos específicos, como uma linha de montagem de ações judiciais. No caso, pelo trabalho desenvolvido neste artigo, é possível notar, sobretudo pela parte qualitativa, da transcrição da sustentação oral do advogado, como conceitos compartimentos sitiavam qualquer possibilidade de exame minimamente mais acurado dos autos pelos juizes e pelos promotores. Uma fundamentação pobre e fraca estava passando incólume nada menos diante de duas instâncias do Poder Judiciário, sem ao menos que fossem feitas qualquer objeção, e ainda por cima, estava passando de maneira unânime. Se o acusado não possuísse um advogado diligente, fatalmente sua condenação juridicamente equivocada permaneceria e transitaria em julgado.

A questão burocrática pode atuar inibindo o desenvolvimento de argumentações jurídicas, esse problema weberiano pode favorecer a violação de direitos fundamentais do acusado, como bem ressalta Saporì (1995). E aqui o problema estaria no próprio contexto organizacional das agências responsáveis pela repressão penal, pois como constitutivas da burocracia do Estado, na acepção weberiana no termo, tenderiam a atuar da maneira que a burocracia atua, inviabilizando a argumentação jurídica. O próprio fato da sustentação oral do advogado ter tido o poder de retirar os magistrados das respectivas “bolhas burocráticas” em que se encontravam, já mostra a possível asfixia que este contexto gera para a argumentação jurídica, prejudicando

uma discussão dialética habermasiana, e conseqüentemente prejudicando os direitos fundamentais.

4. Considerações finais

Todas as discussões teóricas expressadas acima são confrontadas pela questão habermasiana da comunicação em face da discussão do direito e da constituição da democracia. A etapa qualitativa, de análise de um caso específico e emblemático, mostra que ainda é possível que exista essa argumentação, pautada pela dialeticidade, pela comunicação, e pela síntese de uma solução racional que seja a melhor possível, depois de avaliados os argumentos existentes para diferentes interpretações. A etapa qualitativa mostra que no caso específico trabalhado, a questão normativa do direito como essencial e positiva ao funcionamento da sociedade foi legitimada pelo estabelecimento e efetivação da comunicação entre o advogado do acusado e os desembargadores da Câmara Criminal responsável pelo julgamento do feito. As estatísticas, trabalhadas na primeira etapa, a etapa quantitativa, mostram que já na prisão em flagrante delito existe um diferencial relativo aos crimes de tráfico de drogas, que são mais rigorosamente reprimidos, inclusive com maior percentual de manutenção das prisões em flagrante. Mas é a etapa qualitativa que mostra, por sua vez, que no final do procedimento, em um dos seus últimos atos, certamente um dos mais remotos no sentido de alterar qualquer curso de decisão (a sustentação oral), foi possível implementar na prática o princípio argumentativo e dialético sob o qual o discurso jurídico se legitima e se sustenta. Todos os indícios científicos apontam para a característica de exceção deste caso, que somente foi filtrado pelo sistema pela ação criativa do advogado, que com sua atuação foi capaz de vencer o muro burocrático que as agências de repressão penal criaram no sentido de não ouvirem qualquer ressalva relacionada à proteção dos direitos e garantias do acusado. Em outras palavras, por uma improvável atuação na sustentação oral, o advogado conseguiu inverter o desfecho que se apresentava o mais provável, que era a prisão injusta do acusado.

Os resultados das duas etapas mostram que como um todo a tendência é mesmo da descaracterização do discurso jurídico em prol de questões relacionadas ao controle social na repressão às drogas, mas ainda existe espaço para a concretização da discussão jurídica por

excelência, dependente sobretudo do talento e criatividade do advogado de defesa. Aqui a juridicidade se mostra tão somente como exceção, e não como regra, e o resultado mais plausível é o encarceramento desnecessário e ilegítimo de pequenos traficantes, que não deveriam ser enviados à prisão, e que uma vez nela, ficam à mercê das poderosas organizações criminosas.

5. Referências

BOURDIEU, Pierre. A Força do Direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Bourdieu. O Poder Simbólico. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, p. 209-254, 1989.

BRASIL, DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopenlevantamentonacionaldeinformacoespenitenciarias2016/relatorio_2016_22111.pdf

CRISP, Audiência de Custódia em Belo Horizonte: um panorama. Organização: Ludmila Ribeiro, Sara Prado, Yolanda Maia, Belo Horizonte, 2016

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

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

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. [v. 1 e v. 2]

HABERMAS, J. *Between Facts and Norms, Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press; 1996.

TAVARES, Ricardo; CATALAN, Valeria Dutra Batista; ROMANO, Pedro Machado de Melo and MELO, Elza Machado. Homicídios e vulnerabilidade social. *Ciênc. saúde coletiva* [online], vol.21, n.3, pp.923-934. ISSN 1413-8123, 2016

TEIXEIRA, Paulo. Drogas no Congresso e na sociedade, um debate necessário. In: *Drogas no Brasil: entre a saúde e a justiça: proximidades e opiniões* / Vilma Bokany (organizadora). – São Paulo : Editora Fundação Perseu Abramo, 2015.

SAPORI, Luís Flávio. A administração da justiça criminal numa área metropolitana. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, n. 29, p. 143- 157, 1995.

ⁱ O tráfico privilegiado é tipificado pelo §4º do art. 33 da Lei de Drogas, a lei nº 11.343/2016

ⁱⁱ É muito comum que a pessoa condenada por tráfico privilegiado pegue uma pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, pois é beneficiada com a diminuição de 2/3 da pena. D'elia Filho (2016)

ⁱⁱⁱ Em 2016 o STF, por intermédio do Habeas Corpus 118533, decidiu que o Tráfico Privilegiado não é crime hediondo. Abaixo a ementa do acórdão: EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida

^{iv} Ao aplicar a prisão em flagrante, as causas de diminuição e as causas de aumento de pena, não são consideradas. Como o tráfico privilegiado é, tecnicamente, o tráfico comum do art. 33, combinado com o uma causa de diminuição de pena, do §4º deste mesmo art. 33, não entram em consideração na aplicação do flagrante delito.

^{vi} As audiências de custódia representam o momento em que o preso em flagrante delito é submetido diretamente, e fisicamente, a um juiz de direito, para que este avalie a legalidade da respectiva prisão. Caso avalie que a prisão não contém nenhuma ilegalidade, e que nenhum dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal (CPP) estão presentes (o acusado não representa ameaça à ordem pública, à instrução criminal, à aplicação da lei penal ou à ordem econômica) liberta o acusado. Caso avalie que existe alguma irregularidade no ato da aplicação da prisão em flagrante, ou na lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD), também liberta o acusado por meio do relaxamento de prisão. Caso entenda que qualquer dos requisitos do art. 312 do CPP estejam presentes, mantém o acusado preso, transformando a prisão em flagrante em prisão preventiva.

^{vii} A Sustentação Oral, em segunda instância, é realizada no momento da sessão de julgamento do Recurso de Apelação. Nesta seção, o desembargador Relator, o Desembargador Revisor, e o Desembargador Vogal, da respectiva Câmara Criminal de 2º instância. Neste momento, geralmente os três desembargadores levam o voto pronto, mas caso enxerguem algo novo que possa mudar seus respectivos convencimentos, podem pedir "vista" dos autos em redesignar a sessão de julgamento para a próxima data disponível.

^{viii} No caso, foi interposta Apelação Criminal, que recebeu o nº 1.0024.16.077964-1/001, contra a sentença de primeira instância proferida nos autos de nº 0779641.28.2016.8.13.0024, que condenou o acusado a pena de reclusão em regime inicialmente fechado, de 09 anos, dentre os quais, 06 anos foram referentes ao tráfico de drogas, art. 33 da Lei Drogas, e 03 anos pelo art. 16 do Estatuto do Desarmamento. O recurso de apelação buscava a desclassificação do tráfico de drogas, art.33 da Lei de Drogas, para o tráfico privilegiado, art.33, §4º. O tráfico privilegiado configura-se quando a causa de diminuição constante do parágrafo quarto do art. 33 incide, nos casos em que o acusado seja primário e não haja indícios de participação em organizações criminosas. Trata-se de uma espécie de tráfico de drogas muito menos grave quando comparada ao tráfico de drogas comum.

^{ix} Em 2016 o STF, por intermédio do Habeas Corpus 118533, decidiu que o Tráfico Privilegiado não é crime hediondo. Abaixo a ementa do acórdão: EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de

entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.

^x A reforma da sentença após o pedido de vista pelos desembargadores, somente diminuiu em um ano a pena do acusado, mas isso surtiu enorme efeito. Primeiro porque a pena total passou a ser 08 anos, e com esse patamar, foi possível, nos termos do art. 33 do Código Penal, iniciar o cumprimento de pena no regime semiaberto. Mas a principal mudança ocorreu no lapso temporal para a progressão de regime. Como o tráfico privilegiado passou a não ser crime hediondo, o lapso para a progressão de regime passou a ser 1/6 e não 2/5. O acusado estava preso em flagrante delito desde a primeira instância, de modo que quando houve a reforma da decisão, com o novo lapso para a progressão de regime, pode progredir do regime semiaberto para o regime aberto e conseqüentemente ser libertado. Assim, a sustentação oral foi, nada menos do que isso, responsável pela libertação do acusado.

^{xi} 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.

^{xii} Na tramitação do recurso de apelação, o apelante oferece as “razões de apelação”, em que por escrito, explicita os fundamentos jurídicos de seu pedido em face do acervo probatório contido nos autos.

**OS DISCURSOS SOBRE A POLÍTICA DE DROGAS NO JULGAMENTO DO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659**

*THE SPEECHES ON THE BRAZILIAN DRUG POLICY ON THE JUDGMENT OF
THE EXTRAORDINARY APPEAL N° 635.659*

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).

anacdps@gmail.com

Resumo: O presente artigo objetiva analisar criticamente os votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem o Recurso Extraordinário nº 635.659, o qual foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo diante da condenação em instâncias judiciais inferiores de um cidadão apreendido com pequena quantidade de drogas, mas cuja conduta foi interpretada como posse de drogas destinada ao tráfico de drogas devido ao testemunho prestado em Juízo por policiais. Utilizando o método bibliográfico, o artigo aborda a compreensão dos ministros da Corte Constitucional acerca do papel desta na alteração da política de drogas e da eficiência desta no cumprimento de seus objetivos, tais como a promoção da saúde e a prevenção do uso de drogas. Apesar de as decisões até então prolatadas serem distintas em seu conteúdo, conclui-se que, de acordo com todos os ministros que já se manifestaram, a política de drogas tem se mostrado ineficaz no atingimento de seus objetivos declarados, além de violar direitos fundamentais, devendo ser alterada para prever critérios objetivos de distinção entre as condutas de posse de drogas destinada ao tráfico e ao uso de substâncias ilícitas.

Palavras-chave: Política de Drogas. Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to analyze critically the decisions cast by the ministers of the Brazilian Supreme Court at judging the Extraordinary Appeal nº 635.659, which was presented

by the São Paulo State Public Defender against the condemnation in previous lower instance courts of a citizen caught with a small amount of drugs by police officers, who had his act interpreted as possession of drugs intended for drug dealing because of the witnessing of those police officers in the first instance court. Using the bibliographic search method, the article tackles the comprehension of each Supreme Court minister about its role in changing the drug policy and the efficiency of the drug policy in fulfilling its objectives, as such as the promotion of health and prevention of drug use. Although the decisions cast by the ministers so far are different in their content, it can be drawn as a conclusion that, according to those ministers' votes, the Brazilian drug policy is not fulfilling its declared objectives, it has been violating fundamental rights and should be changed to provide objective criteria able to distinguish the acts of possessing drugs intended for drug dealing and for personal use.

Keywords: Drug Policy. Human Rights. Brazilian Constitutional Court.

1. INTRODUÇÃO

A atual política de drogas, de caráter bélico e matriz racista, foi formulada, de acordo com o discurso implícito subjacente à criminalização das drogas, com a finalidade de exercer um controle oficial sobre certos grupos sociais marginalizados, notadamente os negros no Brasil, os quais foram relacionados ao uso da maconha, então chamado fumo de angola, no início do século passado, para suprimi-los do espaço público, embora no discurso oficial a política tenha sido difundida como um meio de promoção da saúde e do bem-estar sociais (BRANDÃO, 2016).

Quase um século desde a opção do Estado Brasileiro pela criminalização das drogas, o quadro pintado pela aplicação da atual política pública, sobretudo na conformação delineada pela Lei nº 11.343/2006, desenha-se com a ineficácia da medida na prevenção do uso de drogas, com o encarceramento da população jovem, pobre e negra, grupo no qual têm se destacado as mulheres pobres, cujas taxas de encarceramento têm crescido em número muito superior às dos homens (LEAP BRASIL).

Além disso, ao contrário do que esperavam alguns criminólogos e juristas durante a *vacatio legis*, a atual legislação, vigente há pouco mais de dez anos, não tem impedido o encarceramento de usuários de drogas, que tiveram a conduta despenalizada, mas não descriminalizada pela lei de drogas (BOITEUX, 2006). Muitas são as prisões fundamentadas na apreensão de pequena quantidade de drogas, o que não afastaria a possibilidade de porte para uso, mas que tem ocasionado a prisão e a consequente condenação dessas pessoas de acordo com suas circunstâncias pessoais, expressando a seletividade na aplicação da política, e sobretudo em decorrência dos testemunhos policiais (CARLOS, 2015).

Foi em um desses casos, enquadrado no panorama geral acima expresso, que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o Recurso Extraordinário 635.659, que questiona perante o Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade do artigo 28, *caput* e parágrafo 1º da Lei de Drogas, em que criminaliza o porte de drogas e o respectivo plantio para uso pessoal. Assim, chama-se a Corte a discutir a compatibilização entre a política pública e os direitos humanos.

2. ANÁLISE DOS VOTOS PROFERIDOS

Dentre os onze ministros, somente três deles já proferiram votos, tendo o recurso sido submetido à sistemática da repercussão geral, diante da notável repercussão da matéria.

A análise dos votos dos ministros que se manifestaram até o momento compreende verdadeira análise do discurso que explicita a concepção de cada um deles acerca do modo de aplicação da política criminal de drogas, sua eficácia ou desajuste e o modo como interpretam o papel da Corte na eventual alteração da política.

2.1 ANÁLISE DO VOTO DO RELATOR DO RECURSO – MINISTRO GILMAR MENDES

Inicialmente, o relator destaca que, em síntese, o recurso sustenta que o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, protege escolhas dos indivíduos no âmbito privado, desde que não sejam ofensivas a terceiros. Entretanto, em contrapartida, as condutas descritas no artigo 28 da

Lei de Drogas pressupõe a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não resta caracterizada lesividade apta a justificar a edição da norma impugnada.

O relator se reporta à Questão de Ordem em Recurso Extraordinário nº 430.105-9, do Rio de Janeiro, de relatoria de Sepúlveda Pertence, na qual se pacificou que embora não haja previsão de pena privativa de liberdade para o artigo 28, as condutas previstas continuam a ter natureza penal, pois somente houve despenalização da conduta. À época, a matéria gerou bastante controvérsia, que foi afastada após esse julgamento.

Em seguida, destaca que os mandados de criminalização presentes na Constituição Federal visam aos bens e valores que são protegidos no texto constitucional e que estes não impedem que o legislador infraconstitucional tenha margem de ação para definir a forma mais adequada de proteger bens jurídicos fundamentais. Por outro lado, o legislador está limitado pelo princípio da proporcionalidade e devem ser coibidos os excessos ao poder legiferante.

O ministro-relator destaca as diferentes formas de formular uma política de drogas, seja por meio do proibicionismo, da despenalização e da descriminalização e explica que falar em descriminalização é levar a política de drogas do campo penal para o campo da saúde pública, conjugando-a com políticas de redução de danos. Afirma, ainda, que a criminalização do porte contraria o objetivo de reinserção social e de prover atenção à saúde a usuários e a dependentes.

Nesse ponto, é necessário desfazer uma confusão bastante comum quando se trata das discussões sobre políticas de drogas e que diz respeito à distinção entre descriminalização e despenalização. Além disso, a aparente relação entre a descriminalização das drogas e a política de redução de danos, as quais, ao contrário do que afirmou o relator, não se equivalem.

A descriminalização se refere à remoção do “status criminal” de um determinado comportamento, comumente relacionado à posse de drogas, o que não significa que o comportamento se torna legalmente aceito, pois a conduta pode ser regulada a partir de normas administrativas. Portugal pode ser citado como exemplo de país que adotou essa perspectiva em sua política de drogas (EMCDDA, 2017).

A despenalização refere-se à possibilidade de aplicar sanção penal diversa da pena de prisão, seja porque o caso é considerado de menor potencial ofensivo ou porque a persecução

penal não é de interesse público, como ocorre na Alemanha em casos de porte de drogas para uso pessoal.

A legalização, por outro lado, corresponde à remoção de qualquer sanção penal ou não-penal a determinada conduta relacionada às drogas, geralmente a posse para uso pessoal, apesar de esta poder ser regulamentada de modo a limitar essa permissão, assim como ocorre no caso do álcool e do tabaco. Esse viés foi adotado nos estados do Colorado e do Oregon, nos Estados Unidos da América, e também no Uruguai (EMCDDA, 2017).

Nesse sentido, a descriminalização da conduta de posse de drogas para uso pessoal não representa diretamente a adoção de uma política de redução de danos, voltada à promoção da saúde do usuário a partir da redução dos impactos que o uso das substâncias pode lhe causar. Por outro lado, é uma janela de oportunidade para que a questão não seja meramente tratada sob o viés criminalizador, que não tem servido para promover a saúde dos usuários de drogas ou para prevenir o uso de drogas.

Em seu voto, Gilmar Mendes se reporta aos artigos 18 a 23 da Lei de Drogas para enunciar a prevalência que a lei deu à atenção à saúde dos usuários e dependentes de drogas, mas reconhece que os objetivos da lei estariam neutralizados e não poderiam ser alcançados ante a ausência de critérios objetivos para distinguir as condutas de usuário e traficante.

Outro ponto relevante do voto do relator corresponde à crítica feita à dependência da palavra do policial diante da ausência de critérios objetivos na lei para distinguir as condutas de tráfico e uso de substâncias proibidas, levando à prisão usuários em potencial, ou, ao menos, pessoas que atuam na ponta da cadeia da criminalização e que nada tem a ver com quem de fato tem posição de comando e lucros reais com a atividade criminosa.

O ministro-relator destaca que, em se tratando de casos em que há a apreensão de drogas, pode ser identificado um padrão nas abordagens, que são motivadas, geralmente, pela atitude suspeita, a qual depende da completa discricionariedade do agente policial e é seguida pela busca pessoal e pelo encontro de pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. A partir daí, segundo o ministro, o sistema repressivo passaria a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, pois a palavra do policial, na maioria das vezes, é a única prova contra o acusado.

Essa mesma constatação já havia sido feita em pesquisa desenvolvida pelo Núcleo de Estudos da Violência, NEV (2011), no qual se constatou que 74% das prisões por tráfico de drogas em São Paulo contaram apenas com o testemunho dos policiais responsáveis pela apreensão do indiciado. Além disso, em 76% dos inquéritos pesquisados os agentes responsáveis pela prisão foram ouvidos em Juízo como testemunhas de acusação.

O peso da palavra repressiva também se mostra no valor atribuído ao testemunho dos policiais durante a instrução processual. Embora, enquanto entidade administrativa, a Polícia, e seus agentes, por consequência, gozem de presunção de veracidade, garantindo a estes o exercício de sua função, isso não se aplica ao Judiciário, onde a verdade deve ser produzida a partir do embate entre Acusação e Defesa (FONSECA, 2015).

Havendo a produção de poucas provas, a instrução penal acaba por depender da palavra do policial, que costuma ser prestigiada em face de qualquer outra. Como resultado, a Polícia parece ser investida de verdadeira fé pública, pois o testemunho policial ganha um peso desproporcional (FONSECA, 2015), levando à quase certa condenação do acusado, que geralmente responde ao processo preso, também com base nas declarações prestadas quase que exclusivamente pelo policial.

Para o ministro Gilmar Mendes, o artigo 28 viola o princípio da proporcionalidade devido à incongruência entre a criminalização da conduta do consumo pessoal e dos objetivos do legislador, que é potencializada pela ausência de critérios objetivos na distinção entre usuários e traficantes. Indica, ainda, a ineficácia da criminalização do porte de drogas na prevenção do consumo ou do tráfico de drogas, pois esta tem muito pouco impacto na decisão de consumir drogas.

No que tange ao bem jurídico protegido pela criminalização dessa conduta, o ministro destacou que a saúde pública seria protegida a partir da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal caso esta se mostrasse útil ao menos para a redução do mercado de venda ilícita de drogas, mas não é o que se verifica na prática. Não ignora os danos potenciais causados pelas drogas ou os riscos a elas associados, no entanto, questiona se tal restrição penal é o único modo de proteger este bem jurídico.

Então, retomando a questão do limite à atividade legiferante, o ministro-relator afirma que o poder do legislador para restringir direitos individuais não é ilimitado, mas existem

limites que decorrem da própria Constituição e se referem à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental de forma clara, determinada e proporcional. Esse entendimento seria aplicável no Brasil em decorrência da previsão constitucional contida no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda propostas tendentes a abolir direitos e garantias individuais.

É também relevante no voto do relator a menção acerca do âmbito de imputação da norma penal, já que os danos sociais e prejuízos físicos causados pelas drogas costumam ser usados como justificativa para criminalizar a conduta de porte para uso pessoal. Quanto à questão, o ministro elucida que ainda que as drogas sejam obtidas pelo usuário junto ao traficante, os malefícios causados pelas drogas não lhe podem ser imputados, pois a ligação entre os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita e a conduta do usuário é excessivamente remota e está fora do âmbito de imputação penal.

Ademais, em sua opinião, a criminalização do uso de drogas ofende de forma desproporcional o direito à vida privada e à autodeterminação. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria da validade da incriminação da autolesão, mas esta é criminalmente irrelevante.

Na opinião do ministro, seria possível o controle estatal da conduta de consumo pessoal ou porte com tal finalidade sem que para tanto fosse necessário usar o Direito Penal, evidenciando a desproporcionalidade da previsão jurídico-penal e sinalizando, novamente, para a regulamentação da conduta por via não-penal. Nesse sentido, afirma que uma política de drogas que se pretenda eficaz deve utilizar medidas administrativas, de modo a não ser excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade como a que se tem atualmente.

Cita, a seguir, que a alternativa que mais tem sido adotada pelos países que reformulam suas políticas de drogas é a não criminalização do porte e do uso de pequenas quantidades de drogas, a exemplo de Portugal e Espanha, que têm adotado sanções administrativas em relação à posse para uso pessoal.

Ressalta que países que continuaram optando pela tipificação penal de condutas relacionadas às drogas também fixaram critérios objetivos que permitam distinguir entre o tráfico e o uso, geralmente com base no peso e na natureza da quantidade da droga apreendida.

Assim, valores apreendidos que sejam inferiores ao do critério objetivo levam à presunção de que a droga é destinada ao consumo pessoal.

Gilmar Mendes também reconhece a limitação do estabelecimento de critérios objetivos que destoem da realidade do comércio e consumo de drogas, o que poderá ter efeito inverso e intensificar o processo de encarceramento em massa. De acordo com o ministro, os critérios objetivos devem ser formulados segundo o padrão de consumo observado para cada droga, de forma técnica e a partir de pesquisa empírica, para que não se fomente o crescimento exponencial das taxas de encarceramento, que já crescem desordenadamente.

HARRIS (2011) aponta para a potencialidade do uso de quantidades-limite na política criminal de drogas para estabelecer a diferenciação entre a posse de drogas para o tráfico e para o uso, descrevendo-as como simplificadoras legais que possibilitariam economizar tempo e dinheiro. Ao mesmo tempo, alerta que elas deveriam ser usadas dentro de um sistema de discricionariedade ativa, que considera as circunstâncias fáticas, mas também as circunstâncias pessoais do autor.

Com isso, a autora quer dizer que o uso de quantidades-limites jamais deveria representar a inversão do ônus da prova, de modo a serem vinculativas ou funcionarem como uma presunção. Assim, ainda que atingido ou ultrapassado o montante fixado, o princípio da presunção de inocência ainda deveria ser aplicado (HARRIS, 2011).

O Ministro Gilmar Mendes encerra seu voto formulando propostas, mas assumindo a premissa de que este não deve ser interpretado como “uma decisão que implica uma legalização irrestrita das drogas”. Nesse sentido, sugere que até o advento de nova lei sejam adotadas as medidas integrativas aplicadas nos Juizados Especiais Criminais no Rio de Janeiro, no Distrito Federal e em Curitiba, em decorrência das medidas não penais.

As práticas integrativas mencionadas no voto pressupõem um atendimento multidisciplinar ao usuário de drogas e têm por pressuposto uma orientação restaurativa da Justiça combinada com conhecimentos das áreas de saúde e assistência social. Seus objetivos seriam a prevenção e a reintegração social e familiar de pessoas que fazem uso problemático de drogas (MARONNA; DANTAS, 2014).

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, há uma excessiva carga de subjetividade contida no artigo 28 da Lei de Drogas, que tem levado à criminalização como traficantes de

muitos usuários em situação de vulnerabilidade social. Além disso, destaca o modo controvertido como o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, tem sido interpretado pelos tribunais inferiores em se tratando de pessoas surpreendidas na posse de drogas, destacando que, para que o princípio da presunção de não culpabilidade, previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, oriente as decisões judiciais em se tratando de casos de apreensão de drogas nenhuma outra finalidade que não a de porte para consumo pessoal pode ser presumida.

O ministro também afirma que toda a cadeia de produção e consumo de drogas é orientada em direção ao usuário, de modo que alguém surpreendido na posse de drogas pode ser consumidor da substância apreendida e o ônus da prova do contrário não deve ser imputado ao acusado, como tem usualmente ocorrido nos tribunais brasileiros. O tom distintivo da conduta de tráfico de drogas é a finalidade e esta deve ser demonstrada pela Acusação sob o escrutínio do magistrado, que deve ser cuidadoso em casos limítrofes.

O ministro conclui seu voto declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, afastando seus efeitos de natureza penal, mas mantendo as demais medidas, de natureza administrativa, até o advento de legislação específica.

2.2 – ANÁLISE DO VOTO MINISTRO EDSON FACHIN

Ao iniciar o seu voto, o ministro Edson Fachin destaca que o recurso extraordinário sob julgamento, “que trata de caso específico, o de porte para uso pessoal de maconha”, foi submetido à sistemática da repercussão geral, possibilitando à Corte que extrapole os limites do pedido formulado para firmar tese acerca de tema que afeta não somente interesses subjetivos, mas também possui inegável relevância jurídica, social, política ou econômica.

Apesar de reconhecer que a sistemática da repercussão geral permite a fixação de tese acerca de tema de inegável relevância jurídica, para o Ministro Fachin, em se tratando de questão penal, a atuação do Supremo Tribunal Federal deveria ser mais contida “para não ser desproporcional, evitando ferir o sistema de liberdade ou provocar desproteção social”, o que já delinea, desde um princípio, os contornos de seu voto.

Ao introduzir o seu voto o ministro também aponta a dicotomia entre a criminalização do tráfico e a descriminalização do consumo de drogas. O ministro entende que manter a criminalização do tráfico enquanto se descriminaliza o uso somente serve para estimular o consumo e aumentar os lucros do tráfico, tratando-se, portanto, de obra inacabada.

Nesse ponto, é importante destacar que o ministro parece se olvidar que a organização do mercado ilegal das drogas pelo tráfico não tem sido um impeditivo para o consumo de drogas, mas que, ao contrário, este tem crescido ano-a-ano, não somente no Brasil, como em todo o mundo (UNODC, 2017). Assim, a descriminalização do uso não necessariamente representará a longo prazo o aumento do consumo de drogas e, por consequência, da lucratividade do tráfico.

A dicotomia apontada pelo ministro parece ser apenas aparente quando se analisam os dados reportados acerca da implementação da descriminalização das drogas em Portugal, que foi precedida pela Estratégia Nacional de Luta contra as Drogas naquele país. Frequentemente, a descriminalização é apontada como espécie de estímulo para o consumo de drogas, mas o suposto desequilíbrio que causaria nos preços, indicado como fomentador do uso, não é claro (FÉLIX; PORTUGAL, 2017).

Extrai-se da experiência portuguesa que a descriminalização não levou ao incremento dos valores das drogas no mercado ilícito, porque houve um reforço no combate ao tráfico de drogas (FÉLIX; PORTUGAL, 2017). Os custos com a Polícia Judiciária foram aumentados desde a implementação da Estratégia Nacional (GONÇALVES; LOURENÇO; SILVA, 2015), além disso, a política de descriminalização das drogas em Portugal teve diversos reflexos positivos, entre os quais a redução do uso de drogas, demonstrando que punições mais gravosas aos usuários de drogas não afetam diretamente nas taxas de uso de drogas (FÉLIX; PORTUGAL, 2017).

De fato, como também aponta ABRAMOVAY (2015), os objetivos que têm sido traçados nas convenções das Nações Unidas para disciplinar a matéria em âmbito transnacional há mais de meio século não têm sido atingidos reiteradamente. Houve um aumento expressivo e global do comércio ilegal de drogas no último século e essa atividade está em constante expansão. Além disso, a violência relacionada ao ideário da “War on Drugs”, tem se mostrado

mais nefasta que os danos causados pelo uso e comércio ilegais de drogas, com efeitos negativos sobre o bem-estar da população.

Outro ponto relevante e que contradiz a opinião do ministro diz respeito ao fator criminógeno do proibicionismo de drogas. É dizer, a criminalização das drogas, socialmente representada como um fator relacionado ao comportamento desviante acaba por influenciar seu consumo por adolescentes e jovens (GOMES, 2005).

Com base nos argumentos abordados pelo filósofo e jurista argentino Carlos Santiago Nino como aqueles geralmente utilizados para justificar a criminalização do consumo pessoal de drogas, o ministro afirma que a tipificação da conduta de porte de drogas para consumo pessoal representa a imposição de um padrão moral que não é útil a prevenir o consumo e que significa uma falsa proteção à sociedade, já que existem respostas penais para as eventuais condutas delitivas que o consumidor de drogas possa realizar sob seus efeitos ou para obtê-las.

Para o ministro, a criminalização do uso estaria na linha tênue entre o Direito Penal do autor e do fato, tratando-se da criminalização de uma conduta que é condição essencial da pessoa, resvalando no vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

Ao abordar o princípio da ofensividade, o ministro afirma que este tem assento constitucional e serve como parâmetro para o controle da atividade do Poder Legislativo. Entretanto, entende que o controle da atividade legislativa não deve ser feito de forma ilimitada, pois tal controle não permite a oposição de argumentos utilitários à validade normativa.

Acerca dos delitos de perigo abstrato, o ministro Fachin destaca que não haveria por parte do legislador a presunção de perigo, mas que este seria imputado de modo hipotético. Isso significaria em um sistema adversarial que o ônus da prova recai sobre a acusação e o julgador tem o dever de reconhecer que a imputação deve ser procedente acima de qualquer dúvida razoável.

O critério da dúvida razoável é considerado pelo ministro como uma baliza segura para aferir a adequação da criminalização de uma conduta. Nesse sentido, uma criminalização de conduta somente será considerada adequada se ela se justifica para além de qualquer dúvida razoável e este juízo não representaria uma substituição do legislador pelo julgador.

Ao desenvolver esse argumento acerca da adequação da criminalização o ministro demonstrou desconhecimento das contribuições teóricas da criminologia sobre o tema, pois, para justificar a falta de adequação da criminalização da conduta contrapõe o dependente, considerado em seu voto como vítima, ao traficante, espécie de “criminoso germinal”, segundo a terminologia que utiliza. Nota-se que tal dicotomia é objeto de crítica desde a década de 1990 (DEL OLMO).

Tratando especificamente da política de drogas brasileira, o ministro Fachin posiciona-se contrariamente a qualquer intervenção do Judiciário tendente a alterar seus contornos legais. Para ele, não cabe ao Judiciário regulamentar qualquer ponto do “circuito que vai da produção ao consumo de drogas no Brasil”, mas sim ao Poder Legislativo. A justificativa usada para tal entendimento diz respeito a ser o Legislativo o poder constitucional e democraticamente responsável para regulamentar a matéria, sob pena de inconstitucionalidade e mora legislativa.

Em seu voto, o ministro reconhece a autodeterminação do usuário e a inconstitucionalidade da criminalização da conduta, no entanto, diferentemente do ministro Gilmar Mendes, sustenta o argumento segundo o qual o usuário fomenta o tráfico.

Discorda-se de tal entendimento porque ele não dialoga com a realidade histórica, já que as drogas sempre foram utilizadas na história da humanidade (ESCOHOTADO, 1998) e porque a lucratividade do tráfico somada à quase inexistência de políticas públicas eficientes de prevenção do uso são as grandes incentivadoras do consumo.

Para Edson Fachin, a fixação de critérios objetivos que distingam as condutas de posse para consumo pessoal e para tráfico é uma medida necessária, mas que deve ser adotada pelo Poder Legislativo, por não ser atribuição do Poder Judiciário definir parâmetros que permitam caracterizar o uso de substâncias.

O ministro não menciona em seu voto o modo como a aplicação da política de drogas tem se dado diariamente no país, os sujeitos que costumam ser abordados pela Polícia por corresponderem ao padrão de pessoas que costumeiramente são vistas como traficantes de drogas, embora possam ser usuárias. Tampouco faz referência acerca de como esse processo de criminalização secundária (BARATTA, 2014) tem redundado no encarceramento de um número cada vez maior de indivíduos em decorrência da política de drogas.

Para o ministro Fachin, cabe ao Poder Legislativo o estabelecimento dos parâmetros e a regulamentação da matéria e ao Poder Executivo incumbe a elaboração e execução de políticas públicas, incluindo-se aí as drogas. Em decorrência disso, diante de eventual omissão legislativa, caberia ao poder Executivo suprir a lacuna até que uma lei seja editada pelo Poder Legislativo, disciplinando a matéria e fixando os critérios a serem interpretados em presunção relativa, conforme mencionado pelo ministro-relator.

A ausência de previsão legislativa até que haja manifestação do Poder Legislativo para a definição de parâmetros objetivos deveria ser suprida pela SENAD – Secretaria Nacional de Política sobre Drogas e pelo CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, órgãos do Poder Executivo, até que sobrevenha regulamentação legislativa. Além disso, o ministro argumenta que os critérios que venham a ser fixados tenham presunção relativa e sejam sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo magistrado.

Nesse ponto, é importante destacar que, muito embora a fixação de quantidades-limite seja um fator que agregaria segurança jurídica à política criminal de drogas, que atualmente depende intrinsecamente, para que não se diga quase que exclusivamente, da palavra do policial, por outro lado elas são um critério a ser usado com cuidado. HARRIS (2011) ressalta que seu uso pode levar ao risco de imputações erradas, respostas desproporcionais e impraticáveis, sendo necessário, portanto, analisar o caso concreto, não para desprezar eventual quantidade-limite que corresponda àquela fixada em lei, mas para se evitar a inversão do ônus da prova, por exemplo, caso isso não se verifique.

Ao fim, vota-se pelo provimento parcial do recurso, mas pode ser apontada uma contradição em termos nas conclusões que alcança, pois, ao mesmo tempo em que reconhece a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas com relação à maconha, mantém a aplicabilidade da atual legislação no que tange à proibição do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas. Ainda que o cerne da questão a ser julgada no recurso interposto seja a maconha, parece ser evidente que os argumentos esposados seriam igualmente aplicáveis a outras drogas. Tal entendimento talvez seja explicado pela normalização do uso da maconha na sociedade brasileira.

Apesar do entendimento restritivo do ministro quanto aos efeitos a serem atingidos pelo julgamento do recurso, a descriminalização somente da maconha poderia impactar

positivamente tanto a saúde pública como a segurança pública. A adoção da medida reduziria o lucro obtido pelas organizações criminosas que se dedicam ao tráfico de drogas, pois a substância representa cerca de metade do comércio mundial de drogas, além de reduzir a violência, a corrupção e os recursos destinados à aplicação (JELSMA, 2009).

Por fim, determina aos órgãos do Poder Executivo - SENAD e CNPCP -, aos quais cabe a elaboração e execução de políticas públicas sobre drogas, que, no prazo de 90 dias, estabeleçam parâmetros provisórios a servirem para presunção relativa acerca da destinação de porções de drogas de que se tenha a posse.

2.3 – ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

Ao iniciar seu voto, o ministro destaca que em uma democracia nenhum tema deve ser um tabu, mas que tudo pode e deve ser debatido em busca da melhor solução, com base em fatos e razões, sem preconceitos ou visões moralistas. Além disso, delimita os reflexos jurídicos do voto, apontando que a questão submetida à repercussão geral é a maconha somente.

Afirma que a descriminalização da conduta não impede a sua regulamentação por uma via menos gravosa – outra esfera jurídica, como a Administrativa, a partir da imposição de sanções desta natureza, por exemplo.

O ministro destaca como característica dos direitos fundamentais o fato de serem oponíveis a maiorias políticas e um limite ao legislador e ao poder constituinte reformador. Outro fundamento filosófico de seu voto é a teoria do pragmatismo jurídico, que, segundo elucida, tem como características o contextualismo – toma a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida na determinação da solução adequada – e o consequencialismo – considera o resultado prático que uma decisão terá como elemento decisivo para sua prolação.

Para o ministro Barroso, partindo-se da primazia dos direitos fundamentais ou decidindo-se com fundamento no pragmatismo jurídico alcança-se a mesma solução para o caso, as premissas seriam as mesmas: o consumo de drogas é ruim e ao Estado cabe desincentivar seu consumo, tratar os dependentes e combater o tráfico; a política proibicionista

é absolutamente ineficaz; e, a política de drogas brasileira deve se basear em nossa realidade, marcada pelo elevado poder do tráfico de drogas.

É exatamente para neutralizar o poder dos traficantes, a médio prazo, que o ministro defende ser necessário acabar com a ilegalidade das drogas, regulando sua produção e distribuição. Por outro lado, afirma que por se tratar de um verdadeiro experimento social, esse processo deve se dar de forma gradativa, começando com a maconha.

Nesse processo de revisão da política de drogas, o ministro considera dois pontos como prioritários – a redução do impacto da política de drogas sobre o sistema prisional e não se lidar com o usuário como se fosse criminoso.

As razões pragmáticas que justificam a alteração da política, para o ministro Barroso, são o seu completo fracasso, já que o consumo de drogas ilícitas só cresce, bem como o alto custo para a sociedade e a preponderância que se tem dado às políticas de segurança pública para a criminalização dos usuários, ao invés de às políticas de saúde.

Destaca que o principal objetivo do controle de drogas é a preocupação com a saúde pública, no entanto, esta tem assumido uma posição secundária com relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal, que têm ganhado preponderância com relação àquela na efetivação da política nacional de drogas.

Ressalta que os recursos públicos que poderiam ser destinados como investimentos para políticas de prevenção, educação e tratamento da saúde têm sido concentrados na repressão penal e de forma cada vez mais abundante. Além disso, a criminalização de condutas relacionadas ao consumo de drogas, tais como o porte para consumo pessoal e o plantio destinado a esta finalidade tem promovido tão somente a exclusão e a marginalização de usuários e dificultado o acesso por estes ao tratamento.

O ministro reconhece a necessidade de serem estabelecidos critérios objetivos que possibilitem diferenciar as condutas relacionadas à posse de substância, porque essa omissão legislativa tem resultado no domínio do subjetivismo na tipificação penal e na distinção das condutas, tratando-se indivíduos em circunstâncias semelhantes de forma distinta. Assim, ricos com pequenas quantidades têm sido vistos como usuários, enquanto pobres têm sido vistos como traficantes.

Esse argumento do ministro é corroborado por ZACCONE (2007), que indica que o modo de atuação de agentes policiais está diretamente relacionado à questão territorial e às possibilidades de se efetuar a prisão de indivíduos nas distintas localidades em que se encontrem. Nesse sentido, tratando da realidade do consumo e do tráfico de drogas na capital carioca, destaca que os grandes pontos de venda de drogas ilícitas no bairro da Barra da Tijuca estão em áreas residenciais de acesso privado, como apartamentos e condomínios, espaços onde o acesso das forças policiais não é livre. Por outro lado, o acesso a vielas e becos é ilimitado, locais onde a atividade policial se concentra de forma preponderante.

Não é somente a questão territorial que influencia na atividade policial, porque esta está diretamente relacionada ao fator econômico e etnicorracial. O modo de ocupação do solo na sociedade brasileira também se relaciona a fatores econômicos e até mesmo raciais, já que é em bairros pobres e com menor oferta, baixa qualidade ou menor infraestrutura de serviços públicos onde se concentra a população negra e parda, segundo OLIVEIRA (2013).

De acordo com ZACCONE (2015), o fator econômico assume especial relevância nesse contexto, que é marcado pela associação entre criminalidade e miséria, binômio no qual se funda o estereótipo de criminoso, traficante, o qual costuma ser encontrado em determinados locais da cidade. Revela-se, assim, como se dá o processo de criminalização secundária no que tange à ação das forças de segurança pública em relação a condutas associadas às substâncias ilícitas.

ZACCONE (2015) indica que, ao contrário do que se poderia imaginar acerca da realidade da prática policial, a comprovação de renda serve como indício de que a pessoa detida portando drogas corresponde à figura do usuário e não do traficante. Esse entendimento é apoiado pela própria Lei de Drogas, que no parágrafo 2º do artigo 28, apresenta como critérios para a distinção das condutas de tráfico e uso de drogas as circunstâncias sociais e pessoais do sujeito e o local da apreensão, entre outros, o que em um país de enormes desigualdades socioeconômicas como o Brasil acaba por resultar em um tratamento discriminatório fundado em lei.

Apesar de o ministro Barroso ter defendido que a política de drogas brasileiras deva se basear na realidade nacional, volta-se para experiências internacionais de sucesso quando se trata da reformulação de políticas de drogas que se mostraram eficientes e mais conformes com

os direitos fundamentais do que aquela que temos hoje nacionalmente. São citadas as políticas adotadas por Portugal, Espanha, Uruguai e Argentina, com destaque para a do primeiro país.

De acordo com dados contidos em levantamento realizado sobre legislação de drogas em países das Américas e da Europa pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, vinculada ao Ministério da Justiça (MJ/SENAD, 2015), em Portugal tanto o uso como a posse destinada ao consumo pessoal estão descriminalizados e o uso de drogas corresponde a uma infração administrativa.

A sanção administrativa imposta pela política de drogas portuguesa é o aconselhamento ou a multa, havendo a possibilidade de o usuário se submeter a tratamento voluntariamente. Existem, ainda, critérios objetivos que permitem a distinção entre usuários e traficantes, a qual se baseia na quantidade de dez doses diárias, sendo também considerados o peso e a natureza da droga apreendida.

Para Luís Roberto Barroso, a criminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal viola a autonomia individual e não se presta a proteger o bem-jurídico saúde pública, que, em realidade, não existe, porque caso fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser igualmente banido, o que não se cogita.

Ademais, o ministro considera que a criminalização do uso de maconha é ilegítima, por ser desproporcional, além de não haver lesão à saúde pública, que somente ocorre de forma vaga, remota, e em escala muito menor que aquela causada pelo álcool, e tem por impacto o afastamento do usuário do sistema de saúde. Argumenta, ainda, que a descriminalização da maconha em um número crescente de países seria um indicativo de que sua criminalização não é necessária.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, o cotejo da tipificação penal prevista no artigo 28 da Lei de Drogas com os direitos fundamentais conduz à conclusão de que a criminalização da conduta viola tais direitos. Entretanto, independentemente da criminalização ou não do porte de drogas para o consumo pessoal, é imprescindível que se estabeleça um critério objetivo para distinguir o porte para o consumo daquele destinado ao tráfico.

Os motivos elencados pelo magistrado para considerar imprescindível a previsão de critérios objetivos relacionam-se à necessidade de se diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a solução de determinado caso dependa do critério

individual do policial ou do juiz, bem como porque a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. A falta de uma quantidade-limite prevista em lei tem produzido um impacto discriminatório, evidenciando uma tendência de se enquadrar como usuários indivíduos de melhor condição socioeconômica e, conseqüentemente, indivíduos mais pobres como traficantes.

O ministro Barroso propôs como critério objetivo para a maconha aquele previsto em Portugal para o porte destinado ao consumo, embora creia que a referência devesse ser aquela prevista no Uruguai ou na Espanha. Em Portugal presume-se ser destinada ao uso a quantidade de 25g de maconha (equivalente a 10 doses diárias), 1g de ecstasy e 2g de cocaína; no Uruguai, presume-se ser destinada ao consumo pessoal a posse de até 40g de maconha por mês e de 6 plantas de *cannabis* fêmea; e, na Espanha, os critérios objetivos foram fixados em 25g de haxixe, 100g de cannabis, 3g de heroína e 7,5g de cocaína (MJ/SENAD, 2015).

Outro ponto bastante relevante no voto do ministro Barroso diz respeito ao entendimento que possui acerca da presunção de veracidade a ser atribuída aos critérios objetivos. Também compreende que tais parâmetros devem possuir presunção relativa, mas que a prova de se tratar de um traficante deverá ser mais robusta, exatamente porque a apreensão de drogas não deve levar à inversão do ônus da prova, ou, ainda, porque somente a declaração policial, embora seja necessária, não é suficiente para a condenação pela prática de tráfico.

Nesse sentido, importante destacar que a fixação de critérios de acordo com a realidade brasileira, como afirmou o ministro no começo de seu voto, irá depender da análise técnica acerca do padrão de uso médio em território nacional, não sendo suficiente o uso de critérios formulados em outros países, embora a análise de outras políticas de drogas seja útil na reformulação de nossa política.

Em sua linha argumentativa, dedica-se, então, a contrapor os argumentos contrários à descriminalização da maconha.

Refutando o raciocínio utilizado pelo ministro Edson Fachin em seu voto, alega que a descriminalização não provocaria o aumento do consumo a longo prazo, não sendo isto o que as estatísticas têm demonstrado, mas, sim, que após um aumento momentâneo do consumo, este tende a estabilizar-se e depois a cair, a exemplo do que ocorreu em Portugal.

Afirma que a descriminalização não provocaria um aumento da criminalidade associada ao consumo de drogas, porque, segundo o ministro, esta é estimulada por variadas combinações entre os seguintes fatores, em sua opinião: desigualdade, impunidade e uma cultura de ganho fácil.

No que tange ao argumento daqueles que se mostram contrários à fixação de critérios objetivos, o ministro Barroso defende que o ato não levaria à criação de um exército de formiguinhas, distribuindo drogas em pequenas porções, pois, de certa forma, isso já ocorre. Optando por uma via que parece ser pragmática e realista, assevera que os chamados “aviões” do tráfico, jovens responsáveis pela distribuição de drogas, são presos continuamente e, em seguida, substituídos. Haveria, na opinião do julgador, um exército de reserva, cuja prisão não tem impactado na diminuição do tráfico de drogas.

Assim como o ministro Fachin, o ministro Barroso reconhece em seu voto que existe uma grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição, mas entende ser competência do Congresso sanar esta incongruência, restringindo, assim, a atuação da Corte à matéria constitucional.

Ao concluir seu voto, o ministro fixa tese, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo 28, a urgência de serem fixados critérios objetivos que permitam distinguir as condutas de posse de drogas para consumo pessoal e para tráfico. Além disso, propõe o uso provisório dos parâmetros quantitativos utilizados nas políticas de drogas de Portugal e do Uruguai, no que tange à posse de maconha ou ao plantio de plantas fêmeas, os quais teriam presunção relativa de veracidade.

Com relação às substâncias apreendidas, destacou que, diante do caso concreto e com base nos critérios fixados, o juiz poderá considerar que condutas que envolvam quantidades mais elevadas de substância, mas se destinam ao uso pessoal, são atípicas, ou que a posse de quantidades inferiores às fixadas como limite correspondem ao tráfico de drogas. Nesse último caso, o ônus argumentativo tanto para a Acusação como para órgãos julgadores seria mais pesado, já que contrário à presunção relativa de veracidade representada pelos critérios fixados.

3 – CONCLUSÃO

De acordo com dados coletados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (VITTO et al, 2014), cerca de 28% das pessoas presas sentenciadas foram presas por tráfico de drogas, indicando o impacto que a política criminal de drogas tem tido sobre o sistema carcerário. Acerca de tais indivíduos, pesquisas têm demonstrado que seu perfil não se aproxima do grande traficante que alcança crescentes lucros com a atividade ilegal, mas sim de usuários e pequenos traficantes, que têm sido punidos como se fossem responsáveis pelo tráfico em larga escala.

Esses indivíduos, embora sejam o principal alvo do sistema de justiça criminal desde a abordagem policial, acumulam diversas camadas de vulnerabilidade social – pessoas jovens, majoritariamente negras e com baixo grau de escolaridade, apreendidas em patrulhamento de rotina, que não portavam elevadas quantidade de drogas, nem possuíam papel destacado na estrutura delitiva, estando a maioria desarmada (PAIVA, 2017).

De acordo com o artigo 28, parágrafo 2º, da Lei de Drogas, além de critérios potencialmente objetivos, tais como a natureza da substância apreendida e sua quantidade, também são balizas para a distinção das condutas de tráfico e uso de drogas as circunstâncias sociais e pessoais do agente, bem como o local da apreensão, além de outros critérios subjetivos.

Conforme apontado pelo ministro Barroso, a ausência de critérios objetivos que permitam distinguir ambas as condutas não têm se dado de forma neutra, havendo a tendência em se imputar a conduta de usuário ou traficante a depender do fator socioeconômico, o qual se relaciona diretamente a fatores territoriais e etnicorraciais. Segundo indicado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, o sistema repressivo atua na esteira das declarações prestadas pelo policial, o qual geralmente não tem sua discricionariedade questionada em Juízo e costuma ser a única testemunha da Acusação, embora não se trate de mera testemunha dos fatos, violando o princípio de presunção de inocência.

Apesar dos elevados custos sociais da política de drogas, extrai-se dos votos dos ministros que já decidiram até o momento que esta não somente não tem alcançado seus objetivos declarados, tais como a promoção da saúde e do bem-estar da população e a prevenção do uso de drogas, como também tem violado direitos fundamentais de usuários, tais como a privacidade, a intimidade e o acesso à saúde, dificultado pela criminalização da conduta.

Diante desse contexto, o acórdão que resultar do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 e os votos até então já proferidos se mostram extremamente relevantes, já que a Corte Constitucional é instada a se manifestar acerca da política criminal de drogas proibicionista adotada no país, ajustando o sistema punitivo ao modelo de Estado Democrático de Direito. Além disso, a discussão sobre a constitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal terá impactos diretos sobre o sistema prisional, pois já se reconheceu que este vive um estado de coisas inconstitucional, bastante relacionado à atual política de drogas, e que seria necessária a tomada de uma série de medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária para reverter este cenário.

Apesar de os votos proferidos serem bastante distintos em seu conteúdo, tendo o ministro Edson Fachin se limitado a fazer uma análise formal da política de drogas, enquanto os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso analisaram seu mérito para apontar sua incorreção, todos reconheceram que a criminalização da conduta de posse de drogas para uso pessoal e o plantio de drogas para uso pessoal não se mostra ajustada à Constituição Federal.

Ainda que os votos estejam se restringindo à maconha, parecem acertados diante do que estudos científicos têm demonstrado acerca do tema, indicando que a aplicação de sanções não penais ao consumo de maconha ao redor do mundo não tem implicado o aumento do consumo em taxas preocupantes, ao contrário do que tem sido apontado pelos críticos (JELSMA, 2009).

Os três ministros consideram a criminalização da conduta de posse para uso pessoal ineficaz para promover a saúde pública ou a dos indivíduos que fazem uso de drogas. O ministro Fachin compara a tipificação penal a exemplo de criminalização do autor, ao invés do fato, enquanto o ministro Barroso aponta que o viés de segurança pública da política tem drenado recursos que seriam melhor aplicados nas áreas de saúde pública, educação e prevenção do uso de drogas.

Para o ministro Edson Fachin, o Poder Judiciário não seria a instância à qual caberia regular o ciclo que vai da produção ao consumo de drogas, indicando explicitamente que tais atividades cabem ao Poder Legislativo, no que tange à reformulação da política, e ao Poder Executivo, com relação ao período de transição que se seguirá após a declaração de inconstitucionalidade da norma penal. Distintamente e evitando perder a janela de oportunidade

que se abriu com o questionamento acerca da inconstitucionalidade da norma, os ministros Gilmar Mendes e Luís Barroso sugerem os critérios que poderiam ser adotados até que sobrevenha alteração legislativa que fixe parâmetros que distingam as condutas de posse de drogas destinado ao tráfico e ao uso.

Embora somente três dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal tenham julgado o recurso extraordinário até o momento e, apesar da importância da matéria, não se saiba quando os demais se manifestarão, os votos proferidos até então seriam um indicativo de que a Corte tem a tendência de reconhecer a incongruência entre a criminalização dos usuários e os objetivos da Lei 11.343/2006 (ANDRADE, 2016). Uma decisão neste sentido terá impactos diretos sobre o sistema prisional, diante do impacto negativo que a política de drogas tem tido sobre o aprofundamento do encarceramento em massa vivido no país.

4 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, P. A Política de Drogas e a Marcha da Insensatez. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo16.php?artigo=16,artigo_09.htm>. Acesso em: 29.07.2018.

ANDRADE, A. P. de. Atuação do Supremo Tribunal Federal na Lei 11.343 entre 2006 e 2016: leituras constitucionais – entre o proibicionismo e os direitos fundamentais. *In*: Carvalho, Érika Mendes; Ávila, Gustavo Noronha (orgs.). 10 Anos da Lei de Drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 531-561.

BARATTA, A. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – introdução à sociologia do Direito Penal. 6ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2014. 256p.

BOITEUX, L. A Nova Lei Antidrogas e Aumento da Pena do Delito de Tráfico de Entorpecentes. *In*: Boletim do IBCCRIM, São Paulo, ano 14, nº 167, Out./2006, p. 8-9.

BRANDÃO, M. D. 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. p. 1-10.

CARLOS, J. de O. Política de drogas e encarceramento em São Paulo, Brasil. *In*: IDPC – International Drug Policy Consortium, Set./2015.

DANTAS, H. S.; MARONNA, C.A. Práticas Integrativas na Aplicação da Lei nº 11.343/2006 – Lei de Drogas. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. 160p.

DEL OLMO, R. A Face Oculta da Droga. Trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

EMCDDA - European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction, Cannabis legislation in Europe – an overview. Luxembourg: EMCDDA Papers, Publications Office of the European Union, 2017, p. 01-32.

ESCOHOTADO, A. Historia General de las Drogas. 7ª ed. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1998. 934p.

FÉLIX, S; PORTUGAL, P. Drug Decriminalization and the Price of Illicit Drugs. In: International Journal of Drug Policy 39 (2017) p. 121-129. Disponível em: www.elsevier.com/locate/drugpo. Acesso em 20.08.2018.

FONSECA, A.L. A Força da Palavra Repressiva. In: ITTC – Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: <http://ittc.org.br/a-forca-da-palavra-repressiva/>. Acesso em: 24.07.2018.

GOMES, M. G. de M. Notas sobre a Inidoneidade Constitucional da Criminalização do Porte e do Comércio de Drogas. In: Reale Jr. Miguel (coord.). Drogas: aspectos penais e criminológicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 91-104.

GONÇALVES, R; LOURENÇO, A; SILVA, S.N. da. A Social Cost Perspective in the Wake of the Portuguese Strategy for the Fight Against Drugs. In: International Journal of Drug Policy 26 (2015), pp. 199-209. Disponível em: www.elsevier.com/locate/drugpo. Acesso em 20.08.2018.

HARRIS, G. Conviction by Numbers – Threshold Quantities for Drug Policy. Series on Legislative Reform of Drug Policies, Transnational Institute and International Drug Policy Consortium, nº 14, Mai/2011, p. 01-11.

JELSMA, M. Inovaciones Legislativas en Política de Drogas. Iniciativa Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, Transnational Institute, Out./2009, p. 01-24.

LEAP BRASIL – Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/mulheres-encarceradas-por-trafico-de-drogas-3/>. Acesso em: 05.07.2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS, Levantamento sobre legislação de drogas nas Américas e Europa e análise

comparativa de prevalência de uso de drogas, Diretoria de Projetos Estratégicos e Assuntos Internacionais, Jun./2015. 25p.

NEV – Núcleo de Estudos da Violência, Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo, São Paulo, 2011, 154p.

OLIVEIRA, R. J. Interfaces entre as desigualdades urbanas e desigualdades raciais no Brasil: observações sobre o Rio de Janeiro e São Paulo. In: Oliveira, Reinaldo José (org.) A Cidade e o Negro no Brasil – cidadania e território. 2ª ed. São Paulo: Alameda, 2013. p. 43-94.

PAIVA, L. G. M. 16 Medidas contra o Encarceramento em Massa – Bloco III: Lei de Drogas. In: Boletim IBCCRIM, Ano 25, nº 297, Ago./2017, p. 03.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. Global Overview of Drug Demand and Supply – latest trends, cross-cutting issues. Second Part of the World Drug Report 2017. United Nations Publication, 2017. 68p.

VITTO, R. C. P. de et al (coord.). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Brasília: Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), 2014. 148p.

ZACCONE, O. Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas. 3ª ed. 2ª reimp. Rio de Janeiro, Revan, 2007. 140p.

ZACCONE, O. Indignos de Vida: a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015. 157p.

**MEDO DO CRIME E A EROSÃO DO MODELO LIBERAL DE DIREITO PENAL: A
DERIVA A UM DIREITO PENAL SECURITÁRIO — ANÁLISE AOS PROJETOS DE
LEI PENAS BRASILEIROS ENTRE OS ANOS 2008 E 2018**

*FEAR OF CRIME AND THE EROSION OF THE LIBERAL MODEL OF CRIMINAL LAW:
TOWARDS SECURITARISM IN CRIMINAL LAW — ANALYSIS OF BRAZILIAN PENAL
LAW PROPOSITIONS BETWEEN 2008 AND 2018*

Eduardo Bolsoni Riboli

Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de
Lisboa (Portugal)

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal)

Membro (bolsista pela FCT, Portugal) do Ratio Legis – Centro de Investigação e
Desenvolvimento em Ciências Jurídicas, da Universidade Autónoma de Lisboa (Portugal)

Especialista em Direito Penal e Política Criminal: Sistema Constitucional e Direitos Humanos
pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil).

eduardoriboli@gmail.com

Resumo: O medo do crime é um fenômeno complexo originado a partir da interação entre diferentes variáveis individuais, contextuais e discursivas, o qual tem o potencial de ocasionar e potencializar uma série de disfunções na racionalidade legislativa penal. O presente estudo tem como escopo verificar a influência do medo do crime na legislação penal brasileira e, de modo secundário, contribuir para uma melhor compreensão do medo do crime e de suas consequências ao mundo jurídico, delineando as suas principais particularidades. Na presente pesquisa — que utilizou uma abordagem exploratória e descritiva, realizada a partir de levantamento bibliográfico e documental —, foram analisados mais de 600 projetos de lei peneis do Senado Federal e da Câmara dos Deputados entre o período de 2008 a 2018. Foram identificados 35 projetos de lei influenciados pelo medo do crime. A análise dos 35 projetos encontrados, aliada à base bibliográfica, permite-nos concluir que o medo do crime é um

fundamento excessivamente plástico e subjetivo para ser utilizado como argumento criminológico na atividade legislativa penal, mesmo acompanhado de substrato científico.

Palavras-chave: medo do crime, direito penal, racionalidade legislativa, populismo penal, argumento criminológico.

Abstract: Fear of crime is a complex phenomenon originated from the interaction between different individual, contextual and discursive variables, with the potential to cause and potentiate a series of dysfunctions in the criminal legislative rationality. The present study aims to verify the influence of fear of crime in Brazilian criminal law and, secondarily, contribute to a better understanding of the fear of crime and its consequences to the legal world, outlining its main features. In the present research — which used an exploratory and descriptive approach, based on a bibliographical and documentary research —, more than 600 criminal law projects originated in the Federal Senate (Senado Federal) and the Chamber of Deputies (Câmara dos Deputados) between 2008 and 2018 were analyzed. 35 bills influenced by fear of crime were found. The analysis of the 35 projects found, together with the bibliographical basis, allows us to conclude that the fear of crime is an excessively plastic and subjective argument to be used as a criminological argument in criminal legislative activity, even if accompanied by a scientific study.

Keywords: fear of crime, discursive Ouroboros of fear of crime, penal populism, criminal legislation, criminal law.

Introdução

Embora as fontes de medo sejam virtualmente infindáveis, o medo do crime ganha cada vez mais destaque na atualidade, mormente em virtude das disfunções individuais, sociais, políticas e jurídicas que é capaz de provocar.

Com o auxílio de exemplos doutrinários e legislativos, brasileiros e estrangeiros, o presente estudo tem como principal finalidade demonstrar a influência do medo do crime na atividade

legislativa e expor as distorções que este fenômeno provoca na racionalidade da atividade legislativa em matéria penal, mormente no que diz respeito à inobservância de preceitos e princípios constitucionais basilares erigidos no ideário das luzes e desde então aperfeiçoados, os quais deveriam servir de guia para um legislar constitucionalmente orientado. Como objetivo secundário, a presente investigação também pretende delinear as principais características do medo do crime.

O estudo inicia com a exposição da problemática e a descrição da metodologia. Em seguida, são delineadas as características basilares para a correta compreensão do fenômeno do medo do crime. Posteriormente, demonstra-se como o medo do crime, através da *Ouroboros discursiva do medo do crime*, infiltra-se na atividade legislativa e começa a exercer sua influência na legislação penal. Por fim, é evidenciada a erosão do modelo liberal de direito penal com a apresentação de projetos de lei manifestamente influenciados pela irracionalidade e problemática causadas pela infiltração do medo do crime na atividade legislativa penal.

1. Equação do Problema

O medo do crime parece ganhar cada vez mais espaço no cenário legislativo. Não raras as vezes, conforme será evidenciado no quinto capítulo, encontramos leis penais excessivamente repressivas fundamentadas em um suposto sentimento de segurança generalizado na sociedade, sem qualquer substrato criminológico ou doutrinário. A exemplo, foram encontradas fundamentações como “cremos que somente com o tornar mais severas as penas para os delitos de roubo e receptação de cargas poder-se-á minimizar a sensação de insegurança e desespero de motoristas”ⁱ e “o Direito Penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção e, respondendo à sociedade insegura”ⁱⁱ na legislação penal brasileira, argumentos totalmente destoantes da dogmática jurídico-penal e dos princípios e orientações constitucionais. Questionamo-nos, assim, se o medo do crime seria um argumento criminológico suficientemente sólido e legítimo para ser invocado, *per se*, para a propositura de medidas desta categoria, bem como quais os efeitos que este fenômeno pode causar à racionalidade legislativa e à lógica do sistema jurídico penal.

1.1. Metodologia

Trata-se de uma pesquisa exploratória e descritiva, realizada a partir de levantamento bibliográfico e documental. Através da consulta no *website* do Senado Federalⁱⁱⁱ e da Câmara dos Deputados^{iv}, e após a análise de mais de 600 propostas legislativas, foram identificados 35 Projetos de Leis penais motivados pelo medo do crime, 9 deles oriundos do Senado Federal e 26 da Câmara dos Deputados. A pesquisa foi direcionada aos projetos de lei apresentados entre os anos de 2008 (01-01-2008) e 2018 (20-09-2018), em ambas as Casas.

A colheita dos dados do Senado Federal foi realizada através do seu sistema de pesquisa legislativa *online*^v, mediante a introdução das seguintes informações: (1) no campo “Matéria”, foi selecionada a opção “Ativos” e em seguida “PLS – PROJETO DE LEI DO SENADO”; (2) no campo “Matérias apresentadas no Senado, no período de” foram selecionados os períodos de 01-01-2008 a 20-09-2018; e (3) no campo “Tramitação”, foi selecionada a opção “Todas”.

Quanto aos projetos de lei da Câmara dos Deputados, as informações foram obtidas de modo diverso. A consulta foi efetuada a partir do sistema *online* de busca *avançada* da Câmara^{vi}: (1) no campo “Tipo da Proposição”, foi selecionado “PL – Projeto de Lei”; (2) no campo “Data Inicial”, foi selecionada a data 01-01-2008; (3) no campo “Data Final”, foi selecionada a data 20-09-2018; (4) no campo “Em tramitação”, situado dentro do grupo “Situação”, foi selecionada a opção “Todas”; (5) No campo “Assunto”, foi somente preenchido o campo “Exatamente esta palavra ou expressão”, tendo então sido efetuadas diferentes pesquisas, todas elas seguindo os mesmos passos aqui descritos, com diferentes termos^{vii}: “medo do crime”; “sentimento de insegurança”; “sensação de insegurança”; “comoção social”; “alarme social”; “clamor público”; “percepção de insegurança”; “aterrorizada”; “aterrorizado”; “temido”; “temor do crime”; “aterrorizador” e “insegurança social”; (6) no campo “Onde procurar”, situado dentro do grupo “Assunto”, foram escolhidas as seguintes opções: “Ementa”, “Indexação” e “Inteiro teor”.

Foram adotados determinados critérios para a seleção dos resultados: (1) o medo do crime — em suas diferentes acepções e sinônimos — deveria ser um argumento fundamental para a justificativa, não necessariamente o principal, porém com evidente influência na argumentação do legislador; (2) os projetos deveriam estar necessariamente relacionados ao Direito Penal ou

a questões relacionadas à segurança pública com impacto em direitos individuais; (3) os projetos deveriam carecer de substrato científico para corroborar a justificativa; e (4) projetos “duplicados” — com a mesma proposta, a mesma sugestão de alteração legislativa e a mesma justificativa, porém sob referência numérica distinta — somente foram contabilizados uma vez, com a colheita de apenas uma das propostas.

Em observância aos critérios estabelecidos, foram excluídos da pesquisa os casos em que: (1) o medo do crime não era fator relevante na justificativa, apenas mera menção do legislador; (2) o medo do crime era um argumento secundário, com influência na argumentação do legislador, mas acompanhado de substrato criminológico^{viii}; (3) o medo do crime — o “sentimento de insegurança” e todos os demais sinônimos de medo do crime utilizados na pesquisa — eram elementos do tipo penal.

1.2. Limitações

Pela pluralidade de sinônimos que o medo do crime pode assumir e pela sua possibilidade de estar subjacente a outros argumentos (RIBOLI, 2017), resta evidente que a problemática pode ter, e cremos que realmente tem, uma dimensão muito mais profunda do que a aqui demonstrada.

Os parâmetros utilizados para a consecução dos dados, mormente a restrição à projetos de lei e a restrição a um reduzido leque de termos, também são fatores que limitaram a pesquisa. Não pode ser descartada a hipótese que a inclusão de outras iniciativas legislativas, e/ou a introdução de outros termos, possam apresentar resultados com a mesma problemática.

Isso significa que, apesar de os projetos problemáticos detectados serem abundantes, preocupantes e relevantes, eles não refletem a real dimensão do problema.

2. O Medo do Crime

2.1. O medo *lato sensu*

O medo é uma emoção básica inerente ao ser humano e relacionado ao instinto de sobrevivência. É o medo que, através da ativação de uma sequência de respostas fisiológicas, possibilita a defesa do indivíduo contra perigos iminentes, estímulos físicos ou mentais, permitindo a adoção de um comportamento de enfrentamento ou evitamento da ameaça (MILOSEVIC; MCCABE, 2015; DORAN; BURGESS, 2012; POMINI; VELARDI; WILLIS, 2012; HENSON, 2011; SVENDSEN, 2008; NIEDENTHAL; KRAUTH-GRUBER; RIC, 2006; BAYÉS, 2004).

Embora tenha uma base emocional, cada pessoa teme aquilo que pode afetá-la de maneira significativa (NUSSBAUM, 2004). Entretanto, em um mundo com infindáveis fontes de medo, o medo do crime vem ganhando cada vez mais destaque, sendo considerado por certos autores como um dos mais significativos problemas sociais atuais (VALERA; GUÀRDIA, 2014). Por ser moldado por diferentes elementos como interações sociais, vivências e experiências individuais, o medo do crime é um fenômeno único para cada pessoa (SVENDSEN, 2008; NUSSBAUM, 2004; ALTHEIDE, 2002; HOLLWAY; JEFFERSON, 1997).

2.2. O Medo do Crime^{ix}

O medo do crime começou a ser problematizado e estudado de forma autônoma por volta da década de 1960, nos Estados Unidos da América (LEE, 2007, 2008; FARRALL; JACKSON; GRAY, 2009). No Brasil o tema ganhou maior atenção no início do século XXI, com a inegável contribuição de autores como BATISTA (2003), PASTANA (2003, 2005), WERMUTH (2010, 2011), ANDRADE (2010, 2012), BORGES (2011), BIZZOTTO (2015) e RAUTER (2017). Contudo, é comum que, ao versar sobre esta temática, diversos pesquisadores tendam a realizar uma limitada relação do medo do crime ao capitalismo e aos meios de comunicação de massa, também com alguma analogia à cultura do medo cunhada por GLASSNER (2003) em referência a outras matérias não diretamente relacionadas à criminologia ou ao direito penal. Ao reduzirmos o problema a tais prismas, esquecemos a complexidade e a multiface do medo do crime. Pese

embora contribuam para o surgimento e a intensificação de algumas variáveis do medo do crime, o capitalismo e a mídia não são os elementos fundamentais que dão origem a este fenômeno, consoante bem observado por LEE (2007).

Atualmente, entende-se que somente uma perspectiva psicológica, em que operam de forma conjunta cognição e emoção, é capaz de viabilizar uma adequada compreensão do medo do crime (RIBOLI; LOPES, 2018; RIBOLI, 2017; JACKSON, 2005, 2006; FARRALL; JACKSON; GRAY, 2009). O surgimento ou intensificação do medo do crime depende da interação entre diferentes elementos, as chamadas variáveis individuais, contextuais e discursivas do medo do crime (RIBOLI, 2017), as quais dizem respeito às particularidades biopsíquicas do indivíduo (idade, gênero, vulnerabilidade, posição socioeconômica, entre outras), ao contexto socioambiental (sinais de práticas ilícitas em um determinado local ou presença de lixo, por exemplo) e às narrativas de terceiros sobre o crime (*mass media*, políticos, governo, indústria da segurança, entre outros), respectivamente (RIBOLI; LOPES, 2018; RIBOLI, 2017; FARRALL; JACKSON; GRAY, 2009; PINA, 2009; BAUMAN, 2007; LEE, 2007; BURSTEIN, 2003; CHRISTIE, 1998; SCHEINGOLD, 1995; NASAR; FISHER, 1993).

O medo do crime está mais relacionado às variáveis mencionadas do que à própria incidência de crime em determinados locais ou sociedades (NELSON; BROMLEY; THOMAS, 2001). Embora um determinado contexto social possa ser mais atingido pela criminalidade, isso não significa que os indivíduos que convivem naquele meio sintam, efetivamente, medo do crime. Nesse sentido, o inverso também é possível, cidadãos de países com baixo índice de criminalidade podem apresentar níveis elevados de medo do crime. Tudo depende do impacto de cada variável do medo do crime no imaginário coletivo e individual. Este fenômeno é denominado pela doutrina por “paradoxo do medo” (COLLINS, 2016; BREETZKE; PEARSON, 2014; CHADEE; YING, 2013; DORAN; BURGESS, 2012; CUSSON, 2011; MACHADO, 2004; NELSON; BROMLEY; THOMAS, 2001; FATTAH, 1998; HALE, 1996; GORDON; RIGER, 1980).

2.3. Conclusões preliminares: a plasticidade do medo do crime

Expostas as particularidades do medo do crime, resta evidente que se trata de um fenômeno de ímpar complexidade, único para cada indivíduo. O medo do crime é uma experiência diferente para cada pessoa, experiência esta moldada pelos múltiplos elementos de cada um dos três grandes grupos de variáveis mencionados, com pouca ou nenhuma influência da realidade criminológica do local em que o indivíduo vive ou transita.

Em outras palavras, o medo do crime é plástico, profundamente subjetivo. Dificilmente duas pessoas terão medo dos mesmos tipos de crimes na mesma intensidade.

3. A *Ouroboros discursiva do medo do crime*: compreendendo o modo como o medo do crime influencia a atividade legislativa

A existência de um sentimento de insegurança generalizado é um pressuposto para que o medo do crime exerça a sua influência na atividade legislativa (e também na atividade judicial e governamental). Para que o sentimento de insegurança seja instaurado, é imprescindível que atores sociais disseminem o medo em suas narrativas (e o explorem para fins particulares, comumente *fins econômicos*), instaurando e propagando o medo na sociedade.

Esta disseminação e *instrumentalização* do medo do crime ocorre através do *discurso do medo*, uma narrativa maliciosa que superestima estatísticas criminais e vitimológicas para construir uma visão de mundo na qual o crime é onipresente, iminente e incontrolável, como se o crime e o risco de vitimização fossem características inerentes à sociedade, sem compromisso com a verdadeira realidade criminológica do tecido social (RIBOLI, 2017). O discurso do medo é cíclico (LEE, 2007): difunde-se a ideia de uma sociedade perigosa em que a vitimização é iminente; instaura-se o medo generalizado; oferecem-se meios para tranquilizar os medos da sociedade; e reforça-se a ideia de que os meios oferecidos para resgatar a segurança são necessários em razão dos (fictícios) elevados riscos de vitimização.

Denominamos esta circularidade como *Ouroboros discursiva do medo do crime* (RIBOLI; LOPES, 2018; RIBOLI, 2017), em alusão ao símbolo egípcio e grego, uma cobra ou dragão que morde a própria cauda, expressando a renovação *ad infinitum* a cada momento que parece

se findar (CIRLOT, 2001; CHEVALIER; GHEERBRANT, 1992). A Ouroboros discursiva do medo do crime se perpetua e se reforça cada vez que é propagada, mantendo uma relação de dependência entre o seu manipulador e o(s) indivíduo(s) amedrontado(s), evidenciando o seu caráter traiçoeiro e paradoxal: garante ao seu idealizador o poder de oferecer alternativas para reduzir o medo que ele próprio ajudou a fabricar (RIBOLI, 2017).

4. Do Medo do Crime ao mundo jurídico

Em uma população que tem medo, a noção de segurança passa a assumir cada vez mais uma dimensão criminal (FERRAJOLI, 2014) em que o direito penal (bem como suas vertentes e aparatos) é elencado como o método mais adequado e célere para a prevenção e a contenção da criminalidade.

A crença na onipresença da criminalidade reforça a insegurança e a noção de imprevisibilidade do crime. No imaginário de uma sociedade amedrontada, qualquer pessoa pode ser uma potencial vítima. Dessa forma, há mais empatia da sociedade com as vítimas de crimes (GARLAND, 2001) e, conseqüentemente, mais exigências ao poder público em investimentos na segurança pública.

A Ouroboros do medo do crime transporta, assim, o medo do crime para a esfera penal, agravando o sentimento de insegurança e suscitando reivindicações públicas por mais segurança e, de outro lado, abrindo oportunidade para práticas políticas de cariz populista-punitivo.

Nesse clima de insegurança, tanto a pressão pública quanto os políticos partidários do populismo punitivo encontram um vasto campo de atuação para propor medidas cada vez mais repressivas e destoantes da dogmática jurídico-penal e de estudos criminológicos. O populismo penal exacerba a procura da segurança através de respostas jurídico-penais, emergentes do medo transmitido à sociedade (LOPES, 2017).

O direito penal torna-se o caminho mais fácil para solucionar o problema da criminalidade (VALENTE, 2004). As soluções propostas para o problema da criminalidade são típicas de um direito penal securitário, com destaque a neo-criminalizações (sobretudo de condutas

relacionadas com questões vinculadas à segurança pública, à liberdade sexual e à crimes patrimoniais); restrições a direitos fundamentais e garantias processuais; redução da imputabilidade penal; deturpação das finalidades da pena e desprezo a ideias de substituição e flexibilização do cumprimento da pena privativa de liberdade. Tratam-se de propostas com forte apelo emocional, caracterizadas pelo seu aspecto simbólico, desvinculadas da dogmática jurídico-penal e em sua maior parte manifestamente inexecutáveis (LOPES, 2017; RIPOLLÉS, 2007; LARRAURI, 2006), conforme veremos em seguida.

A atividade legislativa conduzida pelo populismo punitivo abandona uma dinâmica racionalmente estruturada (RIPOLLÉS, 2013) e transforma-se em uma prática irracional, deslegitimada e *sedenta* por segurança a qualquer custo.

5. A influência do medo do crime na atividade legislativa penal brasileira

Como forma de ilustrar a problemática aqui levantada, apresentamos os 35 projetos de lei encontrados na pesquisa. Temos ciência de que em virtude da extensa quantia de exemplos obtidos a leitura pode, porventura, tornar-se extenuante, entretanto julgamos fundamental a exposição de todos os exemplos identificados na investigação de modo a delinear as nuances e os diferentes graus de influência do medo do crime na legislação penal, e assim publicitar com vigor a problemática. Ressaltamos ser comum a todos os exemplos o fato de não terem sido acompanhados de substrato criminológico ou dogmático penal para fundamentar a sua justificativa.

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 763/2015 (arquivado):

DESCRIÇÃO: trata de requisitos para progressão de regime prisional e saída temporária.

JUSTIFICATIVA: “A atual sensação de insegurança exige uma resposta legislativa coerente com essa realidade social. Benefícios demasiados aos agentes de crimes não colaboraram para alterar esse quadro; ao contrário, os benefícios e atenuação de punição a criminosos apenas servem para aumentar a criminalidade” (página 4 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 140, DE 2010 (arquivado):

DESCRIÇÃO: acrescenta os §§ 6º, 7º, 8º e 9º, ao artigo 121 do Código Penal brasileiro com o objetivo de estabelecer o conceito penal de assassino em série.

JUSTIFICATIVA: “As ações criminosas do assassino em série são repugnantes, imundas, nojentas e causam na sociedade brasileira um sentimento de imensa aversão e revolta, daí a necessidade de uma lei bastante rigorosa para esse tipo de assassino” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 5822/2009 (arquivado):

DESCRIÇÃO: torna mais severas as penas para o roubo de cargas e a sua receptação.

JUSTIFICATIVA: “É necessário por um basta a esta situação. *Cremos que somente com o tornar mais severas as penas para os delitos de roubo e receptação de cargas poder-se-á minimizar a sensação de insegurança e desespero de motoristas, transportadoras e dos empresários que dependem da vinda de produtos de outros Estados*” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 224, DE 2010 (arquivado):

DESCRIÇÃO: altera o artigo 14 da Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para determinar como causa de aumento de pena do crime de “porte ilegal de arma de fogo de uso permitido” as circunstâncias ou os antecedentes do agente que indiquem que sua conduta se destinava à prática dos crimes previstos nos artigos 157, 158 e 159 do Código Penal.

JUSTIFICATIVA: “A sociedade caracteriza-se, entre outros aspectos, pelo aumento dos perigos de grande dimensão, uns novos, outros recentemente percebidos. *Adaptando-se à ótica da sociedade do risco, o Direito Penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção e, respondendo à sociedade insegura, recebe ainda uma função simbólica de controle social*” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 10748/2018 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 8.072, de 1990, para considerar hediondo os crimes cometidos contra agente público encarregado da segurança pública ou da administração da justiça.

JUSTIFICATIVA: “*o que temos observado nos últimos tempos é uma crescente onda de violência que tem assolado o país de norte a sul. Por onde se anda, seja nos grandes centros urbanos ou nos rincões mais distantes paira sobre os ombros de cada brasileiro a terrível sensação de insegurança. O simples ato de caminhar pelas calçadas à luz do dia passou a ser uma atividade de alto risco. E se você for um policial o risco é iminente. (...) Considerar*

hediondo todo ato criminoso que vier a ser cometido contra esses agentes públicos será mais um passo importante que o Congresso Nacional estará dando em favor da sociedade na difícil luta de combate à crescente onda de criminalidade que invade os lares de todos os brasileiros” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 76, DE 2018 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera a Lei n.º 13.260, de 16 de março de 2016, para classificar o porte ostensivo e ilegal e o disparo de arma de fogo de uso proibido ou restrito como atos de terrorismo.

JUSTIFICATIVA: “o porte ostensivo de verdadeiras ‘armas de guerra’ (estamos falando de fuzis, metralhadoras, pistolas, etc.) e os constantes disparos efetuados com esses armamentos, seja para intimidar a população ou para demonstrar a força e o poder das facções criminosas, *gera verdadeira sensação de terror e pânico entre os cidadãos*, que se sentem coagidos em seus próprios lares e são vítimas frequentes de balas perdidas. (...) *Como forma de desestimular e prevenir tais condutas é preciso puni-las de modo exemplar*. Assim, *considerando a sensação de medo, insegurança e pânico gerada pelo porte ostensivo e o disparo de armas de uso proibido ou restrito*, estamos apresentando o presente projeto que classifica tais comportamentos como atos de terrorismo, medida que aumentará sensivelmente a pena de tais delitos” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 135, DE 2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: acrescenta inciso VI ao § 2º do artigo 157 do Código Penal, para estabelecer nova causa especial de aumento de pena do crime de roubo, caracterizada pela subtração de valor recém-sacado pela vítima em instituição financeira ou terminal de saque, com conhecimento do agente (“saidinha de banco”).

JUSTIFICATIVA: “É preciso, portanto, interromper a referida escalada criminoso. Nossa proposta é que a ‘saidinha de banco’ figure como mais uma causa especial de aumento de pena para o crime de roubo, o que, na prática, representa um aumento de um terço à metade da pena a ser aplicada. *Com o recrudescimento da punição, a expectativa é desestimular a prática desse crime que, a par do dano patrimonial, causa mortes e gera forte sensação de insegurança*” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 41, DE 2013 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o artigo 121 do Código Penal, e o artigo 1º da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, que trata dos crimes hediondos, para qualificar o crime de homicídio contra agentes públicos e torná-lo hediondo.

JUSTIFICATIVA: “O agente de homicídio contra essas autoridades não pode confiar na sua punição branda, o que pode abalar o Estado Democrático de Direito, *pois podem exacerbar-se sentimentos de medo e insegurança em instituições públicas e nas comunidades*” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 7, DE 2012 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera a Lei n.º 7210/84 — que institui a Lei de Execução Penal — para determinar que a saída temporária do preso deverá ser precedida de autorização do Juiz da execução, por ato motivado, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e estará condicionada ao cumprimento de 1/6 da pena em todo em qualquer caso; estabelece que a autorização será concedida apenas uma vez ao ano, por prazo não superior a sete dias; revoga o § 3º do artigo 124 da Lei n.º 7.210/84.

JUSTIFICATIVA: “Não bastasse o imediato incremento da criminalidade nos períodos de Natal, Ano Novo e Páscoa, muitos detentos não retornam aos presídios para dar continuidade ao cumprimento de pena e, mais dia menos dia, voltam a delinquir. Diante desse quadro, *surge justificado temor da sociedade; as pessoas ficam aflitas com a possibilidade de serem vítimas de crime*. É imprescindível, portanto, restringir as possibilidades de concessão desse benefício” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 190, DE 2012 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para possibilitar a aplicação de pena prevista no Código Penal para o adolescente infrator no caso de reincidência na prática de infração grave.

JUSTIFICATIVA: “*Atualmente no Brasil, vivemos uma situação de pânico com relação à falta de segurança nas cidades, no meio rural, nas ruas ou até mesmo dentro de nossas próprias residências*. A violência tem, de fato, emergido em vários setores sociais, deixando marcas profundas por onde passa. E é a família brasileira que mais sofre diária e diretamente com esse grave problema social. Em particular, vemos adolescentes repetidamente cometer infrações graves, invadindo a vida de milhares de brasileiros, empunhando armas, vendendo drogas, suprimindo vidas, destruindo famílias inteiras. Tudo isso, embalados pelo falso entendimento de que há, no ECA, uma velada promessa da impunidade. Afinal, após completarem 18 anos, estarão livres da internação e, mais ainda, sem registro nos arquivos policiais. (...) O objetivo do presente projeto de lei é justamente apresentar ao debate uma proposta mediadora, *em que o Legislativo brasileiro caminhe no sentido de atender ao clamor da sociedade, punindo com mais rigor os menores que cometem infrações equiparadas a crimes graves*, mas sem contudo implicar redução imediata da maioria penal” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 125, DE 2011 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: insere inciso VI ao § 2º do artigo 157 e § 7º ao artigo 180, ambos do Código Penal, para aumentar, na razão de um terço até a metade, as penas para os crimes de roubo e de receptação de cargas transportadas em caminhão, embarcação, trem ou aeronave.

JUSTIFICATIVA: “*O roubo de cargas é uma das atividades criminosas que mais se faz sentir por toda a sociedade. Com efeito, o incremento das ocorrências criminosas nas estradas brasileiras tem implicado significativo aumento dos prêmios de seguros, o que acarreta o encarecimento de todos os produtos. Isso sem falar no sentimento de insegurança e medo que passou a agoniar os motoristas e passageiros, não somente de caminhões, mas também de ônibus, automóveis e avião*” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DO SENADO N.º 386, DE 2011 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o Código Penal, para prever como modalidade qualificada do crime de difamação o ato de divulgação não autorizada de imagens por meio eletrônico, conhecido como sexting.

JUSTIFICATIVA: “*Um novo fenômeno tem preocupado as famílias e as escolas brasileiras. Trata-se do sexting, que é um neologismo formado pela união de duas palavras – sex (sexo) e texting (envio de mensagem) –, fenômeno nascido nos EUA e que há pouco tempo chegou ao Brasil*” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 10748/2018 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 8.072, de 1990, para considerar hediondo os crimes cometidos contra agente público encarregado da segurança pública ou da administração da justiça.

JUSTIFICATIVA: “*o que temos observado nos últimos tempos é uma crescente onda de violência que tem assolado o país de norte a sul. Por onde se anda, seja nos grandes centros urbanos ou nos rincões mais distantes paira sobre os ombros de cada brasileiro a terrível sensação de insegurança*” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 777/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: dispõe sobre a garantia da legítima defesa por terceiro.

JUSTIFICATIVA: “*A criminalidade no Brasil possui contornos de enfermidade endêmica. Das tragédias que inundam os meios de comunicação, insurge o sentimento de insegurança que abate a sociedade brasileira (...). Razões pelas quais se torna necessária esta lei, considerando-se patente a necessidade de assegurar à população que ela*

estará segura, caso se encontre sob perigo. Para que tenha certeza de que, caso não possa se defender, a autoridade policial poderá intervir em seu favor” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 3718/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera os requisitos para a progressão de regime de cumprimento da pena e para a concessão do livramento condicional.

JUSTIFICATIVA: “Insta salientar *que esse cenário tem motivado o sentimento de insegurança na população*, já que a maior parte dos autores de crimes, quando conseguem ser capturados pela polícia, processados e condenados pela justiça, por força do instituto da progressão da pena, acabam cumprindo um prazo reduzido em instituição prisional, retornando às ruas para praticar novos delitos” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 2833/2011 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: criminaliza condutas praticadas contra cães e gatos, e dá outras providências.

JUSTIFICATIVA: “É tamanho o clamor público e o volume de crimes contra os animais (...). Acreditamos que este não possa ser um inibidor para a dosimetria de pena, mas sim um precursor de novos ditames legais, *em atendimento não somente aos clamores sociais*, mas vislumbrando-se possa a lei cumprir sua função precípua e fazer reinar a paz social e o curvar-se às regras de conduta. O Estado precisa fazer-se presente e garantir segurança aos seus cidadãos” (páginas 4 a 5 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 1047/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: criminaliza condutas praticadas contra cães, gatos, equinos, muares, animais silvestres, exóticos e selvagens, e dá outras providências.

JUSTIFICATIVA: “É incontestável *que crimes cometidos contra os animais afetam a sociedade como um todo*. Até pouco tempo atrás, notícias de barbáries eram desqualificadas e nem sempre provocavam clamor público. Hoje em dia, em função da propagação dos meios de comunicação e do advento das redes sociais é cada vez mais comum termos notícia sobre maus tratos a animais, principalmente, domésticos ou domesticados” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 7034/2014 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: impõe a decretação de prisão preventiva em caso de reincidência na prática de crimes dolosos contra a vida.

JUSTIFICATIVA: “*Um dos fatos que mais causa comoção social é a reincidência da prática criminosa grave, mormente nos casos de crimes dolosos contra a vida, praticados por quem já foi condenado anteriormente pelo mesmo crime. Exsurge daí um profundo sentimento de impunidade e impotência do Estado e da sociedade, perante essas demonstrações de barbárie social. (...) Com tais determinações, objetiva-se conferir maior segurança à população, mormente às vítimas de crimes dolosos contra a vida, bem como aos seus parentes e amigos que, com a soltura do investigado, passam a se sentir amedrontados com a possibilidade de que o investigado realize investidas contra sua incolumidade física, notadamente no sentido de intimidá-las para atrapalhar a investigação criminal. Bem se sabe que é muito comum que tais ameaças ocorram, deixando a sociedade, a vítima, sua família e seus amigos em situação de extrema vulnerabilidade, sem tranquilidade para seguir com a vida normalmente (...). Ainda, é evidente que sociedade repugna que alguém, que já tenha sido condenado anteriormente por crime doloso contra a vida (ou seja, um sujeito de alta periculosidade) venha a responder em liberdade novo processo por outro crime doloso contra a vida. Não mais se admite que isso ocorra*” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 6650/2009 (arquivado):

DESCRIÇÃO: acrescenta o inciso X ao artigo 6º do Código de Processo Penal, tornando obrigatória a reconhecimento visuográfica do local do crime.

JUSTIFICATIVA: “*o quadro da segurança pública no país é desolador. Os índices de criminalidade nunca estiveram tão elevados, principalmente, dos delitos violentos, como homicídio, roubo, sequestro, estupro e tráfico de entorpecentes. (...) A população aterrorizada com tanta violência fica aprisionada nas residências. O Estado, que perdeu o controle dessa situação, permanece inerte, sem tomar nenhuma medida concreta para solucionar o grave problema*” (página 1 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 6831/2013 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: dispõe sobre o crime de exposição pública da intimidade física ou sexual.

JUSTIFICATIVA: “[T]em sido cada vez mais frequente a exposição pública da intimidade física ou sexual, inclusive pela internet, o que causa, muitas vezes, a destruição irreparável da vida das vítimas. Trata-se da chamada “pornografia de vingança”, conduta tão abjeta quanto difícil de controlar. (...) *Cumpra, portanto, ao legislador, dar uma resposta efetiva à sociedade, aterrorizada com o rumo dos acontecimentos*” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 771/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: acrescenta o § 5º ao artigo 5º da Lei n.º 10.826, de 22 de dezembro de 2003 — Estatuto do Desarmamento — para considerar como local de trabalho o veículo automotor conduzido por taxista ou caminhoneiro no exercício da função.

JUSTIFICATIVA: “A *sensação de insegurança da população é crescente, e o aparato estatal de Segurança Pública tem se mostrado insuficiente na proteção dos cidadãos*. Não são raras as vezes em que meios de comunicação noticiam casos de roubos, homicídios, invasões de residências e latrocínios, demonstrando que o criminoso está cada vez mais ousado, principalmente ao ter a certeza de que a vítima estará desarmada no momento da abordagem” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 8006/2010 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera dispositivos do Código Penal, da Lei de Execuções Penais e da Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990, relativamente aos crimes de quadrilha, associação para o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e contra o patrimônio praticados com grave ameaça ou violência à pessoa.

JUSTIFICATIVA: “O projeto aumenta a reprimenda penal de crimes que, embora não se classifiquem como hediondos, *geram maior sensação de insegurança na coletividade*, como a formação de quadrilha, o roubo qualificado, “seqüestro relâmpago” e a extorsão qualificada, sem olvidar que em relação a estes crimes institui maior rigor na concessão de benefícios durante a execução penal. (...) Diante da evolução da criminalidade vivenciada por nosso Estado hodiernamente, que em não raras vezes tem se deparado *com a prática de atentados tendentes a alterar a paz pública, atemorizar a coletividade* (...), urge a criação de figura penal que confira tratamento específico aos referidos atos” (páginas 7 a 10 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 4463/2012 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o Código Penal e a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

JUSTIFICATIVA: “A segurança pública se tornou no Brasil um desafio ao Estado de direito. Está presente nos debates de especialistas e no dia a dia das pessoas. Com as taxas de criminalidade crescentes, *a sensação de insegurança deixou de ser característica dos grandes centros e chegou às médias e pequenas cidades*. (...) Diante deste quadro, o parlamento não pode ficar inerte, tem que exercer o seu papel no sentido de aperfeiçoar as leis penais. (...) Se o sistema de justiça do Estado está sendo acuado, e não tivermos uma legislação rigorosa, o crime avançará sem temor em toda a sociedade” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 345/2011 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera do Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências, para aplicação do Estatuto às pessoas entre 18 (dezoito) e 26 (vinte e seis) anos de idade.

JUSTIFICATIVA: “Esta benevolência da legislação é uma das causas do descrédito do sistema de recuperação de jovens infratores, pois, em boa parte dos casos concretos, a medida imposta torna-se simplesmente um mito. Sua função de prevenção geral das infrações penais torna-se bem enfraquecida, *gerando sensação de insegurança para a sociedade*” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 1953/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera a redação do artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) para aumentar a pena prevista para o crime de corrupção de menor, bem como a causa de aumento de pena prevista em seu § 2º.

JUSTIFICATIVA: “Esse cenário contribui para a retroalimentação da criminalidade, *bem como para o aumento da sensação de insegurança no país. (...) A aprovação deste projeto não prejudica em nada a discussão sobre redução da maioridade penal, além de ir ao encontro dos anseios mais prementes da população*” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 141/2015 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o Código Penal e a Lei n.º 8.072, de 25 de julho de 1990.

JUSTIFICATIVA: “A segurança pública se tornou no Brasil um desafio ao Estado de direito, está presente nos debates de especialistas e no dia a dia das pessoas. Com as taxas de criminalidade crescentes, *a sensação de insegurança deixou de ser característica dos grandes centros e chegou às médias e pequenas cidades do Brasil. (...) A sociedade brasileira não suporta mais conviver diante de tantas atrocidades e crueldades. Ela está refém de indivíduos portadores de ídoles voltadas para o crime. (...) A sociedade brasileira não deve e não pode conviver como vítima em potencial e refém de indivíduos violadores e agressores dos Direitos e Liberdades Fundamentais dos seres humanos, direitos esses, invioláveis, indisponíveis, inalienáveis, imprescritíveis e oponíveis ao próprio Estado de Direito*” (páginas 2 a 4 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 493/2015 (arquivado):

DESCRIÇÃO: tipifica como crime hediondo e qualifica como homicídio qualificado o homicídio praticado contra agente de segurança pública.

JUSTIFICATIVA: “O crime organizado tem uma característica peculiar, assim como as máfias, eles visam também a vingança e *provocar o medo aos que exercem as funções supra, trazendo a sociedade o clima terrorista, inculcando ao cidadão a sensação de insegurança generalizada*, a qual ninguém é capaz de detê-los” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 8745/2017 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o artigo 157 do Código Penal, para prever nova causa de aumento de pena do crime de roubo.

JUSTIFICATIVA: “Nesse contexto, reconhecendo que os *crimes contra o patrimônio estão entre os que mais causam a chamada sensação de insegurança*, a inclusão da causa de aumento de pena que se propõe se justifica pelos riscos que atos dessa natureza representam para a sociedade” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 5586/2016 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera a Lei de Execução Penal, para estabelecer a obrigação de o preso arcar com o custo do seu monitoramento eletrônico.

JUSTIFICATIVA: “Os problemas relacionados com o aumento das taxas de criminalidade, *o aumento da sensação de insegurança*, sobretudo nos grandes centros urbanos (...) representam desafios para o sucesso do processo de consolidação política da democracia no Brasil. (...) Neste sentido, entendemos que transferindo para o preso o custo do seu monitoramento eletrônico, o sistema penitenciário poderá melhorar e, ao mesmo tempo, por via oblíqua, proporcionar destinação de mais recursos para outras áreas, como os serviços públicos de saúde e educação” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 4535/2016 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: dispõe sobre a criação do Cadastro Nacional de Homicidas de Policiais.

JUSTIFICATIVA: “A *sociedade brasileira vive hoje em um estado de verdadeira guerra civil*, pois centenas de agentes do Estado estão sendo executados, somente por serem identificados como policiais. (...) Os poderes estatais não se podem deixar ultrapassar pelo crime e, no caso deste tipo de delito, entre outras ferramentas para combatê-lo, está a criação de um banco de dados contendo informações relevantes sobre aqueles condenados por homicídio contra policiais, de modo a viabilizar um monitoramento e uma atuação preventiva das autoridades, o que, por certo, será fato inibidor para aqueles que se sintam encorajados a ceifar a vida dos nossos policiais, *fortalecendo a sociedade e gerando sensível aumento da sensação de segurança*, sinalizando aos criminosos que

o Estado Democrático de Direito tutela esses combativos agentes de segurança pública” (páginas 1 a 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 6286/2009 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: altera o artigo 171 do Código Penal, para tipificar o crime de cópia de dados bancários.

JUSTIFICATIVA: “Com o assombroso desenvolvimento tecnológico de nossos dias, em muitos momentos, a sociedade vivencia a sensação de insegurança diante da constatação de que o ordenamento jurídico não é capaz de acompanhar, com a proximidade desejada, a evolução das relações sociais e fornecer efetiva proteção aos interesses emergentes” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 8211/2014 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: aumenta a pena do crime de furto, quando cometido no interior de residência.

JUSTIFICATIVA: “Essa é uma medida que atende aos anseios da sociedade, em tempos de crescente violência e consequente sensação de insegurança” (página 2 da justificativa do projeto de lei);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 7838/2014 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: estabelece o aumento da pena nos casos de lesão corporal culposa e homicídio culposos na direção de veículo automotor se o condutor estiver com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa.

JUSTIFICATIVA: “Impõe-se mencionar, aliás, que a sociedade brasileira assiste a tudo isso sem que haja uma resposta estatal adequada, ou seja, sem que ocorra uma real punição, o que gera nas famílias e na própria sociedade uma completa e estupefacente sensação de insegurança e impunidade. Em suma, diante desse quadro alarmante, o maior rigor da legislação penal de trânsito surge como primeira resposta para fazer frente ao crescente número de acidentes que ocasionam lesão corporal ou morte em decorrência do uso de álcool e substâncias análogas” (página 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos);

- PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 6818/2017 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: aumenta a pena do crime de organização criminosa.

JUSTIFICATIVA: “Um dos maiores problemas de nosso país é a falta de segurança pública, sendo considerada problema fundamental e principal desafio ao estado de direito no Brasil. Os problemas relacionados com o aumento

das taxas de criminalidade, *o aumento da sensação de insegurança*, está em colapso nas nossas maiores cidades e, principalmente, nos Estados mais pobres” (página 2 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos); e

• PROJETO DE LEI DA CÂMARA DOS DEPUTADOS N.º 5580/2016 (em tramitação):

DESCRIÇÃO: confere ao Estado ferramenta normativa para restaurar a segurança dos cidadãos viabilizando a segregação do convívio social de indivíduos de alta periculosidade.

JUSTIFICATIVA: “Afigura-se absolutamente dispensável que discorramos longamente acerca da premente necessidade de envidarmos reais esforços na seara do combate à criminalidade violenta em nosso país. *A insegurança domina todas as regiões do Brasil* e o mero investimento no aparelhamento punitivo do Estado revela-se infrutífero, desde que desacompanhado de um adequado enfrentamento normativo à delinquência. (...) *Ocorre que o crime que maior sensação de insegurança gera na sociedade é o roubo*, que se caracteriza pelo emprego de violência ou grave ameaça contra a vítima para a subtração do bem” (páginas 2 a 3 da justificativa do projeto de lei — grifos nossos).

6. A erosão do modelo liberal de direito penal

Os exemplos demonstrados evidenciam um uso *prima* ou *sola ratio* do direito penal, em detrimento do “princípio Beccariano” (LOPES, 2017) da *ultima ratio*. O medo do crime, aliado ao populismo punitivo, perverte a função do direito penal, o qual deixa de tutelar subsidiariamente bens jurídicos para servir como “simbologia penal de governação” (LOPES, 2017), agindo como instrumento político securitário para tranquilizar os medos populares a partir da promessa de (re)conquista da segurança. Promessa essa realizada a grandes custos: através do flagelo e da agressão continuada (VALENTE, 2004) a direitos humanos, fundamentais, conquistados paulatinamente com muito esforço ao longo dos últimos 150 anos.

As influências do ideário das luzes (COSTA, 2015) e os desenvolvimentos posteriores que resultaram em um direito penal mais humanitário, que possui como uma das principais finalidades da pena a reintegração do agente à comunidade, são, sob o signo do medo, abandonadas. O medo do crime promove um retrocesso em matéria de fins das penas, regressa-se à ideia de mera segregação mediante uma nova lógica de proteção contra situações de perigo (LYRA, 2012), com a finalidade de tranquilizar os medos populares.

Princípios, garantias e disposições basilares de direito penal e processo penal — direito ao silêncio, presunção de inocência, atenuantes, nulidades processuais, entre outros — são banidos em nome da busca da segurança a todo custo promovida pelo medo do crime. A exclusão de “benefícios aos agentes de crimes”^x (progressão de regime e saída temporária); o clamor por “uma lei bastante rigorosa”^{xi}; e a crença de que “tornar mais severas as penas para os delitos de roubo e receptação”^{xii} minimiza a insegurança e a criminalidade são exemplos legislativos brasileiros que causam espanto a qualquer jurista dedicado ao estudo do direito penal.

O medo do crime surge como estandarte que legitima o uso do direito penal para remediar problemas sociais crônicos, os quais na verdade reclamam medidas sociais, educacionais, econômicas e não penais para serem solucionados.

Conclusão

Não restam dúvidas de que a Ouroboros discursiva do medo do crime contaminou e continua a contaminar a atividade legislativa brasileira, os 35 projetos de lei apontados não permitem interpretação contrária. A influência do medo do crime é manifesta.

A introdução de qualquer argumentação criminológica na dinâmica do legislar penal deve ser acompanhada de robusto substrato criminológico, sob pena de esvaziamento do argumento e ilegitimidade da atividade. A cientificidade, a racionalidade e a criação de filtros para impedir consequências perversas deve(ria)m ser imperiosa na atividade legislativa, principalmente em cenários que envolvam conceitos ou fenômenos profundamente subjetivos, como o medo do crime.

Embora não discordemos de todo quanto à possibilidade de fundamentação alicerçada no medo do crime devidamente acompanhada de substrato criminológico, acreditamos que o medo do crime, por ser um fenômeno excessivamente complexo e plástico, deve ser afastado da atividade legislativa penal. Suas disfunções à racionalidade legislativa somente reforçam esta nossa ideia. O medo do crime é um fenômeno evidentemente problemático para servir de fundamento jurídico-penal, a sua subjetividade e o seu descompromisso com o embasamento científico o tornam o um risco para a lógica do sistema penal e para a racionalidade legislativa, principalmente em casos que impliquem restrições às liberdades, aos direitos e às garantias fundamentais.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). **Depois do Grande Encarceramento – Seminário**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 253-270.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Uncertainty and Other Liquid-Modern Fears. In: PŘIBÁŇ, Jiří (Ed.). **Liquid Society and Its Law**. Aldershot: Ashgate, 2007, p. 17-37.

BAYÉS, Ramon. Perception des symptômes et réactions émotionnelles lors des maladies mortelles. In: KIROUAC, Gilles (Coord.). **Cognition et Émotions**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 2004, p. 211-223.

BIZZOTTO, Alexandre. **A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário**. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

BORGES, Dorian. **O medo do crime na cidade do Rio de Janeiro: uma análise sob a perspectiva das crenças de perigo**. Curitiba: Appris, 2011.

BREETZKE, Gregory D.; PEARSON, Amber L. The fear factor: Examining the spatial variability of recorded crime on the fear of crime. **Applied Geography**, Oxford, New York, v. 46, p. 45-52, 2014.

BURSTEIN, Paul. The Impact of Public Opinion on Public Policy: A Review and an Agenda. **Political Research Quarterly**, [S.l.], v. 56, n. 1, p. 29-40, 2003.

CHADEE, Derek; YING, Nikita K. Ng. Predictors of fear of crime: general fear versus perceived risk. **Journal of Applied Social Psychology**, Silver Spring, v. 43, n. 9, p. 1896–1904, 2013.

CHEVALIER, Jean; GHEERBRANT, Alain. **Dictionnaire des Symboles – Mythes, rêves, coutumes, gestês, formes, figures, couleurs, nombres**. Edição revista e ampliada, Paris: Robert Laffont, 1992.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Tradução: Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CIRLOT, J. E. **A Dictionary of Symbols**. Tradução: Jack Sage. 2ª ed. [S.L.]: Taylor & Francis e-Library, 2001.

COLLINS, Rachael E. Addressing the inconsistencies in fear of crime research: A meta-analytic review. **Journal of Criminal Justice**, Amsterdam, v. 47, p. 21-31, 2016.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CUSSON, Maurice. **Criminologia**. Tradução: Josefina Castro. 3ª ed. Cruz Quebrada: Casa das Letras, 2011.

DORAN, Bruce J.; BURGESS, Melissa B. **Putting Fear of Crime on the Map: Investigating Perceptions of Crime Using Geographic Information Systems**. New York, Dordrecht, Heidelberg, London: Springer, 2012.

FARRALL, Stephen; JACKSON, Jonathan; GRAY, Emily. **Social Order and the Fear of Crime in Contemporary Times**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

FATTAH, Ezzat A. The Elderly's High Fear/Low Victimization Paradox: An Unconventional View. In: SCHWIND, Hans-Dieter; KUBE, Edwin; KÜHNE, Hans-Heiner (Ed.). **Essays in**

Honor of Hans Joachim Schneider: Criminology on the Threshold of the 21st Centur. Berlin, New York: Walter de Gruyter, 1998, p. 415-430.

FERRAJOLI, Luigi. Democracia e medo. Tradução: Sérgio Lamarão. **Discursos Seduciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, p. 117-127, 2014.

GARLAND, David. **The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society**. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GLASSNER, Barry. **Cultura do medo:** Por que tememos cada vez mais o que deveríamos temer cada vez menos. Tradução: Laura Knapp. São Paulo: Francis, 2003.

GORDON, Margaret T.; RIGER, Stephanie; LEBAILLY, Robert K.; HEATH, Linda. Crime, Women, and the Quality of Urban Life. **Signs**, Chicago, v. 5, n. 3, p. S143-S160, 1980.

HALE, C. Fear of Crime: A Review of The Literature. **International Review of Victimology**, London, v. 4, p. 79-150, 1996.

HENSON, Billy. **Fear of Crime Online: Examining the Effects of Online Victimization and Perceived Risk on Fear of Cyberstalking Victimization**, 2011. 195 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Philosophy and Criminal Justice)–School of Criminal Justice of the College of Education, Criminal Justice, and Human Services of University of Cincinnati, Cincinnati, 2011.

JACKSON, Jonathan. Introducing Fear of Crime to Risk Research. **Risk Analysis**, [S.l.], v. 26, n. 1, p. 253-264, 2006.

JACKSON, Jonathan. Validating New Measures of the Fear of Crime. **International Journal of Social Research Methodology**, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1-19, 2005.

LARRAURI, Elena. Populismo punitivo... y cómo resistirlo. **Jueces para la democracia**, Madrid, n. 55, p. 15-22, 2006.

LEE, Murray. "The Enumeration of Anxiety – Power, Knowledge and Fear of Crime". In: LEE, Murray; FARRALL, Stephen (Ed.). **Fear of Crime: critical voices in an age of anxiety**, Abingdon: Routledge-Cavendish, 2008, p. 32-44.

LEE, Murray. **Inventing Fear of Crime: Criminology and the Politics of Anxiety**. Cullompton, Portland: Willan Publishing, 2007.

LOPES, José Mouraz. A contaminação do sistema penal português pelo «populismo punitivo». In: COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João; MONIZ, Helena; BRANDÃO, Nuno; FIDALGO, Sónia (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade – Volume I**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica, 2017, p. 797-811.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. A moderna sociedade do risco e o uso político do controle penal ou a alopoiesis do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 95, p. 239-272, 2012.

MACHADO, Carla. **Crime e Insegurança: discursos do medo, imagens do «outro»**. Lisboa: Notícias, 2004.

MILOSEVIC, Irena; MCCABE, Randi E. **Phobias: the psychology of irrational fear**. Santa Barbara: Greenwood, 2015.

NELSON, A. L.; BROMLEY, R. D. F.; THOMAS, C. J. Identifying micro-spatial and temporal patterns of violent crime and disorder in the British city centre. **Applied Geography**, New York, n. 21, p. 249-274, 2001.

NIEDENTHAL, Paula M.; KRAUTH-GRUBER, Silvia; RIC, François. **Psychology of Emotion: Interpersonal, Experiential, and Cognitive Approaches**. Nova York, Hove: Psychology Press, 2006.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do Medo e Democracia: um paradoxo brasileiro. **Revista Mediações**, Londrina, v. 10, n. 02, p. 183-198, 2005.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil**. São Paulo: Editora Método, 2003.

PINA, Sara. **Media e leis penais**. Coimbra: Almedina, 2009.

POMINI, V.; VELARDI, A.; WILLIS, R. “Fear and Anxiety in Psychiatric Disorders, Cognitive-Behavioral Concepts and Treatments”. In: GERVAISE, Allen D. (Ed.). **Psychology of Fear**. Nova York: Nova Science Publishers, 2012, p. 113-152.

RAUTER, Cristina. **O medo do crime no Brasil: controle social e rebelião**. Rio de Janeiro: E-paper, 2017.

RÊGO, Ximene; FERNANDES, Luís. As falas do medo: convergências entre as cidades do Porto e Rio de Janeiro. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 27, n. 78, 2012.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni. **A Ouroboros discursiva do medo do crime: o medo do crime como elemento disfuncional na racionalidade jurídico-penal**, 2017. 141 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais)–Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

RIBOLI, Eduardo Bolsoni; LOPES, Andressa Batista. Legislação penal do medo: compreendendo os impactos e as distorções do medo do crime na atividade legislativa penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 2018/2019, *no prelo*.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. Tradução: Sónia Fidalgo. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, A. 17, n. 4, p. 547-599, 2007.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Racionalidad de las Leyes Penales: práctica y teoría**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

SCHEINGOLD, Stuart A. Politics, Public Policy, and Street Crime. **The Annals of the American Academy of Political and Social Science**, [S.l.], v. 539, p. 155-168, 1995.

SVENDSEN, Lars. **A Philosophy of Fear**. Tradução: John Irons. London: Reaktion Books, 2008.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. “Da política criminal — novas (ou velhas) tendências”: prender é fácil, reeducar e reinserir é muito difícil. **Direito e Cidadania**, Belo Horizonte, A. 6, ns. 20-21, p. 135-145, 2004.

VALERA, Sergi; GUÀRDIA, Joan. Perceived insecurity and fear of crime in a city with low-crime rates. **Journal of Environmental Psychology**, London, v. 38, p. 195-025, 2014.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A Imposição do Medo do Direito Penal como Instrumento de Gestão dos Setores Subalternos da População Brasileira. **Lex Humana**, Petrópolis, n. 2, p. 31-72, 2010.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ⁱ Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5822/2009.

ⁱⁱ Projeto de Lei do Senado n.º 224, de 2010.

ⁱⁱⁱ <https://www.senado.leg.br>.

^{iv} <http://www.camara.leg.br>.

^v <https://www.senado.leg.br/web/atividade/materias>.

^{vi} <http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>.

^{vii} Todos os termos são sinônimos de *medo do crime* (RÊGO; FERNANDES, 2012; RIBOLI, 2017; RIBOLI; LOPES, 2018).

^{viii} O que ocorreu em somente 3 projetos encontrados dentre mais de 500 propostas, fator que não retira o seu mérito por aplicar o conhecimento científico na atividade legislativa, embora este não tenha sido suficientemente densificado, a exemplo do Projeto de Lei do Senado n.º 542, de 2011.

^{ix} Para uma melhor compreensão do medo do crime, com uma ampla e aprofundada abordagem sobre as suas variáveis, cf. RIBOLI; LOPES, 2018 e RIBOLI, 2017.

^x Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 763/2015.

^{xi} Projeto de Lei do Senado n.º 140, de 2010.

^{xii} Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n.º 5822/2009.

**O “CHEQUE EM BRANCO” NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: UM
RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL**

*THE “BLANK CHECK” IN RIO DE JANEIRO PUBLIC SAFETY: A REPORT ON THE
BANALITY OF EVIL*

Yanahê Fendeler Höelz

Doutoranda em Ciência Política - UFF

yanahefendeler@hotmail.com

Resumo: O objetivo deste trabalho é apresentar algumas ações destinadas ao campo da segurança pública do Rio de Janeiro e refletir como elas repercutem no mandato policial. Toma-se como referencial teórico-metodológico Hannah Arendt, em especial, seu trabalho sobre o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, no qual a autora constatou a “banalidade do mal”. Como a irreflexão de Eichmann, que revela um mal tão banal, pode se manifestar no contexto da segurança pública do Rio de Janeiro? Para pensar a questão, a primeira parte do trabalho relembra o relato de Arendt sobre o referido julgamento e apresenta as três “soluções” implementadas pelo regime nazista a respeito da “questão judaica”, abrindo espaço para a reflexão das possíveis permanências dessas medidas, sob roupagem diversa, no cenário carioca. Em seguida, a segunda parte do trabalho faz um breve panorama sobre políticas destinadas ao campo da segurança pública (pós/1980), considerando a atual conjuntura de Intervenção Federal. Por fim, a terceira parte discute as competências distintas da Polícia Militar e do Exército e como a confusão de significados, presente nas intervenções políticas na segurança pública, pode afetar o mandato policial e comprometer as respectivas capacidades das instituições. A reflexão aponta que esse cenário opaco favorece medidas irrefletidas e que, portanto, pode banalizar cada vez mais o mal.

Palavras-chave: Mal. Banalidade. Segurança Pública. Rio de Janeiro. Mandato Policial.

Abstract: The objective of this paper is to present some actions aimed at the field of public security in Rio de Janeiro reflecting how they impact on the police mandate. The

methodological reference comes from Hannah Arendt, particularly his work on the judgment of Adolf Eichmann in Jerusalem, in which the author observed the "banality of evil." How does Eichmann's non-reflection, which reveals a banal evil, is manifested in the context of public security in Rio de Janeiro? Thinking about the question, the first part of the work recalls Arendt's report about the judgment and presents the three "solutions" implemented by the Nazi regime about the "Jewish question", opening space for reflection on the possible permanence of these measures in the carioca scenario. Then, the second part of the article presents a brief overview of the public policies focused on the field of public security (post/1980), considering the current situation of Federal Intervention. Finally, the third part discusses the distinct competencies of the Military Police and the Brazilian Army and how the confusion of meanings, existing in the context of actions in public safety, affects the police mandate and the respective capacities of the institutions. The reflection shows that this opaque scenario favors measures without reflection and, therefore, trivializes increasingly the evil.

Keywords: Evil. Banality. Public security. Rio de Janeiro. Police mandate.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é apresentar algumas ações destinadas ao campo da segurança pública do Rio de Janeiro e refletir como elas repercutem no mandato policial. Toma-se como referencial teórico-metodológico Hannah Arendt, em especial, seu trabalho sobre o julgamento de Adolf Eichmann em Jerusalém, no qual a autora constatou a “banalidade do mal”.

Considerado um dos maiores criminosos do regime nazista (1933-1945), Adolf Eichmann se via como um aplicado funcionário do Estado alemão, cumpridor das ordens de Hitler (*Führer* da Alemanha nazista) e obediente ao seu papel na deportação de judeus para os campos de extermínio nazistas.

Hannah Arendt fez a cobertura do julgamento de Eichmann em Jerusalém, em 1961, para a revista *The New Yorker*. O que marca a análise de Arendt é o seu olhar para o acusado. A autora se esforça para retratar o julgamento a partir da compreensão do “outro”, sob a perspectiva do “outro”. Ao contrário do que se podia esperar, Arendt descreve o acusado como

um burocrata medíocre, um cumpridor de ordens, um indivíduo sem qualquer anomalia psicológica, um homem “normal” que sequer tinha a capacidade de mensurar o mal praticado, um ser imerso e ao mesmo tempo distante da realidade. O olhar de Arendt sobre aquele julgamento identificou a banalidade do mal, “o fato de que ele [o mal] só se torna imenso quando se torna banal e, por isso, compartilhado por muitos” (BRESSER-PEREIRA, 2013). Eichmann simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo, constatou Hannah Arendt (1999).

Como a irreflexão de Eichmann, que revela um mal tão banal, pode se manifestar no contexto da segurança pública do Rio de Janeiro? De que maneira o mal, compreendido como uma violência contra um “outro”, é reproduzido neste campo? Quais são os efeitos das políticas destinadas à segurança pública no cotidiano dos policiais militares e da população por eles atendida? São esses os questionamentos que motivam a abordagem deste trabalho, considerando, ainda, a atual conjuntura de Intervenção Federal.

A primeira parte do trabalho relembra o relato de Arendt sobre o referido julgamento e apresenta as três “soluções” implementadas pelo regime nazista a respeito da “questão judaica”, abrindo espaço para a reflexão das possíveis permanências dessas medidas, sob roupagem diversa, no cenário carioca. Em seguida, a segunda parte do trabalho faz um breve panorama sobre políticas destinadas ao campo da segurança pública (pós/1980). Por fim, a terceira parte discute as competências distintas da Polícia Militar e do Exército e como a confusão de significados, presente nas intervenções políticas na segurança pública, pode afetar o mandato policial e comprometer as respectivas capacidades das instituições. A reflexão aponta que esse cenário opaco favorece medidas irrefletidas e que, portanto, pode banalizar cada vez mais o mal.

1 “EICHMANN” E A BANALIDADE DO MAL

A obediência por antecipação é uma tragédia política.
(Timothy Snyder)

“Em juízo estão os seus feitos, não o sofrimento dos judeus, nem o povo alemão, nem a humanidade, nem mesmo o antissemitismo e o racismo” (ARENDR, 1999, p. 15). A Justiça insistia na importância daquele homem, Adolf Eichmann, um indivíduo incoerente, idealista e amante de clichês.

Eichmann foi capturado em Buenos Aires e levado para julgamento na Corte Distrital de Jerusalém em abril de 1961. Dentre as condutas apontadas, constava a acusação de que Eichmann teria praticado crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante o regime nazista. O acusado estava sendo julgado sob a Lei de Punição dos Nazistas e Colaboradores dos Nazistas, de 1950, segundo a qual uma pessoa que cometesse crimes como os descritos estaria sujeita à pena de morte.

Em Israel, uma pessoa apresentada à Corte deveria ser considerada inocente até prova em contrário. Mas isso não aconteceu no caso de Eichmann.

Se ele não fosse considerado culpado antes de aparecer em Jerusalém, culpado além de toda dúvida, os israelenses jamais teriam ousado, nem desejado, raptá-lo; o primeiro-ministro [de Israel] Ben-Gurion [...] afirmou que “foi Eichmann quem organizou o assassinato em massa, numa escala gigantesca e sem precedentes, em toda a Europa” (ARENDDT, 1999, p. 231).

Em todas as acusações feitas, Eichmann declarava-se “inocente, no sentido da acusação”. A linha de defesa do acusado preferiu – aparentemente, como observa Arendt (1999, p. 32) – que ele se declarasse inocente porque obedecera ao Estado, ao sistema legal nazista, e que todas as acusações constituíam, em verdade, “atos de Estado”, e não crimes. Os atos de Estado têm por base o exercício do poder soberano e ficam fora do âmbito legal. Segundo a teoria de ato de Estado, um Estado soberano não pode julgar outro. “Se o que Eichmann cometeu foram atos de Estado, então nenhum de seus superiores, muito menos Hitler, chefe de Estado, poderia ser julgado por qualquer corte” (ARENDDT, 1999, p. 108-109/313).

Mas o que Eichmann queria dizer com o “inocente, no sentido da acusação”? Haveria outro sentido no qual se sentiria culpado?

Para Eichmann, a acusação estava errada. Não se tratava de assassinato, posto que não matara nenhum judeu. “Simplesmente não fiz isso” – argumentava. A única acusação plausível, segundo o acusado, seria a de ajuda e assistência à aniquilação dos judeus, jamais de assassinato. Cabe lembrar que as ordens de Hitler eram percebidas com “força de lei”¹ no Terceiro Reich, a ponto de Eichmann alegar que sentia a consciência pesada “quando não fazia aquilo que lhe ordenavam – embarcar milhões de homens, mulheres e crianças para a morte, com grande aplicação e o mais meticuloso cuidado” (ARENDDT, 1999, p. 37).

A acusação trazia como base a premissa de que Eichmann devia ter consciência da natureza de seus atos, já que era considerado uma “pessoa normal” dentro do regime nazista.

Acontece que, no contexto do Terceiro Reich, agir “normalmente” estaria no campo das exceções. E foi exatamente essa questão que criou um dilema para os juízes. O acusado não era uma exceção dentro do regime, sendo, portanto, uma “pessoa normal”. Contudo, agir “normalmente” seria uma exceção naquele contexto. Os juízes não souberam resolver, tampouco evitar tal dilema (ARENDDT, 1999, p. 38).

O problema da consciência era combatido por alguns eficazes métodos do regime. O truque usado era inverter a lógica da reação para o próprio indivíduo, assim, “em vez de dizer ‘que coisas horríveis eu fiz com as pessoas!’, os assassinos poderiam dizer ‘que coisas horríveis eu tive de ver na execução dos meus deveres, como essa tarefa pesa sobre os meus ombros!’” (ARENDDT, 1999, p.122). Acima de tudo, a guerra (1939-1945) decerto era o método, o meio e a justificativa mais eficaz para superar qualquer “problema de consciência”.

Eichmann dizia sempre a mesma coisa e se expressava com as mesmas palavras durante o seu julgamento. A sua incapacidade de falar, argumenta Arendt (1999, p. 62), estava intimamente relacionada com a sua incapacidade de pensar do ponto de vista de outra pessoa. Eichmann era incapaz de pensar e, por sua vez, de se colocar no lugar do outro. Todo o seu comportamento se voltava contra a realidade enquanto tal.

Mas não apenas Eichmann se protegia da realidade, como também a sociedade alemã de 80 milhões de pessoas. “Ele e o mundo em que viveu marcharam um dia em perfeita harmonia [...] com os mesmos autoengano, mentira e estupidez [...]” (ARENDDT, 1999, p. 65). Por isso o caso de Eichmann é diferente de qualquer outro relativo a um criminoso comum, posto que este se protege da realidade do mundo não criminoso dentro dos limites de seu bando. Eichmann se protegeu contra a realidade e os fatos junto com a sociedade alemã. Havia, é claro, indivíduos isolados conscientes da “catástrofe nacional e moral”, mas sem qualquer plano ou intenção de revolta (ARENDDT, 1999, p. 120).

O acusado alegava que era interesse dos judeus abandonar o país e que “alguém” deveria ajudá-los a agir. E foi isso que ele teria feito. Desta emigração (forçada), ainda viriam os campos de concentração e extermínio em massa dos judeus.

Eichmann se percebia enquanto um cidadão respeitador das leis e um cumpridor de ordens. Ordens essas que não precisavam estar escritas, pois, como alegava, “as palavras do Führer tinham força de lei”. Dessa forma, a lei o teria tornado um criminoso.

Na sentença, Eichmann foi condenado por ter cometido, “junto com os outros”, “crimes contra judeus com a intenção de destruir as pessoas”. Dentre eles, o condenado teria 1) provocado o assassinato de milhões de judeus; 2) levado milhões de judeus a condições propícias à destruição física; 3) causado danos físicos e mentais aos judeus e 4) determinado a proibição de nascimentos e interrupção de gestações de mulheres judias (ARENDDT, 1999, p. 266).

Sobre a alegação de Eichmann de que não havia assassinado ninguém e que “apenas” ajudou e instigou o cometimento dos crimes a ele imputados, o julgamento reconheceu que a acusação não conseguiu provar o contrário. Contudo, a Corte entendeu que isso em nada abalava a responsabilidade do acusado:

[...] Em tal enorme e complexo crime como este que estamos agora considerando, no qual muitas pessoas participaram, em vários níveis e em várias espécies de atividade – os planejadores, os organizadores, e aqueles que executavam os atos, segundo seus vários níveis –, não há muito propósito em se usar os conceitos normais de aconselhar e assistir a perpetração de um crime. Pois estes crimes foram cometidos em massa, não só em relação ao número de vítimas, mas também no que diz respeito ao número daqueles que perpetraram o crime, e a medida em que qualquer dos muitos criminosos estava próximo ou distante do efetivo assassinato da vítima nada significa no que tange à medida de sua responsabilidade. Ao contrário, no geral **o grau de responsabilidade aumenta quanto mais longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos** [*grifo no original*] (ARENDDT, 1999, p. 268).

Eichmann, por fim, insistiu que sua culpa provinha de sua obediência e que nunca nutriu ódio pelos judeus, tampouco desejou sua morte. “Não sou o monstro que fazem de mim, sou vítima de uma falácia”, dizia o condenado (ARENDDT, 1999, p. 269). Após os trabalhos de revisão de sentença pela Corte de Apelação, que confirmou a condenação, e do pedido de clemência (rejeitado) feito ao presidente de Israel, Eichmann foi levado ao cadafalso para o seu enforcamento.

Nos seus instantes finais, Eichmann afirmou que não era cristão e que não acreditava na vida depois da morte. Mas, contraditoriamente, concluiu: “Dentro de pouco tempo, senhores, iremos encontrar-nos de novo. Esse é o destino de todos os homens. Viva a Alemanha, viva a Argentina, viva a Áustria. Não as esquecerei”. Hannah Arendt (1999, p. 274) observa que nada poderia demonstrá-lo tão bem quanto a “grotesca tolice” de suas últimas palavras. “No cadafalso, sua memória lhe aplicou um último golpe: ele estava ‘animado’, esqueceu-se que

aquele era seu próprio funeral. Foi como se naqueles últimos minutos estivesse resumindo a lição [...] da temível **banalidade do mal**, que desafia as palavras e os pensamentos”.

Aquele homem preso durante o julgamento em uma jaula de vidros, considerado um monstro, um dos maiores assassinos e colaboradores do regime nazista, foi percebido por Hannah Arendt de forma diversa. Eichmann era um indivíduo normal, “horripelmente normal” (HANNAH ARENDT, 2012, filme), como tantos outros. Um ser medíocre que comete atos abomináveis, porém irrefletidos. Eichmann “simplesmente nunca percebeu o que estava fazendo. [...] Foi pura irreflexão – algo de maneira nenhuma idêntico à burrice – que o predisps a se tornar um dos grandes criminosos desta época” (ARENDR, 1999, p. 310-311).

Pois é este “não pensar” do dia a dia que vai tornando o mal cada vez mais banalizado. A incapacidade de se colocar no lugar do outro desencadeia novos extermínios, sob diversos métodos de manipulação. Guerras são fabricadas, inimigos são construídos e os “efeitos colaterais”ⁱⁱⁱ tornam-se inevitáveis dentro dessa lógica. A violência ao outro, o mal, se torna tão banal que desumaniza a todos. A consequência trágica é que o mal passa a ser percebido como o outro.

1.1 A “SOLUÇÃO FINAL” E O CASO DO RIO DE JANEIRO

*No mundo contemporâneo não é preciso que haja essa questão racial, essa questão econômica, assim tão gritante, como foi o caso do nazismo. Basta que exista o outro [para eliminá-lo].
(Franklin Leopoldo e Silva)*

Eufemismos eram comuns no vocabulário dos nazistas para disfarçar ou suavizar a natureza de suas ações. A “Solução Final” refere-se ao plano de aniquilamento dos judeus e é compreendida como o ápice das medidas discriminatórias que a antecederam.

A Solução Final foi implementada por etapas. Quando o Partido Nazista assumiu o poder na Alemanha, em 1933, o governo alemão criou leis antissemitas, incentivou boicotes contra os judeus e iniciou o processo de eliminação dos judeus através da chamada “arianização”ⁱⁱⁱ e do *progrom*^{iv} (chacina de judeus). Com o início da Segunda Guerra Mundial, as políticas antissemitas se consolidaram no plano nazista mais amplo de confinamento e, em seguida, de extermínio em massa. A “morte misericordiosa”, por exemplo, era uma das regras

de linguagem utilizada para fazer referência ao extermínio por asfixia de gás no primeiro decreto de guerra de Hitler.

Os nazistas deportavam judeus e estabeleciam “guetos” controlados pela polícia alemã e seus colaboradores nas áreas ocupadas. Na Polônia ocupada, essas áreas cercadas contavam com milhões de judeus poloneses e de outros do oeste europeu que foram deportados. Durante a invasão alemã à União Soviética, em 1941, os esquadrões de extermínio (Unidades de Serviços Especiais) começaram a eliminar comunidades judaicas inteiras. Após a Conferência de Wannsee de 1942, cujo objetivo era coordenar todos os esforços para a implementação da Solução Final, os nazistas iniciaram uma deportação sistemática de judeus de todas as áreas da Europa ocupadas, levando-os para os campos de extermínio localizados no território polonês ocupado: Chelmno, Belzec, Sobibor, Treblinka, Auschwitz-Birkenau e Majdanek (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2018).

Eichmann esteve presente nessa reunião como uma espécie de secretário. Tinha enviado convites e preparado um material estatístico – cheio de erros, acentua Arendt (1999, p. 130) –, no qual se afirmava que 11 milhões de judeus tinham de ser mortos. O referido material serviria para o discurso introdutório de Heydrich, principal representante do chefe da SS (tropa de proteção nazista). Eichmann logo se tornou um perito de “evacuação forçada”, da mesma maneira que havia atuado como um perito de “emigração forçada”. O que veio a seguir logo se tornou rotineiro:

Em país após país, os judeus tinham de se registrar, eram reunidos deportados, sendo os vários carregamentos dirigidos para um ou outro centro de extermínio do Leste, dependendo da capacidade relativa de cada um no momento; quando um trem carregado de judeus chegava a um centro, os mais fortes eram escolhidos para trabalhar, muitas vezes operando máquinas de extermínio, e todos os outros eram imediatamente mortos (ARENDR, 1999, p. 130-131).

A Solução Final demandava, portanto, “a destruição dos judeus, fosse por envenenamento por gás, fuzilamento, atos aleatórios de terror, ou doenças e inanição” (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2018). Supõe-se que o total de judeus vítimas da Solução Final tenha variado entre 4 milhões e meio a 6 milhões.

Expulsão, concentração e assassinato constituem basicamente as três “soluções” implementadas pelo regime nazista a respeito da “questão judaica”. A obediência cega aos

comandos de Hitler e a organização burocrática dos trabalhos foram peças-chave para que as “soluções” ocorressem.

Ao que parece, essas três “soluções” não se esgotaram no “Holocausto”^v. Da mesma maneira, a constatação da banalidade do mal de outrora é percebida nos dias de hoje sob as mais diversas roupagens. O que há em comum, lá e cá, é o incômodo com o “outro” e a dificuldade de se enxergar no outro, enquanto ser humano. O “outro” é fabricado em diversos contextos e admite diversas titularidades.

No caso do Rio de Janeiro, um “outro” foi sendo construído ao longo de sua história. A incapacidade de se colocar no lugar do outro, de pensar do ponto de vista de outra pessoa, tal como a figura de Eichmann é descrita por Arendt, contribuiu para uma construção social do “inimigo” a ser banido, aquele que é “indesejável”, um “sujeito matável”^{vi} (MISSE, 2010), a “ralé”^{vii} (SOUZA, 2009), a “classe perigosa”, o “vagabundo”, o “cidadão” que não é considerado o “cidadão de bem”^{viii}. Várias são as denominações atribuídas a este “outro” e as justificativas para o seu aniquilamento foram se aperfeiçoando até chegarem na forma mais acabada da retórica da guerra.

Moradores dos cortiços do centro da cidade do Rio de Janeiro foram expulsos e encontraram moradia nas encostas dos morros da cidade. Uniram-se a eles escravos recém-libertos e ex-combatentes da Guerra de Canudos. Data do final do século XIX o início da formação das favelas cariocas, quando já começavam a ser caracterizadas como o reduto da pobreza, onde viviam malandros, vagabundos, capoeiras e já eram consideradas um problema. Tão logo políticas públicas começam a aparecer visando sua erradicação (*cf.* VALLADARES, 2000; COMPANS, 2007).

Ao longo dos anos, esses espaços foram considerados como “problemas” variados: estético^{ix-x}, sanitário, moral, social, ambiental, legal e/ou de segurança pública. E a representação social construída durante o século XX consolidou uma imagem negativa das favelas e dos grupos sociais que ali residem. Apesar das políticas remocionistas, as favelas cresceram ao longo dos anos e, em 1980, já se consolidavam como espaço importante de acesso à moradia, inclusive, para os migrantes que procuravam o Rio de Janeiro em busca de trabalho.

A partir dos anos 80, leis e decretos passaram a ser promulgados garantindo as primeiras iniciativas de urbanização, “revelando a lenta e substancial mudança do foco das

políticas públicas em relação às favelas” (GONÇALVES, 2013, p. 11). Contudo, não houve grandes avanços para o investimento na outorga de títulos formais. Neste mesmo período, acentuaram-se os processos de migração intra-urbana e a expansão do tráfico de drogas com a massificação da cocaína na cidade.

Misse (2006, p. 182) destaca que a extrema visibilidade do problema do tráfico de drogas no Rio de Janeiro decorre “exatamente de sua reificação comunitária abrangente numa grande metrópole”, ou seja, há uma territorialização espacial-comunitária diversa da criminalidade pulverizada, o que vai gerar contornos políticos diferentes.

E assim, especialmente a partir dos anos 1980, o imaginário coletivo concebe a favela enquanto “sinônimo de transgressão à lei e à ordem, espaço que requer incursões policiais, praça de guerra” (SOARES, 2014, p. 9).

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha impulsionado um sistema jurídico e político que visa transformar as favelas em bairros e integrá-las à cidade, a estratégia da remoção e os discursos e práticas discriminatórias permanecem. Expulsão, concentração e assassinato formam um ciclo permanente na história das favelas do Rio de Janeiro. De tempos em tempos, pessoas são removidas para atender interesses outros que desconsideram a relação de pertencimento dos moradores à terra em que habitam. De tempos em tempos, territórios da cidade são esquecidos ou excetuados das políticas públicas implementadas nos seus arredores. E de tempos em tempos, esses territórios são lembrados quando “incomodam” o restante da cidade, seja pela aparência que causa estranheza ao “padrão” das classes médias cariocas, seja pela violência armada que começa a atingir o entorno.

As favelas tomaram espaço na agenda carioca, especialmente, nos últimos anos, quando “segurança pública” passou a compor o rol das principais preocupações do Rio de Janeiro e da mídia^{xi}. Quando os fenômenos vinculados à violência urbana passam a afetar todo o corpo social, ou melhor, quando esses fenômenos são percebidos como realidade próxima de determinados setores sociais, os ouvidos da imprensa ficaram mais aguçados para o novo clamor social. O discurso do “aumento” da criminalidade e do “crescimento” da violência tem relação com essa percepção dos grupos que passaram a “sentir” (ou prever) um pouco de uma violência já sentida em outros espaços. Políticas (supostamente) voltadas para a segurança pública acabaram se confundindo ou se misturando com as intervenções policiais nas favelas –

o que significa dizer também que há outra confusão entre segurança pública (que envolve diversas instituições, não só as policiais) e programas de policiamento para as favelas.

2 O PROBLEMA “SEGURANÇA PÚBLICA” E INTERVENÇÕES POLÍTICAS

*Numa época em que reina a confusão, em que corre o
sangue, em que se ordena a desordem, em que o
arbítrio tem força de lei, em que a humanidade
desumaniza
não digam nunca: isso é natural.
A fim de que nada passe por imutável.
(Bertolt Brecht, em tradução de Manuel Bandeira)*

O debate acerca do “problema da segurança pública” começou em 1980 e foi marcado por concepções políticas paradoxais: por um lado, havia o discurso autoritário que pregava a “pacificação^{xiii}” e a supressão dos conflitos pelo poder estatal autoritário e, pelo outro, havia o discurso reformista, baseado na luta pela incorporação de princípios internacionais de direitos humanos. Nesse momento, surgiram os primeiros estudos sobre a organização policial e a sua impermeabilidade às experiências democratizantes (MIRANDA, 2014, p. 4).

Com o auxílio das Ciências Sociais, segurança pública passa a se constituir como um campo de pesquisa no qual as políticas públicas serão analisadas a partir da compreensão de que *segurança* é um fenômeno complexo e que envolve diversos grupos sociais e interesses distintos (MIRANDA, 2014, p. 3), não se reduzindo à atuação das forças estatais. Para Batista (2011, p. 3), segurança pública^{xiii} só existe “quando ela decorre de um conjunto de projetos públicos e coletivos que forem capazes de gerar serviços, ações e atividades no sentido de romper com a geografia das desigualdades no território usado”. Sem isso, afirma a autora, o que há é um “controle truculento dos pobres”.

Algumas políticas construídas a partir da década de 1980 tiveram como ideário a incorporação dos direitos humanos^{xiv} às políticas públicas de segurança do Rio de Janeiro. Em 1983, foi criado o Centro Integrado de Policiamento Comunitário – CIPOC na Cidade de Deus e, em 1986, foi implantado o projeto Policiamento de Bairro (governo de Leonel Brizola). No entanto, esse ideário foi rompido logo em seguida, no governo de Marcelo Alencar (1995-1998), quando foi nomeado o general do Exército Nilton de Albuquerque Cerqueira para o cargo de secretário de segurança. À época, o governador editou decreto estabelecendo que os policiais que demonstrassem “bravura” nos combates ganhariam promoções e gratificações. Na

prática, uma das medidas consideradas para o bom desempenho dos policiais era o número de oponentes mortos. O resultado deste processo foi um aumento da taxa de três pessoas mortas pela polícia por mês, em 1995, para mais de vinte pessoas por mês, em 1996 (RIBEIRO, 2014, p. 297).

Caminhando para este processo de “remilitarização da segurança pública” (MIRANDA, 2014, p. 4), o Rio de Janeiro ainda contou com a experiência da Operação Rio promovida para a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992. A operação tinha a presença do Exército fazendo o policiamento ostensivo nas ruas e nas entradas das favelas^{xv-xvi}. Misturava-se, assim, os papéis das forças públicas.

O “problema” dos anos 80 se transformou na “crise” de segurança pública “cujo epicentro era considerado a expansão do tráfico de drogas e do chamado crime organizado, o que abalou a imagem da cidade, transformando-se em objeto de pesquisa [...]” (MIRANDA, 2014, p. 4).

A partir de 1990, inicia-se um debate, impulsionado por cientistas sociais, acerca da atuação das instituições policiais e medidas começam a ser apontadas, tais como, a retomada da estratégia do policiamento comunitário^{xvii} e o investimento na formação dos policiais. Índícios de inflexão nas práticas policiais informadas pela “guerra” teriam surgido no governo Anthony Garotinho (1999-2002), com o Projeto Mutirão da Paz e com o Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais – GPAE (FICHINO, 2012, p. 27). Ainda assim, a primeira década dos anos 2000 foi marcada pela alternância entre ações mais democráticas e ações mais repressivas, de endurecimento das ações policiais (MIRANDA, 2014, p. 5). No início do governo de Sérgio Cabral (2007-2014), uma das medidas adotadas foi a realização de megaoperações policiais com o apoio das Forças Armadas para as incursões nas favelas.

Nos primeiros anos do segundo mandato do presidente Lula (2007-2010), o Governo Federal lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI, extinto no governo Dilma Rousseff (2011-2016), que tinha ênfase nas políticas de prevenção. Ações sociais deveriam ser articuladas ao policiamento comunitário e os estados e municípios deveriam aderir ao programa para garantir os repasses federais. Fichino (2012, p. 11) sugere que o surgimento da Unidade de Polícia Pacificadora – UPP estaria associado às exigências do PRONASCI para recebimento do auxílio financeiro. O estado do Rio de Janeiro formalizou a

adesão ao programa em setembro de 2007.

A implantação da primeira UPP surgiu na favela Santa Marta, zona sul da cidade do Rio de Janeiro, sem qualquer delineamento efetivo. Em dezembro de 2008, uma operação policial prendeu supostas lideranças do tráfico de drogas no morro do Santa Marta. Por decisão do então secretário de segurança pública, José Mariano Beltrame, a Polícia Militar ocupou uma antiga creche da Prefeitura e lá colocaram policiais de batalhão^{xviii}. Inaugurava-se a Companhia de Policiamento Comunitário (depois chamada UPP). Foi um improvisado que, para o secretário, deu certo. “E o nosso projetinho aqui saindo” (BELTRAME, s/d *apud* MORAES *et al.*, 2015, p. 508).

O projeto da UPP está inserido na discussão sobre um “novo” modelo de policiamento para o Rio de Janeiro. Para Marcelo Burgos *et al.* (2011, p. 51), a UPP é fruto de um histórico de experiências fracassadas de policiamento para as favelas ao longo das últimas décadas. Analisando a experiência da UPP com relação às pretéritas políticas públicas de segurança, Burgos *et al.* (2011, p. 56) afirmam que “o foco exclusivo na expulsão dos grupos armados das favelas, a submissão da agenda social à lógica da ocupação policial, o amplo apoio midiático e a mobilização do empresariado distinguem a experiência da UPP das políticas implementadas antes dela”.

Mas os anos se passaram e as promessas do projeto UPP aos poucos foram sendo contestadas. A “retomada” do território sob o “domínio dos criminosos”, a redução da violência armada, a recuperação da confiança dos moradores na polícia e a consolidação de um “novo” modelo de policiamento baseado na filosofia da polícia de proximidade^{xix-xx} são algumas das expectativas vendidas e que não foram cumpridas. Soma-se a isso o combate do tráfico de drogas, promessa que, embora não conste nos documentos oficiais, foi uma das mais “vendidas” e mais propagandeadas.

Os entusiastas do projeto o abandonaram. Em outubro de 2016, José Mariano Beltrame pediu demissão do cargo de secretário de segurança. O pedido veio logo depois de um tiroteio entre policiais da UPP Pavão-Pavãozinho e supostos traficantes. No mês seguinte, o ex-governador Sérgio Cabral, quem muito se beneficiou com o marketing da UPP, foi preso por suspeita de receber propina em troca de concessões para obras públicas. Em 2017, Eike Batista, um dos principais financiadores do projeto, também foi preso por denúncias de corrupção e

lavagem de dinheiro. O orçamento para a Secretaria de Segurança foi reduzido. O que ficou da/na UPP^{xxi} foram os policiais (com serviços-extras não pagos e salários atrasados) e alguns projetos sociais por eles oferecidos.

Megaoperações no formato de “guerra” marcaram a implantação de muitas UPPs. Hoje, quase dez anos após a sua criação, o que marca o dia a dia dos policiais e moradores das favelas com UPP continua sendo este formato de “guerra”. E se na guerra há mortos, não poderia ser diferente no dia a dia dos policiais militares e moradores das favelas.

Redução dos investimentos, ausência de planejamento, interesses eleitoreiros sobrepondo-se às demandas efetivas da polícia e da favela, irresponsabilidade dos gestores diante da constatação da insustentabilidade de um projeto desta magnitude, desatenção à qualidade do serviço policial prestado e aos meios e modos de agir, enfim, são vários os fatores que transformaram o projeto UPP em o “problema da UPP”. A marca cruel dessa década de UPP (além das mortes, é claro) é que o ódio ao outro se potencializou. E é um ódio irrefletido porque não se pensa, se executa. Não se percebe a tragédia alheia. Muitos policiais militares são colocados em situações extremas, desumanas, e os moradores são vistos sob suspeição e expostos a situações degradantes. Rixas são intensificadas, o medo permeia as relações, o terror é produzido, enfim, a impressão que se tem é que a “UPP” perdeu a oportunidade de reconstruir novas formas de convivência com o outro. Por um lado, a polícia perde cada vez mais a legitimidade para atuar nesses espaços, pelo outro, a população local se vê cada vez menos reconhecida enquanto sujeito de direitos.

A implementação de muitas UPPs contou com o apoio das Forças Armadas. Essa é outra modalidade habitual de intervenção no contexto da segurança pública do Rio de Janeiro: o emprego das Forças Armadas por meio de Op. GLO – Operação de Garantia da Lei e da Ordem. Desde os anos 90, as Forças Armadas têm sido cada vez mais invocadas a atuar no Rio de Janeiro. A Operação Rio foi um dos primeiros exemplos do que se conhece hoje como GLO, que permanece sendo questionada por seu uso frequente, e não excepcional. Os principais documentos que fazem referência à GLO são: Lei Complementar 97/1999; Lei Complementar 117/2004; Portaria 62/2005; Estratégia Nacional de Defesa de 2008; Livro Branco de Defesa Nacional de 2012 e Manual de Garantia da Lei e da Ordem de 2014 (BORELLI, 2017).

Op. GLO é definida pelo Ministério da Defesa (2014, p. 14) como:

Operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento de instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem.

Dentre as ações possíveis, a Op. GLO pode realizar policiamento ostensivo, estabelecendo patrulhamento a pé e motorizado, ações habitualmente executadas pelas polícias militares. Os exemplos mais recentes de Operação GLO no Rio de Janeiro foram as operações nas favelas para a chamada “pacificação”, a segurança para grandes eventos, a ocupação no Complexo da Maré e o emprego das Forças Armadas para apoiar ações do Plano Nacional de Segurança Pública no período de 28 de julho a 31 de dezembro de 2017.

O uso recorrente de militares em atividades de segurança pública tem sido cada vez mais criticado, inclusive, pelos próprios militares. Eduardo Dias da Costa Villas Bôas, comandante do Exército, chegou a afirmar que o uso de militares em atividades de segurança pública é “desgastante, perigoso e inócuo. Nós não gostamos desse tipo de emprego. Não gostamos”.^{xxi}

Sobre a ocupação do Exército no Complexo da Maré, ocorrida entre 2014 e 2015, Villas Bôas declarou: “Lá ficamos 14 meses. No dia em que saímos, uma semana depois, tudo havia voltado ao que era antes. Temos que realmente repensar esse modelo de emprego [...]”. Em audiência pública, o ex-ministro da Defesa Raul Jungmann declarou que há uma banalização do uso das Forças Armadas para ações de segurança pública por meio de decretos de GLO e que nos últimos 30 anos 115 Garantias da Lei e da Ordem foram autorizadas.^{xxiii}

O caso da Maré é emblemático. A finalidade da ocupação, denominada Operação São Francisco, era contribuir para a “pacificação” do território e estabelecer condições para a implantação da UPP. A ocupação militar no Complexo também foi justificada como a alternativa encontrada pelo governo do estado para responder aos eventos envolvendo a polícia e grupos criminosos armados (Comando Vermelho, Terceiro Comando Puro e Milícia). O início do processo de ocupação antecedeu a Copa do Mundo (junho/julho de 2014) e, em 2016, o governo do estado declarou que havia desistido de implantar a UPP na Maré. Pesquisa realizada pela Redes da Maré^{xxiv} (SILVA, 2017) constatou que centenas de milhões de reais (mais de 400 milhões de reais^{xxv}) foram gastos em uma iniciativa “cujos resultados foram inconsistentes e

geraram lamentáveis perdas humanas”. De acordo com a pesquisa, a Maré se tornou um território dominado pela lógica da guerra, o que evidencia ausência de sentido no termo “pacificação”. “O Exército não estava na favela para proteger os seus moradores, mas para impedir que dali pudesse sair ações que atingissem outros territórios do Rio de Janeiro” (SILVA, 2017, p. 22/70).

Outro exemplo recente do uso das Forças Armadas no Rio de Janeiro foi o cerco feito na favela da Rocinha, em setembro de 2017, após uma briga interna entre líderes do comércio de drogas ligados à facção Amigos dos Amigos (ADA). Desde que Antônio Francisco Bonfim Lopes, conhecido como “Nem da Rocinha”^{xxvi}, foi preso, às vésperas do processo de “tomada” da Rocinha para a implementação da UPP, um de seus supostos aliados, Rogério Avelino da Silva, conhecido como “Rogério 157”, ficou com o comando do tráfico local^{xxvii}. Houve uma ruptura nesta aliança e um grupo supostamente ligado ao “Nem” tentou retomar o comando do tráfico na Rocinha, o que gerou confrontos armados. Um grande cerco promovido pelas Forças Armadas foi feito na Rocinha. Elegeu-se como o grande “inimigo” de ocasião o traficante conhecido como Rogério 157 e todos os esforços foram concentrados em sua captura.

Meses depois da espetacularização do terror em torno de uma única pessoa e de operações feitas também em outras favelas atrás do “inimigo”, Rogério foi encontrado na favela Parque Arará, situada na zona norte do Rio de Janeiro, durante operação da polícia e das Forças Armadas. O que restou evidente no cerco militar é que não houve um plano de emergência no que diz respeito ao emprego das forças e delimitação de competências. O que pareceu é que foi tudo na base do improvisado, como foi, inclusive, o próprio nascimento da UPP. “Operações especiais precisam acontecer com missão clara e orientada por dados para prestar contas. Na Rocinha era todo mundo tentando ganhar uma parte dos holofotes com a desgraça e mostrar que estavam fazendo alguma coisa”, argumentou Jacqueline Muniz^{xxviii} (2017) à época.

Derrotado o “inimigo”, a Rocinha então estaria livre das operações bélicas e dos confrontos armados? A resposta é negativa. Veio o ano novo repleto de velhos problemas. Nada de novo no contexto da segurança pública do Rio de Janeiro, no sucateamento dos recursos policiais e na lógica do confronto bélico na favela. Mortos e feridos são os primeiros resultados angariados.

Em meio a esse contexto reiterado de uso do Exército (e demais Forças Armadas) para

atuar na segurança pública local, a Lei 13.491/2017 entrou em vigor no dia 16 de outubro de 2017. Pelo disposto na lei, a Justiça Militar da União passa a ser competente para processar e julgar os homicídios dolosos praticados por membros das Forças Armadas contra civis – antes de competência do Tribunal do Júri.

Art. 1º O art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com as seguintes alterações:

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, **de garantia da lei e da ordem** ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais [...]. *[grifo meu]*

A demanda pela mudança legislativa evidencia a preocupação das Forças Armadas com as possíveis consequências das decisões tomadas no dia a dia do fazer policial, já que os militares estão sendo chamados a todo momento para atuar em contextos distintos, os quais exigem treinamento, planejamento e táticas diferentes das comumente pensadas como estratégia de Defesa. Embora as Forças Armadas tenham um papel na segurança pública por força constitucional, elas não “dispõem das capacidades logísticas e táticas para poder atender as necessidades cotidianas de policiamento no ambiente urbano. Todas as suas ações são adequadas para conflito de larga escala, para a guerra” [...] (MUNIZ^{xxix}, 2018).

É interessante notar o paradoxo da Op. GLO, posto que, embora frequentemente justificada por um discurso que se utiliza da retórica da guerra, seu uso se caracteriza formalmente por uma operação de “não guerra”, conforme descrito no Manual da Garantia da Lei e da Ordem (2014, p. 17): “embora empregando o Poder Militar, no âmbito interno, [as Op. GLO] não envolvem o combate propriamente dito, mas podem, em circunstâncias especiais, envolver o uso de força de forma limitada”.

A prática tem demonstrado o uso improvisado das Forças Armadas em Op. GLO, ao passo que exigências deveriam ser cumpridas para o seu emprego (definição da missão, estudo das condicionantes para o emprego dos militares, o planejamento tático etc). Uma das consequências da banalização da GLO é que não se constrói “uma política de defesa e uma política nacional de segurança pública substantiva” (MUNIZ^{xxx}, 2018).

Segundo o Manual da GLO (2014, p. 35), o acionamento do emprego da Forças

Armadas para esta operação, na hipótese de esgotamento dos instrumentos destinados à preservação da ordem pública, é feito a partir de uma “crise na segurança pública”. A questão é que a “crise” não é mais uma situação excepcional, ao contrário, “a crise coincide com a normalidade e torna-se, deste modo, apenas uma ferramenta de governo” (AGAMBEN, 2013, p. 2). E em tempos de “crise”, perene normalidade, no caso, a “capacidade de decidir desaparece de vez e há um processo contínuo de tomada de decisões que não decide absolutamente nada” (AGAMBEN, 2013, p. 2).

E é nesse cenário de “crise” que a Intervenção Federal na área da segurança pública do Rio de Janeiro será decretada.

2.1 A INTERVENÇÃO FEDERAL

Em fevereiro de 2018, após a festividade do Carnaval e notícias de violência durante o evento, o presidente Michel Temer decretou a Intervenção Federal na área da segurança pública do Rio de Janeiro e nomeou para o cargo de Interventor um militar, General do Exército Walter Souza Braga Netto^{xxxii}. Para “pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública”, o presidente decretou a intervenção de natureza militar até o dia 31 de dezembro de 2018. Segundo o decreto, o Interventor, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, exercerá o controle operacional de todos os órgãos estaduais de segurança pública previstos no art. 144 da Constituição (Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros) e no Título V da Constituição do Estado do Rio de Janeiro (Administração Penitenciária).

As ações militares no contexto da segurança pública não são uma novidade no cenário carioca. A grande diferença para a Intervenção Federal é que o comando da segurança pública do estado passa para o Interventor. Deste modo, o Presidente da República entregou a segurança pública, sem a qual nenhum dos outros direitos básicos podem ser garantidos, nas mãos de um General do Exército.

A Intervenção Federal é uma medida excepcional que afasta temporariamente a autonomia do ente federativo nos casos estabelecidos na Constituição. A regra é a não intervenção.

Art. 34 da Constituição Federal de 1988

A União **não intervirá** nos Estados nem no Distrito Federal, **exceto para**:

I - manter a integridade nacional;

- II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
- III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;**
- IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
- V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
 - a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
 - b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
- VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
- VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
 - a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
 - b) direitos da pessoa humana;
 - c) autonomia municipal;
 - d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
 - e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. [*grifo meu*]

Durante uma Intervenção Federal, não é permitido fazer alteração na Constituição. Uma das propostas do governo Temer era a reforma da Previdência. Quando questionado sobre o assunto, o presidente afirmou que a Intervenção Federal não inviabilizaria a reforma porque ele faria cessar a medida para a votação da pauta. Seria, então, acionada provisoriamente a Op. GLO até o término da votação da reforma. Vê-se, pois, que o próprio presidente demonstra que a situação da segurança pública do Rio de Janeiro não demanda a medida excepcional da Intervenção, já que previu a sua revogação momentânea para a execução de uma pauta que julga importante.

Para o jurista Lenio Streck (2018)^{xxxii}, o plano de Temer é uma manobra inconstitucional: “Se a intervenção federal tiver como medida a ordem pública, como o Presidente da República pode saber de antemão que pode suspendê-la e depois retomá-la? Uma intervenção federal termina quando cessam os seus motivos, como estabelece o artigo 36, parágrafo 4º, da Constituição”. Além disso, uma crítica feita ao formato da Intervenção Federal decretada por Temer é que ela substitui um governo civil por um militar – medida que não está nem prevista nem autorizada pela Constituição.

A segurança pública parece ter virado uma mercadoria que é transacionada das mais variadas formas de acordo com os interesses eleitoreiros. Os efeitos dessas transações recaem sobre a população das favelas, principal alvo das ações de Intervenção, e sobre as instituições

que devem “fazer a segurança” em meio a um cenário confuso.

Decretada a Intervenção, logo foi criado o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e nomeado Raul Jungmann, até então ministro da Defesa, para comandar a pasta. Em seu discurso de posse, Jungmann reproduziu um discurso moralista que coloca a questão das drogas tornadas ilícitas como um problema a ser combatido^{xxxiii}. A questão das drogas sempre é colocada como pano de fundo dos problemas enfrentados pela segurança pública no Rio de Janeiro. As drogas ilícitas junto com os vendedores se consolidam como o grande “inimigo” a ser combatido pelas forças de segurança e é exatamente essa “lógica” de “guerra” que é utilizada como política, sujeitando os moradores das favelas e agentes do Estado “aos interesses econômicos e geopolíticos inconfessáveis” (SILVA, 2010, p. 2). Mais do mesmo na política de segurança do Rio de Janeiro.

“A perspectiva do Exército produzir riscos operacionais é muito alta, mas não por má fé. O emprego é inadequado. A logística das Forças Armadas não é adequada para a mobilidade tática desejada no cenário urbano”, argumenta Muniz^{xxxiv} (2018). Começa a surgir após a decretação da Intervenção Federal uma discussão sobre os mandados coletivos de busca e apreensão nas favelas e denúncias de “fichamento” (fotos sendo tiradas durante as revistas para checagem de antecedentes criminais) desta população por militares do Exército. Tudo parece indicar um cenário de “exceção”^{xxxv} na cidade do Rio de Janeiro, onde determinados territórios sofrem, agora com “respaldo” legal, restrições e atentados a direitos e liberdades individuais. Como reflete Agamben (2010, p. 62), “um dos paradoxos do estado de exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos”. E continua o autor exemplificando: “quem passeia após o toque de recolher não está transgredindo a lei mais do que o soldado que, eventualmente, o mate a esteja executando”.

A fala do general Villas Bôas^{xxxvi} (2018) reflete bem esse cenário, ao dizer que é necessário dar aos militares “garantia para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade” no futuro, fazendo referência à Comissão Nacional da Verdade criada durante o governo Dilma, que investigou casos de violações de direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988. Em outras palavras, o que as Forças Armadas estão dizendo é:

‘Se você está me chamando para o playground, então me dá os brinquedos.

Eu estou dizendo que não sei fazer isso, que não é para fazer isso, que o emprego das tropas é uma tragédia para a corporação e para a segurança. Mas, se vocês querem, vamos querer salvo condutos' (MUNIZ, 2018) ^{xxxvii}.

Neste cenário travestido de guerra, no qual, é inegável, uma forma/prática de guerra é destinada a determinados territórios, a violência ao “outro” se torna cada vez mais banalizada e naturalizada. A Segurança Pública se torna cada vez mais objeto de um cheque em branco. Nela se faz tudo e ao mesmo tempo não se faz nada. Não se sabe de nada. Logo que decretada a Intervenção, diversas perguntas surgiram. O que as Forças Armadas vão fazer? Qual é o plano? Quais os meios a serem empregados? O que pretendem entregar em dezembro de 2018? Como vão atuar? De que maneira a Intervenção afetará a rotina dos policiais militares, o policiamento urbano, o fazer policial do dia a dia? Quem será responsável pelos excessos, abusos e baixas (da população civil, dos policiais e demais agentes de segurança)?

Depois de três meses de Intervenção, o Gabinete de Intervenção Federal – GIF apresentou o Plano Estratégico. O plano aponta como objetivos estratégicos a diminuição dos índices de criminalidade, a recuperação da capacidade operativa dos órgãos de segurança pública, a articulação das instituições dos entes federativos, o fortalecimento do caráter da Segurança Pública e do Sistema Prisional e a melhoria da qualidade e da gestão prisional. Para a execução da “missão recebida”, o GIF solicitou o montante de aproximadamente R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) ao Governo Federal. Segundo o Plano Estratégico de Intervenção Federal (2018, p. 16), “o estado final desejado pelo Interventor Federal é a diminuição dos índices de criminalidade, com aumento na percepção de sensação de segurança por parte da população do Estado do Rio de Janeiro, em consequência da recuperação da capacidade operativa dos OSP como instituições de Estado”.

A demora na apresentação do documento é um sinal de que não havia plano de emergência e que as Forças Armadas foram surpreendidas com a medida. O fato do Rio de Janeiro agora ter um planejamento estratégico para a segurança pública é um avanço, no entanto, sobre o plano apresentado, Muniz^{xxxviii} (2018) tece questionamentos acerca da qualidade do serviço que será prestado à população: “Como se dará o controle de homicídios? Das balas perdidas? Do uso da força das polícias para evitar abusos e resgatar a credibilidade junto às comunidades? Qual o padrão de tiro defensivo para reduzir a letalidade?” – questões essas que carecem de respostas^{xxxix}.

3 O “CHEQUE EM BRANCO”^{xl} NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: implicações no mandato policial

*Politicamente falando, a lição é que em condições de terror, a maioria das pessoas se conformará, mas algumas pessoas não, da mesma forma que a lição dos países aos quais a Solução Final foi proposta é que ela “poderia acontecer” na maioria dos lugares, mas não aconteceu em todos os lugares. Humanamente falando, não é preciso nada mais, e nada mais pode ser pedido dentro dos limites do razoável, para que este planeta continue sendo um lugar próprio para a vida humana.
(Hannah Arendt)*

As ações no campo da segurança pública no Rio de Janeiro nessas últimas décadas contribuíram para a confusão de significados que revestem o fazer policial. A polícia – militar, no caso brasileiro – detém um mandato de administração de conflitos pelo uso de uma força comedida, consentida e autorizada pelo público que lhe confere o poder de polícia. No entanto, essa polícia é convocada a atuar de forma rotineira como uma força combatente, tendo um “inimigo” a ser destruído. Vez ou outra, essa mesma polícia também é chamada a atuar como uma força “comunitária”, de “proximidade”, enfim, adjetivos que demonstram a ilegitimidade do fazer policial tradicional e uma (suposta) tentativa de redirecionar as estratégias de policiamento, principalmente, para as favelas. Nessa perspectiva, parcela do efetivo policial é chamada a atuar em projetos sociais e em outras ações que pouco representam o mandato policial e que não alteram as políticas de enfrentamento. Para completar o cenário, o uso reiterado das Forças Armadas, em especial, do Exército, no policiamento urbano, em atividades precipuamente de competência da Polícia Militar, colabora para a inexecução do mandato de polícia, que, repita-se, reiteradamente vem sendo preenchido por práticas de “guerra” e submetido a interesses eleitoreiros. Afinal, qual é a competência da Polícia Militar e qual é a competência do Exército?

Muniz (2001, p. 178) argumenta que existe uma crise de identidade vivida pelas Polícias Militares brasileiras proveniente do descompasso entre a polícia democrática, que serve e protege o cidadão, e os hábitos, a cultura, as técnicas apreendidas pelos policiais, que refletem a contiguidade de um passado autoritário.

O surgimento das instituições policiais no Brasil foi marcado pela ação repressiva voltada para a manutenção da ordem pública perante a crescente diversidade social e étnica do

século XIX, ocasionando uma tradição de desrespeito aos direitos individuais. “Esse padrão prevaleceu por toda a época imperial e resistiu às mudanças republicanas, que não conseguiram garantir os direitos civis para toda a população” (LAGE; MIRANDA, 2007, p. 2), tendo aprofundado seu viés autoritário durante o regime militar.

A Guarda Real da Polícia da Corte^{xli}, criada em 1809, era subordinada ao Ministério da Guerra e da Justiça portugueses. Com o tempo, a sua estrutura foi se tornando semelhante à do Exército brasileiro. Muniz (2001, p. 182) afirma que, pelo menos desde o Segundo Império (1840-1889), as Polícias Militares começaram a ser empregadas exaustivamente como força auxiliar do Exército regular “tanto nos esforços de guerra (como no caso da Guerra do Paraguai), quanto nos conflitos internos como as rebeliões, os motins, as revoltas populares, além, evidentemente, das operações de grande porte relacionadas ao controle das fronteiras da nação”; comprometendo as atividades propriamente policiais como o patrulhamento urbano e a proteção da sociedade.

As Polícias Militares brasileiras, desde o seu nascimento, pouco atuaram como polícias urbanas e ostensivas, eis que ao longo de sua trajetória foram “mais empregadas para os fins de segurança interna e de defesa nacional, do que para as funções de segurança pública” (MUNIZ, 2001, p. 179).

A última grande transformação no sistema policial brasileiro foi na década de 1970, quando as Polícias Cíveis passaram a realizar apenas as funções de polícia judiciária e as Polícias Militares ficaram com o policiamento ostensivo fardado. Note-se que foi na ditadura militar que as Polícias Militares começaram a retomar suas atividades de policiamento urbano, porém, mantendo competências como organização militar. Assim, a Polícia Militar se consolidava “simultaneamente uma polícia ostensiva da ordem pública e um órgão militar de suporte às ações de segurança interna e defesa nacional das forças combatentes brasileiras” (MUNIZ, 2001, p. 184).

No capítulo destinado à segurança pública na Constituição Federal de 1988, coube à Polícia Militar o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública. Além disso, o Constituinte manteve a Polícia Militar como força auxiliar e reserva do Exército – conservando a tradição das constituições republicanas anteriores. Assim, aos policiais militares são aplicadas as normas constitucionais referentes aos militares das Forças Armadas.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º **As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército**, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Essa vinculação com o Exército afeta a estrutura organizacional da Polícia Militar, implica o acatamento das proibições aos militares (como não ter direito à greve e sindicalização) e influencia o regulamento disciplinar. Pressupõe-se, ainda, que valores militares devam ser incorporados pela Polícia Militar.

Ao Exército brasileiro destinam-se a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (art. 142 da CF/88). Sua finalidade é defender o território e a soberania nacionais, diferente da polícia que tem por finalidade a defesa dos cidadãos. Para cumprir sua função, o Exército tende a se organizar para o “pronto emprego”, é dizer, “mobilizar grandes contingentes humanos e equipamentos com máxima presteza e estrita observância das ordens emanadas do comando. Necessita manter-se alerta para ações de defesa e, no limite, fazer a guerra” (SOARES, 2016, p. 167). Centralização decisória, hierarquia rígida e estrutura vertical são os requisitos para o “pronto emprego” do Exército. Por esta razão, esses efetivos geralmente não são preparados para o uso comedido da força com vistas a produzir obediência sob consentimento social (é dizer, na paz). “Acima de tudo, são efetivos despreparados para realizar uma conciliação quando a negociação for a melhor alternativa e para moderar o seu uso da força se necessitam tomar decisões imediatas ou prementes, quando, então, podem retornar aos reflexos e perspectivas de seu preparo combatente” (MUNIZ; PROENÇA JUNIOR, 2007a, p. 52). Em outras palavras, o Exército pode ser incompetente nas suas ações como polícia. Já o policial, detém a discricionariedade necessária para gerir os conflitos no espaço urbano, por isso não se presta a ser um estático cumpridor de ordens.

O que caracteriza o uso da força pela polícia é “o desafio de produzir *enforcement*^{xlii} sem que este leve à tirania ou passe a servir interesses particulares” (MUNIZ; PROENÇA JUNIOR, 2014, p. 494), visando criar alternativas de obediência com consentimento social e

sob o amparo da lei.

O texto constitucional se restringe a definir monopólios de policiamento. Não se pôs em acordo quais seriam “os fins, os meios e os modos de agir policial” que se destinam à defesa e garantia dos direitos fundamentais. O poder de polícia é definido de forma abstrata no Código Tributário de 1966, em seu art. 78^{xliii}, logo “não se tem estabelecido no Brasil o que é, o que pode, o que não pode no exercício do poder de polícia” (MUNIZ; PROENÇA JUNIOR, 2007b, p. 161).

Quem outorga o mandato policial à polícia é a sociedade, “que demanda as formas, os modos e os meios que deseja na ação das polícias” (MUNIZ; PROENÇA JUNIOR, 2007b, p. 169-170). O poder de polícia deve, portanto, representar uma *práxis* policial a serviço da sociedade e seus limites devem ser postos para que o seu público não seja negligenciado. O exercício do mandato policial não se presta ao “NHS” (Na Hora Sai), uma zona cinzenta onde não se sabe o que esperar de um policial. Se a polícia é chamada é porque acredita-se que ela vai utilizar os seus conhecimentos técnicos, a sua profissionalização e especialização, dentro da margem discricionária que lhe cabe, para administrar algum conflito imediato. Seu saber deve estar atrelado aos protocolos de conduta, mas, se eles não existem ou não estão publicizados, o mandato policial vira um cheque em branco, submetido a vários padrões que dificilmente representam o interesse público.

A discricionariedade é, pois, uma característica inerente à atividade policial, um predicado do seu poder de polícia. E discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade. A discricionariedade é utilizada pelo policial “sempre que limites efetivos ao seu poder deixam o policial ou a polícia livre para fazer escolhas entre possíveis rotas de ação ou inação” (KENNETH, 1969 *apud* MUNIZ, 2008, p. 3). O que caracteriza o fazer policial é a tomada de decisão na rua, na esquina, no beco; é a administração dos conflitos inimagináveis pelo legislador.

Forças combatentes como o Exército são treinadas e especializadas para o cumprimento de ordens dentro de uma centralização decisória. Na guerra não se discute a decisão a ser tomada diante da ameaça, não se pondera. Cumpre-se ordens. É custoso e complexo treinar essas tropas para o exercício do mandato policial, ainda que possível, ainda que em casos excepcionais.

O que esperar das tropas federais e da polícia no cenário da Intervenção Federal? Para além de tantas expectativas vendidas, torna-se necessário investir na qualidade e na capacidade decisória desses agentes para que, só então, se espere alguma coisa deles. E que estejam prontos para dizer “não”, quando necessário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A irreflexão de Eichmann o fez participar de um extermínio de milhões de pessoas. Devidamente manipulado, Eichmann cumpria o seu papel, o seu mandato, no regime nazista. Quando levado a julgamento, chegou a alegar que a lei o tornara um criminoso, já que as ordens de Hitler tinham força de lei. No entanto, afirmava de forma contundente não ter assassinado nenhum judeu. Este é, pois, o maior mal: “aquele cometido por ninguém” (HANNAH ARENDT, 2012, filme).

Ninguém é responsável. Ninguém se responsabiliza. Ninguém é responsabilizável. As tragédias diárias vividas pelos indivíduos expostos à política de guerra no Rio de Janeiro são enterradas junto com os corpos vitimados. Viram apenas palanques eleitoreiros. Os combatentes, também mortos, também feridos, incorporam o discurso heroico de que lutam contra o “mal”. O trabalho do policial é sabotado, sendo levado a crer que a sua missão é “combater o mal”, destruir o “inimigo”, quando, na verdade, ele mesmo está sendo destruído.

O policial militar é o agente garantidor de direitos na esquina, no dia a dia da população. A ele se recorre quando algum evento de ameaça ou violação a direito está acontecendo no “agora”. Mas, em caminho oposto, a polícia é colocada e cobrada para atuar na política de confronto. Ataca o público que deveria servir. Nesse panorama, tropas federais são chamadas para atuar sob a mesma “lógica”. Essa violência ao outro, que vai e volta, é naturalizada. A consequência perversa deste cenário de banalização do mal é que este mal, esta violência a um “outro”, pode ser cometido por qualquer um. Imperceptivelmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Tradução de Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. 197p.

_____. **Por uma Teoria do Poder Destituente**. Palestra pública em Atenas, 16 nov. 2013. Disponível em: <https://5dias.wordpress.com/2014/02/11/por-uma-teoria-do-poder-destituente-de-giorgio-agamben/>. Acesso em 04 abr. 2018.

_____. **Estado de Exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004. 143p.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Alemão é muito mais complexo**. Texto apresentado no 17º Seminário Internacional de Ciências Criminais. São Paulo, 23 jul. 2011.

BETIM, Felipe. Jacqueline Muniz: “Empregar o Exército no Rio é uma teatralidade operacional de alto custo e baixa eficácia”. **El País**, Rio de Janeiro, 23 fev. 2018. Intervenção Federal no Rio de Janeiro. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/21/politica/1519238698_373309.html. Acesso em: 04 abr. 2018.

BORELLI, Patricia Capelini. Forças Armadas e a Garantia da Lei e da Ordem: O que são e quando podem ser convocadas as operações de GLO. **Politize**, maio. 2017. Disponível em: <http://www.politize.com.br/operacoes-de-garantia-da-lei-e-da-ordem-o-que-sao/>. Acesso em 01 abr. 2018.

BRASIL. Decreto 9.288/2018. Decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 fev. 2018.

BRASIL. Lei 13.491/2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 out. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1966.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A banalidade do mal. **Folha de São Paulo**, 29 jul. 2013.

BURGOS, Marcelo Baumann *et al.* O efeito UPP na percepção dos moradores das favelas. **Desigualdade & Diversidade** - Revista de Ciências Sociais da PUC - Rio, n. 11, p. 49-98, ago./dez. 2011.

CARVALHO, Marco Antônio. Plano é avanço, mas tempo e violência cotidiana são desafios,

dizem especialistas. **O Estado de São Paulo**, 07 jun. 2018. Especial. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,metas-da-intervencao-no-rio-vao-de-militares-da-reserva-na-pm-a-mais-eventos-civicos-mostra-plano,70002340711>. Acesso em: 01 jul. 2018.

COMPANS, Rose. A cidade contra a favela: a nova ameaça ambiental. **Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais**, v. 9, n. 1, maio 2007.

DUTRA, Walkiria Zambrzycki. Estratégias da intervenção não priorizam inteligência e combate à corrupção. In: RAMOS, Silvia (coord.). **Vozes sobre a intervenção**. Rio de Janeiro: CESeC, ago. 2018.

EGP-RIO. **Censo favelas PAC**. Disponível em:

http://arquivos.proderj.rj.gov.br/egprio_imagens/Uploads/Apres_censo.pdf. Acesso em 08 abr. 2018.

ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO. Holocausto: Um local de aprendizado para estudantes. **United States Holocaust Memorial Museum**, Washington, DC. Disponível em: <https://www.ushmm.org/ptbr/outreach>. Acesso em: 27 mar. 2018.

FICHINO, Daniela Alessandra Soares. **Pasárgada Reconquistada?** Estudo sobre o processo de implementação das Unidades de Polícia Pacificadora. São Paulo, 2012. 111f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012.

GONÇALVES, Rafael Soares. A política, o direito e as favelas do Rio de Janeiro: um breve olhar histórico. **URBANA: Revista Eletrônica do Centro Interdisciplinar de Estudos sobre a Cidade**, Campinas, SP, v. 1, n. 1, abr. 2013. ISSN 1982-0569. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/urbana/article/view/8635115>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

HANNAH ARENDT. Direção: Margarethe Von Trotta. Alemanha: Heimatfilm Gmbh, 2012. 113 min.

LAGE, Lana; MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Da polícia do rei à polícia do cidadão. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, n. 25, out. 2007.

LÔBO, Cristiana. “Militares precisam ter garantia para agir sem o risco de surgir uma nova Comissão da Verdade”, diz comandante do Exército. **G1**, 19 fev. 2018. Política. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml>. Acesso em: 04 abr. 2018.

MARTÍN, Maria. Cerco militar sai da Rocinha e expõe mais rixa política que sucesso tático. **El País**, Rio de Janeiro, 30 set. 2017. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/30/politica/1506778755_591309.html. Acesso em: 04 abr. 2018.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Garantia da Lei e da Ordem**. Esplanada dos Ministérios, Brasília – DF, 2014.

MIRANDA, Ana Paula Mendes de. Militarização e direitos humanos: gramáticas em disputa nas políticas de segurança pública no Rio de Janeiro/Brasil. **Fórum Sociológico** [Online], n. 25, p. 2-16, nov. 2014. Disponível em: <http://sociologico.revues.org/886>. Acesso em: 29 mar. 2018.

MISSE, Michel. Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”. **Lua Nova**, São Paulo, p.15-38, 2010.

_____. As Ligações Perigosas: Mercado Informal Ilegal, Narcotráfico e Violência no Rio. In: **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 179-209.

MORAES, Joysi; MARIANO, Sandra R. H; FRANCO, Andrea Marinho de Souza. Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro: uma história a partir das percepções e reflexões do gestor responsável por sua implantação. **Rev. Adm. Pública**, 49 (2), p. 493-518, mar./abr.2015.

MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; ALBERNAZ, Elizabete. **Moralidades entrecruzadas nas UPPs: Uma narrativa policial**. In: Congresso Brasileiro de Sociologia, 18., 2017, Brasília. Anais. Brasília: SBS, 26-29 jul. 2017. Disponível em: <http://sbs2017.com.br/anais/resumos/PDF-eposter-trab-aceito-1343-1.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2018.

_____; PROENÇA JUNIOR, Domício. Mandato Policial. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo (Orgs.). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Editora Contexto, 2014. p. 491-502.

_____. **Discrecionabilidade Policial e a Aplicação Seletiva da Lei na Democracia**. Grupo de Estudos Estratégicos, Universidade Cândido Mendes. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://estudosdeseguranca.blogspot.com.br/2008/>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____; PROENÇA JUNIOR. Forças Armadas e Policiamento. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano 1, 1 ed., p. 48-63. 2007a.

_____; PROENÇA JUNIOR. Muita politicagem, pouca política os problemas da polícia são. **Estudos Avançados**, v. 21, n. 61, p. 159-172. 2007b. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300011>. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. A crise de identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional. **Security and Defense Studies Review**, v. 1, p. 187-198, 2001.

_____. **“Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser”**: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1999. 286 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.

MUSUMECI, Leonarda *et al.* “Eles nos detestam”: Tropeços do policiamento de proximidade em favelas. Resultados da pesquisa UPP: O que pensam os policiais. **Centro de Estudos de Segurança e Cidadania – CESeC**, Boletim Segurança e Cidadania, n. 19, nov. 2015.

RAMOS, Beatriz Drague. “Desde FHC, presidentes usam Forças Armadas como gambiarra”. Entrevista – Jacqueline Muniz. **Carta Capital**, 22 fev. 2018. Sociedade. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/desde-fhc-as-forcas-armadas-sao-usadas-como-gambiarra-diz-pesquisadora>. Acesso em 02 abr. 2018.

RAMOS, Carlos Eduardo de Franciscis *et al.* **Plano Estratégico do Gabinete de Intervenção Federal**. Gabinete de Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro – GIF/RJ, 29 maio. 2018. 80p.

RAMOS, Silvia (coord.). **Cinco meses de intervenção federal**: Muito tiroteio, pouca inteligência. Infográfico. Rio de Janeiro: Observatório da Intervenção/CESeC, jul. 2018a.

_____. **Seis meses de intervenção federal**: O Rio precisa de uma política de segurança que salve vidas. Infográfico. Rio de Janeiro: CESeC, ago. 2018b.

RIBEIRO, Ludmila. O nascimento da polícia moderna: uma análise dos programas de policiamento comunitário implementados na cidade do Rio de Janeiro (1983-2012). **Análise Social**, 211, XLIX (2.º), p. 272-309, 2014. ISSN 2182-2999.

ROCHA, Lia de Mattos; BORGES, Doriam. UPPs e os múltiplos significados de “paz” na perspectiva dos jovens moradores de favelas “pacificadas”. In: CARDOSO, Adalberto (org.). **Juventudes na cidade**: violência, cultura, religião, escola. 1 ed. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2014. 212p. p. 13-37.

RODAS, Sergio. Para especialistas, intervenção federal no RJ é inconstitucional e não dá resultados. **Revista Consultor Jurídico**, 16 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>. Acesso em 05 abr. 2018.

SANTOS, José Vicente Tavares dos (coord.). Programas de Polícia Comunitária no Brasil: avaliação de propostas de Política Pública de Segurança. In: FIGUEIREDO, Isabel Seixas de; NEME, Cristina; LIMA, Cristiane do Socorro Loureiro (Orgs.). **Políticas públicas**: análise e diagnósticos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2013. 376p. p. 205-281

SILVA, Edilson Márcio Almeida da. **Das Reportagens Policiais às Coberturas de Segurança Pública**: representações da ‘violência urbana’ em um jornal do Rio de Janeiro. 186f. Tese (Doutorado em Antropologia) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2007.

SILVA, Eliana Sousa. **A ocupação da Maré pelo Exército brasileiro**: percepção de moradores sobre a ocupação das Forças Armadas na Maré. Rio de Janeiro: Redes da Maré, 2017.

SILVA, Franklin Leopoldo e. **Quem somos nós?** Hannah Arendt por Franklin Leopoldo e Silva. Entrevista concedida a Celso Loducca, 02 jul. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OCZCKiEb3-o&index=2&list=PLD-pvcRhRL1htN0Za1VFf6z5DDRIPm8pm&t=0s>. Acesso em 21 mar. 2018.

SILVA, Jorge da. **Drogas: Alternativas à “guerra”**. 2010. Disponível em: http://www.comunidadessegura.org.br/files/artigo_cel_jorge_da_silva.pdf. Acesso em: 04 abr. 2018.

_____. **Criminologia Crítica: segurança e polícia**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOARES, Luiz Eduardo. Análise do Especialista. In: MUDAMOS. **Segurança Pública**. Relatório do Ciclo de Debates. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://mudamos-its-production-images.s3.amazonaws.com/uploads/production/compilation_files/1/files/original.pdf?1472596045. Acesso em: 05 abr. 2018.

_____. Prefácio. In: MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. **Um país chamado Favela: a maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira**. São Paulo: Editora Gente, 2014.

SOUZA, André *et. al.* Na posse, Jungmann critica classe média que financia crime consumindo drogas. **O Globo**, 27 fev. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/na-posse-jungmann-critica-classe-media-que-financia-crime-consumindo-drogas-22437267>. Acesso em: 04 abr. 2018.

SOUZA, Jessé. **Ralé Brasileira**. Quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. 484 p.

SNYDER, Timothy. **Sobre a tirania: vinte lições do século XX para o presente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

TEMER assina decreto que autoriza uso das Forças Armadas na segurança pública do RJ. **G1**, Brasília, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>. Acesso em 01 abr. 2018.

VALLADARES, Licia. A gênese da favela carioca. A produção anterior às ciências sociais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 15, n. 44, out. 2000.

ⁱ Agamben (2004, p. 60-61) sinaliza que uma das características do estado de exceção é a confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo. Para o autor, “o caso limite dessa confusão é o regime nazista em que, como Eichmann não cansava de repetir, ‘as palavras do Führer têm força de lei’. [...] O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei”.

ⁱⁱ Expressão recorrente na linguagem policial referente às mortes ocasionadas por operações policiais.

ⁱⁱⁱ Trata-se do “processo de transferência dos negócios de propriedade de judeus para os ‘arianos’, ‘raça’ inventada pelos nazistas para classificar a eles mesmos” (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2018), resultando na retirada dos judeus da economia alemã.

^{iv} Os pogroms, organizados em 1938, ficaram conhecidos como "Noite dos Cristais" ou "Noite dos Vidros Quebrados", devido aos vidros estilhaçados nas vitrines das lojas, sinagogas e moradias de judeus (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2018).

^v Palavra de origem grega que significa sacrifício pelo fogo. Seu uso atual refere-se à perseguição e ao extermínio perpetrados pelos nazistas aos judeus (ENCICLOPÉDIA DO HOLOCAUSTO, 2018). O uso do termo é problematizado por Giorgio Agamben (2010, p. 113), que afirma ser uma "irresponsável cegueira historiográfica" querer atribuir ao extermínio dos hebreus uma aura sacrificial. Para o autor, "os hebreus não foram exterminados no curso de um louco e gigantesco holocausto, mas literalmente, como Hitler havia anunciado, como 'piolhos', ou seja, como vida nua".

^{vi} Em Misse (2010), um sujeito matável é aquele objeto da sujeição criminal, é dizer, um processo de classificação social, de incriminação de sujeitos, que engloba rotulação, estigmatização e tipificação em uma única identidade social. "Trata-se de um sujeito que 'carrega' o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irrecuperável, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável" (MISSE, 2010, p. 21).

^{vii} Tal como descrita por Jessé Souza (2009) em referência a uma enorme gama de pessoas condenadas aos trabalhos mais pesados, duros, humilhantes, um exército de pessoas disponíveis a fazer quase de tudo, os muito precarizados socialmente, chamados provocativamente de "ralé brasileira". O "inimigo" a ser banido vem deste estrato social e, por isso, essas identidades em algum momento se entrelaçam.

^{viii} "Cidadão de bem" constitui mais uma forma de discriminação e seleção de indivíduos presente no vocabulário brasileiro e, em especial, das forças de segurança. Há uma seletividade punitiva discriminatória quando cidadãos são distinguidos entre aqueles que seriam "de bem" e aqueles que sequer seriam considerados cidadãos (sujeitos de direitos) por parte dos discriminadores.

^{ix} Interessante notar que não há uma "evolução" cronológica dessas representações relativas às favelas. A questão estética, por exemplo, vai aparecer na década de 20 com as discussões feitas por médicos, engenheiros e jornalistas sobre a remodelação da cidade do Rio de Janeiro. A favela era vista como a "lepra da estética". Em 1930, surge um Plano de Remodelação, Extensão e Embelezamento da cidade do Rio de Janeiro elaborado pelo urbanista francês Alfred Agache, durante a gestão do prefeito Prado Junior. Da mesma maneira, a favela era concebida como espaço sem ordem, sem higiene, sujo e que manchava a vizinhança. Já em 2018, o prefeito da cidade do Rio de Janeiro, Marcelo Crivella, anunciou que iria reformar as fachadas de alguns prédios na favela da Rocinha para passar uma ideia de "comunidade arrumada" para as pessoas que passam pela Autoestrada Lagoa-Barra, posto que, na visão do prefeito, a favela parecia "muito feinha". Entrevista disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/brasil/2018/03/prefeito-do-rio-anuncia-obra-na-rocinha-e-revolta-internautas-esta-m.html>. Acesso em 28 mar. 2018.

^x Importante mencionar que a Rocinha é considerada uma das maiores favelas da América Latina e é a maior do Brasil. Sua população estimada era, em 2010, de 98.319 habitantes (Censo do EGP-Rio, 2010). O espaço edificado da Rocinha é complexo e heterogêneo. A favela subdivide-se em setores que expressam a diversidade socioespacial, onde as áreas de difícil acesso (nos becos, por exemplo) são marcadas pela precariedade. Muito mais que embelezamento externo, a favela demanda políticas públicas de outra ordem, mais efetivas e sustentáveis.

^{xi} Sobre a importância da mídia para a consolidação da "Segurança Pública" como uma questão central (uma "problemática obrigatória") no cenário do Rio de Janeiro, consultar Silva (2007).

^{xii} Cabe observar que o termo "pacificação" tem sido uma categoria concebida como sinal de eliminação de conflitos, contrapondo a concepção de que o conflito é inerente a qualquer agrupamento humano e o que se deve procurar é a sua administração. Além disso, o uso do termo pode sugerir um "outro" inferiorizado, "desprovido de civilização" (MUSUMECI *et al.*, 2015, p. 34), à espera da salvação que virá de fora.

^{xiii} Para Jorge da Silva (2008), a garantia da segurança dos cidadãos corresponde à seguinte fórmula: Diminuição dos riscos reais + Administração dos riscos reais ou imaginários + Administração do medo = Segurança.

^{xiv} Para efeitos deste trabalho, considerados como um rol de direitos que priorizam a dignidade da pessoa humana.

^{xv} Esse modelo de operação para policiamento em grandes eventos será repetido em outras ocasiões, tal como para a realização das Olimpíadas 2016, quando o Rio de Janeiro foi palco novamente de um policiamento fortemente armado nas ruas, promovido pela Marinha, Exército e Polícia Militar.

^{xvi} O uso das tropas federais para atuação no campo da segurança pública tem sido frequente no Rio de Janeiro. Em 2017, o presidente Michel Temer promulgou decreto autorizando o emprego das Forças Armadas para “a garantia da Lei e da Ordem, em apoio às ações do Plano Nacional de Segurança Pública, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 28 de julho a 31 de dezembro de 2017”. Em fevereiro de 2018, como será abordado no trabalho, Temer decretou a Intervenção Federal na área da segurança pública do Rio de Janeiro e nomeou para o cargo de Interventor um militar (General do Exército Walter Souza Braga Netto).

^{xvii} Tavares dos Santos *et al.* (2013, p. 207) aduzem, a partir de experiências internacionais, que os cinco pilares da polícia comunitária são: 1) a orientação externa da organização policial, sugerindo que as práticas policiais sejam orientadas pelas expectativas e necessidades da comunidade atendida; 2) a orientação pela resolução de problemas; 3) parcerias externas e internas; 4) a responsabilização da polícia e 5) o empoderamento local e gestão participativa dos problemas de segurança e de qualidade de vida.

^{xviii} Outra narrativa sobre essa primeira ocupação pode ser encontrada em Muniz e Albernaz (2017).

^{xix} A filosofia da polícia de proximidade é explicada como uma estratégia de policiamento fundamentada na parceria entre cidadãos e policiais, visando a construção compartilhada da segurança pública local. Rocha e Borges (2014, p. 15) recordam que durante muito tempo a Secretaria de Segurança Pública utilizou o termo “policiamento comunitário” para se referir à UPP, o que depois se transformou na “polícia de proximidade”, aparecendo, inclusive, nos decretos editados a partir de 2011. Embora haja diferenças entre “polícia comunitária” e “polícia de proximidade”, ambas as expressões são utilizadas para fazer referência ao projeto UPP.

^{xx} A “polícia de proximidade” que se construiu ao longo dos anos de UPP é uma prática de pequena parcela do efetivo policial que se dedica a oferecer projetos sociais, “mediação” de conflitos, atendimento a demandas pontuais de alguns moradores de determinadas áreas das favelas e participação nos Conselhos de Gestão Comunitária de Segurança. É claro que esse efetivo vai trabalhar de diversas maneiras, a depender da UPP e das peculiaridades das favelas, mas basicamente foi nisso que se traduziu a “polícia de proximidade” da UPP.

^{xxi} Uma das medidas propostas pelo Gabinete de Intervenção Federal foi a extinção de algumas UPPs. Até o momento da escrita deste trabalho, foi anunciada a extinção da UPP Batan, UPP Vila Kennedy, UPP Mangueirinha e UPP Cidade de Deus.

^{xxii} Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>. Acesso em: 01 abr. 2018.

^{xxiii} Disponível em: <https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/temer-assina-decreto-que-autoriza-forcas-armadas-a-atuarem-na-seguranca-publica-do-rio.ghtml>. Acesso em: 01 abr. 2018.

^{xxiv} Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), fundada por moradores e ex-moradores da Maré, que tem como missão construir um processo global de desenvolvimento sustentável para o território local.

^{xxv} Segundo dados obtidos pela Lei de Acesso à Informação divulgados em matéria na Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/desde-fhc-as-forcas-armadas-sao-usadas-como-gambiarra-diz-pesquisadora>. Acesso em 02 abr. 2018.

^{xxvi} Antônio Francisco Bonfim Lopes, o “Nem da Rocinha”, é considerado um dos principais chefes do comércio de drogas na Rocinha.

^{xxvii} Rogério Avelino da Silva, conhecido como “Rogério 157”, nega ter sido o chefe do comércio de drogas na Rocinha, afirmando que apenas obedecia aos comandos enviados por “Nem”. Veja mais em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/59205>. Acesso em: 12 abr. 2018.

^{xxviii} Fala disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/30/politica/1506778755_591309.html. Acesso em 04 abr. 2018.

^{xxix} Entrevista disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/desde-fhc-as-forcas-armadas-sao-usadas-como-gambiarra-diz-pesquisadora>. Acesso em: 02 abr. 2018.

^{xxx} Entrevista disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/desde-fhc-as-forcas-armadas-sao-usadas-como-gambiarra-diz-pesquisadora>. Acesso em: 02 abr. 2018.

^{xxxi} O Decreto n.º 9.288/2018 foi aprovado pela Câmara dos Deputados por 340 votos a 72, com uma abstenção, e pelo Senado Federal por 55 votos a 13, com uma abstenção.

^{xxxii} Entrevista disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/intervencao-federal-rio-inconstitucional-nao-dara-resultados>. Acesso em 05 abr. 2018.

^{xxxiii} Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/na-posse-jungmann-critica-classe-media-que-financia-crime-consumindo-drogas-22437267>. Acesso em 04 abr. 2018.

^{xxxiv} Entrevista disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/21/politica/1519238698_373309.html. Acesso em 04 abr. 2018.

^{xxxv} No sentido que Giorgio Agamben confere ao termo: “O estado de exceção não é o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão. [...] Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção[...]” (AGAMBEN, 2010, p. 24/25). Isto de modo algum significa a exclusão da ordem jurídica, pois, segundo o autor (2004, p. 42), “o estado de exceção moderno é [...] uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”.

^{xxxvi} Disponível em <https://g1.globo.com/politica/blog/cristiana-lobo/post/general-vilas-boas-militares-precisam-ter-garantia-para-agir-sem-o-risco-de-surgir-uma-nova-comissao-da-verdade.ghtml>. Acesso em: 04 abr. 2018.

^{xxxvii} Entrevista disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/21/politica/1519238698_373309.html. Acesso em 04 abr. 2018.

^{xxxviii} Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/rio-de-janeiro,metas-da-intervencao-no-rio-vaio-de-militares-da-reserva-na-pm-a-mais-eventos-civicos-mostra-plano,70002340711>. Acesso em 01 jul. 2018.

^{xxxix} Membros do Observatório da Intervenção, projeto criado para acompanhar e publicizar os desdobramentos da Intervenção Federal no Rio de Janeiro, denunciam a ausência de informações relacionadas ao efetivo das forças de segurança empregado nas operações; ao tipo de prisões realizadas, se ocorridas com mandado de prisão ou em caso de flagrante; e às motivações para cada prisão. Veja mais em: <https://www.ucamcesec.com.br/artigo/um-vacuo-de-informacoes-sobre-a-intervencao-federal-no-rio/>. Acesso em 07 ago. 2018. O que se tem notícia, em cinco meses de intervenção (fev.- jul.), é que os resultados das operações têm sido “pífios”: “foram apreendidos menos fuzis, metralhadoras e submetralhadoras durante os meses de intervenção (92) do que no mesmo período de 2017 (145). Em compensação, tiroteios e disparos aumentaram 37%, as chacinas, 80% e as mortes em chacinas (três pessoas mortas ou mais), 128%” (RAMOS, 2018a). Em agosto de 2018, o Observatório da Intervenção divulgou que, das 66 ações estipuladas no Plano Estratégico, apenas 11 foram entregues até o momento. “As ações já cumpridas focam no patrulhamento ostensivo e no reaparelhamento das polícias, ao passo que medidas voltadas à inteligência e à redução dos crimes contra a vida andam a passo mais lento. Alegando dificuldades, os generais recentemente anunciaram que em setembro farão uma revisão do Plano” (DUTRA, 2018, p. 7). Segundo o Observatório, de fevereiro a julho,

736 pessoas foram mortas pela polícia, 51 agentes foram mortos (50 policiais e um militar das Forças Armadas) e ocorreram 4.850 tiroteios, superando o semestre anterior (RAMOS, 2018b).

^{xi} Tomo de empréstimo termo utilizado por Jacqueline Muniz quando faz referência ao mandato policial (2014).

^{xii} A Guarda Real foi extinta em 1831 e, logo no mesmo ano, foi criada outra organização policial militarizada – o Corpo de Guardas Municipais Permanentes. Em 1866, esta Guarda passou a se chamar Corpo Militar de Polícia da Corte. Com a Constituição de 1891, o Corpo Militar foi transformado na Brigada de Polícia da Capital Federal. Em 1919, a Brigada passou a ser chamada de Polícia Militar (MUNIZ, 1999, p. 44-45).

^{xiii} Sem tradução para a língua portuguesa. Está associado à produção de obediência e à garantia do cumprimento das leis.

^{xiiii} Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Área 8

Gênero, sexualidade e relações raciais na justiça criminal



UMA NOVA ABORDAGEM AO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER
A NEW APPROACH TO COMBATING VIOLENCE AGAINST WOMEN

Michelle Martins Papini Mota

Autora, advogada, assessora jurídica da Polícia Militar de Minas Gerais, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, especialista em Direito Contratual, membro titular do grupo de pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

michellepapini@hotmail.com

Paulo José Angelo Andrade

Advogado, professor universitário, bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Direito de Empresas e Mestre em Direito Empresarial, membro titular do grupo de pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais.

paulojaandrade@gmail.com

Resumo: Existem vários tipos e formas de violência contra as mulheres. No presente, serão evidenciadas as representações da violência doméstica passando pela discussão de gênero, sexualidade. Analisar-se-á o ciclo de violência doméstica contra a mulher, verificando os partícipes diretos e indiretos, em especial na atuação do Estado, através de sua força policial militar, bem como as políticas públicas e as ações afirmativas. A pesquisa visa verificar a extensão do problema, das medidas tomadas e, realizar ponderações, e verificar a garantia dos direitos das mulheres vítimas de violência doméstica. Objetiva-se, ainda, fazer uma abordagem histórica do papel da mulher e a sua exclusão, como uma das causas da violência doméstica. Desta perspectiva, pondera-se sobre o ciclo de vitimização e o modelo procedimental elaborado e adotado pela Polícia Militar de Minas Gerais, no atendimento a ocorrências de violência doméstica e na sua prevenção. A principal conclusão da pesquisa é que é necessária uma modificação cultural para se acabar com a violência doméstica, para se chegar à uma evolução de que as ações afirmativas sejam desnecessárias para resguardarem as mulheres, sendo elas respeitadas por todos por serem quem são, com seus direitos garantidos e respeitados. Como procedimento metodológico utilizou-se o bibliográfico-investigativo.

Palavra-chave: Gênero; violência doméstica; polícia militar; políticas públicas.

Abstract: There are various types and forms of violence against women. In the present, the representations of domestic violence will be evidenced through the discussion of gender, sexuality. The cycle of domestic violence against women will be analyzed, verifying the direct and indirect participants, especially in the State's activities, through its military police force, as well as public policies and affirmative actions. The aim of the research is to verify the extent of the problem, the measures taken and the weighting, and verify the guarantee of the rights of women victims of domestic violence. It is also intended to take a historical approach to the role of women and their exclusion as a cause of domestic violence. From this perspective, we consider the victimization cycle and the procedural model elaborated and adopted by the Military Police of Minas Gerais, in the attendance to occurrences of domestic violence and its prevention. The main conclusion of the research is that a cultural modification is needed to end domestic violence, in order to achieve an evolution of affirmative actions that are unnecessary to protect women, being respected by all for being who they are, with their rights respected. As methodological procedure was used bibliographical-investigative.

Keywords: Gender; domestic violence; military police; public policy.

INTRODUÇÃO

Existem vários tipos e formas de violência contra as mulheres, sendo as temáticas as mais diversas e abrangentes possíveis. No presente, serão evidenciadas as representações da violência doméstica passando pela discussão de gênero, sexualidade e atos contra a mulher sob a mirada dos direitos humanos, garantias fundamentais. Bem como, será feita uma análise da Lei Maria da Penha e do modelo procedimental adotado pela Polícia Militar de Minas Gerais, no atendimento a ocorrências de violência doméstica e a sua prevenção.

O conceito de gênero está em constante debate e segue em processo de construção e evolução. Verena Stolcke (2004) assevera que a identidade sócio simbólica dos sujeitos, a qual

é exibida ao mundo, é variável e está em constante transformação, pois deriva de uma variação cultural a qual o sujeito encontra-se submerso.

Verifica-se que as relações de cultura e poder nas sociedades não são similares. Nas sociedades ocidentais ocorreu a evolução do poder numa relação de imposição, em sentido genérico, do homem sobre a mulher, denominada por Anibal Quijano de colonialidade de gênero (ANDRADE e MOTA, 2018). E, neste sentido, o trato às mulheres em todos os setores passa a ser mera réplica do trato recebido em seu ambiente familiar, qual seja o de dominação do homem em relação à mulher.

Dessa forma, volta-se para a atenção ao problema da violência doméstica contra a mulher. Constata-se que a vitimização de mulheres de forma contínua e recorrente pode ser representada em três etapas, segundo Moreira (2006), compondo o que se denomina de ciclo da violência doméstica.

Focado no ciclo da violência doméstica, a Polícia Militar, em um estudo inicialmente realizado por Cícero Nunes Moreira, aponta para um fenômeno que interfere diretamente na intervenção policial. Os estudos indicaram que é possível construir protocolos específicos para o atendimento a ocorrências de violência doméstica.

Levando-se em consideração o ciclo da violência, a Polícia Militar de Minas Gerais-PMMG- expediu a Instrução 3.03.15-15-CG, que regula a atuação do policial militar na prevenção e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres no Estado de Minas Gerais.

Desta maneira, a PMMG passou a realizar o acompanhamento sistemático do fenômeno da violência doméstica e familiar contra mulher, com vistas a subsidiar ações para a diminuição dos índices de crimes contra mulheres no Estado de Minas Gerais.

A pesquisa está em fase inicial, como procedimento metodológico utiliza-se do bibliográfico-investigativo; levando-se consideração a Lei Maria da Penha e a Instrução da Polícia Militar de Minas Gerais que visa a prevenção e enfrentamento da violência doméstica contra mulheres.

II – UM BREVE HISTÓRICO DO PAPEL DA MULHER NA SOCIEDADE

A temática de gênero e a violência sofrida pelas mulheres está sendo exaustivamente abordada por diversos pesquisadores e doutrinadores. Mas, infelizmente, não existe forma de se exaurir o referido tema, pois a violência contra a mulher se perpetua e, não bastasse, ocorre das formas mais diversas e inimagináveis.

A Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como uma forma de violação aos direitos humanos. A partir desse marco, a ONU, seus países-membros e as várias organizações civis e não governamentais estão trabalhando para a eliminação de todos os tipos de violências contra a mulher.

A violência contra a mulher atinge todas as classes sociais, etnias, e culturas, indiferente dos níveis econômico e social. Dessa forma, a violência tem seu cunho centrado em questões sociais da própria história da civilização, vinculados a fatores originários ao sistema familiar patriarcal, pelas diferenças de gênero, educação, cultura e sociedade do mundo atual.

Rubia Zanotelli Alvarenga (2016, p. 23) ao se referir à dificuldade da efetivação dos direitos humanos destaca a preocupação da proteção à mulher, pois segundo ela desta proteção decorre a necessidade de preservação da espécie humana. Assim, mesmo existindo a previsão normativa protetiva e aceitação da importância da mulher, ela continua sendo vítima das mais variadas formas de violência.

Assim, essa diferenciação com relação ao gênero, propicia a desvalorização, a discriminação e a violência em relação a mulher, a qual está enraizada em situações culturais, e, principalmente, está interligada ao modelo Educacional Androcêntrico existente.

A sociedade vivencia o modelo educacional androcêntrico impondo de uma forma a supervalorização do homem em relação à mulher. Graciela Angriman (2017, p.46) aduz que a educação envolve, pelo menos, uma tríade de variáveis. A possibilidade de seu acesso pelas maiorias; a filosofia de seus conteúdos e sua poderosa influência como mecanismo de controle social em geral, e, na construção social da identidade de gênero.

Contata-se que o modelo educacional, é uma poderosa ferramenta servil ao domínio patriarcal que se identifica de forma expressa nas restrições históricas sobre o acesso à educação

que foram impostas às mulheres, e ainda existem, e, de uma perspectiva mais geral, a todos os setores excluídos e vulneráveis.

Assim, a diferença da história social influencia na concepção da pessoa. De tal modo que Simone de Beauvoir (1973) afirma que a opressão contra as mulheres não se deve a fatores biológicos, psicológicos ou econômicos, mas sim a uma ordem hierárquica inventada pelo patriarcalismo para assegurar a autoridade masculina sobre as mulheres.

As mulheres, ao longo do tempo, têm sido vítimas de conceitos sociais que as coloca numa posição de fragilidade, características responsáveis por uma construção de um estereótipo de pessoas menos capazes. Em matéria criminal, as mulheres também eram consideradas, dóceis, frágeis, muito menos capazes de cometer crimes que os homens e, quando os cometia, seria sempre sob a influência de um homem ou por motivos de paixão, surgindo assim às questões de paradigma de gênero e de dominação masculina. (ANDRADE, MOTA, 2017, p.2 e 3)

Dessa forma, volta-se para a atenção ao problema da violência doméstica contra a mulher. Giffin (1994) relata que a família é uma instituição social onde a relação entre gêneros são organizados, havendo um controle social da identidade e do corpo da mulher, cuja função maior é o de ser mãe, socialmente aceita como responsável pela reprodução dos filhos, colocando-a numa posição de frigidez feminina e apontando para direitos legais dos maridos sobre suas esposas. Esse controle do marido para com sua esposa passa a ser violento na medida em que emerge um “direito” de proteção da família, onde tem dado lugar ao surgimento da violência contra a mulher, em especial a violência doméstica.

III - OS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Há de se observar que não existe neste planeta nenhuma sociedade que dispensa tratamento igualitário às suas mulheres tão bem quanto aos seus homens, e este grau de exclusão, em geral, é proporcional ao grau de pobreza econômica da sociedade.

O Programa para o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (PNUD), dispõe de Índice de Equidade de Gênero, o qual contempla como indicador da desigualdade de gênero, a capacidade de participação e de tomada de decisão política; a capacidade de

participação e de tomada de decisão econômica e controle sobre os recursos econômicos, auferido em estimativa entre homens e mulheres.

Incontestemente que a discriminação histórica praticada contra a mulher na sociedade brasileira, atinge, ainda hoje, índices incompatíveis com qualquer sociedade civilizada. Mesmo tendo o legislador pátrio adotado uma rigorosa legislação punitiva em favor do gênero feminino, como fator garantizador de direitos fundamentais.

O termo violência vem do latim *violentia*, que remete a vis (força, vigor, emprego de força física ou os recursos do corpo em exercer a sua força vital). Segundo Alba Zaluar (1999), esta força torna-se violência quando ultrapassa um limite de acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga maléfica. É, portanto, a percepção do limite da perturbação e do sofrimento que provoca que vai caracterizar um ato como violento, percepção esta que distingue conforme a cultura e a história de cada local.

A violência sexual e física não são as únicas formas de violência impostas às mulheres. Há de se destacar o assédio sexual, a desqualificação intelectual, a coerção, agressão psicológica e moral, dentre várias outras formas inimagináveis de atitudes violentas.

Pode-se ponderar que ao transcender o limite do sofrimento ou perturbação este ato pode ser caracterizado como violento, não sendo necessária uma violência física ou sexual, sendo importante destacar que esta análise e definição, necessariamente, se distinguirá dentro de momentos históricos e culturais aos quais estejam inseridos.

Desta feita, para tentar corrigir essas distorções existentes, bem como fazer com que o princípio da igualdade na sua acepção maior seja garantido às mulheres para a sua própria proteção, foram necessárias a elaboração de Ações Afirmativas.

Pode-se dizer que ação afirmativa na acepção de Joaquim Barbosa citado por AGRA (2002,p.153) é um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero e de origem nacional e à correção dos efeitos da discriminação já consolidada no passado, a fim de concretizar o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

As ações afirmativas tratam-se de diferenciação legal específica, que tem por escopo superar desigualdades socialmente construídas, mediante discriminação positiva em favor do gênero feminino, assegurando-se, desta forma, às mulheres, independentemente das diferenças

sociais impostas culturalmente entre os gêneros, o exercício pleno de seus direitos fundamentais.

No Brasil existiu a necessidade de implementação de políticas discriminatórias em favor do gênero feminino, que possuem a finalidade de garantir a superação de desigualdades socialmente estruturadas. Assim, foi sancionada a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006.

A Lei Maria da Penha não surgiu do nada, partiu de um sofrimento de violência vivenciado por uma mulher, Maria da Penha Maia Fernandes, que desacreditada de que seu marido seria punido, escreveu um livro com intento de desabafar a violência ora sofrida por ela e suas três filhas. O caso foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Maria da Penha Maia Fernandes, durante por vinte anos, lutou para ver seu agressor preso. Maria da Penha é biofarmacêutica cearense, e foi casada com o professor universitário Marco Antonio Herredia Viveros. Em 1983, ela sofreu a primeira tentativa de assassinato, quando levou um tiro nas costas enquanto dormia. Viveros foi encontrado na cozinha, gritando por socorro, alegando que tinham sido atacados por assaltantes. Desta primeira tentativa, Maria da Penha saiu paraplégica. A segunda tentativa de homicídio aconteceu meses depois, quando Viveros empurrou Maria da Penha da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro.

Ainda, conforme o Fernandes (2010, p.202), apesar da investigação ter começado em junho do mesmo ano, a denúncia só foi apresentada ao Ministério Público Estadual em setembro do ano seguinte e o primeiro julgamento só aconteceu 8 anos após os crimes. Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Já em 1996, Viveros foi julgado culpado e condenado a dez anos de reclusão, mas conseguiu recorrer.

Mesmo após 15 anos de luta e pressões internacionais, a Justiça brasileira ainda não havia dado decisão ao caso, nem justificativa para a demora. Com a ajuda de Organizações Não Governamentais (ONGs), Maria da Penha conseguiu enviar o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), que, pela primeira vez, acatou uma denúncia de violência doméstica. Viveros só foi preso em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão.

Destaca-se que o caso de Maria da Penha foi levado por ONGS como CLADEM (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), que teve como

principal documento como prova da negligência estatal, o livro escrito por ela, onde a mesma comentava todo o sofrimento e violência a que fora submetida pelo seu então marido, Viveros. (OEA, 2010,p. 53)

Devido à omissão e negligência do Brasil perante os casos de violência contra a mulher, o País, foi condenado pela OEA a criar uma lei para proteger e prevenir a mulher contra as agressões e assim foi criada a Lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher baseada nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e da Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.

A Lei Maria da Penha - Lei nº 11.340/2006 em seu artigo 7º conceitua violência, como sendo:

I – a **violência física**, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II – a **violência psicológica**, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III – a **violência sexual**, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição,

mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV – a **violência patrimonial**, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V – a **violência moral**, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Constata-se que são vários os tipos tipificados de violência contra a mulher, todavia, a legislação não consegue fazer a previsão de todas as formas e meios. Evidencia-se que culturalmente existem várias atitudes discriminatórias e violentas praticadas contra as mulheres que são tidas como práticas normais e aceitáveis.

Dados obtidos pelo Instituto Avon¹ demonstram que para os homens entrevistados, 35% não consideram violência coagir uma mulher a participar de atividades degradantes como desfiles e leilões; 31% não consideram violência repassar fotos ou vídeos das colegas sem autorização delas e 27% não consideram violência abusar da garota se ela estiver alcoolizada. (ANDRADE, MOTA, 2017, p 4)

Incontestemente, que a cultura pode ser modificada pela educação, bem como pela criação de normas. Todavia, normas repressoras, por si só, não possuem o condão de modificar condutas culturais sem a contrapartida educacional, sem políticas públicas de prevenção e esclarecimentos.

Verifica-se no gráfico abaixo a mortalidade de mulheres por agressões antes e após a vigência da Lei Maria da Penha, senão vejamos:



ii

Em 2016 ocorreram “4.657 registros de mulheres assassinadas. 533 deles foram classificados como feminicídio. Sancionada em 2015, a lei federal que define o feminicídio transformou em hediondo o assassinato de mulheres motivado justamente por sua condição de mulher.”ⁱⁱⁱ

Demonstra de forma clara, que a simples criminalização de uma conduta não tem o condão de inibi-la, mas sim o trabalho de educação, de conscientização e a modificação do pensamento cultural poderá fazer a diferença. É claro que não pode negar que a Lei Maria da Penha trouxe muitos benefícios ao combate a violência contra a mulher, todavia, só a norma não possui o condão de erradicar a referida violência.

IV- A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Evidentemente, Direitos Fundamentais e Direitos Humanos guardam estreita relação, na medida em que os direitos fundamentais são, na verdade, os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição e, portanto, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para determinada sociedade. Assim sendo, se configuram no tal conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais, razão pela qual, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos. (MOTA, WENCZENOVICZ, 2017, p.6)

Pode-se dizer que a violência doméstica é caracterizada por qualquer forma de violência praticada dentro do **contexto familiar**, seja ela **física, sexual, psicológica, moral ou patrimonial**. Assim, a violência doméstica contra a mulher é aquela que ocorre dentro do lar,

ou seja, dentro do ambiente familiar, delimitado por pessoas que convivem na mesma casa ou por aquelas acrescentadas esporadicamente àquele ambiente.

Neste contexto, a violência familiar seria aquela compreendida entre os indivíduos que possuem laço de parentesco ou até mesmo por aqueles que se dizem parentes por afinidade ou por vontade expressa, não existindo a necessidade de coabitação.

Assim, violência doméstica e familiar são as formas de violência abrangidas pela Lei n. 11.340/2006 e são entendidas respectivamente conforme incisos I e II, do artigo 5º, da citada lei:

Art. 5. 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;

V- O CICLO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

O presente artigo volta a atenção ao problema da violência doméstica contra a mulher. Constata-se a vitimização de mulheres de forma contínua e recorrente pode ser representada em três etapas, segundo Moreira (2006), compondo o que se denomina de ciclo da violência doméstica. A primeira etapa é o início e o desenvolvimento da tensão, caracterizada pela gradual irritação do agressor, iniciando-se com incidentes menores como agressões verbais e quebra de objetos. A segunda etapa é a de explosão da violência, que é a parte mais curta e violenta, marcado por agressões agudas, no ponto máximo de tensão do agressor. A última etapa é a lua-de-mel, que é caracterizado pela calma, com o fim da agressão física e o medo do agressor de perder a companheira.

O ciclo da violência é entendido conforme FIG. 2:



Fonte: Brasil (2002, p. 57) apud MINAS GERAIS, 2011a, p. 13)

A primeira etapa é o início e o desenvolvimento da tensão. É a fase da aceitação, submissão, o “deixa prá lá” foi só um momento ruim. Cediço é que estudos indicam que a quanto mais próximo da vitimização inicial maior é a probabilidade de repetição em se tratando de crimes de violência. Nesta perspectiva, a prevenção decorre da presença preventiva e protetiva, visto que a concentração das mesmas pessoas – vítima e agressor, no mesmo local, por observação tende à repetição da agressão, risco este real. A vítima, como forma de defesa, e por não querer vivenciar as violências passadas, tenta acalmá-lo e assume-se como responsável pelo incidente.

Assim a forma plausível para o distensionamento da situação e a evitabilidade da repetição é o afastamento. Todavia esta prevenção demanda um imediatismo e, além, a segurança e garantia do não encontro.

A segunda etapa é a da Explosão da violência. É a fase da exacerbação de toda a violência, física, psíquica, emocional, individualmente ou não. Momento em que a vítima é submetida às agressividades, reagindo ou não. E, eventualmente mesmo não reagindo é assistida por terceiros para coibir a violência. É marcada por agressões agudas e ataques mais graves. A vítima geralmente não reage por temer uma violência maior. Algumas vítimas antecipam-se a esse estágio por saber que a fase é curta e o momento de “recompensa” está para chegar.

A terceira etapa é a fase da Lua de Mel, É a fase “sabe ele prometeu, isto não se repetirá”, “eu o amo”, etc... É um momento de calma. Nesta fase, o agressor, com medo de perder sua companheira, está se desculpendo e aparenta remorso. Compromete-se em não agredir novamente e torna-se o mesmo por quem a vítima apaixonou-se uma vez.

O Ciclo da violência torna-se constante e a Mulher não consegue tomar as devidas providências para sair dessa situação, muitas vezes por falta de coragem, por questões financeiras, dependência emocional e passa a vivenciar diariamente a situação descrita. E, no ciclo que se repete a tendência é da agressão sofrida pela mulher ser mais intensa, chegando ao fim da própria vida.

Focado no ciclo da violência doméstica a Polícia Militar do Estado de Minas Gerais – PMMG, em um estudo inicialmente realizado pelo Policial Militar Cícero Nunes Moreira, aponta para um fenômeno que interfere diretamente na intervenção policial voltada para a prevenção desse tipo de ocorrência, que é a vitimização repetida, onde por reiteradas vezes emerge a condição de risco das vítimas. Destacando-se esse fenômeno, estudos indicam que é possível construir protocolos específicos para o atendimento a ocorrências de violência doméstica.

Como é dever do Estado a garantia de efetivação dos direitos elencados na lei e, para tal alcance, é necessária a integração dos órgãos, a PMMG se enquadra como representante do Estado nessa missão.

Para o cumprimento da missão de combater a violência, era necessário inovar as atividades policiais. A PMMG, nos casos de violência doméstica e familiar, participava do enfrentamento somente na fase da explosão da violência, quando prestava um serviço reativo, direcionava seus esforços para o fato já ocorrido. Após o atendimento, a PM “cumpria seu

papel” e não participava mais de nenhuma outra fase do fenômeno. Dessa forma, não prevenia como também não interrompia os casos de agressão contra a mulher. (AMARAL; FREITAS; TEIXEIRA, 2013)

A PMMG, por ser o órgão mais comumente encontrado e o único a se fazer presente em todos os municípios do Estado é, geralmente, a primeira interventora e a primeira a estabelecer contato com a vítima e com o agressor, por tanto, torna-se peça fundamental no combate a violência doméstica contra a mulher.

Para alcançar a efetividade de suas ações contra violência doméstica e familiar, sanar as deficiências passadas detectadas no atendimento à mulher e inovar no sentido de cumprir sua missão, a PMMG, conforme Moreira (2006) propôs a criação da Polícia de Violência Doméstica, a qual consistia em especializar a Corporação no tratamento de vítimas de violência doméstica, baseado nos modelos americanos, dos anos de 1992 e 1997.

VI- A ATUAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A reflexão sobre o controle do crime e a discussão sobre as estratégias de policiamento ampliaram bastante o chamado mandado policial. A ineficácia observada na resposta ao problema e a evidente falha no controle do crime, da chamada polícia tradicional, cujo modelo focava especificamente na prisão do criminoso, instigou pesquisadores a buscarem outras respostas, o que culminou na ampliação do mandado de policiamento (KELLING E MOORE, 1988).

Em Minas Gerais, a organização de um protocolo específico para o atendimento das ocorrências de violência doméstica foi construída a partir de um projeto de intervenção no Trigesimo Quarto Batalhão da Polícia Militar. O passo inicial foi selecionar militares com o perfil desejado para a tarefa e, em seguida, iniciou-se com esse grupo, um estudo sobre o tema. O grupo contava com uma coordenadora e quatro militares, dois homens e duas mulheres, todos policiais militares.

O modelo foi construído em cima de dois níveis de atendimento, o que se convencionou denominar de Primeira Resposta e Segunda Resposta. Todos os policiais envolvidos no policiamento da Unidade foram categorizados como Primeira Resposta, para os

quais foram estabelecidos, entre outros, os seguintes objetivos: a) atender ocorrências de violência doméstica garantindo a segurança da vítima e a prisão do agressor; b) melhorar a qualidade da redação do boletim de ocorrência com o consequente encaminhamento para a equipe encarregada da Segunda Resposta; c) durante o patrulhamento, realizar visitas nos locais de registro de ocorrência (avaliação), de modo a otimizar o controle e, conseqüentemente, a prevenção e minimizar nova agressão.

Passou-se a priorizar as ações de caráter preventivo, especialmente aquelas inibidoras dos crimes contra mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Assim, criou-se a Patrulha de Prevenção à Violência Doméstica (PPVD) que se apresenta como variante operacional, qualificada por policiais militares treinados especificamente para prestar serviço de proteção à vítima real ou potencial, e com a missão de desestimular ações criminosas no ambiente domiciliar. E, com isto, padronizou mecanismos de coordenação e controle das ações de prevenção e resposta aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres em todo o Estado de Minas.

A PMMG vem se aperfeiçoando no intuito de garantir os direitos do cidadão e da coletividade, prevenindo e enfrentando a violência de forma qualificada.

Nesse contexto, a PMMG desenvolve várias ações visando capacitar seus profissionais com base nos Direitos Humanos. O policial militar, como garantidor e promotor de Direitos Humanos, é extremamente importante para a solução do grave problema da violência doméstica e familiar. Esse militar passa a atender com maior qualidade as demandas dos cidadãos.

A violência doméstica, sabe-se que, não é tão simples de lidar com esse fenômeno. Perguntas frequentes surgem para entender o que leva as mulheres vítimas a continuarem naquela situação de violência e não saírem de seus lares.

Dentre os motivos que podem ser indicados inicialmente, e que não são os únicos, destacam-se: a cobrança social pela manutenção de determinados papéis conjugais, a dependência emocional em relação ao agressor, a necessidade de proteção aos filhos, a dependência econômica, o medo de perder a própria vida ou, na maioria dos casos, a vida dos filhos, considerando que as ameaças atingem toda a família.

Com o objetivo de regular a atuação policial militar na prevenção e enfrentamento à violência doméstica e familiar contra mulheres, a PMMG editou a Instrução 3.03.15/2015 – Comando Geral, com validade em todo o Estado de Minas Gerais.

O principal diferencial dessa Instrução é que ela torna fundamental o treinamento do profissional de segurança pública, pois ele compreenderá o Ciclo da Violência Doméstica e entenderá que a mulher não é vítima porque quer e sim devido às circunstâncias multideterminadas e, com esse conhecimento e protocolos poderá atuar em casos de violência doméstica e prevenir o seu acontecimento.

Os objetivos gerais da Instrução 03.03.15/2015- CG são o de regular procedimentos e orientações para a execução de serviços de segurança pública, objetivando a prevenção da violência doméstica e familiar contra mulheres no Estado de Minas Gerais, de acordo com a Lei Maria da Penha, do Código Penal e com observância da legislação específica.

Já os objetivos específicos da Instrução 03.03.15/2015- CG pode-se definir como os critérios para o planejamento, execução e avaliação das ações policiais militares, com vistas à padronização de comportamentos quando do atendimento às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A PMMG passou a realizar acompanhamento sistemático do fenômeno da violência doméstica e familiar contra mulher, com vistas a subsidiar ações para a diminuição dos índices de crimes contra mulheres no Estado de Minas Gerais. Bem como, busca-se articular e fomentar ações do Sistema de Defesa Social e da Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra Mulheres, com vistas a tornar efetivas as ações policiais militares.

Para conseguir cumprir esses objetivos a PMMG passou a priorizar as ações de caráter preventivo, especialmente aquelas inibidoras dos crimes contra mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, a padronizar mecanismos de coordenação e controle das ações de prevenção e resposta.

Na cidade de Belo Horizonte, diante do sucesso dessa nova forma de atendimento e enfrentamento à violência doméstica contra as mulheres, existe uma Companhia Policial Militar própria dedicada a esse tipo de policiamento denominada Companhia Policial Militar Independente de Prevenção a Violência doméstica de Minas Gerais.

As Unidades Operacionais, com base no previsto na referida Instrução, possuem o

dever de:

- a) criar Comissão para acompanhamento trimestral das ações de resposta e prevenção à violência doméstica e familiar contra mulheres na área de responsabilidade. Esta Comissão deverá produzir informações, buscando traçar, no que couber, estratégias que potencializem o aprimoramento das ações policiais militares de controle do fenômeno, por meio do monitoramento sistemático dos casos, assim como a adoção de medidas eficazes de prevenção à violência doméstica e familiar contra mulheres. A Comissão de acompanhamento é multidisciplinar e é constituída por policiais militares, psicólogos e assessor jurídico.
- b) planejar o emprego do efetivo operacional, alicerçada nas informações produzidas pela Comissão de acompanhamento das ações de resposta e prevenção à violência doméstica e familiar contra mulheres de forma eficiente, e acionar os demais órgãos integrantes da Rede de Proteção à Mulher, para continuidade e complementaridade das ações da Instituição;
- c) produzir e encaminhar ao Ministério Público e outros órgãos integrantes da Rede de Proteção à Mulher, relatórios sobre os casos reincidentes e complexos de violência doméstica e familiar contra mulheres para adoção de medidas pertinentes;
- d) confeccionar relatório trimestral, para o nível tático, das ações e operações realizadas para resposta e prevenção aos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres ocorridos na área de responsabilidade, inclusive aqueles envolvendo os policiais militares subordinados;
- e) inserir nos treinamentos assuntos relacionados à orientação de respostas e prevenção aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres;
- f) recomendar o efetivo operacional quanto ao encaminhamento das mulheres vítimas de violência doméstica ao atendimento médico, aos centros de referência ou outros órgãos integrantes da Rede de Enfrentamento à Violência

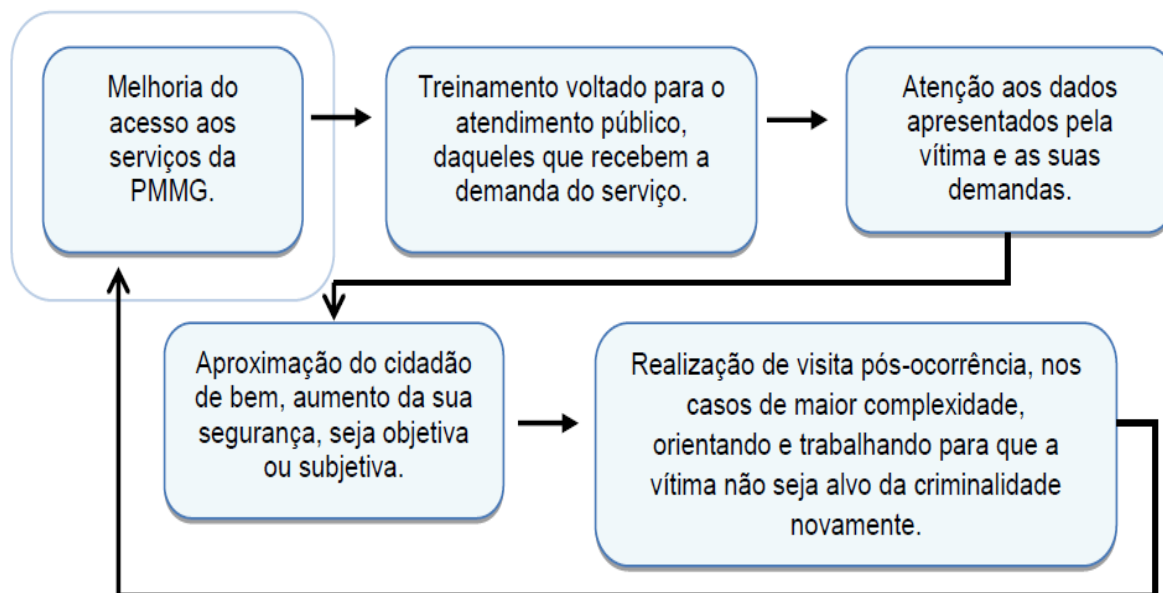
Doméstica, efetuar a prisão dos agressores em flagrante delito e encaminhar as partes envolvidas à autoridade de polícia judiciária competente e, ainda, proceder orientação a vítima acerca dos direitos de proteção garantidos por lei;

g) recomendar o efetivo operacional realizar visitas pós-delito, mediante identificação dos casos mais frequentes e/ou graves, momento em que comunicará tanto à vítima quanto ao agressor as ações da PMMG no intuito de interromper o processo de agressão e quebrar o Ciclo da Violência Doméstica. Na oportunidade, será preenchido formulário de levantamento de dados das mulheres vítimas de violência doméstica (notificação das ocorrências). Priorizar a realização de visitas pós-delito no dia seguinte ao registro da violência, considerando que o risco de repetição da agressão é maior nos primeiros dias após a agressão inicial;

h) divulgar, por meio da Seção de Comunicação Organizacional, as ações, operações e resultados alcançados na resposta e prevenção aos casos de violência doméstica e familiar contra mulheres.

Com essa filosofia, o Estado de Minas Gerais, com a atuação da PMMG, com base na Instrução nº 03.0315/2015-CG, tem buscado dar uma resposta eficiente à mulher vítima de violência doméstica, bem como atuar na prevenção. O fluxograma abaixo demonstra o programa de Prevenção e Resposta à Violência doméstica:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA



Fonte: Minas Gerais (2011c) -(AMARAL; FREITAS; TEIXEIRA, 2013)

Os dados sobre o combate a violência doméstica e a taxa de reincidência do agressor estão sendo monitorados e compilados com a finalidade de se alcançar maior êxito na prevenção e eficiência no combate a criminalidade no Estado de Minas Gerais.

VIII – A PATRULHA DE PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Por muito tempo, foi entendido pelo Estado que violência doméstica contra mulher era um ato violento indiferente, e para a PMMG, uma ocorrência de violência como outra qualquer. À luz das legislações vigentes à época, a violência doméstica e familiar era considerada como uma simples agressão ou lesão corporal contra outra pessoa. Era atendida como uma ocorrência normal, sem se ater as situações especiais que a envolve.

Diante disso, Moreira (2006) comprovou que as atividades existentes desempenhadas pela PMMG ao combate da violência doméstica e familiar eram ineficazes e não garantiam os direitos constitucionais e a garantia da dignidade humana. Assim, foram criados os protocolos pela PMMG e as Instruções para o combate efetivo a violência doméstica, umas das criações exitosas foi a Patrulha de Prevenção à Violência Doméstica (PPVD).

A PPVD apresenta-se como variante operacional, qualificada por policiais militares que prestam serviço de proteção à vítima real ou potencial, e têm a missão de desestimular ações criminosas no ambiente domiciliar.

Essa atuação obedece a um protocolo de atendimento e consiste ordinariamente na “segunda resposta” de intervenção em ocorrências dessa natureza, sendo que a “primeira resposta” é, em regra, de competência das Radiopatrulhas que atendem a ocorrência no momento do acontecimento.

A Patrulha de Prevenção à Violência Doméstica deverá atuar, sempre que possível, em conjunto com outros órgãos da rede de enfrentamento à violência doméstica e familiar do município, visando um ciclo completo de atendimento à vítima.

Os profissionais atuantes na PPVD são selecionados dentre os policiais militares que se destacam pela afinidade com o serviço a ser desenvolvido, devendo ser observados os seguintes itens:

- 1- a patrulha será constituída por no mínimo 02 (dois) policiais militares, preferencialmente composta por 01 (uma) policial militar feminina;
- 2- o Comando da guarnição deve recair sobre a graduação de Sargento;
- 3- o atendimento às vítimas requer um cuidado especial, isto é, um tratamento mais humanizado e acolhedor. Portanto, para emprego nessa atividade, deve optar por policiais militares que demonstrem capacidade de compreensão das especificidades de atuação neste cenário operacional;
- 4- é de fundamental importância o espírito empreendedor, postura proativa e de superação de dificuldades para todos os componentes do serviço, mormente, de seu coordenador;
- 5- o gozo de uma reputação irrepreensível perante os pares e a sociedade;
- 6- ter o domínio de temas como direitos humanos e polícia comunitária;
- 7- domínio das técnicas básicas de análise criminal, principalmente da interpretação de dados e informações;
- 8- boa fluência verbal e domínio da escrita;
- 9- preferencialmente ser voluntário a participar do serviço PPVD;
- 10- ter domínio básico de informática;

- 11- estar capacitado em treinamento específico sobre a PPVD.

Esta atividade é alicerçada em uma inovadora filosofia de se prevenir a violência doméstica e familiar contra mulheres no Estado de Minas Gerais, e que busca atender as demandas, apesar da complexidade que envolve o fenômeno da violência contra a mulher.

CONCLUSÃO

Na ótica da formação de jovens e reeducação de adultos, independente do gênero, de uma consciência de respeito, de combate à discriminação e demais políticas garantidoras de direitos fundamentais e universais é a peça chave para rompimento do ciclo de violência e criação de um ciclo de respeitabilidade humana.

Pois este ciclo de violência está de tal forma arraigado em nossa cultura que apenas a penalização não terá o condão de reinventarmos esta sociedade para uma sociedade, como dito, que respeite o ser humano, sem qualquer tipo de discriminação.

A violência doméstica possui fatores sociais que torna o fenômeno complexo, principalmente ao se tratar de estratégias de prevenção. Constatou-se que a violência doméstica compõe o rol dos crimes violentos, com indicadores consideráveis de recorrência, o que coloca a vitimização repetida como um risco para a vítima, pois a violência tende a aumentar de gravidade em cada ocasião.

Com base nos dados sobre a vitimização repetida, procurou-se abordar o tema sob o aspecto preventivo, colocando-se o problema em ambiente localizado e com foco na quebra do ciclo da violência. Assim, torna-se muito importante o conhecimento do local e a forma de intervenção que se pode aplicar dependendo das circunstâncias encontradas quando do atendimento a esse tipo de ocorrência.

A Polícia Militar de Minas Gerais criou o protocolo de atendimento que observa e atende as necessidades da vítima e coíbe a animosidade do agressor, cujas respostas da Polícia Militar são realizadas por meio de níveis de intervenção. Nesse modelo, utiliza-se equipes especializadas para prevenção, objetivando a redução do risco para a vítima.

Deve ser destacado que a atuação Policial Militar especializada na prevenção, bem como as atuações no campo legislativo para romper a cultura de violência por motivação de

gênero, no intuito de extirpar qualquer forma de violência, principalmente a doméstica contra a mulher é um grande avanço. Essas medidas são eficazes, na diminuição dessa violência, todavia, não possuem o condão, por si só, de extirpar totalmente a violência contra a mulher.

A simples criminalização de uma conduta não tem o condão de inibi-la, é necessário seu combate efetivo, a prevenção, mas principalmente um trabalho educacional de conscientização e de modificação do pensamento cultural. Essa modificação do pensamento e da cultura são necessários para fazer a diferença e finalizar o ciclo de violência contra a mulher, eliminando as distorções que advieram da história, de um tratamento desigual entre homens e mulheres, desde os primórdios da humanidade.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007
- ALVARENGA, Rubia Zanotelli. Direitos Humanos dos Trabalhadores. LTr Editora Ltda. São Paulo, 2016.
- AMARAL, Thalles Soares; FREITAS, Silvanir Bucheni de; TEIXEIRA, Thiago Luiz. A aplicação da Lei Maria da Penha pela Polícia Militar de Minas Gerais (PMMG). Curso Superior de Tecnologia de Segurança Pública - EFAS. 2013.
- ANDRADE, Paulo José Angelo, MOTA, Michelle Martins Papini. Direitos Humanos. Gênero e Violência Contra e Mulher: Reconfigurações no Sistema Educacional na Contemporaneidade, 2017.
- ANGRIMAN, Graciela Julia. Derechos de las mujeres, género y prisión. 1ª ed. Cathedra Jurídica, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi... Posso Contar, São Paulo, Saraiva, 2010.
- DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha. 4ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014, ISBN-10: 8520361404
- GIFFIN, Karen. Violência de gênero, sexualidade e saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 10:146-155, 1994.
- LUGONES, María. “Subjetividad esclava, colonialidad de género, marginalidad y opresiones múltiples”. Pensando los feminismos en Bolivia: SerieForos 2. 1ª ed. La Paz, Conexión Fondo de Emancipación, 2012.
- MOREIRA, Cícero Nunes. A passar de largo: vitimização repetida e violência conjugal. Monografia. Especialização em Gestão Estratégica de Segurança Pública. Academia de Polícia Militar. Belo Horizonte: 2006.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Justiça e direitos humanos: experiências de assessoria jurídica popular. Curitiba, PR: Terra de Direitos, 2010.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas Latino-*

Americanas. Edgardo Lander (org.). Buenos Aires: 2005.

STOLCKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. In: *Revista de Estudos Feministas*, Florianópolis, 12(2): 264, maio/agosto 2004.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaína ;MOTA, Michelle Martins Papini. Direitos Humanos, Mídia e Mulher: perspectivas à luz da realidade brasileira. In: Daniel Santos Costa. (Org.). *Estudos sobre o Corpo*. 1ªed.Jundiaí: Paco Editora, 2017, v. 33, p. 167-185.

ZALUAR, Alba. Violência e mal estar na sociedade: Um debate disperso: violência e crime no Brasil da redemocratização. In: *São Paulo Perspectiva*. vol.13 no.3 São Paulo July/Sept. 1999.

FONTES ELETRÔNICAS

ANDRADE, Paulo José Angelo; MOTA, Michelle Martins Papini. As mulheres sexualizadas pelo Poder Econômico. *RELACult - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade*, [S.l.], v. 3, dez. 2017. ISSN 2525-7870. Disponível em:<<https://www.claec.org/periodicos/index.php/relacult/article/view/463/242>>. Acesso em: 05 abril 2018.doi:http://dx.doi.org/10.23899/relacult.v3i3.463.

INSTRUÇÃO Nº 3.03.15/2015-CG –PMMG – Violência Doméstica

<https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portalmc/conteudo.action?conteudo=2163&tipoConteudo=itemMenu/legislacao>< Acesso em 10 de abril de 2018>.

KELLING, George L.; MOORE, Mark H. A evolução das estratégias de policiamento. *Perspective on Policing*, n. 4, Washington, D.C., National Institute of Justice and Harvard University. 1988. Disponível em: <<https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/114213.pdf>>. Acesso em: 13mar. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Estratégias de combate à violência doméstica: manual de recursos. Lisboa: Ministério da Saúde. Direcção-Geral da Saúde, 2003. Disponível em:<<file:///C:/Users/Pr.C%3%ADcero/Downloads/i006141.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS - <https://www.policiamilitar.mg.gov.br>< Acesso em 10 de abril de 2018>.

ⁱDados retirados do Instituto Avon. O Instituto Avon. Disponível em <http://www.institutoavon.org.br/#/instituto/sobre-o-instituto-avon>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.

ⁱⁱViolência contra a mulher: feminicídios no Brasil. Leila Posenato Garcia, Lúcia Rolim Santana de Freitas, Gabriela Drummond Marques da Silva, Doroteia Aparecida Höfelmann, Disponível em

http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf. Acesso em 20/02/2018.

ⁱⁱⁱ **FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil tem 12 assassinatos de mulheres e 135 estupros por dia, mostra balanço. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/10/1931609-brasil-registrou-135-estupros-e-12-assassinatos-de-mulheres-por-dia-em-2016.shtml>. Acesso em 20/02/2018.**

**VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E ESTRATÉGIAS DE ENFRENTAMENTO NA
SOCIEDADE**

VIOLENCE AGAINST WOMEN AND STRATEGIES FOR FIGHTING IN SOCIETY

Isael José Santana

Doutor em Filosofia do Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica), e docente dos cursos de graduação em Direito e Ciências Sociais e das especializações em Direitos humanos, Educação e em Segurança Pública da UEMS (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul); líder do grupo de estudos CNPq “Criminologia Crítica: diálogos interdisciplinares. leasijs@hotmail.com

Jéssica Lima Zanardo

Aluna do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade Universitária de Paranaíba, bolsista PIBEX (Programa Institucional de Bolsas de Extensão) com o projeto de Extensão: “Crimes de violência doméstica: prevenção sob a perspectiva da Justiça Restaurativa”. jessica_msn98@hotmail.com

Projeto financiado pela Fundect- Fundação de Apoio ao desenvolvimento do ensino, ciência e tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul

Resumo: Este trabalho elucidará de maneira específica a violência praticada predominantemente contra a mulher, desde suas possíveis raízes culturais até a necessária criação de mecanismos e estratégias de proteção garantidores dos seus direitos fundamentais. Dessa forma, o presente artigo basear-se-á na temática da violência doméstica, trazendo sua definição em um sentido geral, visando transmitir informações capazes de disseminar essa cultura de desigualdade e opressão pela qual é caracterizada a violência doméstica, a qual pode ser considerada fruto de fatores sociais, históricos e culturais presentes desde muito cedo nas sociedades, tornando este um tema absolutamente arcaico e enraizado na cultura dos povos o que torna complexa a questão dos crimes praticados contra o público feminino. Além disso, é

imprescindível que a atenção também seja voltada para os autores da violência, uma vez que, sob um olhar criminológico e levando em consideração a cultura enraizada de opressão e submissão da figura feminina regida por um sistema patriarcal, há necessidade de trabalhar não somente com a vítima, mas também com os agressores. Diante desta perspectiva, elucida-se também a recuperação e conscientização do autor da violência por meio da Justiça Restaurativa, na busca em proporcionar espaços de reflexão para os mesmos traçando estratégias que resolvam não apenas a punição, mas a reparação ampla do crime. Assim, contando com equipes profissionais da área, como psicólogos, juízes, professores, assistentes sociais e com o apoio do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, serão proporcionados espaços de reflexão sobre questões de gênero, igualdade de direitos e assuntos afins para os ofensores, uma vez que o procedimento da Justiça Restaurativa visa a possibilidade de reparação de danos, de atendimento das necessidades da vítima e da responsabilização do ofensor, na intenção de pacificar as relações sociais.

Palavras-chave: Mulher. Violência. Justiça Restaurativa. Informação. Prevenção.

Abstract: This work will elucidate in a specific way the violence practiced predominantly against women, from their possible cultural roots to the necessary creation of protection mechanisms and strategies that guarantee their fundamental rights. In this way, the present article will be based on the theme of domestic violence, bringing its definition in a general sense, aiming to transmit information capable of disseminating this culture of inequality and oppression by which domestic violence is characterized, which can be considered as a result of social, historical and cultural factors present at an early age in societies, making this an absolutely archaic and rooted theme in the culture of peoples, which makes complex the issue of crimes committed against the female public. In addition, it is imperative that attention should also be focused on the perpetrators of violence, since, under a criminological view and taking into account the entrenched culture of oppression and submission of the female figure governed by a patriarchal system, there is a need to work only with the victim, but also with the aggressors. Faced with this perspective, it also elucidates the recovery and awareness of the author of violence through restorative justice, in the quest to provide spaces for reflection for

them, outlining strategies that resolve not only the punishment but the ample reparation of the crime. Thus, with professional teams from the area, such as psychologists, judges, teachers, social workers and with the support of the Court of Justice of Mato Grosso do Sul, spaces will be provided for reflection on issues of gender, equality of rights and offenders, since the Restorative Justice procedure is aimed at the possibility of reparation of damages, of meeting the needs of the victim and of the responsibility of the offender, with the intention of pacifying social relations.

Keywords: Woman. Violence. Restorative Justice. Information. Prevention.

1. Breve história da violência contra a mulher

É de suma importância abordar o contexto histórico da violência praticada contra a mulher, uma vez que é a partir da história da sociedade que é possível entender como esta prática nasceu e se enraizou nas sociedades dando origem às atuais relações de agressividade e poder. Ressalta-se que o cenário histórico brasileiro arquitetou um mito social que é capaz de identificar o preconceito e a desigualdade entre os sexos, bem como as “relações de poder” e a vitimização. Assim, toda essa conjuntura escamoteia a devassa atualidade, refletindo os diversos tipos de preconceitos que são produzidos historicamente e reproduzidos no âmbito das relações sociais, como é o caso da violência de gênero, onde se detecta de maneira predominante a violência doméstica praticada contra a mulher.

A importante escritora inglesa Virginia Woolf, que se empenhou em militar a favor das mulheres por meio de seus escritos destaca em sua obra “A room of one’s own” (Um teto todo seu) de 1929, que a tendência da historiografia é seguir uma postura parcial e insuficiente, deixando claro seu perfil eminentemente masculino e excludente. Nessa mesma linha, a filósofa francesa Simone de Beauvoir em sua obra “O segundo sexo” reafirma de forma categórica a “incompletude” da história, que embora se mostre “Universal”, desconsidera uma metade da humanidade – as mulheres. O que, em consequência, as leva a não terem motivos para orgulharem-se de si mesmas.

Não obstante, muitos historiadores dedicaram seus escritos a relatar a história de sofrimento de milhares de mulheres no mundo. Assim, apesar de muitas vezes excluídas da historiografia brasileira, as mulheres possuem marcas e histórias de vida baseadas em costumes e crenças patriarcais e machistas, de onde surgem os registros históricos marcados pela submissão, violência e desigualdades.

Tomando por base os estudos da história da mulher no período da Grécia Antiga, o autor Daniel Frias afirma que:

A condição social e política da mulher da Grécia antiga se diferem largamente dos direitos conferidos aos homens de tal sociedade. Elas não eram consideradas cidadãs e, do mesmo modo, ocupavam uma posição de inferioridade social em relação aos indivíduos do sexo masculino. Destarte, tal relação de desigualdade corroboraria por atribuir às mulheres atividades direcionadas, em geral, às tarefas domiciliares e à procriação, isto é, o ambiente “natural” delas estava circunscrito ao lar, educando e gerando os filhos de seus maridos, sendo que, assim, elas deveriam ser subservientes aos seus cônjuges e lhe prestar total fidelidade. (FRIAS, Daniel. 2010. Pg.01)

Dessa forma, é notável a submissão e inferioridade da figura feminina nos tempos arcaicos, cabe citar que muitas vezes as mulheres eram proibidas de conviver com outros homens que não fossem seus parentes, como é o caso das mulheres atenienses. Ademais, sendo principalmente pautado na ideia de aliança entre famílias, o matrimônio na Grécia antiga era decidido e arranjado pelos pais das mulheres, as quais se casavam cedo, em sua puberdade. (FRIAS, 2010. P.01)

Isto posto, assinala-se que por um longo período da história a mulher teve fortemente sua imagem associada à submissão a figura masculina, sendo considerada apenas uma sombra de seus pais, companheiros e irmãos, onde o regime familiar patriarcal contribuiu intensamente para a perpetuação e sucessivamente, para a ocultação da prática da violência doméstica contra as mulheres. Assim, a formação educacional que foi baseada na servidão e obediência à figura masculina, resistiu-se por um longo período do tempo, até que os movimentos feministas conquistaram, após muitas tentativas e construções, a modificação de parte do contexto social até então vivenciado.

Até mesmo o conceito de gênero – feminino e masculino – passou a ser utilizado pelo movimento de mulheres como uma estratégia política para propiciar o enfrentamento da

situação de submissão das mulheres aos homens e fortalecer os movimentos feministas das mulheres por direitos iguais.

Dessa forma, acentua-se que a história das mulheres foi inicialmente construída pelas militâncias feministas, as quais propuseram movimentos que foram marcados por reivindicações e conquistas dos direitos das mulheres de forma lenta e gradual, mas que contribuíram para a saída de boa parte das mulheres de condições de anonimato e invisibilidade.

Segundo Joan Scott, o nascimento desse campo específico de pesquisa, na Europa e nos Estados Unidos, relacionou-se à política, mais precisamente à política feminista que atingiu seu ápice entre os anos de 1960 e 1970, (SCOTT, p. 63-64) período no qual as mulheres assumiram o controle de sua vida reprodutiva, com a disseminação da pílula anticoncepcional, e ampliaram sua participação na educação, no mercado de trabalho e na política. (COSTA, 2010, p.190)

No entanto, verifica-se que, ao longo da história, a mulher sempre foi acompanhada por um estigma de inferioridade, levando-a a ser considerada como desmerecedora de qualquer proteção real e igualitária, bem como reconhecimento nas esferas sociais e humanitárias. O patriarcado se moldou de maneira tão profunda na busca da idealização de inferioridade em relação às mulheres, ao ponto de que elas próprias passaram a acreditar nessa condição.

De acordo com Maria Teles e Mônica de Melo (2012):

As mulheres foram transformadas no maior grupo discriminado da história da humanidade, sem, contudo, serem excluídas inteiramente das atividades masculinas. Criou-se assim uma intensa integração entre opressores e oprimidas, que fez com que estas usassem a mesma cama, a mesma casa, a mesma alimentação e tudo mais que também fosse usado pelos opressores. Daí a necessidade de obrigar as mulheres a aceitarem sua própria degradação. (TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. 2012, pág.31)

Neste mesmo contexto, como aduz o autor Tavares dos Santos (2004), a violência de uma maneira geral, surgiria como uma forma de sociabilidade, configurando-se como um mecanismo de controle social, aberto e contínuo. Em suas palavras:

[...] A violência seria a relação social de excesso de poder que impede o reconhecimento do outro - pessoa, classe, gênero ou raça - mediante o uso da força ou da coerção, provocando algum tipo de dano, configurando o oposto das possibilidades da sociedade democrática contemporânea (SANTOS, Tavares. 2014, p.107)

Dessa forma é possível notar o contexto que propicia a relação de imposição do “poder” masculino demonstrado às mulheres ao longo do tempo. De acordo com Cavalcanti (2006), a violência doméstica fundamenta-se em relações interpessoais de desigualdade e poder entre homens e mulheres ligados por vínculos consanguíneos, parentais, de afinidade ou afetividade.

O agressor apoia-se da condição “privilegiada” de uma relação de casamento, convívio, confiança, amizade, namoro, intimidade, privacidade que tenha ou já tenha tido com a vítima, bem como da relação de “hierarquia” ou “poder” que detenha sobre ela para praticar a violência.

Dessa maneira, é perceptível a dificuldade encontrada na sociedade em estabelecer tratamento igualitário entre homens e mulheres, o que molda a existente desigualdade entre os gêneros, ocasionando a superioridade do homem em face da mulher, a cultura disseminada por práticas machistas e a violência como forma reprodução das “relações de poder” entre ambos, delineadas culturalmente e estereotipadas na sociedade.

Por fim, ressalta-se que a presença constante da violência praticada contra a mulher como reflexo da cultura desigual de tratamento entre homens e mulheres há muito é construída e corroborada pelas formações sociais anteriores. Contudo, sabe-se que atualmente parte das mulheres já superou tal situação, conseqüentemente a estrutura política e social se modificaram e, naturalmente, ainda estão em transformação. Não obstante, tais ideologias ainda persistem - ainda existem traços de histórias femininas marcadas por sofrimento e dor. Sendo assim, essa é uma temática certamente muito conflituosa na atualidade e persiste na busca da não continuidade da negligência em face do respeito, garantia e efetivação dos direitos das mulheres.

2. Questão de gênero

Para Saffioti (2001), a maior parte das agressões é consequência da adesão da sociedade a construções de papéis desiguais entre os gêneros.

Assim, os papéis sexuais considerados padrões culturais de comportamento que vigoram em uma sociedade, em um determinado momento histórico, determinam o que se espera de

homens e mulheres nos espaços públicos e privados. Em cada cultura, comportamentos para cada sexo são estimulados em crianças desde que nascem. Em sua maioria, outorgam maior poder aos homens, principalmente na família, gerando, assim, episódios marcados pela dominação e violência.

Como descrito na obra “Caderno de Ferramentas, promoção de equidade de gênero em programas de transferência de renda”:

Na história da humanidade nos deparamos com ideias de que a mulher é a principal responsável pelo processo da reprodução e do cuidado para com a família. Até hoje, mesmo que algumas evidências apontem para o fato de que as desigualdades entre mulheres e homens são construídas cultural e socialmente, ainda existe uma forte crença de que a divisão das atribuições femininas e masculinas são “naturalmente determinadas pela condição biológica”, reafirmando velhos estereótipos relacionados às mulheres e aos homens, incluindo o mundo do trabalho e os espaços de poder. (ONU MULHERES 2016, p. 01 in ARRUDA, Silvani et al. 2016, p. 195)

Dessa forma, a desigualdade entre os gêneros condiz à maneira como as identidades enquanto homens e mulheres são socialmente vivenciadas e produzidas. Em outras palavras, o gênero diz respeito às formas como são instruídos e educados os comportamentos dos seres humanos, desde seu nascimento, tornando-os mulheres e homens. Também é importante ressaltar que gênero refere-se à maneira como estes padrões são enraizados na sociedade cotidianamente, seja por meio da família, das instituições religiosas, do espaço escolar, espaço de trabalho... Enfim, na comunidade de maneira geral.

Dessa maneira, as questões de gêneros são moldadas à forma como são ensinados o “jeito de ser homem” e “jeito de ser mulher”. Nesse sentido, diz respeito às formas como são educados os comportamentos e ações das crianças, desde o seu nascimento, o que as torna mulheres e homens. O gênero refere-se também à forma como estes papéis e modelos são estereotipados na sociedade, os fazendo internacionalizados, pensados e reforçados por todas as pessoas, diariamente, nos mais diversos espaços e classes sociais.

Sendo assim, a partir da atribuição do sexo, são criadas inúmeras e diversas expectativas sobre como meninas e meninos devem se comportar e se relacionar. As meninas podem aprender que são valorizadas por sua obediência e aparência. Meninos, por outro lado, podem

aprender que, para se tornarem “verdadeiros” homens, devem sempre ser fortes e estar no controle. (ARRUDA, Silvani et al, 2016, p. 195) . Tais desigualdades sobre como mulheres e homens devem agir são as chamadas normas de gênero e são ensinadas e fortificadas pelo seio familiar, comunidades, instituições e todos os demais espaços sociais.

Nessa perspectiva, percebe-se favorecidamente a posição dos homens em relação às mulheres, dando margem a presente desigualdade entre os gêneros que existe hodiernamente. Assim como prelecionam as autoras da mesma obra:

Sabemos que desigualdade de gênero é uma realidade na vida das mulheres. Historicamente, as mulheres estiveram afastadas do espaço público, das decisões políticas e do acesso a bens e recursos econômicos e sociais. Dessa forma, a crença de que as mulheres seriam “incompetentes” em tarefas que não dissessem respeito ao cuidado as colocaram (e ainda as colocam) como seres subordinados ao “poder” masculino. (ARRUDA, Silvani et al, 2016, p. 9)

A partir daí, denota-se que é de extrema importância buscar a promoção da participação de homens e mulheres em reflexões críticas sobre como os comportamentos e ações esperados automaticamente por ambos afetam as suas relações, suas metas de vida, oportunidades de trabalho e emprego, cuidado com a casa e os filhos, etc, em razão de que todos esses fatores, quando exercidos de modo abusivo e desigual gera violência, acúmulo de tarefas para as mulheres, entre diversas outras discrepâncias que dizem respeito à relação de tratamento das mulheres no círculo social.

Deste modo, a oportunidade de promover o diálogo sobre essa temática permite que mulheres e homens passem a refletir sobre os estereótipos de gênero no contexto em que se encontram, além de propiciar momentos em que se possa repensar questões que estão diretamente ligadas às desigualdades que permeiam entre si, tais como direitos sociais, reprodutivos, sexuais, de paternidade e maternidade e violência doméstica, dentre outros.

Dessa forma, busca-se a emancipação e o empoderamento da mulher, visando o enfrentamento das condições desiguais que as deixam mais vulnerável. Dentre tais condições desfavoráveis, englobam as questões econômicas, o desenvolvimento de sua autonomia e o tratamento igualitário entre os gêneros, por exemplo. Nesse sentido, a percepção da condição

de igualdade se dá a partir de um processo de autoconhecimento e conscientização, que envolve a possibilidade de ser e respeitar as diferenças e igualdades.

As desigualdades sociais, econômicas e políticas estruturais entre mulheres e homens, a diferenciação rígida de papéis, as noções de virilidade ligadas ao domínio e à honra masculina são fatores que dizem respeito à violência doméstica e familiar. (ARRUDA, Silvani et al, 2016, p. 195)

Destarte, torna-se necessária a compreensão de que a violência praticada em desfavor à mulher faz parte de uma construção social, não sendo, portanto, um atributo de biológico e sim algo que é determinado/aprendido e desenvolvido ao longo da vida. Assim, é totalmente inequívoca a afirmação de que existem pessoas predispostas à violência. O que existe são condições sociais, culturais e estruturais que são capazes de favorecer a produção e reprodução nas gerações futuras de contextos e situações de violência.

Nesse sentido, conforme aduzem as autoras da obra “Caderno de Ferramentas, promoção de equidade de gênero em programas de transferência de renda”, a igualdade de gênero:

Descreve o conceito de que todos os seres humanos, tanto mulheres como homens, são livres para desenvolverem suas capacidades pessoais e fazerem escolhas sem as limitações impostas pelos estereótipos ou normas rigidamente atribuídos a um gênero. Significa, também, que os diferentes comportamentos, aspirações e necessidades das mulheres e dos homens precisam ser considerados, valorizados e favorecidos equitativamente. (ARRUDA, Silvani et al, 2016, p. 195)

Sendo assim, o alcance da igualdade entre os gêneros necessita de uma abordagem que seja inclusiva e admita a fundamental atuação de homens e mulheres como parceiros na busca e reconhecimento dos direitos e tratamento igualitários de ambos, de forma a traçar o almejado equilíbrio das relações entre si. Algo que pode ser possível tendo em mente que a igualdade se refere a um conceito de que de que todos os seres humanos – mulheres e homens, sem distinção – são totalmente livres para desenvolver as suas capacidades pessoais e são capazes de fazer escolhas sem as limitações que lhe são impostas pela sociedade. Já a equidade, por sua vez, refere-se à forma como as mulheres e homens são tratados de maneira justa, de acordo com

suas necessidades, de modo a considerar os seus direitos, obrigações, benefícios e oportunidades entre as relações de gênero.

3. Conceito de violência contra a mulher

A violência praticada contra as mulheres, de acordo com Claudia Priori (2007 – pág.16):

[...] é qualquer conduta de discriminação, agressão ou coerção. Ocasionalmente pelo simples fato de a vítima ser mulher e que lhe cause dano, morte, constrangimento, limitação. Sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial. Produto de um sistema social que subordina o sexo feminino, essa violência pode ocorrer tanto em espaços públicos como privados. É uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, que conduziram à dominação e à discriminação pelos homens e impedem o pleno avanço das mulheres. (PRIORI, 2007, pág.16)

Dessa forma, as mulheres acabam por ser mais expostas socialmente a este tipo de violência por serem consideradas, historicamente e culturalmente, mais “vulneráveis”, criando assim, um dos modos de violação dos direitos humanos.

Para Wânia Izumino (1998), falar de violência contra as mulheres significa falar em violências desencadeadas no plano das relações sociais, ou seja, “aquele tipo de conflito que permeia as relações interpessoais, cotidianas, independente de qualquer relação de seus agentes com o Estado e suas instituições”.

Em consonância com o artigo 5º da Lei 11.340/06 mais conhecida como “Lei Maria da Penha”, é possível afirmar que:

[...] 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.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher conhecida como "Convenção de Belém do Pará" realizada em 1994, na cidade de Belém do Pará, conceitua a violência contra a mulher, nos seus artigos 1º e 2º. O que dizem, respectivamente:

Artigo 1º - Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 2º - Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

1. que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual:
2. que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e
3. que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

A convenção reconheceu que a violência contra a mulher configura uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, privando-a do gozo e do exercício de tais direitos e liberdades, o que constitui uma manifestação de relações de poder construídas historicamente, de forma desigual entre homens e mulheres. (SILVA, 2011, pág. 171).

Além disso, também impôs em seu artigo 3º do mesmo diploma que “toda mulher tem direito a uma vida livre de violência, tanto no âmbito público como no âmbito privado.”

Desta forma, é de suma importância o fato de que a mulher tem o direito de viver sem violência, formalizando assim novos conceitos e informações capazes de reverter estereótipos

sociais sobre o fenômeno do machismo, conseqüentemente sobre o papel da mulher e, fundamentalmente, sobre situação de delito na prática da violência doméstica, sendo esta uma excepcional oportunidade de neutralização e prevenção a esta prática.

4. Formas de manifestação da violência contra a mulher

A violência praticada contra a mulher, considerada como uma das problemáticas sociais mais complexas e preocupantes do mundo atual revela-se na sociedade como um elemento estrutural intrínseco ao próprio fato social, que é manifestada de diversos modos e atinge de forma ampla os mais variados espaços sociais.

De acordo com o artigo 7º da Lei 11.340/06, conhecida como “Lei Maria da Penha”, constituem formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Nesse contexto, Cavalcanti (2006, p. 40) divide e explica as formas de violência contra a mulher para que haja uma melhor compreensão a cerca das espécies desta categoria. Dessa forma, aduz que a violência física: consiste em atos de acometimento físico sobre o corpo da

mulher através de tapas, chutes, golpes, queimaduras, mordeduras, estrangulamentos, punhaladas, mutilação genital, tortura, assassinato, etc.; a violência psicológica: demonstra-se na ação ou omissão destinada a degradar ou controlar as ações, comportamentos, crenças e decisões de outra pessoa por meio de intimidação, manipulação, ameaça direta ou indireta, humilhações, isolamento ou qualquer outra conduta que implique prejuízo à saúde psicológica, a autodeterminação ou ao desenvolvimento pessoal; a violência sexual: manifesta-se com qualquer atividade sexual não consentida, incluindo também o assédio sexual.

Tendo ocorrência bastante comum durante os conflitos armados, bem como em razão do tráfico internacional de mulheres e crianças para fins sexuais ou pornográficos; a violência moral: consiste no assédio moral, agressão física ou psicológica com palavras, gestos ou ações, bem como na prática de crimes de calúnia, injúria e difamação contra a mulher; a Violência patrimonial: aquela praticada contra o patrimônio da mulher, muito comum em casos de violência doméstica e familiar.

Acrescenta-se também a violência institucional que é aquela praticada nas instituições prestadoras de serviços públicos, como hospitais, postos de saúde, escolas, delegacias, no sistema prisional, etc., e a violência de gênero ou de raça, praticada em razão do preconceito, discriminação e exclusão social.

Cumprir destacar que a violência doméstica e familiar é a ação ou omissão que ocorre no espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas. É aquela praticada por membros de uma mesma família, aqui entendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços sanguíneos, por afinidade ou vontade expressa.

Faz-se mister salientar que aceitação e a vivência em si dos papéis sexuais e das normatizações desiguais entre os gêneros, como se naturais fossem, gera outra forma de violência, a violência simbólica. Ou seja, as normas de gênero construídas socialmente e que regem a convivência entre homens e mulheres constitui violência simbólica e trata-se, portanto, de uma violência instalada amplamente na sociedade e não apenas nas relações interpessoais, sendo mais uma das manifestações da violência de gênero.

Por fim, ressalta-se que a violência contra mulher é um problema complexo que aflige a humanidade e proporciona graves consequências para a saúde física, mental e reprodutiva das vítimas, comprometendo de forma direta o seu pleno desenvolvimento.

5. Índices de violência contra a mulher em esfera nacional, regional e municipal

Em esfera nacional, de acordo com informações veiculadas pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registrados no ano de 2017: 221.238 ocorrências de violência doméstica, com uma média de 606 casos por dia; 60.018 ocorrências de estupros, o que corresponde a uma alta de 8.4% em relação ao ano de 2016 e 1.133 registros de feminicídios.

Já em âmbito municipal, a cidade de Paranaíba/MS, de acordo com dados fornecidos pela Delegacia de Atendimento à Mulher, teve o índice de 350 ocorrências de violência doméstica praticada contra a mulher, até o mês de agosto de 2018, o que reflete a extrema necessidade criar estratégias de enfrentamento da violência doméstica exercida contra as mulheres em face da grande quantidade de registros existentes. Sendo assim, buscaram-se meios que possam proporcionar formas de proteção às mulheres e a prevenção aos crimes praticados contra elas.

Nesse sentido, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha” cria mecanismos para prevenir e coibir à prática de qualquer violência realizada contra a mulher, com amparo nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual estabelece que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” Ademais, o artigo 30 da Lei 11.340/06 possui a seguinte redação: “Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes”.

Acredita-se que, em decorrência da disseminação de informações na comunidade acerca da prevenção e instrução sobre os crimes praticados em desfavor das mulheres é que percebeu-

se o aumento nos índices de registros e denúncias, assim, quanto mais informações divulgadas acerca do tema, mas há possibilidades de mudança e reversão do estado de violência.

Diante do exposto, nota-se o quanto é alarmante os índices existentes em decorrência da violência praticada contra as mulheres, e o quanto se mostra preocupante a situação em que o país se encontra. Assim, faz-se necessária a criação de mecanismos que visem promover a construção coletiva de conhecimentos à população, além da tentativa de contribuir para a desconstrução da violência praticada contra a mulher. Tendo em vista essa necessidade, procuram-se estratégias que auxiliem na busca pelo refreamento e neutralização da violência. Neste contexto, são vistos como meios capazes de impulsionar a construção das bases da igualdade a Justiça Restaurativa e formas alternativas de prevenção a este fenômeno.

6. Estratégias de enfrentamento na sociedade

Por meio do projeto de extensão intitulado de “Crimes de violência doméstica: prevenção sob a perspectiva da Justiça Restaurativa”, realizado pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), financiado pelo Programa Institucional de Bolsas de Extensão (PIBEX) e elaborado junto à Pró-Reitoria da Universidade, são realizadas ações para além dos muros da Universidade, visando contribuir para a disseminação de informações na sociedade tendo em vista a possibilidade de transformação do cenário de repressão e violência existente. Este é um projeto aprovado inicialmente no ano de 2017, com duração de doze meses o qual foi estendido por mais um ano haja vista a importância das ações para a comunidade. Ressalta-se que sob a orientação do Professor Dr. Isael José Santana são realizadas cada uma das ações deste trabalho.

Neste sentido é importante frisar que o projeto em desenvolvimento considera o alto índice de violência registrado em Paranaíba – MS e encontra-se em andamento traçando objetivos que possam contribuir para a prevenção e informação a respeito dos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher.

Assim, apoiado em bases constitucionais, o projeto busca efetivar o que postula o Art. 6º da Constituição Federal, no que tange à garantia dos Direitos Sociais, referidos à proteção e a segurança ao ser humano, na procura de soluções para o estabelecimento de estratégias de

prevenção à violência doméstica, e principalmente buscando o que estabelece o §8º do Art. 226 da Constituição Federal, onde o Estado é incumbido de assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, bem como o princípio básico da dignidade da pessoa humana previsto no art 1º, inciso III, da Constituição Federal, formador de um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além do mais, o projeto também busca colocar em prática o que aduz o artigo 30 da Lei 11.340/09, conhecida como Lei Maria da Penha, o qual preleciona que:

Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.

Sendo assim, é notável que a Lei Maria da Penha oportuniza a criação de serviços especializados para o atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar. A proposta é a de que esses serviços possam contar com o trabalho de profissionais que, sensibilizados em relação à dinâmica do ciclo da violência e às discriminações existentes, saibam lidar com a complexidade desses casos. No entanto, é sabido que esses são procedimentos dificultosos, que mesmo com previsão expressa em lei, ainda não obtiveram plena efetividade. Para tanto, é necessário que se pense em meios alternativos e eficazes de alcance para esses direitos. É nesse contexto que são abordados os meios alternativos de combate a esta violência.

Dessa forma, a participação comunitária e a mobilização social são procedimentos que podem colocar em prática ideias que se refiram à transformação cultural na perspectiva da desigualdade de gênero. As ações e estratégias para estimular e apoiar a participação e a mobilização da comunidade nos mais diversos contextos – comunitários, institucionais, políticos, sociais etc. – exigindo uma boa organização e diferentes ações que possam contribuir para a promoção da equidade e a igualdade de gênero. Assim, no decorrer do desenvolvimento das ações do projeto campanhas, ações de incidência política e veículos de comunicação são alguns dos meios utilizados na tentativa de mobilizar a comunidade. Acredita-se que pensar em ações comunitárias é pensar também sobre o local onde as pessoas se relacionam das mais

diversas maneiras e, principalmente, onde criam e recriam novas possibilidades para melhoria das condições de vida e para a desconstrução das desigualdades sociais.

É importante ressaltar que o projeto em questão conta com o apoio da Delegacia de Atendimento à Mulher de Paranaíba – MS; do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) – Curso de Psicologia, bem como do Centro de Referência da Assistência Social - CRAS e demais parceiros, para que possam ser desenvolvidas as atividades da melhor maneira possível com o apoio dos mencionados órgãos, os quais são responsáveis por assegurar o atendimento e oferecer apoio à mulher em situação de violência.

Além disso, é importante mencionar que durante o desenvolvimento do projeto de extensão foi realizada uma visita à Casa da Mulher Brasileira, de onde originou-se um Termo de Cooperação entre o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul – Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de Campo Grande e a Universidade com o fim de ampliar as ações sociais que versem sobre a violência doméstica praticada contra a mulher.

Ressalta-se que após a parceria firmada pelo Termo de Cooperação, a equipe do Tribunal de Justiça esteve presente no Município de Paranaíba, realizando treinamento com os profissionais da rede de atendimento à Mulher do município, o que foi de extrema importância para articulação e funcionamento da mesma, a fim de proporcionar um melhor desenvolvimento do trabalho como um todo, destacando a importância do trabalho em conjunto para o fortalecimento da rede de enfrentamento à violência contra as mulheres.

É necessário também que todos os profissionais envolvidos no atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar sejam capacitados para que o atendimento prestado seja o mais humano e eficiente possível, de modo a buscar sempre a proteção e a satisfação dos interesses da vítima, no entanto, sabe-se que muitas vezes esses critérios não são observados. Para tanto, uma das ações oferecidas pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul é a realização de cursos de capacitação de atendimento para os profissionais da área, como policiais e demais agentes. Nesse sentido, estão sendo traçadas diretrizes para que o projeto de extensão

da Universidade adira aos cursos com os policiais civis na busca do atendimento ideal às vítimas, bem como com médicos, já que muitas mulheres vítimas de violência procuram o atendimento médico, são atendidas em prioridade, mas, percebe-se a falta de orientação dos mesmos sobre a possibilidade da denúncia, gravidade da situação ou a continuidade de ajuda.

Em parceria com o curso de Psicologia da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, são realizados encontros com as vítimas de violência doméstica os quais são coordenados pela equipe do curso de Psicologia e objetivam de informar e auxiliar as vítimas na conscientização no que tange à garantia dos seus direitos e no que diz respeito ao exercício dos mesmos. (ressalta-se que as reuniões são sigilosas e, portanto, garante-se total discrição em relação às mesmas, com o intuito de proteger os direitos individuais da mulher). É importante mencionar que são encontradas dificuldades para que seja atingido o público alvo das reuniões, pois as vítimas tem dificuldade para participarem dos encontros, uma vez que ainda encontram-se amedrontadas e frágeis em relação à violência sofrida e assim, acabam desviando-se do atendimento oferecido.

Ademais, tendo a internet como um dos meios de comunicação de mais acesso e, com o objetivo de atingir um público amplo, criou-se nas redes sociais páginas onde são veiculadas informações com o fim de divulgar a questão da vítima e aspectos relacionados, proporcionando informações voltadas para prevenção e erradicação da violência.

Além do mais, sob um olhar criminológico, levando em consideração a cultura enraizada de opressão e submissão da figura feminina regida por um sistema patriarcal, percebe-se a necessidade de trabalhar não só com a vítima, mas também com os ofensores. Nesse aspecto, a Ciência da Criminologia, de acordo com Edwin Sutherland, (1996 – pág. 25) é o “conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo”.

Diante desta perspectiva, elucida-se também a recuperação e conscientização do ofensor por meio da Justiça Restaurativa, de modo a proporcionar espaços de reflexão para os autores da violência buscando estratégias que resolvam não apenas a punição, mas a reparação ampla do crime. Assim, contando com equipes profissionais da área, como psicólogos, juízes,

professores, assistentes sociais e com o apoio do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, serão proporcionados espaços de reflexão sobre questões de gênero, igualdade de direitos e assuntos afins para os ofensores, uma vez que o procedimento da Justiça Restaurativa visa a possibilidade de reparação de danos, de atendimento das necessidades da vítima e da responsabilização do ofensor, na intenção de pacificar as relações sociais.

Ademais, cumpre mencionar que a violência (física, psicológica ou sexual) está ligada a condições interpessoais associadas às desigualdades de gênero. Com o aumento da violência, aumentam também as doenças e os riscos de adoecer. Dessa forma, os vários tipos de violência são considerados "pequenos assassinatos diários" e, contra a mulher, no âmbito interpessoal, a violência é uma das mais difíceis de ser prevenida e evitada (SCHRAIBER e OLIVEIRA, 1999). Além dos problemas surgidos na saúde física e mental, a relação violenta diminui a qualidade de vida da mulher, sua capacidade produtiva, seu trabalho, sua educação e autoestima (RNFS, 2002). – dessa forma, o método restaurativo também tem o condão de evitar a prática de tais atos degradantes e prejudiciais à mulher, de forma geral, tentando reparar os danos causados pelo crime.

Além disso, a aplicação desta técnica busca também oportunizar o diálogo, bem como o reconhecimento e conscientização dos atos praticados pelo ofensor. É importante ressaltar que o Poder Judiciário do MS fornecerá cursos de capacitação para profissionais que atuarão na figura de facilitador restaurativo, visando à aplicação adequada da técnica e traçando a utilização da Justiça Restaurativa como método alternativo e complementar à Justiça Tradicional.

Acredita-se que os homens também podem – e precisam ser engajados e participativos no questionamento de normas de gênero e, deixando de reproduzir crenças e padrões de masculinidade opressivos com mulheres as quais se relacionam. Assim, o quanto antes esses homens forem estimulados a refletir sobre suas atribuições, pensamentos e atitudes em seus relacionamentos com mulheres e outros homens, mais definitivas poderão ser as mudanças em relação aos padrões culturais de gênero. A transformação e conscientização a respeito das normas que naturalizam os papéis de mulheres e homens são de fundamental importância para a tentativa do alcance de possíveis resultados relacionados à desigualdade de gênero, à saúde e

à redução da violência praticada contra a mulher. Dessa maneira, o fortalecimento das redes de colaboração com mulheres, homens contribui para a articulação de estratégias que possam auxiliar a busca pela erradicação da violência e para o crescimento pessoal de ambas as partes.

7. Justiça Restaurativa como alternativa

Apesar da criação da “Lei Maria da Penha”, as mulheres ainda carecem de proteção e se deparam com obstáculos para a real efetivação dos seus direitos e da justiça nos casos de violência. Assim, essa realidade marcada pela violência e criminalidade do mundo contemporâneo deve ser encarada em sua complexidade. Em conformidade com Renato Sócrates Gomes Pinto (2005):

É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade. (PINTO, 2005, pág.19)

Dessa forma faz-se importante alcançar estratégias que possam se tornar eficazes na busca pela neutralização e refreamento da violência praticada em desfavor das mulheres. Assim, o autor indaga se a justiça restaurativa não seria uma dessas portas, com abertura para uma resposta adequada a um considerável número de delitos.

Para Renato Sócrates Gomes Pinto (2005):

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime. (PINTO, 2005, pág.20)

Dessa maneira, complementa o dialogo o juiz Asiel Henrique de Sousa, dizendo que o paradigma restaurativo vai além do procedimento judicial dos juizados especiais para “resgatar a convivência pacífica no ambiente afetado pelo crime, em especial naquelas situações em que

o ofensor e a vítima tem uma convivência próxima”. Neste contexto adapta-se perfeitamente os casos que envolvem a violência doméstica praticada contra a mulher, onde mais importante do que uma punição é a adoção de medidas que busquem reparar o dano emocional e psíquico causado à vítima e impeçam a agravação do conflito.

Nas palavras de Pedro Scuro Neto (2000),

“fazer justiça” do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo (Scuro Neto, 2000. Pág.21)

Diante das ideias elucidadas pelo autor, é possível perceber que a simples punição não é o suficiente para diminuir a criminalidade. Pois esta não considera os fatores emocionais e sociais, que são fundamentais para as vítimas dos crimes. Assim, a justiça restaurativa visa restaurar os traumas emocionais buscando a construção de uma vida saudável, livre de violência, baseando-se em valores, procedimentos e resultados definidos.

São conceitos enunciados nos Princípios Básicos sobre Justiça Restaurativa, declarados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (2002):

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos 2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). 3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

De acordo com dados fornecidos pela Agência CNJ de Notícias, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no dia 31 de Maio de 2016, durante a 232ª Sessão Plenária, a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário.

Esta resolução é resultado de um trabalho desenvolvido desde 2015 pelo grupo de estudos instituído pelo presidente do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, por meio da Portaria n. 74/2015 e encaminhada à Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ. Este Grupo de Trabalho responsável pela elaboração da minuta contou com a participação de juízes auxiliares da Presidência do CNJ e magistrados de diversas regiões brasileiras que se destacam pela difusão da prática.

De acordo com a matéria “Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica” veiculada pelo portal do CNJ, a Justiça Restaurativa busca a conscientização quanto aos fatores e dinâmicas relacionais, institucionais, sociais violentos e desumanos, que se apresentam como motivadores de insatisfações e de outras violências.

Ainda seguindo informações transmitidas pelo CNJ, atualmente, são poucos os tribunais que utilizam a técnica da Justiça Restaurativa. Entretanto, em Ponta Grossa - Paraná, cidade com 341 mil habitantes, a Justiça Restaurativa é um exemplo e vem sendo aplicada desde 2015 nos casos de violência doméstica.

De acordo com Jurema Carolina Gomes, juíza da Comissão de Justiça Restaurativa do Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR), os índices de satisfação entre os participantes são elevados. Ela explica que o projeto não tem o intuito de substituir a prestação jurisdicional da Justiça tradicional, nem transmitir a ideia de impunidade ao agressor, mas busca, por meio do diálogo, possibilitar um método para o reconhecimento, reflexão e responsabilização dos atos praticados. Em suas palavras: “Mais do que ter violado uma lei, queremos que essa pessoa entenda que causou um dano a alguém e que esse dano precisa ser reparado, ainda que simbolicamente”.

A juíza aduz que as ofensas são analisadas de acordo com cada caso concreto, onde os ofensores e as vítimas participam de oficinas temáticas de reflexão e, posteriormente,

participam dos Círculos Restaurativos para tratar diretamente do conflito entre eles. O trabalho dura cerca de duas horas e os assuntos são introduzidos no grupo de acordo com a necessidade.

Conforme diz a magistrada, a aplicação da prática restaurativa impede que muitos conflitos se transformem em ações judiciais. Ela diz que: “Além de finalizados de maneira mais rápida e efetiva, os casos poderiam ter se multiplicado em dezenas de processos cíveis, de guarda de filhos, pensão, alienação parental e até mesmo criminais”.

É mister ressaltar que os benefícios trazidos pela Justiça Restaurativa se estendem para além de questões da esfera judicial: “Vi mulheres chegarem aqui amarguradas, com muita raiva ou deprimidas e, após as sessões, mudarem: tornarem-se mais confiantes e os homens, mais conscientes”, afirma a magistrada.

Dessa forma, a justiça restaurativa visa promover a aproximação entre vítima, agressor, suas famílias e a comunidade em geral, buscando a reparação dos danos advindos da transgressão e o atendimento das necessidades de todos os envolvidos, em busca da construção de novos caminhos de convivência, pautados pelo bem e pela paz.

Considerações finais

É possível caminhar para considerações de que a violência doméstica praticada contra a mulher nada mais é do que fruto de uma cultura idealista e machista, enraizada na sociedade no decorrer dos anos, assim como especificado no presente artigo. Onde o meio utilizado para perpetrar estas relações desiguais é a força utilizada em razão da violência, em quaisquer de suas formas.

Dessa maneira, acentua-se que a busca por novas perspectivas deve se iniciar por meio de investimentos em educação e reabilitação da humanidade, pois o que se mais necessita é a capacidade de mudar mentalidades e conseqüentemente, modificar comportamentos. É somente através de maior conscientização da sociedade que a violência doméstica e familiar contra a mulher vem a ter a possibilidade de se desconstruir.

Neste diapasão, a Justiça Restaurativa vem para propor um cenário de mudanças sociais frente à angústia enfrentada pelo nosso tempo, diante da ineficácia do sistema de justiça

criminal. Buscando a efetividade dos Direitos Humanos, a Justiça Restaurativa propõe a renovação da esperança e uma qualidade de vida melhor para as vítimas da violência doméstica.

Assim, ressalta-se com a devida vênia que não se deve tapar os olhos frente aos autores da violência e que todos, sem distinção, devem unir-se em prol a essa causa. O grupo reflexivo com autores tem o condão de refletir comportamentos, atitudes e situações entre ambos os envolvidos e, principalmente, trabalhar em busca da conscientização e da paz entre os gêneros, aplicando métodos e estratégias alternativas e de possíveis resultados. É necessário também, que todos os profissionais envolvidos no atendimento das vítimas de violência doméstica e familiar sejam capacitados para que o atendimento prestado seja o mais humano e eficiente possível, de modo a buscar sempre a proteção e a satisfação dos interesses da vítima.

Portanto, este trabalho se propôs, através do estudo sobre a violência doméstica praticada contra a mulher, contribuir diante do espaço acadêmico a respeito da tão desejada mudança de paradigmas, aproximando-se cada vez mais da dignidade humana e da erradicação da violência proclamada na Constituição Federal.

Referências

ARRUDA, Silvani et al. **Caderno de Ferramentas : promoção da equidade de gênero em programas de transferência de renda**, Instituto Promundo e Instituto Papai. Rio de Janeiro, 2016

SCOTT, Joan. Op. cit., p. 63 e 64.

BRASIL. **Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2008**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 08 ago. 2006, Seção 1. pt. 1.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica: análise da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06**. Salvador: JusPODIVM, 2006.

Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Base8.htm>. Acesso em 27 de outubro de 2017.

COSTA, Suely Gomes. **Gênero e História**. In: ABREU, Marta e SOIHET, Rachel. Ensino de História: conceitos, temáticas e metodologia. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2003, p. 190. 7
Idem, p. 191

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. Ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

D724 Dossiê Mulher 2017 / Instituto de Segurança Pública; Organizadores: Andréia Soares Pinto, Flávia Vastano, Orlinda Claudia R. Moraes. – Rio de Janeiro: Instituto de Segurança Pública, 2016

FARIELLO, Luiza. **Aprovada resolução para difundir a Justiça Restaurativa no Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2> Acesso em: 28 de Outubro de 2017.

FRIAS, Daniel. **A mulher da Grécia Antiga e possíveis aspectos da cultura grega na contemporaneidade.** disponível em:<http://achronus.blogspot.com/2010/12/mulher-da-grecia-antiga-e-aspectos-da.html>

GOMES, Gisele Ambrósio. **História, Mulher e Gênero.** Disponível em:
<http://www.ufjf.br/virtu/files/2011/09/HIST%C3%93RIA-MULHER-E-G%C3%8ANERO.pdf>

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência contra a Mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero.** São Paulo: AnnaBlume: Fapesp, 1998.

LEAL, João José. **A violência Doméstica contra Mulher: Breves Comentários à Lei N° 11.340/2006.** Disponível em:
<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=854>. Acesso em: 03 mar. 2007. 53

PINTO, Renato Sócrates Gomes. (Tradução Livre) **Resolução 2002/12 da ONU - PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA UTILIZAÇÃO DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL.** Disponível em:
http://www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf . Acesso em: 01/12/2017

PRIORI, Claudia. **Retratos da violência de gênero: denúncias na Delegacia da Mulher de Maringá (1987-1996) – Maringá:** Ed. Uem, 2017.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, patriarcado e violência.** São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth. **O Poder do Macho.** São Paulo: Moderna, 1987.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Contribuições Feministas para o Estudo da Violência de Gênero.** Disponível em: <http://www.unb.br> Acesso em 07/09/2017.

SCURO NETO, Pedro, 2000. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica** (4ª edição) (São Paulo: Saraiva).

SILVA, D.M. Violência **contra a mulher, empoderamento e acesso à justiça**. In: APOSTOLOVA, B.S.; FONSECA, L.G.D.; JÚNIOR, J.G.S. (Eds.). Introdução crítica ao direito das mulheres. Brasília: CEAD, FUN, 2011.

SILVA, Semíramis Corsi. **História Antiga I**. (CRC – CEUCLAR – Batatais, SP). 2010.

SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Comentários à lei de combate à violência contra a mulher**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 47

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra mulher?** São Paulo: Brasiliense, 2002, p. 31

TEODORO, Renata. **Lei Maria da Penha não se aplica a agressão que envolva duas mulheres**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jun-10/lei-maria-penha-nao-aplica-agressao-envolva-duas-mulheres> Acesso em: 08/09/2017.

**A LEI N. 13.641/2018 E A CRIMINALIZAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS
MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS PELA LEI MARIA DA
PENHA: UMA ANÁLISE CRÍTICA**

*LAW N. 13.641 / 2018 AND THE CRIMINALIZATION OF THE DISREGARD OF THE
PROTECTIVE EMERGENCY MEASURES PROVIDED BY MARIA DA PENHA LAW: A
CRITICAL ANALYSIS*

Ana Paula Bimbato de Araújo Braga

Advogada, Universidade de São Paulo

anapaula@bragaruzzi.com.br

Marina Carvalho Marcelli Ruzzi

Advogada e mestra pela Universidade de São Paulo

marina.ruzzi@usp.br

Resumo: O presente artigo busca analisar, sob uma perspectiva crítica, a Lei nº 13.641/2018, que criminalizou o descumprimento das medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006 (“Lei Maria da Penha”). A metodologia é a revisão bibliográfica pautada em teorias da criminologia crítica e feminista, sob a ótica do direito penal mínimo e da violência de gênero, a fim de compreender quais os avanços da referida legislação e quais seus limites. Da análise realizada, destacam-se o questionamento acerca da necessidade de criação de um novo tipo frente ao ordenamento existente, em contraposição às lacunas jurídicas até então existentes, que vem a ser preenchidas pela nova lei. Conclui-se que o direito penal não é a forma mais adequada para combater a violência de gênero, e que as soluções propostas pelo dispositivo seriam alcançadas por outros caminhos. Por outro lado, salienta-se o caráter positivo da norma ao reforçar o reconhecimento da inaceitabilidade da prática de violência doméstica e familiar contra mulher e ao eliminar inseguranças jurídicas existentes.

Palavras-chave: Medidas Protetivas de Urgência; Criminalização; Lei Maria da Penha; Lei nº 13.461/2018; Análise crítica.

Abstract: This paper seeks to analyze, under a critical perspective, the Law nº 13.641/2018 which criminalized the disregard of the protective emergency measures provided by the Law nº 11.340/2006 (“Maria da Penha Law”). The methodology is the literature review based on theories of critical criminology and feminist criminology, from the perspective of minimum criminal law and gender violence, in order to understand the progress of the legislation and its limits. From the analysis, we emphasize the questioning of the need to create a new crime in face of the existing legal system, in contrast to the legal gap that have existed until now, which are being fulfilled by the new law. The conclusion is that criminal law is not the most appropriate way to combat gender violence and that the solutions proposed by the new device could be reached in other ways. On the other hand, the positive character of the measure is highlighted by reinforcing the recognition of the unacceptability of domestic and family violence against women and by eliminating existing legal insecurities.

Keywords: Protective Emergency Measures; Criminalization; Maria da Penha Law; Law nº 13.461/2018; Critical analysis.

Introdução

A Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) é, sem dúvidas, um dos maiores instrumentos jurídicos brasileiros de combate à violência de gênero. Referida lei foi promulgada após as reivindicações de movimentos sociais e de mulheres, com o intuito de efetivar o pactuado na Constituição Federal e na Convenção Belém do Pará, de modo a criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra as mulheres.

A edição da lei trouxe o reconhecimento de uma vulnerabilidade histórica e estrutural que acomete as mulheres por conta de seu gênero, o que as coloca em situação de risco em ambientes que deveriam ser seguros, como suas residências, bem como em face de pessoas que deveriam amparar-se em vínculos de afeto, como companheiros, pais, irmãos e até mesmo filhos. Diante disso, foram criadas políticas públicas para prevenção e assistência à mulher em

situação de violência, bem como mecanismos jurídicos de proteção, revelando caráter multidisciplinar da Lei nº 11.340/2006. Além disso, a lei define o que pode ser considerado como violência doméstica e familiar contra a mulher, com a exemplificação de cinco formas de violência: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

Além do reconhecimento das mais variadas formas de violência contra a mulher, uma das grandes inovações legislativas da Lei Maria da Penha foram as medidas protetivas de urgência, medidas de natureza cautelar que têm o objetivo de garantir a integridade e a segurança das vítimas. Essas medidas podem ser entendidas como ordens judiciais que criam obrigações de fazer para o ofensor, como prestação alimentar e devolução de bens subtraídos, e obrigações de não fazer, por exemplo, não aproximação e proibição de contato com a ofendida. Tais medidas protetivas podem ter tanto caráter penal, como caráter cível, e sua concessão independe da existência de um crime. Basta haver situação de violência nos termos da Lei nº 11.340/2006.

No presente ano, foi promulgada a Lei nº 13.641/2018, que altera a Lei Maria da Penha para criar o artigo 24-A, contendo o novo tipo penal de descumprimento de medida protetiva de urgência, com pena de detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos. Referida lei, também estabelece procedimento diverso da regra geral do Código de Processo Penal para concessão de fiança no caso de prisão em flagrante pelo cometimento deste novo delito. O presente artigo visa analisar as inovações trazidas por esse dispositivo.

É importante mencionar que partimos de uma perspectiva de gênero, de modo que nossa análise advém de um olhar feminino, crítico ao padrão universal masculino que orienta, em regra, grande parte da produção jurídica nacional. Buscamos, com isso, enxergar a medida sob a ótica da mulher, sujeito que é colocado no centro da análise, e é quem poderá sentir os efeitos diretos da nova norma. Porém, nossa investigação aborda aspectos não só da teoria feminista do direito, mas também da criminologia crítica, para se buscar a conclusão acerca de possíveis avanços ou retrocessos que a medida representa ao sistema de justiça criminal.

É sabido que essas duas grandes correntes já se encontraram em lados praticamente opostos, como movimentos que caminhavam em paralelo e sem diálogo entre si. A criminologia crítica e o feminismo no Brasil têm na luta pelos direitos humanos e redemocratização do país, a partir dos anos sessenta, sua raiz comum. Ambas as perspectivas se estruturam originalmente

como discursos de denúncia. Paradoxalmente, essa proximidade política não se traduziu inicialmente em uma aproximação acadêmica ou teórica, tampouco de disputa das agendas político-criminais (CAMPOS, 2013). Em realidade, a criminologia crítica se firmou como um movimento quase antifeminista.

Acusadas de insistir em um sistema penal punitivista e que apenas perpetua violências, as feministas sofreram ataques por parte da criminologia crítica, especialmente diante de um quadro de inegável encarceramento em massa, que seria incompatível com a criação de mais tipos penais e medidas que recrudescem as penas e execuções penais (CAMPOS; CARVALHO, 2011).

Por outro lado, o movimento feminista passa a disputar o uso do Direito Penal, evidenciando a visão androcêntrica da norma, que implica uma dupla violência às mulheres. Assim, denuncia como mulheres não são devidamente protegidas enquanto vítimas, já que se invisibiliza ou subvaloriza as violências de gênero, ao passo que agrava as punições da mulher autora de delito. Neste sentido, agendas aparentemente contraditórias são colocadas em disputa: de um lado, a demanda por criminalização de condutas como a violência doméstica e sexual; de outro, a descriminalização de condutas especialmente discriminatórias às mulheres, como o aborto, a sedução e o adultério.

A partir desses questionamentos, busca-se trazer algumas considerações a respeito dos avanços e das limitações da legislação sob análise, a fim de melhor compreender de que forma atende às necessidades das mulheres e aos deveres assumidos pelo Brasil como signatário da Convenção Belém do Pará. Teria a tipificação do descumprimento das protetivas o condão de contribuir para modificar o presente quadro de violência de gênero em nosso país?

Escolhas Metodológicas

Antes de adentrar na análise da legislação, cumpre destacar quais foram as escolhas metodológicas para esta investigação científica. O presente artigo busca analisar criticamente o dispositivo, através de revisão bibliográfica pautada em teorias da criminologia crítica e da criminologia feminista, sob a ótica do direito penal mínimo e da violência de gênero. Também foi realizada pesquisa jurisprudencial a fim de identificar como vinha sendo o entendimento das

cortes nacionais a respeito do tratamento legal do descumprimento das medidas protetivas e ver de que forma o novo dispositivo pode atender a um conflito de entendimento nos tribunais.

A escolha da criminologia crítica como um dos pontos de partida para a investigação deve-se ao questionamento acerca do uso do direito penal como ferramenta para dirimir problemas sociais, frente a um Estado estruturalmente desigual. Neste sentido, entendemos que é preciso haver especial cautela antes de se comemorar às cegas a criação de um novo tipo penal, ainda que este seja editado com a finalidade de atender a demandas sociais e proteção de grupos historicamente considerados vulneráveis.

O presente artigo parte também de uma metodologia para estudos de gênero em Direito, focando-se nos aspectos e nas opressões que o sistema patriarcal impõe sobre os corpos femininos. Assim, busca-se afastar daquilo que FACCIO (1999) chama de “insensibilidade ao gênero” no discurso pretensamente neutro presente nas relações sociais e processuais. O processo investigativo tradicional por meio do qual se ignora a variável de gênero como socialmente importante ou válida menospreza, pois, que os efeitos de um fenômeno são distintos para cada gênero quando se considera os papéis sociais e a valorização cultural de cada um, bem como a posição de menor poder ocupada pelas mulheres. Ao não se levar em conta esses fatores, é impossível identificar como os problemas podem afetar o gênero feminino de forma distinta do masculino.

É importante ainda mencionar que, ainda que se reconheça a relevância de trazer recortes de classe e de raça para a aprofundação de análises de gênero, uma vez que traz categorias capazes de investigar essas relações sociais em toda sua complexidade e dinâmica (HIRATA, 2014), este artigo, até mesmo por conta de seu limitado espaço de reflexão, parte do ponto de vista feminista e apenas se atém à dimensão de gênero. Outros estudos poderão ser realizados a partir da matriz interseccional, explorando as sensíveis desigualdades às quais estão submetidas mulheres racializadas e periféricas, mas por ora a dimensão de gênero será a única a ser abordada.

Diante disso, propomos a divisão do trabalho em duas fases: a primeira, de estudo do novo dispositivo partindo da ótica da criminologia crítica; e a segunda, partindo da ótica dos estudos de gênero. Ao final, exprimimos nossas conclusões obtidas através da ambas as

análises, visando, com isso, chegar a uma posição acerca da necessidade, avanços ou prejuízos ao sistema criminal e de justiça que o novo dispositivo poderá acarretar.

A Lei nº 13.641/2018 sob as perspectivas da criminologia crítica e da feminista

1. Criminologia crítica

Não é nossa intenção se aprofundar teoricamente a respeito da criminologia crítica e suas vertentes. Porém, a fim de melhor contextualizar os apontamentos que serão tecidos a respeito da legislação em análise, convém trazer uma breve introdução sobre o assunto.

A criminologia pode ser entendida como a ciência que tem por objeto de estudo a criminalidade e a criminalização. Por sua vez, em linhas gerais, a criminologia crítica coloca sob objeto de investigação as escolhas e mecanismos seletivos de quais condutas serão puníveis (criminalização primária), os critérios desiguais utilizados pelos agentes de justiça no momento da persecução criminal (criminalização secundária), e os mecanismos empregados na execução da pena. Assim, a criminalidade, segundo BARATTA (2011, p. 161):

“[...]se revela principalmente como *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”

Denuncia-se a seletividade do sistema criminal, que funciona como instrumento de opressão social e manutenção das estruturas capitalistas. Pelas escolhas realizadas pelo sistema, os bens jurídicos penalmente relevantes são, em geral, aqueles pertencentes às classes dominantes e poderosas, como o patrimônio, ao passo que as condutas elegidas como

criminalizadas são aquelas que, por uma razão histórico-social, são praticadas por indivíduos pertencentes às classes mais baixas. Através dessas escolhas, reproduz-se, portanto, um padrão de marginalização dessas populações.

Verifica-se que o Direito Penal não apenas é falho em cumprir com sua função de prevenção geral e especial ou de ressocialização, como ainda é um agente reprodutor de desigualdades e violências, de modo que sua utilização deve ser profundamente questionada. Neste sentido, o cárcere é colocado como um dos objetos de análise. Uma vez reconhecido que o Direito Penal não logra cumprir através da pena o fim ressocializador a que, em teoria, se propõe, a prisão seria mais um instrumento de reforço de opressões e de engessamento de estruturas sociais verticais, fazendo com que as classes mais baixas - tradicionalmente encarceradas - permaneçam marginalizadas. Por essa razão, medidas de encarceramento devem ser profundamente avaliadas, a fim de evitar que apenas reproduzam mais desigualdades.

E é justamente por demandar o uso do Direito Penal para superar as desigualdades de gênero, criminalizando determinadas condutas, que os movimentos feministas sofreram e ainda sofrem ataques por parte da criminologia crítica. Neste sentido, realiza-se a crítica ao uso do sistema penal, pois trata-se de campo negativo, que violenta não apenas os mais pobres, mas os mais vulneráveis como um todo, dentre eles, as mulheres. Maior Direito Penal não significa maior proteção às mulheres, nem garantia de sua aplicação, pois os juízes tendem a priorizar as famílias e não as mulheres (CAMPOS, 2017, p.182).

Neste sentido, indaga-se: qual a segurança de se buscar proteção para violências em um sistema que criminaliza mulheres por condutas como o aborto, e que até não muitos anos atrás distinguia a mulher honesta da não honesta? O uso e estímulo da ferramenta do Direito Penal, ainda que para “boas intenções”, como o combate à violência de gênero, traz consigo uma carga de legitimar o sistema penal como um todo, como se fosse solução cabível a problemas sociais, ignorando seu caráter intrinsecamente perverso.

Tendo em vista, portanto, o cenário acima descrito, iniciamos uma análise da Lei nº 13.641/2018. Conforme já tratado, a referida lei altera a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) para tipificar o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência. A partir de sua promulgação, a lei original passa a contar com o artigo 24-A, com a seguinte redação: *“Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei:*

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.”. Além disso, os parágrafos que seguem ao caput determinam que a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas, e que na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

Percebe-se logo de início que o cerne da nova medida legislativa é essencialmente punitivista, e vai de encontro com a intenção primária da Lei. Isso porque apesar de reconhecer inúmeras condutas como formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei Maria da Penha, em sua redação original, não cria tipos penais novos como crimes de gênero. É o Código Penal e demais legislações especiais que determinam quais dessas condutas configuram crimes.

É verdade que a lei trouxe em seu bojo medidas que recrudescem a pena, como o afastamento da aplicação da Lei nº 9.099/95 e suas medidas despenalizadoras, mas é forçoso reconhecer que a Lei Maria da Penha vai além de um instrumento meramente criminal, uma vez que aborda a violência de gênero como um complexo que depende da integração de muitas outras disciplinas que não apenas o Direito, e mais do que isso, do Direito Penal. Assim, se por um lado a redação inicial da Lei era combater e prevenir a violência de gênero sob o enfoque de várias áreas, incluindo a assistência social e as políticas públicas, o novo dispositivo se limita a tratar de matérias penais, no sentido indiscutível de endurecê-las, de onde se pode questionar o respeito ao princípio da subsidiariedade que permeia o Direito Penal.

Desta maneira, em primeiro lugar, indaga-se acerca da necessidade de criação de tal medida, não apenas do ponto de vista do enfrentamento à violência de gênero, mas também do ponto de vista jurídico-criminal. Neste sentido, importa destacar que o ordenamento pátrio já previa tipos penais capazes de, em tese, abarcar a conduta que ora se tutela, previstos pelos artigos 330(1) e 359(2) do Código Penal.

O primeiro, caracterizado pelo crime de desobediência, já imputa a pena de detenção, de quinze dias a seis meses e multa para quem desobedecer ordem legal de funcionário público. Já o artigo 359 do Código Penal, prevê pena de detenção de três meses a dois anos, ou multa, para quem exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que foi suspenso ou privado por decisão judicial. Assim, se considerarmos que as medidas protetivas de urgência

são ordens judiciais que suspendem direitos daqueles que cometem alguma das formas de violência contra a mulher previstas pelo artigo 7º da Lei Maria da Pena, temos que quem descumpra tais medidas já estaria incorrendo no artigo 359 do Código Penal. Aliás, não se pode deixar de destacar que a pena cominada pelo novo tipo penal é exatamente a mesma do artigo 359.

Logo, vemos que já existem medidas em nosso ordenamento que serviriam para as situações descritas. Se tais dispositivos estão, por acaso, sendo ineficazes para atingir a função preventiva do direito penal, questiona-se qual seria o poder de um novo tipo - que contém exatamente a mesma redação e pena - de satisfazer esse anseio popular.

Ademais, a despeito de configurar um crime próprio, e ainda que se entendesse pela atipicidade da conduta frente aos artigos supracitados, o descumprimento da medida protetiva de urgência já admite a previsão da prisão preventiva, seja pelo disposto no artigo 20 da Lei n. 11.340/2006⁽³⁾, seja pelo artigo 313, inciso III do Código de Processo Penal⁽⁴⁾. Quanto a este ponto, é importante destacar que a prisão preventiva por descumprimento de medidas protetivas de urgência aplica-se inclusive quando o crime que levou à sua concessão é considerado de baixo potencial ofensivo (ex: ameaça ou injúria). Isto porque a Lei Maria da Pena, em sua redação literal, admite a concessão de medidas protetivas de urgência quando configurada quaisquer das hipóteses de violência por ela determinadas. Neste sentido, destaca-se que o artigo 7º da Lei, que prevê cinco formas de violência contra a mulher, quais sejam, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral é rol *exemplificativo*, e nem todas as condutas por ela descritas como violentas possuem correspondência penal ou possuem pena significativa.

Salienta-se também que para que haja decretação da prisão preventiva, a redação literal da Lei Maria da Pena não exige a prática de um novo crime no ato do descumprimento das medidas protetivas. Ou seja, basta o agente descumprir a ordem de, por exemplo, não se aproximar da ofendida, para que seu encarceramento possa ser decretado.

Ainda em vias de demonstrar como essa consequência por si só é bastante gravosa, existe ainda a possibilidade de a prisão preventiva perdurar por tempo até mesmo superior ao da pena prevista, especialmente quando estamos diante de crimes de menor potencial ofensivo, como a ameaça. Isso porque inexistente em lei um prazo determinado para a duração da prisão

preventiva, de forma que a regra é que perdure até quando seja necessário. Claro que deve se respeitar a razoabilidade de duração, atendendo sempre os princípios da proporcionalidade e necessidade.

Não é novidade que nosso país possui elevado número de presos provisórios, chegando a quase 40% da população carcerária⁽⁵⁾, e que a grande parte deles permanece por mais tempo detida do que deveria⁽⁶⁾. Diante de um caso de decretação da prisão preventiva por descumprimento de medida protetiva, com intuito de evitar a ocorrência de um mal maior à vítima, torna-se difícil mensurar o tempo necessário de encarceramento e qual o período de duração de uma situação de risco.

E justamente pelo fato de a consequência para o agente que descumpra a medida protetiva de urgência já ser bastante gravosa é que o Superior Tribunal de Justiça veio firmando o entendimento⁽⁷⁾ de que, havendo outro tipo de punição para o descumprimento da medida, seja administrativa ou processual, não há que se falar em cumulação com a incidência do delito de desobediência, em atenção ao princípio da *ultima ratio*. Segundo a Corte, a Lei nº 11.340/2006 determina que, havendo descumprimento das medidas protetivas de urgência, é possível a requisição de força policial, a imposição de multas, entre outras sanções, não havendo ressalva expressa no sentido da aplicação cumulativa do delito de desobediência.

Neste sentido, além da possibilidade de prisão preventiva, existem outros mecanismos menos gravosos para garantir o cumprimento das medidas protetivas de urgência. Os tribunais superiores já permitem a aplicação de astreinte no processo penal, em caso de descumprimento de obrigação de não fazer imposta em sede cautelar, conforme decisão proferida pelo STF no HC nº 86.254, de relatoria do Ministro Celso De Mello⁽⁸⁾.

Tais razões já seriam suficientes para se defender a desnecessidade da criação do novo tipo, sob o ponto de vista legal e crítico-criminológico. Mas, ainda no afã de se analisar a necessidade específica da medida no combate à violência de gênero, impõe-se o questionamento de qual é o bem jurídico que o legislador buscou tutelar com esse dispositivo. Seria ele a integridade da mulher em situação de violência?

A princípio, poder-se-ia argumentar que o bem jurídico a ser tutelado são as medidas protetivas em si, que trazem consigo esse caráter de resguardar uma pessoa em situação de risco, e que, portanto, passam a adquirir especial relevância no ordenamento jurídico. Todavia, se fizermos uma análise mais aprofundada, o bem zelado não parece ser diretamente a segurança da mulher vítima de violência, e sim o prestígio e a dignidade do poder público, que não deve ter uma determinação violada.

Ao se analisar o bem jurídico tutelado pelos crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal) e desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359 do Código Penal), vemos que a ofensa é, em primeiro lugar, à Administração Pública e Administração da Justiça, de modo que o desrespeito às ordens legais consiste no abalo à respeitabilidade da instituição, prejudicando sua eficiência (DINIZ, 2017, p. 1060). Da mesma forma, ao se analisar a redação do novo artigo 24-A da Lei Maria da Penha, o crime consiste expressamente em "*descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência*", de onde se pode inferir que, na fundamentação teleológica deste crime, o foco não seria o combate à violência de gênero e sim a estabilidade e o poderio do poder público.

Para além da questão da criação de um novo tipo penal, é preciso também analisar a segunda alteração legislativa trazida com a Lei nº 13.641/2018. Trata-se da restrição de concessão de fiança na hipótese de prisão em flagrante pelo descumprimento de medida protetiva em vigor. Agora, por determinação do artigo 24-A, §2º da Lei Maria da Penha, a fiança somente poderá ser concedida pela autoridade judicial, ainda que o crime em comento possua pena inferior a quatro anos, afastando a aplicação do artigo 322 do Código de Processo Penal.

Portanto, restaria ao preso em flagrante a possibilidade de comparecimento à audiência de custódia, na qual, no prazo de até 24 horas o juiz poderia decidir no sentido de relaxar a prisão, conceder a liberdade provisória com ou sem fiança ou ainda converter a prisão em flagrante por prisão preventiva. Neste sentido, então, cabe indagar se o princípio da proporcionalidade está sendo observado, já que equipara o tratamento de um crime de menor potencial ofensivo a de um crime de pena superior a quatro anos.

Para encerrar, vale se questionar acerca de qual será a eficácia do crime recém criado. As estatísticas comprovam que a adoção de medidas punitivistas na tentativa de prevenir outros crimes de gênero estão sendo bastante inócuas. A título de exemplo, mesmo com a aprovação

da Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104/15), o número de assassinato de mulheres anualmente continua sendo bastante elevado⁽⁹⁾, sendo que a lei não está cumprindo seu papel de evitar que mulheres continuem morrendo pelo fato de serem mulheres. Se mesmo diante da hipótese de um dos crimes com pena mais grave de todo o ordenamento jurídico os fatos criminosos continuam ocorrendo, torna-se difícil acreditar que o crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência será suficiente para que essas ordens sejam respeitadas.

Diante dessas reflexões, e em atenção ao princípio da *ultima ratio*, as considerações acima precisam ser tecidas antes de se comemorar, às cegas, mais um avanço do estado penal punitivo.

2. Criminologia Feminista

Conforme já destacado anteriormente, a criminologia crítica questiona o apelo punitivista adotado por setores da sociedade, dentre eles, por grande parte do movimento de mulheres. Apesar dos grandes avanços daquela corrente em evidenciar as opressões do sistema penal, a teoria feminista, por sua vez, denuncia a existência de uma falsa neutralidade no discurso empregado pela criminologia crítica. Trata-se, pois, de mais uma corrente androcêntrica que não enxerga a perspectiva de gênero, e ignora a condição da mulher enquanto vítima e enquanto autora de delitos. Neste sentido, não haveria como se falar de opressão e desigualdade e criticar o sistema e suas normas por uma visão que se diz isenta, quando metade da população continua sendo invisibilizada e, por consequência, oprimida.

A Criminologia Feminista, então, seria um corpo da pesquisa e da teoria criminológica que situa o estudo do crime e da Justiça Criminal dentro de um complexo entendimento de que o corpo social é sistematicamente formado pelas relações de sexo e gênero. Incluiria, desta forma, uma perspectiva teórica sobre gênero e desigualdade de gênero e sua interseccionalidade com os indicadores de raça, classe, idade e outros (CAMPOS, 2017, p. 271).

Entendem que o Direito Penal nunca foi instrumento utilizado para proteger e resguardar os direitos das mulheres. Isso porque a ausência da regulamentação penal, a

insuficiência de tipos penais de proteção às mulheres e a irregular aplicação dos tribunais constituía um problema, pois esta omissão reforçava o clima cultural de aceitação da agressão doméstica (CAMPOS, 2017, p. 180). Afinal, se o direito penal tutela bens jurídicos que são tidos como valiosos para uma determinada sociedade, é mister que os direitos específicos das populações femininas, histórica e estruturalmente vulneráveis, recebam tratamento diferenciado a fim de reparar opressões sistêmicas e garantir simbolicamente que o Estado enderece políticas no combate efetivo à violência contra a mulher.

Assim, apesar dos apontamentos tomados com base na perspectiva da criminologia crítica, que não deve ser ignorada, na contramão, também se vislumbram motivos para reconhecer a importância do dispositivo, ainda mais quando se adentra nas particularidades da violência de gênero.

Quanto a este ponto, ao se analisar a aprovação da Lei nº 13.641/2018, é preciso ter em mente o contexto de violências pautadas pelo gênero e a desigualdade estrutural que acomete a nossa sociedade. Assim, o dispositivo em comento deve ser interpretado conforme “os fins sociais a que ela [Lei Maria da Penha] se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar” (art. 4º da Lei nº 11.340/2006).

Não se pode negar que os dados oficiais de violência contra a mulher são alarmantes. Ainda, mesmo com o deferimento das medidas protetivas que proíbam a aproximação do agressor da ofendida ou que este entre em contato por qualquer meio, o número de descumprimentos continua elevado, o que pode gerar a sensação de impunidade para o ofensor – mesmo com a previsão de sua possível prisão preventiva⁽¹⁰⁾.

Assim, se, por um lado, a criminologia crítica denuncia os malefícios de se adotar um direito penal simbólico, por outro, o movimento feminista tende a enxergá-lo como uma manifestação da sociedade em repúdio a condutas que colocam a mulher em risco de sofrer novas violências (ANJOS, 2006). É um reconhecimento do Estado e da sociedade de que esse tipo de atitude não é mais tolerado.

Nesse sentido, vale mencionar que, no contexto da criação da Lei Maria da Penha, a criação das medidas protetivas de urgência colaborou para fomentar uma nova cultura jurídica

em relação à violência contra as mulheres. Isso porque ao vislumbrar a possibilidade de medidas de natureza cível, criminal ou até mesmo inominadas, criaram-se novos paradigmas no endereçamento à violência doméstica. Trata-se, em verdade, de assumir postura de *prevenção e não agravamento* da violência, do que verdadeiramente de punição. O objetivo das medidas protetivas é, antes de mais nada, garantir a integridade física, psicológica, moral, patrimonial e sexual da mulher que se encontre em situação de risco.

Apesar de hoje haver um certo consenso de que a lei se trata de um considerável avanço social e um instrumento de promoção de direitos humanos, houve incontáveis disputas nas trincheiras do direito, movidas por diversos atores, resistindo a essa mudança processual. E tal postura de resistência continua a se verificar neste momento, em que o respeito às medidas protetivas de urgência ganha especial relevância jurídico-penal.

Neste sentido, convém novamente refletir acerca do bem jurídico que se pretende tutelar com a criminalização do descumprimento das medidas protetivas de urgência. Apesar de a redação do artigo 24-A da Lei Maria da Penha colocar em seu núcleo a conduta de "descumprir ordem judicial", o que levaria a crer na proteção ao prestígio do poder público em primeiro plano, temos que não se trata de uma ordem judicial qualquer. Trata-se de uma ordem específica, que defere medidas protetivas de urgência, isto é, uma ordem que carrega consigo a necessidade de proteção daquela mulher em situação de violência. Resta claro que, com a elaboração deste tipo, o Estado confere um reconhecimento especial ao instituto das medidas protetivas, o que está em conformidade com os compromissos assumidos com a Convenção Belém do Pará.

Outro ponto que se destacaria como positivo seria que a nova lei garante maior segurança jurídica, na medida em que encerra qualquer discussão acadêmica ou jurisprudencial acerca da atipicidade da conduta de descumprimento das medidas protetivas de urgência⁽¹¹⁾, ou a qual tipo penal pertenceria.

Apesar de, como mencionado, o STJ já ter firmado seu entendimento pela atipicidade da conduta quando ainda não existia a referida lei, é certo que demais tribunais do país vinham aplicando a legislação de maneira não uniforme. Algumas cortes vinham proferindo decisões no sentido de reconhecer a conduta como o tipo previsto pelo artigo 359 do Código Penal, com pena mais grave⁽¹²⁾, a exemplo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enquanto outras cortes

decidiam pela aplicação do crime de desobediência, com pena mais branda. Neste sentido, por exemplo, a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID) firmou o Enunciado n. 07 para dizer que o descumprimento das medidas protetivas de urgência caracteriza crime de desobediência, a ser julgado pelo Juizado Especial de Violência Doméstica⁽¹³⁾.

Mesmo com o posicionamento firmado por órgãos de peso, como o STJ e o COPEVID, ainda assim as decisões proferidas vinham sendo completamente disformes. Ao realizarmos levantamento jurisprudencial de decisões dos Tribunais de Justiça Estaduais, foi possível notar que as cortes continuavam não possuindo entendimentos pacíficos a respeito da tipicidade da conduta e, sendo ela típica, qual dos delitos estaria configurado. A título de exemplo, selecionamos duas decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, proferidas no mesmo ano (2015), ambas pela 1ª Turma Criminal, em que um dos acórdãos entende pela configuração do crime de desobediência, ao passo que o outro entende pela atipicidade da conduta, conforme se nota das ementas abaixo:

PENAL. LEI MARIA DA PENHA. VIAS DE FATO, AMEAÇA E DESOBEDIÊNCIA. ATIPICIDADE DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA QUANDO DESCUMPRIDA MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. CRÍTICA DA DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1 Réu condenado por infringir os artigos 147 e 330 do Código Penal, e o artigo 21 da Lei de Contravenções Penais, em contexto de violência contra a mulher, depois de apurado que puxou os cabelos da ex-mulher e ameaçou matá-la, tendo ainda descumprido medidas protetivas anteriormente deferidas. 2 Nos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, a palavra da vítima tem especial relevo, devendo prevalecer quando não

evidenciada a vingança ou o intuito de falsear deliberadamente a verdade para prejudicar o réu. Quanto à desobediência, entende-se que o descumprimento de medida protetiva não caracteriza o tipo do artigo 330 do Código Penal, sendo reputada conduta atípica. 3 Penas cumpridas ou extintas há mais de cinco anos não podem prevalecer a título de reincidência. 4 Apelação parcialmente provida. (TJ-DF - APR: 20130810086799, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 05/11/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/11/2015 . Pág.: 147)

PENAL – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CONJUNTO PROBATÓRIO COESO – **CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – TIPICIDADE**. I. Conforme a novel jurisprudência deste Tribunal, o descumprimento de medida protetiva prevista na Lei Maria da Penha configura crime de desobediência. II. Apelo provido. (TJ-DF - APR: 20130310336163, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 02/07/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 07/07/2015 . Pág.: 519)

Assim, verifica-se que o novo tipo penal termina com essa divergência, o que, inclusive, confere tratamento isonômico aos autores de delito, visto que alguns agentes que descumpriam a medida protetiva poderiam ser incriminados, inclusive com penas bastante diversas, ao passo que outros, absolvidos por fato atípico.

Outro ponto que se apresenta positivo com a inovação legislativa é que o artigo 24-A, §1º também pacifica o entendimento de que o crime estará caracterizado independentemente da

natureza da medida protetiva descumprida ser cível ou criminal, que era outro aspecto que gerava divergências entre os operadores do direito. Diante da natureza híbrida da legislação, que permite recursos diferentes a depender da natureza da decisão, havia discussão se a aplicação do art. 330 ou 359 do Código Penal era somente cabível em caso de medida protetiva de natureza criminal. Com isso, o descumprimento de medidas de natureza cível acabava por ficar impune ou sujeito a insegurança jurídica, a despeito de todo o transtorno que aquela conduta pudesse ocasionar às pessoas envolvidas, ou da gravidade da situação no caso concreto. Agora, não existem mais dúvidas, uma vez que a redação do dispositivo é expressa nesse sentido.

Com a tipificação do descumprimento, também se abre a possibilidade para a prisão em flagrante, conforme dito acima. Convém lembrar que, antes da promulgação da lei sob análise, caso a forma pelo qual o descumprimento da medida protetiva se desse também configurasse crime, como uma lesão corporal, seria possível decretar a prisão em flagrante do agressor. Contudo, nas demais práticas não típicas que implicassem na violação da cautelar, como a aproximação da vítima ou a tentativa de contato, isso não seria cabível.

Assim, havendo a previsão de decretação de prisão preventiva, haveria grande avanço com o permissivo da prisão em flagrante? A previsão de prisão em flagrante, neste caso, poderia oferecer uma resposta mais rápida e imediata na segurança dessa vítima. Isso porque, para a prisão preventiva, é preciso que a mulher comunique às autoridades que a medida foi violada, requerendo a prisão do agressor, e aguarde a apreciação de seu pedido pelo Ministério Público e pelo juiz. E quando tratamos de violência doméstica e familiar, essa demora pode ser fatal. Ao menos, supondo que essa possibilidade de prisão em flagrante de fato aconteça na prática, a detenção do agente no momento do descumprimento pode salvar uma vida.

Entendemos, ainda, que para uma mulher em situação de violência que busca guarida jurisdicional, não bastam os previsíveis temores ocasionados pela aproximação do agressor. Há um outro temor de que essa aproximação possa implicar na sua recaptura física e emocional, afinal, está-se diante de crimes de natureza íntima, uma vez que a vítima precisa ter uma relação de afeto ou familiar ou doméstica com seu agressor. Ainda por cima, pode existir o agravante do temor de sofrer represálias por conta da denúncia realizada.

A possibilidade de ligar para as autoridades e conseguir, ao menos em regra, que o averiguado seja detido em flagrante, pode ser uma forma de garantir a segurança e a satisfação da medida. O peso simbólico da medida é bastante significativo, uma vez que dá mais instrumentos para a efetivação das medidas cautelares, sem que haja necessidade de se aguardar uma ordem judicial para a custódia do agressor (no caso, para a prisão preventiva).

Ainda, destaca-se que o §3º do artigo 24-A deixa claro que a ocorrência do crime de descumprimento das medidas protetivas não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis, de onde se infere a possibilidade do concurso de crimes, caso o ato de descumprimento também configure algum ilícito penal, como ameaça, injúria ou lesão corporal.

Pelos motivos acima, e considerando a adoção de uma perspectiva de gênero, que coloca as mulheres em situação de violência como sujeitos centrais da norma, entendemos que o dispositivo em análise traz consigo conquistas no tocante à proteção da mulher, especialmente no que tange à eliminação de inseguranças jurídicas e uma resposta rápida e imediata à situação de descumprimento.

Considerações Finais

Desta forma, pode-se concluir que, se por um lado mostra-se positivo que o legislador brasileiro reconheça a gravidade existente no ato de descumprimento de uma medida protetiva, por outro, é preciso atentar-se para a consolidação de um sistema penal punitivista que vem se mostrando falido, incapaz de verdadeiramente resolver e erradicar os problemas a que se propõe.

O movimento feminista não pode esperar que os problemas sociais enfrentados pelas mulheres sejam resolvidos unicamente através do uso do poder punitivo estatal. Por outro lado, ignorar essa ferramenta também não parece uma solução adequada. Enquanto mulheres estiverem sofrendo violências e inclusive morrendo em consequência delas, esses atos não devem e não podem passar despercebidos, pois, do contrário, estaremos naturalizando e aceitando esse tipo de prática. O recurso ao Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, mas deve vir acompanhado de outras formas de combate à violência, em especial, a conscientização social.

Em relação especificamente ao crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, é certo que nosso ordenamento jurídico já contava com mecanismos suficientes para enfrentar esse tipo de conduta, o que tornaria, a princípio, a nova norma desnecessária. Todavia, a falta de uniformidade e consciência de gênero dos operadores do direito a respeito das medidas a serem adotadas na prática, ocasionava, em última instância, prejuízo à mulher que tinha sua proteção relativizada. Também não se ignora o prejuízo ao próprio agressor, sujeito a decisões não isonômicas caso descumprisse a ordem.

Por essa razão, entendemos que a lei trouxe mais aspectos positivos do que negativos. Não se trata de louvar o caráter punitivista da medida, pelo contrário, as críticas a esse viés permanecem. Mas na medida em que a nova lei pode garantir maior uniformidade ao tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, demonstrando maior apreço social por essa temática, existe o que se comemorar.

NOTAS

- (1) Código Penal Brasileiro. Art. 330 - *Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.*
- (2) Código Penal Brasileiro. Art. 359 - *Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.*
- (3) Lei nº 11.340/2006. Art. 20 - *Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.*
- (4) Código de Processo Penal. Art. 313 - *Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
- (5) Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen - 2016.
- (6) Dados do Relatório Choque de Justiça: Reunião Especial de Jurisdição, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - 2017.

- (7) Precedentes do STJ: HC 338613-SC; AgRg no HC 298202-RS; AgRg no HC 292158-RS.
- (8) STF - HC nº 86.254, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 10.03.2006. No mesmo sentido, HC nº 88.452-MC, DJ de 19.04.2006; RHC nº 64.142, Rel. Min. CÉLIO BORJA, DJ de 02.09.1986.
- (9) Dados do Atlas da Violência 2018 - Instituto de Pesquisa Aplicada (Ipea) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP).
- (10) Dados retirados da pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.) e do Mapa da Violência 2015;
- (11) Decisões que entendem pela atipicidade da conduta de descumprimento de medida protetiva de urgência: REsp 1.374.653-MG, Sexta Turma, DJe 2/4/2014; AgRg no Resp 1.445.446-MS, Quinta Turma, DJe 6/6/2014; RHC 41.970-MG, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 7/8/2014.
- (12) Entendimento de que o descumprimento de medida protetiva configuraria o crime previsto pelo artigo 359 do Código Penal: STJ - HC: 220392 RJ 2011/0235315-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 25/02/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/03/2014
- (13) Enunciado 07 do Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID): *Enunciado nº 07 (007/2011): O descumprimento das medidas protetivas de urgência configura, em tese, crime de desobediência, cuja competência para processar e julgar é dos Juízos Especializados de Violência Doméstica, em razão da conexão e pelo fato de a mulher ser o sujeito passivo secundário do delito, sofrendo diretamente as consequências do descumprimento. (Aprovado na Plenária da IV Reunião Ordinária do GNDH de 07/12/2011 e pelo Colegiado do CNPG de 19/01/2012).*

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, VRP. Criminologia e Feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção de cidadania. Palestra proferida no "Seminário Internacional Criminologia e Feminismo" promovido pela Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, em 21 de outubro de 1996 na cidade de Porto Alegre- RS.

ANJOS, FV. Direito Penal Simbólico e Lei de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. BOLETIM IBCCRIM - ANO 14 - Nº 167 - Outubro, 2006.

BATISTA, N. (2007). Só Carolina não viu. Violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In A. Ramos de Mello (Ed.), Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (pp. ix-xxiii). Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BARATTA, A. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal; tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

CAMPOS, CH. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. in: Lei Maria da Penha: Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

CAMPOS, CH; CARVALHO, S. Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira. in: Lei Maria da Penha: Comentada em uma Perspectiva Jurídico-Feminista. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

COLOMBAROLI, ACM. *Criminologia Crítica e Pensamento Feminista: Convergências, divergências e possibilidades de interpenetração*. Revista Jurídica da Libertas Faculdades Integradas - Número 1 - Ano 3.

DINIZ, E.S. Código Penal Comentado. Organizado por Miguel Reale Júnior. São Paulo : Saraiva, 2017.

FACIO, A. "Metodología para el análisis de género del fenómeno legal", en Alda Facio y Lorena Frías (Editoras), Género y Derecho, Santiago de Chile, Ediciones LOM, 1999, pp. 99-136.

HIRATA, H. *Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais*. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 1, junho/2014.

LARRAURI, E. Criminología crítica y Violencia de género. Trotta, Madrid, 2007.

MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

REFERÊNCIAS DE RELATÓRIOS E PESQUISAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha.** Brasília: 2018. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/5514b0debf866190c20610890849e10_1c3f3d621da010274f3d69e6a6d6b7e6.pdf>, acesso em 28 de junho de 2018.

BRASIL. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil.** Brasília: 2015. Disponível em <<http://www.mapadaviolencia.org.br/>> , acesso em 28 de junho de 2018.

BRASIL.Ministério de Justiça e Segurança. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN.** Brasília: atualização Junho de 2016. Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>, acesso em 26 de setembro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Choque de Justiça: Reunião Especial de Jurisdição.** Brasília: 2017. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/06/2aca186d253909cc2f8e9b12f7748d53.pdf>>, acesso em 26 de setembro de 2018.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). **Atlas da Violência.** Brasília: 2018. Disponível em <https://assets-dossies-ipc-nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/06/IPEA_FBSP_AtlasdaViolencia2018Relatorio.pdf>, acesso em 27 de setembro de 2018.

**DIREITO PENAL E DECOLONIALIDADE: REPENSANDO A CRIMINOLOGIA
CRÍTICA E O ABOLICIONISMO PENAL**

*CRIMINAL LAW AND DECOLONIALITY: RETHINKING CRITICAL CRIMINOLOGY AND
PENAL ABOLITIONISM*

Isaac Porto dos Santos

Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. isaacporto91@gmail.com

Lívia Miranda Müller Drumond Casseres

Mestranda em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. lmmdcasseres@gmail.com

Resumo: Por meio da utilização de uma metodologia decolonial, o presente trabalho tem como objetivo traçar uma compreensão do direito penal como consequência da colonialidade. Através do recurso de revisão bibliográfica, propõe-se pensar o sistema jurídico-penal no Brasil como fruto de um processo violento de colonização e, ao mesmo tempo, como instrumento de perpetuação de privilégios. O desenvolvimento histórico do controle penal brasileiro revela a sua capacidade de reinventar funcionalidades que hierarquizam vidas segundo códigos imbricados de raça, classe, gênero e sexualidade. Assim, sem deslegitimar as relevantes contribuições da criminologia crítica para denunciar a violência punitiva contra grupos subalternos, pretende-se lançar uma perspectiva mais ampla de análise que tome em conta as cumplicidades usualmente silenciadas. Com isso, se intenta alcançar maiores possibilidades de diálogo entre a criminologia crítica, o abolicionismo penal e os movimentos negros, feministas e LGBTI+.

Palavras-chave: Criminologia Crítica; Abolicionismo Penal; Decolonialidade.

Abstract: Through the use of a decolonial methodology, the present work aims to trace an understanding of criminal law as a consequence of coloniality. Through a bibliographic review, it is proposed to think the criminal-legal system in Brazil as the result of a violent process of colonization and, at the same time, as an instrument of perpetuation of privileges. The historical development of Brazilian criminal control reveals its capacity to reinvent functionalities that hierarchize lives according to codes imbricated by race, class, gender and sexuality. Thus, without delegitimizing the relevant contributions of critical criminology to denounce punitive violence against subaltern groups, it is intended to launch a broader perspective of analysis that takes into account the usually silenced complicities. By doing so, the article hopes to reach greater possibilities of dialogue between critical criminology, criminal abolitionism and the black, feminist and LGBTI + movements.

Keywords: Critical Criminology; Penal Abolitionism; Decoloniality.

Introdução

O objetivo do presente trabalho é o de enxergar o direito penal como uma consequência da colonialidade. Com isso, quer-se pensar, de um lado, que o sistema jurídico-penal no Brasil é fruto de um processo violento de colonização. De outro, quer-se verificar, também, como a própria criminologia crítica e o abolicionismo penal podem fazer perpetuar elementos importantes dessa colonialidade.

De antemão, é preciso dizer que, assim como Thula Pires entende em recente artigo (PIRES, 2017), não se pretende, aqui, listar uma série de limitações e incapacidades de ambos os ramos criminológicos e inviabilizar as possibilidades de diálogo.

Antes, quer-se realizar um recentramento epistemológico, a fim de possibilitar uma construção conjunta entre a criminologia e os saberes produzidos por mulheres, negros/as, LGBTI+ e demais grupos subalternizados.

Assim, pretende-se se dar uma perspectiva decolonial aos estudos criminológicos, entendendo que a conquista colonial engendra uma cultura punitiva que continua viva em nossa

sociedade. A decolonialidade, aqui, será entendida nos termos de Ochy Curiel, para quem tal posicionamento significa uma capacidade de reconhecer a dependência de processos culturais e políticos resultados do capitalismo, da modernidade ocidental, da colonização europeia e de seus processos de racialização e sexualização das relações sociais, da heterossexualidade obrigatória e da legitimação do pensamento único (CURIEL, 2011).

Partindo de uma perspectiva decolonial, Curiel propõe que se compreenda que a raça e o gênero foram constitutivas da episteme moderna colonial e que, longe de serem apenas eixos de diferenças, são diferenciações produzidas pelas opressões que, por sua vez, foram produzidas pelo colonialismo e que continuam sendo produzidas na colonialidade contemporânea. Por esse motivo, a autora propõe uma leitura imbricada das opressões. A imbricação das opressões não se trata de um somatório de experiências ou de uma interseção de categorias analíticas, mas sim de um entendimento de como as categorias de raça, gênero, sexualidade e classe atravessaram historicamente a nossa região desde o colonialismo até a colonialidade contemporânea e como se expressaram em certos sujeitos que não tiveram privilégios de raça, classe, sexo e sexualidade (CURIEL, 2015).

A perspectiva decolonial, portanto, permite pensar o direito penal e os órgãos da justiça criminal para além do argumento da seletividade penal, tendo em vista que, como a colonialidade é integralmente impregnada, de maneira imbricada, pelos códigos da raça, do gênero, da classe e da sexualidade, não é possível se falar em direito penal sem enxergá-lo como um resultado, justamente, das tensões de raça, gênero, classe e sexualidade.

Por outro lado, a metodologia decolonial também requer que se pense não somente nos efeitos do direito penal para negros/as, mulheres, LGBTI+ e para a classe trabalhadora, mas, também, em como o direito penal perpetua privilégios e vantagens historicamente usufruídos por homens, brancos, heterossexuais e proprietários (PIRES, 2017).

Com isso, pergunta-se: ao não abordarem o privilégio branco, masculino, heterossexual e proprietário, estariam a criminologia crítica e o abolicionismo penal fazendo perpetuar, ainda que inconscientemente, um sistema de dominação colonizador? Teriam a criminologia crítica e o abolicionismo penal repetido algumas fórmulas euronorcêtricas à realidade brasileira?

Obviamente, não se pretende deslegitimar nenhum dos campos criminológicos, nem deixar de reconhecer a sua importância para a discussão de grupos subalternizados no campo

da criminologia. De fato, entender que o sistema penal recai sobre os mais pobres, bem como enxergar as relações entre o direito penal e o capitalismo, foram passos essenciais para a discussão criminológica progressista.

No entanto, entender o direito penal desde uma perspectiva decolonial pode permitir maiores possibilidades de diálogo entre a criminologia crítica, o abolicionismo penal e os movimentos negros, feministas e LGBTI+, a partir de conversas horizontalizadas e desierarquizadas.

Conceitos de descolonização

Conforme a caribenha Ochy Curiel, o termo descolonização, num sentido amplo, se refere a processos de independência de povos e territórios que haviam sido submetidos à dominação colonial no plano político, econômico, social e cultura (CURIEL, 2011).

Exemplos são os processos dos quais surgem os Estados Unidos e as repúblicas latinoamericanas (1783-1900), a independência de boa parte dos Estados do Oriente Médio e o Magreb (1920-1945) e a estruturação como unidades políticas independentes do conjunto do continente africano e importantes áreas da Ásia, do Pacífico e do Caribe (1945-1970).

Nas ciências sociais, a expressão é usada para se referir sobretudo a esse último período, por ter tido um impacto na consciência crítica tanto dos intelectuais e ativistas desses continentes, quanto da América Latina e do Caribe. Esse processo denota uma mudança no âmbito acadêmico, dando lugar aos estudos pós-coloniais, culturais e subalternos, que colocam no centro a questão da construção dos sujeitos e sujeitas nos contextos pós-coloniais.

Curiel, no entanto, ao referir-se ao feminismo decolonial, enxerga a descolonização como uma posição política que atravessa o pensamento e a ação individual e coletiva, capaz de reconhecer a dependência de processos culturais e políticos resultados do capitalismo, da modernidade ocidental, da colonização europeia e de seus processos de racialização e sexualização das relações sociais, da heterossexualidade obrigatória, da legitimação do pensamento único e da naturalização da institucionalização de muitas das práticas políticas dos movimentos sociais (CURIEL, 2011).

Santiago Castro-Gómez e Ramón Grosfoguel se opõem à ideia de que, com o fim das administrações coloniais e a consequente formação dos Estados-nação nas periferias, teríamos chegado a um pós-colonialismo, como se vivêssemos em um mundo descolonizado. Para os autores, o que houve, na verdade, foi uma transição do colonialismo moderno para uma colonialidade global, em que se pode observar uma transformação das formas de dominação da modernidade, mas não da estrutura das relações centro-periferia (CASTRO-GÓMEZ; GROSGOQUEL, 2007).

Falar de decolonialidade é, portanto, falar de modernidade, reconhecendo que o iluminismo precisou de uma epistemologia que sustentasse as formas coloniais de saber e que colocasse a Europa como o centro que definisse o lugar do restante do mundo.

O pensamento decolonial, na verdade, reposiciona a própria modernidade: ela não teria começado com a máxima cartesiana do “penso, logo existo”, mas sim em 1492, com a Conquista. Esse reposicionamento dá centralidade não ao iluminismo europeu, mas à colonização.

Nesse sentido, Enrique Dussel argumenta que, 150 anos antes do “penso, logo existo”, houve o “conquisto, logo existo”, que começa com a expansão colonial em 1492. (DUSSEL, 2008). A modernidade começa, portanto, com o genocídio dos povos americanos, que possibilitou a superioridade política, econômica e epistêmica da Europa.

Nessa mesma direção aponta Aníbal Quijano, com o seu conceito de colonialidade do poder. O autor entende que a ideia da raça produziu novas identidades, que foram associadas a determinados papéis na estrutura global de controle do trabalho. Há, assim, uma divisão racial do trabalho, em que a branquitude estava associada aos postos de comando da administração colonial. Assim, o controle do trabalho se torna também o controle da raça, de um grupo específico de dominados (QUIJANO, 2000).

No entendimento de Quijano, a colonialidade seria um dos elementos constitutivos do poder capitalista, fundando-se na imposição de uma classificação racial como pedra angular desse poder. O autor defende que a modernidade produziu uma perspectiva de conhecimento e um modo de produzir conhecimento eurocêntricos. O eurocentrismo, aqui, não se refere a uma perspectiva cognitiva exclusiva dos europeus ou dos dominantes, mas sim uma perspectiva e

uma forma de produzir conhecimento que conquistou hegemonia através da colonização e da divisão racial do trabalho.

Para Lugones, essa colonialidade não estaria apenas sustentada na construção da ideia da raça, mas também do gênero. O sistema de gênero, em sua visão, tem um lado visível/claro e outro oculto/obscuro. O lado visível é o que constrói o gênero e as relações de gênero, que, na verdade, organiza “de fato e de direito, as vidas de homens e mulheres brancos e burgueses, mas também constitui o significado mesmo de ‘homem e ‘mulher’ no sentido moderno/colonial (LUGONES, 2011).

Esse sistema de gênero opera com mulheres que são reprodutoras da posição colonial, racial e de classe dos homens brancos burgueses, mas são excluídas da esfera da autoridade coletiva, da produção de conhecimento, bem como conduzidas à heterossexualidade compulsória e são majoritariamente excluídas da propriedade dos meios de produção, de modo que as mulheres burguesas brancas são constringidas nessa redução de suas pessoas e poderes através do acesso sexual obrigatório.

O lado oculto, por sua vez, é o que desumaniza e animaliza, de maneira que as fêmeas não-brancas eram consideradas sem gênero, sem feminilidade, e só passaram a ser concebidas como símiles à mulher na medida do interesse do capitalismo eurocentrado global. Esse lado oculto não só reduz à animalidade, como também conduz ao sexo forçado com os colonizadores brancos e a uma exploração do trabalho tão profunda, que, frequentemente, os levou a trabalhar até a morte (LUGONES, 2011).

Nelson Maldonado Torres, por sua vez, propõe o conceito de colonialidade do ser. A colonialidade do ser se refere aos impactos da colonização não somente na mente dos colonizados, mas na experiência vivida. Com ela, Maldonado-Torres supõe a negação da humanidade dos seres colonizados, que foi a justificativa para escravizá-los.

A modernidade ocidental gerou, também, uma colonialidade do saber. A colonialidade do saber tem a ver com o papel da epistemologia e as tarefas gerais da produção de conhecimento. Com esse conceito, Edgardo Lander se refere a um tipo de racionalidade que se assume como o modelo válido de produção de conhecimento, que deve ser neutro, objetivo, universal e positivo.

O surgimento da criminologia na América Latina

A criminologia se desenvolve na Europa não somente como correspondência ao desenvolvimento das ciências humanas em geral, mas também às necessidades da burguesia de enfrentar seus problemas sociais – especialmente o delito.

Isso ocorreu no momento em que o capitalismo entra em sua fase imperialista e o Estado passa a assumir o controle de alguns aspectos da vida em comum. Foram criadas algumas sociedades para difundir essa nova ciência do controle social. Os congressos internacionais dessas sociedades discutiam “normas universais” sobre o delito, para consolidar a nova ordem.

Rosa del Olmo, ao analisar os primeiros congressos internacionais de criminologia dessas sociedades, percebeu que se sentia uma necessidade de se internacionalizarem normas universais para resolver o problema do delito. Essa necessidade foi o elemento decisivo para consolidar e difundir a criminologia. A autora identifica que a criminologia foi a base científica para a criação da política criminal e a elaboração de leis, servindo de instrumento para justificar um controle social do delito a nível universal (DEL OLMO, 2004).

No início, essa difusão se limitava aos países industriais. Porém, com a concretização da expansão mundial do capitalismo, ela se estende às zonas periféricas. Essa difusão para as zonas periferias só pode ser entendida a partir das condições de dependência e subdesenvolvimento da região.

No entanto, Del Olmo entende que a difusão das normas universais em matéria delitiva não foi através de uma relação unilateral de imposição: contou com a aceitação das classes dominantes locais. Essas classes dominantes tentavam encontrar na Europa e nos Estados Unidos a solução de seus problemas locais. Rosa descreve essa atitude como subordinada e mimética, porque se buscava nos países industriais a forma de resolver os seus problemas e serem incorporadas ao sistema internacional (DEL OLMO, 2004).

Essa relação de dependência, somada à necessidade de buscar soluções para o problema do delito, faz com que os países latinoamericanos sejam os primeiros não-industriais a se fazerem presentes e a acolher as proposições desses congressos. Tal participação não foi uniforme: dependia da inserção de cada país na divisão internacional do trabalho. Por isso, os primeiros países foram Argentina, Brasil, Chile e México.

Assim, o liberalismo, o racionalismo e o positivismo foram rapidamente assimilados, sem se formar uma consciência própria, sem discussões. A adoção das ideologias europeias ocorreu justamente por causa das necessidades das elites locais. Para a solução dos problemas do delito, ocorreu a mesma coisa.

Rosa diz que as palavras de Lombroso, Ferri e Garofalo eram sagradas para os latinoamericanos. Para ela, a não consideração de que a Itália tinha uma história diferente da nossa e que, portanto, a delinquência da Itália era também diferente da nossa, é um reflexo de que havia aqui uma recusa em aceitar a nossa história. Rosa cita Jorge Abelardo Ramos para dizer que leis e filosofias eram importadas sem que fossem importadas as relações sociais, os meios de produção e a estrutura de classes (DEL OLMO, 2004).

Rosa identifica duas funções principais para essa adoção de ideologias estrangeiras: de um lado, levantar uma superestrutura que legitimasse a relação da classe dominante local com o centro dominante internacional; de outro, legitimar internamente a sua posição dominante, operando como meio de distinção entre as classes e os grupos subordinados.

No entanto, a recepção dessas correntes ideológicas foi feita por grupo urbanos ilustrados, com pouca coerência com o resto do conjunto social. A autora analisa as atas dos primeiros congressos internacionais e se pergunta: quem ia para esses congressos? Geralmente, diplomatas que viviam na Europa, pessoas que conheciam mais as cidades europeias que as de seus países – algumas chegando a lamentar o fato de terem nascido nesse continente. O vínculo entre a filosofia positivista e o positivismo criminológico é inegável, até porque, geralmente, eram as mesmas pessoas que difundiam os dois.

Assim, a criminologia chega à América Latina depois que as classes dominantes locais já haviam incorporado a ideologia liberal e a filosofia positivista como a via para alcançar a ordem e o progresso, legitimar a posição dominante dos grupos de poder e fortalecer o Estado oligárquico.

A necessidade de ordem e progresso tem a ver, também, pelo medo da anarquia e das guerras civis, em virtude do clima que se instaurava nas primeiras décadas do século XIX. Por isso, a necessidade de um Estado oligárquico, que pudesse forjar um marco jurídico-político adequado à inserção da nova ciência do controle social.

Para Gastón Bosio, a criminologia teve o papel de dar ares de cientificidade à ideologia do progresso que impulsionava o Estado moderno. O Estado pode ajudar a condenar e deter pessoas a partir de categorias científicas, objetivas e universais. Ocorre uma legitimação do Estado, por meio de um saber científico, como um agente propagador de uma cultura racial punitiva. Por isso, o autor considera ser impossível separar o positivismo criminológico das práticas de higienismo social (BOSIO, 2014).

Mas não só. A criminologia, também, forneceu uma tecnologia de saber que deu sustento científico à construção dos sistemas penais. A implantação de novas legislações penais aumenta o controle sobre as populações, criando-se uma oposição entre o cidadão e o criminoso.

Evandro Piza, ao tratar da recepção da Escola Positiva no Brasil, observa uma estreita vinculação entre teorias da raça e da criminalidade, enxergando nos criminólogos positivistas uma crença de que haveria uma criminalidade específica dos afrodescendentes e indígenas, por serem inferiores a outros grupos raciais. A raça, portanto, funciona aqui como um marco de diferença hierárquico (PIZA, 2017).

Para Del Olmo:

O fundamental nesse momento era enfatizar que os problemas locais não eram produto das contradições desse tipo de sociedade, nem gerados pelo próprio funcionamento das relações de produção no capitalismo. Nem se podia aceitar que fossem consequência das sociedades capitalistas dependentes. Para as classes dominantes, os problemas locais obedeciam mais às características individuais inerentes a esses “resistentes” (DEL OLMO, 2004)..

Assim, eram enfatizadas as diferenças físicas e mentais para apontar quem seriam os “sujeitos delinquentes”:

Eles pertenciam a uma linhagem distinta e inferior que constituiria a parte patológica de nossas sociedades, mas essa parte patológica – para essas “minorias ilustradas” – estaria integrada por aqueles indivíduos que não descendiam da raça branca. Curiosamente, então, a parte patológica seria a maioria da população em muitos países da América Latina.

Percebe-se, então, uma tentativa de explicar problemas sociais a partir de características individuais. Nina Rodrigues chegou a dizer que coube à minoria de raça branca o encargo de defender a civilização ariana dos crimes e manifestações de conflito das raças inferiores (RODRIGUES, 1984, *apud* ROSA, 2004).

O surgimento da criminologia crítica significou uma mudança na perspectiva sobre a raça. Em vez de estudar a raça como causa da criminalidade, deixa-se a abordagem etiológica

para se aprofundar sobre como os sistemas de poder excluem determinados grupos sociais. A partir dos conceitos de seletividade e vulnerabilidade, entende-se que determinados grupos são vulneráveis à ação seletiva dos órgãos da justiça criminal.

Criminologia crítica, abolicionismo penal e decolonialidade

Evandro Piza, ao tratar do que o autor chama de hipótese colonial para a questão criminal, faz-se a seguinte pergunta: de que modo o controle social numa determinada época estaria vinculado à raça e, especificamente, como estaria vinculado a uma discriminação dos negros? (PIZA, 2017).

O autor atribui ao colonialismo um papel fundamental na relação entre o racismo e o sistema penal. Ao estudar o colonialismo, a própria criminologia enquanto campo do saber é questionada, posto que vista como uma ciência social que esteve historicamente a serviço do imperialismo, com repercussões nas realidades pós-coloniais.

Para Piza, a negligência da pesquisa criminológica sobre o impacto do colonialismo em sua produção de conhecimento faz parte das permanências e continuidades do modelo colonial na produção de conhecimento, além de revelar vínculos que mostram opções teóricas, esquecimentos e escolhas de categorias analíticas de acordo com uma ordem normativa hegemônica branca, masculina, burguesa e heterossexual.

O autor entende que teoria das raças não criou as hierarquias raciais do colonialismo, mas organizou a sua defesa como teoria política referente à nacionalidade e à cidadania, orientou o imperialismo e as alianças dos países centrais com as elites locais e se especializou como um discurso sobre o controle social, dando origem à criminologia.

Além disso, a compreensão racializante do sistema penal nos permite compreender a questão racial para além do argumento da seletividade que incide sobre grupos vulneráveis. Esse sentido restritivo da racialização opera através da utilização da raça como uma categoria subsidiária das ideias de vulnerabilidade e seletividade.

Assim, trabalha-se com a ideia da racialização como um modo de ser do sistema penal, indicando como ele foi historicamente concebido para regular e constituir diferenças raciais.

Thula Pires entende que a Criminologia Crítica da América Latina abordou o racismo do sistema penal a partir de visões estereotipadas e homogeneizadas, sendo incapaz de desvelar como a classe operava de maneira racializada, assim como as variáveis de gênero, sexualidade e deficiência.

Ao refletir sobre um pacto narcísico existente entre os criminólogos críticos, Pires propõe que a referência ao passado escravista não isente o branco desse legado. Afinal, a escravidão não se limitou a produzir pobreza, violência e desumanidade para negros, mulheres, LGBT's, indígenas, não cristãos, não proprietários, pessoas com deficiências etc.

A autora pergunta: qual foi o resultado da escravidão para os homens, brancos, héteros, cristãos, proprietários e sem deficiência? Tirar o foco disso não seria uma forma de manutenção de privilégios?

Por esse motivo, Pires propõe que sejam trazidas para a criminologia a categoria de amefricanidade desenvolvida por Lélia Gonzalez, a fim compreender o processo histórico de formação do Brasil e da América de maneira a romper com qualquer resquício do colonialismo imperialista, notadamente em termos epistêmicos.

Nesse sentido, a autora faz um convite para uma criminologia apreensível em pretuguês, incitando que se trabalhe “raça, classe, sexualidade e outras categorias genderizadas como princípios estruturais e estruturantes da sociedade contemporânea” (PIRES, 2017).

Gastón Bosio compreende que, seja em sua versão positivista ou na versão crítica, a criminologia é conformada pela colonialidade, porque veicula discursos e epistemologias eurocêntricas. Entendendo que a criminologia surge como uma disciplina legitimada para se formar como um saber sobre o crime e difundir o punitivo como cultura, o autor defende que, ao legitimar cientificamente um ramo que estuda o delito, a criminologia separa o saber para não discutir o todo e encobre o epistemicídio (BOSIO, 2014).

Assim, é preciso não apenas estabelecer uma relação entre encarceramento e capitalismo, mas, também, debruçar-se sobre o problema do desenvolvimento de uma cultura do castigo no processo da modernidade e da colonialidade, verificando a ligação entre cultura colonial e delito. Com efeito, Bosio entende que a noção do delito veio a cumprir uma função fundamental na construção do saber e poder colonial e, portanto, na geração da cultura punitiva (BOSIO, 2014).

Isto posto, Bosio elenca alguns cuidados que devem ser tomados tanto pela criminologia crítica quanto pelo abolicionismo penal. Para a criminologia crítica, o autor acredita que ela deve tomar cuidado para não realizar uma leitura homogeneizante e padronizante, que utilize os mesmos marcos teóricos e epistêmicos para realidades locais com histórias diferentes, atentando que não existe uma única história colonial, mas várias histórias coloniais. O autor acredita, também, que deve haver um cuidado para não invisibilizar a produção literária crítica africana, que tem produzido um pensamento crítico sobre criminologia e decolonialidade. Essa invisibilização de autores como Biko Agozino revela um eurocentrismo da produção crítica em criminologia na América Latina (BOSIO, 2014).

Sobre o abolicionismo, o autor acredita, em primeiro lugar, que ele estaria muito concentrado no microsociológico do sistema penal e do castigo, sem fazer grandes questionamentos sobre o poder e, num contexto neoliberal de retirada de direitos, suas proposições se concentram num nível muito reduzido de problemas.

Bosio alega que o abolicionismo tem um viés interacionista e, por isso, foca a sua análise em situações como a apropriação do conflito pelo Estado e a participação da vítima e do vitimador. Assim, foca a sua atenção num micronível: reforma do sistema penal, abolição e substituição por meios de resolução de conflitos mais comunitários e participativos. Na sua visão, as condições de Nils Christie para que as sociedades assumam seus conflitos (um alto grau de conhecimento entre as pessoas; não investir de poder as pessoas que podem resolvê-lo; a polícia, a justiça e outras instituições devem ser receptivas à comunidade; uma alto grau de dependência mútua entre os membros da sociedade) seriam baseadas numa organização comunitária de uma realidade europeia.

Bosio acredita que a noção de segurança nunca teve o mesmo significado na América Latina e nos países europeus, porque a segurança, na América Latina, representa níveis de inserção social. Além disso, faz a seguinte indagação: ao, muitas vezes, propor uma mudança de jurisdição para o âmbito cível, não estaria a proposta abolicionista ajudando a manter uma ordem estabelecida? (BOSIO, 2014).

Assim, uma prática abolicionista latinoamericana deve incorporar os saberes únicos e originais de resoluções de conflitos praticados em nossa região e, sobretudo, deve estar voltada à abolição de uma perspectiva epistêmica monopolizante e eurocêntrica.

As instituições penais brasileiras

Uma adequada compreensão do sistema jurídico-penal brasileiro não prescinde de uma correlação entre o discurso criminológico e a própria formação do Estado e da sociedade.

Numa perspectiva que resgata brevemente a história da programação criminalizante no Brasil, reconduzida à conjuntura colonial, verifica-se que as funções desempenhadas pelas instituições penais se adaptaram às necessidades e interesses predominantes em cada momento histórico.

O modelo colonial-mercantilista estabeleceu por aqui o exercício do controle social penal dentro da unidade de produção, aplicado à mão de obra negra escravizada e a membros das nações indígenas, cativos ou não – usos punitivos que se encontravam essencialmente no âmbito privado e se exerciam de forma desregulada (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 411). Acompanhado do escravismo, o processo de colonização trouxe um direito penal doméstico que prevaleceu até a completa implantação das burocracias estatais no período colonial (NEDER, *apud*, ZAFFARONI *et. al.*, 2003):

A predominância de um poder punitivo doméstico, exercido desreguladamente por senhores contra seus escravos, é facilmente demonstrável, e constituirá remarcável vinheta nas práticas penais brasileiras, que sobreviverá à própria abolição da escravatura. Em 1591, um senhor confessa ao visitador do santo ofício na Bahia ter ordenado que uma negra fosse lançada na fomalha do engenho. Em 1700, o jesuíta Jorge Benci publicou na Bahia um livro no qual, omitindo ‘outros castigos ainda mais inumanos que os ciúmes do senhor ou da senhora fazem executar nos escravos’, indagava se seria ‘castigo racional queimar ou atazanar com lacre aos servos; cortar-lhes as orelhas ou os narizes; marcá-los nos peitos e ainda na cara; abrasar-lhes os beiços e a boca com tições ardentes’ (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Seja sob a vigência das Ordenações Afonsinas e Manuelinas – que no estágio inicial da colonização portuguesa não passaram de referências formais totalmente divorciadas do controle penal concreto imposto por proprietários privados – seja sob a égide das Ordenações Filipinas – eixo central da programação criminalizante no estágio tardio da colonização –, que

perduraram até a promulgação do Código Criminal de 1830, subsistiu de forma paralela o sistema penal doméstico senhorial intrínseco ao escravismo (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Ao mesmo tempo, embora o Brasil colonial não tenha sediado um tribunal da inquisição, tal como se deu com o Peru, a Colômbia e o México, diversas foram as visitas recebidas do Santo Ofício da Inquisição nomeado para Portugal, o que incluía frequentes inquirições e aplicação de penas. Assim: “os tentáculos do santo ofício manobraram intensamente por aqui, e qualquer estudo de nossas práticas processuais penais que aspire a transcender dos textos para as mentalidades não pode ignorar esse legado silente, mas profuso” (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

Desse modo, até pelo menos a segunda metade do século XVIII, o poder punitivo composto por um sistema penal multifário cumpriria inúmeras funções para a empresa colonial: o extermínio implacável de qualquer resistência ao empreendimento colonial, a garantia do monopólio com a proibição do livre comércio (sobretudo por meio do delito de contrabando), a proteção da moral religiosa católica (tal como nos *crimina atrociora* da época, a exemplo das figuras penais da “heresia”, “sodomia” e “moeda falsa”) e o genocídio físico e simbólico dos povos colonizados.

Dentre os múltiplos papéis cumpridos pelo Direito e pela organização do poder punitivo no Brasil-colônia, chama atenção a forma como o ódio racial moldaria as instituições e a própria legislação:

o que chama atenção é a luta de classes e a luta de raças entre senhores e escravos. A opressão e os maus tratos aos escravos não obedeciam nenhum limite. Os requintes de crueldade, a que eram submetidos, teve como consequências, uma sucessão de revoltas, também cunhadas de espasmos de violência, em muitos casos, com o assassinato de feitores e senhores.

(...)

O ódio racial entre escravos negros e senhores brancos tem sido quase sempre, colocado em segundo plano, mesmo por historiadores e sociólogos críticos ao sistema escravista. Não obstante, é este ódio racial que irá moldar as instituições e inclusive a legislação na colônia e no Império do Brasil. Como estudaremos mais a frente, foi à luz do ódio racial, que os tribunais e juízes no Império do Brasil, jamais economizaram em sentenças de morte, contra os escravos, e mais do que isso, o sistema judicial daquele período, jamais economizou nos requintes de solenidade, na execução daquelas sentenças.

Do ponto de vista da análise da construção do Direito Constitucional do Brasil, portanto, as razões antropológicas do ódio entre senhores brancos e escravos negros ganham uma dimensão superior, a uma análise meramente economicista do sistema escravista.

A colonização, a despeito de sua inquestionável motivação econômica, se configurou também como um relevante acontecimento sociológico.

A exploração de riquezas no novo mundo encontrou desde logo, o desafio de um violento choque cultural.

O etnocentrismo europeu foi desafiado a responder se as populações originárias da África e das Américas eram também da espécie humana ou se estavam diante de seres distintos e na visão europeia, de duvidosa forma humana” (PRUDENTE, 2009).

Sob a influência do nascente capitalismo industrial e da ascensão burguesa na Europa, o processo de independência do Brasil redundaria na edição do Código Criminal do Império do Brasil, em 1830. O novo programa criminalizante, em colisão frontal com inúmeras garantias individuais previstas na Constituição de 1824 (a exemplo da proscricção do açoite e “penas mais cruéis” e da proibição da responsabilidade penal por fato alheio, inscritas no art. 179, incisos XI, XIX e XX), seria a perfeita metáfora da contradição entre liberalismo e escravidão e expressaria os movimentos políticos de descentralização e centralização (ZAFFARONI *et. al.*, 2003).

O Código de Processo Criminal de 1832 encarregou-se de transformar em letra morta o princípio da reserva legal enunciado pelo artigo 1º do Código Criminal de 1830, o que permitia a cominação de penas pelo juiz de paz, autorizava a criminalização de condutas e imposição de penas por meio de meras posturas policiais, leis provinciais etc. Estava autorizado igualmente o vigilantismo policial, que permitia de forma generalizada a realização de inspeções e de vigilância sobre “suspeitos”, sob a supervisão dos “juizes de paz”.

Apenas para citar alguns exemplos: “a mera deambulação de escravos, após as 21h, sem bilhete do senhor, era punida com 8 dias de prisão pela câmara municipal da vila de Maracás; já na vila de Joazeiro, 1 dia de prisão responderia a ‘lundus, batuques e algazarras’; em Feira de Sant’Anna, alugar uma casa a escravos custaria 8 dias de prisão” (ZAFFARONI *et. al.*, 2003).

Os constantes conflitos políticos em torno da centralização e da descentralização do poder somavam ainda ao cenário de contradição entre o projeto liberal de estado representado

pela formulação constitucional de inspiração iluminista e a persistente da realidade social da escravidão.

A força política dos proprietários rurais (agora concentrada no sudeste durante o ciclo do café), renovaria a demanda por mão de obra escrava e amplificaria as insatisfações com o governo imperial. Por outro lado, a decadência da cultura açucareira no nordeste e o *déficit* fiscal contribuíam para que as primeiras décadas do Império fossem marcadas por grande instabilidade política.

Neste contexto de conflituosidade latente, em que eclodiram inúmeras revoltas (desde 1831 os *cabanos* no Pará, a *setembrada* de 1832 em Pernambuco, a *Farroupilha* de 1835 no sul, a *sabinada* na Bahia em 1837, a *balaiada* no Maranhão em 1839, a *praieira* em Pernambuco em 1848 etc.), a edificação de um projeto policial de Estado emergiu como solução na busca por centralização política. O principal instrumento centralizador utilizado pelo Império foi o processo penal (ZAFFARONI *et. al.*, 2003).

O sistema processual-penal edificado pelas normas imperiais moldaria sua operabilidade segundo uma cisão racial declarada, que submetia os corpos negros de forma expressa a um regime de inferioridade jurídica. Ao tempo em que autorizava as penas corporais sobre escravos e facilitava terrivelmente a pena de morte para réus escravos (Lei de 10 de junho de 1835 expressamente proibia qualquer recurso judicial aos escravos e negros libertos condenados à morte), a legislação colocava a salvo os senhores brancos (PRUDENTE, 2009).

Os legisladores brancos garantiram, da mesma forma, não fosse cominada pena de morte aos crimes políticos. Apesar disso, o crime de insurreição¹ não era considerado crime político.

Não obstante figurasse no título “Dos crimes contra a segurança interna do Império e pública tranquilidade” (ZAFFARONI, *et. al.*, 2003), o delito de insurreição resultou em frequentes condenações de escravos à morte no período, o que revela que a funcionalidade repressiva do Estado Imperial foi um elemento decisivo do genocídio afrobrasileiro.

Merece registro também a estrutura do Poder Judiciário no período imperial, a começar pelo seu financiamento pelo Tesouro Nacional, o que significava, primordialmente contar com recursos advindos da “sisa”, tributo que incidia sobre a importação de escravos.

Significa dizer que os recursos do Tesouro Nacional, os salários pagos aos magistrados e o custeio da estrutura judiciária repousava na comercialização de pessoas negras. Despiciendo lembrar que os juízes eram homens brancos, proprietários de escravos negros, o que os colocava numa posição confortável para exercer a violenta repressão jurídica a qualquer sedição da população negra (PRUDENTE, 2009, p. 76).

Durante a República Velha, o Código Criminal de 1890 e a legislação penal extravagante da garantiriam que o estatuto da inferioridade jurídica do escravismo fosse substituído pelo da inferioridade biológica do positivismo criminológico. O Estado brasileiro passou a manifestar-se anti-negro por meio da ideologia de branqueamento da população e da adoção de políticas de eugenia, que incluíram a proibição da entrada de africanos e asiáticos no país (Decreto n.º. 528/1890), ao lado do investimento massivo na imigração europeia.

Neste sentido, poderíamos afirmar que o racismo tem uma explicável permanência no discurso penalístico republicano, que se abebera em fontes do positivismo criminológico italiano e francês para realizar as duas funções assinaladas por Foucault: permitir um corte na população administrada, e ressaltar que neutralização dos inferiores é ‘o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura’. A contribuição do pensamento médico, neste transe de seu acasalamento com a técnica policial, merece especial atenção. Na metade do século XIX, constituiu-se a medicina social: ‘o médico tornara-se planejador urbano’. ‘Além de diagnosticar a doença presente no espaço insalubre, propõe-se um novo tipo de prática, organiza-se como poder político, torna-se um braço a serviço da prosperidade e segurança do estado. (...) O pé-na-porta sanitário se fundamenta num discurso cujas metáforas foram incorporadas por criminólogos e juristas, na conjuntura favorável da invenção europeia das medidas de segurança (as quais no entanto só ingressarão *expressamente* no direito penal brasileiro em 1940 (ZAFFARONI *et al.*, 2003).

O programa criminalizante, apesar de atualizado às bandeiras republicanas, manteve toda a sua funcionalidade colonial anti-negra e a prática penal carregou consigo a intervenção corporal própria do sistema escravista. O sistema punitivo aqui tinha como alvo principal a definição e preservação de lugares sociais bem delimitados, inscritos na ideia de uma ordem republicana.

Já sob a égide do Código Penal de 1940, não obstante tenha sido elaborado no bojo de um regime autoritário, configura-se um direito punitivo de base democrática e liberal. Dois

campos do programa criminalizante do período do Estado Novo merecem aqui especial atenção: as figuras concernentes a um direito penal da intervenção econômica (criminalização da usura, crimes contra a economia popular e delitos de abuso do poder econômico); e um subsistema penal da repressão política (ZAFFARONI *et al.*, 2003, pp. 465-467).

Embora o Código Penal de 1940 contivesse fundamentos liberais de limitação do poder punitivo, permanecia manifestando-se como instrumento da colonialidade, legitimado de forma oficial por uma teoria da pena positivista, com apelo inclusive ao discurso médico.

E assim o controle penal brasileiro se reinventaria a cada período histórico, como permanentemente como consequência da colonialidade: penas corporais atualizadas nas práticas policiais da tortura; pelourinhos deslocados para o interior de estabelecimentos estatais; vigilantismo policial remodelado em filtragem racial e uma geopolítica criminal que no lugar da divisão entre a *cidade quilombada* e a *cidade europeia* (NEDER, *apud*, ZAFFARONI *et. al.*, 2003) adotaria a lógica da cidade partida entre *favela* e *asfalto*.

Branquitude e discurso criminológico

Outro objetivo central deste trabalho é o de verificar como o próprio discurso criminológico crítica e o abolicionismo penal podem fazer perpetuar elementos importantes dessa colonialidade do sistema punitivo brasileiro.

Com isso, pretende-se propor uma reflexão sobre o papel da criminologia crítica branca, ao persistentemente reiterar que as desigualdades produzidas e reproduzidas pelo sistema penal brasileiro constituem um problema exclusivamente da população negra, razão pela qual esta deve ser estudada, enquanto objeto da seletividade penal.

De acordo com Maria Aparecida Bento, o silêncio sobre o branco no modo pelo qual se explicam as iniquidades raciais derivaria de uma espécie de pacto ou acordo tácito entre os brancos, de não se reconhecerem como “parte absolutamente essencial na permanência das desigualdades raciais no Brasil” (BENTO, 2002).

Ao evitar a focalização do branco como objeto de análise e procurar diluir a raça na dimensão unidirecional da classe social, o discurso criminológico crítico renuncia

discretamente a categoria de privilégio e, com isso, se omite em relação aos benefícios concretos e simbólicos gerados por este evitamento.

O fator que acaba varrido para debaixo do tapete, nesse pacto de silêncio, é o aspecto de discriminação racial intrínseco ao funcionamento normal do sistema penal.

Para valer-nos ainda das lições de Bento, o componente narcísico ou de autopreservação da sociedade branca (BENTO, 2002), traduz-se na escolha da criminologia crítica em isentar-se a branquitude da discussão unilateral de seletividade do sistema penal, uma abordagem que privilegia o caráter discriminatório desta engrenagem apenas como um problema do negro e atua como “guardiã silenciosa de privilégios” (BENTO, 2002).

A persistente referência à problemática do “outro”, do negro, do diferente, no entanto, está inserida em um processo relacional que escamoteia a racialidade da sociedade branca e nega o impacto do racismo sobre ela.

Este processo, ao produzir o reforço dos mitos da universalidade e da neutralidade do sujeito branco universal do pensamento eurocêntrico hegemônico, por meio da não nomeação de algumas categorias (raça, branco, branquitude, privilégio), ora para mantê-las como representativas do universal, ora para garantir sua rejeição (PIRES, 2017), acaba por reinventar hierarquias moderno-coloniais, mesmo no espectro de uma criminologia progressista.

Aí reside, como escureceu Thula Pires, o ponto de desacordo de uma perspectiva criminológica decolonial em confronto com a criminologia crítica hegemônica:

Nosso principal ponto de desacordo está em que a denúncia da racialidade do sistema de justiça penal e do racismo institucional pela criminologia crítica hegemônica reproduziu a narrativa do “negrotema” criticada por Guerreiro Ramos (1995). A tradição da criminologia crítica latino-americana acima destacada abordou a clivagem racial do sistema penal, a partir de categorias e valores eurocêntricos e de uma visão do negro estereotipada e homogeneizada. Nesses termos, foi incapaz de desvelar os códigos através dos quais o critério classe operava de maneira racializada, assim como as variáveis de gênero, sexualidade e deficiência. O Racismo institucional não foi entendido em termos estruturais, mas como enunciação retórica de que o racismo das relações intersubjetivas extrapola as relações pessoais (PIRES, 2017).

Posicionar uma reflexão sobre o ponto de partida das análises da criminologia crítica, instalada naquilo que simbolicamente simboliza os interesses do poder masculino e europeu

branco, implica em revelar a exclusão das “outras” visões de mundo: concepções e práticas dos atores sociais não brancos, não masculinos, não heterossexuais e não proprietários.

Mais do que isso, significa desvelar a dimensão do sistema penal brasileiro de não somente produção unilateral de seletividade penal, mas de constituição de branquitude, entendida como conjunto de privilégios simbólicos e materiais desfrutados pela identidade racial branca.

Ao não abordarem o privilégio branco, masculino, heterossexual e proprietário, estariam a criminologia crítica e o abolicionismo penal fazendo perpetuar, ainda que inconscientemente, um sistema de dominação colonizador? Teriam a criminologia crítica e o abolicionismo penal repetido algumas fórmulas euronorcêtricas à realidade brasileira?

Conclusão

Nesse sentido, acredita-se ser fundamental realizar uma leitura criminológica que pense a realidade brasileira de maneira a ser guiada por uma perspectiva decolonial, que permita pensar o direito penal e os órgãos da justiça criminal para além do argumento da seletividade penal.

Se o direito penal pode ser compreendido como resultado da colonialidade, isto é, como produto das tensões entre raça, gênero, classe e sexualidade, faz-se necessário um passo além da análise da criminologia crítica que permita o desvelamento desta dimensão do sistema punitivo, operante por meio de códigos imbricados produtores e reprodutores de hierarquias sociais.

Afinal, compreender o fenômeno penal sob uma metodologia decolonial importa em mirar não somente os seus efeitos perversos sobre negros, mulheres, LGBTI+ e sobre a classe trabalhadora, mas também focar sua capacidade de perpetuar privilégios e vantagens historicamente usufruídos por homens, brancos, heterossexuais e proprietários.

Como indica o desenvolvimento histórico das instituições jurídico-penais, o programa criminalizante forjado no seio da violência colonial é capaz de renovar de forma perene cumplicidades que hierarquizam, estigmatizam e subalternizam vidas.

Portanto, produzir uma compreensão criminológica consciente dos processos culturais e políticos resultantes do capitalismo, da modernidade ocidental e da colonização europeia significa abrir mão dos silêncios e pactos tácitos, para evitar a recriação de hierarquias moderno-coloniais pelo próprio discurso da criminologia.

BIBLIOGRAFIA

AGOZINO, Biko. *Counter-colonial criminology: a critique of imperialist reason*. Londres: Pluto Press, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociedade do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: revan, ICC. Coleção Pensamento Criminológico n. 1, 2002.

BOSION, Gastón. *Giro decolonial y cultura punitiva: repensando el abolicionismo penal*. Buenos Aires, 2014. Disponível em:

https://www.academia.edu/9917385/Giro_decolonial_y_cultura_p. Acesso em: 25/09/2018.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. *Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento hererárquico*. In: *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOQUEL, Ramón. Bogotá: siglo del Hombre Editores, Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, pp. 9-23.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luís Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CURIEL, Ochy. *Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial*. Mendia, Irantzu et al., edits., *Otras formas de (re) conocer: Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*, Bilbao, Universidad del País Vasco/Hegoa. 2014, pp. 45-60.

CURIEL, Ochy. *Hacia La construcción de un feminismo descolonizado*. In: *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemología y apuestas decoloniales em Abya Yala*. Popayan: Editorial Universidad Del Cauca. 2011, PP. 325-334.

DUARTE, Evandro Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; COSTA, Pedro Argolo. *A hipótese colonial, um diálogo com Michel Foucault: a modernidade e o Atlântico Negro no centro do debate sobre racismo e sistema penal*. Universitas Jus, v. 27, n. 2, 2016, p. 500-526.

DUSSEL, Enrique. *Meditaciones anti-cartesianas: sobre el origen del anti-discurso filosófico de la Modernidad*. Bogotá: Tabula Rasa, 2005, No.9: 153-197, julho-dezembro, p. 153- 197.

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, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da S. (org.). *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015.

GONZALES, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. In: SILVA, Luiz Antônio ET alii. *Movimentos sociais urbanos, minorias étnicas e outros estudos*. Brasília: ANPOCS. 1983, p. 223-244.

LUGONES, Maria. *Colonialidade y género*. In: *Tejiendo de otro modo: feminismo, epistemologia y apuestas decoloniales em Abya Yala*. Popayan: Editorial Universidad Del Cauca. 2011, p. 57-73.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-penal Luso-brasileiro – Obediência e Submissão*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2000.

PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 135. Ano 25. São Paulo: Ed. RF, setembro de 2017, p. 541-562.

PIRES, Thula. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e legitimação do controle social sobre os negros*. Rio de Janeiro: Ed. PU-Rio/Brado Negro, 2016.

PRUDENTE, Wilson. *A verdadeira história do direito constitucional no Brasil: volume 1*. Niterói: *Impetus*, 2009.

QUIJANO, Aníbal. *Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina*. In: *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. LANDER, Edgardo (org.). Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciências Sociales, 2000.

RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª edição.

ⁱ “Art. 113 – Crime de Insurreição. Julgar-se-á cometido esse crime, reunindo-se vinte ou mais escravos, para haverem a liberdade por meio da força” (BRASIL, 1830).

**A CONSTRUÇÃO DA REPRESENTAÇÃO DISCURSIVA E O PROCESSO DE
CATEGORIZAÇÃO LINGUÍSTICO - SOCIAL DA MULHER VÍTIMA DE
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM INQUÉRITOS POLICIAIS**

*THE CONSTRUCTION OF DISCURSIVE REPRESENTATION AND THE LINGUISTIC -
SOCIAL CATEGORIZATION PROCESS OF WOMEN VICTIM OF DOMESTIC VIOLENCE
IN POLICE INQUIRIES*

Rebeca Lins Simões de Oliveira

Universidade de Pernambuco, Mestre, Professora Assistente.

rebeca.lins@upe.br

Isabela Cavalcante Santos

Universidade de Pernambuco, Graduanda em Direito.

belacavalcantee@gmail.com

Resumo: A violência doméstica é resultado de uma cultura machista, sexista e/ou misógina. O trabalho objetiva investigar como essa cultura se apresenta na construção discursiva dos inquéritos na delimitação das imagens da vítima e do agressor. Foi feita a análise de inquéritos policiais, seguindo o percurso teórico da Análise Crítica do Discurso e da Criminologia Crítica. A abordagem dos dados, tipologia, é de cunho bibliográfico e documental e a metodologia empregada caráter qualitativo - explicativo. Foi concluído que a reprodução do discurso de subjugação da mulher aparece de maneira sutil e velada nos inquéritos policiais, mas pode causar impactos profundos, sujeitando às vítimas a pré-julgamentos morais. Assim, o machismo estrutural repercute negativamente no sistema penal, gerando uma violência simbólica institucionalizada.

Palavra- chave: Ideologia Patriarcal. Análise Crítica do Discurso. Criminologia Crítica. Violência Doméstica. Inquérito Policial.

Abstract: Domestic violence is the result of a male chauvinist, sexist and / or misogynist culture. This work aims to investigate how this culture presents itself in the discursive construction of surveys in the delineation of images of the victim and the aggressor. The analysis of police inquiries was carried out according to the theoretical course of Critical Discourse Analysis and Critical Criminology. The data approach, typology, is bibliographic and documentary, and the methodology used is qualitative – explanatory. It was concluded that the reproduction of women's subjugation discourse appears subtly and veiled in police inquiries, but it can cause deep impacts, subjecting victims to moral pre-judgments. Thus, structural male chauvinism has negative repercussions in the penal system, generating an institutionalized symbolic violence.

Keywords: Patriarchal Ideology. Critical Discourse Analysis. Critical Criminology. Domestic violence. Police Inquiry.

I- Introdução

Das conceituações de violência, as que mais têm influenciado estudos acerca desta temática são de similaridade à de Hannah Arendt que afirma que a violência tem “natureza instrumental; como todos os meios, ela sempre precisa de um guia e uma justificação para alcançar a meta que persegue” (ARENDR, 1994, p.37 apud BANDEIRA, 2017, p.17). Este conceito tem sido cada vez mais abrangente, pois desde que a sociedade desenvolveu sua capacidade de comunicação à língua, os artifícios por ela utilizados têm se mostrado apurados, cerceando a vítima em todo o meio em que ela vive.

Os recursos linguísticos em que a sociedade se apropria, transforma o discurso em uma arma capaz de beneficiar ou criar prejuízos ao meio, pois o discurso é o meio mais eficiente de produzir violência.

Uma das formas mais recorrentes de violência de gênero se manifesta por meio da violência doméstica. Isso porque o núcleo familiar acaba refletindo toda a sociedade, pois sua estruturação e organização deixa estabelecer o posicionamento de cada membro de acordo com a funcionalidade dos papéis a serem cumpridos. Nesse contexto, os papéis de gênero tem grande

relevância, pois dizem respeito a funções socialmente definidas a serem exercidas pelos sexos, gerando representações ideais do feminino e do masculino, segundo os quais o homem é colocado na posição de atividade, como provedor e chefe de família e a mulher na posição de passividade, como aquela que zela pelo lar.

Percebe-se, entretanto, que as relações domésticas e familiares estão repletas por relações desiguais de poder, uma vez que há a valoração positiva dos atributos ditos “masculinos” em detrimento dos “femininos”, o que abre caminho para os relacionamentos violentos à medida que os papéis idealizados de gênero não sejam cumpridos, especialmente, quando a mulher busca uma atuação mais ativa.

Acontece que, o fato dessa forma de violência ter se estabelecido em um âmbito tão sensível da sociedade, no seio íntimo da família, fez com que violência, apenas recentemente, passasse por um processo de reconhecimento. Contudo, a mera inserção desse comportamento na esfera penal ainda passa longe de abarcar toda a problemática multifacetada dessa relação de subjugação da mulher.

Isso porque a essa forma de violência se tornou um dos mais importantes desafios criminológicos contemporâneos, pois dentre as violências individuais ou interpessoais, tornou-se a mais reportada ao sistema penal. A relevância dessa questão para a criminologia se dá no fato de que a espécie de criminalidade ‘doméstica’ quase se tornou uma criminalidade ‘de massa’. O caráter endêmico desta violência requer um repensar tanto do feminismo quanto da criminologia. (CAMPOS, 2013).

O sistema penal deve atentar para essas questões diante de sua função de prevenir e de punir os crimes. O papel do inquérito policial, como ato administrativo que dá início à persecução penal, merece especial atenção dentro dessa sistemática, pois a forma como ele é construído concebe a primeira imagem da vítima e do agressor. A partir de sua estruturação é externado o discurso que delineará a leitura a ser feita dos agentes sociais envolvidos, o qual exprime a construção sócia histórica de representações sociais.

Ante a importância do inquérito policial, como porta de entrada ao sistema penal e, ainda, frente à necessidade de redimensionar a já antiga forma de violência dita ‘doméstica’, é de suma relevância analisar a construção discursiva dos inquéritos policiais em que a mulher seja o principal ‘elemento executor’ da queixa policial.

A prática textual legal, que está presente em inquéritos, consolida-se como um discurso hierárquico e dominante, pois se baseia em uma estrutura de exclusão e discriminação de várias minorias sociais, como os negros, os homossexuais, as mulheres, etc. Dai a importância de uma metodologia de análise dos textos forenses que desmistifique a aura de objetividade e imparcialidade que envolve o Direito (e a lei). Os textos legais também expressam relações de gênero, além de que a lei e a cultura masculina estão intimamente ligadas; o sistema jurídico é quase que inteiramente dominado por homens (só recentemente as mulheres passaram a fazer parte de instituições jurídicas) e, de forma geral, ele expressa uma visão masculina do mundo. As mulheres que constituem processos legais estão expostas a um duplo grau de discriminação e exclusão: primeiramente como desconhecedoras dos mecanismos legais, caso não sejam operadoras do direito, e depois são estigmatizadas também por serem mulheres, e, por isso, têm seu comportamento social e sexual avaliado e controlado pelo discurso jurídico.

Diante disso, é pertinente analisar essa elaboração discursiva segundo a Análise Crítica do Discurso, a qual sustenta a noção de que o discurso remete a práticas sociais, que estão interligadas com as relações de subjugação existentes da sociedade. De modo que a linguagem não está isenta das construções sociais, históricas e culturais. Na verdade, o discurso pode revelar processos de manutenção e abuso de poder e a linguagem atua na mudança, produção ou manutenção das relações sociais de poder e possivelmente contribui para a dominação de uma pessoa sobre a outra. (MELO, 2009)

Por meio da análise crítica do discurso busca-se elucidar as ideologias e os valores sociais dominantes na prática discursiva dos inquéritos policiais com a finalidade de observar a construção categorial linguístico-discursiva da mulher-vítima presente no texto forense.

II- Materiais e métodos

O presente trabalho propõe o estreitamento teórico entre o Direito, de natureza social crítica, e a Linguística Crítica Discursiva. Destina-se à análise de sete inquéritos policiais selecionados na Delegacia da Mulher, Recife/Pernambuco em 2017 e 2018, com objetivo é investigar a (des) construção discursiva e ideológica da imagem da mulher e como a mesma é representada no suporte textual “inquérito policial” quando é vítima de violência doméstica,

Lei 11.340, resultante de comportamento machista, sexista e/ou misógino por parte do cônjuge. Para efetivar este trabalho, analisamos os textos numa perspectiva sincrônica e das relações entre língua, história, cultura, relações de poder e sociedade, compreendendo o discurso, como um modo de representação social e uma ação sobre o mundo e sobre o outro. O percurso teórico utilizado será baseado na perspectiva da Análise Crítica do Discurso textualmente orientada a partir de uma dinâmica que busque identificar os elementos linguístico-discursivos que operam no processo de interface entre os “macroaspectos” (contexto social) e os “microaspectos” (linguísticos). Tem como marco teórico Norman Fairclough, apoiando-se ainda em Arendt, Baratta, Bourdieu, Colares, Foucault e Thompson. Essa perspectiva teórica ampara nosso estudo devido ao seu aspecto multidisciplinar e seu direcionamento sobre as relações entre linguagem, poder, denominação, discriminação e controle.

A metodologia empregada quanto à abordagem dos dados, tipologia, é de cunho bibliográfico e documental e a metodologia empregada caráter qualitativo - explicativo.

Foram cotejadas as teorias da Análise Crítica do Discurso Jurídico e da Criminologia crítica no que concerne aos conceitos de Ideologia, Relações de Poder, Legitimação, Dominação e Representação através dos os modos gerais de operação da ideologia (Thompson). Investigou-se como as estruturas discursivas utilizadas, no corpus coletado, utiliza estratégias que externam as vozes hegemônicas da perspectiva ideológica do machismo.

III- A resignificação das teorias críticas

Voltadas a uma perspectiva reflexiva, as teorias críticas surgem a partir de rupturas com posicionamentos teóricos basilares, desenvolvidos, especialmente, à luz do positivismo. Sendo a sociedade historicamente construída, o exercício realizado por essas teorias de reanálise de acordo com novas lentes possibilita o questionamento de pensamentos tradicionais. Aduz Fairclough (2001, p.229), as análises com base na Teoria Crítica (doravante TL) têm “o objetivo de mostrar maneiras não óbvias pelas quais a língua envolve-se em relações sociais de poder e dominação e em ideologias”.

A TL seria, então, o instrumental pedagógico operante pelo qual os sujeitos que, historicamente, mantinham-se inertes poderiam chegar a uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduziriam a formação de agentes sociais pautados por uma concepção racionalizada de mundo, antidogmática, participativa e transformadora (WOLKMER, 2002).

A Criminologia crítica, nesse sentido, adotando uma postura questionadora, muda o foco do crime para a criminalização. Passa a entender a criminalidade como uma qualidade atribuída a determinados grupos pelo sistema de justiça, segundo preenchimento de estereótipos, preconceitos, etc.

Dessa forma, passa-se a compreensão da criminalidade como um fenômeno social que é produzido pelo estabelecimento de valores sociais. Assim, a criminalização é uma realidade construída que se forma de acordo com as instituições sociais e as formas de comunicação intersubjetiva, o que significa que a criminalidade enquanto construção tem direta conexão com as ideologias dominantes na sociedade (capitalista), assim como com as relações de poder. Como nos explicita Barroso (2009, p.92):

No sistema capitalista de hoje, é fácil perceber que quem vai realmente preso, ou seja, aquele que sofre com o cárcere é o não consumidor, o pobre, o negro, o desempregado, etc., enfim, todos aqueles esquecidos pela sociedade, pois é mais barato para o Estado prender do que fazer uma política de reintegração social. Estão rotulados pela comunidade, tanto que nunca foram presos e torturados tantos negros e pobres como hoje em dia.

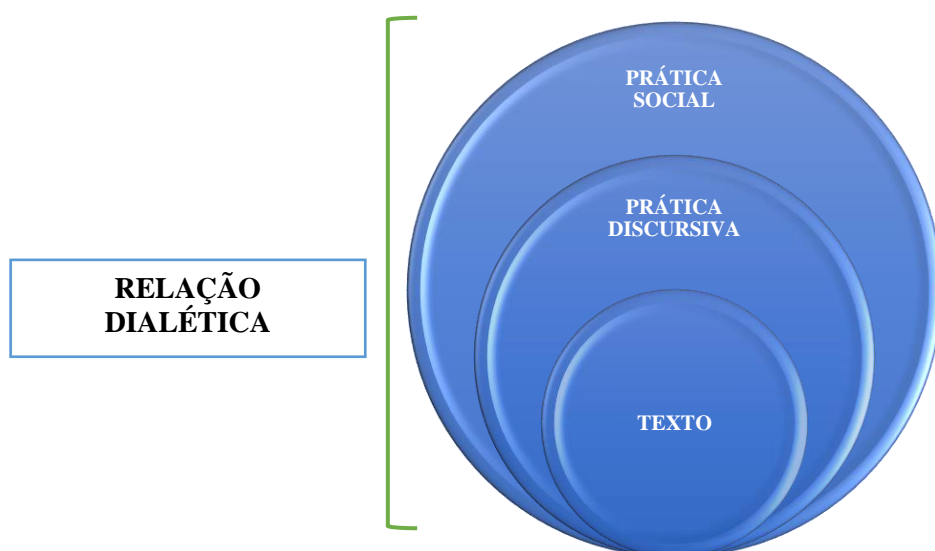
Por sua vez, a análise crítica do discurso é embasada no entendimento de que o discurso é constituído por práticas sociais, por essa razão, através do discurso se revelam instrumentos de manutenção e dominação de poder. Através da adoção de uma postura questionadora sobre o discurso, a análise crítica possibilita a intervenção na sociedade para a construção de um pensamento crítico. A linguagem, portanto, se mostra como de extrema importância para as relações sociais, podendo contribuir para a manutenção das relações de dominação ou para sua modificação.

A ACD, norte epistemológico desse trabalho, circunda três pontos basilares:

1. A dialética entre discursos e práticas sociais e como esses elementos se retro constituem;

2. A consciência e inconsciência que os atores sociais possuem dessas relações;
3. O papel essencial do discurso na transformação social.

Com base nisso, Fairclough (2001, p.24) propõe o “Modelo Tridimensional de Análise” para os eventos do discurso que consiste no inter-relacionamento de três esferas de constituição discursiva:



A tridimensionalidade do discurso se manifesta de maneira dialética e simultânea, são “arenas nas quais a vida social é produzida” (Fairclough, 2001, p. 234). Devemos sempre ratificar que “as práticas discursivas são investidas ideologicamente à medida que incorporam significados que contribuem para manter ou reestruturar as relações de poder” (Fairclough, 2001, p.121).

A ideologia pode ser entendida como a mobilização dos processos de produção e recepção das formas simbólicas, bem como os sentidos das formas simbólicas que estão inseridos nos contextos sociais, propostos por elas, na tentativa de estabelecer e sustentar relações de dominação. As formas simbólicas são definidas por todo ato, ação e fala, imagens e textos, produzido e entendidos pelos próprios sujeitos e outros. (THOMPSON, 1999). Num campo social ou numa instituição, a localização do indivíduo e as qualificações relacionadas a essa posição, são fatores que influenciam bastante no “grau de poder” que este indivíduo terá

perante a sociedade, o que dará autonomia a alguns indivíduos para tomar decisões, conseguir seus objetivos e realizar seus interesses.

“Podemos falar de “dominação” quando relações estabelecidas de poder são “sistematicamente assimétricas”, isto é, quando grupos particulares de agentes possuem poder de uma maneira permanente, e em grau significativo, permanecendo inacessível a outros agentes, ou a grupos de agentes, independentemente da base sobre a qual tal exclusão é levada a efeito.” (Thompson, 2011, p.80)

É por meio dos discursos que são perpassadas essas ideologias, uma vez que o ato de externar essas criações discursivas envolve construções históricas, relações de poder socialmente estruturadas e o próprio ator social. Por isso, não existe neutralidade do ator social que produz o discurso, o que significa que não existem criações discursivas isentas de ideais e valores.

Para entender as construções simbólicas, é necessário um processo de compreensão e interpretação, pelo qual se faz necessário contextualizar as formas simbólicas e a sua estruturação interna, porque o discurso não se trata de uma construção natural e objetiva. Inicialmente, é necessário compreender o contexto social, visto que o discurso é desenvolvido dentro desse meio; em seguida, passa-se a compreensão do texto a partir da análise formal para sua interpretação.

Thompson apresenta cinco modos pelos quais pode ocorrer a operação ideológica são cinco: *Legitimação*, *Dissimulação*, *Unificação*, *Fragmentação* e *Reificação*. Esses modos de operação se apresentam nos discursos de acordo com diversos recursos de linguagem verbal e não-verbal, como por meio da entonação imposta na voz, mudança de tom, por meio das escolhas sintáticas e lexicais para as construções dos períodos ou qualquer outro recurso que auxilie na construção textual e discursiva. Apresentamos abaixo uma esquematização dos modos operacionais de ideologia:

MODOS DE OPERAÇÃO DA IDEOLOGIA

| MODOS GERAIS | ALGUMAS ESTRÁTEGIAS TÍPICAS DE CONSTRUÇÃO SIMBÓLICA |
|---------------------|--|
| LEGITIMAÇÃO | Racionalização Universalização Narrativização |

| | |
|--------------|---|
| DISSIMULAÇÃO | Deslocamento Eufemização Tropo (sinédoque, metonímia, metáfora) |
| UNIFICAÇÃO | Estandarização Simbolização da unidade |
| FRAGMENTAÇÃO | Diferenciação Expurgo do outro |
| REIFICAÇÃO | Naturalização Eternalização Nominação / passivação |

Thompson (2011, p, 81)

Por meio da legitimação se busca representar relações de dominação como legítimas e dignas de apoio. Pretende-se expressar validade e autenticidade nas ações executadas. As estratégias utilizadas por esse modo de operação pode se dar baseada em fundamentos racionais, que apelam às regras lógicas existentes, fundamentos tradicionais, que apelam à sacralidade das tradições, ou fundamentos carismáticos, que apelam a autoridade exercida por uma única pessoa. As estratégias utilizadas para se alcançar esses fins são racionalização, universalização ou narrativização. A racionalização busca desencadear uma lógica racional para justificar um conjunto de relações; a universalização apresenta interesses específicos como gerais, para tentar justificar ações; por fim, a narrativização insere exigências de legitimação em histórias do passado para legitimar o presente.

A dissimulação se apresenta como um modo de operação da ideologia pelo qual relações de dominação são ocultadas ou obscurecidas através de manifestações implícitas. Ela pode operar através da topicalização, pela qual se desloca contextualmente termos e expressões, possibilitando que recebam maior ou menor foco. Também através da eufemização, segundo a qual se constrói um texto que possibilita que as ações, instituições ou relações são suavizadas ou valoradas positivamente. Por fim, pode de dar por meio do topo, ou seja, utilização de figuras de linguagem.

A unificação diz respeito a uma construção simbólica de uma identidade coletiva, estabelecendo ideia de unidade, negando-se diferenças. Esse modo divide-se em estandarização e simbolização da unidade. A estandarização estabelece um referencial padrão que é proposto como um fundamento comum a todos, propondo uma padronização. A

estruturação da unidade constrói símbolos que propõem uma identificação coletiva, ou seja, uma proposta de unificação de ideologia.

O quarto modo de operação da ideologia é a fragmentação, segundo a qual são segmentados indivíduos e grupos que possam ser tidos como uma ameaça para os grupos dominantes. A fragmentação se dá por meio da estratégia de diferenciação, que busca colocar em foco as características que desunem e dividem pessoas e grupos, e do expurgo do outro, que realiza uma construção simbólica de um inimigo.

A reificação é o último modo de operacionalização da ideologia, o qual acaba apagando a construção histórica de fatos, pois retrata uma situação transitória como permanente e natural. Essa estrutura pode ocorrer por meio das estratégias de naturalização, eternalização e nominalização. A naturalização é o tratamento dado a uma construção histórica e social como se fosse algo natural, de acordo com leis da natureza. A eternalização é o tratamento de fenômenos históricos transitórios como permanentes. Por fim, a nominalização é o apagamento de atores ou ações por meio da concentração da atenção depositada sobre certos temas em detrimento de outros. A passivação, uma dessas formas de apagamento, acontece quando o agente da ação é colocado como sujeito passivo.

IV- A justiça criminal e a violência contra a mulher

Historicamente não existia interseção entre a esfera pública e a esfera privada no que refere-se às relações familiares. Não apenas a relação marital de um casal dizia respeito apenas a eles, como também qualquer forma de violência que se mostrasse existente naquela relação, uma vez que a estrutura patriarcal da sociedade estabelecia o marido como o chefe da família, capaz de resolver os conflitos privados. Por essa razão, pode-se dizer que o processo de “desprivatização” da violência doméstica e familiar contra a mulher é recente.

Paulatinamente foram sendo trazidas ao público as vulnerabilidades vivenciadas por mulheres que vivem em situação de ambiente familiar violento, o que despertou a necessidade de uma maior proteção Estatal. Como reflexo desse processo, na década de 80 foram

inauguradas as primeiras delegacias da mulher, sob a intenção de assegurar tranquilidade à população feminina vítima de violência e auxiliarem na resolução dos problemas de modo a melhor acolherem a vítima, por observação às nuances dessa forma de violência, dado à complexidade das situações frente ao vínculo psicológico que existe entre vítima e agressor. Mesmo surgindo como uma proposta inovadora, essas delegacias se mostraram como mecanismos insuficientes para o combate à violência doméstica.

Nessa mesma direção, o surgimento da Lei 11.340/2006 teve grande significado simbólico, pois foi um marco que modificou o tratamento dado pelo Estado à violência doméstica e familiar. Com maior rigor penal, a forma de lidar com esses casos recebeu uma nova perspectiva. Buscou-se o enrijecimento de penas, mas também o oferecimento de condições de mais segurança para que as vítimas pudessem buscar proteção e fazer denúncias. Além disso, os mecanismos jurisdicionais já existentes foram aperfeiçoados. Trazendo diversas inovações, a Lei Maria da Penha apresentou uma abordagem mais humanizada e acolhedora a ser utilizada quando do trabalho com a vítima para que pudesse ser abarcada toda a fragilidade existente na situação de ambiente familiar violento (MONTENEGRO, 2015).

Dessa forma, o sistema penal formal, com a renovação de suas instituições oficiais de controle, passou por evoluções visando o maior combate à violência contra a mulher. Ocorre que, o funcionamento do sistema penal extrapola os mecanismos formais jurisdicionais, pois estes são circuncidados pelas instituições informais de controle, isto é, sofrem direta influência dos costumes e valores culturais dominantes.

Destarte, apesar das transformações trazidas pela legislação, ainda é latente a problemática no que diz respeito ao tratamento da vítima de violência doméstica no Sistema Criminal. Isso, pois, existe um descompasso entre a estrutural social, na qual estão inseridas as instituições e leis, e a estrutura cultura, a qual está marcada pelas ideologias dominantes, que reverberam valores machistas e misóginos.

Assim, ainda que tenham sido criados arranjos institucionais para favorecerem o acolhimento humanizado das vítimas de violência doméstica, o funcionamento do sistema penal recebe ação direta do pensamento coletivo do senso comum, que constrói representações de mulheres baseadas em estereótipos e estabelece a posição da mulher na sociedade de acordo com uma concepção masculina.

De tal maneira, a naturalização de papéis de gênero e comportamentos estabelecidos como masculino ou feminino perpassa a construção histórico-social da sociedade, cuja dominação do poder é do homem, por isso “a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem a legitimá-la” (BOURDIE,2005). Isso é resultado de um trabalho histórico de reprodução pelos homens e instituições - Família, Escola, Igreja, Estado -, lugares de elaboração e imposição de princípios que fundamentam um acordo das estruturas sociais e das estruturas cognitivas. Assim, tal dominação, na verdade, dá-se, mais comumente, de modo sutil, por meio de uma violência simbólica, que seria “violência suave, insensível, invisível a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento” (BOURDIE, 2005).

É no âmbito doméstico, no seio da família, diante da intimidade existente no lar, que essa violência simbólica encontra um terreno fértil para se transformar em violência real. É no ambiente doméstico que as mulheres se encontram fisicamente e psicologicamente mais vulneráveis. Mas, como visto, também é a esse ambiente que o Estado tem dado maior destaque ao que tange à violência contra a mulher. Acontece que, entendendo a violência como uma cultura, uma atuação estatal que reflete, ainda que inconscientemente, conceitos androcêntricos retroalimenta o sistema de violência contra a mulher.

Um ponto crucial, no que tange a essa problemática, é como se dá a interpretação das condutas das mulheres-vítimas e a avaliação das ações dos agressores quando inseridos no sistema de justiça criminal. É importante questionar como são tratados esses agentes desde sua recepção nesse sistema. Por isso, o inquérito policial exerce importante papel nessa análise.

O inquérito policial é o procedimento administrativo inquisitório e preparatório presidido pela autoridade policial que precede a ação penal. Consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa, objetivando a identificação de fontes de prova e elementos de informação, com o objetivo de obter elementos de informação para possibilitar o oferecimento da peça acusatória ou o seu arquivamento (LIMA, 2018).

Sua natureza instrumental se destina a esclarecer os fatos ocorridos, portanto ele será o responsável por fazer a primeira leitura dos fatos acontecidos. Assim, pode-se considerar que

o inquérito policial é uma “porta de entrada” para o sistema penal. Por essa razão, é nesse procedimento que será construída a primeira imagem da vítima e do agressor que, possivelmente, acompanharão todo o processo penal.

V- Resultados

A análise realizada nos inquéritos policiais (*corpus*) possibilitou que fosse feita a identificação das ideologias mais presentes nos discursos produzidos nesse suporte textual.

Foram identificadas articulações discursivas montadas com base na atual estrutura sociopolítica da sociedade, o que reflete em uma construção textual que reproduz discursos firmados em valores antropocêntricos. Assim, ainda, que de maneira inconsciente, os agentes discursivos responsáveis pela estruturação dos inquéritos policiais se utilizaram de estratégias de operacionalização da ideologia, de modo que são utilizadas valorações culturais tão arraigadas no senso comum que aparentam a normalidade. A utilização da análise crítica do discurso, portanto, exerce o importante papel de identificar essas operações e buscar indícios deixados no texto para interpretar aquilo que está implícito.

As construções textuais observadas nos inquéritos policiais transpassam uma naturalização das condutas violentas praticadas no âmbito dos relacionamentos íntimos. Essa naturalização é um modo de operacionalização da ideologia que pode ser instrumentalizado por meio da universalização ou reificação ao externar uma construção simbólica da sociedade pela qual concepções ou situações histórico-culturais, elaboradas ao longo do tempo, são tidas como naturais e permanentes, enquanto, na verdade, dizem respeito a concepções ou situações transitórias, momentâneas.

Essa questão é especialmente sensível ao se tratar das questões de gênero. A partir da naturalização, o sujeito não mais é entendido enquanto ser biológico e natural, mas, na verdade, por meio de suas subjetividades naturalizadas, ou seja, o universo passa a dar lugar a identidades não mais fixas e fundantes, mas histórica e contextualmente datadas. A expectativa de que os indivíduos tenham condutas tidas como femininas, quando mulheres, e como masculinas, quando homens, exprime a imposição de determinados papéis, que foram construídos historicamente e posteriormente naturalizados, e devem ser cumpridos por cada sexo.

Sabe-se que até pouco tempo atrás a violência doméstica era tida apenas como um problema íntimo da família e que não deveria ser exposto ao Estado. Nessa perspectiva, ela também passou por um processo de naturalização, em que é colocada como algo comum em relacionamentos familiares, o que a posiciona em um lugar do que não precisa ser combatido e, conseqüentemente, abre caminho não só para ditados como “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”.

Isso pode ser observado no fragmento seguinte, oriundo do Boletim de ocorrência do inquérito número 05, referente aos crimes de injúria, difamação e lesão corporal, todos no âmbito doméstico/familiar:

-
1. Declara a vítima que desde que decidiu se separar o imputado **por não aceitar as agressões**
 2. **verbais, bem como físicas** sofridas pela vítima durante o relacionamento ficando, assim
 3. impossibilitada a convivência tendo como consequência um **desgaste natural do relacionamento**”.

Fragmento 1

Como se observa no fragmento 1, as linhas 1 e 2 dizem respeito as agressões narradas pela vítima como tendo sido sofridas por seu companheiro, descritas como efetuadas desde hostilidades verbais até físicas. Essas agressões foram determinadas como sendo o motivo para a impossibilidade da convivência do casal. Acontece que, na linha 3, foi afirmado que a consequência dessa situação foi um “desgaste natural do relacionamento”. A escolha lexical do adjetivo “natural” demonstra claramente a estratégia da naturalização, por meio da qual as hostilidades realizadas foram tidas como dentro da normalidade, ou mesmo, como situação esperada em relações maritais de maneira geral. Entretanto, o boletim de ocorrência não tratava de um “desgaste natural” desse relacionamento, mas, na verdade, de uma deterioração anômala da convivência conjugal causada pela violência e agressividade do autuado.

Outra técnica recorrente de operacionalização do discurso na análise dos inquéritos foi a nominalização, a qual “é o processo gramatical de formação de substantivos a partir de outras classes gramaticais, geralmente verbos ou adjetivos” (Richards et al, 1996, p.224).”. Por meio dessa estratégia, ao serem elegidos substantivos, as ações praticadas ou as características de um sujeito acabam sendo, mais uma vez “apagadas”. Por isso, entende-se que “a nominalização [é

inerentemente mistificadora, ela [permite] hábitos de encobrimento, particularmente no que se refere as relações de poder e as atitudes dos escritores” (Fowler, 1991, p. 80)

Isso pode ser observado nos seguintes fragmentos, oriundos do depoimento do condutor da ocorrência do IP nº 04:

1. Que o solicitante foi alguém transeunte que **viu a briga** da vítima e do atuado

Fragmento 02

1. Que quando se **aproximaram da confusão** deram voz de prisão ao atuado e só assim ele
2. **parou de agredir** a vítima

Fragmento 03

Como é possível perceber, a escolha do substantivo “briga” no fragmento 07 não revela quais as ações que estavam sendo praticadas na ocasião. Da mesma maneira, a utilização da palavra “confusão” oculta a realidade, posto que tal substantivo pode significar tão somente um tumulto ou uma agitação, quando, na verdade, o imputado estava agredindo a vítima, como é esclarecido no final da oração com “ele parou de agredir a vítima”.

Importante ressaltar que a utilização da palavra “confusão” foi verificada como costumeira nos inquéritos analisados. Tal palavra tem, entre seus usos mais corriqueiro, o significado de desordem, de tumulto, possivelmente de discussão. Acontece que, seu sentido não abarca nem de longe a gravidade de uma agressão. Ao ser utilizada a palavra “confusão”, gera-se a impressão de uma situação menos gravosa que uma agressão e acaba sendo mitigada a gravidade do ataque, da violência. De certo que sua recorrente utilização demonstra mais uma vez a banalização da violência, pois, na verdade, a ofensividade da violência doméstica, muitas vezes, não é reconhecida pelo consciente coletivo.

A violência se firma como uma cultura, pois os comportamentos sociais criam um contexto em que ela é normalizada, expressamente ou de forma mais abrandada, o que possibilita que seja repetida rotineiramente em situações cotidianas. Cria-se um sistema em que

a cultura da violência justifica atos de agressão, ao passo que atos de agressão são estimulados a medida em que continuam a ser tolerados.

Dessa forma, a relativização da violência contra a mulher ou sua reprodução, ainda que sutil, dentro do sistema penal reverbera em uma atmosfera de permissão social ao machismo. Isso faz com que, ao se interpretar essas formações discursivas de maneira superficial, diversas questões relacionadas à violência doméstica sejam, na verdade, naturalizadas e tratadas como tensões comuns inerentes às relações íntimas ou como meras “confusões” corriqueiras vivenciadas pelas famílias.

Na análise do *corpus* também foram identificadas estratégias de dissimulação, por meio da qual relações de dominação existentes são ofuscadas de modo a mistificar as ações praticadas. Foram observadas situações em que se utilizou de eufemização para a construção textual, ou seja, foram feitas valorações positivas de instituições, ações ou relações que possibilitaram a dissimulação.

Assim se verifica no seguinte fragmento retirado do boletim de ocorrência do IP nº 03:

-
1. A declarante relatou, ainda que durante toda a discussão **o imputado ameaçava bater nela, mas**
 2. **depois acabou batendo.**

Fragmento 04

No boletim de ocorrência foi narrado que o imputado ameaçava bater na vítima, entretanto para introduzir a informação de que ele a agrediu é utilizada a conjunção “mas”. Tal conjunção tem, na frase, função adversativa e indica uma oposição entre as ideias. No caso, é feita uma oposição entre o fato de que o imputado apenas ameaçou (mas não bater) e o fato de que ele bateu na vítima. Acontece que não existe, no fragmento, nenhuma ideia de oposição entre ameaçar e bater, até porque ambas as ações são formas de violência e agressão. Na realidade, a relação existente entre as ações de “ameaçar” e “bater”, pois, como infere-se do texto, o imputado ameaçou bater e depois bateu. Ao colocar as ações em oposição, acaba-se valorando positivamente a ameaça, por ser uma violência menos grave.

A eufemização também está evidenciada nos fragmentos seguintes, oriundos, respectivamente, do IP nº 01 e IP nº 05:

-
1. QUE, **além das agressões** a vítima informou que “**o seu companheiro lhe ameaçou** dizendo
 2. que se ela chamasse a polícia e se ele fosse preso, quando saísse tocaria fogo no barraco dela

Fragmento 05

-
1. Que já **foi injuriada e ameaçada** pelo imputado, **mas nunca foi agredida.**

Fragmento 06

No primeiro fragmento, coloca-se que “além das agressões” o companheiro ameaçou a vítima. Ocorre que a ameaça também é uma forma de agressão, de maneira que além das agressões físicas, essa vítima também sofreu com agressões verbais. Já o segundo fragmento afirma que a vítima “nunca foi agredida”, acontece que isso é uma falácia, uma vez que consta na mesma frase que ela já sofreu agressões verbais, no caso, ameaça e injúria. Em ambos os fragmentos existe uma desconsideração das agressões não-físicas como sendo formas de agressões, desta forma, acaba ocorrendo uma valorização positiva dessas ações. A utilização dessa estratégia reflete, na verdade, a dificuldade de aceitação, pelo senso comum, das formas de violência que difere da violência física, tal qual a violência psicológica.

A utilização da voz passiva, também, é uma estratégia de dissimulação muito utilizada pois, como por meio da passiva os atores sociais são vistos apenas como meros receptores das ações de algum outro ator, acaba-se mistificando a prática de ações por esse agente, por isso “o uso da passiva também pode ser motivado por uma razão política ou ideológica, por exemplo, o desejo de ocultar ou ‘borrar’ o agenciamento, a causalidade e a responsabilidade” (Fairclough, 1922, p.182)

Tal situação é verificada no fragmento 02, retirado do Boletim de ocorrência do Inquérito número 5. Assim como, também se verifica no fragmento 03, retirado do IP nº3:

1. Que **vem sofrendo as injúrias** e difamações por parte do imputado que prefere contra a
2. vítima os seguintes termos: você é uma nojenta safada, rapariga, gaieira, puta, você dá dinheiro a macho, sua mãe é uma puta, seu irmão é um fresco, sua irmã é uma puta, você me
3. explora, eu sustento você sua nojenta, você vai se largar financeiramente, você vai ficar
4. na miséria”

Fragmento 07

1. Após desentendimento por motivos fúteis, **passou a ser injuriada e ameaçada** pelo autor com
2. expressões como: “sua merda, vá se fuder, se você começar a falar mais eu vou dar na sua cara”

Fragmento 08

Em sentido oposto, nesse mesmo IP nº3 foi observada, também, a estratégia de topicalização pela qual, ao contrário do que acontece com a passivação, é realizado o deslocamento contextual de termos e expressões. Com essa estratégia é possível pôr em evidência um elemento do texto, por meio do deslocamento desse elemento para determinada posição. Nos casos verificados no referido IP, foi destacada a vítima, enquanto agente responsável pela ação, conforme os seguintes fragmentos:

1. Que **a vítima derramou** um creme no chão e o imputado ficou transtornado

Fragmento 09

1. Que **a vítima discutiu** com o imputado e ele a **agrediu** com um tapa no rosto e a expulsou do
2. barraco; QUE **o imputado a agrediu** na frente de sua filha, uma menor de seis anos

Fragmento 10

1. Que **a vítima**, na tentativa de se defender, **desferiu** um tapa no rosto do imputado também

Fragmento 11

Nesses fragmentos fica evidente que é dado maior destaque as ações realizadas pela vítima (derramar um creme, discutir e desferir um tapa), posto que colocada no início das orações e estando o verbo na voz ativa. Assim, as ações do agressor (ficar transtornado e agredir), são meramente colocadas em segundo plano e acabam tidos como resultado da ação principal. Importante ressaltar que essa estratégia de “apagamento” da ação foi utilizada mesmo quando o ato de agredir, em si mais violento, foi colocado em contraste com o ato de discutir.

Em contrapartida, quando comparamos a estrutura utilizada no fragmento 03, quando é narrado “passou a ser injuriada e ameaçada” com a estrutura utilizada no fragmento 05, na qual se tem que “o imputado a agrediu”, é possível perceber a maior atenção colocada sobre a ação do agente neste último, quando não há passivação. Além disso, a estratégia de topicalização utilizada com o período “na tentativa de se defender”, deslocado do final da oração para o meio, demonstra que foi dado destaque ao fato da vítima ter agido em legítima defesa.

Da mesma maneira, a ação da vítima também é, diversas vezes, colocada em destaque quando da utilização da estratégia de legitimação. Por meio dessa estratégia, as relações de dominação são mostradas como legítimas, justas. Assim, os atores discursivos acabam por validar as ações de violência praticadas.

O seguinte fragmento, retirado do depoimento do autuado, no IP N° 04, demonstra uma narrativa na qual a agressão é racionalizada em busca de justificação.

-
1. Que hoje por volta das 06h ficou esperando a vítima sair para o trabalho; Que disse para
 2. ela que **ela não iria para o trabalho, pois queria conversar com a mesma**; Que se
 3. aproximou e **a puxou pelos cabelos; pois, ela não queria falar com ele**; Que a xingou
 4. de “MISÉRA”; Que acha que a vítima está tendo outro relacionamento; e, por isso, ficou
 5. descontrolado e com ciúmes dela”

Fragmento 12

Neste fragmento, é utilizada uma cadeia de raciocínio em que o imputado apresenta diversas justificativas para sua ação, vejamos:

1- na linha 2 é possível inferir que o desejo dele em conversar com a sua ex-cônjuge é suficiente para ela decida que a mulher não vá ao trabalho.

2- Na linha 3, infere-se que, foi utilizada a conjunção “pois” para inserir a motivação a justificar o que levou o agressor a puxar a vítima pelos cabelos, no caso, uma ação da própria vítima.

3- Na linha 4 e 5, é apontado como motivação para as ações do autuado o fato dele estar “descontrolado e com ciúmes”. Por sua vez, a motivação para esse sentimento é o relacionamento que ele acredita que a vítima está tendo.

O seguinte fragmento foi retirado do boletim de ocorrência do IP nº 07:

-
1. **A declarante fechou o portão**, mas o imputado estava forçando a sua entrada e **como a vítima**
 2. **não permitiu** que ele adentrasse em sua residência, **o imputado acabou agredindo** fisicamente
 3. a vítima, dando-lhe um murro no rosto

Fragmento 13

Nessa narrativa, a estratégia de legitimação está evidente. Primeiramente, vale salientar que é utilizada, também a topicalização, para destacar a ação da vítima de fechar o portão. Em seguida, importa demonstrar que é utilizada a palavra “como” para determinar a razão pela qual a vítima foi agredida. No caso, o agressor forçou sua entrada pelo portão e a justificativa para tê-lo agredido a vítima foi o fato dela não ter permitido sua entrada na residência.

Importa, ainda, que, não sendo suficiente a culpa da agressão ter sido colocada em uma ação da vítima, ao utilizar a expressão “acabou agredindo” o texto ainda constrói a narrativa de modo a sugerir que a agressão foi uma consequência natural ou automática dessa ação. Por fim, após todo o enfoque colocado sobre a conduta da vítima, na linha 3, apenas no final da

narrativa é colocada a agressão do imputado. Desse modo, a ação de “dar um murro no rosto da vítima” é deixada apenas em segundo plano.

Também é relevante observar a inter-relação entre a imagem da vítima e do agressor e os ideais sociais dominantes. Isso porque a imagem vitimizada ou culpabilizada desses agentes comumente varia de acordo com a adequação a características pré-determinadas referentes a estereótipos de gêneros. Dessa forma, o sistema penal abre um espaço para que o indivíduo não seja reproduzido como um sujeito plural, mas somente valorado de acordo com o conceito de moralidade dominante.

Essa inter-relação fica evidente, por exemplo, diante da análise das escolhas lexicais utilizadas pelos agressores para adjetivar a vítima. A utilização de xingamentos é frequente e dá-se como forma de fragmentação, pois busca a segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante, ao se analisar os xingamentos, é possível verificar que a fragmentação se manifesta, nesses casos, principalmente, por meio do expurgo do outro, de modo que as ações do agressor sejam justificadas por meio da construção simbólica de um inimigo.

Os xingamentos mais utilizados para caracterizar as mulheres são os de cunho sexual, o que demonstra a intrínseca relação do discurso dominante com a cultura machista, que cria uma valoração negativa no que diz respeito a determinadas condutas de mulheres referentes a liberdade sexual. A escolha dos xingamentos de cunho sexual demonstra como o exercício da sexualidade feminina é estimado negativamente ao ponto de ser utilizada como motivo para caracterização do sujeito vítima como um indivíduo de menor valor.

Isso pode ser verificado nos seguintes fragmentos, respectivamente retirados do IP nº 02, IP nº 04 e IP nº 05:

-
1. QUE o autor sempre faz questão de diminuir a vítima, chamando-a **de ignorante, matuta,**
 2. **vulgar, doida, burra, jumenta, puta, rapariga,** mesmo na frente dos filhos

Fragmento 14

1. dizendo que, o imputado [REDACTED] a tinha agredido verbalmente e fisicamente;
-

2. que a injúria consistiu em palavras de baixo calão, do tipo “**puta, safada, gaieira**, dentre
3. outros adjetivos pejorativos

Fragmento 15

1. Que quando passou para ir a parada de ônibus, juntamente com a segunda testemunha, o
2. autuado a viu e disse: “PODE PARANDO. EU VOU LHE PEGAR. VOCÊ NÃO VAI
3. TRABALHAR HOJE! SUA **PUTA, RAPARIGA, FULEIRA!**”

Fragmento 16

1. Que vem sofrendo as injúrias e difamações por parte do imputado que prefere contra a
2. vítima os seguintes termos: você é **uma nojenta safada, rapariga, gaieira, puta, você**
3. **dá dinheiro a macho**, sua mãe é uma **puta**, seu irmão é um **fresco**, sua irmã é uma **puta**,
4. você me explora, eu sustento você sua nojenta, você vai se lascara financeiramente, você
5. vai ficar na miséria”

Fragmento 17

Além disso, também é recorrente a utilização de escolhas lexicais utilizadas para caracterizar as vítimas como “louca”, “descontrolada” e “histérica”. Essa é uma estratégia de dissimulação, que oculta uma relação de dominação, pois serve para a deslegitimação da narração apresentada pela vítima, remetendo a ideia de que mulheres não conseguem controlar suas emoções, enquanto os homens são racionais. Através dessa dissimulação, é concebida uma imagem de que os eventos narrados no inquérito dizem respeito a uma situação dramática, quando, na verdade, referem-se a uma situação de violência e agressão.

Tal estratégia é utilizada nos seguintes fragmentos, todos retirados do IP nº 05:

1. QUE, o imputado desceu junto com sua genitora e instruiu o porteiro do referido prédio
2. para informar que a vítima era uma pessoa não grata, **pois teria ido lá para fazer um**
3. **barraco, um teatro para os seus vizinhos**

Fragmento 18

-
1. QUE, o imputado contou-lhe que **a vítima tinha ido até a sua casa fazer confusão** e que
 2. ele estava operado e ela **fez a maior confusão** aqui; QUE, de repente a genitora do
 3. imputado pega o telefone e diz: ■ vá atrás dela que **sua irmã está louca!** Ela saiu
 4. daqui como uma **louca** e **veio aqui fazer confusão**. Veio nos agredir...!

Fragmento 19

-
1. QUE, o imputado disse para a testemunha que **“sua irmã é uma louca, não vale nada... ninguém da sua família vale nada!”**; QUE, o imputado em tom de ameaça disse: **“você pensa que é mais homem do que eu? Você não conhece meu outro lado!”**

Fragmento 20

Importa salientar que no fragmento 20 consta que a frase “você pensa que é mais homem do que eu?” é utilizada como uma ameaça. Isso demonstra, mais uma vez, como a concepção machista influi na divisão de papéis entre homens e mulheres, isso porque a conduta tida como “masculina” é a de ser ameaçador, ser agressivo ou “sexo forte”.

Por fim, entendendo a criminalidade enquanto construção histórico-social, temos que as valorações feitas sobre os agentes envolvidos no crime tem direta influência na valoração do próprio crime. Assim, o comportamento da vítima vem sendo relacionado com a menor ou maior responsabilização do agressor. Acontece que a conduta da vítima é analisada segundo uma sistemática discriminatória, androcêntrica e misógina e a sua culpabilização, refere-se, na verdade ao não enquadramento de suas condutas nas expectativas sociais do inscossiente coletivo, que está permeado por uma ideia de hierarquia entre os gêneros. Isso acaba por legitimar situações de abuso e violência.

Essas concepções de dominação masculina pairam sobre toda a dinâmica da sociedade. Nesse sentido, as construções discursivas transparecem construções ideológicas concebidas histórica, social e culturalmente. O sistema penal não pode se manter alheio a essas questões, não apenas para que deixe de ser reprodutor desse discurso androcêntrico, mas também para que não sejam realizadas valorações discriminatórias na forma como interpreta a conduta da vítima e do agressor a partir da construção das suas imagens.

De modo contrário, a Justiça criminal está diretamente atuando na perpetuação da violência. O julgamento da vítima como culpada ou provocadora do crime que a ofendeu é uma das faces mais cruéis da violência institucional do Estado, pois acarreta a invisibilização das agressões por ela sofrida. (PORTUGUAL, 2018)

VI- Conclusão

Diante do exame do material investigado foi possível identificar que não existe neutralidade no discurso dos inquéritos policiais. Restou claro que os valores vigentes na sociedade, marcada pelo patriarcado e pela misoginia, são reafirmados em uma construção discursiva e textual que naturaliza a violência e normaliza práticas ideológicas que reafirmam a hegemonia do homem.

São criadas narrativas que podem induzir à culpabilização da vítima e a não responsabilização do agressor, a depender da maneira como os estereótipos dos papéis gênero são preenchidos. A partir daí, a imagem inicial da vítima e do agressor, em ocasião de sua inserção no sistema penal, é construída com base nos valores morais dominantes manifestados nas construções linguísticas articuladas, o que acaba resguardando as relações de poder e dominação já sólidas.

Dessa forma, a reprodução, ainda que inconsciente, desse discurso de subjugação da mulher aparece de maneira sutil e velada, mas produz impactos profundos. Isso pois, uma vez concebidas as imagens da vítima e do agressor, estas já estarão sujeitas a pré-julgamentos morais desde a fase inicial do inquérito policial. Assim, o machismo estrutural impacta negativamente a forma de tratamento promovida pelo sistema penal às vítimas de violência doméstica, fazendo com que a Justiça Criminal, que deveria atuar no amparo de mulheres vítimas, na verdade, não as protege de modo efetivo quanto a sua representação e as expõe ao que denominamos de violência simbólica institucionalizada.

Ressalta-se, ainda, a característica dialética do discurso, pois, assim como o discurso é constituído com base na realidade social, ele também influi na constituição dessa realidade (MELO, 2009). Levando-se esse entendimento para o sistema penal teremos uma situação em que os atores sociais do sistema de justiça, quando reproduzem discursivamente essa violência

simbólica, auxiliam na conservação da cultura. Por outro lado, tomam-se consciência sobre o discurso que está sendo produzido, assim como assumem a postura de questionar criticamente o discurso que está sendo consumido, auxiliam na emancipação do pensamento e abolição de valorações discriminatórias.

VII- Referências

BANDEIRA, Lourdes Maria. **Mulheres e violência: interseccionalidades**.Org. Cristina Stevens, Susane Oliveira, Valeska Zanello, Edlene Silva, Cristiane Portela,–Brasília, DF: Technopolitik, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROSO, Daniel Viegas S. **Criminologia: Do Estado de Polícia ao Estado de Direito**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 1989.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Teoria Crítica feminista e crítica à(s) criminologia(s): estudo para uma perspectiva feminista em criminologia no Brasil**. Tese (doutorado em ciências criminais). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, 2013.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora UNB, 2001.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

MELO, Iran Ferreira. **Análise do Discurso e Análise Crítica do Discurso: desdobramentos e intersecções**. Revista Eletrônica de Divulgação Científica em Língua Portuguesa, Linguística e Literatura Ano 05 n.11 - 2º Semestre de 2009.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. **Blaming the victim: o comportamento vitimal à luz da criminologia feminista**. Questões de gêneros. 1. Ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018

THOMPSON, J. **Ideologia e cultura moderna. Teoria social e crítica na era dos meios de comunicação de massa**. Petrópolis: Vozes, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

**EXPLORAÇÃO VS. TRABALHO SEXUAL – PERSPECTIVA CRÍTICA DA LEI
BRASILEIRA DE COMBATE AO TRÁFICO DE PESSOAS**

*EXPLOITATION VS SEXUAL LABOR – CRITICAL PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN
LAW ON CONFRONTING TRAFFICKING IN PERSONS*

Micaela Amorim Ferreira

Mestranda do PPGDIREITO da UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”; bolsista FAPESP – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo; vinculada ao NETPDH – Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos. micaelaferreira@gmail.com

Paulo César Corrêa Borges

Professor Assistente-Doutor de Direito Penal na UNESP; foi Coordenador do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA (2009-2017); é Coordenador do NETPDH – Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos; Promotor de Justiça do MPESP; pauloborges@franca.unesp.br

Resumo: O Brasil, signatário do Protocolo de Palermo, se vincula às disposições ali presentes, principalmente no que refere à definição de condutas que tipifica o tráfico de pessoas. Entretanto, tal instrumento, apesar de enfatizar a proteção às mulheres e crianças e apontar - em seu art. 3º - a “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual” como um dos principais preceitos a ser combatido, não define de forma eficiente tais conceitos. Em razão dessa lacuna conceitual, as medidas repressivas relacionadas ao tráfico de mulheres e a prostituição mudam drasticamente de nação para nação, pois, a depender da política antitráfico adotada pelo país, pode sofrer repreensão por parte do governo ou não. A partir do exposto, o objetivo da presente pesquisa é analisar a anterior disposição do Código Penal, que determinava que qualquer assistência ao movimento internacional ou nacional de prostitutas caracterizava tráfico de pessoas. E com base em tal análise, busca-se observar a recente alteração da tipificação do crime de tráfico de pessoas, realizada pela Lei 13.344 de 2016,

colocando a legislação brasileira em consonância com o instrumento internacional mencionado. Visa-se debater o movimento pela conquista de direitos das profissionais do sexo, observando o papel do direito e da justiça penal no enfrentamento das desigualdades vivenciadas pelas mulheres vítimas do tráfico de pessoas para fins de exploração sexual em oposição aos indivíduos que buscam ser profissionais do sexo de forma livre e consciente. Para elaboração desse estudo, pressupõe a utilização de intensas análises bibliográficas de obras que estão direta e indiretamente relacionados ao tema proposto, em especial autores renomados como Ela Wiecko de Castilho, Adriana Piscitelli, Kamala Kempadoo, Laura Maria Augustin, entre outros. Além da análise de fontes legislativas internacionais e nacionais. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo para se chegar à conclusão a partir das premissas estabelecidas, além do método dialético, permitindo o estudo das normas jurídicas como fruto de construções culturais.

Palavras-chave: tráfico de pessoas. exploração sexual. prostituição. feminismo.

Abstract: Brazil, as a signatory of the Palermo Protocol, is bounded to the provisions there expressed, especially in which refers to the definition of conducts that typify the trafficking in persons. However, this treaty, despite of highlighting the women and children protection and point – in its third article – the “ exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation” as one of the main precepts on confronting, it does not define effectively those concepts. On account of that conceptual gap, the repressive measures related to trafficking in women and prostitution drastically changed from nation to nation, because, depending the anti-trafficking policy chosen by the country, it might or might not suffer reprimands from the government. Thenceforth, the present research aim to analyze the previous provision of the Brazilian Penal Code, which determined that any assistance to the international or national movement of prostitutes were considered as trafficking in persons. According to this analysis, this research observe the recent change of the legal definition of trafficking in persons, made by the Law 13.344 of 2016, placing the Brazilian legislation in accord with the mentioned international treaty. Thereby, the movement for the achievement of sex workers rights is debated, considering the law and penal justice part in confronting the differences lived by the women who are victims of trafficking in persons for sexual exploitation, oppositional to the

individuals that aim to be prostitutes freely and consciously. For the purpose of this study, it was employed legislative and bibliographic sources of important authors, such as Ela Wiecko de Castilho, Adriana Piscitelli, Kamala Kempadoo, Laura Maria Augustin. Also, it was used the deductive and dialectical methods.

Key-words: trafficking in persons. sexual exploitation. prostitution. feminism.

INTRODUÇÃO

Historicamente, o tráfico de pessoas e a escravidão trazem em si graves violações de direitos humanos, principalmente no Brasil, que teve um forte tráfico de escravos negros, sendo inclusive o último país ocidental a abolir a escravidão. Apesar de atualmente as expressões “tráfico de pessoas” e “escravidão” possuírem sentidos diferentes daqueles usados historicamente na exploração de mão de obra escrava negra, são igualmente situações em que se depara com graves violações de liberdade individuais das pessoas.

No presente artigo, para contextualizar o objetivo principal que é a discussão entre as diferenças entre exploração sexual e a prostituição por livre vontade, realizou-se um panorama geral do contexto de criação do principal tratado internacional sobre tráfico de pessoas, conhecido como Protocolo de Palermo. Tal documento foi criado no âmbito de uma convenção realizada pela Organização das Nações Unidas e trouxe como principal avanço um conceito legal internacional de tráfico de pessoas, uma definição consensual que colocou fim às diferentes concepções tratadas por diversos países, o que acabava por prejudicar uma melhor cooperação internacional em seu combate.

No entanto, na elaboração do Protocolo, houve o embate de duas correntes feministas divergentes no que tange ao entendimento acerca da prostituição. Uma das correntes a considerava como danosa em todas as suas formas e violadora de direitos humanos, por outro lado, corrente diversa sustentava uma nítida diferenciação entre a prostituição realizada por vontade própria e consciente, da exploração sexual forçada e da infantil. Tais distinções pressionaram a elaboração do Protocolo de Palermo, que acabou por assumir uma posição de

neutralidade frente à tal diferenciação, relegando aos Estados ratificantes a postura a ser adotada.

No entanto, em razão do estereótipo que rodeia as profissionais do sexo, estas se viram prejudicadas pela falta de tutela governamental, principalmente aquelas mulheres que buscavam migrar para se prostituir, esbarrando em políticas de securitização de fronteiras principalmente nos países mais ricos.

Todo esse contexto influenciou diretamente o Brasil, pois, até 2016, o dispositivo penal que tipificava o crime de tráfico de pessoas no Código Penal apenas limitava-se a criminalizar a conduta de movimento de trabalhadoras sexuais, tanto dentro do território quanto sua imigração. Desse modo, essa legislação, que inclusive não estava em consonância com o compromisso internacional brasileiro frente ao Protocolo de Palermo, prejudicou a atuação das prostitutas no país, além de deixar em descompasso a jurisprudência e os estudiosos do tema.

Até que, com o advento da Lei 13.344 de 2016, foi trazida nova tipificação do tráfico de pessoas nos moldes internacionais. Apesar de ter sido considerado um avanço, as correntes feministas ainda traçam diversas críticas ao dispositivo que, ao englobar diversas finalidades de exploração dentro de seu tipo penal, acabou por apagar os movimentos individuais, como o das mulheres prostitutas e migrantes. Além disso, ignora-se a voz daquelas que são objeto das leis e políticas públicas formuladas.

Desse modo, essa pesquisa se deu por meio da leitura principalmente de autoras feministas que tratam sobre o tema, e da análise de legislações nacionais e internacionais relacionadas diretamente sobre as questões aqui tratadas. Ainda, utilizou-se o método dedutivo, partindo de premissas estabelecidas referentes às normas e regras do caso concreto, para assim chegar-se a conclusão, além do uso do método dialético, analisando o conflito entre a norma-posta e a realidade concreta.

1 PROTOCOLO DE PALERMO: aspectos e críticas

1.1 Aspectos do Protocolo de Palermo e a definição de tráfico de pessoas

Primeiramente, para melhor entendimento do tema do tráfico de pessoas e a abordagem feminista que este trabalho pretende, é preciso analisar o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (UNITED NATION, 2000), mais conhecido como Protocolo de Palermo. Instrumento que, em razão de sua importância na tratativa do tema em âmbito internacional, acabou por refletir diretamente na formulação de leis e políticas públicas brasileiras.

No final dos anos 90, a questão da mobilidade humana passou a figurar na agenda governamental de diversos países como consequência do aumento dos fluxos migratórios, principalmente em direção aos países desenvolvidos do hemisfério norte. Nesse contexto, a Organização das Nações Unidas (ONU), propôs a realização da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, visando tratar de três tópicos específicos, por meio de protocolos adicionais, quais sejam: tráfico de pessoas, tráfico ilícito de migrantes e a fabricação e uso ilícito de armas de fogo (DIAS, 2015).

Portanto, no ano de 2000, foi realizada a mencionada convenção internacional, resultando na geração de três protocolos adicionais que contaram com uma rápida e massiva adesão e ratificação dos países membros da ONU. Uma crítica tecida por Guilherme Mansur Dias dispôs que, dentro de uma discussão internacional que tinha uma perspectiva criminal - conforme a própria denominação dada à convenção - voltada ao combate do crime internacional, foram tratados de temas relativos à mobilidade humana que deveriam ter um enfoque de direitos humanos, especialmente falando dos protocolos adicionais referentes ao tráfico de pessoas e ao contrabando de migrantes. Nas palavras do autor:

Em um ambiente afeto à discussão de questões criminais, tais temas foram particularmente pinçados e eleitos como prioritários nas discussões de cooperação internacional em matéria criminal, mesmo que não estivesse no radar das discussões criminais das décadas anteriores. Curiosamente, dois

deles lidavam diretamente com a questão da mobilidade humana (DIAS, 2015, p. 219).

Em decorrência do recorte temático dado nessa pesquisa, apenas será tratado aqui o Protocolo de Palermo, que dispões sobre questões relativas ao tráfico de pessoas, não cabendo análise aprofundada dos demais protocolos adicionais.

Dessa forma, surgiu o mencionado instrumento internacional, que apesar de criado em 2000, entrou em vigor apenas no ano de 2003, quanto atingiu o número mínimo de quarenta ratificações. A importância desse instrumento veio no sentido de trazer uma definição consensual sobre o tráfico de pessoas, unificando internacionalmente e possibilitando a convergência de abordagens dos países, principalmente no que tange às definições dos tipos penais. Assim, prezou-se pela formação de uma cooperação internacional sólida mais efetiva no seu combate.

Sobre o mencionado autor, Guilherme Dias (2015), esse, por meio da leitura das atas de negociações e de entrevistas com agentes que participaram diretamente da Convenção da ONU, analisou como se deu as discussões em torno dos protocolos adicionais originados do que ele chamou de “Convenção do Crime”, cabendo aqui fazer menção ao Protocolo de Palermo.

O autor destaca que durante a negociação houve um patente desequilíbrio entre as discussões voltadas para as medidas de proteção e assistência às vítimas de tráfico, e as questões relativas aos mecanismos de repressão, perseguição e punição de criminosos. No Protocolo de Palermo, o art. 6º é o único que efetivamente traz disposições voltadas às vítimas. Além disso, ao acompanhar as negociações, Dias coloca que o surgimento da preocupação em relação às vítimas apenas se deu como forma de solucionar o problema da falta de denúncias, geralmente ocasionadas por medo ou vergonha, assim buscou-se mecanismos para dar segurança a elas. O que se percebe de modo claro é que a preocupação central está no combate ao crime organizado, com pouco espaço para avaliação dos direitos humanos daqueles que sofreram em razão desse delito.

Diversos autores defendem que o contexto da disseminação dos regimes antitráfico globalmente tinha, na verdade, o objetivo de estimular ações de repressão da migração e combate à prostituição, inclusive nos países em que tal profissão não é ilegal, reforçando

estereótipos preconceituosos. O que é evidenciado pela escassa proteção às pessoas vítimas desse crime, que não são colocadas no centro do problema (PISCITELLI, 2016).

Para Kamala Kempadoo (2005), as disposições desse instrumento não buscavam a efetiva garantia da liberdade de ir e vir dos indivíduos internacionalmente, seu real objetivo era a consagração da supremacia dos Estados nacionais no controle do fluxo de migrantes em suas fronteiras. Dessa maneira, mesmo com as medidas de proteção das pessoas traficadas determinadas pelo Protocolo, por diversas vezes, essas mesmas disposições resultavam em um tratamento da pessoa traficada como imigrante legal que deve ser deportada.

A autora ainda ressalta que essas mesmas vítimas são expulsas de forma violenta do país em que foram “resgatadas”, sendo que tal ato é revestido pela legalidade do instituto da repatriação. De tal modo, após permanecerem apenas pelo período necessário para realização do processo criminal contra os traficantes, esses indivíduos são devolvidos a seus países como imigrantes sem documentos, sofrendo sob o estereótipo da pessoa “vítima” e “deportada” (KEMPADOO, 2005).

De qualquer modo, o Protocolo de Palermo foi extremamente importante quando trouxe uma definição de tráfico de pessoas com validade internacional, esse conceito veio em seu art. 3º, “a”, que abarcou em si todas as fases do que foi considerado então como tráfico de pessoas, dispondo sobre as condutas a serem realizadas, os meios utilizados e as finalidades visadas:

"Trafficking in persons" shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs; (UNITED NATIONS, 2000)

Esse conceito abarcou em si todas as fases do que foi considerado então como tráfico de pessoas, dispondo sobre as condutas a serem realizadas, os meios utilizados e as finalidades visadas. Portanto, os núcleos penais referentes ao tipo tratam do recrutamento, transportação,

transferência, alojamento ou acolhimentos de indivíduos, por meio do uso da ameaça ou outras formas de coação fraudulentas, como a finalidade de explorá-los, por exemplo, por meio de trabalho forçado ou exploração sexual.

Positivamente, com o advento desse conceito consensual internacional, temas antes ignorados passam a ser objeto de atenção legislativa e de políticas públicas, como o casamento forçado e a remoção de órgãos. Além disso, se diferenciou dos documentos existentes até então por trazer em si a utilização da fraude ou da coerção no processo de deslocamento do migrante para que este seja explorado. No entanto, a aplicação do Protocolo ainda encontra-se limitado em razão de tensões entre o instrumento e as leis nacionais dos países que o ratificaram.

1.2 *Lobbies feministas e polêmicas conceituais*

Nas primeiras décadas do séc. XX houve uma preocupação em torno do tráfico internacional de mulheres, sendo objeto de convenções internacionais e outros movimentos contra o que era chamado de “tráfico de escravas brancas”. Em seguida, até a década de 1940, o cuidado se voltou para a proteção das migrantes, principalmente europeias e estadunidenses, de serem forçadas a se prostituírem no exterior (PISCITELLI, 2010).

Adriana Piscitelli (2010) observou que a noção de tráfico, até então, estava diretamente associada à prostituição, e a atenção internacional estava voltada para o tema da migração internacional de mulheres. Nesse contexto surgiram duas correntes feministas antagônicas no que tange ao tema da prostituição e sua relação com o tráfico de pessoas. Ambas as correntes, apesar de terem o bem-estar das mulheres como interesse principal, se dividiram no que tange ao apoio ou distanciamento de organizações de apoio às trabalhadoras do sexo.

Primeiramente, destaca-se a corrente neoabolicionista, esse movimento defende que a prostituição é, de toda e qualquer forma, degradante para as mulheres e violadora de direitos humanos ao reduzi-las a objetos comercializáveis. Tal corrente não faz diferenciação entre a prostituição forçada e aquela realizada por livre escolha. Dessa forma, defendem que a prostituição é promotora do tráfico de pessoas, além de lutar contra sua aceitação legal e a tolerância em relação à indústria do sexo. Ainda, considera que as medidas contra a prostituição são medidas antitráfico, e vice-versa (PISCITELLI, 2010).

Uma importante organização não governamental (ONG) que atuou no *lobby* da elaboração do Protocolo de Palermo e segue a corrente abolicionista até os dias atuais é a Coalizão contra o Tráfico de Mulheres (*Coalition against Trafficking in Women – CATW*) que tem como objetivo de projetos e campanhas acabar com a demanda do sexo comercial, além da redefinição de leis voltadas à prostituição, visando que essas a reconheçam como uma forma de violência contra a mulher e uma violação de direitos humanos (CATW, [2018]).

Tal ONG foi criada a partir da preocupação, em especial de americanas, britânicas e australianas, sobre a questão das mulheres no comércio sexual, sendo entendida como “escravidão sexual feminina”. Desse modo, inspiradas pelo movimento feminista contra a escravidão branca do Séc. XIX, a CATW busca a erradicação do que considera ser a expressão essencial do patriarcado, a prostituição (KEMPADOO, 2016).

A corrente feminista oposta vê a prostituição como uma forma de trabalho, realizando uma diferenciação nítida entre a prostituição voluntária de adultos e a prostituição forçada e a infantil. Desse modo, defendem a ideia de que o tráfico não deve ser vinculado automaticamente à indústria do sexo, mas que aquele é favorecido pela falta de proteção das trabalhadoras sexuais. Piscitelli (2010) critica a dupla ilegalidade da migração e do trabalho sexual como principais obstáculos para aqueles indivíduos que buscam se inserir no mercado do sexo no exterior. Além disso, não se deve entender a prostituição como um sinônimo de exploração, pois a exploração em si é uma possibilidade aberta pelas características do mercado de trabalho, dentro de um contexto do capitalismo, assim, o trabalho sexual – como qualquer outra forma de trabalho – pode ser objeto de exploração.

Aqui se destaca a Aliança Global contra o Tráfico de Mulheres (*Global Alliance against Traffic in Women – GAATW*), uma rede que conta com mais de 80 ONGs, possuindo como objetivo central a promoção e defesa dos direitos humanos de todos os migrantes e suas famílias, principalmente no que tange sua inserção no mercado de trabalho, como no caso do mercado sexual, evitando sua submissão a condições degradantes e sub-humanas (GAATW, [2018]).

Sua atuação se dá desde os anos 90, quando começou a ver criticamente a presença de mulheres na prostituição, principalmente no Sudeste Asiático e na Europa Ocidental, buscando

melhor compreensão dessas mulheres em um trabalho marcado pelo gênero e pela migração (KEMPADOO, 2016).

Kamala Kempadoo (2016) ainda traz outra campanha que domina o debate no âmbito do tráfico de pessoas, sendo o que ela chama de “humanitarismo das celebridades”, onde caridades de estrelas do entretenimento, bilionários e de outros esforços filantropos adotaram o tráfico de seres humanos e o trabalho escravo contemporâneo como questões sociais a serem denunciadas. Para a autora, o enfoque principal dessa campanha é o resgate de mulheres, particularmente jovens e crianças menores de idade. No entanto, observou-se que essas campanhas, vastamente transmitidas na mídia, na verdade resultam em ideologias mais fortes contra a prostituição, inclusive infantilizando o que se chama de “indústria do resgate”.

Como resultado do embate entre as correntes mencionadas anteriormente e seus *lobbies* durante a elaboração do Protocolo de Palermo, neste foram inseridas expressões ambíguas no texto legal. Piscitelli (2010) defende que tal instrumento internacional adota uma aparente posição de neutralidade face à prostituição em razão do uso de termos imprecisos para caracterização dos casos concretos de tráfico de pessoas, tais como: “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual”; “outras formas de coerção”; “abuso de poder ou se uma posição de vulnerabilidade”.

Quanto se trata de outras formas de exploração que não a sexual, se tem maior facilidade de observar os contornos de sua definição, como no caso de trabalho forçado, escravatura ou servidão. Entretanto, a expressão “exploração sexual” não possui um conceito consensual como já explorado.

Primeiramente, no que tange a expressão “abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade”, Piscitelli (2010) preocupa-se com a divisão estereotipada entre as pessoas, principalmente mulheres, de regiões pobres, que são tidas como ignorantes, necessitando de conselhos e ajuda, e, desse modo, se migrarem para outro país visando oferecer serviços sexuais, acabam tidas como vítimas de abuso de poder ou se uma posição de vulnerabilidade. Por outro lado, não se tem tal estereótipo quando se trata de mulheres de regiões ricas, que são concebidas como aquelas em controle de seus rendimentos, corpo e sexualidade, e, portanto, são emancipadas e independentes. Tal ambiguidade resulta em um entrave no processo de identificação das vítimas.

Nos aeroportos europeus essa crítica é mais evidente, pois é recorrente a narrativa de situações vividas por brasileiras, turistas e migrantes onde, sob a retórica do tráfico, entendido como prostituição, nega-se o ingresso dessas pessoas no país. No entanto, essas pessoas não admitidas passam por situações humilhantes e restritivas, inclusive marcada pelo gênero. Além disso, os maus-tratos a qual esses indivíduos são submetidos não constituem crimes nem são reconhecidos como violência pelos países que os realizam (PISCITELLI, 2010).

Por outro lado, ainda há outro tipo de violência às quais migrantes irregulares trabalhadoras sexuais são expostas, que ocorre nos procedimentos que, alegadamente, visam combater o tráfico de pessoas. Tal ocorre na liberação das “vítimas” e, por conseguinte, a deportação dessas migrantes. Isso se dá, pois as detenções de estrangeiras com base na retórica do tráfico não se relaciona a consideração dessas como vítimas de um crime, mas sim ao fato de serem pessoas que violaram as leis migratórias do país. O que é efetivamente demonstrado pelo fato de que essas pessoas são encarceradas para serem posteriormente deportadas (PISCITELLI, 2010).

Ainda no que tange à ambiguidade das expressões, quando se fala em tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, a partir de estrita leitura do Protocolo de Palermo, observa-se uma posição de aparente neutralidade. Isso ocorre em razão da falta de precisão da expressão “exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual” (PISCITELLI, 2008).

Portanto, quando se fala em “exploração sexual”, conforme as correntes feministas supramencionadas, essa expressão não é vista de modo consensual. No que tange a linha abolicionista, esta afirma que a exploração sexual abarca toda e qualquer modalidade de prostituição. Por outro lado, a linha feminista oposta diferencia os casos de mulheres adultas que estabelecem contratos consensuais e trabalham de maneira autônoma, não sendo abarcadas pelo conceito de exploração sexual. Como já foi melhor explanado anteriormente nesse subtópico.

Dessa maneira, percebe-se que para a caracterização do tráfico com fins de exploração sexual, há necessidade de um terceiro elemento, qual seja: o explorador. No entanto, em razão das lacunas deixadas pelo tratado, as medidas repressivas mudam de forma drástica dependendo do Estado. Isso ocorre porque, no caso de uma mulher, maior de idade, que decide por iniciativa

própria trabalhar legalmente como prostituta em um país onde tal profissão é regulamentada, a depender da política antitráfico adotada pelo país, essa mulher pode sofrer injusta repreensão pelo governo ao tentar adentrar suas fronteiras. Claro que tal não ocorreria no caso de uma menina menor de idade que é raptada e prostituída contra sua vontade, pois o crime resta claro nessa situação (BLANCHETTE & SILVA, 2010).

O Protocolo deixou de cessar com a histórica vinculação entre as medidas antitráfico e seu uso contra as trabalhadoras do sexo, ao invés de direcioná-las aos traficantes. Dessa forma, ao não deixar clara a diferença entre as trabalhadoras sexuais e as vítimas de tráfico submetidas à exploração sexual, surgiram diversas polêmicas em torno da noção de consentimento. Dias (2015) corrobora o entendimento trazido de que, o fato das expressões “exploração da prostituição de outrem” e “exploração sexual” não possuem nenhuma definição legal internacional, sendo articuladas de forma confusa e ambígua, o protocolo acaba por assumir uma posição de neutralidade em torno da prostituição. Portanto, o que prevalece são os interesses e determinações escolhidas pelos os Estados que o ratificam.

Por fim, no que tange o atual estágio global das campanhas de combate ao tráfico de seres humanos, Kamala Kempadoo (2016) observa que existe certo padrão. Em geral, tais campanhas são inspiradas e financiadas por países desenvolvidos, nas quais figuram homens e mulheres brancos, além disso, colocam o Sul e Leste do planeta - a área “em desenvolvimento” - dentro do que a autora chama de “uma série de fantasias ocidentais”. Ainda, a indústria do resgate é legitimada como altruísta e humanitária, quando, por diversas vezes, reproduz um conhecimento racial de vítimas desesperadas, empobrecidas e incapazes de atender às próprias necessidades, enquanto do outro lado há um sujeito branco benevolente, civilizado, que tem em suas mãos a tarefa de intervir nas áreas pobres do mundo.

Nessas campanhas, aqueles que não são brancos nem ocidentais ocupam posição de indivíduos que necessitam de ajuda ou educação, que devem ser salvos de si mesmo e de sua cultura. Desse modo, a questão central do tráfico de pessoas, especialmente para fins sexuais, está diretamente relacionada, nas campanhas, com a questão da desigualdade econômica, em que os desfavorecidos, marcados pela pobreza, pelo gênero e pela idade, são os mais vulneráveis à violência e a coerção na migração e no trabalho.

No entanto, o foco central do problema é distorcido, para Kempadoo (2016), o capitalismo é visto apenas como o contexto econômico no qual o tráfico de humanos ocorre, sendo que todos aqueles que se desviam da ordem global e da política econômica ocidental devem sofrer intervenção para que sejam ajustados aos padrões e valores dominantes. Por consequência, há a criação de cada vez mais leis, com a criminalização de maiores áreas da vida humana, além de maior policiamento e vigilância, mais ações penais e encarceramentos.

Entretanto, o que o capitalismo gera, na verdade, é uma segregação social e econômica sistêmica entre aqueles que possuem e os que não possuem, sendo esses últimos os excluídos. Para efetivo combate a esse crime, há a urgência, não de correntes criando embates entre si, mas de campanhas que criticam a política econômica global, debates politizados que deixem de focar apenas nos aspectos violentos.

Desse modo, diversos autores corroboram o entendimento de que o Protocolo de Palermo possui uma aparente tensão no que tange o combate ao crime e a questão da migração irregular e proteção às vítimas. Contudo, o que se observa é que esse instrumento internacional é predominantemente repressivo, orientado por interesses de securitização das políticas dos Estados.

2 BRASIL

O Brasil, país membro da Organização das Nações Unidas (ONU), é signatário do Protocolo de Palermo desde março de 2004 (BRASIL, 2004), se vinculando às disposições ali presentes, principalmente no que se refere à definição de condutas que tipifica o tráfico de pessoas. Tal instrumento, oficialmente conhecido como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”, apesar de enfatizar a proteção às mulheres, se descuida ao adotar em seu texto legal expressões imprecisas, gerando graves consequências em sua aplicação prática, conforme mencionado no tópico anterior.

No âmbito brasileiro, a primeira pesquisa nacional voltada ao tráfico de pessoas foi realizada em 2002, a Pesquisa sobre o Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil (PESTRAF), que apesar de todos os defeitos

metodológicos, foi divulgada com o objetivo político de trazer o tema para a agenda governamental e dar atenção ao debate público. Assim, houve um mapeamento do tráfico para fins sexuais no país, trazendo as rotas nacionais e internacionais, e algumas estatísticas (LEAL; LEAL, 2002).

Em 2006, o Brasil iniciou a elaboração da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Piscitelli (2010) observou que os temas do tráfico e da prostituição não estavam vinculados ao movimento feminista brasileiro, pois, na época, as preocupações deste era voltadas aos direitos reprodutivos e a violência contra a mulher. Além disso, em consulta prévia à formulação da mencionada Política Nacional, o movimento antitráfico ignorou as associações de prostitutas. Esse contexto levou a um entendimento da noção de tráfico de pessoas também como forma de combate à prostituição.

Somente depois as ONGs e redes feministas voltaram o seu foco a esse tema, traçando vinculações entre o turismo sexual, migração e tráfico de pessoas no contexto brasileiro. Inicialmente, a autora coloca que a posição do movimento feminista brasileiro tendia a se opor à legalização da prostituição e sua consideração como trabalho (PISCITELLI, 2010). No entanto, paradoxalmente a prostituição está na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO) desde 2002 que dispõe que essas profissionais “buscam programas sexuais; atendem e acompanham clientes; participam em ações educativas no campo da sexualidade”, e que, além disso, “as atividades são exercidas seguindo normas e procedimentos que minimizam a vulnerabilidade da profissão” (MTE, [2018]).

Apesar de estar na CBO, o Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) traz algumas disposições que são um entrave àqueles que buscam o exercício da prostituição, como os crimes de favorecimento de prostituição, a manutenção de casa de prostituição ou, ainda, o rufianismo (arts. 228 a 230), que atingem diretamente os indivíduos que possuem relações indiretas com as prostitutas, seja facilitando a entrada no mercado do sexo, mantendo estabelecimento em que ocorra a prostituição, sendo sustentado economicamente por que se prostitui, como no caso de familiares, entre outros.

Outro ponto extremamente importante foi discrepância que existiu por muito tempo entre a formulação do Protocolo de Palermo e a definição penal de tráfico de pessoas que, apesar do Brasil ter ratificado o instrumento internacional em 2004, apenas em 2016 a lei penal foi

alterada, ou seja, com doze anos de atraso. No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, a anterior definição de tráfico de pessoas presente no Código Penal (BRASIL, 1940) - nos revogados arts. 231 e 231-A - dispunha que qualquer assistência ao movimento internacional de prostitutas configurava tráfico de pessoas internacional, além de tratar como traficada, qualquer prostituta em movimento dentro de território nacional. O que acabava por formar uma rede infinita de tráfico, pois o termo “facilitar” abrangia o fornecimento de dinheiro, papéis, passaporte, inclusive ajuda de familiares e amigos, e etc.

Tais dispositivos não faziam qualquer valoração acerca da violação dos direitos humanos das prostitutas, além de estarem em desacordo com a ampla definição de tráfico de pessoas preconizado pelo Protocolo de Palermo. Ainda, tal contradição prejudicava o exercício das profissionais do sexo em ganhar seu sustento (BLANCHETTE & SILVA, 2010). Outra questão relevante é o fato de que o consentimento livre do indivíduo não era levando em conta para caracterização do crime, o que na prática significava que a migração de qualquer forma para trabalhar no mercado sexual dentro do território ou no exterior era entendida como tráfico de pessoas.

Tais questões desorientavam os estudos brasileiros acerca do tráfico de pessoas que, ao invés de tratar as reais vítimas de tráfico de mulheres no conceito no Protocolo de Palermo, tinham como suficiente a movimentação nacional ou internacional de uma prostituta para a configuração do delito, sem se preocupar se realmente há exploração sexual de outrem ou violação dos direitos humanos. Os autores Blanchette e Silva (2010) defendem que as políticas calcadas nessa suposição apenas traziam uma sensação de pânico moral na população.

Esses mesmos autores ainda observaram que o Brasil possui algumas narrativas hegemônicas, baseadas em pressuposições sobre classe, cor e gênero, que estão presentes nos discursos dos agentes públicos envolvidos na elaboração da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Nas suas palavras, tais discursos possuem “uma clara tendência a favor do saneamento da reputação internacional da nação em detrimento da proteção dos direitos humanos das cidadãs mais pobres – particularmente no direito de ir e vir livremente”.

No Brasil, esse discurso é demonstrado por meio de narrativas em que brasileiras inocentes, frequentemente apresentadas como pobres e de pele morena ou negra, são vítimas de propostas enganadoras realizadas por estrangeiros economicamente bem sucedidos. A elas

são oferecidas oportunidades de emprego ou promessas de fama no exterior, contudo, ao chegarem ao destino são obrigadas a se prostituírem. Tal discurso está permeado em mitos e estereótipos, usando de apelos sensacionalistas e confusões conceituais (KEMPADOO, 2005).

No período imediatamente anterior a aprovação da lei que alterou a definição penal de tráfico de pessoas, um estudo realizado pela Pagu, que abrangeu o período entre 2012 e 2015, demonstrou que o debate e as ações voltadas ao combate do tráfico de pessoas foram marcados pela reelaboração do interesse nas fronteiras nacionais, na gestão da circulação e trânsito entre países vizinhos, em especial na região amazônica, supostamente mais vulnerável em razão da ausência do Estado. Ainda, observou-se uma forte preocupação pela relação entre o turismo sexual e o tráfico de pessoas nos grandes eventos esportivos, como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016 (PISCITELLI, 2016).

Importante mencionar que nesse período houve articulação da mídia, por meio da novela *Salve Jorge* em 2013, que deu grande publicidade ao tráfico de pessoas em todo país, sendo inclusive associada ao aumento das denúncias. Além disso, destaca-se a Campanha do Coração Azul, patrocinada pela UNODC, e a participação das Igrejas, como a Igreja Católica que escolheu o tráfico de pessoas como tema da Campanha da Fraternidade de 2014, e a Rede Católica Grito pela Vida, com trabalhos de grupos evangélicos transnacionais em movimentos voltados ao tráfico de pessoas (PISCITELLI, 2016).

Finalmente, no ano de 2016 houve importante alteração no Código Penal, por meio da Lei 13.344 de 2016 (BRASIL, 2016), que versa sobre a prevenção e repressão ao tráfico de pessoas e medidas de atenção às vítimas. Assim, houve a já mencionada revogação dos arts. 231 e 231-A, e a inserção de um novo tipo penal mais amplo pelo art. 149-A, abarcando inúmeras finalidades ilícitas do tráfico de pessoas. De tal maneira, o Brasil finalmente cumpriu compromisso internacional assumido com a promulgação do Protocolo de Palermo ao adequar a definição penal do delito de tráfico de pessoas ao disposto no instrumento internacional, abandonando o disposto anteriormente de repressão apenas na forma de exploração sexual.

Primeiramente, cabe apontar o longo lapso temporal que o Brasil levou para que adequasse sua legislação, desde a promulgação do Protocolo de Palermo em 2004 até a supramencionada lei de 2016, estando a repressão do crime de tráfico de pessoas voltado inteiramente à exploração sexual, embasado pelas diversas críticas tecidas acima.

Por outro lado, nota-se inegável avanço na lei, pois os princípios consagrados versam principalmente sobre a dignidade da pessoa humana, com observância da não discriminação por qualquer motivo, além da assistência às vítimas. Além disso, ao dispor sobre suas diretrizes, há preocupação com a cooperação nacional e internacional, tanto em âmbito público quanto privado (GOMES; OBREGON, 2018). Ainda sob um aspecto positivo, a ampliação das interpretações de tráfico de pessoas para além da exploração sexual trouxe problemáticas, antes ignoradas, para a vigilância internacional, como o casamento forçado, a mendicância, retirada de órgãos, entre outros. E que, conseqüentemente, passaram a ser foco de proibições legais nos países.

Uma crítica realizada por Marcia Sprandel (2016) acerca desse conceito mais abrangente do tráfico de seres humanos é no sentido de que, no Brasil, o conceito de tráfico de pessoas agiu como um “guarda-chuva” que englobou conceitual e politicamente a agenda de causas históricas e reivindicações. Assim, os movimentos que lutam por causas específicas, como no caso dos migrantes e trabalhadores sexuais, acabam por ver uma perda de espaço de ativismo político. Outro exemplo, a pauta de erradicação do trabalho escravo contemporâneo, conforme tipo do art. 149, do Código Penal, além de uma pauta de direitos humanos, também é uma pauta de luta de trabalhadores por seus direitos fundamentais e por reformas agrária e urbana, que acabou incluído no tema do tráfico de humanos.

Além disso, há autores que criticam que o discurso do tráfico de pessoas acaba por alimentar diferentes tipos de violência, além de tratar de outros crimes sexuais que não entram no tipo de tráfico de pessoas, como o comércio sexual local. Por conseguinte, há um movimento de apropriação do tráfico de pessoas que acaba por gerar uma repressão do sexo comercial envolvendo pessoas adultas e conscientes, principalmente nos casos de prostituição (KEMPADOO; SPRANDEL, 2016).

Dessa maneira, coloca-se que o aumento da interpretação do tráfico de pessoas e de seu lugar nas políticas e mídias públicas acabou por intensificar ideologias contrárias à prostituição, aumentando a vigilância do comércio sexual e criando uma “indústria do resgate” que infantiliza mulheres e meninas. Além de promover a segregação de classes sociais baseadas em características raciais, ao invés de focarem na ideologia do capitalismo corporativo como causa do problema, principalmente do caso de mulheres com trajetória laboral sexualizada

(KEMPADOO, 2016). O que é notado pela insistência da vulnerabilidade que latino-americanas, principalmente brasileiras, estão sujeitas em países ricos.

Por fim, cabe apontar que, de acordo com estudos recentes, Kamala Kempadoo (2016) afirma que existem três campanhas principais que dominam o debate acerca do tráfico de pessoas: o feminismo abolicionista, a campanha moderna antitráfico e o humanitarismo das celebridades. Mais relevante para a presente pesquisa é o feminismo abolicionista já mencionado, que vem ganhando grande força, defendendo que, nas palavras da autora, “a prostituição é incondicionalmente e, sem exceções, definida como violência contra a mulher e um abuso dos direitos humanos”.

A partir de tais campanhas, é possível notar que elas resultam em ideologias fortes contra a prostituição, além de infantilizar missões de resgate para salvar mulheres e crianças e gerar uma maior vigilância policial do comércio sexual, novas políticas e programas para prender traficantes e, principalmente, um maior controle das fronteiras para prevenir a entrada de estrangeiros nos países mais ricos, um maior número de detenções e deportações dos migrantes ilegais. Tais medidas se mostram especialmente danosas aos trabalhadores do sexo, migrantes e refugiados (KEMPADOO, 2016).

O que se pode concluir até então, é que apesar de ser inegável a existência da escravidão sexual de brasileiras no exterior e nacionalmente, o que ocorre na realidade é uma predominância de indivíduos que foram, por livre e espontânea vontade, trabalhar no mercado do sexo em situações que eram tipificadas anteriormente como crime no Código Penal, acabando por ser considerado como tráfico de pessoas.

Além disso, conclui-se que a violação de direito humanos que sofrem essas pessoas, são fruto de sua situação como imigrantes ilegais e das repressões das forças policiais em razão de fazerem parte do mercado sexual. O que se espera, com a nova tipificação do crime de tráfico de pessoas, trazida pela Lei 13.344 de 2016 (BRASIL, 2016) é que haja uma abordagem diferente frente a esses problemas. Entretanto, os discursos feministas ainda apontam para tais violações, defendendo que a principal causa é o distanciamento entre os formuladores de políticas de combate ao tráfico de pessoas e os beneficiários de tais políticas, independentemente do que a lei penal dispõe.

CONCLUSÃO

A partir do trabalho acima apresentado, buscou-se trazer para a discussão atual uma abordagem de gênero frente à temática do crime de tráfico de pessoas, para que se tenha uma visão crítica principalmente sobre sua definição penal, seja nacional ou internacional, e suas repercussões para as mulheres, principalmente migrantes e prostitutas.

O que se percebe é que a maioria dos países, principalmente os desenvolvidos, tem um maior enfoque no controle do crime transnacional, em se tratando de tráfico de pessoas, sua tratativa está diretamente relacionada à violação das leis de migração. Dessa maneira, essas nações se utilizam da retórica dos direitos humanos para justificar a securitização de suas políticas migratórias, com um maior controle de fronteiras. Isso se dá principalmente no que tange à migração de prostitutas, ou mesmo de mulheres que, em razão do estereótipo dado por ter origem em um país em desenvolvimento ou não ocidental, acaba por ser barrada em aeroportos internacionais.

No Brasil, mesmo com o advento da alteração do Código Penal, por meio da Lei 13.344 de 2016, mas principalmente antes dela, a atuação no combate ao tráfico de seres humanos se mostrou como uma forma de combater a prostituição não forçada seja dentro do Brasil ou pela migração a outros países, envolvendo no contexto de crime organizado.

A maior crítica de pesquisadores após o Brasil ter adequado sua legislação ao Protocolo de Palermo, foi que o conceito mais abrangente acaba por englobar lutas individuais, como a das profissionais do sexo e migrantes que foi disposto nessa pesquisa, tratando tudo sob uma perspectiva. Isso somado ao fato de que associações das prostitutas não são consultadas quando da formulação de leis e políticas públicas que a elas dizem respeito, além do forte discurso feminista abolicionista, que vê como violação de direitos humanos qualquer forma de prostituição, mesmo realizada de forma consciente por pessoa maior de idade.

O que se observa é que a “vítima”, não ocidental, migrante, trabalhadora sexual se torna um campo de batalha entre posicionamentos feministas de diferentes correntes, além de perspectivas que supostamente são humanitárias. No entanto, elas são representadas e se fala por elas, mas raramente são posicionadas como autoridade sobre o tráfico humano ou como vozes com direito próprio.

Essa contínua insistência pela existência de vulnerabilidades pré-concebidas de latino-americanas, incluindo brasileiras, em países mais ricos, contribui para que essas mulheres, quando envolvidas em trabalho sexuais, sejam consideradas vítimas de tráfico de pessoas, sem qualquer valorização de seus direitos humanos, acabando deportadas como migrantes irregulares após serem “resgatadas”.

Urge-se, não por campanhas de caráter repressivo frente às organizações criminosas, mas sim por discursos que deem voz aos indivíduos que são objeto das leis e políticas públicas, levando em conta a realidade econômico-social, sem pré-julgamentos e sem se levar por estereótipos midiáticos. Precisa-se de discursos mais políticos, integrativos, sociais e menos repressivos.

REFERÊNCIAS

AUGUSTIN, Laura Maria. **Sex at the Margins: Migration, Labour, Markets and the Rescue Industry**. London: Zed Books, 2007.

BLANCHETTE, Thaddeus. G.; SILVA, Ana Paula. 2010a. Mulheres vulneráveis e meninas más. In: A. P. Ferreira et al. (orgs.), **A experiência migrante: entre deslocamentos e reconstruções**. Rio de Janeiro: Garamond. pp. 325-360.

_____. O MITO DE MARIA, UMA TRAFICADA EXEMPLAR: confrontando leituras mitológicas do tráfico com as experiências de migrantes brasileiros, trabalhadores do sexo. In: **REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 19, n. 37, pp. 79-105, 2011.

BRASIL. Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5017.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

_____. 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/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas; altera a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 out. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm#art16>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Brasília, DF, fev. 2007. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/documentos/cartilha_trafico_pessoas.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

CATW. **Our Work**. Projects and Campaings. New York, [2018]. Disponível em: <<http://www.catwinternational.org/ProjectsCampaings/Projects>>. Acesso em: 2 set. 2018.

DIAS, Guilherme Mansur. Notas sobre as negociações da “Convenção do crime” e dos Protocolos Adicionais sobre Tráfico de Pessoas e Contrabando de Migrantes. In: **REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana**, v. 23, n. 45, pp. 215-234, 2015.

GAATW. **Who we are**. Bangkok, [2018]. Disponível em: <<https://www.gaatw.org/about-us>>. Acesso em: 2 set. 2018.

GOMES, Sarah Suely Moraes; OBREGON, Marcelo Fernando Quiroga. A TRATATIVA DO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: avanços e retrocessos da alteração ao Código Penal brasileiro trazida pela Lei Nº 13.344/2016 à luz do Protocolo de Palermo. In: **Derecho y Cambio Social**. Perú, 2018. Disponível em: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista052/A_TRATATIVA_DO_CRIME_DE_TRAFICO_DE_PESSOAS.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2018.

KEMPADOO, Kamala. Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres. In: **Cadernos Pagu**, n. 25. Campinas: Unicamp, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/%0D/cpa/n25/26522.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____. Revitalizando o imperialismo: campanhas contemporâneas contra o tráfico sexual e a escravidão moderna. In: **Cadernos Pagu**, n. 47, Campinas: Unicamp, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332016000200405&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 19 jun. 2018.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima (org.). **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial – PESTRAF**: Relatório Nacional. Brasília: CECRIA, 2002. Disponível em: <http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Pestraf_2002.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

MTE. **Classificação Brasileira de Ocupações**. 519805 - Profissional do sexo. Brasília, [2018] Disponível em: <<http://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/519805-profissional-do-sexo>>. Acesso em: 5 ago. 2018.

PISCITELLI, Adriana. Economias sexuais, amor e tráfico de pessoas – novas questões conceituais. In: **Cadernos Pagu**, n. 47, Campinas: Unicamp, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8647258>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

_____. "Emigração e tráfico: um debate". In: A. P. Ferreira et al. (orgs.), **A experiência migrante: entre deslocamentos e reconstruções**. Rio de Janeiro: Garamond. pp. 361-382.

_____. **Entre as “máfias” e a “ajuda”**: a construção de conhecimento sobre tráfico de pessoas. **Cadernos Pagu**, n. 31. Campinas: Unicamp, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n31/n31a03>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

POZZEBOM, Elina Rodrigues. **Nova lei contra o tráfico de pessoas facilita punição e amplia proteção à vítima**. Brasília, dez. 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/13/novo-marco-legal-contr-o-trafico-de-pessoas-facilita-punicao-e-amplia-protecao-a-vitima>>. Acesso em: 23 out. 2017.

SPRANDEL, Marcia. Vou pra rua e bebo a tempestade: observações sobre os dissabores do guarda-chuva do tráfico de pessoas no Brasil. In: **Cadernos Pagu**, n. 47, Campinas: Unicamp, 2016. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332016000200403&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 4 jul. 2018.

UNITED NATIONS. **Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime**. New York, 2000. Disponível em: < <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolTraffickingInPersons.aspx>>. Acesso em: 2 jul. 2018.

**MÚTIPLAS FACETAS DO ENCARCERAMENTO FEMININO:
superencarceramento, abandono e maternidade**

*MULTIPLE FACETS OF THE FEMALE JAIL:
mass incarceration, abandonment and maternity.*

Taiguara Libano Soares e Souza

Doutor em Direito pela PUC-Rio (2015). Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio (2010). Professor do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF. Professor Adjunto de Criminologia e Direito Penal da UFF. Professor Titular de Direito Penal do IBMEC-RJ. Membro Associado do IBCCRIM e do CONPEDI. Diretor Executivo do Instituto de Defensores de Direitos Humanos. Advogado Criminalista no Rio de Janeiro.

taiguaralsouza@gmail.com

Betânia de Oliveira Almeida de Andrade

Mestranda em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós Graduação da Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Segurança Pública e Social pela Universidade Federal Fluminense. Graduanda em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais. E-mail:

betaniaalmeida@id.uff.br

Lukas dos Santos Costa

Bacharelado em Direito pelo IBMEC-RJ. Membro Associado do IBCCRIM.

lukasdssc2@hotmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a realidade do encarceramento feminino através de pesquisa sociojurídica, com base em indicadores obtidos de órgãos governamentais e instituições da sociedade civil, além de pesquisa bibliográfica, a partir de referencial teórico transdisciplinar, notadamente com contribuição da Criminologia Crítica, Sociologia Criminal e Direito Penal. A partir desta metodologia, busca-se analisar as especificidades da pena privativa de liberdade aplicada sobre mulheres, identificando as nuances que a distinguem do

encarceramento geral. A seletividade penal intrínseca a todo o sistema penal se apresenta no encarceramento feminino. Busca-se colocar em análise peculiaridades relevantes desta faceta do controle social punitivo institucionalizado, como o fenômeno do abandono, a maternidade e a gestação no cárcere. Revela-se assim uma dinâmica operativa do sistema penal no encarceramento de mulheres que se traduz em afronta a direitos e garantias fundamentais reconhecidos tanto na ordem jurídica pátria como em tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Palavras chaves: Superencarceramento; Encarceramento feminino; Seletividade penal; Maternidade; Cárcere.

Abstract: The objective of this article is to analyze data on female imprisonment through the analysis of data, together with the theoretical accumulation of reading and writing of the consecrated works of Critical Criminology, Criminal Sociology and Criminal Law. From this methodology, to distinguish the specificities of female incarceration that differ from the general incarceration. The characteristic criminal selectivity throughout the penal system also presents itself in female incarceration. However, abandonment is a facet of female incarceration that shows itself very incisively. Still in the analysis of female imprisonment, we also chose to address the situation of motherhood in the prison, the situation of incarcerated mothers, and their sons and daughters and the affront to basic principles in the formation of the Brazilian State of Law. The conclusion will be the demonstration of these data and the highlighting of the many facets that ground female imprisonment.

Key words: Mass Incarceration; Female Incarceration; Criminal selectivity, Motherhood; Prision.

Sumário: 1. Introdução 2. Aumento exponencial da população carcerária feminina 3.A seletividade penal verificada no encarceramento feminino 3.1. A seletividade penal entre mulheres 4.O abandono das mulheres privadas de liberdade 5.Maternidade e privação de

liberdade 5.1. O princípio da proteção integral 5.2. O princípio da intranscendência das penas
5.3. Mães privadas de liberdade 6. Conclusão

1. Introdução

Ao longo deste artigo trabalhamos a partir de múltiplas facetas que afetam as mulheres privadas de liberdade. Sinalizamos o aumento exponencial da população carcerária feminina, a seletividade penal verificada no encarceramento feminino e, por fim, como a pena de prisão consiste em uma pena restritiva aos direitos da mulher, mas também dos filhos que necessitam dos seus cuidados.

A metodologia incorpora a realização de pesquisa sociojurídica, com base em indicadores obtidos de órgãos governamentais e instituições da sociedade civil, além de pesquisa bibliográfica, a partir de referencial teórico transdisciplinar, notadamente com contribuição da Criminologia Crítica, Sociologia Criminal e Direito Penal.

Pretende-se compreender as características peculiares do encarceramento feminino, identificando as nuances que distinguem o encarceramento feminino do geral. Para tanto, partimos da hipótese de que a pena privativa de liberdade, no que tange as mulheres encarceradas, traz consigo outros componentes que não se revelam na privação de liberdade em relação a homens, tais como: abandono, maternidade, gestação e saúde.

Diante disto, a importância desta pesquisa se dá, principalmente, pela existência de pouca produção teórica sobre o referido tema, além de existir diversos elementos de dificuldade para obter essas informações, especialmente em razão da segregação espacial dos indivíduos compreendidos no objeto da pesquisa. Assim, este trabalho representa relevante contribuição para pesquisas que giram em torno da temática de gênero e privação de liberdade.

Damos início ao trabalho apresentando um panorama geral do sistema penitenciário e dados que apontam para um superencarceramento, oferecendo destaque ao aumento exponencial da população carcerária feminina. Um problema que se agrava pelo fato do sistema carcerário, de modo geral, ter sido pensado para homens e por homens, sendo ainda muito recente a legislação que propõe a construção de estabelecimentos prisionais que atendam às necessidades específicas da mulher encarcerada.

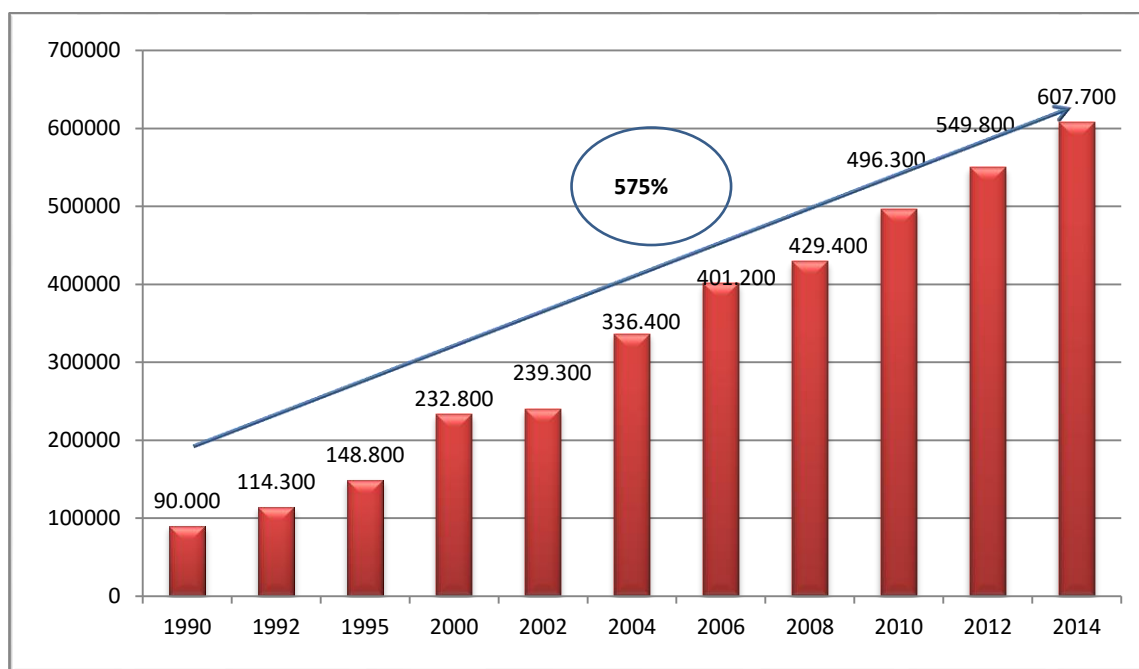
Do quantitativo geral de mulheres privadas de liberdade, verificamos a existência de um perfil que nos faz compreender a seletividade punitiva por traz do funcionamento do sistema penitenciário. Assim, sinalizamos a existência de uma repressão seletiva da criminalidade. Que se agrava pelo abandono destas mulheres privadas de liberdade. E, por fim, apresentamos como esta realidade afronta não somente a dignidade humana das mulheres presas, como também dos filhos que necessitam dos seus cuidados.

2. Aumento exponencial da população carcerária feminina

Segundo dados apresentados pelo *Institute for Criminal Policy Research*, entre 2000 e 2014 o número de mulheres presas aumentou em 50% ao redor do mundo, passando de 466.000 mulheres para o patamar mais recente de 700.000. Por contrapartida, a população de homens encarcerados aumentou 20% no mesmo período (para os países analisados pelo relatório). Com base nos dados apresentados pelo referido relatório, o Brasil ocupa a 4ª maior população carcerária no mundo, ficando atrás apenas da EUA, China e Rússia, com 607.731 pessoas encarceradas. Alcança a taxa de encarceramento de 300 para cada 100.000 habitantes.

. A partir da análise do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen)*, produzido em Junho de 2014, é possível verificar um cenário de encarceramento massivo no Brasil entre os anos de 1990 à 2014 com um aumento de 575% da população carcerária geral.

Figura 1 – Encarceramento Massivo no Brasil (1900 – 2014)



Fonte: Gráfico produzido pelos autores. DEPEN-Ministério da Justiça.

Dados do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen)* revelam que entre os anos de 2000 e 2014 houve um expressivo aumento da população carcerária feminina, esta cresceu 567,4%, chegando a 37.380 mulheres encarceradas. Por contrapartida, a média de crescimento da população carcerária masculina, no mesmo período de quinze anos, cresceu 220,20%, chegando ao total de 542.407 homens encarcerados.

Em que pese a expressiva participação de homens no contingente total de pessoas privadas de liberdade no país, é possível verificar um expressivo aumento da população carcerária feminina. A população absoluta de mulheres encarceradas no sistema penitenciário cresceu de modo que se em 2000 as mulheres representavam 3,2% da população prisional, em 2014 elas passaram a representar 6,4% do total encarcerado. Deste modo, enquanto a taxa total de aprisionamento geral aumentou 119% entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460% no período, saltando de 6,5 mulheres presas para cada 100 mil mulheres em 2000 para 36,4 mulheres em 2014.

Segundo indicadores do Infopen 2014, 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos. Se compararmos essa distribuição com a população brasileira total, notamos que os jovens representam apenas 21% da população do país. Assim, é possível compreender como são estas as jovens selecionadas como “*clientes reais*” do Direito Penalⁱ. Existe uma parcela que sofre controle específico por corresponder a parte da juventude considerada “*perigosa*”.

É possível interpretar o que Juarez Cirino dos Santosⁱⁱ nos apresenta sobre a criminalidade registrada indicar apenas a atividade do sistema de controle, como função de denúncia e perseguição penal, não representando a extensão real da criminalidade, integrada, também, pela criminalidade oculta, a chamada cifra negra da criminalidade. Afinal, o crime é um fenômeno social geral e a criminalidade é um fenômeno da minoria, há uma *seleção da minoria criminalizada*.

Sendo assim, sinalizamos o caráter repressivo das políticas públicas relacionadas a problemas sociais. O aumento exponencial da população carcerária feminina exemplifica como a pena de prisão é concebida como *panaceia a conflitividade social*, dando ensejo ao que a Criminologia Crítica denomina de “Era do Grande Encarceramento”ⁱⁱⁱ. É possível indagar as “razões subjacentes à pena de prisão, de modo a buscar compreender a insistência em um fracasso de dois séculos”^{iv}.

Levando em consideração o que propõe Loïc Wacquant^v, buscamos compreender como ocorre a gestão da miséria no Brasil. Destacamos uma crescente criminalização das consequências da miséria por parte do Estado, o que faz surgir o desenvolvimento da política de contenção repressiva das camadas mais pobres da população. A criminalização da miséria e o encarceramento maciço complementar levaram à insegurança gerada pelo advento do “menos Estado” econômico e social. A ordem do momento torna-se então pela “*guerra a pobreza*”, ou seja, “mais Estado penal”.

No referido contexto, a população pobre, que não está inserida no mercado de trabalho capitalista, deve ser esterilizada, um movimento higienista. A elite científica, convencida de sua “missão patriótica”, deveria promover o “saneamento moral” do país. A “degradação moral” estaria especialmente associada a pobreza e era concebida como uma epidemia que se deveria tentar evitar.

É possível compreender interações do modelo econômico-social com os sistemas de punição desde a gênese da prisão. É clara a conexão entre a punição e estrutura social. Neste sentido, George Rusche e Otto Kirchheimer^{vi} evidenciam como “o sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos”^{vii}.

3. A seletividade penal verificada no encarceramento feminino

Partindo da perspectiva da Criminologia Crítica, compreende-se seletividade penal como uma característica do sistema penal que consiste em empreender práticas punitivas eminentemente contra alvos preferenciais^{viii}. Ou seja, a quem está em condição de vulnerabilidade. Nesse sentido, a vulnerabilidade do sistema penal se espelha na vulnerabilidade social. Assim, ficam sujeitos ao sistema penal os mesmos sujeitos já discriminados e renegados na sociedade.

É possível observar a seletividade penal nas etapas de criminalização. É nelas, nas práticas legislativas, e no cotidiano das agências estatais de controle que serão selecionados os vulneráveis para o exercício do poder punitivo. Com o estudo da população carcerária brasileira, é possível demonstrar essa seletividade em outro foco de análise: o perfil dos selecionados para o ingresso no cárcere é de jovens negros com baixa escolaridade.

No que se refere a raça, fica em evidência a sobre representação de negros e pardos entre a população carcerária, ao passo que está é composta de 61,67% de negros e pardos frente a 53,63% da população brasileira geral. A pesquisa ainda aponta a sub-representação de brancos (37,22% e 45,48%) além de números quantitativamente minoritários tanto na população encarcerada quanto na população geral brasileira como amarelos (0,65% e 0,49%) e indígenas (0,13% e 0,40%).

Ao analisar os dados sobre grau de instrução fica demonstrado que quanto maior o grau de educação formal, menores são as chances de o indivíduo ingressar no cárcere. De modo que os encarcerados que possuem até o ensino fundamental completo (incluindo no grupo pessoas

analfabetas e alfabetizadas informalmente) representam 75,08%, enquanto os que tem o ensino médio incompleto até acima do ensino superior completo são 24,92%.

Quanto a faixa etária, demonstra que os grandes alvos do sistema penal são jovens entre 18 e 29 anos, sendo que esse grupo compõe 55,07% da população carcerária ao passo que representa somente 18,90% da população brasileira geral. Essa faixa é cindida em duas, e analisadas nos intervalos, 18 a 24 anos e 25 a 29 anos. O primeiro grupo é o mais presente na população carcerária, compondo 30,12% (enquanto na população brasileira essa faixa corresponde a 11,16%), o segundo grupo corresponde a 24,96% da população carcerária. Não é o segundo grupo que quantitativamente compõe o cárcere brasileiro, esse sendo o grupo de faixa etária de 35 anos ou mais. No entanto, pela grande diferença na população brasileira dos dois grupos, 7,74% contra 46,09% fica clara a sobre representação do grupo entre 25 e 29 anos e a sub-representação do grupo de 35 anos ou mais.

Ao analisar a seletividade penal a partir do enfoque dos tipos penais é possível fazer um recorte dos crimes que geram encarceramento. A princípio, a legislação penal prevê 1688 condutas criminosas, no entanto, não chega a 10 a quantidade de crimes que motivam a prisão dos que compõem o sistema criminal. A pesquisa desenvolvida pelo InfoPen demonstra que tráfico de drogas, roubo, furto, homicídio, crimes previstos no estatuto do desarmamento, receptação, latrocínio, quadrilha ou bando e violência doméstica são os crimes que compõe o sistema prisional. Contudo, nem essas 9 condutas estão distribuídas de forma equilibrada, sendo tráfico de drogas e roubo responsáveis por mais da metade dos presos no país (28% e 25% respectivamente, totalizando 53% da população encarcerada). Destacam-se ainda furto (13%) e homicídio (10%). Demonstrando que estes são as condutas selecionadas pelas agências de criminalização secundária para execução das penas previstas na legislação penal.

3.1. A seletividade penal entre mulheres

De forma clara, as mazelas estruturais do sistema penal se manifestam também no encarceramento feminino. Realidade que se agrava pelo fato do sistema carcerário ter sido pensado por homens e para homens, não atendendo as necessidades específicas da mulher

encarcerada, grupo com características tão particulares. Assim, a condição em que se encontram as mulheres privadas de liberdade é reconhecidamente de vulnerabilidade social.

Dados do InfoPen Mulheres de 2014 indicam que 50% das mulheres encarceradas no país possuem o Ensino Fundamental Incompleto. O fato de metade das mulheres encarceradas não possuírem o ensino fundamental completo indica qual é essa clientela habitual do sistema penal. Já, no que tange a faixa etária das mulheres que habitam o cárcere, a faixa entre 18 e 29 é a que se faz presente com maior incidência, compondo 50% das mulheres. Enquanto isso, na população brasileira, esse recorte compõe somente 21% da população.

Outro indicador da seletividade penal entre mulheres observado nessa pesquisa é o que aponta a etnia das mulheres encarceradas. No período analisado, 68% das mulheres presas eram negras, sendo assim, 2 a cada 3 mulheres presas no Brasil são negras. Enquanto essa proporção na população brasileira geral é de 51% segundo dados do IBGE.

Os tipos penais pelos quais essas mulheres respondem também são um grande indicativo da seletividade penal que lhes é acometida. Em um universo de mais de 1600 crimes previstos em nossa legislação, somente 4 crimes são responsáveis pela prisão de 92% das mulheres que se encontram no cárcere. Destaque para o crime de tráfico que apena a esmagadora maioria das mulheres, compondo 68% da população prisional feminina

Os dados demonstram a existência de um perfil preferencial, de um determinado grupo que compõe a clientela do direito penal. A seletividade, conforme preceitua Vera Andrade^{ix}, que consiste na função real e a lógica estrutural de funcionamento de justiça criminal, se reproduz de forma clara neste contexto. Afinal,

Nada simboliza melhor a seletividade do que a clientela da prisão ao nos revelar que a construção (instrumental e simbólica) da criminalidade – a criminalização – incide estigma e seletivamente sobre a pobreza e a exclusão social, majoritariamente masculina, e apenas residualmente (embora de forma crescente) feminina.

O sistema de justiça criminal funciona como um mecanismo de controle social informal. Assim, o controle dirigido às mulheres, enquanto operadoras de papéis femininos na esfera privada, representa o controle informal materializado na família^x. Isto explica o fato dos mais

pobres estarem em maioria, ou, totalidade, dentro do sistema carcerário. Pois, o sistema penal age de forma discriminatória e seletiva, reproduzindo as opressões contidas nas próprias relações sociais^{xi}.

4. O abandono das mulheres privadas de liberdade

A violência de gênero que se manifesta neste contexto de privação de liberdade é^{xii} uma das diversas formas de manutenção da dominação masculina em nossa sociedade. Esta se reproduz nas estruturas sociais objetivas e subjetivas. A partir da análise desta realidade compreende-se como o contexto de privação de liberdade da mulher representa mais uma forma de manifestação das relações de poder históricas entre homens e mulheres^{xiii}.

A violência como forma de manutenção do poder^{xiv} é percebida nesta realidade. A mulher criminosa deixa de ocupar o papel esperado para ela enquanto sujeito na sociedade, não se adequa a estrutura social (de uma sociedade predominantemente machista). Ao ocupar o papel desempenhado pela figura do criminoso, esta mulher é julgada não só pela prática de uma conduta criminosa, mas por desviar e quebrar a expectativa social. Assim, o cárcere exerce um trabalho preciso sobre o corpo, tendo em vista a expectativa de “tornar corpos dóceis”. Os corpos destas mulheres representam nada mais do que as populações dominadas.

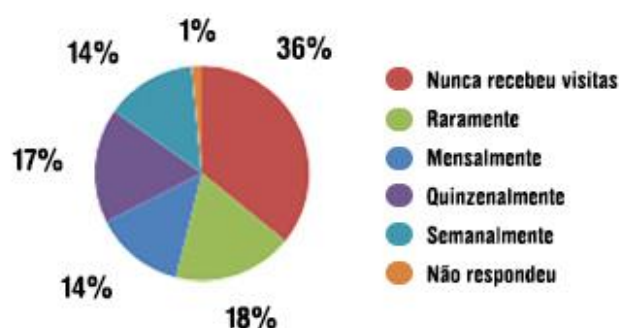
Deste modo, o poder punitivo opera sobre a mulher através de múltiplas facetas^{xv}. Ao delinquir a mulher não rompe apenas com a lei penal, mas principalmente com o papel social que lhe é imposto, e desta forma é duplamente punida e rechaçada. A mulher, ao se enquadrar na figura do criminoso, experimenta na prisão uma maior discriminação perante a sociedade. Uma das primeiras perguntas que recaem sobre a mulher é: “E seu filho? Você não pensou nisso antes de cometer o crime? ”. Além do julgamento moral, a mulher experimenta também uma solidão ainda maior pelo abandono familiar.

Assim, um fator relevante para o estudo sobre mulheres privadas de liberdade é o abandono destas no cárcere. Dados apresentados pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania demonstram que mais de 70% das mulheres mães declaram não receber visitas de seus filhos, o que ainda reforça a vulnerabilidade da família da pessoa em privação de liberdade. Da

frequência com que estas mulheres recebem visita, é possível destacar um significativo número de mulheres que nunca recebem visita, conforme é possível verificar na Figura 2.

Figura 2

Frequência com que recebe visitas



Fonte: Instituto Terra Trabalho (s.d.). Disponível em: <http://mulheresemprisao.org.br/quem/>, Acesso: 27/02/2018.

Diante desta realidade, cabe destacar que o exame pelo qual as pessoas que visitam as mulheres privadas de liberdade passam é algo rigoroso, até mesmo crianças e idosos passam por uma minuciosa revista. O referido procedimento consiste em uma revista vexatória.

No âmbito carcerário, os familiares e amigos que exercem o direito de visita acabam se expondo a um tratamento desonrante, na qual são submetidos a uma inspeção corporal degradante como o caso do exame de órgãos genitais, e também, no qual a pessoa é obrigada a agachar diversas vezes sobre um espelho, para saber se não possui armas (faca, revolver, etc.), celulares e drogas (maconha, crack, etc.). Essa vistoria acaba expondo a pessoa ao “ridículo”, tanto para o sexo feminino quanto para o masculino (entre os indivíduos estão crianças, adolescente, adultos, idosos, gestantes, entre outros) em que são obrigados a ficarem desnudos na frente de funcionários do Estado (agentes penitenciários).^{xvi}

O reduzido número de mulheres que recebem visita dos filhos tem uma clara relação com a situação extremamente vexatória pela qual as visitas passam. Isto causa profunda revolta

entre as internas e faz com estas não queiram que os filhos estejam no ambiente prisional. A Unidade Prisional consiste em ambiente de restrição de direitos, de redução da condição de dignidade da pessoa humana. Por esse motivo, é comum que elas se neguem a aceitar a presença dos filhos na Unidade Prisional. E, mesmo quando estas aceitam a presença deles, é comum (em caso de filhos menores de idade) que as pessoas responsáveis pela guarda das crianças se neguem a leva-las para visitação no ambiente prisional.

A referida conjuntura foi analisada por Lemgruber^{xvii} como transposição do estigma da mãe para o filho. Pois,

Se a mãe infringiu a lei suspeita-se que o filho possa ter o mesmo comportamento. Não parece haver muita preocupação ou respeito com a família da presa e a humilhação imposta transforma-se em dolorosa forma de punição adicional.

A transposição do estigma da mãe para o filho pode ser percebida também no tratamento dispensado às grávidas no sistema prisional. Pois, este impõe, por via reflexa, ofensa a princípios constitucionais no que tange a direitos e garantias fundamentais da mulher presa, bem como   integridade física e   vida do nascituro. A prática rotineira de aprisionamento da lactante e do recém-nascido, impõe ofensa à integridade física e   vida do infante, levando-se em consideração que as vidas já citadas são tuteladas de modo absolutamente prioritário e preponderante pelo sistema jurídico vigente. Deste modo, como se não bastassem os direitos fundamentais da mulher presa, vale ressaltar o princípio constitucional da intranscendência das penas (art. 5 , inciso XLV, CRFB/88) e o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5 , LVII, CRFB/88).

5. Maternidade e privação de liberdade

Há uma sobre representação do número de mulheres privadas de liberdade que são mães e, além disto, são compreendidas como as principais responsáveis pelo cuidado e sustento dos filhos fora do cárcere. Vemos assim que a satisfação do melhor interesse da crianç a, o respeito a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento é violado e, de forma clara, a pena aplicada a mulher mãe transcende seus efeitos aos filhos.

O princípio da intranscendência das penas, aliado ao princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, nos permite compreender como a pena de prisão para mulheres grávidas ou com filhos que necessite de seus cuidados consiste em uma pena restritiva aos direitos da mulher, mas também aos direitos deste filho. Diante deste cenário, por mais que a ordem processual penal ofereça medida menos gravosa à mãe com filho que necessite dos seus cuidados, verifica-se que não ocorre a aplicabilidade real do referido entendimento.

5.1. O princípio da proteção integral

“A Carta Constitucional de 1988 trouxe e coroou significativas mudanças em nosso ordenamento jurídico, estabelecendo novos paradigmas”^{xviii}. De um sistema normativo, garantidor do patrimônio do indivíduo, passamos para um novo modelo jurídico que tem em vista resguardar a dignidade da pessoa humana. No período de Processo Constituinte (1988) foram realizadas duas campanhas por agentes interessados em assegurar os direitos infanto-juvenis. Na década de 80, houve a insurgência de um grande debate sobre diversos aspectos referentes à proteção da infância e da adolescência, em que a orientação buscava subsídios nos documentos internacionais específicos no que se referem à proteção e promoção dos direitos humanos. A Constituição de 1988 condensou os preceitos fundamentais da Declaração Universal dos Direitos da Criança.

Notadamente, no que se refere aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, a Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959) traz em seu corpo o primeiro conjunto de valores da Doutrina da Proteção Integral, caracterizada por princípios fundamentais reconhecidos universalmente. As nações unidas, por conseguinte, proclamam que a criança tem direito a cuidados e assistência especiais. Por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990) reconhece a criança como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade.

Houve uma alteração do paradigma dado a infância e adolescência no Brasil, substituindo-se o tutelar/*menorista* pelo *garantista*. Portanto, ocorreu uma constitucionalização do Direito da Criança. Estamos diante de uma Etapa Garantista dos Direitos da Criança e do Adolescente e, como principal característica desta etapa, vemos o reconhecimento do menor de

idade como pessoa. “Portanto, sujeito de direitos e titular de uma capacidade progressiva para exerce-los”^{xxix}.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe consigo a determinação de “prioridade absoluta” para a infância e a adolescência por intermédio de uma norma constitucional. Neste sentido, estabelece-se uma primazia ou preferência para políticas públicas voltadas às crianças e adolescentes. Os princípios da prioridade absoluta e o respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento inspiraram a doutrina proteção integral à criança e ao adolescente.

O respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento é algo que deve ser levado em consideração neste contexto, uma vez que a condição atribuída à criança e ao adolescente é consequência de determinações de tratados internacionais como: a Declaração de Genebra de 1924 que já determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial; a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1948 que previa o direito a cuidados e assistência especiais; a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959; a Convenção Americana de Direitos Humanos que prevê a todas as crianças os direitos as medidas de proteção que a condição de menor requer; e, por fim, as Regras de Beijing que estabelece normas mínimas para a administração da Justiça da Infância e Juventude^{xx}. Com destaque especial, vale ressaltar a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança que é resultado de um esforço comum de vários países que buscaram definir direitos humanos comuns a todas as crianças e adolescentes, relacionados à característica específica de condição peculiar de pessoa em desenvolvimento^{xxi}.

A Convenção Internacional consagra os Direitos da Criança e traz como pressuposto a Doutrina Jurídica da Proteção Integral, ou seja,

[...] que os direitos inerentes a todas as crianças e adolescentes possuem características específicas devido à peculiar condição de pessoas em vias de desenvolvimento em que se encontram, e que as políticas básicas voltadas para a juventude devem agir de forma integrada entre a família, a sociedade e ao Estado^{xxii}.

5.2. O princípio da intranscendência das penas

O princípio da intranscendência das penas tem fundamento legal no art. 5º, LXV, da Constituição Federal de 1988 e art. 5º, item 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Este proíbe que pessoas vinculadas ao infrator de uma norma penal venham a ser penalizadas, de modo que a pena ultrapasse a pessoa do condenado. Assim, tal princípio consiste basicamente na impossibilidade de transpor ou estender os efeitos da pena para terceiros. Trata-se de um direito fundamental de 2ª Geração da Constituição Federal de 1988, de uma ordem contra o Estado de cunho negativo.

Levando-se em consideração o princípio da presunção de inocência e de que a pena só deveria ser aplicada ao sujeito após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, este princípio tem em vista a execução penal. Ou seja, quando uma pena é cominada ao indivíduo que praticou a conduta delituosa objeto do processo, e este deve cumpri-la na maneira determinada pela sentença que obedece aos limites da lei. No entanto, o que vemos é a aplicação da prisão provisória como uma verdadeira pena de processo, o que torna necessário a aplicação deste princípio no curso do processo de conhecimento.

Roig^{xxiii} sinaliza que uma visão mais realista do sistema penal entende que não existe intranscendência dos efeitos pais, posto que a pena criminal de algum modo sempre afeta terceiros (como filhos, familiares e amigos). Por esta razão, o autor nomeia tal princípio como *princípio da intranscendência mínima*. Mas, seja qual for a nomeação conferida, o referido princípio possui importante função limitadora^{xxiv}.

É possível apontar diversas violações ao princípio da intranscendência da pena quando verificamos o funcionamento do procedimento de visita no sistema penitenciário. O próprio ingresso de um terceiro em um ambiente de clara restrição de direitos (como é uma Unidade Prisional) afeta de forma clara o sujeito. Outro exemplo é o emprego da proibição ou restrição de visita como forma de sanção disciplinar (arts. 41, parágrafo único, e 53, III, da LEP), “isto porque não somente o preso possui o direito de receber seus visitantes (art. 41, X, da LEP) e receber assistência da família (art. 5º, LXII, da LEP), mas os próprios visitantes também têm o direito de estar com seus parentes e amigos presos”^{xxv}.

Neste contexto, é importante destacar que a Constituição de 1988 assegura especial proteção do estado à família (art. 226) e também deve ser entendida como elemento consagrador da transcendência penal a proibição, imposta a família e até aos pais presos, de visitar crianças que estejam em companhia de suas mães no cárcere^{xxvi}. Tal restrição afeta de forma o direito da criança a convivência familiar e comunitária (art. 227, da Constituição Federal), assim como causa prejuízo à preservação do vínculo familiar.

A adequação do direito penal ao princípio da intranscendência é aplicada quando for necessário admitir a suspensão da prisão de mães^{xxvii}, sempre que tal medida for imprescindível à satisfação do melhor interesse da criança^{xxviii}. Diante deste entendimento, a mulher gestante ou mãe com filho que necessite de seus cuidados não pode ser submetida ao cárcere (mesmo condenada). Pois, nesse caso, a pena está claramente ultrapassando a pessoa do condenado.

5.3. Mães privadas de liberdade

Por mais que a ordem processual penal ofereça medida menos gravosa à mãe privada de liberdade (tendo em vista atingir de maneira menos intensa a maternidade, o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, e o direito dos filhos à convivência familiar), os dados obtidos

No mesmo sentido, o marco legislativo da Lei nº. 13.257/16, Estatuto da Primeira Infância, com vistas a assegurar os direitos à maternidade e à convivência familiar entre a mãe e seus filhos menores de 12 anos (arts. 6º, 226 e 227, CRFB/88), alterou o Código de Processo Penal para prever a prisão domiciliar para mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Neste contexto, é necessário destacar que tal legislação leva em consideração as singularidades do encarceramento de mulheres e, especialmente, das consequências de um decreto prisional para todo o núcleo familiar, inclusive as crianças que o compõem.

Algumas mulheres sequer sabem o destino que tiveram seus filhos fora do cárcere. São muitos os relatos de mulheres que afirmam sequer ter tido chance de ser ouvida no processo que decidiu o destino da sua filha ou filho^{xxix}. Até mesmo quando estas mulheres comparecem a audiência que decide sobre a guarda da criança, elas se queixam de ter sido ouvida, mas de

não ter tido real oportunidade de se manifestar^{xxx}. Há casos extremos em que o juiz destituiu a guarda sem ouvir a mulher mãe encarcerada, que está presa sob o poder do mesmo Estado^{xxxii}.

Diante deste contexto, cabe destacar o uso excessivo da prisão provisória, ainda que (a partir de uma leitura do princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CRFB)) esta possa ser considerada medida excepcional na ordem jurídica brasileira. Do quantitativo geral de mulheres que responderam o questionário, a maioria afirma estar presa provisoriamente. Ou seja, presas durante o curso do processo, sem o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória^{xxxii}. Segundo os dados obtidos, 46% eram presas sentenciadas e 54% eram presas provisórias.

À luz da atual moldura constitucional, a aplicação antecipada de pena ofende, portanto, o devido processo legal e a garantia da presunção de inocência (art. 5º, inciso LIV e LVII, CRFB/88). Por esta razão, o legislador ordinário, no intuito de combater a cultura institucional de banalização das prisões cautelares no sistema de justiça brasileiro^{xxxiii}, buscou restringir a incidência da prisão preventiva, passando a prever pressupostos mais rígidos para sua decretação e, de outra banda, previu medidas cautelares alternativas à prisão (art. 310, II, *in fine*, e art. 318, CPP, com redação dada pela Lei nº. 12.403/2011).

O Artigo 318 do Código de Processo Penal^{xxxiv} deixa claro que a prisão preventiva poderá ser substituída por prisão domiciliar no caso de pessoa imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência, gestante, mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos ou homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Além disto, vale ressaltar que o Lei de Execuções Penais, em seu Artigo 117^{xxxv} admite o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante.

Vale ressaltar que mulheres grávidas se encontram em superposição de vulnerabilidades^{xxxvi} (gênero, privação de liberdade, situação de saúde, pobreza), o que resulta na necessidade de um reforço do dever estatal de proteção destes sujeitos. No entanto, o relatório temático do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro (2016) demonstra que a administração penitenciária, de modo geral, não destina qualquer

política específica de acolhimento às mulheres grávidas privadas de liberdade. Por consequência, é possível verificar uma série de episódios de horror relatados à equipe do Núcleo de Defesa de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, dentre estes, vale citar ao menos dois partos realizados no interior das celas da Penitenciária: o primeiro, realizado pelas próprias mulheres encarceradas, que acudiram a companheira de cela e tiveram de desenrolar o cordão umbilical do pescoço do recém-nascido; e o segundo, divulgado amplamente na mídia nacional^{xxxvii}, o de uma gestante que foi colocada na solitária e ali deu à luz, em total abandono, apesar dos gritos de socorro.

A medida de prisão domiciliar se alinha às Regras de Bangkok^{xxxviii} (Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas), que preconizam a primazia de penas não privativas de liberdade para as mulheres com filhos. Insere-se ainda na aplicação das cautelares processuais penais à acusada que ostente a condição de mãe o princípio constitucional da intranscendência das penas (CRFB/88, art. 5º, XLV), que impede que a pena (*mutatis mutandis*, a privação de liberdade) ultrapasse a pessoa do apenado. Afinal, estamos diante de uma realidade em que quando a mãe é privada de liberdade os filhos - de forma majoritária - ficam sob a guarda de um familiar. Deste modo, a medida cautelar diversa a prisão tem em vista proteger ao mesmo tempo: a persecução penal, a maternidade e o direito das crianças à convivência familiar.

Neste sentido, recentes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro substituem a prisão cautelar pela domiciliar quando verificada a situação de mulheres mães com filhos menores de 12 anos que necessite de seus cuidados.

0064285-07.2017.8.19.0000 - HABEAS CORPUS

Des(a). LUIZ ZVEITER - Julgamento: 28/11/2017 - PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE TEVE A PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA, PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, DELITO DESCRITO NO ARTIGO 33, DA LEI Nº. 11.343/2006. PLEITO DE CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR QUE MERECE PROSPERAR. PACIENTE FLAGRADA NA POSSE DE 33G (TRINTA E TRÊS GRAMAS) DE COCAÍNA DENTRO DA MOCHILA, TENDO ADMITIDO QUE IRIA ENTREGAR A DROGA PARA UM

INDIVÍDUO NA BARRA DA TIJUCA. CONTUDO, COM O ADVENTO DA LEI Nº. 13.257/2016, FOI INCLUÍDO O INCISO V, NO ARTIGO 318, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, PERMITINDO AO JUIZ A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR PELA DOMICILIAR, QUANDO O AGENTE FOR MULHER COM FILHO DE ATÉ 12 (DOZE) ANOS DE IDADE INCOMPLETOS. MAS, TAL CONDIÇÃO NÃO BASTA, POR SI SÓ, PARA A CONVERSÃO DA PRISÃO PREVENTIVA EM DOMICILIAR, DEVENDO SER ANALISADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME PRATICADO, A PERSONALIDADE DA PRESA E O ATENDIMENTO AO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR. NO CASO, A PACIENTE É PRIMÁRIA E SEM ANTECEDENTES, E POSSUI 05 (CINCO) FILHOS MENORES, O MAIS VELHO COM 07 (SETE) ANOS DE IDADE E PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS, DAÍ QUE PRESUMÍVEL A NECESSIDADE DOS CUIDADOS DA MÃE. ASSIM, NO CASO DOS AUTOS, PONDERANDO-SE OS INTERESSES ENVOLVIDOS, DE UM LADO O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO, E DO OUTRO, A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA, APRESENTA-SE ADEQUADA A SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA, PARA SUBSTITUIR A PRISÃO PREVENTIVA POR DOMICILIAR^{xxxix}.

Como se não bastasse os referidos dispositivos legais para que os direitos da mulher presa e do seu filho que necessita dos seus cuidados fossem garantidos, recente decisão do Superior Tribunal Federal vem assegurar os direitos que já foram estabelecidos por lei. No dia 20 de fevereiro de 2018 o Supremo Tribunal Federal (STF)^{xl} proferiu decisão afirmando que mulheres grávidas e com filhos menores de 12 anos ou com deficiência deverão ter a prisão preventiva substituída pela domiciliar terão direito a revogação da prisão cautelar por prisão domiciliar. Medida que representa uma importante ação combate ao uso excessivo da prisão provisória.

6. Conclusão

Em contraposto à escassa produção teórica sobre mulheres em privação de liberdade, sinalizamos uma realidade que marca o expressivo aumento da população carcerária feminina. Estamos, portanto, diante do que a Criminologia Crítica denomina de “Era do Grande Encarceramento”^{xli}. Dados do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias do*

Ministério da Justiça (Infopen) revelam que enquanto a taxa total de aprisionamento geral aumentou 119% entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento de mulheres aumentou 460% no mesmo período.

Neste sentido, cabe ressaltar que as mazelas estruturais do sistema penal se manifestam também no encarceramento feminino. Através da presente pesquisa foi possível verificar uma realidade sistêmica de abandono das mulheres privadas de liberdade que se manifesta por múltiplas facetas. Este fato é identificado na absoluta insuficiência de políticas públicas para atender às demandas da mulher encarcerada, com características tão particulares, bem como, no abandono familiar a esta mulher quando a mesma quebra a expectativa social.

Tratamos, por fim, da transposição do estigma da Mãe para o Filho. Abordamos como o aprisionamento desta mulher/mãe impõe, por via reflexa, ofensa a princípios constitucionais no que tange a direitos e garantias fundamentais da mulher presa, bem como à integridade física e à vida do nascituro e da criança. A prática rotineira de aprisionamento da lactante e do recém-nascido, impõe ofensa à integridade física e à vida do infante, levando-se em consideração que as vidas já citadas são tuteladas de modo absolutamente prioritário e preponderante pelo sistema jurídico vigente. Deste modo, como se não bastassem os direitos fundamentais da mulher presa, ressaltamos o princípio constitucional da intranscendência das penas (art. 5º, inciso XLV, CRFB/88) e o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CRFB/88).

7. Referências bibliográficas

- AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, v. 6, p. 3-10, 2015.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal. Coleção Pensamento criminológico. **Rio de Janeiro: Freitas Bastas Editora**, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Bol. Fac. Direito U. Coimbra**, v. 81, p. 233, 2005.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia, 2003.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. 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**, v. 51, 2015.
- BRSIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.
- _____. LEI DE EXECUÇÃO PENAL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.
- _____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HABEAS CORPUS Nº. 0064285-07.2017.8.19.0000. RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ZVEITER. Disponível em:
<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044D6FE43C623219337E21B0A8982B62A2C507262F585A&USER=>, Acesso: 28/02/2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 141.874. RELATOR : MIN. GILMAR MENDES. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC141874.pdf>, Acesso: 28/02/2018.
- BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. **A dominação masculina. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil**, 2002.
- CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias: 2ª edição revisada e atualizada. **Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris**, 2003.

- DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Livraria do Advogado, 2003.
- _____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Sequência: estudos jurídicos e políticos, v. 24, n. 47, p. 219-220, 2003.
- DO NASCIMENTO, Lucas Del Mora; LATORRE, Marcelo Liberato. **O Fenecimento da Revista Vexatória e sua Inconstitucionalidade em face dos Direitos Humanos**. Etic-encontro de iniciação científica-ISSN 21-76-8498, v. 10, n. 10, 2015.
- DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**, INFOPEN. Junho de 2014.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete.–41. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.
- GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: REVAN, 2006.
- HELPEES, Sintia Soares. **Mulheres na prisão: uma reflexão sobre a relação do Estado brasileiro com a criminalidade feminina**. Cadernos de Estudos Sociais e Políticos, v. 2, n. 3, p. 160-185, 2013.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: REVAN, 2004.
- LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.
- MEPCT. **Mulheres, Meninas e Privação de Liberdade no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, ALERJ, 2016.
- PANCIERI, Aline.C. **Mulheres mulas: tráfico de drogas, seletividade e vulnerabilidade de gênero**. 79 p. Monografia (Graduação em Direito) – UFRJ 2014.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **O adolescente infrator e os direitos humanos**. In.: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf, Acesso: 25/05/2016.
- SOUZA, Taiguara. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. PUC – Rio. Tese de Doutorado, 2015.

SCHUCH, Patrice. Trama de significados: uma etnografia sobre sensibilidades jurídicas e direitos do adolescente no Plantão da Delegacia do Adolescente Infrator e no Juizado da Infância e da Juventude de Porto Alegre/RS. **Antropologia e Direitos Humanos**, v. 2, p. 159-204, 2003.

SPOSATO, Karyna B. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. Salvador: UFB/PPGD, 2011.

WACQUANT, Loïc JD. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Freitas Bastos Editora, 2001.

ⁱ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Instituto Carioca de Criminologia, 2003, p.16.

ⁱⁱ SANTOS, Juarez Cirino dos. **“O adolescente infrator e os direitos humanos”**. In.: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/adolescente_infrator.pdf, Acesso: 25/05/2016.

ⁱⁱⁱ SOUZA, Taiguara. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. PUC – Rio. Tese de Doutorado, 2015, p. 83

^{iv} Ibidem, p. 86

^v WACQUANT, Loïc JD. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Freitas Bastos Editora, 2001.

^{vi} RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

^{vii} Ibidem, p. 273.

^{viii} ZAFFARONI, Eugenio Raul. Desafios do Direito Penal na era da globalização. *Cidadania e Justiça*. Ano, v. 2, p. 200-204, 2001, p.40 .

^{ix} DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Livr. do Advogado, 2003, p.66.

^x DE ANDRADE, Vera Regina Pereira. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Livr. do Advogado, 2003, p.66.

^{xi} Ibidem, p.91.

^{xii} BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. **_. A dominação masculina. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.**

^{xiii} Ibidem.

^{xiv} Ibidem.

^{xv} PANCIERI, A.C. **Mulheres mulas: tráfico de drogas, seletividade e vulnerabilidade de gênero**. 79 p. Monografia (Graduação em Direito) – UFRJ 2014, p.74.

^{xvi} LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres**. Achiamé, 1983, p.51.

^{xvii} Ibidem, p.50.

^{xviii} AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**, v. 6, p. 3-10, 2015, p.49.

^{xix} SPOSATO, Karyna B. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. Salvador: UFB/PPGD, 2011, p.71.

^{xx} PEREIRA, T. S. Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar. São Paulo: Renovar, 2008, p.21.

^{xxi} Ibidem, p.22.

^{xxii} Ibidem, p.22.

^{xxiii} ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: teoria crítica**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p.68.

^{xxiv} Ibidem

^{xxv} Ibidem

^{xxvi} Ibidem, p.69.

^{xxvii} Entendimento que também deve ser aplicado aos Pais.

^{xxviii} Ibidem, p.72

^{xxix} BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ANGOTTI, Bruna. 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**, v. 51, 2015, p.64.

^{xxx} Ibidem, p.64

^{xxxi} Ibidem, p.64

^{xxxii} O artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República preceitua que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Deste modo, todas as pessoas acusadas em processo penal são presumidamente inocentes até que sua culpa seja demonstrada de modo definitivo com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. No entanto, com a sentença de primeira instância, por mais que ainda tenha recurso em andamento, as presas já se consideram "sentenciadas". Deste modo, no grupo das "sentenciadas" temos as que estão aguardando o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

^{xxxiii} O Infopen, levantamento de informações penitenciárias produzido pelo Departamento Penitenciário Nacional, aponta que 40% dos detentos brasileiros são presos provisórios (INFOPEN 2014). Por outro lado, as pesquisas demonstram que "em 37,2% dos casos de prisão provisória no Brasil, não há condenação à pena de prisão ao final do processo e 17,3% são absolvidos" (IPEA. "A Aplicação de Penas e Medidas Alternativas", 2015). Documentos disponíveis em:

http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf/@download/file

http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7517/1/RP_Aplica%C3%A7%C3%A3o_2015.pdf

^{xxxiv} "Art. 318 do CPP. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos [...]"; (alterado pela Lei 13.257, de 8 de Março de 2016.

^{xxxv} "Art. 117 da LEP. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: [...] III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental [...]; IV - condenada gestante".

^{xxxvi} Valemo-nos aqui do conceito de vulnerabilidade contido na seção 2ª das Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das pessoas em situação de vulnerabilidade, documento elaborado no seio da Conferência Judicial Ibero-americana, no intuito de orientar a promoção de políticas públicas que garantam o acesso à justiça das pessoas que encontram especiais dificuldades de exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos que lhes são conferidos pelo ordenamento jurídico. As chamadas "100 Regras de Brasília" recomendam ainda

série de medidas relacionadas ao trabalho cotidiano de todos os operadores do sistema judiciário, com o fito de concretizar a melhoria das condições de acesso à justiça das pessoas em condições de vulnerabilidade.

^{xxxvii} Fato noticiado em: <http://oglobo.globo.com/rio/juiz-da-vep-pede-afastamento-de-diretora-do-talavera-bruce-17882963>. Acesso aos 23/11/2015, às 16h20min.

^{xxxviii} As Regras de Bangkok foram extraídas da 65ª Reunião da ONU e estabelecem normas internacionais para o tratamento de mulheres encarceradas. Merece destaque, para o que se pretende aqui a Regra 64:

“Regra 64

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências necessárias para seu cuidado. ”

Embora estejamos diante de prisão preventiva e não propriamente de pena, a Regra 64 é perfeitamente compatível com a ideia mais ampla de privação de liberdade amparada pela norma em questão.

^{xxxix} BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. HABEAS CORPUS Nº. 0064285-07.2017.8.19.0000. RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ ZVEITER. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044D6FE43C623219337E21B0A8982B62A2C507262F585A&USER=>, Acesso: 28/02/2018.

^{xl} BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 141.874. RELATOR : MIN. GILMAR MENDES. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC141874.pdf>, Acesso: 28/02/2018.

^{xli} SOUZA, Taiguara. **A Era do Grande Encarceramento: Tortura e Superlotação Prisional no Rio de Janeiro**. PUC – Rio. Tese de Doutorado, 2015, p. 83

**ENCARCERAMENTO FEMININO EM MASSA POR TRÁFICO DE
DROGAS NO BRASIL: REFLEXOS DA DOMINAÇÃO MASCULINA E BRANCA
NO SISTEMA CAPITALISTA NEOLIBERAL**

*FEMALE INCARCERATION IN LARGE SCALE FOR DRUG TRAFFICKING IN
BRAZIL: REFLECTIONS OF MALE AND WHITE DOMINATION IN THE NEOLIBERAL
CAPITALISM SYSTEM*

Priscylla Kethellen Viana

Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pesquisadora Voluntária de Iniciação Científica (PIVIC) e do Núcleo de Estudos em Criminalidade e Violência da Universidade Federal de Goiás (NECRIVI/UFG). priscylla.viana.92@gmail.com

Franciele Silva Cardoso

Doutora e Mestre em Direito Penal e Criminologia (USP). Professora adjunta da Faculdade de Direito e do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Criminalidade e Violência da Universidade Federal de Goiás (NECRIVI/UFG.)
francielecardoso@gmail.com

Bartira Macedo de Miranda

Doutora em História das Ciências (PUC-SP), Mestre em Ciências Criminais (UFG), Professora do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG) e atualmente, Diretora da Faculdade de Direito da UFG (FD/UFG). bartiraufg@gmail.com

Resumo: Este artigo dedica-se a identificar a origem do recente fenômeno que levou ao aumento exponencial do encarceramento de mulheres, principalmente pobres e negras, por tráfico de drogas no Brasil. Como metodologia recorreu-se a revisão bibliográfica, análise de

dados e estatísticas oficiais. Os resultados obtidos demonstraram que o projeto capitalista neoliberal mantém os espaços de poder e de acesso à cidadania (trabalho, habitação, saúde, escola etc.) estruturalmente desiguais em relação a diversos marcadores sociais (gênero, raça/etnia e classe, para citar apenas alguns deles), tornando a prisão um destino predeterminado de grupos historicamente excluídos da integração social.

Palavras-chave: Encarceramento. Proibicionismo. Mulheres. Racismo. Neoliberalismo.

Abstract: This article is dedicated to identifying the origin of the recent phenomenon that led to the exponential increase in the incarceration of women, mainly poor and black women, through drug trafficking in Brazil. . As a methodology, bibliographical review, data analysis and official statistics were used. The results obtained demonstrated that the neoliberal capitalist project maintains the spaces of power and access to citizenship (work, housing, health, school, etc.) structurally unequal in relation to several social markers (gender, race / ethnicity and class, to some of them), making prison a predetermined destination for groups historically excluded from social integration.

Keywords: Incarceration. Prohibitionism. Women. Racism. Neoliberalism.

Introdução

A partir dos dados mais recentes sobre o encarceramento feminino no Brasil¹, que mostram a ocupação da 3ª posição no vergonhoso *ranking* entre os países com maior número de mulheres presas no mundo, percebemos que, durante os últimos anos, houve uma mudança significativa nos padrões de criminalização e/ou da criminalidade feminina em nosso país.

Importa ressaltar que, este fenômeno vai na contramão do restante dos países que ocupam as primeiras posições nessa competição cruel, já que entre os anos de 2000 a 2016 a taxa de aprisionamento (indica o número de mulheres presas para cada grupo de 100 mil

mulheres) nos outros países aumentou em 18% (EUA – 1º), 105% (China – 2º) e até diminuiu 2% (Rússia - 4º), expondo a gravidade da realidade nacional que alcançou 455% de aumento.

Historicamente, os motivos que justificaram a ínfima quantidade de estudos dedicados às mulheres etiquetadas como desviantesⁱⁱ foram: a baixa proporção de crimes cometidos por elas em relação aos cometidos por homens e a sua natureza distinta, já que elas costumam praticar os atos ilícitos em ambientes privados, ao passo que, os crimes masculinos caracterizam-se por se darem majoritariamente em ambientes públicos e por seu maior grau de violência (PEIXOTO, 2017).

Assim, é preciso identificar a origem do fenômeno que levou ao aumento exponencial do encarceramento de mulheres por tráfico de drogas no Brasil (62%), principalmente mulheres pobres e mulheres negras (62%), com o objetivo de expor quem historicamente obteve benefícios e quem continua se beneficiando com a manutenção da miséria, que faz parte da realidade de grande parte da população brasileira. O acerto na estratégia de combate à desigualdade social depende da análise correta da realidade e, conseqüentemente, da definição precisa do problema a ser enfrentado.

Prisões e Militarização

A estruturação do Sistema Prisional como conhecemos hoje decorre de um processo de transformação ideológica, durante os séculos XVIII e XIX, que reconfigurou a crueldade das antigas punições, os suplícios (BORGES, 2018), através da regulação e controle da vida do condenado pela privação da liberdade, *despersonalizando-o* (PEIXOTO, 2017). Assim a crueldade dessa nova instituição passa a ser menos visívelⁱⁱⁱ.

A função da prisão era, e ainda é, a de exercer o poder punitivo do Estado, que por meio da disciplina atinge seu fim principal: a proteção do capital e a não interferência em seu caminho rumo ao “progresso” durante a reorganização monopolista. Esse Estado quase sempre serviu aos interesses da classe dominante desde o surgimento do capitalismo, que emergiu como modo de produção dominante no final do século XVIII.

Toda uma reorganização passa a ser realizada sobre o que e como punir. E, com os novos processos e as dinâmicas econômico-sociais houve também um reordenamento em relação à propriedade. Estas transformações demandaram um novo estatuto sobre bens, algo que, sobremaneira, se ordenou para garantir o direito dos donos de propriedades, ou usurpadores delas, e a criminalização das classes populares ao tornar qualquer ato violento que questionasse, e ainda questione, estas posses uma ilegalidade. Ou seja, houve com isso uma sobreposição da propriedade/posse em relação aos direitos e à cidadania. Isto tudo se sedimenta por esta organização social em uma sociedade que se relaciona por acordos, contratos sociais. Com isso, transgredir os termos deste acordo, existentes em forma de leis, daria à sociedade o “direito” de exercer sanções àquele que transgride estes pactos. (BORGES, 2018, p. 36)

Na América Latina, as prisões seguiram o modelo norte-americano sem levar em consideração que nos anos 1860 este modelo carcerário já havia falhado por ser um local apenas de custódia de pessoas, e não de reintegração social. Por aqui, além da custódia, as cadeias tinham como finalidade principal a segregação^{iv}, sem resolver qualquer problema, apenas os agravando (DEL OLMO, 2004).

Em relação às prisões e à criminalidade feminina, o Estado encarava essa situação como uma questão social e não de segurança pública, buscando a solução em uma ação disciplinadora catequizante. Sobre os primeiros estabelecimentos penais femininos no Brasil, PEIXOTO (2017) expõe que:

Em 1924, foi apresentado por Lemos Britto, um funcionário da Corte e responsável por diversos projetos envolvendo mulheres reclusas, um projeto de construção de penitenciárias destinadas exclusivamente à população carcerária feminina, pois essas eram recolhidas juntamente com os homens. Assim, anteriormente a essa data, as mulheres estavam expostas a todo tipo de violência física e psicológica. A ideia de separar os sexos baseava-se no risco que as mulheres ofereciam aos homens, pois, segundo Lemos Britto, a simples presença delas exacerbava “o sentimento genésico dos sentenciados, aumentando-lhes o martírio da forçada abstinência (SOARES; ILGENFRIT, 2002 apud HELPES, 2014, p.71). Surge então, em 1937, a primeira penitenciária feminina do Brasil, o *Instituto Feminino de Readaptação Social* em Porto Alegre. Na sequência, em 1942, são inaugurados o *Presídio de Mulheres* de São Paulo e a *Penitenciária de Mulheres* de Bangu, no município do Rio de Janeiro, não para assegurar a segurança ou integridade das reclusas, mas para garantir que o detendo cumpra sua pena em melhores condições. A administração interna pedagógica dos presídios femininos ficava sob responsabilidade das freiras (Ibidem). (p. 76)

Do final da Segunda Guerra Mundial até a década de 1980, os Estados Unidos financiaram golpes militares em mais da metade dos países latino-americanos, no intuito de evitar possíveis processos revolucionários e garantindo que continuássemos a lhes fornecer matéria-prima e mão de obra barata em troca da venda de seus lucrativos produtos

industrializados. No Brasil, “o golpe de 1964 implicaria na desarticulação das elites intelectuais negras, de um lado, e no processo de integração das entidades de massa numa perspectiva capitalista, de outro” (GONZALEZ; HASENBALG, 1982, p. 27).

Essas intervenções tiveram consequências nefastas, que até hoje se mostram presentes. Uma delas reflete-se na situação carcerária brasileira atual, já que este regime contribuiu com a superlotação ao conter opositores políticos e “criminosos” a qualquer preço (PEIXOTO, 2017). Outra consequência é que, mesmo após sua redemocratização durante os anos 1980, as atividades policiais no Brasil não deixaram de ser militarizadas. Entretanto, o problema é ainda maior, já que além da polícia militarizada, ainda persiste a “militarização ideológica da segurança pública” (KARAM, 2013, online) apoiada pela sociedade, alienada politicamente.

O “militarismo” é a ideologia que dissemina a expressão militar do poder de um Estado como prioridade na formulação e condução das políticas públicas (DA SILVA, *online*). Pode apresentar-se explícita ou implicitamente e, até mesmo, de forma hipócrita, identificar-se como o instrumento necessário para o alcance da paz e da defesa da democracia. Contudo, a verdade é que sua raiz encontra-se na prática da guerra, como forma de combate tático, hierarquicamente organizado, que tem como estratégia a dominação ou eliminação do inimigo.

A criação do “complexo industrial-militar”, que transforma o Estado em uma “máquina-de-guerra”, representa o fim da sociedade civil e da racionalidade econômica, que é substituída por uma “economia de guerra”, principalmente após a Primeira Guerra Mundial, que tem como consequência a disfunção do capitalismo pós-fordista. Através dessa ideologia somos todos transformados em “soldados civis”, sem ao menos reconhecermos essa nova identidade militarizada (LOTRINGER; VIRILIO, 1984).

Neste sentido, para os autores, a guerra resume-se na velocidade de sua organização, produção e destruição. A tecnologia e a ciência, utilizadas para aumentar a velocidade de contra-ataque aos inimigos, alcançam sua arma final em 1945, com a consolidação do poder nuclear. Essa arma dissolve a centralidade do poder político, por meio da capacidade de destruição absoluta, inviabilizando a regulação das multinacionais ou forças armadas, que têm autonomia cada vez maior. O “Estado Militar” representa o fim do diálogo, da dialética, do tempo para a

reflexão. A violência oculta da velocidade é dissolvida na violência explícita da riqueza que, para eles, é apenas um aspecto da velocidade, o real poder.

Tendo em vista que a principal operação de todo poder é a de tornar-se invisível, a guerra moderna, que desloca seu campo de atuação do espaço para o tempo, alcança o objetivo de desresponsabilizar-se por suas ações, já que o “terrorismo de Estado”^v não tem a quem responder. Por esse motivo, as elites dominantes se apropriam do Estado como banco particular e camuflam-se por meio do patrimonialismo (SOUZA, 2017), transformando-o em máquinas-de-guerra para poder roubar, desarticular, estigmatizar e criminalizar a soberania popular^{vi}, já que ele é o único instrumento capaz de enfrentar o mercado. A greve geral dos trabalhadores, por exemplo, é uma forma de “barricada no tempo”, utilizando-se da ausência para alcançar seus objetivos.

A militarização contemporânea no Brasil tem suas origens no processo da invasão colonizadora portuguesa, que se consolida pela escravização de negros e indígenas. Desde então exércitos, organizações militares e policiais são ideologicamente cooptados para servirem aos interesses de elite branca^{vii}, descendente dos colonizadores, que precisava combater qualquer movimento ou revolta popular (Quilombos, Revolta dos Malês, Balaiada, Canudos, Greves, etc) para a manutenção do poder e de seus privilégios.

A lógica da militarização, que percorre toda a história do Brasil pós-colonização, tem seu ápice marcado no Golpe Militar de 1964. Em uma conjuntura mundial da Guerra Fria, a disputa entre as potências capitalista (EUA) e comunista (URSS) culminaram na implantação de ditaduras militares em diversos países da América Latina, articuladas pelos EUA e justificadas pela ameaça à segurança nacional e combate ao comunismo. Os países que se encontram na periferia do capitalismo tornam-se espaços para testar e despejar tecnologias de guerra produzidas pelos países do norte global. Isso porque o capitalismo e, principalmente, o capitalismo neoliberal só podem existir com a manutenção do complexo industrial-militar dos EUA, já que esse sistema econômico caracteriza-se pelo controle da destrutividade do ser humano e da natureza.

Durante os 21 anos de ditadura militar nosso cotidiano foi progressivamente militarizado. Setores estratégicos como a educação e a comunicação, a administração federal e a política nacional absorveram os valores autoritários, aonde a ordem é priorizada em relação ao desenvolvimento (MATHIAS, 2004). “Paralelamente à máquina "burocrático-autoritária" montou-se o que se poderia chamar de "máquina ideológica", a qual teve como epicentro a "doutrina da segurança nacional", formulada na Escola Superior de Guerra.” (DA SILVA, 2014). Os opositores desse regime eram considerados inimigos, o que substituía a ideia de “vencer” pela necessidade de “eliminar”.

A manipulação dos grupos hegemônicos no poder consegue deslocar a origem da violência. A desigualdade e o controle social não são considerados fatores determinantes para o crescimento da criminalidade ligada ao patrimônio (SANTOS, 2008). Assim, a liderança que apresenta uma saída rápida desse estado de insegurança consegue a adesão popular, prometendo o extermínio dos “bandidos”. Realidade observada nas Filipinas e agora no Brasil, onde há um rápido processo de avanço entre judicialização, policização e militarização, através da construção do inimigo interno a ser combatido.

Com a queda do muro de Berlim e a vitória capitalista sobre o comunismo, passamos por processos de redemocratização. Entretanto, essa democracia ainda é caracterizada pela submissão dos interesses da classe trabalhadora, que no Brasil se constitui majoritariamente por mulheres e pela população negra, aos da elite econômico-financeira branca e majoritariamente masculina. Assim, as lutas promovidas pelos movimentos sociais durante os últimos 30 anos para o aprofundamento da democracia, para torná-la popular e não mais burguesa, geraram maior controle social e a progressiva militarização.

Desde 2001, com a queda das torres gêmeas a “guerra ao terrorismo” canaliza os projetos do Estado Penal e Militar. As tecnologias de controle e repressão testados na Palestina, Bagdá e Haiti, desenvolvidas pelos EUA e por Israel, são posteriormente vendidas para territórios que vivem em “guerras de baixa intensidade”, como o Rio de Janeiro e capitais do norte global, para reprimir movimentos populares e manifestações, transformando civis em alvos principais^{viii}.

Mesmo durante a gestão de governos progressistas no Brasil, como o do Partido dos Trabalhadores, a questão da militarização não conseguiu ser enfrentada. A experiência da intervenção militar no Haiti, as UPPs, a lei de drogas e a lei antiterrorismo, criada no contexto dos mega eventos, são exemplos de políticas anti-povo que seguem a lógica ditada pelos países imperialistas. Um reflexo preocupante da militarização da sociedade é a parceria da Secretaria de Segurança Pública de Goiás com a Secretária de Educação para aplicar a metodologia pedagógica da Polícia Militar, que ilude a população com o bom desempenho dos alunos justificada pela disciplina e não pelo maior investimento financeiro que esses colégios recebem do governo.

O processo de avanço na luta pela ampliação de direitos culmina em um novo golpe (2016), que tem aparência de legalidade, mas é resultado de uma articulação dos três poderes, da elite e da classe média branca e da mídia. A democracia que vivemos hoje é considerada por Boaventura de Souza Santos como uma democracia de baixa ou baixíssima intensidade^{ix}, aonde processos incertos levam a resultados certos, realizando o contrário do que esse regime se compromete.

Estamos em guerra!^x Vivemos em um regime de “fascismo social” aonde o “fascismo político” não é um ponto fora da curva, mas o limite do capitalismo disfuncional, que não consegue nem mesmo fazer um sistema. Sobrevivemos em uma democracia que tem utilizado o Estado como uma máquina de guerra, onde a guerra passa a ser a metáfora da segurança pública. É urgente que nos dediquemos a estudar e a utilizar os instrumentos do Direito Humanitário. A indiferença nesse contexto é o pior sentimento que um cidadão pode ter, já que a apatia é privilégio daqueles que se beneficiam com essa realidade. Precisamos radicalizar a democracia, promovendo a igualdade social e a desmilitarização de todos os espaços do cotidiano (principalmente das polícias), através de uma educação emancipadora e da consolidação de uma mídia democrática.

Proibicionismo e Projeto Neoliberal

Na ânsia por novos territórios em que pudessem exercer influência e poder para aumentar suas taxas de lucro, ampliando os mercados consumidores e a exploração dos trabalhadores, os interesses imperialistas provocaram disputas entre as potências europeias, gerando a primeira e a segunda guerra mundial. Esta última abriu espaço para a consolidação da economia norte-americana na primeira posição do domínio capitalista global.

O capitalismo, enfrentando mais uma de suas crises na década de 70 do século XX, encontrou no projeto neoliberal uma forma de restabelecer as taxas de lucro através da austeridade e da regulação da miséria causada por ele mesmo (WACQUANT, 2010).

Com o fim da Guerra Fria e com a vitória do modelo capitalista estadunidense, as “Estruturas Hegemônicas” (SILVA; JOHNSON, 2011. p. 240) serviram para consolidar os meios de dominação da elite econômica. A promoção de ideologias que são tidas como neutras tornou-se a mais importante estratégia dessas estruturas, amplificada pelos meios de comunicação aliados ao capitalismo.

Nesse contexto, o início da política proibicionista internacional tem seu marco inicial na Primeira Conferência Internacional sobre o Ópio na China em 1909, com a criação de estereótipos morais e médicos que associavam substâncias entorpecentes a classes perigosas, presentes desde o início das políticas proibicionistas nos Estados Unidos da América.

Para isso, a formulação da “ideologia da diferenciação” criada na Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, e a “guerra às drogas” foram fundamentais para difundir os movimentos de “lei e ordem”, tratando o consumo de substâncias psicoativas como questão de segurança nacional (PANCIERI, 2014, p. 27).

A consolidação do traficante, tido como o inimigo número um, e a seletividade penal, que escolhe quem será o alvo do sistema penal por meio de estereótipos raciais e de classe, foram fundamentais para a construção de uma nova pauta de dominação geopolítica dos EUA sobre os países latino-americanos (VALOIS, 2017). Com o discurso de que as drogas geram violência, a tolerância e até mesmo o desejo à militarização e à intervenção militar ressurgem, mesmo depois da redemocratização.

De acordo com SHECAIRA (2018), “a proibição das drogas é um sistema global de poder estatal”. Isto porque, ao tornar-se signatário das normas internacionais proibicionistas, o Brasil dificilmente conseguirá alcançar mudanças em relação à política de drogas em curto prazo, criando condições apenas para “soluções” pontuais dos problemas gerados pelo seu combate. Nesse sentido, ele complementa que:

A proibição das drogas deu a todo tipo de governo, em todas as situações possíveis, uma verdadeira carta branca para atuação de forças policiais. Governos de todo o mundo utilizaram, em várias situações possíveis, o argumento de combate ao narcotráfico como desculpa para operações secretas que não tinham qualquer relação com as drogas. As unidades de narcóticos da polícia ou do exército podem se dirigir a qualquer lugar de forma legítima e têm liberdade para operações e incursões militares que, de outra forma, não poderiam ter. [...] (SHECAIRA, 2018, p. 16-17)

A exportação da “guerra contra o crime” (WACQUANT, 2010, p. 199) pelos Estados Unidos é responsável pelo aumento exorbitante da população carcerária em vários países da América Latina nas últimas décadas. Por intermédio do aparelho penal, o neoliberalismo criou os meios necessários para manter a ordem ameaçada pela falta de legitimidade política dos governantes, que abriram mão dos compromissos sociais de cidadania estabelecidos na legislação. Isto porque, a miséria causada pela aplicação dessa ideologia necessita de um Estado Penal^{xi} para manter a população atingida sob controle.

Assim, a supremacia neoliberal consolida-se a partir de sua vitória ideológica, e não econômica, promovendo a naturalização das desigualdades e a ideia de que não há alternativa possível ao capitalismo. A hegemonia neoliberal é conquistada a partir da transformação de direitos em moeda de troca, vendendo a ideia de que o Estado é ineficiente e culpado pelos problemas sociais, exaltando o mercado, o individualismo e o capitalismo.

Atualmente, o tráfico de drogas é o principal mercado ilícito do mundo, junto ao tráfico de armas e de pessoas, interligados entre si. No Brasil, a Lei 11.343, de 2006, a “Lei de Drogas”, é consequência da “ideologia da diferenciação” que contribui para a seleção das pessoas mais vulneráveis nas redes de tráfico de drogas, as quais serão filtradas pela polícia, julgadas rigorosamente pelos juízes e destinadas a cumprir longas penas nas prisões. Essas pessoas, em

sua maioria, têm por característica o fato de serem facilmente substituíveis na hierarquia deste mercado quando presas.

Nessa situação, a opção feita pelos Estados Unidos – acabar com as drogas nos países produtores – expõe sua incapacidade de combatê-las em seu próprio território. E se, apesar disso, eles continuam a perpetuar esta guerra é por terem outro alvo, que não são as drogas, mas a classe trabalhadora e a juventude latino-americana, além da população negra e dos imigrantes de seu próprio país. Essa guerra é usada como álibi perfeito para evitar o desvio de enormes montantes de dinheiro para fora de seu território, fruto do tráfico de drogas.

Para garantir a credibilidade na eficácia da “guerra às drogas” foi necessária a intensificação da cultura do medo, instrumentalizada diariamente pela mídia hegemônica a serviço do capital financeiro internacional, e levada ao seu extremo pelos noticiários policiaiscos. Esse medo ajuda a manter intacta a estrutura econômica, política e policial do sistema capitalista.

É nítido que essa guerra é reflexo da luta de classes, e que classe no Brasil não pode ser analisada sem levar em conta os aspectos da nossa formação histórica baseada em uma colonização escravocrata e patriarcal. Assim, diante dos últimos dados levantados pelo INFOPEN (2017), podemos afirmar que a guerra às drogas tem como alvo principal as mulheres pobres, negras e imigrantes. Com a prisão delas são destruídas não só as suas próprias vidas, mas a de seus familiares, que acabam desestruturando comunidades inteiras.

Sobre essa realidade, a pesquisa promovida pela *Série Pensando o Direito*, em seu primeiro volume “Tráfico de drogas e Constituição” (2009), expõe alguns aspectos do mercado de drogas ilícitas no Brasil:

No Brasil, o mercado da droga está plenamente operante, ainda que as autoridades consigam apreender parte da carga circulante, conforme se deduz das estatísticas oficiais. Nos grandes centros urbanos, o negócio mais lucrativo é a distribuição das drogas aos consumidores, atividade que absorve grande parte dos excluídos do sistema econômico, ou seja, de trabalhadores informais à margem da atividade lícita.

Desta forma, a atividade econômica ligada ao tráfico de drogas no Brasil é fortalecida pela falta de perspectiva, desemprego e exclusão, o que leva jovens e agricultores ao

negócio da droga, que mesmo ilícito, ou talvez por isso, permite o aumento do lucro e dá oportunidades de vida a pessoas sem acesso ao mercado de trabalho formal, e ainda paga salários superiores ao mercado formal.

Na análise da situação brasileira, a face mais perversa do desemprego se caracteriza pelo fato de que “o contingente anual de criminosos é engrossado pela massa de jovens que jamais ocuparam uma vaga no mercado formal de trabalho”, que constituem o grupo social mais vulnerável a ser utilizado pelo tráfico (BOITEUX e WIECKO, 2009).

Fica explícita a impossibilidade do combate ao tráfico de drogas. Diante da enorme rentabilidade deste mercado e o poder de seus agentes, o que se tem observado é a perpetuação de seus negócios ativos com a contribuição de policiais, de agentes da segurança pública e do sistema judiciário que são, estruturalmente, corruptos neste sistema político e econômico em que vivemos.

A competição exacerbada no capitalismo monopolista leva à disputa por territórios e por mercados consumidores. Assim, em ramos sem regulamentação, como o das drogas ilícitas, a violência aumenta até que seja definido o chefe, provavelmente um membro da elite de determinada região, aquele que embolsa a maior parte dos lucros desta disputa sangrenta.

Dominação Masculina

O fato de o encarceramento feminino ter aumentado mais que o dobro que o masculino, nos últimos 16 anos, aponta para um rearranjo nas estruturas de dominação masculina, fazendo com que as condições das mulheres dentro do cárcere não possam mais ser ignoradas.

Sobre a desigualdade de gênero, Heleieth Saffioti (2015, p. 61), em seu livro *Gênero, patriarcado e violência*, aponta que os fatores históricos que determinaram a transição da sociedade igualitária para a de hoje^{xii} foram: “1. a produção de excedente econômico, cerca de 11 mil anos atrás e 2. a descoberta de que o homem era imprescindível para engendrar uma nova vida, o que se deu logo depois”.

Este processo deu-se lentamente, devido à resistência feminina, tendo o patriarcado aproximadamente 2.600 anos, um tanto recente quando comparado à data de surgimento da humanidade: cerca de 350.000 anos. Desde então, todo o poder é reservado, prioritariamente,

ao gênero masculino. O que se aprofunda, inegavelmente, se a tal gênero complementarem-se os adjetivos branco, heterossexual e rico.

Utilizando-se principalmente do estudo desenvolvido por Pierre Bordieu, Durães e Sousa (2018) apontam que a diferença entre homens e mulheres acaba “sendo vista como justificativa natural da diferença socialmente construída entre os gêneros e, em especial, da divisão social do trabalho”.

No Brasil, o mercado de trabalho é marcado pelo processo histórico do colonialismo escravocrata e patriarcal que nos foi imposto por mais de 350 anos. As consequências desse sistema podem ser observadas até hoje. A desigualdade no mercado de trabalho formal é uma realidade ignorada pelo poder público, que se reflete na ausência de formulação de políticas públicas capazes de promover oportunidades dignas e igualitárias de trabalho, com o intuito de repararem os grupos atingidos historicamente por esse processo de marginalização social.

As mulheres que, no sistema capitalista de produção, têm que cumprir tanto suas funções produtivas quanto reprodutivas^{xiii}, muitas vezes não conseguem encontrar meios lícitos ou não precarizados de auferir renda suficiente para a manutenção de seus lares. Assim, quando as condições sociais não proporcionam meios lícitos ou não precarizados de rendimento, muitas delas acabam encontrando no tráfico de drogas uma oportunidade de conciliar as duas tarefas para manutenção de seus lares^{xiv}.

Inseridas no tráfico de drogas, geralmente subalternizadas, elas possuem a menor remuneração, fazendo as tarefas consideradas mais “simples” como vendedoras e transportadoras. Segundo Matos e Wuster (2018), também amparadas por Bordieu, o que impede a saída da mulher dessa posição de inferioridade é a sutileza com que a dominação é operada.

A dominação masculina, tornando-se imperceptível e inconsciente, acaba por naturalizar-se. Essa visão androcêntrica, estruturante das relações sociais ocidentais, acaba por invisibilizar a situação de inferioridade e de sujeição a diversos tipos de violência sofridos pelas

mulheres, que são vistas como o *outro*, já que a análise da realidade está sujeita a uma suposta universalidade dos padrões do gênero dominante. Sobre isso as autoras ainda complementam:

Como estamos incluídos, como homem ou mulher, no próprio objeto que nos esforçamos por apreender, incorporamos, sob forma de esquemas inconscientes de percepção e de apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina, a modos do pensamento que são, eles próprios, produtos da dominação. (BORDIEU, 2015, p. 13 apud GOMES, FALAVIGNO, MATA, 2018, p. 74)

Nessa perspectiva, Durães e Sousa (2018), utilizando-se novamente das considerações de Pierre Bordieu, pontuam que a ruptura dessa cumplicidade involuntária, desenvolvida entre vítima e opressor, só será possível a partir da “transformação radical das condições sociais de produção das tendências que levam os dominados a adotar o próprio ponto de vista dominante”.

Eles seguem analisando as razões do porquê os homens precisam provar sua masculinidade para outros homens e, com base nas análises de BENTO (1998), concluem que isso é consequência da posição ocupada pela mulher na sociedade. Essa posição é tão inferior que ela é usada apenas como moeda de troca ou troféu, um instrumento para melhorar sua posição na escala social masculina. Assim, eles não se definem em relação à uma mulher, mas apenas entre os mesmos.

Uma vez admitida a masculinidade como uma aprovação social, sua emoção dominante é o medo. Medo de ser confundido com uma mulher, bem como de que os outros homens percebam a sensação de insuficiência, dúvida e insegurança. (BENTO, 1998 *apud* CARDOSO; SANTOS, 2018, p. 128)

E seguem:

A masculinidade é definida de forma negativa: ser homem é não ser mulher. Assim, se a identidade do gênero feminino é definida como frágil, emotiva, subjetiva, a identidade masculina se constrói a partir da negação peremptória de qualquer referência que lembre a mulher. Para serem tidos como masculinos, os homens geralmente aprendem o que não devem ser, antes de aprenderem o que podem ser, o que faz com que sua identidade seja negativamente construída. (BENTO, 1998 *apud* CARDOSO; SANTOS, 2018, p. 133).

O desenvolvimento dessa análise continua no sentido de afirmar que o gênero masculino não é violento por natureza, mas que reproduz uma lógica hegemônica de violência,

agressividade e competitividade criada pelo patriarcado. A “crise da masculinidade” é ainda aprofundada pelo medo gerado pelas mudanças alcançadas pelas conquistas feministas.

Desta forma, a libertação das mulheres da dominação masculina só poderá ser efetivada se, paralelamente, os próprios homens também forem libertos das mazelas do sistema que eles mesmos criaram, mas que acaba por ser prejudicial a todos (BOURDIEU, 2002 apud CARDOSO; SANTOS, 2018). Entretanto, cabe ressaltar que, mesmo que todos sejam atingidos de forma negativa pelas consequências do patriarcado, são as mulheres e, em especial, as mulheres pobres e as mulheres negras as que sofrem de forma mais intensa com essa opressão.

Supremacia Branca Ocidental

O fato de as mulheres negras serem a maioria entre as mulheres encarceradas (62%) é revelador quanto à existência do racismo estrutural no Brasil já que, ao mesmo tempo, elas são minoria em ambientes privilegiados. Segundo SCHUCMAN (2012, p. 12) “o racismo particular do brasileiro é a ideologia do branqueamento marcado por uma sociedade hierárquica de desigualdades sociais e racistas no que diz respeito aos negros e aos índios.”

A partir da década de 1990 estudos com enfoque crítico sobre a posição dos brancos em sociedades multirraciais desenvolveram os conceitos de branquitude e branquidade^{xv}. Esses estudos denunciaram a ocupação sistemática de brancos em posições de privilégio, tendo acesso a recursos materiais e simbólicos decorrentes do colonialismo e do imperialismo, que lhes são assegurados independentemente de sua vontade (FOUCAULT, 1999, p. 33 *apud* SCHUCMAN, 2012, p. 23).

Nesse contexto, o mito da meritocracia serve para a manutenção dos privilégios (BENTO, 2002, p. 148) herdados pela classe média e pela elite econômica, que no Brasil são compostas majoritariamente por pessoas brancas. A ideologia da democracia racial mantém a desigualdade brasileira incontestada por grande parte dos beneficiários da supremacia branca ocidental.

O fato de o preconceito racial recair sobre a população não branca está diretamente relacionado ao fato de os privilégios raciais estarem associados aos brancos. O branco

não é apenas favorecido nessa estrutura racializada, mas é também produtor ativo dessa estrutura, através dos mecanismos mais diretos de discriminação e da produção de um discurso que propaga a democracia racial e o branqueamento. Esses mecanismos de produção de desigualdades raciais foram construídos de tal forma que asseguram aos brancos a ocupação de posições mais altas na hierarquia social, sem que isso fosse encarado como privilégio de raça. Isso porque a crença na democracia racial isenta a sociedade brasileira do preconceito e permite que o ideal liberal de igualdade de oportunidades seja apreendido como realidade. Desse modo, a ideologia racial oficial produz um senso de alívio entre os brancos, que podem se isentar de qualquer responsabilidade pelos problemas sociais dos negros, mestiços e indígenas. (BENTO, 2002 apud SCHUCMAN, 2012. p. 14)

Essa organização racial/pigmentocrática da sociedade brasileira assegura posições de poder dentro do sistema judiciário aos brancos/as e posições de clientela selecionada pelo sistema carcerário aos negros/as. E mesmo quando ricos/brancos viram réus, o Direito Penal é aplicado de forma desigual.

No Brasil, o racismo tornou-se este instrumento que assegura a dominação, desde a criação de teorias científicas eugenistas e teorias criminológicas com perspectivas hegemônicas^{xvi}, que permitiram a marginalização, a violência, o encarceramento e o extermínio de parcela significativa dos grupos sociais mais explorados, com o objetivo de manutenção da ordem em uma sociedade capitalista que cria condições constantes para a revolta popular, como observado em vários momentos da história brasileira (Quilombos, Revolta dos Malês, Balaiada, Canudos, Guerrilha do Araguaia, etc).

Além disso, a tendência é sempre a de dissipar os conflitos raciais em conflitos reduzidos à classe social^{xvii}, ignorando também outros marcadores sociais que, se considerados, definem uma maior chance de acerto na análise da realidade. Entre esses marcadores temos o gênero, a orientação sexual, a identidade de gênero, a faixa etária, a localização geográfica, etc. A importância de considerar a interseccionalidade desses diversos fatores é que, apenas com uma análise acertada sobre a realidade é que teremos a possibilidade de uma potencial ação transformadora das estruturas de poder (CRENSHAW, 2002, online).

Para ilustrar como a interseccionalidade é fundamental em qualquer análise social, temos um dos diversos dados que compõem o “Retrato das desigualdades – gênero e raça”^{xviii} de 2016 apontando que tanto mulheres negras quanto mulheres brancas, que estão no mercado de trabalho, têm escolaridade maior que a dos homens. Porém, isso não se reflete nos salários.

Segundo a última Pesquisa Nacional de Amostra por Domicílio (PNAD 2016), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o rendimento médio mensal no trabalho principal da população ocupada de 16 anos ou mais de idade em 2015 era de R\$ 2.509,70 para homens brancos, de R\$ 1.765,00 para mulheres brancas, de R\$ 1.434,10 para homens negros e de R\$ 1.027,50 para mulheres negras.

Ao mesmo tempo, uma das consequências dessas desigualdades pode ser observada na taxa de homicídios das mulheres brasileiras. Entre os anos de 2006 a 2016, o assassinato de mulheres brancas diminuiu 8% e o de mulheres negras aumentou em 15,4%. Essa diferença mostra que, no Brasil, mulheres negras são 71% mais assassinadas do que mulheres brancas^{xix}.

Não é mais admissível que, em pleno século XXI, o Brasil continue mantendo uma hierarquia social baseada em um *apartheid* não nomeado. A reparação dos grupos historicamente marginalizados é urgente, necessária e possível. Urgente porque fomos o último país do mundo forçado a abolir a escravidão legalizada, porém isso já faz mais de um século. Necessária porque temos que cumprir o que foi estabelecido pela Declaração dos Direitos Humanos, pela Constituição Federal de 1988 e pelos Tratados Internacionais dos quais somos signatários. E, por último, é possível porque somos a 9ª maior economia do mundo, portanto, temos condições materiais suficientes para formular e por em prática políticas públicas focalizadas^{xx} que promovam a igualdade.

A meritocracia tornou-se a esperança de mobilidade social, principalmente entre os filhos da classe trabalhadora que optam por seguir carreiras que prometem estabilidade financeira e salários que variam de um rendimento médio ao exorbitante. Contudo, essa classe não é homogênea, sendo composta por uma classe média majoritariamente branca e por classes populares que ocupam os postos de trabalho formal precarizado, informal, ilícito ou que estão desempregados. Jessé Souza discorre melhor sobre essa situação:

Afinal, o capital econômico se torna cada dia mais concentrado e é transmitido “pelo sangue” - a marca mais perfeita do privilégio injusto -, como ele o foi desde tempos imemoriais. Como o conhecimento, daí seu caráter de capital impessoal, é tão indispensável à reprodução do capitalismo como o próprio capital econômico, o capital impessoal e fundamental que sobra para a disputa das outras classes entre si é o capital cultural. Se entendermos isso, entenderemos também a situação da classe média brasileira como tropa de choque dos poderosos de plantão. A classe média vai

tender – do mesmo modo como os ricos fazem com o dinheiro – a perceber o conhecimento valorizado como algo que deve ser exclusivo à sua classe social. Sua participação nos golpes contra as classes populares tem muito a ver, portanto, com estratégias de reprodução de privilégios e muito pouco com moralidade e combate à corrupção. (SOUZA, 2017, p. 49)

É extremamente cruel que a ideia do esforço individual seja propagada massivamente sem encontrar nenhum lastro na realidade, ou apenas algumas exceções pontuais que justificam a manutenção dessa competição desleal promovida pela ideologia neoliberal^{xxi}. Desta forma, todas as pessoas brancas deveriam se questionar como e por qual motivo as oportunidades obtidas a partir de privilégios são disfarçadas através do mérito pelos grupos de poder hegemônico^{xxii}. O processo de invisibilização da posição de privilégio de pessoas brancas é analisado por SCHUCMAN (2012) da seguinte forma:

Edith Piza (2002) e Ruth Frankenberg (1999) argumentam que, se há algo característico da identidade racial branca, esta característica é a invisibilidade, que se concretiza diariamente através da falta de percepção do indivíduo branco como ser racializado. A brancura, neste caso, é vista pelos próprios sujeitos brancos como algo “natural” e “normal”. Edith Piza classifica essa identidade coletiva como uma construção em contraposição, onde os não brancos são aqueles que têm a visibilidade da raça. Assim, para a autora, a branquitude só existe em relação.

A ideia de invisibilidade é complexificada por Frankenberg (2004), que argumenta que não é que a identidade racial branca seja invisível, mas sim que ela é vista por uns e não por outros, e, dependendo dos interesses, ela é anunciada ou tornada invisível. Como exemplo, podemos citar a discussão sobre as cotas raciais, onde a maioria dos brancos sabe e vê sua branquitude para dizer que as cotas os excluem. Contudo, a autora sugere que essa invisibilidade acontece quando uma sociedade chega ao ponto de uma hegemonia e a uma ideia de supremacia racial branca tão poderosa, em que os não brancos não têm voz nem poder para apontar a identidade racial do branco, nem tampouco os brancos conseguem se perceber como mais uma das identidades raciais, mas sim como a única identidade racial normal, e outras devem alcançá-la em níveis intelectuais, morais, estéticos, econômicos etc.

Cardoso (2008) e Wray (2004) apontam o perigo de pensar a identidade racial branca como invisível, pois apontá-la como tal teria a função de privilegiar o ponto de vista dos brancos, que, sem autoconsciência de sujeitos racializados, não teriam como questionar suas vantagens raciais. Os autores, em contraponto a Piza, sustentam que a branquitude é sim visível para os brancos e que estes podem usar das vantagens dela por terem consciência de sua brancura. (p. 24)

Se nos cargos jurídicos ocupados pela elite temos uma super-representação de homens brancos, nas prisões temos uma super-representação de homens e mulheres negras. O recente fenômeno do encarceramento em massa deixa explícito que o grupo escolhido para pagar pelas

crises capitalistas durante a era neoliberal é composto pela parcela da sociedade que foi historicamente a mais explorada.

A naturalização da desigualdade racial na ocupação de determinados espaços na sociedade brasileira é evidenciada através da representatividade na mídia hegemônica nacional (SCHUCMAN, 2012). O que importa saber é como os brancos agem para a manutenção de seus privilégios, para conseguirmos reverter essa situação.

A resposta é dada pelo que Maria Aparecida Bento chama de *pactos narcisísticos*: “alianças inconscientes, inter-grupais, caracterizadas pela ambiguidade e, no tocante ao racismo pela negação do problema racial, pelo silenciamento, pela interdição de negros em espaço de poder, pelo permanente esforço de exclusão moral, afetiva, econômica e política do negro” (BENTO, 2002 apud SCHUCMAN, 2012). A partir dessa premissa, pessoas brancas devem responsabilizar-se pela transformação social, começando pelo rompimento desse pacto.

Conclusões Finais

As prisões brasileiras configuraram-se como espaços de rápida eliminação dos problemas sociais aparentes (DAVIS, 1998), aglomerando populações que historicamente não receberam o mesmo tratamento de seres humanos destinado aos homens brancos herdeiros dos colonizadores escravocratas. Por isso mesmo, na prisão o modo de vida dessas pessoas não é contemplado com as garantias elencadas pelos Direitos Humanos.

Diante do exposto, fica explícita a necessidade de transformação da sociedade, em geral, e dos institutos penais, em específico, para que a emancipação de todas as mulheres seja alcançada. O feminismo interseccional, que considera os diversos marcadores sociais para analisar determinadas situações, é uma ferramenta essencial para a real promoção dos direitos humanos das mulheres.

A invisibilização dos efeitos violentos da prisão sobre as mulheres, suas famílias e suas comunidades persiste. Neste sentido, políticas públicas focalizadas devem ser formuladas com urgência, objetivando o fim das violações aos seus direitos, para que no futuro eliminem-se as

reproduções de práticas consolidadas nas instituições baseadas apenas nas necessidades dos grupos de poder hegemônico.

Isto porque, grande parte das políticas públicas formuladas para combater as drogas estão em desacordo com dados científicos já produzidos. O discurso de que esta guerra é travada pela saúde dos usuários é desonesto. São atribuídos às drogas os efeitos das políticas de seu combate, da má distribuição da riqueza, do racismo e do machismo institucionais, entre outros fatores que atravessam a vida das pessoas dentro da sociedade capitalista de produção.

Por óbvio que a política pública mais eficiente para acabarmos de vez com o problema específico do encarceramento em massa de mulheres, e de homens, por tráfico de drogas no Brasil, seria a descriminalização e regulamentação de todas as drogas arbitrariamente tornadas ilícitas. Todavia, outras propostas – certamente mais palatáveis numa sociedade profundamente conservadora e punitivista como a nossa – que visam o desencarceramento no Brasil estão sendo discutidas nas 16 medidas elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim junto à outras entidades, por exemplo.

O encarceramento por tráfico de drogas é apenas mais uma tática do projeto de uma sociedade excludente, facilmente remodelável, como a história já provou. Se antes a escravidão legalizada era o instrumento, hoje é a cadeia lotada de “traficantes”, mas amanhã poderá ser outro instrumento racista para a manutenção dos privilégios de pessoas da elite branca^{xxiii}.

Ainda assim, além da descriminalização e regulamentação das drogas, é necessário que sejam dadas as oportunidades de que todos tenham uma vida digna na sociedade brasileira. Então, políticas públicas que garantam condições de pleno emprego, moradia, saúde, transporte, educação, lazer, alimentação saudável, cultura e outros fatores básicos de integração social, precisam ser pensadas e colocadas em prática para que o uso medicinal ou recreativo de drogas não seja mais tratado como uma questão de polícia, mas de saúde e portanto, em última análise, um direito humano, vez que fruto da capacidade inalienável de todo e qualquer ser humano capaz se autodeterminar.

Esse sistema de justiça criminal, que reproduz as aspirações da elite econômica, tem como objetivo difundir uma falsa ideia de igualdade, mas na verdade se caracteriza por seu oposto, a desigualdade, gerada pela opressão de classe, raça e gênero. Conforme pensamento do criminólogo radical Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 19), ao contrário do que a ideologia dominante prega, não é o crime que produz o controle social, mas o controle social que produz o crime.

O desenvolvimento de criminologias que analisam a realidade de maneira intencionalmente equivocada, contribuindo para o “etiquetamento” de grupos sociais não aleatórios. As formas de ensino e de elaboração dos processos seletivos em cursos e concursos, que contemplam a elite e a classe média branca, que detém o poder de decisão sobre os rumos das vidas que elas não têm a mínima empatia para julgar, reforçam também todo o mecanismo de exclusão social.

O Estado Democrático de Direito não pode assumir a postura racista, elitista e machista impregnada historicamente na sociedade brasileira. Pelo contrário, deve criar meios para eliminar as desigualdades e coibir a reprodução dessa ideologia que contribui com a exclusão de determinados grupos, que compõem a maioria da população nacional, como mulheres e pessoas negras. O fim *pacto narcisístico* entre as pessoas brancas e, analogamente, entre os homens, é fundamental para que as desigualdades sociais brasileiras cheguem ao fim.

Por último, segundo relatório do INFOPEN (2017), em junho de 2016 existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil. O que representou um aumento de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990, em que o número chegava a 90.000 pessoas privadas de liberdade. Apesar desse aumento na quantidade de pessoas presas, as cidades brasileiras não ficaram 707% mais seguras nos últimos 26 anos, como era de se esperar se a lógica punitivista estivesse certa. Isto significa que estamos atacando o problema de forma profundamente equivocada.

Referências Bibliográficas

- BENTO, Maria Aparecida Silva Bento. Branquitude – o lado oculto do discurso sobre o negro. *Psicologia social do racismo – estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil / Iray Carone, Maria Aparecida Silva Bento (Organizadoras)*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002, p. (147-162)
- BOITEUX, Luciana; WIECKO, Ella Volkmer de Castilho (coord.). *Tráfico e Constituição. Série Pensando o Direito* n. 1/2009. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.
- BORGES, Juliana. *O que é: encarceramento em massa?* Belo Horizonte – MG. Letramento: Justificando. 2018. Feminismos Plurais.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN MULHERES*. Disponível em: [<https://goo.gl/S7Qmyf>]. Acesso em: 21.05.2018.
- CARDOSO, Franciele Silva; SANTOS, Pedro Sérgio dos [Orgs.]. *Crime, sociedade e políticas públicas: estudos inaugurais*. Goiânia: Gráfica UFG, 2018.
- CARNEIRO, Sueli. *Racismo, sexismo e desigualdade no Brasil*. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- CRENSHAW, Kimberle. *A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero*. Disponível em: [<https://goo.gl/UnYiN2>]. Acesso em: 10.05.2018.
- DAVIS, Angela Yvonne. *Mulheres, raça e classe*. Trad. Heci Regina Candian. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DAVIS, Angela Yvonne. *Qual é o complexo penitenciário industrial? Por que isso importa?* 1998. Disponível em: [<https://kilombagem.net.br/pensadores/artigos-textos/o-racismo-mascarado-reflexoes-sobre-o-complexo-penitenciario-industrial/>]. Acesso em: 15 de julho de 2017.
- DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2004. (Pensamento criminológico; 9).

GOMES, Maria Gama de Magalhães; FALAVIGNO, Chiavelli Facenda; MATA, Jéssica da. [Orgs]. *Questões de Gênero: uma abordagem sob a ótica das ciências criminais*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GONZALEZ, Lélia; HASENBALG, Carlos. *Lugar de negro*. Rio de Janeiro: Ed. Marco Zero, 1982.

HART, Carl. *Um preço muito alto: a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

IBCCrim et ali. *16 Propostas Contra o Encarceramento em Massa*. Disponível em: [<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017>]. Acesso em: 25.06.2018.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: PNAD. Disponível em: [<https://goo.gl/ChBwnU>]. Acesso em: 12.04.2018.

INFOPEN - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Disponível em: [<https://goo.gl/v4nsiw>]. Acesso em: 16.03.2018.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Retrato das Desigualdades de gênero e raça*, 2016. Disponível em: [<http://www.ipea.gov.br/retrato/>]. Acesso em: 08.06.2018.

JESUS, Camila Moreira de. *Branquitude x Branquidade: uma análise conceitual do ser branco*. III Encontro Baiano de Estudos em Cultura, maio 2012. Disponível em: [<https://goo.gl/VS8YG6>]. Acesso em: 05 de maio de 2018.

KARAM, Maria Lúcia. (2013). *Sem o fim da “Guerra às drogas” não haverá desmilitarização*. Disponível em: [<https://goo.gl/bZjfJw>]. Acesso em: 29.08.2018. .

PANCIEIRI, Aline Cruvello. *Mulheres mulas: tráfico de drogas, seletividade e vulnerabilidade de gênero – 2014*. Disponível em: [<https://goo.gl/UxpWHT>]. Acesso em: 13.04.2018.

PARCIDÔNIO, Gilberto. PM aumenta gastos com medicamentos de tarja preta. *O Globo*. Disponível em: [<https://goo.gl/gZ8ETC>]. Acesso em: 28.07.2018.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Lei de Execução Penal. *Série Pensando o Direito*, v. 44. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

PEIXOTO, Paula Carvalho. *Vítimas encarceradas: histórias marcadas pela violência doméstica e pela criminalidade feminina*. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

RAMOS, Luciana. *Por amor ou pela dor? Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas*. 2012. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. UnB, 2012.

REDAÇÃO. Brasil mata 71% mais mulheres negras do que brancas. *Carta Capital*. Disponível em: [<https://goo.gl/F1QjbT>]. Acesso em: 07 de junho de 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SCHUCMAN, Lian Vainer. Entre o “encardido”, o “branco” e o “branquíssimo”: raça, hierarquia e poder na construção da branquitude paulistana / Lia Vainer Schucman; orientadora Leny Sato. -- São Paulo, 2012.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VARELLA, Drauzio. *Prisioneiras*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

WACQUANT, Loic. *Insegurança social e surgimento da preocupação com a segurança social*. *Panóptica*, ano 3, n. 19, jul.-out. 2010. Disponível em: [<https://goo.gl/x3yhws>]. Acesso em: 22.01.2018.

i

Os dados apontam que a população prisional feminina brasileira, de 2000 a junho de 2016, aumentou em 656%, saltando de 5.600 para 42.000 presidiárias, enquanto para os homens o aumento foi de 293%, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN MULHERES, 2018).

ii

“Para a criminologia, o desvio é uma construção social, não podendo, por si só, ser considerado uma conduta má. Becker (1991, p.11) parte da seguinte pergunta norteadora: “por que as pessoas que identificamos como criminosos fazem as coisas que identificamos como crimes?”, para promover a reflexão acerca da convenção formada sobre o delito; pois este só é considerado assim se for rotulado pela sociedade como um desvio. Daí surge o papel das instituições, pois são elas que formatam quais delitos e quais as pessoas se enquadram nas normas por elas estabelecidas. Por isso o nome teoria do etiquetamento ou da reação

social; ao etiquetar um indivíduo como criminoso, este assume tal identidade, tornando-o alvo do sistema penal.” (PEIXOTO, 2017, p. 49-50).

iii “[...] Se pensarmos na realidade nas periferias e favelas hoje, e nas constantes violações de direitos humanos presentes em denúncias de ações de um braço indispensável da justiça criminal, que é a Polícia, inclusive sendo celebrada em filmes de grande sucesso nacional, podemos afirmar que a tortura permanece como via, não ligada diretamente ao judiciário, mas como prática constante do aparato de vigilância e repressão.” (BORGES, 2018, p. 32-33).

iv “Sendo assim, a partir da perspectiva da Criminologia Crítica verifica-se que a criminalidade real é superior às estatísticas e aos crimes que são apurados nas delegacias, vez que existem desvios que nunca chegariam a ser conhecidos pelas agências policiais (cifras ocultas). Há um mecanismo de seleção que faz com que o sistema de Justiça Penal recrute alguns indivíduos e deixe outros de fora, o que se denomina de “efeito de funil”, no qual há uma larga base que representa o conjunto de desvios e uma pequena ponta que representa a parcela da população que recebe a etiqueta de criminoso.” (PANCIEIRI, 2014, p. 16).

v Um dos exemplos do terrorismo do Estado brasileiro é o “Genocídio do Negro Brasileiro”, denunciado por Abdias do Nascimento em 1978.

vi Para Achille Mbembe (2016) existem duas formas de soberania, a que leva à autonomia e a da destruição. A política que temos hoje é uma forma de guerra, que é um meio de alcançar a soberania, mas a soberania que decide quem mata ou quem deixa viver. Essa soberania consolida o que o autor chama de “necropolítica”, que no Brasil é estruturada pelo racismo, sexismo e elitismo.

vii “No livro *The racial contract*, o filósofo afro-americano Charles W. Mills propõe que tomemos a inquestionável supremacia branca ocidental no mundo como um sistema político não nomeado, porque ela estrutura “uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, o *status* de brancos e não brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume”. Um tipo de sociedade em que o caráter estrutural do racismo impede a realização dos fundamentos da democracia, sejam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, posto que semelhante sociedade consagra hegemonias e subalternizações racialmente recortadas.

A branquitude como sistema de poder fundado no contrato racial, da qual todos os brancos são beneficiários, embora nem todos sejam signatários, pode ser descrita no Brasil por formulações complexas ou plenas evidências empíricas, como no fato de que há absoluta prevalência da branquidade em todas as instâncias de poder da sociedade: nos meios de comunicação, nas diretorias, gerências e chefias das empresas, nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas hierarquias eclesiais, no corpo docente das universidades públicas ou privadas etc.” (CARNEIRO, 2011, p. 91).

viii INSTITUTO PACS. Militarização do cotidiano: um legado olímpico. Disponível em: [https://goo.gl/7Nikr9].

ix BORGES, Juliana. A difícil democracia: reinventar as esquerdas, de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Forum*. Disponível em: [https://goo.gl/nLDsUY].

x O governo do estado de São Paulo gastou aproximadamente R\$ 3,2 milhões na compra de 12.500 bombas para a contenção de distúrbios no primeiro trimestre de 2016. O Instituto PACS também apresentou o número de 61 mil homicídios no Brasil em 2016, majoritariamente de jovens negros.

xi “A expansão e glorificação repentinas do Estado penal nos Estados Unidos a partir da metade dos anos de 1970, e depois em toda a Europa segundo os mesmos esquemas, vinte anos mais tarde, não correspondem a nenhuma ruptura na evolução da criminalidade: os crimes não mudaram bruscamente de escala ou de padrão durante esse período seja em um ou no outro lado do Atlântico. Esse fenômeno também não traduz um aumento da eficiência do aparelho repressivo que justificasse seu reforço, como querem fazer crer os responsáveis pelo mito acadêmico da “tolerância zero” que se espalhou por todo o planeta. Não foi tanto a criminalidade que mudou, mas o olhar que a sociedade passou a ter sobre algumas ilegalidades de visibilidade pública, ou seja, no final das contas, sobre as populações deserdadas e desamparadas (por seu *status* ou origem) que começaram a recair a suspeita de crimes, desde o local que essas pessoas ocupam nas cidades, até os usos e tradições delas passaram a ser explorados nos âmbitos político e midiático.” (WACQUANT, 2010, p. 199).

^{xii} “Como Friedrich Engels argumenta em sua obra clássica *Origem da família, da propriedade privada e do estado*, a desigualdade sexual, como a conhecemos hoje, não existia antes do advento da propriedade privada. Durante as primeiras eras da história da humanidade, a divisão sexual do trabalho no interior do sistema de produção econômica era complementar, e não hierárquica. Nas sociedades em que os homens eram responsáveis por caçar animais selvagens e as mulheres, por colher legumes e frutas, os dois sexos tinham incumbências econômicas igualmente essenciais à sobrevivência de sua comunidade. Uma vez que, durante esses períodos, a comunidade era basicamente uma família estendida, o papel central das mulheres nas questões domésticas significava que elas eram adequadamente valorizadas e respeitadas como membros produtivos da comunidade.” (DAVIS, 2016, p. 227).

^{xiii} Segundo dados do estudo Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça (2016), com base em séries históricas de 1995 a 2015 da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), as mulheres trabalham em média 7,5 horas a mais que os homens por semana. Em 2015, a jornada total média das mulheres era de 53,6 horas, enquanto a dos homens era de 46,1 horas. Em relação às atividades não remuneradas, mais de 90% das mulheres declararam realizar atividades domésticas, proporção que se manteve quase inalterada ao longo de 20 anos, assim como a dos homens (em torno de 50%) e a diferença da taxa de desocupação entre sexos em 2015 era de 11,6% entre as mulheres, enquanto a dos homens atingiu 7,8%. No caso das mulheres negras, ela chegou a 13,3% e 8,5% para homens negros.

^{xiv} “Num cenário em que a situação laboral para as mulheres é de exclusão e de vulnerabilidade econômico-social, outro mercado, paralelo e em progressiva expansão, promete ascensão econômica. É o mercado ilícito das drogas. Talvez pelo ganho econômico superior a trabalhos precarizados como dos serviços domésticos, talvez pela via alternativa de complementação de renda e manutenção das atividades domésticas de cuidado, o tráfico parece ser uma opção para algumas mulheres.” (RAMOS, 2012, p. 20).

^{xv} “[...] De um modo geral, é no silenciamento da branquitude que a branquitude mantém-se hegemônica, exigindo a manifestação da negritude como única forma de aceitação, o que acaba por criar barreiras para a constituição da negritude.” (JESUS, 2012, p.11).

^{xvi} “[...] O corpo negro, para os estudos criminológicos, é objeto do controle penal. Mesmo que em tom de denúncia, o ‘outro’ racializado narrado pela academia criminológica branca é um ‘outro’ homogêneo, quase dado por morto. [...]” (PRANDO, 2017, p. 10).

^{xvii} “[...] Quando tomamos como objeto os crimes de colarinho branco, a questão racial não é tematizada (HENNE; SHAN, 2015, p. 112). Os efeitos da branquitude na realização daquele tipo de criminalidade e no processo criminalizador costumam ser atribuídos quase exclusivamente à concentração de riqueza e circulação do capital. A raça pertence ao negro, não aos brancos. [...]” (PRANDO, 2017, p. 11)

^{xviii} IPEA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. 2016. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/>.

^{xix} “Brasil mata 71% mais mulheres negras do que brancas”. Disponível em: <https://goo.gl/F1Qjbt>].

^{xx} “Nesse sentido, o debate focalização *versus* universalização se constitui um embuste se não admitirmos que, historicamente, as políticas universalistas não vêm realizando sua concepção ideal de romper com a graduação de direitos. Para que elas possam corresponder a essa concepção ideal, é mister reconhecer os fatores que vêm determinando a reprodução das desigualdades que elas eternizam e tomar a focalização como instrumento de correção desses desvios históricos, e não como alternativa de política social. Ou seja: a realização dos ideais das políticas universalistas no Brasil depende de sua focalização nos segmentos sociais que, historicamente, elas mesmas vêm excluindo. E o parâmetro de qualidade que devem perseguir e oferecer são os padrões dos serviços desfrutados pela classe média e alta da sociedade.” (CARNEIRO, 2011, p. 99).

^{xxi} “A ruptura dos compromissos do Estado Democrático de Direito é o objetivo da globalização do neoliberalismo. Este projeto político estadunidense exportado, primeiro para Europa e depois para a América Latina, busca a supremacia do mercado na regulação da vida em sociedade e tem como componente essencial ao seu sucesso a expansão exponencial do setor penal. E mesmo nas experiências revolucionárias da esquerda mundial, a prisão e o proibicionismo não conseguiram ser abolidos, demonstrando o enorme poder de influência dessa ideologia encarceradora.” (WACQUANT, 2010).

^{xxii} “O racismo que alguns veem como “endêmico” a alguns ou todos os setores da classe trabalhadora branca se desenvolveu e persiste porque até agora a classe trabalhadora não tem sido capaz de criar um 1092

sistema econômico alternativo e ainda deve, no melhor dos casos, perceber suas estratégias dentro dos parâmetros do capitalismo. Porque a menos que uma visão de ordem social melhor possa ser concretizada e relacionada às possibilidades presentes, as pessoas lutarão por aquilo que podem conseguir dentro do sistema existente.” (WILLHEM, 1970 *apud* GONZALEZ; HASENBALG, 1982, p. 83).

^{xxiii} No livro *The racial contract*, o filósofo afro-americano Charles W. Mills propõe que tomemos a inquestionável supremacia branca ocidental no mundo como um sistema político não nomeado, porque ela estrutura “uma sociedade organizada racialmente, um Estado racial e um sistema jurídico racial, o *status* de brancos e não brancos é claramente demarcado, quer pela lei, quer pelo costume”. Um tipo de sociedade em que o caráter estrutural do racismo impede a realização dos fundamentos da democracia, sejam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, posto que semelhante sociedade consagra hegemonias e subalternizações racialmente recortadas.

A branquitude como sistema de poder fundado no contrato racial, da qual todos os brancos são beneficiários, embora nem todos sejam signatários, pode ser descrita no Brasil por formulações complexas ou plenas evidências empíricas, como no fato de que há absoluta prevalência da branquitude em todas as instâncias de poder da sociedade: nos meios de comunicação, nas diretorias, gerências e chefias das empresas, nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nas hierarquias eclesiásticas, no corpo docente das universidades públicas ou privadas etc. (CARNEIRO, 2011, p. 91).

Área 9

Justiça juvenil



**O CARÁTER MORALIZANTE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE
INTERNAÇÃO E SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA GARANTISTA**

*THE MORALIZING CHARACTERISTIC OF THE SOCIAL-EDUCATIVE DETENTION AND
ITS INCOMPATIBILITY WITH THE GARANTIST SYSTEM*

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Analista Executivo de Defesa Social na Subsecretaria de Atendimento Socioeducativo
do Estado de Minas Gerais.

rafaelbarrosbs@gmail.com

Resumo: O presente estudo discutirá a dinâmica de cumprimento da medida socioeducativa de internação, privação de liberdade aplicada a adolescentes condenados pela prática de ato infracional. O ponto que se quer destacar é que a medida em questão tem caráter moralizante - por não comportar prazo determinado, e por condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao alcance de uma pretendida ressocialização, com a imposição da obediência e da adesão a um projeto de vida pensado pelo Estado. Tal característica, como se demonstrará, é inadmissível, porque ofende pressupostos basilares do sistema garantista, consagrado no ordenamento Jurídico Brasileiro. Desta feita, o presente trabalho se iniciará com uma explicação sobre a atual sistemática de cumprimento da medida socioeducativa de internação, para que seja destacado como se manifesta seu caráter moralizante. Na sequência, serão apresentados delineamentos gerais do sistema garantista, com a indicação das diretrizes de formatação do sistema punitivo impostas pelo garantismo. Em seguida, serão apresentados os motivos que sustentam a afirmação de que tal modelo encontra-se consagrado no sistema jurídico nacional. Ademais, será debatida a aplicação das diretrizes garantistas ao sistema socioeducativo. E, ainda, o presente estudo contemplará discussão sobre os pontos de contradição entre garantismo e a atual sistemática de execução da medida de internação. Por fim, serão apresentadas proposições para o sistema socioeducativo de maneira a adequá-lo às diretrizes garantistas.

Palavras chave: Garantismo; Sistema Socioeducativo; Caráter Moralizante.

Abstract: The present study will discuss the dynamics of execution regarding the social-educative detention, deprivation of liberty applied to adolescents convicted of the practice of an infraction. The point to be highlighted is that the measure in question has a moralizing characteristic - it has no fixed term, and, in this way, the restoration of the adolescent's freedom is conditioned to the achievement of a desired resocialization, with the imposition of obedience and adherence to a project of life thought by the State. This characteristic, as will be shown, is inadmissible because it offends basic guidelines of the guarantor system, enshrined in the Brazilian legal system. The present study will begin with an explanation of the current system of execution regarding the social-educative detention, so that its moralizing character is highlighted. In the sequence, general ideas about the guarantor system will be presented, indicating the guidelines for formatting the punitive system brought by the garantism. Subsequently, the grounds for the assertion that such a model is enshrined in the national legal system will be presented. In addition, the application of guarantors guidelines to the socio-educational system will be debated. Furthermore, the present study will contemplate a discussion about the points of contradiction between garantism and the current system of implementation of the social-educative detention. Finally, propositions will be presented for the socio-educational system in order to adapt it to the guarantor guidelines.

Keywords: Garantism; Socio-educational system; Moralizing Characteristics.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8.069/90 prevê, em seu artigo 112, a aplicação de 06 medidas socioeducativas ao adolescente condenado pela prática de ato infracional, cuja execução vem disciplinada pela Lei do Sistema Nacional Socioeducativo (Lei do SINASE) – Lei 12.594/2012. A saber:

Capítulo IV
Das Medidas Sócio-Educativas
Seção I
Disposições Gerais

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.

(GRIFO NOSSO)

A que interessa a este trabalho é a medida de Internação, a mais gravosa entre todas as previstas, que determina a privação de liberdade **por prazo indeterminado** – não podendo exceder 03 anos, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. Vejamos:

Da Internação

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§ 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§ 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§ 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida.

§ 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§ 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público.

(GRIFO NOSSO)

Tendo em vista que a internação não comporta prazo determinado, surge o questionamento sobre qual seria, então, o requisito (ou requisitos) para que a medida chegue ao fim – ou seja, para que o adolescente tenha sua liberdade restabelecida. A legislação não indica precisamente um marco para a conclusão da privação de liberdade (para além do prazo máximo

de três anos). Contudo, o art. 1º da Lei do Sistema Nacional Socioeducativo - SINASE (Lei nº 12.594/2012), indica quais seriam os objetivos das medidas socioeducativas. É de se supor, portanto, que o requisito para o restabelecimento da liberdade do socioeducando, no caso da internação, seria o alcance de tais objetivos. A saber:

DO SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (Sinase)
CAPÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - Esta Lei institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas destinadas a adolescente que pratique ato infracional.

(...)

§ 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

I - **a responsabilização** do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;

II - **a integração social do adolescente** e a **garantia de seus direitos individuais e sociais**, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

III - **a desaprovação da conduta infracional**, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Os objetivos expressos acima indicam a tônica da medida socioeducativa – ou as finalidades que ela se propõe a perseguir.

Há, de fato, um compromisso com a efetivação de direitos fundamentais do adolescente e com a promoção de sua integração social exercitado durante a execução da medida de internação.

Lado outro, o objetivo da “integração social” e da “garantia dos direitos individuais” vem compatibilizado com a “responsabilização” do adolescente e a “desaprovação” da sua conduta infracional.

Ainda que a medida em apreço se dedique a desenvolver a proteção de garantias fundamentais do adolescente, trata-se de privação de liberdade, imposta como consequência à prática de ato previsto como delito. Tal privação tem o propósito de reprovar a conduta do adolescente e nele desenvolver a percepção sobre a gravidade de seus atos, fazendo-o responder pelas consequências deste “malfeito”.

A medida em apreço se orienta pela expectativa de, a partir da privação de liberdade, aliada ao desenvolvimento de atividades pedagógicas, “melhorar” o adolescente. Tudo isso apostando na “mudança do futuro” daquele indivíduo.

Contudo, há que se ter em mente que a medida não apenas oferece “oportunidades” ao adolescente, mas exige que ele se dedique a acatar estas oportunidades para ter sua liberdade restabelecida. Isso porque, sendo estes os objetivos da medida de internação, são também estes os parâmetros para indicar quando a privação de liberdade deve chegar ao fim.

O juízo da execução da medida avalia o adolescente, nos intervalos periódicos obrigatórios, com base no desenvolvimento dos pontos contemplados no seu plano individual de atendimento, relativos a diversos aspectos (escolarização, profissionalização, saúde, cultura, esporte, lazer, vínculos familiares e sociais) e, tomando por referência o desempenho apresentado pelo adolescente define se ele se mostra preparado para ter sua liberdade restabelecida, por ter aderido, de maneira satisfatória ao programa executado – em suma, se ele conseguiu ser suficientemente “ressocializado” para só assim a medida chegar ao fim.

No mesmo sentido, tal perspectiva orienta também o trabalho das equipes de execução da medida nos órgãos estaduais, responsáveis pelo acompanhamento do adolescente. O trabalho dessas equipes é direcionado pelo atendimento aos eixos, visando à efetivação dos direitos fundamentais do adolescente e à construção de um projeto de vida livre da delinquência, para que então ele possa ter sua liberdade restabelecida.

Em síntese, o que se quer destacar é que a medida socioeducativa de internação, ao condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao alcance de uma pretendida ressocialização, revela seu caráter moralizante. Isto porque ela tem como objetivo, normativamente previsto, “mudar” para melhor aquele sujeito submetido a ela: reprovando sua conduta; fazendo-o sofrer a consequência do seu erro; e estabelecendo para esse indivíduo um novo projeto de vida, que não envolva a delinquência.

Não se está aqui criticando a postura adotada na prática pelo Judiciário ou pelos órgãos de execução da medida socioeducativa, com o apontamento que a atuação destas figuras, em concreto, dá origem ao caráter moralizante da internação. O que se quer defender é que a previsão normativa – estabelecendo tempo indeterminado para a medida, exigindo sua reavaliação periódica, e impondo como requisito ao restabelecimento da liberdade o alcance da ressocialização do adolescente – determina uma lógica moralizante para a medida, apenas reproduzida pelas instâncias responsáveis pela sua execução. O vício que se quer revelar se

detecta na previsão normativa, que dá ensejo a uma prática igualmente viciada, porque coerente com tal previsão.

O caráter moralizante da medida socioeducativa de internação, como se defenderá neste estudo, é altamente indesejável e reprovável. A discussão que se pretende realizar ganha contornos mais precisos se realizada à luz das ideias do jurista italiano Luigi Ferrajoli e sua teoria do garantismo penal.

O SISTEMA GARANTISTA

O sistema garantista, proposto por Ferrajoli, contempla a indicação de um modelo de Estado efetivamente democrático, comprometido com a tutela das liberdades individuais, dos direitos políticos e sociais - o denominado Estado Constitucional de Direito.

A partir de tal modelo de Estado, o autor italiano propõe a estruturação de sistema punitivo igualmente democrático, com base no atendimento das 10 máximas garantistas – um conjunto de axiomas ou princípios fundamentais, que representam proposições herdadas do pensamento iluminista, concebidas como princípios de limitação ao exercício absoluto do poder punitivo. Desde sua gênese, têm sido incorporados aos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, passando a representar, nesse sentido os “princípios jurídicos do moderno Estado de direito” (FERRAJOLI, 2006, p. 92). São eles:

- a1 *Nulla poena sine crimine*
 - a2 *Nullum crimen sine lege*
 - a3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*
 - a4 *Nulla necessitates sine injuria*
 - a5 *Nulla injuria sine actione*
 - a6 *Nulla actio sine culpabilidatea*
 - a7 *Nulla culpa sine iudicio*
 - a8 *Nullum iudicium sine accusatione*
 - a9 *Nulla accusatio sine probatione*
 - a10 *Nulla probatio sine defensione*
- (FERRAJOLI, 2006, p. 91)

Tais axiomas podem ser denominados a partir das garantias penais e processuais penais por eles expressas:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito;
- 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal;
- 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;

- 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- 7) princípio da jurisidictionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- 9) princípio do ônus da prova ou da verificação;
- 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2006, p.91)

Para além da referência aos axiomas, há que se ressaltar que Ferrajoli destaca um ponto central na construção do seu modelo – a separação entre direito e moral. Nos termos do autor (2006, p.205), conceber essa separação significa afirmar que estas duas esferas são reciprocamente autônomas e tratam de dimensões normativas de finalidades diferentes. A preocupação do autor ao defender tão ferozmente essa separação, é com a indevida interferência das convicções morais na prática do sistema punitivo, sendo assim, somente uma separação clara entre essas duas esferas é que pode garantir a existência de um sistema que se oriente pela defesa dos interesses dos cidadãos, constitucionalmente consagrados, e não pelas convicções normativas pessoais de cada um dos operadores do direito.

Em certa medida, o autor admite que a imoralidade de uma conduta pode até ser considerada condição **necessária** para sua criminalização, porém **não suficiente**.

Nesse sentido, admitindo a independência das duas esferas, se aponta que o sistema punitivo **não deve reforçar nenhuma perspectiva moral, mas apenas impedir que bens jurídicos alheios sejam concretamente ofendidos**. Assim, o juízo deve recair somente sobre fatos, que são empiricamente verificáveis e não contemplar critérios morais e internos do agente. Em outras palavras: O Estado deve punir o indivíduo pelo que ele fez, e não pelo que ele é. Por sua vez, por tal perspectiva, a sanção penal não deve possuir nem conteúdo nem finalidades morais —não pode ter finalidade pedagógica nem terapêutica (FERRAJOLI, 2006, p.207/210).

Essa separação, rigorosamente defendida por Ferrajoli, repercute na perspectiva que o autor adota com relação à justificação para a existência do sistema punitivo, ou seja, nos motivos que sustentam o exercício do poder de punir e nas finalidades que se atribui a pena, em concordância com tais justificações.

Aqui vale um importante esclarecimento: a referência ao sistema garantista, suas disposições sobre a separação entre direito e moral e sobre as finalidades da pena se justifica tendo em vista que, como se debaterá, o modelo do autor italiano encontra-se consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no texto da Constituição de 1988.

Desta feita, a análise da perspectiva em destaque não representa a discussão sobre uma proposição teórica em abstrato – mas sim o debate sobre as diretrizes impostas por um modelo

adotado pelo sistema normativo pátrio, e que, portanto, tem que ser obedecido por todas as esferas do exercício punitivo.

Feitas as devidas considerações passa-se a uma breve explicação sobre a perspectiva de Ferrajoli acerca das principais doutrinas que se propõem a responder a questão da justificação do direito penal.

Sua análise se inicia pelas doutrinas abolicionistas – que se opõem à existência do Direito Penal. Pela ótica de tais perspectivas, a limitação de liberdade imposta pelo sistema punitivo tem um custo muito alto, de forma que o direito penal não se justifica, e por isso não deve existir (FERRAJOLI, 2006, p.230/232). Entende Ferrajoli que, na ausência do Direito Penal, o que vigoraria é a “lei do mais forte” (FERRAJOLI, 2002, p.32), daí sua ressalva às doutrinas abolicionistas, diante da necessidade de se implementar o direito penal para impedir tal violência de ser perpetrada.

Prosseguindo em sua análise, o autor passa a discutir os modelos justificacionistas – aqueles que de fato, se propõem a fundamentar e defender a existência do direito penal e, seguindo a consagrada separação da literatura jurídica, Ferrajoli subdivide estes modelos em doutrinas absolutas e doutrinas relativas.

Os modelos justificacionistas absolutos (FERRAJOLI, 2006, p.235/240) fundamentam a existência do direito penal e da pena como um fim em si mesmo. São modelos de caráter retributivo, que associam a pena a uma vingança, uma expiação do pecado (forte caráter religioso) ou a um remédio. O autor critica ferozmente estes modelos, pois em sua concepção, a pena não pode representar um fim em si mesmo, é dizer, a existência do sistema punitivo não é auto-justificável. O direito penal (e de maneira geral, o próprio Estado, como concebido por Ferrajoli) deve existir para atender aos interesses dos cidadãos e tutelar seus direitos, sendo um modelo retributivista completamente incompatível com tal ideia.

Em oposição aos modelos absolutos, Ferrajoli apresenta as doutrinas relativas (2006, p.240/244) – de caráter preventivo, em suas diversas dimensões (geral e especial, positiva e negativa). Numa breve explicação, a prevenção especial se refere à ação da pena no delinquente, enquanto que a prevenção geral diz respeito à ação da pena sobre toda a sociedade de maneira ampla.

Na visão do italiano, as doutrinas da prevenção especial (FERRAJOLI, 2006, p.246/244) tratam o delito e o delinquente como uma questão de “personalidade”, e representam

o uso do direito penal não para prevenir a prática de crimes, mas para transformar as personalidades desviantes.

As doutrinas da prevenção especial negativa defendem a ideia de que o delinquente precisa ser neutralizado e mantido à distância. O tomam como não merecedor do convívio social, deixando claro seu viés autoritário.

Em situação semelhante, o autor apresenta as doutrinas da prevenção especial positiva. Em breves linhas, sob diversas perspectivas, estas doutrinas desenvolvem a noção de pena como reeducação, ressocialização ou cura (propagando as noções de delito como manifestação da ignorância ou como sintoma de uma doença). A finalidade do direito penal sob tal ótica não é só punir o homem, mas obriga-lo a ser bom, a se tornar melhor, o que, para Ferrajoli representa o uso da pena como um instrumento moralizante.

Rechaçando os modelos retributivos e de prevenção especial, Ferrajoli aponta (2006, p. 255) que tais perspectivas teóricas confundem direito, moral e natureza e se fundam num modelo de delito como mal em si próprio e na pena como instrumento de moralização. Notadamente, estes modelos não observam um dos pressupostos essenciais do modelo SG - a separação entre direito e moral e entre legitimação interna e externa.

Ademais, sobre o modelo de prevenção geral positiva, Ferrajoli assinala que este atribui à pena a função de integração social e de reforçar a fidelidade do Estado e o conformismo das condutas, tratando-se de modelo moralizante, de educação coletiva e orientação moral, que se mostra mais preocupado com a conservação do Estado do que com a tutela dos interesses dos indivíduos – daí o motivo de se opor a ele.

Finalmente Ferrajoli comenta a perspectiva da prevenção geral negativa que, em sua visão, seria a única dimensão preventiva que não traz consigo uma perspectiva moralizante – se pretende somente a prevenir a prática delincente, por meio da intimidação.

A prevenção geral negativa se dirige a todos os indivíduos de maneira ampla – não valoriza aprioristicamente, não qualifica o potencial delinquente com nenhuma carga moral negativa.

O autor destaca duas perspectivas para a intimidação. Uma que se constrói por meio da ameaça, em abstrato, que a previsão legal dos delitos e das penas realiza sobre os indivíduos, desincentivando-os a prática delincente e outra que se constrói a partir da ameaça em concreto, da aplicação de pena exemplar nas condenações criminais, que causam mais temor na população em geral.

A preocupação de Ferrajoli é que essas duas dimensões da intimidação podem levar a raciocínios autoritários. Se a pena em abstrato deve intimidar, ela caminhará cada vez mais para a severidade, para que se torne cada vez mais intimidadora. No mesmo sentido, se a aplicação da pena deve ser exemplar, é possível que, no caso concreto, aplique-se uma pena mais gravosa (a despeito das circunstâncias do delito), só para atender a essa dimensão de amedrontamento. Além disso, sob tal raciocínio, o ser humano estaria sendo utilizado como fim para atingir um meio preventivo, instrumentalização tida como inadmissível.

E, com base nestas colocações, o autor apresenta sua perspectiva justificacionista – em defesa de um modelo que leva em conta a noção de que o direito penal não deve apenas prevenir delitos, mas igualmente prevenir as punições excessivas e arbitrárias. É só assim que Ferrajoli admite uma referência à perspectiva da prevenção geral negativa – afirmando que esse paradigma deve servir como limite máximo do direito penal. A pena deve chegar ao ponto máximo de que a “violência” que ela representa não supere as violências que ela pretende prevenir. Lado outro, a pena deve também respeitar um limite mínimo, para impedir que seja desconsiderada pela população em absoluto, o que daria origem a um cenário de respostas extrapenais, fazendo a sociedade recorrer à autocomposição.

Nas palavras do próprio autor:

“Nenhum homem”, escreveu Beccaria, “fez doação gratuita de parte da própria liberdade em favor do bem público”. Foi de fato “a necessidade que obriga os homens a ceder parte da própria liberdade: é absolutamente certo que ninguém quer colocar no depósito público nada além da mínima porção possível, apenas aquela que basta para induzir os outros a defendê-lo. Tudo o mais é abuso e não justiça, é fato mas não ainda direito.

Se este é o limite imposto pelo pacto constitucional ao poder público por ele originado, a única justificativa que o direito penal pode oferecer como alternativa à hipótese abolicionista é que tal limite consiga ser um instrumento de defesa e de garantias de todos: da maioria “não desviada”, mas também da minoria “desviada”, que portanto se configura como um direito penal mínimo, como técnica de minimização da violência na sociedade; da violência dos delitos, mas também da reação aos delitos; que, em suma, realize um duplo objetivo: a prevenção e a minimização dos delitos, bem como a prevenção das reações informais aos delitos e a minimização das penas. (FERRAJOLI, 2002, p.33)

Como bem sintetiza Salo de Carvalho:

Para sublimar os efeitos incongruentes das teorias justificacionistas e abolicionistas da pena, Ferrajoli funda seu modelo de utilitarismo *reformato* segundo o argumento da pena mínima necessária. Negando a tradição liberal anti-iluminista, o autor concebe o fim da pena não apenas como prevenção aos injustos delitos, mas

principalmente como esquema normativo de prevenção da reação informal, selvagem, espontânea, arbitrária que a falta das penas poderia ensejar. Desde este ponto de vista, a pena apresentar-se-ia como guardião do direito do infrator em não ser punido senão (razoavelmente) pelo Estado, redimensionando a função do direito e do processo penal, não mais direcionado à tutela social, mas à proteção da pessoa que se encontra em situação de violência privada – momento da lesão interindividual e/ou pública – plano institucional. Impedir o mal da vingança arbitrária e desmedida operada pela vítima, ou pelas forças solidárias a ela, bem como o excesso punitivo do Estado, seria o escopo deste novo modelo de direito: garantias penais e processuais, de fato, não são mais do que técnicas que têm por objetivo minimizar a violência e o poder punitivo. (CARVALHO, 2008, p.147)

A discussão que traz Ferrajoli com relação às doutrinas justificacionistas do direito penal (e das finalidades da pena) tem especial pertinência com o debate aqui empreendido, notadamente a oposição que o autor apresenta com relação às doutrinas da prevenção especial. Como revela Ferrajoli, o sistema garantista é incompatível com um modelo punitivo que tenha caráter moralizante – característica que acaba de ser evidenciada no sistema socioeducativo.

ADOÇÃO DO GARANTISMO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A afirmação de que sistema garantista foi adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro se sustenta a partir da indicação de que os axiomas elaborados pelo autor italiano se encontram consagrados na vigente Constituição, ainda que nem todos de maneira explícita.

Impõe-se, portanto, a tarefa de se detectar os princípios constitucionais penais consagrados na Constituição de 1988 e avaliar sua conformidade com o modelo garantista concebido por Ferrajoli.

- **O princípio da legalidade** encontra-se enunciado no texto constitucional no art. 5º, inciso XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;” (BRASIL, 1988). Contudo, tal previsão revela apenas a dimensão da “reserva legal”, ou a perspectiva formal da legalidade. Para Ferrajoli, o princípio em questão tem também dimensão material, ou seja, impõe limitações ao conteúdo da legislação. Em síntese, o que defende o autor italiano é que não basta que uma lei no campo punitivo siga o procedimento formalmente estabelecido para sua edição para que possa ser considerada compatível com o ordenamento jurídico. Para que seja reconhecida sua “validade”, seu conteúdo deve se apresentar em concordância com todas as diretrizes garantistas, de limitação ao poder de punir. É neste sentido que se afirma (SILVEIRA, 2017, p.24/25) que todos os dispositivos constitucionais que impõem limitação ao exercício punitivo - valendo mencionar a garantia da liberdade de

crença e consciência (Art. 5º, Inciso VI), a inviolabilidade do domicílio (Art. 5º, Inciso XI), e o sigilo de correspondência e das ligações telefônicas (Art. 5º, Inciso XII), que restringem a intervenção estatal na esfera individual, bem como uma série de garantias específicas do campo penal, principalmente na matéria da privação de liberdade, como a garantia de prisão apenas em flagrante ou por ordem da autoridade judicial (art. 5º, inciso XLI), a individualização da pena (art 5º, inciso XLV), humanidade/vedação a penas desumanas (art 5º, inciso XLVI), local adequado para cumprimento de pena (art. 5º, XLVIII), respeito aos direitos do apenado (art. 5º, XLIX) – representam um complemento ao conteúdo do princípio da legalidade e revelam sua manifesta proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro.

- O **princípio da retributividade** estabelece que toda pena tem por pressuposto a prática de um crime. O mencionado princípio pode ser detectado no texto do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, o qual destaca que: “não há crime sem lei anterior que o defina, **nem pena sem prévia cominação legal;**” (GRIFO NOSSO). Ou seja: a pena pressupõe a prática de crime, definindo previamente em lei;
- O **princípio da necessidade ou da economia do direito penal** impõe que a intervenção penal seja tratada como a última medida a ser adotada na tentativa de dissuadir comportamentos ilícitos (SILVEIRA, 2017, p.17) e pode ser detectado de maneira implícita no texto constitucional, como decorrência de outros princípios explicitamente protegidos. Como aponta Luisi (2003, p.39), a Constituição de 1988 consagra a inviolabilidade dos direitos à liberdade, vida, igualdade, segurança e propriedade e elenca a dignidade da pessoa como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Isso vale para se afirmar que “a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem” (LUISI, 2003. P.40).
- O **princípio da ofensividade** também não encontra previsão expressa no texto constitucional. Contudo, deriva de dois pressupostos basilares do direito penal, amplamente aceitos nos dias de hoje (SILVEIRA, 2017, p.26). Como esclarece Prado, (2008, p. 136), o pensamento jurídico contemporâneo considera que a função primordial do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Tal proteção não se dedica, contudo, à tutela de todos os atributos ou valores sociais, mas apenas daqueles tidos como mais importantes. E, mais do que isso – e aqui se insere a referência à ofensividade – o direito

penal não se dedica a proibir quaisquer condutas que atingem tais atributos, repelindo somente a aquelas que efetivamente **representam lesão ou perigo de lesão a bem jurídico determinado**.

- O **princípio da materialidade** veda que o indivíduo seja penalizado pelas suas atitudes internas, não manifestadas no mundo exterior (SILVEIRA, 2017, p.29). Tal princípio também só encontra referência indireta no texto Constitucional, revelando-se como decorrência dos princípios da exclusiva proteção de bens jurídicos e da ofensividade. O raciocínio que indica que tal prescrição tem respaldo no ordenamento jurídico pode ser simplificada apresentada nos seguintes termos (SILVEIRA, 2017, p.29): se o que interessa ao Direito Penal é proibir as condutas que efetivamente ofendam ou exponham a perigo determinado bem jurídico, ele deve ser indiferente às condutas não manifestadas no mundo exterior, que não oferecem ameaça alguma para estes bens.
- O **princípio da culpabilidade**, condiciona o exercício punitivo no campo penal à detecção da culpabilidade do indivíduo, e vem consagrado na dicção de dois dispositivos constitucionais (SILVEIRA, 2017, p.27): a) o inciso XVII do artigo 5º, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em Julgado de sentença penal condenatória”, indicando, desta feita, ser a declaração da culpabilidade do indivíduo pressuposto para condenação e o cumprimento de pena (LUISI, 2003, p. 37); b) O inciso XLVI do mesmo artigo 5º, que, ao se referir a individualização da pena, indica que é a culpabilidade que serve de base para a definição da espécie de pena a ser aplicada e do quantum a ser cumprido (LUISI, 2003, p. 37).
- O **princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação** indica a necessidade, irrenunciável, de que as atividades de julgamento e acusação no campo penal sejam desempenhadas por figuras distintas – ou seja, que o julgador não tenha função de acusar, e que o acusador não tenha poder de decidir (SILVEIRA, 2017, p.21). Este princípio vem consagrado na separação, constitucionalmente prevista, entre os órgãos julgadores e acusadores a partir dos artigos que tratam do Poder Judiciário (Capítulo III) e do Ministério Público (Capítulo IV, Seção I).
- O **princípio do contraditório**, relacionado à noção de paridade de armas no processo penal, vem literalmente mencionado no art. 5º, 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”.

- **O princípio do ônus da prova** tem relação direta com a garantia da presunção de inocência, que indica que o indivíduo não será tratado como culpado até que haja decisão definitiva de sua condenação. Com base nesta premissa, o ônus de provar a culpabilidade do suposto autor é atribuído à acusação. (LOPES JUNIOR, 2001, p.21). O texto constitucional revela a proteção do princípio em questão nas disposições sobre a **presunção de inocência** (art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) e o **devido processo legal** (art. 5º, LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) (SILVEIRA, 2017, p.27).
- **O princípio da jurisdicionariedade**, que trata da garantia de efetivo acesso ao poder judiciário, tem seu conteúdo dado por todos os enunciados constitucionais que cuidam da proteção de prerrogativas processuais (SILVEIRA, 2017, p.27). Para além das já mencionadas, como axiomas do Sistema garantista, vale destacar **as previsões sobre o acesso à Justiça** (art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), a vedação ao Juízo de exceção (art. 5º, inciso XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção), e as diversas disposições sobre a prisão (art. 5º, incisos LXI a LXVII).

Como se destacou, nem todos os princípios apresentados como axiomas do sistema garantista se revelam explicitamente no texto constitucional. Contudo, decorrem de outros princípios com previsão expressa, o que basta para defender que são também objeto de tutela no nosso ordenamento jurídico (SILVEIRA, 2017, p.27). Como elucidam Silva Franco, Lira e Félix.

Os direitos e garantias fundamentais só existem e podem ser preservados num Estado (Social e) Democrático de Direito, e não existe um Estado (Social e) Democrático de Direito sem um catálogo de direitos e garantias fundamentais. Os direitos e garantias fundamentais não se esgotam, contudo, neste catálogo. Há outros fora dele, isto é, sem explícito registro constitucional. Isso não significa, contudo, que percam o seu nível constitucional e que, portanto, estejam desprovidos de seu caráter positivo (FRANCO; LIRA; FELIX, 2011, p. 101).

Vale trazer, ainda conteúdo dos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição de 1988, que não deixam dúvidas quanto à admissão de direitos fundamentais, ainda que sem previsão expressa:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

(BRASIL, 1988)

Por todo o exposto é que se sustenta a afirmação de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema garantista – o que impõe, como destacado, a necessidade de que o sistema punitivo se adeque às diretrizes deste modelo.

APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES GARANTISTAS AO SISTEMA SOCIOEDUCATIVO

É de se supor que os pressupostos garantistas interessam apenas ao campo do Direito Penal. Isto porque a partir da pena o Estado exercita seu poder punitivo – e os axiomas garantistas, prescrições de limitação a este poder, serviriam como instrumentos de proteção do indivíduo contra o arbítrio punitivo estatal.

Contudo, há que se considerar que o exercício punitivo – ou a intervenção estatal sobre a liberdade individual - não se esgota no campo penal/penitenciário. Assim sendo, sempre que a mencionada intervenção se manifestar, impõe-se a observância dos princípios de limitação delineados no SG.

Em suma:

Embora a teoria esteja, em tese, e por razões óbvias, voltada à aplicação na seara penal e processual penal, onde o poder punitivo do Estado é assente, não se pode desconsiderar sua importância nos demais ramos do direito, nos quais o Estado possa exercer atos de coação em detrimento de direitos fundamentais. Em outras palavras, sempre que o Estado puder exercer atos de força, o garantismo penal poderá ser aplicado para impor limites legítimos à coerção estatal. (MINATEL, 2013, p.20)

Assim, necessário discutir se a medida socioeducativa de internação - em concreto uma privação de liberdade, decretada diante da prática de ato definido como criminoso – seria expressão desse comentado poder punitivo. Sobre este ponto, nota-se na literatura jurídica uma celeuma, que diz respeito à natureza da medida socioeducativa, notadamente a de internação. Explica Shecaira (2015) que haveria, em suma, duas posições: uma refutando a natureza punitiva da medida, outra a defendendo. A saber:

Assim, esta primeira visão entende que mesmo a privação da liberdade, travestida de internação, não possui um sentido punitivo, de vez que essas medidas são tomadas para que os adolescentes possam ser atendidos, tratados, reeducados e reinseridos socialmente. Logo, a perspectiva do debate não estaria nas garantias do adolescente perante o poder punitivo do Estado, pois este, por intermédio de seus órgãos, agiria em benefício dos adolescentes em conflito com a lei.

O segundo grupo de pensadores, ainda que integrado por diferentes visões do próprio ECA, tem em comum a compreensão de que o sistema criado pela Constituição Federal e em sua regulamentação pelo Estatuto é um Direito Penal Juvenil. Para todos esses autores, reconhece-se o caráter de sanção das medidas socioeducativas. (SHECAIRA, 2015, p.190/191)

A corrente a qual este estudo se filia é a segunda enunciada no trecho em destaque. Tal escolha se justifica diante da seguinte constatação: ainda que a medida se proponha a atuar sobre a efetivação de direitos fundamentais do adolescente, na tentativa de satisfazer suas necessidades essenciais (de convívio social e familiar, educacional, de saúde, cultura, lazer e profissionalização), ela “cobra o preço da liberdade”. Seu caráter punitivo e impositivo é, sobre este ponto de vista, irrefutável. Tal ponto leva Shecaira a afirmar que a medida de internação seria, verdadeiramente, um “eufemismo para as penas privativas de liberdade” (2015, p.193). Como bem esclarece o comentado autor:

Se for verdade que a medida socioeducativa tem um substrato pedagógico, não será menos verdade que o mecanismo de sua fixação é impositivo, decorre de um procedimento que se referencia nos parâmetros dos processos em que os adultos são os acusados, devendo ter todas as garantias inerentes ao devido processo legal. Assim, o sistema é sancionatório, tanto quanto a medida socioeducativa é pedagógica. (SHECAIRA, 2015, p.192)

E ainda:

Como traço fundante da medida de internação, por exemplo, tem-se a concretização de um castigo; e ninguém pode ignorar que o recolhimento compulsório a uma unidade de internamento, por melhor proposta educacional que apresente, tem caráter punitivo (SHECAIRA, 2015, p.193).

Defendendo semelhante posição – que revela o caráter impositivo da medida socioeducativa – manifesta-se Saraiva:

O que se extrai disso é que a Medida Socioeducativa se constitui em uma intervenção estatal na esfera da autonomia do indivíduo, uma Imposição sem consentimento do afetado. (SARAIVA, 2016, p.135)

Em suma, fica evidente que, tratando-se a medida de internação de manifestação do exercício do poder punitivo, se impõe a observância dos pressupostos garantistas no âmbito de sua aplicação. Defender posição diferente desta seria destinar tratamento mais rigoroso ao adolescente, na contramão das previsões constitucionais que indicam a absoluta prioridade na proteção dos direitos e garantias fundamentais do público em comento.

A constatação do caráter punitivo da medida de internação não põe fim à discussão pretendida por este estudo. Ao contrário, é o que há de característico nesta medida que mais interessa ao presente trabalho – a finalidade pedagógica e ressocializadora que a ela se atribui.

Nos termos de Shecaira, a medida socioeducativa é sanção “de caráter pedagógico e educativo, com finalidade de reforçar os vínculos familiares e comunitários do adolescente, aplicada em função da não conformação da conduta” (SHECAIRA, 2015, p. 191).

Saraiva manifesta visão semelhante, dando destaque tanto para o efeito negativo da medida, quanto para o proveito educativo e pedagógico que ela pode ter sobre o socioeducando:

(...) a medida socioeducativa, em particular aquela privativa de liberdade, se constitui em um Mal. Um mal necessário em casos extremos (princípio da necessidade), imposto ao adolescente, por conta do ato infracional praticado (art.103) no interesse da sociedade, não para o sancionado. Um mal cujo efeito negativo pode mitigar-se em parte ou incluso, às vezes pode reverter-se a favor do sancionado (princípio educativo, finalidade pedagógica da medida buscada através do programa de execução, mas sempre um mal, enquanto supressão ou limitação da liberdade individual. (SARAIVA, 2016, p.135)

A lógica de execução da medida socioeducativa de internação contempla um exercício pedagógico/educativo/ressocializador. Ao mesmo tempo, como destacou o presente trabalho, o sistema garantista se funda na defesa irrestrita da separação entre direito e moral e se opõe às noções de sanção como medida de reeducação ou ressocialização.

Revela-se, portanto uma contradição entre as duas perspectivas.

O grande questionamento que se coloca é se tal contradição pode ser tolerada. Ou seja, se há justificativa para que o Estado promova sobre o adolescente uma intervenção com finalidades de ressocialização, enquanto o sistema sobre o qual este mesmo Estado se funda veda tal postura.

A resolução do questionamento levantado pressupõe a compreensão sobre um dos fundamentos para a existência de um sistema punitivo especificamente idealizado para atendimento do público em questão: a condição peculiar do adolescente como indivíduo em desenvolvimento, cuja personalidade ainda está em construção. Com efeito, o Instituto

Brasileiro de Ciências Criminais, em documento elaborado em oposição à proposta de redução da maioria penal pleiteada por meio da PEC 171/93, destacou que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente no artigo 6º o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que garante ao adolescente tratamento condizente com este estágio, tendo ressaltado:

Essa condição, ostentada pelo adolescente, justifica “um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população”, o qual foi materializado na legislação a ser aplicada àquele que pratica ato infracional.

(...)

Toda essa constatação, especialmente o fato de sua personalidade ainda estar em desenvolvimento, permite afirmar que o tratamento particular a ser destinado aos adolescentes está fundado na possibilidade de mudança do futuro daquele que já praticou um ato infracional. Há, assim, uma “aposta social na enorme capacidade de autotransformação que é própria do ser humano em fase de desenvolvimento”. (IBCCRIM, 2015, p. 6/7.)

Por tal perspectiva, seria possível defender que a intervenção do Estado na formação da personalidade do adolescente mostra-se desejável e até mesmo aceitável. Se funda na aposta de que a ação estatal trará benefícios para o próprio socioeducando – ajudando no seu desenvolvimento pessoal.

Ademais, é de se considerar que o adolescente em conflito com a lei deve receber tratamento prioritário porque o fato deste indivíduo ter praticado atos infracionais muitas vezes revela sua posição de maior vulnerabilidade social e econômica. É nesse sentido – por se tratar de indivíduo mais vulnerável – que uma intervenção qualificada do Estado, em tese se justificaria.

Com efeito, reforçando as constatações da seletividade do sistema penal, a clientela habitual do sistema socioeducativo é composta majoritariamente por indivíduos pobres, negros, em condição de marginalização socioeconômica, com grande defasagem escolar, usuários de droga, normalmente autores de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, roubo ou furto - panorama referendado pelas estatísticas do sistema socioeducativo (BRASIL, 2011).

As características evidenciadas para o público habitual do sistema socioeducativo – condição de pessoa em desenvolvimento e manifesta vulnerabilidade socioeconômica – poderiam servir para justificar uma intervenção estatal qualificada sob estes indivíduos. Entretanto, a que se realiza por meio da medida de internação traz uma indesejada faceta, aqui

já levantada – é medida por tempo indeterminado, condicionada ao alcance de uma pretendida ressocialização. E é tal característica que torna insuperável a contradição da medida com o sistema garantista. Vejamos:

Com sua atual formatação, notadamente tendo em vista seus objetivos, a medida de internação é concebida para atuar sobre um indivíduo peculiar, em formação, no intuito de colaborar na construção da sua personalidade, e mostrar para ele que existem alternativas lícitas de vida. Até aí, nada de errado. Contudo, a medida exige que o socioeducando absorva todas essas orientações para restituir sua liberdade. Com tal formatação, é medida moralizante – não satisfeita em privar a liberdade, exige que o indivíduo abrace o projeto de vida que o Estado lhe impõe, para só assim autoriza-lo a viver em sociedade novamente.

Condicionar o restabelecimento da liberdade do adolescente ao sucesso no seu exercício de ressocialização mostra-se inaceitável, especialmente tendo em vista dois pontos:

- a) O adolescente pode não desejar seguir o projeto de vida imposto pelo Estado. Pode não ter interesse em se envolver nas atividades pedagógicas que lhe são ofertadas. Nem em restabelecer vínculos familiares. Ou mesmo em ser capacitado para as atividades profissionais a ele oferecidas. E, de maneira mais extrema, pode desejar permanecer envolvido na prática de atos infracionais (e deve ser seu direito poder fazê-lo, assumindo as consequências de sua conduta). Se o Estado impõe um projeto de vida ao adolescente e só devolve sua liberdade com a adesão a este projeto, não há caráter pedagógico, mas exercício de obediência;
- b) Ainda que haja um comprometimento rigoroso do adolescente em atender aos pretendidos objetivos da medida socioeducativa – com sua participação irrestrita às atividades que lhe são ofertadas, visando o atendimento dos eixos da medida – seu empenho não garante o sucesso no exercício de ressocialização. Isto porque tal sucesso não depende apenas do adolescente. Como já se destacou, a medida se debruça sobre uma série de aspectos da vida do adolescente. Também vale repetir, que o perfil deste adolescente atendido pelo sistema socioeducativo é marcado pela condição de marginalização socioeconômica. Ou seja: a medida quer resolver problemas de indivíduos que acumularam episódios de desamparo em seus direitos fundamentais. Pelas características da clientela habitual do sistema socioeducativo, muitas vezes o primeiro contato que o socioeducando terá com o Estado – para atuar sobre seus direitos - será por meio do sistema de privação de liberdade. E caberá ao

próprio sistema dar efetividade a todas essas deficiências crônicas – diligenciar para emitir a documentação de registro do adolescente, tratar de enfermidades, suprir sua defasagem escolar, restabelecer vínculos sociais e familiares, etc. Além desta ser uma tarefa árdua, pelas características em destaque, se torna ainda mais dificultosa levando-se em conta que o trabalho da equipe de execução depende do acionamento da rede socioassistencial – o conjunto de instituições ou entidades (governamentais ou não) voltadas para o atendimento dos direitos dos adolescentes. Nem sempre, o serviço ofertado por estas instituições é satisfatório no atendimento do socioeducando – por dificuldades de nível estrutural, de pessoal, material, escassez de recursos, etc. Punir o adolescente pelo insucesso no acionamento destas instituições é puni-lo em dobro: é tratar um indivíduo que historicamente teve seus direitos fundamentais negligenciados pelo Estado, privá-lo de liberdade e exigir que ele alcance a superação de todas estas deficiências socioeconômicas para que possa ter sua liberdade restabelecida.

Para que tenha fim esta insuperável contradição se defende uma reformulação no campo normativo da dinâmica de execução da medida socioeducativa de internação. Na tentativa de se evitar que a medida venha a ter caráter moralizante.

As lições de Rosa são precisas na defesa deste ponto: na revelação do caráter moralizante da medida socioeducativa de internação, a partir da imposição do alcance da ressocialização, bem como na indicação da necessidade de reforma no sistema de cumprimento da medida, notadamente com a extinção da previsão de medidas por tempo indeterminado (já que esta característica dá ensejo, conforme exposto, ao caráter moralizante da medida).
Notadamente:

A Justiça da Infância e Juventude continua, salvo poucas exceções, contribuindo para fomentar a ideologia da formação para o trabalho, o respeito à ordem, e à disciplina, a tolerância das violações por parte do Estado, agindo na camada mais excluída da população para manter a tranquilidade ideológica de poucos. Justificando o uso da opressão em uma parcela cada vez maior de pessoas – adolescentes – com o enfadonho e cínico discurso de que a intervenção é um ‘bem para o adolescente’.

A pretensão de domesticar o povo jovem, normalmente ainda crente em mudar o mundo, lutar contra as injustiças, impondo medidas que o façam refletir e adquirir os hábitos da ordem burguesa, é das pomposas propostas pedagógicas que se perdem na teoria, deslizam no Imaginário. **A medida socioeducativa sem prazo determinado é a demonstração inequívoca de que ela não se vincula à conduta, mas sim ao**

agente, na melhor acepção positivista (Lombroso). O manejo para recompor a ordem é mote da proposta que pretende impor ‘valores dominantes’ em jovens que nascem tolhidos no seu direito básico: a liberdade de escolha. Se há alinhamento, libera-se para viver em sociedade. Resistindo, exclui-se. Nada mais perfeito ideologicamente. (ROSA, 2007, p. 201, GRIFO NOSSO);

Vale também comentar a lição do mencionado autor, ao propor uma compatibilização da visão garantista sobre a pena – o utilitarismo reformado - com a dinâmica de execução das medidas socioeducativas, discutindo, por tal ótica, as funcionalidades de tais medidas. A posição do autor endossa a perspectiva aqui defendida: refuta-se a atribuição de qualquer caráter de prevenção especial ou geral à privação de liberdade, impõe-se a necessidade de determinação do prazo da medida socioeducativa e seu rompimento com concepções moralizantes, rejeita-se a concepção de que o adolescente tenha que atender às expectativas de ressocialização a ele impostas para ser merecedor de ter restituída sua liberdade:

Existiria, portanto, uma dupla funcionalidade da medida socioeducativa. Primeiro, impedir a vingança privada (abusiva e espúria) eis que quem é Juiz em causa própria se vinga desmesuradamente – baluarte Iluminista e constante no pensamento do contratualista Locke. Em segundo lugar, restringindo a manifestação do poder político estatal, isto é, a medida socioeducativa se dê de maneira arbitrária (sem limites) e violando os Direitos Fundamentais, nos exatos limites da estrita legalidade. Nada absolutamente de retribuição ou prevenção (geral ou especial) (...)

Assim, longe de se poder analisar a alucinada pertinência pedagógica pelo cumprimento de suas ilusórias e totalitárias finalidades, a resposta, como tal, deve ser objetiva e certa, rompendo-se com a indeterminação da medida socioeducativa e com o processo de canonização que lhe informa. Ao adolescente deve ser aplicada a medida socioeducativa conforme a gravidade da conduta, consequências e causas, seu vínculo ao laço social, sem que se possa, democraticamente, impor-se a modificação interna. O adolescente, como o adulto, possui o Direito Fundamental de cometer atos infracionais e, comprovada sua responsabilidade, arcar com o ônus de sua resposta. Em nenhum sentido, todavia, pode ser acompanhado para que se normalize aos ditames da classe dominante, romanticamente adereçada pelos valores universalmente reconhecidos (ROSA, 2007, p.203/204)

A necessidade das mudanças evidenciadas no campo normativo, para que se alcance a adequação da dinâmica de cumprimento da internação às diretrizes garantistas é evidente. Contudo, o atual cenário político e social recomenda a prudência. Prosperam na opinião pública discursos de endurecimento punitivo, na contramão do que vem aqui defendido (um apelo pela ampliação de garantias no campo da punição infanto-juvenil). As pautas da redução da maioria penal ou da ampliação do tempo de cumprimento da medida de internação – a

exemplo do que propõe Saraiva (2015, p.146) –, lamentavelmente, tem ganhado cada vez mais destaque. Assim sendo, parece que propor a rediscussão estrutural da política de atendimento das medidas socioeducativas abriria espaço para mudanças na contramão das pretendidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia central deste estudo é que a privação de liberdade exercitada a partir da medida socioeducativa de internação representa uma arbitrariedade intolerável, dada sua incompatibilidade com pressupostos fundamentais garantistas.

A medida em comento, para além de “encarcerar” por tempo indeterminado, exige do socioeducando a realização de atividades voltadas à construção de um projeto de vida a ele imposto – visando sua integração social. É dizer, impõe o desenvolvimento moral do indivíduo, pela absorção de valores tidos como necessários – obediência, ordem, comportamento lícito.

Em um modelo punitivo efetivamente democrático, a privação de liberdade não pode estar condicionada ao alinhamento do indivíduo a um projeto de vida, ao alcance de imaginários objetivos de ressocialização, que, ressalta-se, dificilmente serão alcançados, tendo em vista a condição de marginalização comum a este público.

Não se quer defender que o Estado não deva atuar sobre a efetivação de direitos e garantias fundamentais do adolescente privado de liberdade, em favor da sua reintegração social. Por óbvio que tal atuação é necessária e desejável. Contudo, condicionar o restabelecimento da liberdade do indivíduo ao sucesso desta intervenção é inadmissível.

Neste sentido, vale trazer a crítica de Rosa:

(...) não se pode querer impor qualquer processo de canonização ao adolescente submetido ao cumprimento de medida socioeducativa, por ser totalitário. Isto é, não se pode querer melhorar nem piorar o adolescente. Se houver demanda por parte do adolescente, em regra, na busca de um ideal de eu, na sua luta eterna com o romance familiar, pode-se indicar democraticamente alguns caminhos: educação, terapia, atividades, etc. Nesta hipótese, também, deve-se buscar a autonomia do sujeito e não a normatização, construindo-se um ‘projeto de vida responsável’ como quer Ramidoff. De qualquer forma é intolerável a estipulação de medidas socioeducativas com prazos indeterminados, mediante o cumprimento imaginário das finalidades pedagógicas. Esta, aliás, uma das primeiras modificações a se realizar. É necessário se fixar tempo máximo para cumprimento da medida socioeducativa, independentemente da participação do adolescente nas ditas atividades pedagógicas, porque o Estado não possui legitimidade democrática de as impor. O adolescente pode, é seu direito, não querer partilhar as atividades. E deve ser respeitado. Do contrário, a atitude é nazista, como se fazia com os presos nos campos de concentração que eram obrigados ao trabalho. (ROSA, 2007, p.227)

A adequação do sistema socioeducativo às diretrizes garantistas impõe, de maneira prioritária, a realização de reforma no sistema de cumprimento da medida de internação, com a extinção da previsão de medidas por tempo indeterminado. De certo que tal mudança exigiria a definição de critérios específicos para se executar a “dosimetria” do tempo de medida. Sem ingressar no debate sobre tais critérios, fica aqui apenas a manifestação em favor de que o prazo máximo de 03 anos para a medida seja mantido – caso contrário, a mudança que se pretende realizar a título de dotar de mais garantias o procedimento infracional representará agravamento punitivo, em desfavor do adolescente.

É de se considerar, contudo, que tal modificação no campo normativo não bastará para extinguir o caráter moralizante da medida, já entranhado na prática forense. Assim sendo, se levanta o questionamento sobre o que mais poderia ser feito para reverter esse panorama?

Fica claro que uma ação prioritária deve ser o investimento em reformas sociais, no combate às marginalizações socioeconômicas. Se o objetivo preponderante da medida socioeducativa de internação é atuar sobre a efetivação de direitos fundamentais do adolescente, é certo que tal intervenção não precisa ser pensada apenas no contexto da privação de liberdade. Ao contrário, deve ser concebida sobre a perspectiva de todo o Estado – atuando sobre as questões sociais – e também da sociedade como um todo, contemplando a atuação em rede preconizada nas legislações específicas.

Ademais, para se evitar que a privação de liberdade sirva ao propósito da moralização, é preciso reforçar as medidas de meio aberto, para que seja possível atender as disposições do ECA e utilizar a medida de internação como *ultima ratio*. Importante destacar que a gestão dos programas de cumprimento das medidas de meio aberto é atribuição dos municípios (enquanto que a internação e a semiliberdade são de atribuição dos Estados) e, na prática, muitas vezes a medida de internação é aplicada porque as medidas de meio aberto não estão bem desenvolvidas. Estas, vale destacar, favorecem a efetivação dos direitos fundamentais sem privar o indivíduo de liberdade e sua aplicação efetiva poderia contribuir para a diminuição da “sensação de impunidade”, que incentiva a prática infracional.

Como bem destaca Shecaira:

Historicamente já se comprovou que a punição, por si só, não muda a postura transgressiva do adolescente. Ela precisa vir acompanhada de um processo socioeducativo que lhe possibilite rever seu posicionamento diante da vida e respeitar as regras de convívio social. Esse processo de internalização das normas envolve uma mudança dos valores éticos e sociais, não se fazendo pela punição. (SHECAIRA, 2005, p.222)

E ainda: “Uma pena cumprida em meio aberto, com fiscalização estatal ou comunitária séria, pode ser mais eficaz do que uma privação de liberdade que se limita a ser um depósito de infratores” (SHECAIRA, 2005, p.223).

Por fim, também se destaca que é essencial esclarecer a opinião pública e propagar ideias comprometidas com a efetivação de direitos fundamentais.

O descompasso entre a perspectiva defendida no presente estudo, com grande amparo na literatura jurídica - em defesa das garantias fundamentais e em favor da ampliação dos instrumentos de proteção do indivíduo contra os arbítrios punitivos do Estado - e os discursos da opinião pública é motivo de grande preocupação. Fica então o desejo, e também o apelo à comunidade acadêmica, para que atue sobre a sociedade na tentativa de fazer com que “o discurso da efetivação dos direitos seja amplamente divulgado, e se torne o discurso oficial da opinião pública” (SILVEIRA, 2014, p.10).

Registre-se, por fim, a súplica, também endereçada à comunidade acadêmica, para que não apenas se defenda dos discursos de endurecimento punitivo, mas exercite de maneira mais significativa uma atuação propositiva, em favor de dotar de mais garantias o sistema de privação de liberdade – justamente a proposta deste singelo estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

_____, **Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____, **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Lei. Nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012**. Brasília, DF: Senado, 2012.

_____, Secretaria de Direitos Humanos. **Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei. LEVANTAMENTO NACIONAL 2011**. Brasília, DF: 2012. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf>.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias: a crise do direito e do processo penal / o garantismo jurídico / as teorias da pena / os sistemas de execução / a lei de execução penal / os conflitos carcerários / os direitos (de resistência) dos presos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Tradução de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada e José Manuel Díaz Martín. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

_____. O Direito como sistema de garantias. In: **O novo em Direito e Política/ Org. José Alcebíades de Oliveira Júnior** – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

FRANCO, Alberto Silva; LIRA, Rafael; FÉLIX, Yuri. **Crimes hediondos**. 7. ed. rev., atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. **Nota técnica sobre a PEC 171/1993**. 2015. Disponível em < http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf>.

MINATEL, Gustavo Rodrigues. Garantismo Penal Aplicado no Procedimento de Apuração de Ato Infracional. In: **Revista da Defensoria Pública**, São Paulo: Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. N. 2. p. 19-35, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Introdução crítica ao ato infracional: princípios e garantias constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVEIRA, Rafael Barros Bernardes da. **Emergência penal e garantias do Estado Constitucional de Direito: estudo sobre uma insuperável contradição a luz do ordenamento jurídico brasileiro**. Orientador: Luís Augusto Sanzo Brodt. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. 2017.

_____. “Senso comum criminal e o discurso da impunidade”. In: **Boletim IBCCRIM**, v. 264, p. 9-11, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

**JUSTIÇA RESTAURATIVA JUVENIL: UMA VIA DE APLICABILIDADE DA
SEGURANÇA CIDADÃ NO CONTEXTO DA VULNERABILIDADE**

*JUVENILE RESTORATIVE JUSTICE: AN APPROACH OF APPLICABILITY OF CITIZEN
SECURITY IN THE CONTEXT OF VULNERABILITY*

Arnelle Rolim Peixoto

Advogada

Doutora em Direitos Humanos pela Universidad de Salamanca-Espanha

arnellerolim@hotmail.com

Arkaitz Pascual Martín

Sociólogo

Mestre em Estudos Latinoamericanos pela Universidad de Salamanca-Espanha

arkaitz@usal.es

*“A verdadeira viagem de descobrimento consiste não em procurar
novas terras, mas ver com novos olhos” (Marcel Proust)*

Resumo: É inegável a discussão sobre o aumento dos adolescentes dentro do sistema socioeducativo no Brasil. Diante da realidade, o movimento de justiça restaurativa no âmbito juvenil é de extrema importância para estabelecer resoluções pacíficas e que possam evitar esse aumento contínuo de adolescentes dentro dessas instituições. A aplicabilidade da prática restaurativa faz com que seja possível falar na garantia de uma segurança cidadã, visando uma proteção efetiva dos direitos humanos, principalmente os direitos da criança e do adolescente, tanto na resolução do conflito como na prevenção futura de uma infração. Ante este parâmetro, o objetivo neste artigo é partir do estudo sobre justiça restaurativa juvenil e do conceito de segurança cidadã para que seja evidenciado que a prática restaurativa é relevante para garantir uma segurança cidadã principalmente dentro de um contexto de vulnerabilidade que se encontram os adolescentes no Brasil.

Palavras-chave: justiça restaurativa juvenil; segurança cidadã; direitos humanos.

Abstract: The discussion about the increase of adolescents within the socio-educational system in Brazil is undeniable. The awareness of the extreme importance of the restorative justice movement to establish peaceful resolutions in the youth field, can avoid this continuous increase of adolescents within these institutions. The applicability of the restorative practice makes possible the guarantee of citizen security, in order to ensure effective protection of human rights, mainly the rights of children and adolescents, both in the resolution of the conflict and to prevent a future breach. Given this parameter, the objective in this article is to start from the study on juvenile restorative justice and the concept of citizen security, so that it can be evidenced that the restorative practice is relevant to guarantee citizen security mainly within the context of adolescents vulnerability in Brazil.

Keywords: juvenile restorative justice; citizen security; human rights

INTRODUÇÃO

A circunstância dos adolescentes que se encontram em situação vulnerável no Brasil é preocupante, pontos determinantes como a alta taxa de homicídios entre jovens, 65,5 por 100 mil jovens (Fórum de Segurança Pública 2018), a precariedade- laboral, educativa e econômica- desses jovens que se encontram em zonas estigmatizadas e o recorrente uso de medidas de internação por parte da justiça fazem com que as consequências cheguem a nível alarmante em que seja necessário repensar alternativas capazes de reverter ou amenizar essa questão.

Entre essas consequências, o aumento do número de adolescentes dentro do sistema socioeducativo é significativo para retratar a inquietante situação constante em vários estados brasileiros. Nesses centros, além do problema da lotação ou superlotação comum na maioria dessas instituições, casos como a falta ou a inadequada oferta de aulas ou de cursos de formação e a deficiência estrutural dos centros são questões persistentes. Neste panorama é inegável falar sobre a importância da aplicação da justiça restaurativa juvenil com a finalidade de reverter o aumento contínuo dos jovens nos centros socioeducativos.

Pensar em uma nova concepção para resolver os conflitos não é só trabalhar na questão exclusiva da aplicação da justiça juvenil na alternativa às medidas, mas também atuar em todas

variáveis que são percebidas no ato da infração. Dessa forma, por meio de uma visão mais inovadora da percepção do ato infracional e da justiça penal juvenil¹ que se pode cogitar a justiça restaurativa como uma das vias para garantir a segurança no âmbito juvenil, especialmente aqueles jovens em situação de vulnerabilidade.

1. O CONTEXTO SOCIAL DOS JOVENS VULNERÁVEIS

Quando se catalogam de vulneráveis alguns jovens, é devido ao contexto social em que estão inseridos. A característica que marca este contexto é a existência de diversas variáveis, deixando esse grupo desprotegido, sem amparo tanto por parte do Estado como por parte da sociedade. Esse desamparo do Estado é tanto pela sua omissão como pela comissão que provocam a vulneração de determinados direitos dos jovens em situação de risco. Já a falta de amparo da sociedade (grande parte dela) deve-se pela aceitação e/ou defesa de determinadas práticas punitivas contra esse grupo. Portanto, observa-se que os jovens vulneráveis são considerados “não cidadãos” dentro da sociedade. Essa falta de proteção e irrelevância ante a sociedade é devido à situação de precariedade, vulnerabilidade e indefesa que vivem esses jovens.

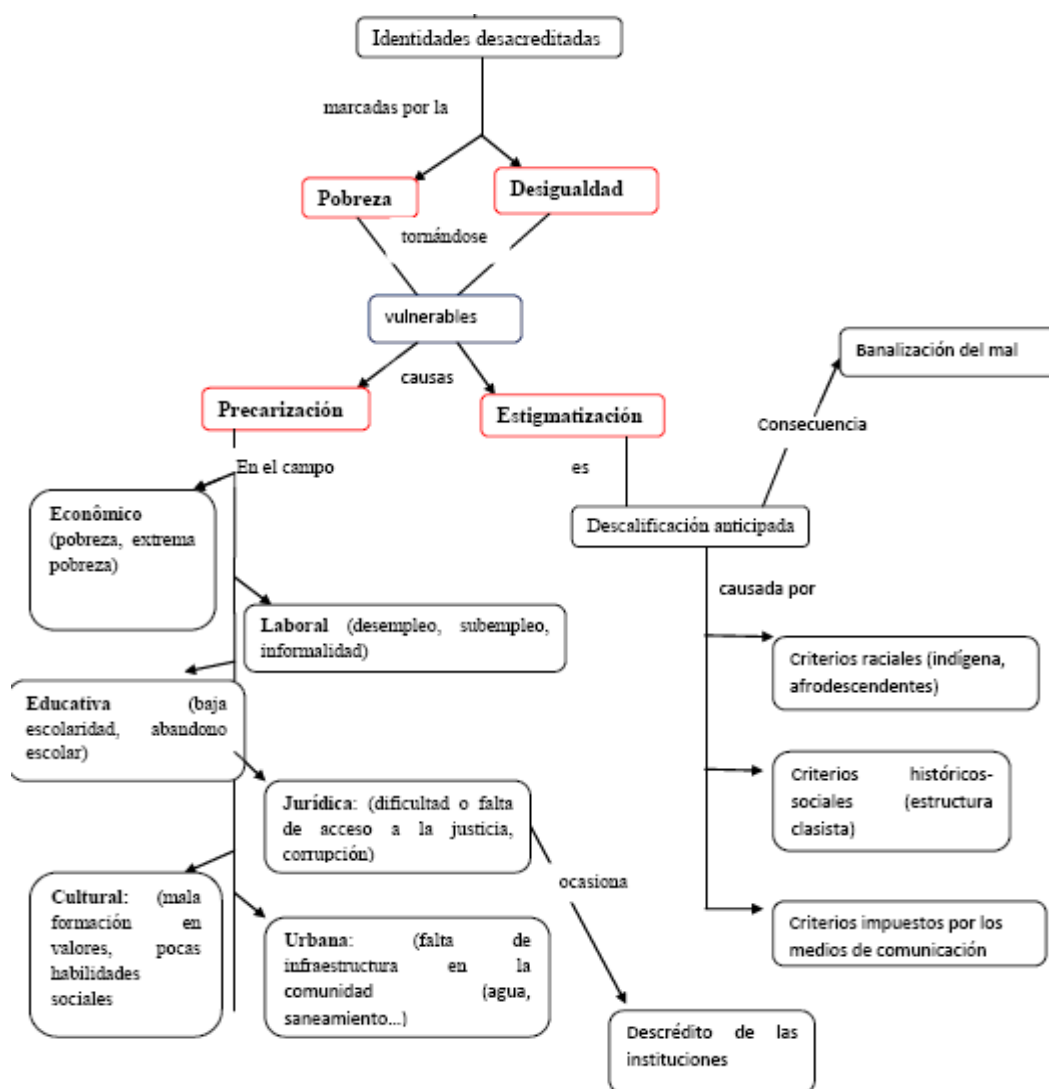
Para Valenzuela são as chamadas identidades desacreditadas, tratam-se de “vidas prescindíveis”, onde a política estabelece estratégias de controle social como também aplica a necropolítica, ou seja, o Estado detém o direito de decidir quem vive e quem morre (VALENZUELA 2015). Reforçando essa noção de vidas desacreditadas, existe a noção de “vida nuda”, ou seja, vida sacrificável que destaca Agamben (2010).

A precariedade em que vivem esses jovens decorre de vários fatores: por questão econômica, vivendo em regiões ou bairros com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) baixo, pela falta de acesso à educação ou pelo abandono escolar, pela questão laboral devido ao elevado índice de desemprego entre esses jovens, já que sua baixa escolaridade dificulta encontrar trabalho ou quando encontram são trabalhos informais.

Ante toda essa problemática, ajuda-se a desacreditar no futuro desses jovens, na possibilidade de mudança de vida. Como consequência ocorre a estigmatização, na qual a falta de direitos mínimos sejam civis, políticos, econômicos ou culturais é perceptível. A

problemática em questão é que não representa uma prioridade para o Estado em reverter essa situação. A consequência dessa perpetuação de estigma e essa falta de atenção estatal ajuda a construir a imagem de um jovem com um futuro desacreditado socialmente. Nesse aspecto, a sociedade, os meios de comunicação e os discursos políticos sobre temas como segurança reforçam o estigma da criminalização desses jovens. Constroem a ideia de que esses jovens, pobres, negros, com baixa escolaridade e que vivem na periferia são malandros, vinculando a eles o aumento da violência. Esse contexto pode ser representado de acordo com esse mapa

FIGURA 1: MAPA CONCEITUAL DO CONTEXTO DOS JOVENS VULNERÁVEIS

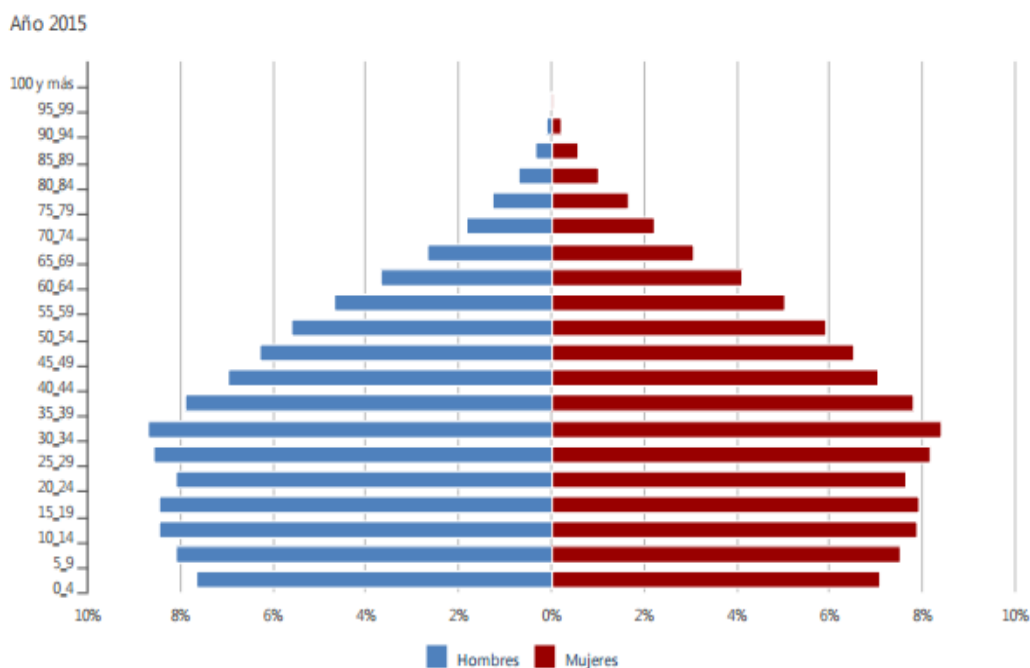


F

Fonte: Elaboração própria a partir da leitura da obra de Valenzuela (2010)ⁱⁱ

Em diversos países, é comum esse tipo de problema, sobretudo no Brasil com uma população jovem.

FIGURA 2: PERFIL DEMOGRÁFICO DO BRASIL



Fonte: Cepal (2018)

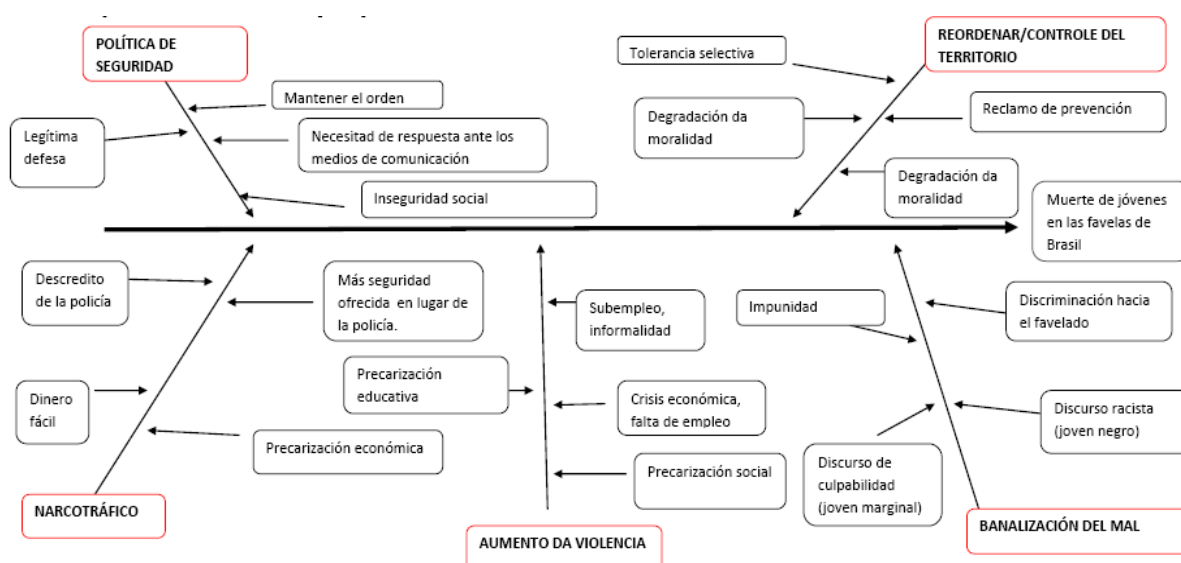
No tema de vulnerabilidade entre os jovens, para piorar esta situação, no Brasil existe um aumento contínuo do número de homicídio de jovens, só no ano de 2016 foram 33.590 jovens assassinados no país (Forúm de Segurança Pública 2018)ⁱⁱⁱ. Portanto, observar-se que vários estados no Brasil têm como característica um elevado índice de vulnerabilidade juvenil, como exemplo o Ceará, que ocupa a segunda posição com o maior Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência e Desigualdade Racial (IVJ) com 0,487 entre os jovens (Fórum de Segurança Pública 2018, 34).

2. A REPRESSÃO DOS JOVENS VULNERÁVEIS E INFRATORES

Muitos desses jovens vulneráveis são os que estão cumprindo medidas socioeducativas, são esses jovens que sofrem com o braço forte da repressão policial e da punição da justiça penal juvenil. Esse discurso punitivo, na perseguição, repressão e punição a qualquer custo. É a difusão da criminalização que se constrói a imagem do jovem “criminal”, e que representa a parte da população que tem que estar sob controle do Estado.

Os autores, Urtega e Moreno designam uma imagem da necessidade de impor dispositivo de seguridade para essa categoria social (URTEGA Y MORENO 2015). Diante dessa característica, pode-se construir um diagrama com a situação dos jovens vulneráveis no Brasil

FIGURA 3: DIAGRAMA DA PERSPECTIVA DO JOVEM NO BRASIL



Fonte: elaboração própria^{iv}

Essa construção do populismo punitivo conduz diretamente ao aumento do número de jovens expostos a um cenário de vulnerabilidade que estão dentro dos centros socioeducativos. Centros esses que na maioria das vezes estão superlotados, prejudicando a sua finalidade “sócio educativa”. Transformando-se simplesmente em local de contingência de jovens. Por meio de um discurso de direito à segurança contribui a justificar o populismo punitivo aos menores

infratores, transformando em uma categoria social isolada, que só funciona por meio da imposição desse dispositivo de segurança. Essa prática comum é similar a questão do encarceramento massivo do Estado Penal destacado por Wacquant (2010).

Esses menores ficam despossuídos de qualquer qualidade política, ou seja, sujeitos sem direitos. Essas políticas representam claramente a dissociação entre os direitos do homem e os direitos dos cidadãos, e como consequência dessa regulação social, ocorre o fim da liberdade ou até mesmo da vida em nome da segurança. É um equívoco que esse aumento do poder punitivo seja eficaz, como destaca Mera Figueroa os efeitos humanos e sociais negativos

-Sufrimientos inútiles, los que, además, son distribuidos inequitativamente en la población, recayendo, en forma abrumadoramente mayoritaria, sobre los sectores más desprotegidos, que son los que resultan más vulnerables a la intervención del sistema penal

- Se crea la ilusión -a la manera de un falso tranquilizante- de que la mayor represividad es un instrumento idóneo para controlar la criminalidad, confianza peligrosa en cuanto obstaculiza o dificulta la adopción de otras medidas de diverso orden que sí podrían contribuir a avanzar en la solución del problema; y, por último,

- El rigor penal excesivo del sistema penal tiene carácter criminógeno, es decir, contribuye a la generación y reproducción de la criminalidad. A este último respecto cabe observar que mediante los mecanismos de las detenciones policiales -la inmensa mayoría de las cuales afecta a sospechosos, muchas veces primerizos- de infracciones sin mayor relevancia, como ebriedad o consumo de drogas; de la prisión preventiva, que se aplica en la práctica como la regla general a los procesados a los que, por otra parte, se presume inocentes; y el abuso de la pena de cárcel, prevista para toda clase de delitos y de autores, sin consideración a la gravedad de las infracciones y a las necesidades y características de los condenados, es el propio funcionamiento del sistema el que contribuye al estigmatizar a los imputados de delitos como delincuentes y al ponerlos en contacto muchas veces innecesariamente con los establecimientos de detención y prisión, con el consiguiente riesgo de la desocialización y del contagio criminal- a que un porcentaje de estas personas alcanzadas por el sistema penal ingresen a la carrera criminal o refuercen su decisión de mantenerse en la misma.(2013, pp 46 e 47)

Portanto, essa visão defendida que o populismo punitivo é o caminho para solução da segurança é totalmente errônea. Não se pode sustentar o discurso repressivo em sociedades marcadas por problemas sociais, pela desigualdade nas estruturas sociais.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA: O CAMINHO VIÁVEL PARA GARANTIR OS DIREITOS DOS JOVENS VULNERÁVEIS E INFRATORES

A existência de uma justiça penal juvenil ajuda não só a prever normas específicas, mas também a garantir princípios que ajudam a nortear a particularidade desse grupo para uma melhor proteção. Como exemplos de esses instrumentos, existem as Diretrizes para Prevenção e Delinquência Juvenil e as Regras Mínimas para Jovens Privados de Liberdade, ambos no âmbito das Nações Unidas. Entre os princípios está a prioridade da prevenção sobre a sanção, ou seja, a sanção como *última ratio* (LLOBET RODRÍGUEZ 2016).

Entretanto, mesmo com esses princípios, na prática a característica da justiça penal juvenil ainda é recorrer sempre pela privação de liberdade. Nesse aspecto, Llober Rodríguez destaca que

Con respecto a esa sentencia es importante señalar que uno de los mayores problemas que existen en Latinoamérica es que el carácter excepcional de la prisión preventiva y la sanción privativa de libertad, no se cumple, dando lugar a una gran cantidad de privados de libertad en materia penal juvenil, incluyendo una gran extensión de la prisión preventiva.(2016, p. 188)

O uso recorrente da prisão preventiva está em contínuo aumento pelo problema do crescimento da insegurança ocasionando, o uso do poder punitivo endurecendo as penas, principalmente entre os jovens. Portanto, o discurso em defesa de uma justiça restaurativa juvenil é apropriado ante essa situação atual.

A ideia de uma justiça restaurativa, enquanto uma nova concepção para resolver os conflitos, parte do que trata a Resolução 12/2002 da ONU (Princípios Básicos para utilização de Programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal) e no mesmo parâmetro a Resolução do CNJ 225/2016.

FIGURA 4: JUSTIÇA RETRIBUTIVA X JUSTIÇA RESTAURATIVA

The infographic is titled 'Panorama da Justiça Restaurativa' and includes logos for the Conselho Nacional de Justiça (CNJ), the Secretaria de Reforma do Judiciário, the Ministério da Justiça, and the Brazilian Government (BRASIL). It features a table comparing the two justice systems and a footer for 'Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor'.

| Justiça Retributiva | Justiça Restaurativa |
|--------------------------------------|--|
| Polarização do infrator e da vítima | Reintegração do infrator e da vítima |
| Percepção de ineficiência do sistema | Percepção de uma solução paralela ao sistema |
| Ausência de paz social | Paz social com dignidade |

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ 2012)

Em relação aos princípios previstos na Resolução da 12/2002 da ONU destacam o consentimento informado, a manutenção da presunção de inocência se o caso retornar para o sistema de justiça e a razoabilidade

A justiça restaurativa propõe a conscientização sobre os fatores que motivaram o conflito e violência (Resolução 225 do CNJ), para isso é necessário que o (s) indivíduo (s) afetados e o ofensor participem ativamente na resolução das questões que estão intrinsecamente relacionadas com o delito, pois nessa relação, estamos diante de fatores diversos (sociais, institucionais, entre outros). Isto é, diante dessa situação não só a vítima, mas também a comunidade se sente violada, e as medidas tomadas são para evitar reincidência, restaurar a confiança e a reparar os danos (ZEHR 2008). Para Gonçalves de Pinho (2009) O modelo de justiça restaurativa atua, preservando o caráter público do controle penal, na reapropriação do conflito e na percepção que o monopólio punitivo está centrado na relação intrínseca entre o poder político e o poder judiciário.

Para Baliza Dias e Martins o três modelos definem como sendo

1. o reparo dos danos (consertar ou compensar pelos danos causados aos pneus do auto). E aqui adotamos um modelo de direito reparador. Este primeiro modelo adota as conseqüências como ponto de partida de sua ação, em referência ao direito reparador de Walgrave, no qual a responsabilidade é mais única e utiliza-se da comunicação entre as partes (mediação) ou um processo de arbitragem como meio de atingir os objetivos reparadores; 2. a resolução do conflito (resolver o conflito ligado à atribuição de uma nota ruim ao exame) ; 3. a conciliação e a reconciliação (recuperar a harmonia e a boa compreensão que prevaleciam antes do evento entre o estudante e o professor). (Jaccound, 2005, p. 168) Nestes dois últimos modelos, o ponto de partida é menor para as conseqüências que para o conflito subjacente ao gesto causador dos danos; por conseguinte, a responsabilidade tem mais oportunidade de ser compartilhada pelas duas partes; o processo privilegiado é centrado na comunicação. Portanto, a partir do exemplo podemos orientar a aplicação da justiça restaurativa de três formas distintas, que podem, contudo, ser cumuladas.(2011, p5)

FIGURA 5: MODELOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

| J U S T I Ç A RESTAURATIVA | PROCESSO | FINALIDADES | EXEMPLOS |
|---|------------------------|---------------------------------------|---|
| I (modelo centrado nas finalidades) | (secundário) | R e s t a u r a t i v a (centrais) | Ordens de compensação Trabalhos comunitários |
| II (modelo centrado nos processos) | Negociado (central) | (secundário) | Círculos de sentença |
| III (modelo centrado nos processos e nas finalidades) | Negociado (central) | R e s t a u r a t i v a (centrais) | Mediação |

Fonte: Baliza Dias e Martins (2011, p.5)

FIGURA 6: TIPOS E GRAUS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA



Fonte: Gonçalves de Pinho (2009)

Essas práticas tratam de trabalhar a responsabilidade ativa e a consciência, tanto do responsável como da vítima e da comunidade. Isso tudo, a partir dos princípios orientadores da Justiça Restaurativa, como “a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade” (Resolução CNJ 225/2016).

Neste sentido, busca-se superar a ideia punitiva e fomentar uma concepção de paz, tentando identificar o problema, principalmente no âmbito social, e buscar assim, uma solução que envolva, principalmente, a consciência. Partindo dos princípios citados na Resolução do CNJ, a participação, o empoderamento e a consensualidade (não esquecendo da reparação) são relevantes para trabalhar dentro do âmbito juvenil, já que busca a reintegração do infrator na

comunidade e não o castigo por si só ao adolescente submetido a um centro socioeducativo onde a situação atual não favorece ao objetivo principal desses centros.

No âmbito internacional foi mencionada a ideia de justiça restaurativa na Observação nº 10 do Comitê para os Direitos da Criança, destaca que

La información reunida sobre la actuación de los Estados Partes en la esfera de la justicia de menores ha dado lugar a la presente observación general, por la que el Comité desea proporcionar a los Estados Partes orientación y recomendaciones más precisas para el establecimiento de una administración de justicia de menores conforme a la Convención. Esta justicia, que debe promover, entre otras cosas, la adopción de medidas alternativas como la remisión de casos y la justicia restitutiva, ofrecer a los Estados Partes la posibilidad de abordar la cuestión de los niños que tienen conflictos con la justicia de manera más eficaz en función no sólo del interés superior del niño, sino también de los intereses a corto y largo plazo de la sociedad en general. (2007, ponto 3)

Entretanto, a ideia de justiça restaurativa causa receios desconfiança na sociedade. Somando a esses temores existem três principais problemas no âmbito interno do Brasil

a)há um excesso de controle por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público quanto ao encaminhamento dos casos e quanto ao conteúdo dos acordos, o que poderia gerar em redução significativa da autonomia das partes; b)não há referencia aos crimes ou contravenções que poderiam ser submetidos ao procedimento restaurativo, podendo resultar apenas no envio de casos de menor potencial ofensivo; e c)percebe-se um excesso de semelhança estrutural e de linguagem do direito penal, potencializando o risco de colonização imediata do sistema restaurativo pelas tradições e práticas do sistema de justiça criminal.(Palloma citado por Achutti e Palloma 2014, p.447)

Contudo, ante essas dificuldades, é necessário que se possa aplicar atualmente para que se venha a torna uma pratica recorrente nos casos de infrações de adolescentes. Para Oliveira Barros Leal

Estamos ante algo desafiador: los avances de la Justicia en el área de menores son trascendentes e imparables (no se debe pasar por alto que el derecho de los adultos ha sido hartamente influenciado por el derecho penal juvenil), *malgré* la resistencia de quienes, con afanes populistas, siguen defendiendo políticas de endurecimiento de la legislación menorista, de reducción de la edad de la responsabilidad penal, de aumento del período de internamiento, y otras propuestas del género, vendiendo la ilusión de que con medidas como éstas se obtendría un control efectivo sobre uno de los más complejos segmentos de la delincuencia. De hecho, las semillas están germinando una tras otra y el optimismo se esparce en una zona que ha sido siempre considerada *idónea* para la viabilidad y la realización fructífera de los programas restauradores.(p. 58)

Dessa forma, por meio de uma visão mais evoluída para o ato infracional (e não uma visão de desconfiança) é que se pode trabalhar a Justiça Restaurativa como uma das vias para

garantir a segurança cidadã no âmbito juvenil, especialmente aos jovens em situações de vulnerabilidades econômicas e sociais.

4. A GARANTIA DA SEGURANÇA CIDADÃ ATRAVÉS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA JUVENIL

Quando se fala em segurança cidadã, não se pode confundir com a questão de segurança pública, já que muitos discursos políticos confundem essa visão, ocasionando a implantação de políticas públicas que afinal não resultam em mudanças na comunidade e que não respeitam de forma efetiva os direitos humanos dos indivíduos inseridos na sociedade.

Neste sentido, sobre segurança cidadã, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos destaca:

Estados democráticos promueven modelos policiales acordes con la participación de los habitantes, bajo el entendimiento de que la protección de los ciudadanos por parte de los agentes del orden debe darse en un marco de respeto de la institución, las leyes y los derechos fundamentales. Así, desde la perspectiva de los derechos humanos, cuando en la actualidad hablamos de seguridad no podemos limitarnos a la lucha contra la delincuencia, sino que estamos hablando de cómo crear un ambiente propicio y adecuado para la convivencia pacífica de las personas. Por ello, el concepto de seguridad debe poner mayor énfasis en el desarrollo de las labores de prevención y control de los factores que generan violencia e inseguridad, que en tareas meramente represivas o reactivas ante hechos consumados. (CIDH 2009, pp 7-8).

Portanto, tratamos da questão da justiça, repressão e medidas ao infrator adolescente, não no sentido repressivo e ostensivo, mas sim no sentido social, buscando-se uma compreensão da infração dentro do contexto social e econômico que vive esse adolescente. Intencionando-se assim, não só a reparação da vítima, mas também o desenvolvimento humano do adolescente infrator, não o privando ainda mais das garantias e oportunidades.

Destaca IIDDH que

“La garantía del derecho humano a la seguridad ciudadana es una obligación del Estado sobre la cual se legitima la propia existencia del Estado de Derecho, el cual, a través de sus diferentes instituciones, debe brindar seguridad al individuo en sí y como parte de la sociedad a la que pertenece en el libre goce de sus derechos. Cuando el Estado, ya sea por acción o por omisión, falta de articulación de estrategias, planes y políticas adecuadas, no garantiza la seguridad de los individuos y los derechos que la

misma lleva aparejada (vida, libertad, integridad, propiedad, igualdad ante la ley e igualdad de oportunidades etc.) incumple tres tipos de obligaciones estatales al respecto, como lo son las de respetar, proteger y cumplir derivando en el fracaso parcial en garantizar y proteger los derechos humanos de toda la población, especialmente de aquella más vulnerable a la violencia, justamente aquellos con más problemas de destitución de derechos". (IIDH 2011, p.29)

A partir deste viés (justiça restaurativa e segurança cidadã), podemos tratar a questão da infração penal não só visando ao respeito dos direitos humanos da vítima, mas também do adolescente infrator, trocando assim, o conservadorismo da privação de liberdade (porque aumenta a estigmatização do jovem pobre, sem acesso à educação).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste contexto problemático de controle social *versus* encarceramento é que se observa a vulneração dos direitos dos mais vulneráveis. A situação de precariedade, pobreza e estigmatização são evidentes nos jovens negros e da periferia. São criminalizados ainda mais quando cometem alguma infração penal, transformando em identidades desacreditadas.

A anuência do Estado em não reverter esta situação é o resultado do Estado Penal Punitivo, onde aplicação da repressão é aceita dentro da comunidade pela falta de segurança. Por tanto, excluí-los mediante a aplicação da privação de liberdade é o remédio que o Estado entende como viável. O uso recorrente da sanção tem como consequência o aumento do número de jovens no socioeducativo. Transforma os jovens em “inimigo” que está sob controle social e policial

A exigência por segurança defendida pelo Estado pela mídia e pelos políticos contribui para essa desvalorização humana dos jovens vulneráveis e infratores. Enquanto o Estado não reformular possíveis soluções (aplicação de políticas públicas voltadas aos jovens), continua essa “paralegalidade”, essa repressão dos jovens justificada pelo medo “legitimado” das classes média e altas.

A ideia da justiça restaurativa juvenil pensada como solução para esse problema é um meio de solução para entender e evitar a dupla criminalização. Dentro da justiça restaurativa

o adolescente toma consciência da infração como também oferece a oportunidade de que se possa entender a situação social em que está inserido, é uma oportunidade de entender o sentido essencial de responsabilidade, responsabilidade essa não só do adolescente por cometimento da sua infração, mas da responsabilidade da comunidade e do Estado ante a situação vulnerável de muitos jovens na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ANCHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. P. Justiça Restaurativa. In Sérgio de Lima, R, Ratto, José L., Ghiringhelli (orgs). **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014, pp 436 – 449.

AGAMBEN, Giorgi. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Valencia: Pretextos, 2010.

BALIZA DIAS, D.; Martins, Fabio A. **Justiça Restaurativa. Os modelos e as práticas**. 2011. Disponível em < http://www.bdmaa.com.br/artigos/Trab_justica_restaurativa_public.pdf> Acesso em 20 de setembro de 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). **Base de Datos y Publicaciones Estadísticas (CEPALSTAT)**. Disponível em < http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=BRA&idioma=spanish> Acesso em 10 de junho de 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANO. **Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos**. OEA, 2009.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU. Resolução 12/2002 de 24 de julho de 2002. **Princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**. Organização das Nações Unidas. E/RES/2002/12. Disponível em < <http://www.unodc.org/documents/treaties/commissions/11comm/5add1s.pdf> > Acesso em 20 de junho de 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução 225 de 31 de maio de 2016**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289> > Acesso em 20 de junho de 2018.

FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA.. **Atlas da Violência Infográficos**. 2018
<http://www.forumseguranca.org.br/wpcontent/uploads/2018/06/FBSP_atlas_violencia_2108_Infografico.pdf> Acesso em 13 de setembro de 2018.

_____ **Anuário de Segurança Pública 2014-2017**. 2018. Disponível em
<<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>> Acesso em 13 de setembro de 2018.

GONÇALVES DE PINHO, Rafael. Justiça Restaurativa: um novo paradigma. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, nº 3, p: 242 –268, 2009. Disponível em
<<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iii/justica-restaurativa-um-novo-conceito>> Acesso em 23 de junho de 2018.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos Humanos, seguridad ciudadana y funciones policiales**. Costa Rica:IIDH. 2011.

LLOBET RODRÍGUEZ. La justicia penal juvenil en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con especial referencia a Centroamérica). **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, nº 16, p: 181 – 199, 2016.

MERA FIGUEROA, Jorge. Política Criminal y Seguridad Ciudadana. In Barros Leal, César y García Muñoz, Soledad (org.). **Acesso à justiça e segurança cidadã**, Fortaleza: Expressão, p: 43 – 50, 2013.

OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César. Justiça Restaurativa: su aplicación en prisiones y centros de internación de adolescentes infractores. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, nº 11, p: 49 – 66, 2016. Disponível em
<[file:///C:/Documents%20and%20Settings/Arnelle%20PC/Mis%20documentos/Downloads/186-1-585-1-10-20160707%20\(1\).pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/Arnelle%20PC/Mis%20documentos/Downloads/186-1-585-1-10-20160707%20(1).pdf)> Acesso em 25 de julho de 2018.

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 Congresso Internacional de Historia de los Derechos Humanos. Dimensiones del Derecho Humano de Seguridad y Expansividad del Mismo. Salamanca, Espanha, julho 2017.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **Algumas Reflexões sobre Justiça Restaurativa**. 2008. Disponível em < <http://www.justiciarestaurativa.org/news/algumas-reflexoes-sobre-a-justica-restaurativa> > Acesso em 20 de junho de 2018.

URTEAGA Maritza; MORENO, Hugo. Corrupción e impunidad versus justicia y Derecho en México. In: Valenzuela, J..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 desacreditadas. 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**.Disponível em:<http://clacsovirtual.org/pluginfile.php/11816/mod_page/content/31/Valenzuela.%20Ayotzinapa%2C%20juvenicidio%2C%20necropol%C3%ADtica.pdf> Acesso em: 16 de julho de 2018.

ZABALA, Maria Jesus Conde. **Nuevo Sistema de Justicia Penal Juvenil em España**. In: MÈNDEZ, Emílio García (Org.) **Adolescentes y Responsabilidad Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

WACQUANT,Loic. **Castigar a los pobres**. Barcelona :Gedisa, 2010.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015. Morte Matadas por armas de Fogo**. Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2015.

ⁱ Descartando a visão repressiva de segurança e o populismo punitivo

ⁱⁱ Mapa conceitual elaborado por uma dos autores, Arnelle Rolim Peixoto, para um trabalho na disciplina da Especialização em Políticas Públicas para Igualdade em América Latina.

ⁱⁱⁱ O elevado número de mortes de jovens foi representativo pela consequência da disputa entre facções em vários estados no Brasil.

^{iv} Diagrama elaborado por uma dos autores, Arnelle Rolim Peixoto, para um trabalho na disciplina da Especialização em Políticas Públicas para Igualdade em América Latina.

**SELETIVIDADE NO SISTEMA PENAL JUVENIL: A SUJEIÇÃO CRIMINAL DA
JUVENTUDE NEGRA**

Sara Luz

Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.

saraluz.adv@gmail.com

Diego Marques da Silva

Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

Pesquisador do programa de institucional de iniciação científica.

marquesdasilvadiego7@gmail.com

Érica Babini Lapa do Amaral Machado

Doutora pela UFPE.

Professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Coordenadora da
REJUCRIM – Rede de estudos juventudes & criminologias da UNICAP –

ericababini@hotmail.com

Resumo: Discutir formas de atualização do modelo escravista por parte das instituições é um objetivo deste trabalho. Para tanto, traça-se um debate em torno da atuação da Polícia no que se refere ao processo de filtragem racial para imputação da prática infracional a adolescentes, evidenciada pelo número e perfil de adolescentes em cumprimento de privação de liberdade, bem como no uso da força que resulta na morte da população jovem e negra. A hipótese deste estudo sustenta que a forma de atuação dura e racista da polícia é ranço de uma sociedade com suas raízes autoritárias em um contexto de escravidão que direciona suas atuações a um grupo movidos pela cor: juventude negra, seja justificado necessário uso da força estatal, seja pelo faro policial. Assim, uma reflexão sobre a filtragem do suspeito se faz necessária para o entendimento do funcionamento da estrutura estatal, a fim de perceber sua própria razão de existir: manutenção de um racismo estrutural que é constantemente atualizada nos estereótipos, desaguando numa sujeição criminal.

Palavras chaves: Racismo. Juventude. Morte. Socioeducação.

Abstract: To discuss ways of updating the slave model by the institutions is an objective of this work. In order to do so, a debate is organized around the role of the Police in relation to the process of racial filtering for imputation of the infraction practice to adolescents, evidenced by the number and profile of adolescents in compliance with deprivation of liberty, as well as in the use of force that results in the death of the young and black population. The hypothesis of this study maintains that the form of hard and racist police action is rancid of a society with its authoritarian roots in a context of slavery that directs its actions to a group moved by the color: black youth, it is justified necessary use of the state force , or by the police lighthouse. Thus, a reflection on the filtering of the suspect is necessary for the understanding of the functioning of the state structure, in order to perceive its own reason to exist: maintaining a structural racism that is constantly updated in the stereotypes, flowing into a criminal subjection.

Keywords: Racism. Youth. Death. Socioeducation

Introdução

O indivíduo negro, por ter sido submetido a um processo de escravidão, foi um indivíduo continuamente desrespeitado, submetido a violações e violências, tendo passado por um processo de desconstrução ideológica de sua humanidade que culminou por legitimar toda sorte de barbáries cometidas contra estes indivíduos, pois um corpo “sem alma”, como eram rotulados, não é digno de empatia ou de respeito.

A lógica trazida pela escravidão mostra-se ainda muito presente no contexto social hodierno, sobretudo nas racionalidades punitivas que direcionam as políticas públicas e no processo de seletividade regido pelo sistema de justiça criminal.

Além de contribuir para o extermínio da juventude negra, pois uma vez que o indivíduo é alijado de humanidade, torna-se um ser “matável” sem que sua morte provoque comoção, tanto essa concepção é presente nos dias atuais, que o extermínio da juventude negra que tem se tornado um tema cada vez mais difícil de ignorar, de tão caótico e gritante que se apresenta.

O jovem negro passa por um processo de estigmatização social que o coloca em constante situação de vigilância e perseguição pelos aparatos penais. A evidência está não apenas no fato de maioria das mortes ocorridas no país serem de jovens negros (FBSP, 2018), mas porque compõem a maior população carcerária do país (BRASIL, 2016).

A justiça juvenil também é um destino quase certo de adolescentes negros e pobres: pois os dados do SINASE indicam um número total de 26.209 (vinte e seis mil, duzentos e nove) adolescentes e jovens (12 a 21 anos) em restrição e privação de liberdade (internação, internação provisória e semiliberdade) na data de 30 de novembro de 2015; além de 659 (seiscentos e cinquenta e nove) adolescentes em outras modalidades de atendimento (atendimento inicial, internação sanção e medida protetiva), com um total geral de 26.868 (vinte e seis mil, oitocentos e sessenta e oito) adolescentes e jovens incluídos no sistema.

Um paradoxo, uma vez que o alto número de adolescentes em restrição de liberdade, 68% dos adolescentes estão em privação de liberdade, contrapõe o princípio da excepcionalidade elencado no art.121 da lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Se não é destinatário da socioeducação, poderá ser vitimado.

O Anuário brasileiro de segurança pública (2018), referindo-se a dados de 2017 apresenta o total de 63.880 (sessenta e três mil oitocentos e oitenta) mortes intencionais (homicídio doloso, latrocínio, vitimização policial e letalidade policial, lesão corporal seguida de morte) no país, indicando um crescimento de 2,9% referente ao ano anterior.

A diferença de letalidade entre negros e o restante da população é histórica – entre 2004 e 2014 cresceu o número de mortos afrodescentes (19,8%) e diminuiu a vitimização de indivíduos de outras raças (13,7%) (CERQUEIRA, 2017). Outro indicador sintético é o índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial que aponta Pernambuco na terceira posição entre as unidades federativas – isso significa que ser jovem negro corresponde a ter o risco de morrer 11,57 vezes maior do que ser jovem de outras cores (BRASIL, 2015).

De todo modo, dentro desse contexto, de uma cidadania de segunda classe, desumanização e hostilidade social vai crescendo a criança e o adolescente negro, entendendo que seu corpo é mais suscetível às violações e sua morte precoce é quase que um dado pré-determinado.

A partir desses dados, o problema lançado é: as raízes autoritárias nacionais, fincadas no contexto colonial de escravidão da população negra, podem guiar o faro policial que resultam na construção da seletividade penal de negros e recorrentemente pobres, sobretudo quando se trata de jovens ?

Metodologicamente serão adotados dados de fontes secundárias tanto relativo à filtragem racial (SINHORETTO, 2014) como relativo à população que compõem sistema socioeducativo nacional.

Siga-se com a leitura dos dados da realidade.

1. Formação colonial e raízes autoritárias – desumanização da raça negra – as bases do racismo institucional

A formação histórica do país carrega um passado nebuloso, pautado na escravidão de negros, e modo que a política de abolição nunca superou as palavras, sem vida, da lei, limitando-se a uma falsa promessa.

A herança deixada por um sistema embasado em violências e violações diversas, que culminou em uma política de extermínio de corpos negros, ainda é vivenciada em nossa sociedade, pois conseguiu resistir geração após geração.

O processo de desumanização do negro, partindo da periculosidade Cesare Lombroso orientado pelo viés racista, e revestido pelo método científico do positivismo, traçou a teoria do criminoso nato, influenciado pelas ideias da seleção das espécies de Charles Darwin, identificando na negritude um fator criminalizante típico de seres não evoluídos – o atavismo. Para (LOMBROSO, 2016, p. 55): “o criminoso é geneticamente determinado para o mal, por razões congênitas. Ele traz no seu âmago a reminiscência de comportamento adquirido na sua evolução psicofisiológica. É uma tendência inata para o crime”.

Assim, o negro estaria em uma fase de transição entre aqueles seres primitivos (grau animalesco) e o branco europeu – o patamar desenvolvimento pleno.

Essa perspectiva adequou-se perfeitamente à realidade brasileira. Considerando o fim da escravidão e o *boom* populacional nas cidades, o objeto de receio das elites passou a ser a pobreza urbana em função disso, novos esforços são empreendidos num sentido de controle dessa nova demanda, a população urbana pobre, tida como “degenerada, delinquente”, tornando-se o alvo preferencial do controle punitivo (ALVAREZ, 2002).

Assim o problema da desordem social do país estava diretamente ligado à negritude, uma vez que a população negra, desde então, passou por um processo de desumanização que foi basilar desde o período da escravidão, quando os negros eram tomados por indivíduos sem alma para justificar a exploração e abusos, um discurso conformador à lógica econômica e à manutenção de uma legitimidade hierárquica de dominadores e dominados (RIBEIRO, 1995).

É nesse sentido que a elite, a população branca, vivia intensamente em um medo ocasionado pela presença da negritude no país. É dessa maneira que no Brasil, a teoria lombrosiana encontrou um campo muito fértil para a sua proliferação cujo solo verde e amarelo

encontrava-se adubado para o racismo, agora, revestido pelo fator científico. No Brasil, destaca-se Raimundo Nina Rodrigues que foi um médico maranhense, radicado na Bahia, que no final do século XIX interessou-se pelos estudos raciais a partir da Medicina Legal. Produziu diversas obras buscando explicar o que a inferioridade da raça negra (NEVES, 2008).

Nina Rodrigues influenciado pela criminologia positiva afirmou que havia uma “sociedade civilizada” diante das “raças inferiores”, ou como ele conceitua (RODRIGUES, 1957, p. 162): “(...) soma de atentados que, numa colisão de povos civilizados com povos selvagens, a cada passo podiam estes cometer contra as condições existenciais da sociedade culta”.

O perigo, portanto, estava no comportamento das civilizações que não eram brancas, dentre elas a negra, sendo vistas como inferiores. Sobre isso, ainda afirma (RODRIGUES, 1957, p. 162):

A civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la, não só contra os atos antissociais- os crimes dos seus próprios representantes, como ainda contra os atos antissociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam ao contrário manifestações do conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas ou submetidas.

Diante disso, a questão da responsabilidade das raças humanas implicava um discurso de controle social das populações não brancas. Tal dominação partia do discurso do medo, conforme ressalta (DUARTE, 2011, p. 236):

(...) Nina Rodrigues, um teórico que advogava uma visão hierarquizada e a correspondência e a correspondia entre o tipo criminal e tipo racial, enfrentaria o fato de viver em um país periférico, onde a maioria marginalizada “correspondia” as descrições da ciência racista europeia.

Assim, tem-se, neste momento, uma ótica de segregação de raças no Brasil, mas também Nina Rodrigues defendia que cada raça era singular, dessa forma não deveria existir mistura entre elas. A mestiçagem era vista como um fator de retrocesso para uma população. O autor afirmava que “ao julgar por certos fatos, a mistura entre raças de homem muito dessemelhantes parece produzir um tipo mental sem valor, que não serve nem para o modo de viver da raça superior, nem para o da raça inferior, que não presta enfim para gênero algum de vida” (RODRIGUES, 2011, p. 54).

Sobre isso afirma GÓES (2016, p. 258):

Os contornos que o problema negro e do negro se expressam para Nina Rodrigues, após mais de uma década de pessimismo, fazem-no adotar, definitivamente, o discurso do branqueamento como solução ao problema e, para isso, recorrerá à história dos negros para obter conhecimento necessário (fator fundamental ao cientista) à solução racial nacional.

Nina Rodrigues se interessou em observar a diversidade do mundo dos negros e a necessidade de considerar as especificidades nacionais nas pesquisas científicas, identificando assim, como causa de sua inferioridade uma herança biológica, o atavismo, apontando que

O atavismo é um fenômeno mais orgânico, do domínio da acumulação hereditária, que pressupõe uma descontinuidade na transmissão, pela herança, de certas qualidades dos antepassados, saltando uma ou algumas gerações. A sobrevivência é um fenômeno antes do domínio social, e se distingue do primeiro pela continuidade que ele pressupõe: representa os resquícios de temperamentos ou qualidades morais, que se acham ou se devem supor em via de extinção gradual, mas que continuam a viver ao lado, ou associados aos novos hábitos, às novas aquisições morais ou intelectuais (RODRIGUES, 2010, p. 300).

Seguindo os passos e métodos de Lombroso, Nina Rodrigues reforçou o reconhecimento do atavismo no negro sendo, assim, consequência de uma herança biológica: um ser inferior no desenvolvimento humano, ressaltando

De uma e de outro tenho tido conta nos meus estudos da criminalidade negra no Brasil. Considero a reversão atávica uma modalidade da degeneração psíquica, da anormalidade orgânica que, quando corporizada na inadaptação do indivíduo à ordem social adotada pela geração a que ele pertence (...) (RODRIGUES (2010, p. 300).

A partir desse marco criminológico crítico margeado com novas perguntas (FREITAS, 2016) entende-se que o modelo punitivista que vigora na atual democracia é centrado ainda na exclusão racial fruto exclusivamente por sua própria natureza e razão de existir: sua funcionalidade planejada, dentro dos limites estabelecidos por uma sociedade racista, como instrumento legítimo de controle de corpos negros que apenas mudou a roupagem substituindo as senzalas por outras formas desumanas e degradantes de extermínios de corpos negros, mantendo o processo de desumanização da negritude intacto.

Dessa forma os elementos que indicam que um tipo social – pessoas portadoras de determinados signos sociais - são indignas e, nesse sentido, representam uma negatividade (MISSE, 2008), cuja caça é tão naturalizada que não causa suspeição (FLAUZINA, 2006).

Assim, há ainda uma perseguição muito atuante à população negra, não se pode negar a existência de um racismo institucional.

É exatamente o que propõe Souza (2011) de que a questão do racismo institucional tem uma raiz de problema que anterior ao seu veículo de atuação e exatamente por isso é que o sistema atua como se legítimo fosse.

Conforme Felipe Vianna (2015, p. 68), apesar de a seletividade já se fazer latente ao que se refere à criminalização primária, ela se opera em concreto pelas agências de criminalização secundária, principalmente pela polícia instituição pública e braço direito do Estado, conforme critérios discricionários procura realizar procedimentos operacionais perante a população negra.

Sobre isso ressalta “[...] A fundada suspeita é fruto, segundo os interlocutores, da experiência que o policial adquire nas ruas para identificar um suspeito ao primeiro olhar e os signos da suspeição. Esta experiência adquirida é nomeada de tirocínio policial, uma qualidade positivada entre os interlocutores e construída mediante o “tempo de rua” que um policial possui (SINHORETO ET AL, 2013). O gesto de suspeitar parte do pressuposto do não confiar, de fazer uma leitura da subjetividade como indigna de credibilidade. Tal como evidencia Sinhoretto, (2014, p. 133).

Ainda sobre o tirocínio explica O tirocínio reconhece sutilezas em gestos e olhares que não são perceptíveis às pessoas comuns. E, ao ser orientado pelo tirocínio, o momento anterior à abordagem, ou seja, o processo de concretização da suspeição é algo dificilmente passível de ser regulado.

Acontece que esse processo de decisão através da filtragem racial o que é dirigido sobre “potenciais criminosos”, segue a demanda de interesses políticos e econômicos de grupos hegemônicos que ditam o andar carruagem estatal.

Desse modo, atualmente a polícia exerce um importante papel nessa cadeia estruturante, pois é ela que vai através da realização da filtragem racial, isto é, que está entranhada nas próprias estratégias do policiamento (SINHORETTO, 2014, p. 153) deixando a população negra, por ser mais vulnerável, em constante situação de vigilância.

2. Estigma e negatividade a identidade social – o tipo social sujeito

O pressuposto teórico é que o estigma dirigido tem função não apenas de criar um discurso de “verdade” que permita o exercício do controle, como de manter a distância social entre grupos; pois a medida que se macula de negatividade a identidade social do outro, cria-se

uma distância que dificulta ou impede a empatia entre os indivíduos, tornando-se mais fácil legitimar um discurso que associa negritude e criminalidade.

O estigma é uma marca produzida socialmente, relacionada a algum atributo considerado negativo que praticamente desumaniza o seu portador. Essa marca social, relacionada a algum estereótipo, é vista como uma desvantagem, uma diferença quanto ao que se considera o normal. (GOFFMAN, 1988). Assim é relevante perceber que além de uma relação de interação de grupos sociais o estigma é claramente uma relação de poder instrumentalizada para subjugar.

Classe e raça são elementos que vulnerabilizam o indivíduo, entendendo vulnerabilidade aqui como:

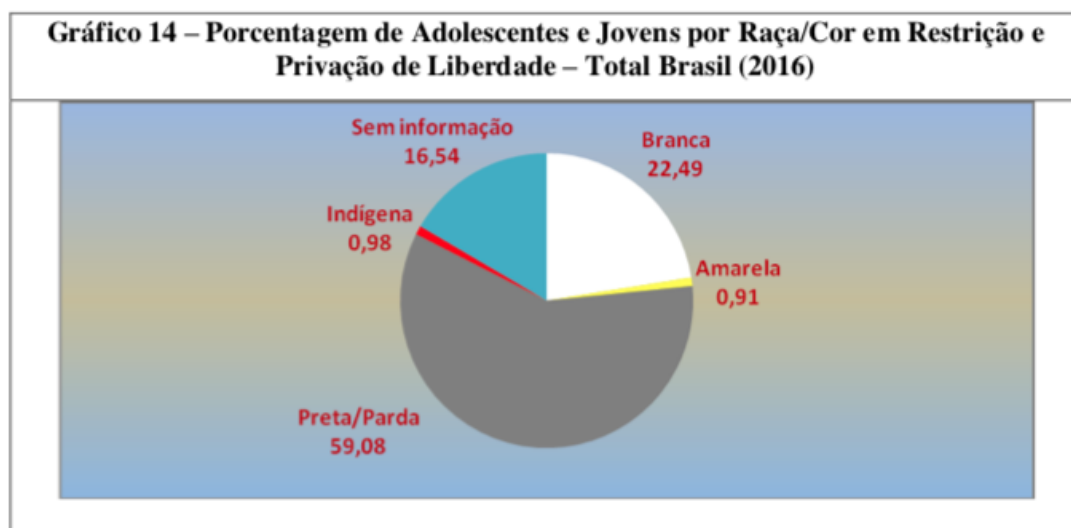
“Vulnerabilidade” é o risco de ser selecionado pelo sistema penal, podendo ser medida em “níveis”, conforme a “situação” de risco em que se tenha colocado a pessoa.(...).A “posição ou estado de vulnerabilidade” é socialmente condicionada, ou seja, algumas pessoas em função de sua classe social, cor, preferências sexuais, estão mais vulneráveis à seleção do sistema penal para serem criminalizadas. (ZAFFARONI, pg. 270. 1991)

Se por si só, esses fatores já são capazes de tornar os adolescentes alvos do aparato punitivo, assediados pela força policial, antes de qualquer comportamento delitivo, criando para estes adolescentes um rótulo de perigosos, e estes indivíduos estão em fase de formação de suas personalidades, significa dizer que o estado já forma os indivíduos negros a partir de uma perspectiva de criminalização e suspeita, ou seja, desde a mais tenra infância cria maneiras de selecioná-los, rotulá-lo, excluí-los.

Com isso percebe-se que esse processo de perseguição aos negros que ocorre desde a escravidão até os dias atuais também é praticado pelas policias, em suas abordagens cotidianas. Os policiais são movidos pela “suspeição” que é um ato coordenado e dirigido para distinguir em meio de um grupo social aqueles que se quer punir. O processo de filtragem racial direcionado às periferias brasileiras busca não uma conduta suspeita, mas sim uma cor (SINHORETTO, 2014).

Aqui atua o racismo permanentemente atualizado, pois os preconceitos são absorvidos nesse processo de seleção e filtragem, os tipos criminalizados são, geralmente, os socialmente hostilizados e caracterizam uma exclusão criminal. É este lugar que ocupa a juventude negra.

A evidência disto está nos dados do sistema juvenil, em que não somente é tem como prevalência a restrição de liberdade, como já demonstrado, como também incide sobre jovens negros (BRASIL, 2018):



O percentual de 59,08% pode ser ainda mais problematizado quando se verifica que há um percentual de 16,54% sem informação. Considerando que metodologicamente esses dados são obtidos a partir de aplicação anual de instrumental preenchido pelos órgãos gestores da Política de Socioeducação (estaduais e distrital), é possível problematizar que a ausência de registro possa indicar uma espécie de normalização sobre quem frequenta o sistema socioeducativo .

A evidência com que se pretende trabalhar não é somente na restrição de liberdade mas na própria morte.

A filtragem racial é percebida no índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial que agrega dados relativos às dimensões de varias escalas sociais e raça. É um índice desenvolvido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública que indica que “a taxa de mortalidade de jovens negros no mesmo ano [2015] foi de 86,34 para cada 100 mil jovens negros na população, contra 31,89 para jovens brancos” e no Nordeste, a taxa de mortes “de jovens brancos foi de 27,1 por 100 mil, a de jovens negros foi de 115,7, ou seja, mais de 4 vezes superior” (BRASIL, 2017, p. 33).

Como se vê a cor da pele influencia diretamente na probabilidade de a pessoa ser morta e nesse sentido, ante a trágica naturalização do homicídio, tem-se um país dividido por um

“racismo que mata” (CERQUEIRA, COELHO, 2017). Uma espécie de “epidemia da indiferença”, como analisa o relatório, o que parece uma afirmativa bem adequada à sociedade brasileira, marcadamente autoritária, com evidentes problemas raciais e que convive com os números de mortes da população (negra, pobre e jovem) historicamente oprimida, invisível e que parece não existir no país, exceto para o funcionamento de uma sociedade opressora, excludente, hedonista e individualista. Isto é, Mortes violentas são forma de sociabilidade brasileira (RIBEIRO; COUTO, 2017).

Ressalte-se que o quantitativo de mortes no país é provocada por atividade policial. Estudos nacionais indicam, por exemplo, que o estado do Rio de Janeiro em 2007 teve o *record* histórico de 902 vítimas na capital e 1330, no Estado de casos de "Homicídios Provenientes de Auto de Resistência" (MISSE, 2011). Em São Paulo, em 2010 foram vítimas de atividade policial 419 pessoas e 286 em 2011, totalizando 905, dos quais, 96% eram jovens negros. Para o período de 2012 e 2013, em Minas Gerais, o quantitativo cai entre dez a vinte vezes (SINHORETTO, 2015). Em Pernambuco (2018), o número de pessoas mortas, nos cálculo de mensal de criminalidade violenta letal e intencional – CVLI, entre agosto de 2017 e janeiro de 2018, varia entre 411 e 448 pessoas.

A vitimização por homicídio de jovens (15 a 29 anos) no país é fenômeno denunciado ao longo das últimas décadas, mas que permanece sem a devida resposta em termos de políticas públicas que efetivamente venham a enfrentar o problema. Os dados de 2016 indicam o agravamento do quadro em boa parte do país: os jovens, sobretudo os homens, seguem prematuramente perdendo as suas vidas.(...) É o caso do Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência, ano base 2015, que demonstrou **que o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio no Brasil é 2,7 vezes maior que o de um jovem branco**. Já o Anuário Brasileiro de Segurança Pública analisou 5.896 boletins de ocorrência de mortes decorrentes de intervenções policiais entre 2015 e 2016, o que representa 78% do universo das mortes no período, e, ao descontar as vítimas cuja informação de raça/cor não estava disponível, identificou que 76,2% das vítimas de atuação da polícia são negras. (CERQUEIRA, 2018, p. 41)

Mas é preciso salientar que exterminar abrange em seu núcleo não apenas a morte física, mas o processo de desqualificação de certas vidas, a morte social, de perspectivas, de oportunidades, de possibilidades de futuro, e matar é o que o estado brasileiro tem feito continuamente com a população negra, desde a sua mais tenra infância e em todas as versões possíveis de mortificação.

Nesse sentido, tem-se a configuração de uma das consequências mais dramáticas do processo de incriminação que se dá quando ela se torna socialmente justificável e desliza para subjetividade do transgressor e sua individualidade, “reificando-se socialmente como caráter

ou enquadrando-o num tipo social negativo, constitui-se o que propomos chamar de sujeição criminal” (MISSE, 2008, p. 23).

Trata-se de um conceito que capta a capacidade do poder de definição antecipar a incriminação do indivíduo, por figurar como um tipo social negativo, independentemente da sua conduta.

O fluxo de estereótipos, ao longo da história, se mantém e a presença deles causa desordem, caos urbano, demanda por segurança. Esse meandro é percebido com a certeza de que a definição de crime depende de processos sociais ativos de ida e vinda, sociedade e agências de controle social formal; levando ao conceito de sujeição criminal como “o nó górdio de um certo tipo de ilegalidade praticada principalmente por agentes egressos de uma situação de subalternidade social” (MISSE, 1999, p. 38).

Misse (1999) desenvolveu o conceito, a partir da hipótese de que as representações sociais de malandros, marginais e vagabundos são signos operadores de conteúdos sociais e históricos acumulados no Rio de Janeiro, e por isso, sesses tipos sociais são submetidos à sujeição criminal. Partindo da demanda normalizadoraⁱ da modernidade, em que o individualismo moral é o valor essencial de sociabilidade (representado pelo sexo e pelo trabalho), todos os que fugirem à essa dinâmica, não apresentando capacidade de controle e contenção, são representados como egoístas e perigosos, uma subjetividade que se pretende afastar do convívio.

No limite, são pessoas incrimináveis que possuem

Signos corporais que comunicam uma << suspeita >> de sua sujeição – sinais de perigo social -, signos que contextualizam idade, gênero e cor com sinais de sua classe social (ou <<subclasse >>), educação, descontrole moral, uso de convenções sociais, além de símbolos negativamente interpretados, como certos tipos de tatuagens, de cicatrizes, cortes de cabelo, de gestos e modos de andar, de olhar, de conversar, de se vestir, tipos sociais e incriminação individual se intercambiam ou se complementam em áreas, produzindo com o tempo tipos sociais de sujeição criminal historicamente fixados (MISE, 1999, p. 48).

O conceito de sujeição criminal de Misse remete à ideia de estrangeiro no convívio normalizado. Não somente uma rotulação ou incriminação de condutas e indivíduos, mas a constituição de uma subjetividade que incorpora a própria incriminação, assumindo aqueles signos representados por tipos sociais. A partir da reprodução social da sujeição criminal, e na medida que se dá o assujeitamento, há um fenômeno de captura da definição social “assumindo-a e desenvolvendo-a como sua própria definição, aperfeiçoando-a. Auto-definindo-se como tal,

adotando as máscaras e papéis compatíveis, suas práticas criminalizáveis ou incrimináveis podem ser definidas como práticas criminais”(MISSE, 1999, p. 52).

Enfim, não se trata, simplesmente, a sujeição criminal, da oposição entre norma e desvio, mas de compreender um processo histórico que constitui ordens sociais legítimas e diferentes, condensadas com determinados tipos sociais, que levam a operar o poder e resolver conflitos no interior dessas ordens.

Defino sujeição criminal como um *processo* social que incide sobre a identidade pública e muitas vezes íntima de um indivíduo. Para que haja sujeição criminal, é preciso que certos tipos de curso de ação, representados não apenas como desviantes, divergentes, problemáticos ou ilegais, mas interpretados principalmente como *criminais*, inclusive pelo agente, se reiterem na expectativa social a propósito desse agente; que esses tipos de curso de ação condensem significações de ruptura com representações de normas sociais de validade abrangente e, principalmente, rompam ou ameacem romper com um << núcleo forte >> *emocional dos agentes sociais*, sobre o qual se concentram as representações sociais da normalidade, do crime e da violência (MISSE, 1999, p. 213).

Nesse sentido, perceber que mortes e privação de liberdade são destinos muito certos de adolescentes e jovens negros e pobres do país, não somente evidencia a indiferença social a essa população como confirma que é uma confirmação história da atualização do processo escravista nunca encerrado.

Assim, enquanto não for possível ter-se evidente que o racismo institucional faz parte de um processo estrutural, uma normalidade, isto é, não se trata somente de discriminação ou questões conjunturais, mas uma “forma de racionalidade, de compreensão das relações, o que constitui a porção consciente e inconsciente do modo de estruturação normal da sociedade” (ALMEIDA, 2018), não será possível superar o quadro de mortes de todos os gêneros de jovens negros na realidade brasileira.

Portanto, deve estar atento aos eufemismos atrelados à juventude no país, sejam eles decorrentes da justificativa do uso da força estatal ou da proposta da socioeducação.

3. Uso da força e socioeducação : eufemismos do sistema de justiça

Note-se que a estruturação classe e raça são formalmente (não há pudor de ocultação porque naturalizadas) postas pelos entes do sistema de justiça: entre o faro policial (ALBERNAZ, 2015, guiado pelo assujeitamento e a condenação judicial, movida pelas deficiências sociais, há um funil condenatório dirigido ao adolescente negro e pobre.

Considerando que o uso da força é um instrumento principal na política de segurança pública, baseada numa lógica militarizada, sobrando pouco espaço para outras instituições, o que pressupõe encarceramento e aniquilamento (SILVESTRE, SCHLITTLER, SINHORETTO, 2015), tem-se que não se submete à completa legalidade.

A legalidade do uso da força nos parâmetros de um Estado Democrático de Direito é um dos eufemismos que precisam estar permanentemente evidenciados.

A outra questão diz respeito à adolescência cuja peculiaridade de fase específica da vida (adolescência) perpassa a formação de sua identidade e um momento biológico-emocionalmente conturbado; inclusive a condição peculiar de desenvolvimento justifica a justiça especializada, o que leva aos juízos de responsabilização, por parte da magistratura, que, muitas vezes, está voltada à personalidade do indivíduo; dado o argumento eufemista e confuso da socioeducação (MACHADO, 2014; SAL, 2010; ALVAREZ, SALLA, SCHRITZMEYER, 2010; PAULA, 2015; ALMEIDA, 2016; CORNELLIUS, 2017).

A adolescência é um processo centrado na lógica da separação-indivuação, em que o adolescente deve separar-se dos objetos internalizados e descobrir objetos de amor e ódio extrafamiliares, expulsando a dimensão fantásmica atribuída ao longo da educação. Para outros, diferentemente, trata-se de uma crise, entendida como uma perturbação temporária dos mecanismos de regulação do sistema, seja devido a fatores socioculturais, seja devido a fatores biológicos. (CAHN, 1999, p. 18).

Esse é um pressuposto universalista que remete a um conceito de infância universal, em que crianças e adolescentes são construídos socialmente de maneira igual.

No entanto, a sociedade é consolidada por processos hierárquicos e de dominação, que são reproduzidos nas mais diversas esferas, e quando o discurso jurídico absorve essas assimetrias, legitima um processo de desigualdade material e ratifica uma multidimensionalidade de opressões, ou seja, uma pluralidade de formas de excluir e marginalizar cidadãos que não carregam em suas características a “identidade hegemônica”, o “perfil do dominador”, ou seja, o perfil daquela parcela da população que tem suas características associadas a valores positivos como status, poder e superioridade.

Considerando as peculiaridades da sociedade brasileira, em que as marcas escravistas são permanentes e atualizadas, é possível que a universalização tenha implicado “...uma lógica relacional entre proteção e subordinação social, que a distinção entre “perigosos” e “em perigo” explicita, quanto chamar a atenção para os efeitos que a “vitimização” de uns (os “em perigo”) e a “culpabilização” de outros (os “perigosos”), tende a provocar” (SHUCH, 2005, p. 89).

Isto é enquanto para algumas infâncias é dedicada a noção de proteção, a outras é dedicada a ideia de controle e subordinação, e essa classificação é feita a partir de critérios excludentes e que reforçam a sujeição criminal dos indivíduos negros: “Se, de um lado temos a proposição de uma universalidade da infância, de outro lado temos a reinstalação da desigualdade de sua existência” (SHUCH, p. 71, 2005).

[...] É justamente a constância da necessidade de diferenciar, de classificar, de separar, de categorizar e, portanto, de hierarquizar tipos de infâncias, tipos de família, tipos de pessoas e tipos de responsáveis - assim como seus lugares sociais - para se firmar formas de governo que estabelecem assimetrias sociais. Quanto mais organizado parece estar o aparato jurídico-estatal no domínio da infância e juventude, mais se diferenciam tais aparatos, mais se conhecem e se formulam “perfís” de crianças e adolescentes, mais se particularizam situações, posições e condições em que se exercem infâncias e juventudes e, conseqüentemente, mais se restringe a sua potencial universalidade (SHUCH, 2005, p.83-84).

Nesse sentido, o discurso retido ao âmbito do dever ser concede maior ênfase nos “adolescentes perigosos” (destinatários de medida socioeducativa) do que “crianças que necessitam de proteção” (destinatários de medida de proteção) (SHUCH, 2005).

Vale salientar que apesar do Estado de Direito, ainda há resistências para que determinados grupos acessem e efetivem seus direitos, porquanto têm sua subjetividade marcada por um estigma social tão dilacerante que sua cidadania é aviltada.

Portanto, na contramão do paradigma da proteção integral, tem-se um sistema socioeducativo seletivo, violento, aviltante e marcado pelas mesmas desigualdades e opressões que caracterizam o sistema de responsabilização penal dos adultos.

Embora muitas vezes a justificativa de determinadas políticas de atendimento à infância e à juventude tenha sido de assistência e amparo, as práticas institucionais caracterizaram-se pelo “controle” dirigido a este público, pela institucionalização, pela pobreza de recursos destinados ao atendimento e pela reprodução de práticas violentas (COSTA e RUDNICKI, 2016).

Perceber que os adolescentes em situação socioeconômica mais vulnerável compõem com maior efetividade os imputados por esse sistema faz com que as políticas públicas de garantias de direitos fundamentais e os objetivos da imputação das medidas socioeducativas sejam questionadas, pois até que ponto o estado social falhado vem tendo uma parcela de culpa na delinquência juvenil? E quais os verdadeiros fins da socioeducação quando o sistema de responsabilização juvenil é tão eficaz em selecionar um determinado público alvo?

Uma vez que a demanda social se avulta no processo de delinquência juvenil“(...) É preciso oferecer lugar a essas crianças que não seja somente o do infrator, de abandonado, mas antes da intervenção coercitiva” (MACHADO, 2016).

Quando a punição está alcançando a população juvenil antes dos direitos fundamentais, é preciso repensar a expectativa criminal que se está se depositando nos adolescentes, que tem sido colocados como responsáveis pelos altos índices de violência, mas são muito mais aviltados do que aviltam, quando a vertente punitiva está sendo mais contundente que o exercício de cidadania é preciso repensar que futuro se quer dar à nação, pois essa lógica excludente, racista e punitivista, além de frustrar a proteção integral, conduz a um ciclo de violências e atrocidades que já se perfaz.

Repensar esses nexos permite a proposição de políticas públicas mais acertadas e uma organização sistêmica mais efetiva para o êxito no tratamento dos jovens em conflito com a lei, é preciso entender o cerne do problema para depois tentar resolvê-lo.

Considerações Finais

A população negra experiencia no Brasil um constante processo de usurpação de sua dignidade, e o sistema punitivo enquanto força violenta e opressiva continua acompanhando a trajetória dessa população como um instrumento utilizado para subjugar-la.

O controle penal é eivado de seletividades e de procedimentos estruturadores que se direcionam num sentido de manter hierarquias sociais previamente postas, neste diapasão, descortinam-se os mecanismos que tornam a população negra a população mais perseguida e violentada pelo sistema punitivo.

O ranço autoritário e racista, herdado historicamente, torna a negritude um símbolo de desconfiança social, fazendo do indivíduo negro uma ameaça, e por isso, naturalizando-se o constante assédio das instâncias penais sobre esse indivíduo.

Quando trata-se de direito penal juvenil o tema se torna árduo, porque uma vez sabido que adolescentes estão em processo de formação biológica-psicológica e social, fica nítido que os adolescentes negros já se formam a partir de uma expectativa criminal do seio populacional, ou seja, já vão se formando a partir de rótulos criminalizantes que lhe são conferidos em função de sua etnia, antes mesmo de qualquer desvio.

Adolescentes negros, portanto, estão sobrerrepresentados no cumprimento de medidas socioeducativas, são os que mais são mortos em função de ações policiais e abordagens

repressivas, são aqueles que possuem maior vulnerabilidade, sua existência é marcada pela mortificação física, moral, social, etc.

Considerando que adolescentes negros delinquem na mesma proporção que adolescentes de outras etnias, neste trabalho buscou-se expor os mecanismos que os tornam mais vulneráveis ao processo de seleção, usando a filtragem racial e a sujeição criminal como marcos teóricos.

A partir dessas análises notou-se que pesa sobre o adolescente negro um processo de assujeitamento criminal que o torna mais suscetível à atuação de uma justiça repressiva.

Este artigo procurou analisar e verificar, de modo preliminar, a hipótese do estudo acerca da possível relação entre a atuação dura e racista da polícia brasileira como um ranço de uma sociedade com suas raízes autoritárias fixadas em um contexto colonial de escravidão, a um grupo movido pela cor: a juventude negra.

A primeira contribuição relevante no artigo foi identificar a dificuldade de uma padronização e registros de dados pelos órgãos gestores da Política de Socioeducação (estaduais e distrital) que possibilite fazer uma leitura real do sistema de justiça juvenil.

Outra contribuição relevante desse estudo é em relação à filtragem racial que foi percebida no índice de vulnerabilidade juvenil à violência e à desigualdade racial desenvolvido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública que indica que “a taxa de mortalidade de jovens negros no ano [2015] foi de 86,34 para cada 100 mil jovens negros na população, contra 31,89 para jovens brancos” e no Nordeste, a taxa de mortes “de jovens brancos foi de 27,1 por 100 mil, a de jovens negros foi de 115,7, ou seja, mais de 4 vezes superior” (BRASIL, 2017, p. 33) ficando bastante explícita a seletividade racial do jovens negros.

A partir da leitura e análise crítica desses dados percebe-se ainda que com a promulgação da constituição de 1988, em um período de redemocratização, a participação dos municípios com a segurança pública ficou muito singela. Já os estados, entretanto, pós-ditadura, através da polícia militar, continuou sendo o braço forte e direito do Estado como principal ferramenta a combater a criminalidade sendo operacionalizada conforme modelo de forças armadas, trazendo consigo peculiaridades de uma cultura ditatorial baseada no abuso da força policial. Neste estudo, identificou-se uma filtragem racial realizada pelas polícias nas abordagens operacionais a jovens negros (as) que foram estereotipados e estigmatizados pelo racismo, ao longo da história do Brasil, o qual funciona como mola propulsora do faro policial.

Verifica-se ainda que diante da farsa abolicionista ao abolicionismo penal “utópico”, há uma resistência e permanência da luta negra por liberdade e igualdade, indo de encontro a uma insistência branca (nada inocente) em ignorar o racismo enquanto base estruturante do Estado brasileiro. O/a jovem negro (a) é remetido (a) à ideia de estrangeiro no convívio normalizado.

A sujeição criminal da juventude negra permite que o indivíduo negro seja olhado desde muito cedo através de lentes criminalizantes, o que o torna um alvo constante do sistema punitivo.

Contudo, o acesso a direitos fundamentais pelas pessoas negras é inversamente proporcional ao assédio das instâncias penais, evidenciando uma conjuntura que se fundamenta numa lógica de exclusão social e que se direciona em função de perseguir um grupo específico de indivíduos marcados pela raça e pela classe, dentro deste cenário é impossível dissociar a vertente social, econômica e de garantias individuais quando se fala em “responsabilização juvenil”.

Quando se trata de direito penal juvenil algumas aporias se apresentam, posto que o conteúdo legalmente disposto de proteção integral está longe de um panorama de efetividade, a realidade que se apresenta reproduz um fundamento racista, que associa a subjetividade do indivíduo negro a uma ideia de marginalização, e que torna o adolescente negro mais vulnerável à incidência de um controle de caráter repressivo.

Fica nítido que, ainda dentro de um sistema que se diz protetivo, criaram-se mecanismos de manutenção do *status quo* e maneiras de selecionar um público bem específico que, não por acaso, é aquele mesmo público a que se voltava o código de menores, a infância pobre, abandonada (e negra), perpetuando uma lógica de subordinação social.

Nesse contexto, existe um conjunto de códigos sociais que dizem as quais “crianças se deve proteger” e as “quais se deve punir” e a categoria infância fica reduzida a mesma proposta de hierarquização social, portanto, passa-se a questionar os reais interesses da socioeducação, pois ao passo que se propõe legalmente como ressocialização, processo de reabilitação e reintegração social do indivíduo, na verdade tem sido retribuição, punição, revanche, tem atendido a mesma lógica de incidência do controle penal sobre a população negra. O que culmina em transformar o sistema socioeducativo num ambiente de promoção, ratificação e perpetuação de injustiças sociais.

Pois, para longe do dever ser, o sistema socioeducativo tem frustrado o paradigma da proteção integral e camuflado de “socioeducação”, um procedimento punitivo, seletivo e violador.

Apesar do avanço que o paradigma da proteção integral constituiu no âmbito normativo, a legislação necessita guardar uma efetividade que só é possível mediante a desconstrução de práticas racistas e autoritárias que se encontram enraizadas na espinha dorsal das ações punitivas.

Afinal, para a efetividade de qualquer processo que se enuncie socioeducativo é de fundamental relevância que se ofereça aos adolescentes oportunidades e direitos de cidadania em prol de incluí-los.

Pois quando as raízes autoritárias permitem que a punição, a usurpação de dignidade, o racismo e a força bruta do estado sejam as únicas opções oferecidas, cria-se uma estrutura que tem mais características de problema do que de solução.

Não somente uma rotulação ou incriminação de condutas e indivíduos, mas a constituição de uma subjetividade que incorpora a própria incriminação, assumindo aqueles signos representados por tipos sociais colocando esses jovens, vulneráveis, em situação de perseguição e vigilância constantes, remetendo a um cenário de sujeição criminal da juventude negra.

Referências

- ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida socioeducativa de internação em São Paulo. **Tese.** (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 2017.
- ALMEIDA, Silvio. **O que é Racismo estrutural ?** Coleção feminismo plurais. São Paulo: letramento, 2018.
- ALVAREZ, M. C.; SALLA, Fernando; SCHRITZMEYER, Ana Lucia Pastore. Adolescentes em conflito com a lei: pastas e prontuários do Complexo Tatuapé (São Paulo/SP, 1990-2006). **7º Encontro ABCP**, Recife, PE, 2010.
- ALVAREZ, Marcos César. **A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais.** Dados. Rio de Janeiro, v.45, n.4, 2002.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos (MDH). Levantamento Anual SINASE 2016. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Índice de vulnerabilidade juvenil à violência 2017: desigualdade racial, municípios com mais de 100 mil habitantes.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- CAHN, Raymond. **O adolescente na psicanálise: a aventura da subjetivação.** Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1999.
- CERQUEIRA, Daniel; COLEHO, Danilo Santa Cruz. **Democracia racial e homicídios de jovens negros na cidade partida.** Texto para discussão. Brasília, janeiro, 2017.
- CERQUEIRA, Daniel (coord.). **Atlas da Violência 2018.** Rio de Janeiro, IPEA, 2018.
- CORNELIUS, Eduardo Gutierrez. O pior dos dois mundos? A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. **Tese.** (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras. Universidade de São Paulo, 2017.
- COSTA, Ana Paula Motta; RUDNICKI, Dani. Sistema Socioeducativo: uma proposta de gestão institucional “continente” e garantidora de direitos humanos. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 17, n. 2, p. 383-408, jul./dez. 2016.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo: introdução à criminologia brasileira.** Curitiba: Juruá, 2011.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2006.’

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo, 2018.

FREITAS, Felipe da Silva. NOVAS PERGUNTAS PARA CRIMINOLOGIA BRASILEIRA: PODER, RACISMO E DIREITO NO CENTRO DA RODA. **Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades**, [S.l.], n. 238, p. 488-499, dez. 2016. ISSN 2447-861X. Disponível em: <<https://cadernosdoceas.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/252>>. Acesso em: 01 out. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.25247/2447-861X.2016.n238.p488-499>.

GÓES, Luciano. **A “Tradução” de Lombroso na Obra de Nina Rodrigues**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

MACHADO, Érica Babini L. do Amaral. **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO: DO DISCURSO (EUFEMISTA) À PRÁTICA JUDICIAL (PERVERSA) E À EXECUÇÃO (MORTIFICADORA): um estudo do *continuum* punitivo sobre adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei na cidade do Recife, PE**. **Tese**. Doutorado em Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

MACHADO, Erica Babini Lapa do Amaral. **SOCIOEDUCAÇÃO: DA ONTOLOGIA À TELEOLOGIA – UMA AMBIGUIDADE TEÓRICA**, 2016 Disponível em: <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/19934/pdf> Acesso: 11 de Março de 2018

MISSE, Michel. **Acusados e Acusadores**. Estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

MISSE, Michel. **Malandros, marginais e vagabundos & a acumulação social da violência do Rio de Janeiro**. **Tese**. Doutorado em Sociologia. UERJ, 1999.

NEVES, Márcia das. **Nina Rodrigues: as relações entre mestiçagem e eugenia na formação do povo brasileiro**. 2008. 85 f. **Dissertação** (Mestrado em História da Ciência) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

PAULA, Liana de. **Práticas socioeducativas e garantias de direitos: pensando a (des)constituição do sujeito de direitos a partir da internação e adolescentes**. **Anais**. 39º Encontro Anual da ANPOCS, 2015.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes; COUTO, Vinícius Assis. Tipos de homicídio e formas de processamento: existe relação? **Contemporânea** – Revista de Sociologia da UFSCar, v. 7, n. 2, pp. 417-442, jul.- dez, 2017.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Nina. **As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. 3. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

_____. **Os africanos no Brasil**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2010. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Série Pensando o Direito. No 26/2010 – versão publicação. **ECA: Apuração do Ato Infracional Atribuído a Adolescentes**. Brasília, 2010.

SHUCH, 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. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5386/000469590.pdf?sequence=1> Acesso: 10 de março de 2018.

SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina; SINHORETTO, Jacqueline. Encarcerados do Brasil: seletividade penal na gestão da riqueza e da violência. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 39, 2015, Caxambu. Anais... Caxambu: ANPOCS, 2015.

SINHORETTO, J.; SILVESTRE, G.; SCHLITTLER, M. C. Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante. Sumário executivo. São Paulo, UFSCar-GEVAC, 2014. Disponível em: <http://www.ufscar.br/gevac/#sthash.KiXLiLc4.dpuf>. 20 de junho de 2018

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. Criminalização, teoria do etiquetamento e racismo institucional na polícia: autorrealização de uma amarga profecia. Revista Jurídica ESMP-SP, V.7, 2015.

VIDAL, Alex da Silva. Adolescentes em medida socioeducativa: Um estudo sobre estigma. **Dissertação**. Mestrado em educação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução por Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ⁱ Trata-se do “complexo processo histórico-social que mobilizou << os indivíduos>> (que são, por definição, imaginados como potencialmente desafiliados no interior de uma formação social que reclama sua filiação) a auto-regularem sua premência e sua ganância (de necessidades, de interesses e desejos), através da socialização do << valor em si>> como o valor próprio que deriva do desempenho do <<auto-controle>>” (MISSE, 1999, p. 53).

**A DEFESA COMO MEIO DE GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS
FRENTE AOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO DA JUVENTUDE NO RIO DE
JANEIRO**

*THE DEFENSE AS A MEANS OF GUARANTEEING FUNDAMENTAL RIGHTS AGAINST
THE PROCESSES OF CRIMINALIZATION OF YOUTH IN RIO DE JANEIRO.*

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

Prof.^a Ms em Políticas Públicas em Direitos Humanos PPDH/UFRJ.

tatiana.emmerich@hotmail.com

Resumo: A criminalização de adolescentes em conflito com a lei, é um problema social que se perpetua ao longo da história brasileira. Assim, é necessário fazer uma reflexão sobre os discursos estigmatizantes que incidem sobre os adolescentes em conflito com a lei, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, bem como, a averificação do papel da defesa frente a garantia de direitos desses jovens. O artigo mescla a metodologia teórica e empírica. Dentre os resultados encontrados, destacam-se a participação mitigada da defesa ao longo do processamento e a aplicação de mais medidas de internação que medidas alternativas a esta.

Palavras-chave: Defesa; Justiça Juvenil; Garantias de Direitos; Adolescentes em conflito com a Lei.

Abstract: The criminalization of adolescents in conflict with the law, is a social problem that perpetuates throughout Brazilian history. Thus, it is necessary to reflect on the stigmatizing discourses that affect adolescents in conflict with the law, especially in the city of Rio de Janeiro, as well as the confirmation of the role of defense against the guarantee of rights of young people. The article mixes theoretical and empirical methodology. Among the results found, we highlight the mitigated participation of the defense throughout the processing and the application of more hospitalization measures than alternative measures to this one.

Keywords: Defense; Juvenile Justice; Rights Guarantees; Adolescents in conflict with the Law.

I. Introdução

A criminalização de adolescentes em conflito com a lei é um problema social que se perpetua ao longo da história brasileira. Desde meados do século XIX, esses adolescentes, denominados “menores” delinquentes ou abandonados, em sua maioria advindos das classes mais pobres e vulneráveis da população, em sua maioria negra, com pouco/nenhum acesso a educação, inseridos em famílias categorizadas como típicas de “ambientes de marginalização”, considerados locais de “maus hábitos” onde eram exercitados: uso de drogas, prostituição e pequenos crimes, são alvo constante da polícia e da justiça.

Em pleno século XXI, a conjuntura não se modificou, no que tange aos sujeitos sobre os quais a norma vigente recai, o processo por meio do qual isso se dá configura-se como sujeição criminal, conforme atesta (MISSE,1999):

“[...] dados certos padrões de construção social da sujeição criminal, verifica-se uma constante conexão, na representação social, entre certas variáveis sociais e atributos de indivíduos incriminados por certos tipos de crimes. Essas variáveis comparecem seja nos tipos sociais em que eles se enquadrariam, seja na conexão explicativa entre o sentido social que se atribui a essas variáveis e a motivação que são atribuídas aos tipos (ou que eles incorporariam) para entrarem socioeconômica, cor, nacionalidade ou naturalidade, faixa etária, gênero, indicadores de filiação a uma regularidade de emprego e muitas outras dimensões (modo de se vestir, maneira de andar, modo de falar, expressões sociais de autocontrole) que servem socialmente para estratificar, diferenciar e construir estereótipos de identidades sociais são mobilizadas pela representação social para distinguir indivíduos suspeitos.” (MISSE, 1999)

Dessa maneira, se faz necessário uma reflexão sobre os discursos estigmatizantes que incidem sobre os adolescentes em conflito, principalmente na cidade do Rio de Janeiro, *locus* de pesquisa empírica deste artigo. Também deve ser ressaltada a política criminal que tem como alicerce a repressão violenta pelo estado, das camadas mais pobres da população.

A maioria dos adolescentes, internados na comarca do Rio de Janeiro, praticaram crimes análogos ao de tráfico de drogas e de roubo, segundo a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL,2012). No período que corresponde a Junho de 2017, de acordo com a Coordenação de Medidas Socioeducativa do DEGASE, só na capital a instituição mantém no total 2.279 adolescentes do sexo masculino, em cumprimento de medidas privativas de liberdade, seja internação provisória, internação ou semiliberdade, pelo cometimento de atos infracionais. Desse total, 1.310 jovens cumprem medida socioeducativa de internação nas

unidades do DEGASE, revelando uma prevalência da escolha da privação de liberdade como medida a ser aplicada pelo Juízo da Infância e Juventude.

Outro dado revelador, fornecido pela Coordenação de Medidas Socioeducativa do DEGASE, é que a maioria dos meninos que integram o sistema socioeducativo na Capital, no período de 2010 a 2016, possuem ensino fundamental incompleto. À vista disso, é possível perceber a amplitude do problema e a real emergência de métodos preventivos, para que se possa estagnar os processos de criminalização, revelando à estes “menores” novas possibilidades fora do mundo do “crime”.

Desta maneira, pode-se pensar, que o Estado promove mais políticas de internação do que programas que aceleram o processo de afirmação de direitos básicos (educação, saúde, profissionalização, arte, cultura e lazer). Isso sugere características de um sistema, assistido pelo poder judiciário, que abusa do poder punitivo estatal ao invés de afastar a punição. Segundo Josiane Veronese, o Estado se omite frente aos direitos desses adolescentes:

“Ora, se todas essas garantias fossem efetivamente metas governamentais, não se teria esse contingente de crianças e adolescente nas ruas, seja pedindo esmolas, sobrevivendo com o “resto” dos outros, sem escolas, hospitais dignos, etc., enquanto esperam uma ação política e social eficaz por parte de seus governantes.” (VERONESE, 2001, p. 28)

Neste ponto, é interessante frisar os debates da doutrina sobre as correntes existentes no ECA, uma primeira que visa a proteção integral do adolescente e, uma segunda que prioriza as garantias fundamentais. Essas correntes são divergentes? Elas acarretam implicações distintas aos adolescentes em conflito com a lei, principalmente no que tange a aplicação de medidas socioeducativas, influenciando diretamente na garantia de seus direitos fundamentais, principalmente no que tange a liberdade?

Sabe-se que o cerceamento de direitos se perpetua dentro dos centros de internação, em função da indisponibilidade de serviços assistenciais e essenciais à reeducação, por exemplo, os psicólogos, médicos, assistentes sociais e principalmente advogados e defensores. Isso se dá sobretudo em função da superlotação do sistema de internação, que sofre com a falta de investimentos estatais em meio a crise do Estado do Rio de Janeiro. Segundo pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2012):

“A disponibilidade de técnicos das diferentes áreas de atuação em cada uma das unidades por Estado, tem-se que 91% dos estabelecimentos disponibilizam algum tipo de atendimento individual aos infratores prestados por profissionais especializados. No entanto, a disponibilidade destes profissionais varia consideravelmente nas diferentes regiões do Brasil. Observa-se que os psicólogos e os assistentes sociais são os profissionais mais comumente disponíveis nas unidades de internação em todas as regiões, estando presentes em 92% e 90% dos estabelecimentos, respectivamente. Por outro lado, advogados e médicos estão presentes em apenas 32% e 34% das unidades, nesta ordem. Observa-se, deste modo, que os direitos básicos à saúde e à defesa processual dificilmente estão sendo observados, considerando a carência da prestação destes serviços nos estabelecimentos. A indisponibilidade destes profissionais mostrou-se mais expressiva nos estados das regiões Sul e Norte.” (CNJ, 2012)

Estudos que tratam da história da Justiça Juvenil no Brasil, revelam que a carência de advogados e defensores sempre foi uma situação permanente e cotidiana. Essa será uma das questões a serem desenvolvidas neste artigo.

A metodologia deste artigo é mista, por se tratar de uma pesquisa teórica – onde busquei esgotar as referências bibliográficas sobre o tema, tanto na área do direito quanto da sociologia, bem como, de uma pesquisa empírica – onde fui a campo no DEGASE/RJ e, trouxe também ao trabalho pesquisas quantitativas realizadas por órgãos do governo, por exemplo, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para ilustrar a atual realidade dos jovens em conflito com a lei que estão inseridos no sistema socioeducativo.

Desta maneira, o item 1 se inicia com um breve histórico da participação da defesa na justiça juvenil, fazendo um recorte desde o código de menores de 1927 ao ECA e, posterior análise crítica no item 2 do sistema de justiça juvenil que temos hoje no Brasil. Logo após, no item 3, abordarei o modelo processual brasileiro previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

II. Breve histórico da participação da defesa: do Código de Menores ao ECA

A proposta deste item, é reconstituir um breve histórico do papel da defesa na Justiça Juvenil no Brasil, a partir das legislações que compreendem o primeiro Código de Menores de 1927 até o ECA, destacando de cada período a existência ou não de defesa, assim como, analisando características normativas de cada época, por exemplo, se estas normas tinham o propósito de garantir ou não os direitos dos adolescentes.

Desta maneira, o que percebemos é que a questão da infância e adolescência em conflito com a lei, nem sempre foi tratada da mesma forma, principalmente em função do significado que lhe foi atribuído a partir da era da modernidade. Assim, podemos perceber que atualmente o grupo da infância e adolescência tem uma história e é produto de uma construção social.

Segundo (ARIES,1981), a concepção na idade média da categoria infância, não é igual à que conhecemos hoje na modernidade, resumindo, não existia a noção de necessidade social em diferenciar adultos de crianças ou adolescentes. Acrescenta o autor em sua obra, que apenas no século XVII, as crianças começaram a ser retratadas em obras de artes em atitudes típicas do mundo infantil e, não mais como adultas.

Essa percepção pode nos remeter a uma quebra temporal de conceitos, ou seja, a partir deste momento, o homem como indivíduo, começa a perceber a necessidade de proteger crianças para garantir a integridade do indivíduo até sua fase adulta, declarando a incapacidade desta categoria frente a sociedade. A incapacidade das crianças fez surgir a indispensabilidade de sua socialização, onde duas grandes instituições tomaram frente para discipliná-los: a escola e a família, como bases de macro poder.

Porém, nem todas as crianças e adolescentes conseguiram ser atingidos pela disciplina através da escola, muitos não tiveram acesso a ela, outros se evadiram ou foram expulsos das instituições, o que conseqüentemente resultou na diferenciação dos mesmos: os que frequentavam o ambiente escolar daqueles que não o frequentavam. A partir deste momento, foi que surgiu a nova categoria “menor” composta por “delinquentes” e “menores em estado de abandono” que se diferenciava da categoria “infância”, de acordo com (MÉNDEZ,1996) “À origem da justificativa de controle social sobre crianças e jovens está na construção diferenciada das categorias criança e “menor”, em ambos os casos objeto de incapacidade e de imposição.”

Desta maneira, os “menores” eram submetidos a outras instituições para aplicação de disciplina e correição, para (MÉNDEZ,1996) a história da responsabilidade penal juvenil possui três etapas: a primeira fase, no início do século XX, onde a responsabilidade juvenil não fazia a diferenciação de faixa etária, exceto para os menores de nove anos de idade considerados absolutamente incapazes; a segunda fase responsável pela especialização dos direito dos menores e, pela terceira fase marcada pelo rompimento da situação irregular, com a vigência

da doutrina da proteção integral. Dessas abordagens apenas as duas últimas serão objeto de análise do artigo.

Em relação ao Brasil do século XX, este que estava imerso a um cenário crítico em relação as questões políticas da República Liberal, com o desenvolvimento do capitalismo surgiu processo de massificação da pobreza e, conseqüentemente o aumento de crianças pobres com problemas a serem enfrentados pelo Estado. Assim, face ao questionamento do papel do Estado nas demandas sociais no país, nasceu o primeiro Código de Menores ou “Código Mello Mattos”, criado em 1927, a partir da experiência do Juiz Mello Mattos no primeiro Juizado de Menores do Brasil, localizado no Distrito Federal, no ano de 1923.

A partir deste período, a codificação foi a representação material da preocupação com a criminalidade juvenil, que já vinha necessitando de espaço exclusivo para tratar dos “interesses” das crianças e adolescentes.

De acordo com o Código de 1927, o Estado tinha responsabilidade legal pela tutela da criança órfã ou abandonada, adotando, pela primeira vez, características de um modelo tutelar. Este tipo de intervenção, feita pelo aparelho estatal, foi o marco inicial do pensamento da doutrina da situação irregular, que seguia a orientação higienista e com características de eugenia, para tentar sanear aquele que era considerado o problema da população brasileira: o “menor delinquente”.

Desta maneira, a pedagogia unida a puericultura e ao Direito positivo, visaram atacar o problema de forma “assistencialista” e multidisciplinar, voltado para os Juizados e Conselhos de Assistência, que formavam um sistema atribuindo deveres aos pais, impondo obrigações ao Estado e punições aos menores. Como principal característica desta norma, era a centralização de poder na figura do juiz, que não tinha qualquer limitação de seu poder na legislação. Pode-se dizer que é deste modo que surge a massificação da criminalização da pobreza como consequência da judicialização dos problemas da infância.

As barreiras que impediam que a punição fosse descontrolada, no Código de Menores de 1927 também foi superada, uma vez que não existia mais a diferença entre menor abandonado e delinquente. Isso ampliou de maneira significativa, as situações de intervenção estatal, mobilizando principalmente o poder judiciário através de Juizado de Menores, resultando na institucionalização do menor.

Portanto, não havia distinção para aplicação de medidas, isto ficava a cargo exclusivo da decisão do juiz de menores, que segundo (SPOSATO,2011):

“[...] esta é, aliás, a pedra angular da doutrina da situação irregular como preleciona Emilio Garcia Mendez: a indistinção entre menores abandonados e delinquentes. tal doutrina não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade”.(SPOSATO, 2001)

Deste jeito, as ações judiciais aplicadas indiscriminadamente, só poderiam responsabilizar criminalmente os “menores” a partir dos 14 até 18 anos de idade, porém, esses processo, por terem características de natureza especial avaliavam detalhadamente a condição do menor , conforme o artigo 24, parágrafo 2º:

“se o menor for abandonado, pervertido, ou em perigo de o ser, a autoridade competente promoverá a sua colocação em asilo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idônea, por todo o tempo necessário à sua educação, contanto que não ultrapasse a idade de 21 anos.”

Destaca-se do artigo acima o termo “em perigo de o ser”, que permitiu ampliar o rol de crianças e adolescentes “enquadradas” como menores delinquentes, uma vez que, a partir daquele momento as principais características a serem avaliadas eram as que levavam a uma possível identificação criminal, ou seja: cor, roupa, condição financeira, lugar de apreensão etc, para assim poder analisar o que hoje denominaríamos o biotipo do inimigo, este que estaria sujeito as regras do Código.

Esta intervenção direcionada e sem delito (BATISTA, 2003), que se iniciava nas mãos do poder de polícia, dava injeção a uma ação tutelar do Estado de característica seletiva e lombrosiana, que antecipa preventivamente o processo de incriminação que pode resultar na sujeição criminal. Apenas menores pobres, negros, em condição de miséria e abandono seriam alvo da intervenção e institucionalização, sujeitos a processos a serem resolvidos em Tribunais e não mais em ambientes sociais, por exemplo, com a escola ou família.

Esse tipo de situação é o que podemos chamar de cidadania negativa, terminologia usada pelo professor Nilo Batista, que segundo (BATISTA,2003):

“[...] se refere a concepção de cidadania negativa, que se restringe ao conhecimento e exercícios dos limites formais à intervenção coercitiva do Estado. Esses setores vulneráveis, ontem escravos, hoje massas marginais urbanas, só conhecem a cidadania pelo seu avesso, na “trincheira auto-defensiva” da opressão dos organismos do nosso sistema penal.”(BATISTA, 2003)

A novidade neste código foi o aparecimento da figura de defesa dos “menores”, que segundo Batista (BATISTA,2003) “ representa um indicativo de um certo nível de garantia inexistente até então e que será cassada anos mais tarde no período de 1942-1962.” Porém, a presença de advogado não era cotidiana, e apenas “menores” com melhores condições financeiras que fugiam aos padrões de perfil cotidiano: negros, pobres, sem escolaridade, faziam uso do recurso de defesa, conforme aborda (BATISTA,2003).

A pouca presença de advogados, aliada a lentidão do sistema, contribuíram para o o crescimento da intervenção Estatal de caráter seletivo e inquisitivo, uma vez, que o Código de menores de 1927, se facultava a presença do defensor/ advogado, a limitava à quantidade de apenas 1 (hum) por instrução do processo, de acordo com os artigos 161 e 148 do ECA

Interessante ressaltar, que no Código de 1927, a palavra “garantia(s)” só aparece com o significado de garantias morais e não da perspectiva de direitos e garantias fundamentais, assim como, a palavra “direito(s)” só é direcionada ao direito dos pais – mãe, pai ou familiares, mas nunca referente aos “menores”. Outra questão observada, foi a palavra “proteção” e “assistência” que aparecem na legislação com significado de vigilância dos adolescentes.

Assim, a característica tutelar punitiva foi particular ao Código de 1927, situação que veio a piorar, nas décadas de 30 e 40, marcadas pela ênfase na assistência, esta realizada prioritariamente em instituições fechadas. As críticas ao modelo também começaram a surgir, fato que impulsionou propostas de mudança até a década de 50, quando cresceram as denúncias de superlotação e maus tratos no SAM – Serviço de Assistência ao Menor, um órgão do Ministério da Justiça, que funcionava como um sistema Penitenciário para a população menor de idade, de orientação correcional - repressiva, característico do período autoritário do Estado Novo. O sistema previa atendimento diferente para o adolescente autor de ato infracional e para o menor carente e abandonado (RIZZINI, 1997).

As primeiras iniciativas foram de assistência asilar de caráter preventivo e punitivo, onde até meados de 1935 os “menores” eram apreendidos e levados para abrigos de triagens. Posteriormente, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, foi fixado a idade de imputabilidade penal aos 18 anos, estabelecendo também, que menores de 18 anos estariam submetidos somente ao regime previsto no Código de Menores de 1927. Com isso, em 1942, as assistências asilares evoluíram para o SAM, Serviço de Assistência ao Menor, para muitos autores um marco na política pública para infância e adolescência.

A estrutura do SAM era sob a forma de reformatórios, como também, casas de correção para os infratores, que se tornaram precárias pela superlotação e lentidão dos procedimentos investigatórios que, conseqüentemente agravavam a situação de privação de liberdades desses menores. O SAM foi denunciado na imprensa da época por escândalos e torturas a que eram submetidos os menores (MISSE, 2007).

Em 1964, o golpe militar produziu um intenso impacto político-social, de caráter negativo, com o fortalecimento do autoritarismo, que conseqüentemente foi reproduzido no sistema de justiça juvenil, a começar com o fim do SAM para criação da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-estar do Menor) e a FEBEM (Fundação Estadual do Bem-estar do Menor) em cada estado da Federação, influenciadas pela Doutrina da Segurança Nacional, que militarizou a disciplina dentro dos internatos-prisão.

As mudanças não pararam por aí, a legislação foi profundamente alterada com a criação da Lei nº 4513/64 sobre a política nacional de bem estar do menor e com a Lei nº 6697/79 que criou o novo Código de Menores de 1979 dirigido aos menores em situação irregular.

Nesta época a situação irregular era vista como uma patologia social ampla, para Migliari (1996), “ a situação irregular é metáfora da criança/adolescente pobre que precisa estar sob o controle rígido de um conjunto de normas jurídicas.”

Desta maneira, não é de se surpreender que o novo código de 1979 não faz menção a nenhum direito da criança e do adolescente e, fortalece o poder simbólico nas mãos do poder Judiciário. Conseqüentemente, como aborda (BATISTA,2003) nos processos relativos a adolescentes infratores não existe a figura do advogado de defesa:

“O jovem em “situação irregular” é processado e entra em circuito penal sem que apareça a figura do advogado. Um dos eixos do processo menorista é o não reconhecimento do menor como pessoa, mas como alguém a ser tutelado (...) A ausência do defensor ou de advogado demonstra a falta de garantias nos procedimentos judiciais anteriores ao ECA.”(BATISTA, 2003)

Como vemos no artigo do Código de Menores de 1979, a figura do advogado tem *status* relativo, ou seja, facultativo no regular andamento do processo e obrigatório apenas na fase de recurso:

“Art. 93. Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado com poderes especiais, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente, ou por publicação oficial, respeitado o segredo de Justiça. Parágrafo único. Será obrigatória a constituição de advogado para a interposição de recurso.”

O esgotamento do Código de 1979, se deu em função principalmente de não se vislumbrar a integralidade do problema da infância e juventude “infratora”, em função da incapacidade do sistema fazer com que a criança ou o adolescente se inserisse novamente no contexto social.

Neste contexto, em 1986, organizações não governamentais se uniram em prol do movimento em defesa dos direitos da criança e do adolescente, influenciados também pelo projeto da Convenção dos Direitos da Criança da ONU e iniciaram um movimento em direção a introdução do conteúdo do documento das Nações Unidas na futura CRFB/88 (PAES, 2013).

Esta convenção priorizava o desenvolvimento saudável dos “menores” tanto na esfera social quanto na sua individualidade, já que estes ainda estão em processo de formação de suas personalidades. Durante mais de um século, a pobreza e a delinquência foram fundamentos para a intervenção de controle social e punitivo dos denominados “menores”, que hoje, por força do ECA e da CRFB/88, são chamados de crianças e adolescentes.

Com o processo de redemocratização é promulgada a “Constituição Cidadã de 1988”, com avanços significativos para as garantias dos direitos de milhares de crianças e adolescentes no Brasil. Nesta conjuntura nasce o ECA, em 1989, iniciando conseqüentemente o reordenamento institucional, com a tentativa de desinstitucionalizar jovens e, torná-los sujeitos de direitos.

Desta maneira, o ECA trata o assunto sob outro prisma, qual seja: o da doutrina da “proteção integral”. Essa proteção integral está alicerçada em dois pilares importantíssimos: a criança e o adolescente enquanto “sujeito de direitos” e a sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” - art. 227, parágrafo 3º, IV, da CRFB/88 (SPOSATO, 2011).

Para Veronese (1998), a nova Lei reguladora dos preceitos constitucionais, em sua primeira parte, arrola os direitos das crianças e dos adolescentes; e, na segunda, a forma de viabilização desses direitos. É aí, pois, que se insere e se torna relevante a figura do advogado. Conforme o artigo 206 do ECA:

“A criança ou adolescente, seus pais ou responsável, e qualquer pessoa que tenha legítimo interesse na solução da lide poderão intervir nos procedimentos de que trata esta lei, através de advogado, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de justiça.” Parágrafo único: será prestada assistência judiciária terá direito a se fazer representar por um integral e gratuita àqueles que dela necessitarem”. (VERONESE, 1998)

No ECA a figura do advogado se mostra de caráter obrigatório, porém não constitui algo totalmente inovador, já que a nova legislação segue os preceitos das regras mínimas das Nações Unidas para administração da justiça de menores – “Regras de Beijim”^{vi} do ano de 1984. Assim quando o adolescente pratica algum tipo de ato infracional o ECA é claro :

“No que se refere à presença do advogado nos processos em que se atribua ao adolescente a prática de ato infracional, esta será obrigatória, mesmo na hipótese desse último encontrar-se ausente ou foragido – art. 207 do Estatuto. Em se tratando de adolescente que não tenha defensor, o juiz obrigatoriamente lhe nomeará um; no entanto, está ressalvada a garantia de constituir outro de sua preferência, se lhe for mais conveniente, e isso poderá ser feito a “todo tempo” – art. 207, parágrafo 1º. (...) Outro ponto importante na análise da presença do advogado nos processos de apuração de ato infracional, atribuído ao adolescente, é que a sua ausência não importará no adiamento de nenhum ato processual. Nesse caso o juiz deverá nomear um defensor ad hoc, de caráter provisório ou apenas para efeito daquele ato específico – art. 207, parágrafo 2º –, princípio da celeridade processual. (VERONESE, 1998)”

Portanto, o que podemos ver que ao longo de toda a trajetória da legislação brasileira é a ausência ou a pouca relevância da defesa e dos direitos que fossem assegurados aos adolescentes em conflito com a lei. Apenas com o ECA, a defesa se tornou um direito, de caráter obrigatório, na defesa juvenil, juntamente com o advento da doutrina da proteção integral. Essas características são bem preocupantes, visto a herança autoritária e punitivista da Justiça Juvenil no Brasil, o que dificulta a efetividade de implementação de políticas públicas, assim como a

ressocialização do adolescente, tendo em vista a persistência de uma visão que o concebe como um inimigo social.

A tabela abaixo procurou sintetizar e sistematizar a organização histórica e normativa da responsabilização por atos infracionais de crianças e adolescentes em conflito com a lei no Brasil. O período é abrangido desde o Brasil Colônia até o ECA.

Tabela 1- Organização Histórica e Normativa de responsabilização de adolescentes por atos infracionais no Brasil

| Período Histórico | Legislação | Caráter da norma | Existência de Defesa? |
|-------------------|-------------------------|---------------------------------|-----------------------|
| Brasil Colônia | Ord. Filipinas | Punitiva | Não. |
| Brasil Império | Cód. Penal de 1830 | Punitiva Biopsicológico | Não. |
| Brasil República | Cód. Penal de 1890 | Punitiva Biopsicológico | Não. |
| | Lei Menorista 242/21 | Tutelar | Sim, facultativa. |
| | Cód. De Menores de 1927 | Tutelar Situação Irregular | Sim, facultativa. |
| | Cód. De Menores de 1979 | Tutelar Situação Irregular | Sim, facultativa. |
| | CRFB/88 | Garantista Proteção Integral | Sim, Obrigatória. |
| | ECA/89 | Garantista Proteção Integral | Sim, Obrigatória. |

III. Sobre o sistema da justiça juvenil no ECA

Esse item do trabalho tem como objetivo analisar como funciona o sistema de Justiça Juvenil no Brasil, segundo o que é previsto no ECA e as variações de sua estrutura a partir de cada estado federativo, focando sempre a organização estadual do Rio de Janeiro, que é o *locus*

central do trabalho. A justiça Juvenil de uma maneira geral, não é declarada uma justiça especial, mas ela possui particularidades específicas na sua organização judiciária; sua formatação legal advinda do ECA, por muitas vezes não o segue o seu formato, realizando uma prática não formal, que por muitas vezes se contrapõe à norma vigente, como explica o trabalho “a visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, na perspectiva dos Direitos Humanos” do ano de 2005:

“Nesse sentido, é importante enfatizar que o Sistema de Justiça Juvenil Brasileiro tem uma formatação legal – o Estatuto da Criança e do Adolescente – e uma prática não formal que, na realidade, se contrapõe à legal, obrigando muitas vezes a ANCED e os CEDECAS a ela filiados, o desenvolvimento de discussões e práticas diversificadas – essas em toda a extensão continental do país – que respondam com eficácia aos interesses das crianças e adolescentes.”

Esse sistema é inaugurado com a apreensão do adolescente que chega nas Delegacias de Polícia Civil de cada Estado para realizar o registro de ocorrência, em função do ato infracional cometido. Diante do comparecimento dos responsáveis na delegacia e, de acordo com artigo 174 do ECA, o adolescente deve ser liberado pela autoridade policial sob um termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público no mesmo dia ou no primeiro dia útil imediato. Em caso de não existir unidade específica de atendimento ao adolescente em conflito com a lei na região, o adolescente deve ser transferido imediatamente para a localidade onde tiver a mais próxima (artigo 185, §1º do ECA). É importante ressaltar que o ECA não prevê a detenção de adolescentes em delegacias e presídios, por isso deve ser examinada a possibilidade de sua liberação imediata, caso não haja unidade específica para ele permanecer.

Após apreendido, as autoridades competentes devem ser comunicadas, como por exemplo, o Ministério Público, o Juiz da Infância e Juventude e a família dos jovens caso houver. Em geral, isso deveria facilitar a procura pelos responsáveis legais dos adolescentes por um advogado ou defensor público, para que os mesmos pudessem acompanhá-los ainda na delegacia, ou fase administrativa, fato que por muitas vezes não acontece pela própria sobrecarga da Defensoria que assiste à maioria desses adolescentes.

Atualmente, são duas as possibilidades de encaminhamento dos jovens que praticaram atos infracionais, a primeira é a liberação imediata com a assinatura de um termo de compromisso assinado pelos pais e, a segunda, o encaminhamento dos jovens para unidades de

internação provisória, caso seja flagrante delito, para que aguardem sua apresentação ao Ministério Público, que fará a representação - documento que instaura os processos na Justiça Juvenil -, no mesmo dia ou no próximo subsequente.

Na comarca do Rio de Janeiro, por exemplo, as Varas da Infância e Juventude funcionam no esquema de varas especializadas, contando com apenas uma Vara da Infância e Juventude referente a área infracional e, outras três que cuidam de assuntos da infância em geral. Atualmente essa vara única, conforme dado estatístico fornecido pelo setor de Estatísticas das Serventias do TJRJ, conta no mês de Maio de 2017, com um acervo geral de 15.319 processos. Esse número é expressivo se comparado com as varas que não possuem julgamentos de atos infracionais, que no mesmo período tinham em média acervos gerais duas a três vezes menores que o já citado.

O marco legal desse sistema de justiça foi orientado, por normas nacionais e internacionais, por exemplo, a Constituição Federal de 1988, Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, Regras Mínimas das Nações para Administração da Justiça Juvenil – Regras de Beijing e Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens privados de Liberdade, respectivamente. Esta última, trouxe um aprimoramento da doutrina da proteção integral bem como o surgimento de um novo direito: o Direito da criança e do Adolescente, que necessita para ser efetivo do funcionamento real de todos os institutos jurídicos e que os mesmo devam ser zelados “numa perspectiva de transversalidade dos direitos humanos, posto que as crianças são titulares igualmente, e com prioridade, de todos os direitos humanos.” (ANCED,2005).

Desta maneira, podemos ver que o ECA resultou em grandes avanços para a garantia de direitos na justiça juvenil, principalmente se considerada a história normativa da defesa em prol da efetivação dos adolescentes em conflito com a lei no Brasil como sujeitos de direitos.

Essas garantias também se concretizaram no sistema de justiça juvenil, principalmente quando foi acordado, na Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, Opinião Consultiva 17 – OC-17, que crianças e adolescentes tinham o direito de serem ouvidos por um Tribunal competente. No Brasil, isso ocorreu através da operacionalidade de um processo judicial em face à prática de atos análogos a crimes cometidos por crianças e adolescentes, que são julgados nas Varas da Infância e Juventude.

Desta maneira, as garantias processuais destes adolescentes devem ser verificadas e respeitadas, principalmente no que tange aos princípios constitucionais, por exemplo, o princípio da legalidade, que preza que “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.*” E, para que seja efetivo, é necessário que existam leis claras quanto à parte linguística, de modo que possa existir segurança jurídica na aplicação correta do dispositivo de lei. Até mesmo atos do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório devem ser efetivados para ocorrência da preservação das garantias e direitos dos adolescentes.

Essas garantias devem se iniciar mesmo antes da representação feita pelo Ministério Público, após a descoberta ou flagrante de ato infracional pela Polícia. É a partir desse percurso, que o processo chega às varas, lugar onde abrigam os processos, se aloca os juízes responsáveis, assim como, as salas em que são realizadas as audiências de apresentação por atos infracionais. Segundo o artigo 103 do ECA, é avaliada a “conduta descrita como crime ou contravenção penal”, ou seja, os fatos análogos aos tipos penais descritos no Código Penal Brasileiro, cometidos por adolescentes de 12 a 18 anos incompletos, considerados inimputáveis por seus atos, uma vez que ainda se encontram em processo de formação, conforme o artigo 104 do mesmo estatuto.

Porém, isso não quer dizer que estes não sejam responsabilizados por seus atos, já que cumprem medidas socioeducativas, proferidas em sentenças de mérito já na etapa final do processo da justiça juvenil de primeira instância. O estatuto postula harmonizar os dois binômios: jurídico-sancionatório e o ético-pedagógico, de maneira a ressocializar os adolescentes. Essas medidas são previstas no ECA nos artigos 112 e 125, e escolhidas pelo juiz de Direito com auxílio do parecer do *Parquet*, de acordo com o ato infracional praticado.

Dentre todas essas medidas apresentadas no rol do artigo 112, as mais graves são a de semiliberdade e a de Internação, esta última, é aplicada quando o ato infracional possui ameaça ou uso de violência à pessoa. Ela se define pela privação da liberdade nas instituições de socioeducação, porém, pelo fato do adolescente estar em período de desenvolvimento, a medida deve seguir os princípios da brevidade e excepcionalidade pautados no ECA.

Em tese, o Juiz com o auxílio do Ministério Público Estadual, por meio de parecer, analisam as condições dos adolescentes e determinam a medida mais adequada. Valendo a pena

ressaltar, que apenas em casos de flagrantes infração e, salvo houver ordem estrita de autoridade, o adolescente poderá ser privado de sua liberdade no máximo de 45 dias por meio de internação provisória, até que saia sua sentença judicial. A Defensoria Pública dos Estados e Advogados devidamente inscritos nas seções da OAB, também auxiliam neste processo, produzindo defesas técnicas capazes de mudar o curso do processo.

Porém, o que se observa, segundo apurado na revisão bibliográfica, é a ocorrência de uma tendência imprópria no uso e indicação de medidas mais severas por Juízes e Promotores, que se utilizam de medidas de privação de liberdade, como forma de retirar o adolescente do meio. Isto é feito, por exemplo, apenas considerando a autoria e materialidade do delito, sem justificar a motivação da medida. O pouco uso da doutrina de proteção integral, onde ocorre a mediação entre Defesa, Promotoria e Judiciário, para a escolha da melhor medida, justificaria então o movimento em prol do Direito Penal Juvenil.

Para (MIRAGLIA,2005), os juízes não utilizam o ECA de forma homogênea, tampouco objetiva. As variáveis que condicionam a medida a ser aplicada estão, de fato, ligadas ao tipo de infração cometida, tal como recomenda o Estatuto. Entretanto, a presença dos pais do adolescente na audiência conta como ponto positivo, além do vínculo com a escola e a relação série/idade também serem levados em consideração. Segundo (COSTA,2005):

“Na prática essas situações caracterizam-se como uma falta de garantia, pois dependendo do juiz, do adolescente ou das circunstâncias, o tempo final de privação de liberdade será um diferente do outro. Conforme nossa Constituição Federal, todos são iguais perante a Lei. Tendo este preceito como um dever ser, que se deve buscar cotidianamente efetivar, não é possível que a ausência de norma possibilite tamanha atuação discricionária, que diferencie em tal proporção cada um dos cidadãos perante a atuação estatal.” (COSTA, 2005):

Mesmo o ECA sendo objetivo em relação a suas normas, existem lacunas que podem prejudicar a efetividade das garantias fundamentais de crianças e adolescentes, principalmente quando falamos de excepcionalidade de aplicação de medidas socioeducativas privativas e restritivas de liberdade, ou seja, internação e semiliberdade respectivamente. Isso acontece, em função do caráter vago de aplicação das medidas, que por muitas vezes não possuem prazos definidos para aplicação, duração e nem critérios claros, acarretando sua má execução e por

muitas vezes retirando seu caráter excepcional, vigorando subjetividades e punitivismos sem razão.

A socioeducação de adolescentes deveria ter o objetivo de incentivar suas qualidades e direcioná-los a tendências saudáveis, porém, não é isso que parece acontecer, uma vez que, na prática o Estado somente quer adequá-los nos modelos de restrição ou privação de liberdade para a execução de medidas. Esse fato seria diretamente relacionado à falta de políticas públicas, ocasionando consequentemente a perda do objetivo de recuperação social independente do ato infracional.

Desta maneira, a ONU – Organização das Nações Unidas visando proteger os jovens, lançou o Programa de Proteção de Jovens Privados de Liberdade, aprovada em 1990, expressa na Administração dos Estabelecimentos de Adolescentes – Regresso à Comunidade, que dizia expressamente:

“Todos os jovens devem se beneficiar de medidas destinadas a auxiliá-los no seu regresso à sociedade, à vida familiar, à educação ou emprego, depois da libertação”. Ainda, de acordo com as Regras das Nações Unidas, “as autoridades competentes devem criar ou recorrer a serviços para auxiliar os adolescentes a reintegrarem-se na sociedade e para diminuir os preconceitos contra eles”. Para executar este objetivo primordial, o período em que o adolescente em conflito com a lei permanece privado de sua liberdade deve contribuir para o aprimoramento da cidadania, por meio da educação, da formação profissional e do contato com a família, o que funcionará como uma “ponte” entre o período de internação e o restabelecimento à liberdade. ”

A recuperação social é um dos objetivos do ECA, que tem como princípio basilar a proteção integral de crianças e adolescentes, mostrando que as medidas socioeducativas possuem um caráter mais pedagógico do que sancionador. Porém, não é isso que acontece na prática, como será visto no desenvolvimento deste trabalho.

No sudeste brasileiro, a medida socioeducativa de internação é cumprida nos chamados institutos de socioeducação, por exemplo, no Rio de Janeiro, eles são de competência do DEGASE, criado pelo Decreto nº 18.493, de 26/01/93, órgão do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, ele fica responsável pela execução das medidas socioeducativas, preconizado pelo ECA, aplicadas pelo Poder Judiciário aos jovens em conflito com a lei.

O DEGASE, atualmente possui oito unidades de internação, por exemplo, a unidade Dom Bosco e ESE, responsável pela internação de 1.835ⁱⁱ meninos, assim como, quinze unidades dos CRIAADS - Centro de Recursos Integrados de Atendimento ao Adolescente, espalhadas pela cidade, que são responsáveis pela execução das medidas de semiliberdade, imposta por sentença judicial a um total de 444ⁱⁱⁱ adolescentes que em algum momento de suas vidas cometeram atos infracionais.

Esses centros, em tese, tem o objetivo de uma educação social, com reeducação e ressocialização e, deveriam propiciar aos adolescentes educação abrangente, atividades que propiciassem a qualificação profissional em um todo. Entretanto, não é isso que vemos na maioria deles, que sofrem pela superlotação, em função do aumento da adoção de medidas socioeducativas com caráter sancionatório e falta de investimentos.

IV. O Modelo processual brasileiro previsto no ECA

Quando falamos de garantias e direitos fundamentais, é necessário fazer uma definição do modelo processual adotado pelo conjunto de normas aplicadas. Desta maneira, o ECA não seria diferente e, muito menos uma tarefa fácil, já que o estatuto é um misto do uso do Processo Penal, que possui o sistema acusatório com características inquisitórias, no que tange a sistemática infracional, e do Processo Civil, vez que a parte recursal do ECA é prioritariamente cível.

No caso do Processo Penal, que é utilizado analogamente, essa dificuldade de assinalar um modelo processual é advinda da misturas de sistemas processuais, ou seja, do sistema acusatório, que observa princípios constitucionais, por exemplo, o devido processo legal, bem como, um sistema inquisitório marcado pela fase policial de apuração das infrações penais.

A CRFB/88, por exemplo, adota no corpo de seu texto o sistema acusatório, principalmente quando estabelece em seu artigo 5º, um rol dos direitos e garantias fundamentais que protegem direitos na dinâmica processual, porém, na prática o que vemos ainda são características de um sistema inquisitório, por exemplo, quando falamos do tratamento do acusado e o funcionamento na prática das questões processuais. O que temos atualmente é um sistema aparentemente acusatório fato que também se estendeu ao ECA.

A defesa, neste caso, quando é adotado um sistema aparentemente acusatório, acaba por ter seu trabalho dificultado, visto que ainda existem resquícios inquisitórios, marcados por ideais incompatíveis com uma defesa técnica que garanta a efetividade de direitos. Foi a partir disso, que elaborei uma tabela, onde pude identificar as principais características do sistema processual adotado pelo ECA, principalmente com base nas dificuldades da defesa, seja ela feita pela defensoria pública ou advocacia privada.

V. Considerações Finais

Este trabalho procurou investigar o papel da defesa na Justiça Juvenil e os seus reflexos nas garantias dos direitos dos adolescentes em conflito com a Lei na cidade do Rio de Janeiro frente ao processo de incriminação dos mesmos.

O estudo buscou mostrar como, em relação à defesa, as dificuldades e as lacunas da legislação da infância e juventude ultrapassam limites da norma posta. Queremos dizer com isso que, na Justiça Juvenil, ainda existe a dificuldade de compreender a necessidade da defesa frente a representação ministerial com a função de garantir que a Lei seja cumprida para que os ritos processuais sejam respeitados e, portanto, sejam aplicados os direitos e garantias fundamentais aos adolescentes que ingressam no sistema socioeducativo.

Percebemos que a Justiça Juvenil, mesmo sendo uma legislação relativamente nova, ainda enfrenta inúmeras dificuldades, ainda não superadas. Ao longo do artigo alguns desses problemas se destacaram, como por exemplo: 1-) Lacunas na legislação do ECA sobre a necessidade da defesa em momentos processuais e em casos específicos, por exemplo no momento da remissão; 2-) Fase Pré-processual sem a presença efetiva da defesa, os acordos são realizados apenas entre o adolescente e o Ministério Público; 3-) Falta de previsão legal no ECA sobre o que o juiz deve fazer se o adolescente se apresentar em juízo, principalmente na audiência de apresentação, sem defesa; 4-) Falta de previsão no ECA de defesa em audiência de apresentação de fato considerados de menor gravidade; e 5-) Falta de previsão pelo ECA de defesa na regressão de medidas, por seu não cumprimento pelos adolescentes.

Portanto o que vemos na prática, ainda é uma justiça arreigada culturalmente a características da situação irregular, onde o papel da defesa, por muitas vezes por falta de prática ou desigualdade institucional, acaba sendo manipulada por posicionamentos majoritários

impostos como se fossem de “comum acordo”, sobre o que seria melhor para o adolescente. Ou seja, por muitas vezes concorda-se com a privação de liberdade mesmo que não ocorra a defesa técnica, visto que já que existe uma sabedoria popular dentro dos tribunais, que medidas socioeducativas de internação seriam melhores porque tirariam o adolescente da rua ou do seu meio, para que ele possa não cometer mais “delitos” e, assim receber o tratamento ressocializador adequado.

Infelizmente essa prática adotada por muitos juízes e promotores de Justiça é dotada de um vazio de conhecimento do atual estado do sistema socioeducativo, sobretudo da parte que abriga adolescentes que cumprem semiliberdade ou internação.

Características como estas prejudicam diretamente o trabalho feito pela defesa técnica (advogados e defensores públicos) dos adolescentes em conflito com a lei na cidade do Rio de Janeiro, onde pude destacar quatro das principais dificuldades encontradas na prática, como também, nos dados quantitativos apresentados no trabalho. A primeira de maior destaque foi a presença de um sistema tutelar acusatório com características fortes de um sistema inquisitório, que mitiga o papel da defesa e sua essencialidade dentro do rito processual, bem como, faz a manutenção do pensamento da situação irregular. A segunda foi referente a grande carga processual das Defensorias Públicas frente e a atuação de uma pequena quantidade de advogados privados especializados na área de infância e juventude, situações que podem acarretar déficits na defesa técnica.

A terceira, foi ligado a legislação do ECA que possui lacunas em alguns artigos sobre a obrigação da defesa em determinados momentos do rito da justiça juvenil, muito visto na fase pré-processual e já mencionadas anteriormente; a quarta foi referente ao Ministério Público, bem como e principalmente ao próprio magistrado que juntos assumem posição de destaque colocando a defesa em posição inferior em relação ao estabelecimento de medidas de socioeducativas, revelando assim a diferenciação institucional da defesa frente à estrutura triangular do processo.

Essa diferenciação institucional que sofre a defesa atualmente, conforme ressaltou a análise do tema feita a partir da revisão bibliográfica do item 1 e 4, advém desde o Código de Menores de 1927, onde era “comum” existir uma mitigação do exercício profissional de advogados e defensores públicos na defesa dos jovens em conflito com Lei. Até os dias de hoje,

mesmo com a criação do ECA, que tornou a defesa obrigatória e parte no processo, e com o advento da CRFB/88, que considerou crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, a situação permanece e, ainda se mantém, o posicionamento tutelar do juiz ou sua atuação em bloco com o Ministério Público.

Portanto, verificamos que ao longo de toda trajetória da legislação brasileira há a ausência ou a pouca relevância da defesa na justiça juvenil, características que justificam os rastros de punitivismo existentes nos tribunais em função do silenciamento da defesa. Como foi possível perceber, de maneira geral, a defesa em função de suas inúmeras necessidades, deveria buscar sua igualdade de atuação, bem como, a técnica, através de métodos previstos na própria legislação, principalmente com o ECA e a CRFB/88, para que venha tentar sua paridade institucional com o Ministério Público, principalmente para preservar os direitos e garantias dos jovens em conflito com a lei.

Logo, o papel do advogado ou do defensor público que deveria ser prioritariamente técnico e essencial ao processo, preservando a observância dos direitos e garantias estabelecidos no ordenamento pátrio e em convenções internacionais ratificadas, para que esses jovens em conflito com a Lei sempre tenham o respeito a sua integridade física, moral e psicológica, tanto por serem sujeitos de direitos, como pessoas em desenvolvimento, acaba na prática, se revelando diferente, visto que estes fatores não são respeitados.

Buscou-se demonstrar também que o sistema de Justiça Juvenil trazido pelo ECA, possui inúmeras particularidades específicas na sua organização judiciária, sua formatação legal advinda do próprio estatuto, que por muitas vezes não é seguido pelos operadores do direito, o que ocasiona a realização de práticas informais, que por muitas vezes se contrapõem a norma vigente.

Assim, vemos que mesmo com a adoção de um sistema acusatório onde se deveria ter todas as garantias constitucionais e processuais respeitadas, temos um sistema inquisitório onde direitos de adolescentes em conflito são desrespeitados, a começar pela defesa dos mesmos.

A defesa, frente a esta situação acaba por ter seu trabalho dificultado, visto que ainda existem resquícios inquisitórios, marcados por ideais incompatíveis com uma defesa técnica capaz de garantir direitos e a efetividade destes, por exemplo, quando amplia-se na fase pré

processual os poderes do MP sobre as deliberações a serem tomadas, sem que a defesa seja ouvida previamente sobre os fatos. Aqui, efetivamente não ocorre a ampla defesa.

A inquisitorialidade da justiça juvenil se confunde com o papel do juiz tutelar, que ao mesmo tempo é aquele que toma iniciativa, protagonista no processo, mas que se perde na aplicação de medidas que deveriam ser de proteção dos jovens, isto é, acabam por retirar os adolescentes de seus “meios” para justificar a internação. Porém, o que realmente está por trás deste ato é o afastamento desses jovens por se figuraram como inimigos sociais.

Esse problema também está atrelado ao distanciamento dos operadores (juiz, Desembargador, Procurador e Promotor) da realidade enfrentada por esses jovens em conflito com a lei. Por muitas vezes, as decisões são pautadas na ideia de retirada apenas do meio em que esses jovens vivem e, pouco se escuta sobre a sua história de vida, a real situação de suas famílias, fatos que poderiam ensejar uma melhor aplicação de medidas socioeducativas, principalmente as de meio aberto.

Notas de Fim

1. Especificamente, às regras de números 7.1 e 15.1.
2. Dados fornecidos pelo DEGASE em 19 de junho de 2017.
3. Dados fornecidos pelo DEGASE em 19 de junho de 2017.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Bruna. **A racionalidade prática do isolamento institucional: um estudo da execução da medida socioeducativa de internação em São Paulo**. Tese de Doutorado do Programa de Pós-graduação em sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.
- ASSEMBLEIA, Geral das Nações Unidas. **Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da Delinquência juvenil**. Diretrizes de Ryad. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 1991.
- ASSEMBLEIA, Geral das Nações Unidas. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos jovens privados de liberdade**. Diretrizes de Ryad. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 1991.
- BATISTA, Karyna. **O Direito Penal Juvenil**. São Paulo: RT, 1998.
- BATISTA, Vera Malagutti. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 1998.
- BRASIL. **Lei complementar 8.069 de 13 de jul. de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Belo Horizonte: ISJB – CESAP, 1999.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação**. Programa Justiça ao Jovem. Brasília: CNJ, 2012.
- BRASIL. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010**. Brasília, 2011.
- 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 Editora, 2005.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão**. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.
- COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais – da invisibilidade à indiferença**. Porto Alegre, 2012.
- DIGIÁCOMO, Murilo. **Garantias processuais do adolescente autor de ato infracional – o procedimento para apuração de ato infracional à luz do direito da criança e do adolescente**. In:

ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

FRASSETO, Flávio Américo. A execução da medida socioeducativa de internação: primeiras linhas de uma crítica garantista. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. História da Violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, p.69-93, 1988.

MÉNDEZ, Emilio García. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Ed. HUMICITEC, 1996.

MÉNDEZ, Emilio García. Evolução histórica do Direito da Infância e da Juventude. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2006.

MISSE, Michel. **Sobre a Acumulação Social da Violência no Rio de Janeiro**. Civitas, vol. 8, n.3: Porto Alegre, set-dez, 2008.

MISSE, Michel. Notas sobre a sujeição criminal de crianças e adolescentes. In: **Juventude em conflito com a lei**, org. J. T. Sento-Sé e V. Paiva, Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

MISSE, Michel. **Crime e Violência no Brasil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MISSE, Michel. **Delinquência juvenil na Guanabara: Uma introdução sociológica**. Rio de Janeiro: Tribunal de Justiça da Guanabara/Juizado de Menores da Guanabara, 1973.

NERI, Natasha. **‘Tirando a cadeia dimenor’**. (Tese Mestrado) Programa de Pós-graduação em Sociologia e Antropologia do Instituto de Filosofia e Ciências Sociais da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral. **A mutação judicial. Brasil, criança urgente: a lei**. São Paulo: Columbus, 1989.

SINHORETTO, Jacqueline. **Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça**. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, Departamento de Sociologia. 2007. Disponível em www.teses.usp.br. Acesso 15/08/2017.

SINHORETTO, Jacqueline. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades da justiça. **Revista Anuário Antropológico**, pp. 109-123, 2009.

SPOSATO, Karyna Batista. **O direito penal juvenil no estatuto da criança e do adolescente.** Dissertação (Mestrado). São Paulo, Departamento de direito penal, medicina forense e criminologia, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002.

SPOSATO, Karyna Batista. Princípios e garantias para um direito penal juvenil mínimo. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Org.). **Justiça adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização.** São Paulo: ILANUD, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A questão do menor no Brasil: uma abordagem política jurídica.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1988.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Acesso à justiça: a defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente – ficção ou realidade?** Dissertação (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Medida sócio-educativa: sinônimo de pena?** Âmbito Jurídico: Rio Grande, XI, n. 57, 2008.

**AS IDEIAS FOUCAULTIANAS E O FENÔMENO DAS REBELIÕES NOS CENTROS
SOCIOEDUCATIVOS AO ADOLESCENTE: A (IN)VISIBILIDADE DO
ADOLESCENTE NEGRO**

*THE FOUCAULIAN IDEAS AND THE PHENOMENON OF THE REBELLIONS IN THE
SOCIO-EDUCATIONAL CENTERS TO THE ADOLESCENT: THE (IN) VISIBILITY OF THE
BLACK TEENAGER*

Ana Paula Cristina Oliveira Freitas

Mestranda em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC, bacharel em
Direito. apfreitas838@gmail.com

Maria Gabriela Silva Martins da Cunha Marinho

Doutora em História Social pela Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Política
Científica e Tecnológica pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Graduação
em Comunicação Social (UFMG/IMSPP), Vice-diretora do Centro de Engenharia,
Modelagem e Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do ABC.
gabriela.marinho@ufabc.edu.br

Resumo: O artigo discuti a fenômeno das rebeliões dentro dos Centros Socioeducativos ao Adolescente como forma de resistência ao poder do sistema disciplinar. A discussão foi realizada a partir das ideias foucaultianas sobre resistência, sistema disciplinar e poder, para assim entendermos a relação existente entre Estado/Sociedade e os adolescentes submetidos à medida socioeducativa de internação. O artigo foi realizado com um recorte étnico-racial, considerando a preponderância de adolescentes negros no Sistema Socioeducativo, qual seja, 59,8% dos internos (SINASE, 2018), e mesmo sendo maioria no Sistema esses adolescentes permanecem invisíveis para o sistema de Justiça que não faz apontamento quantitativos com relação a raça/cor dos jovens. Essa invisibilidade tem relação direta com a história da infância no Brasil, que tinha como objetivo a institucionalização de crianças e adolescentes que pudessem ameaçar o futuro da nação, em regra essas crianças eram negras, pobre e oriundas de famílias desestruturadas. Considerando a pratica do ato infracional como um movimento que tempo intenção a inclusão e a resistência do adolescente negro, pois, tem-se que desde o período

escravocrata os negros encontravam diversas formas de oposição ao sistema, sendo a primeira e a principal a fuga. Após anos de luta, os adolescentes ainda precisam resistir ao sistema determinado a eles, e à falta de oportunidade para alcançar as demandas sociais impostas pela elite. Neste ponto, se considerarmos que a primeira forma de resistência, a prática do ato infracional, o objetivo do artigo é analisar a mesma resistência sob o viés das rebeliões nos Centros Socioeducativos. Ainda, temos a rebelião como forma que os adolescentes encontram para manifestar-se contra o sistema imposto que tem por objetivo a mudança no eu do adolescente. O artigo foi elaborado com base em uma revisão bibliográfica, para fundamentar os conceitos de Foucault e enquadrá-los na realidade dos adolescentes negros internados em Centros Socioeducativos. A análise de artigos e jornalísticos que noticiaram as ocorrências das rebeliões, todavia, a análise foi superficial, considerando que as matérias não trazem os discursos dos membros do sistema e dos adolescentes que se colocam na linha de frente. Dessa forma, é evidente que não ocorre uma análise dos discursos, evidenciando que o poder da relação é mais forte para os detentores da liberdade total.

Palavras-chave: Foucault, sistema disciplinar, poder, revolta, liberdade.

Abstract: The article discussed the phenomenon of rebellions within the Socio-educational Centers for Adolescents as a form of resistance to the power of the disciplinary system. The discussion was based on Foucauldian ideas about resistance, disciplinary system and power, in order to understand the relationship between State / Society and adolescents submitted to the socio-educational measure of hospitalization. The article was carried out with an ethnic-racial cut, considering the preponderance of black adolescents in the Socio-educational System, that is, 59.8% of the inmates (SINASE, 2018), and even being a majority in the System these adolescents remain invisible to the system of Justice that does not make quantitative notes regarding race / color of the young. This invisibility is directly related to the history of childhood in Brazil, whose objective was the institutionalization of children and adolescents who could threaten the future of the nation, as a rule these children were black, poor and from unstructured families. Considering the practice of the infraction act as a movement that intends the inclusion and resistance of the black adolescent, then, it has been that since the slave period the blacks encountered several forms of opposition to the system, being the first and the main the escape. After years of struggle, adolescents still have to resist the system determined to

them, and the lack of opportunity to meet the social demands imposed by the elite. At this point, if we consider that the first form of resistance, the practice of the infraction, the objective of the article is to analyze the same resistance under the bias of the rebellions in the Socio-educational Centers. Still, we have the rebellion as a way for adolescents to manifest themselves against the tax system that aims to change the adolescent's self.

Keywords: Foucault, disciplinary system, power, revolt, freedom.

INTRODUÇÃO

O presente estudo foi elaborado com a análise bibliográfica, reconhecendo como material principal as obras de Foucault, quais sejam, *Vigiar e punir* (2014), *A microfísica do poder* (1988) e, *Em defesa da sociedade* (1999). As referidas obras foram bases para a compreensão dos conceitos foucaultianos sobre liberdade, sistema disciplinar, relação de poder, resistência e revolta.

Os conceitos foram aplicados a realidade dos adolescentes negros envolvidos em atos infracionais que foram segregados de liberdade. Importante frisar que o recorte etnográfico ocorre em razão da invisibilidade do adolescente negro, afinal, por que estes são maioria no sistema socioeducativo e não há enfoque sobre essa desproporcionalidade? Então, a presença do adolescente negro na questão é exposta com a sua invisibilidade e também com a sua visibilidade ao que é socialmente imposto.

O que é liberdade para o adolescente negro? É essa realidade que o artigo pretende expor. O que é sistema disciplinar? Mais do que isso, qual o objetivo da disciplina na vida do adolescente antes e depois da institucionalização? O que é poder e qual a sua influência na vida antes e ao longo da institucionalização? Sobre resistência o objetivo é ir além do que é, mas quais as formas de resistência dos adolescentes negros? Revolta não se trata de um ato explosivo instantaneamente, mas sim de um ato praticado mediante construção, planejamento, fomentado, provocado por quem no momento da revolta se torna vítima, se torna uma arma.

O presente estudo não foi elaborado com pesquisa de campo. A realidade relacionada a vida dos adolescentes foi realizada com base em livros e experiências pessoal

adquirida ao longo de estágio realizado na Fundação CASA no período de outubro de 2013 a abril de 2015.

O objetivo do estudo é iniciar uma discussão sobre a vida dos adolescentes negros e a sua consequente institucionalização, assim como o tratamento estatal concedidos a estes. As ideias foucaultianas entram na discussão para demonstrar que toda relação é construída como ferramenta de controle, e com o mesmo autor é possível demonstrar a retórica desse controle.

A (IN)VISIBILIDADE DO ADOLESCENTE NEGRO

Ao longo da história da infância e juventude no Brasil é possível encontrar diversas legislações que tinham o objetivo de perseguir a infância com a intenção de institucionalizar. Em regra, a juventude alvo da perseguição estava dentro do cenário de violações sociais, vivendo em estado de miserabilidade, usando as vias públicas para conquistar a sua sobrevivência. A subsistência era mantida pela juventude através de pedidos de esmolas ou com a prática crimes de cunho financeiro.

Rizzini & Rizzini (2004. p.22) trazem que as instituições recebiam grupos diversificados, todavia, a etnia ainda era específica, os filhos de escravas libertas e índios eram encaminhados para um asilo. “Entretanto, os meninos pobres e livres das cidades constituíram o grande alvo da intervenção das políticas de internação.” (Rizzini; Rizzini, 2004. p.22)

Essa juventude, meninos pobres e livres, era reconhecida como perigosa, pois, acreditava-se que esses jovens impunham risco ao progresso da nação, e para evitar que prejudicassem os planos da república foram instituídas normas com a finalidade de internar a infância e juventude.

A ideia de que as crianças e adolescentes apresentavam risco a nação foi acentuada com o Código Penal de 1940, que tinha o conceito de periculosidade inserido em seu texto normativo, é com este preceito que o Decreto Lei nº 6.026/1943 separava a infância dos delinquentes, presumindo a periculosidade de adolescentes envolvidos em delitos. A presunção era sobre o adolescente que cometiam crime, independente do crime, pois, a simples prática já o caracterizava como um indivíduo perigoso, e isso também era efetivado através da separação da infância. Isolando a *menoridade* infratora da *menoridade* abandonada, sendo a primeira

considerada de forma presumida como perigosa, enquanto a segunda considerada como potencialmente perigosa, esse isolamento era necessário para criar o programa institucionalizador que seria caracterizado pela “apreensão-Juizado-liberdade”, com o objetivo de institucionalizar mais e de forma permanente. (Teixeira; Matsuda, 2017. p.22)

O Estado considerava as crianças e adolescentes em situação de abandono, o “menor abandonado”, como um perigo social que exigia medidas que o mantivesse recluso em instituições de tratamento como forma de prevenção e recebendo preparo para o trabalho, enquanto os adolescentes envolvidos com crimes, “menor infrator”, era vigiado e punido com base nas leis e em defesa da propriedade. (Ferreira, 2010. p.49)

Nota-se que a periculosidade é atribuída aqueles que eram alvos do Código de Menores de 1927, quais sejam, as crianças e adolescentes em situação de abandono ou as que já incorreram em delitos, sendo rotuladas como um perigo para a nação. Assim, a implementação da periculosidade instituída no Código Penal abriu margem para a criação de um novo padrão de categorização e institucionalização, deixando claro que destinava-se para o controle policial da criança e adolescente abandonada, pobre e em geral negro. (Teixeira; Matsuda, 2017. p.22).

O Brasil carrega a cultura da institucionalização do adolescente, e para tanto, persegue aqueles que já se encontram em estado de vulnerabilidade. A vigilância da vida das crianças e adolescentes ocorre em nome do controle e da defesa social, assim, o Estado passa a intervir de forma repressiva e com penalidade na vida das crianças e adolescentes em situação de abandono, órfãos, pobre e infratores (Ferreira. 2010. p.51). Nesta fase, o Estado afasta a concessão de atendimento para às condições especiais que esses jovens se encontram, consequentemente ocorre a criminalização da pobreza, todo ato praticado deve ser alvo de punição.

A criminalização dos atos de uma classe social (pobres) ou de um grupo de pessoas que se aproximam pela faixa etária (os adolescentes) transforma em suspeito qualquer indivíduo de uma dada categoria, independente de sua atuação. Ao mesmo tempo em que individualiza o crime e descontextualiza a sua aparição da sociedade. (BOMBARDI, 2008. p.88).

A constante internação de adolescentes está atrelada a criminalização da pobreza, não se trata de adolescentes oriundos de famílias socialmente estruturadas e financeiramente estáveis, mas sim de adolescentes que, em quase a totalidade dos internados, moram em

“(...)barracos numa favela violenta, um pai alcoólatra ou inexistente, uma irmã prostituta e uma mãe analfabeta e amedrontada (...)” (PINOTI, 1999). Mesmo com a evolução das classes sociais, o perfil dos adolescentes não oscila muito, e é em razão dessas características que os jovens recebem o enfoque da polícia, pois, o crime é ser pobre, é ser negro e vulnerável.

Neste ponto, é questionável o papel do Estado e da sociedade, visto, que não conseguem honrar com sua obrigação perante as crianças e adolescentes estabelecida no artigo 227 da Constituição Federal, e insistem na manutenção da cultura de institucionalizar, pois, é mais maleável o sistema repressor do que o sistema de prioridade absoluta e proteção integral. Esses adolescentes, negros e pobres, são invisíveis para as constituições das políticas públicas, mas visíveis para o sistema punitivo.

Ainda, a invisibilidade do adolescente volta quando é institucionalizado, pois é banalizada a internação, a socioeducação dos adolescentes negros, visto, que no imaginário social estes são os jovens que devem ser institucionalizados. Nota-se que é extremamente difícil encontrar dados quantitativos sobre a etnia dos adolescentes, e se esta é a população que deve ser perseguida, reprimida, institucionalizada, não há fundamentos para quantificar, ou questionar o número exorbitante de negros segregados de sua liberdade.

A VERDADEIRA LIBERDADE DO ADOLESCENTE

A cultura de institucionalizar o adolescente é a forma que o poder público encontrou para defender os seus interesses e das classes dominantes, garantir que os planos de uma nação próspera não fossem prejudicados pelos desvalidos. Todavia, com a evolução dos Direitos Humanos e com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi afastada a legalidade de institucionalizar crianças e adolescentes, restando poucas possibilidades, entre elas a internação em razão de ato infracionalⁱ.

Em 1990 nasce o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) instituiu as medidas socioeducativasⁱⁱ para reprimir os adolescentes em conflito com a lei. Entre essas está a internação (ECA, art. 122), última na hierarquia das medidas, devendo ser aplicada somente quando as demais se mostrarem insuficientes, ou, se o ato infracional for cometido mediante violência e/ou grave ameaça. Para Volpi (2011, p.28) a privação da liberdade não é a medida socioeducativa em si, mas uma condição para que a medida seja aplicada.

“De outro modo ainda: a restrição da liberdade deve significar apenas limitação do exercício pleno do direito de ir e vir não de outros direitos constitucionais, condição para sua inclusão na perspectiva” (VOLPI, 2011. p.28)

Para os adolescentes não se trata apenas do direito de ir e vir, mas sim da última e máxima violação de sua liberdade. O adolescente é privado de livre-arbítrio desde seu nascimento, visto que o poder estatal é negligente com a sua proteção, e a violação é reafirmada pela sociedade que também negligencia esses jovens. “Em todo caso, temos, portanto, uma sociedade em que o poder é mínimo, ao menos em tempo de paz e por conseguinte, a liberdade máxima” (FOUCAULT, 1999. p.177).

Para os adolescentes negros o poder estatal é sempre máximo, e sempre estão em guerra pela sobrevivência. A imposição do poder, das regras sociais constituem uma guerra. Afinal, “Uma realidade que não se traduz numa relação de força desigualmente só pode ser uma liberdade abstrata, imponente e fraca” (FOUCAULT, 1999. p.188)

A liberdade dos adolescentes é abstrata, pois, quando não é possível exercer as atividades que deseja, quando é impedido de crescer, quando é forçado a permanecer à margem da sociedade, fica evidente que a sua liberdade é reduzida ao ir e vir. E essa mesma liberdade é ferramenta de disciplina, um mecanismo para controlar os adolescentes, visto, que a qualquer momento podem restringir essa liberdade em razão do ato praticado pelo próprio adolescente, mas instigada pelos detentores do poder. “O primeiro critério da liberdade é poder privar os outros da liberdade” (FOUCAULT, 1999. p.187)

Foucault (1999, 188) traz, ainda, que a liberdade de alguns só é forte, só é garantida, às custas dos outros, e, afasta a possibilidade de existir liberdade em uma sociedade igualitária, só há liberdade plena se houver uma sociedade que garanta a desigualdade. Atualmente a sociedade brasileira garante essa desigualdade, quem tem poder aquisitivo tem liberdade, enquanto a liberdade dos pobres, em regra negros, é limitada; e a liberdade dos adolescentes é frágil, suscetível a qualquer golpe.

A fraqueza dessa liberdade é tamanha, já que é precisamente uma liberdade abstrata, fictícia, sem conteúdo afetivo, que ela só pode desaparecer diante da força histórica de uma liberdade que funciona como desigualdade. (FOUCAULT, 1999. p.188)

A liberdade dos jovens negros é totalmente fictícia, os adolescentes são segregados do real exercício de liberdade, e essa mesma liberdade falida é a mesma arma usada para punir o adolescente perante o sistema disciplinar.

SISTEMA DISCIPLINAR E OS CENTROS SOCIOEDUCATIVOS

Disciplina é o mecanismo que o Estado utiliza para controlar as pessoas que estão sob sua tutela, em regra esses indivíduos chegam a tutela estatal em razão da violação do pacto social. Com a infração cabe ao Estado ressocializar o indivíduo, e essa tarefa ocorre através do sistema disciplinar. Foucault (2014, p.208) esclarece que a disciplina não é uma instituição ou um aparelho, mas sim um tipo de poder, uma modalidade para exercer o poder que comporta instrumentos, técnicas e procedimentos.

A disciplina pode ser aplicada em conjunto com a restrição de liberdade, nesses casos trata-se das prisões. Para Foucault (1988, p.131) a prisão é um projeto para transformar os indivíduos. Considerando essa ideia, temos que os centros socioeducativos também carregam esse objetivo, visto que são estabelecimentos destinados a prisão de adolescentes, que deve reeducar e transformar o interno. Todavia, a prisão não é o único método da disciplina, conforme explica Foucault:

Duas imagens, portanto, da disciplinar. Num extremo, a disciplina-bloco, a instituição fechada, estabelecida à margem, e toda voltada para funções negativas: fazer parar o mal, romper as comunicações, suspender o tempo. No outro extremo, com o panoptismo, temos a disciplina-mecanismo: um dispositivo funcional que deve melhorar o exercício do poder tornando-o mais rápido, mais leve, mais eficaz, um desenho das coerções sutis para uma sociedade que está por vir. (FOUCAULT, 2014. p.202)

Para o presente estudo deve ser considerado a primeira imagem da disciplina, a instituição fechada. Os centros socioeducativos são instituições destinadas a internação de adolescentes responsabilizados pela prática de ato infracional, que são segregados de liberdade em razão da imposição de uma medida socioeducativa, que tem como objetivo reeducar o adolescente, transformá-lo, e essa mudança deve ocorrer por meio da disciplina que nas palavras de Foucault (1988. p.107) “A disciplina é o conjunto de técnicas pelas quais os sistemas de poder vão ter por alvo e resultado os indivíduos em sua singularidade.”

Os centros socioeducativos são espaços destinados à correção do adolescente em conflito com a lei. Trata-se de instituições totais, que, conforme explica Goffman (2015. p.18),

são divididas em dois grupos controlados que são denominados de internados e de equipe de supervisão, os internados não têm contato com o mundo externo, enquanto a equipe dirigente tem uma carga horária de trabalho e está integrado ao mundo externo.

Foucault (1988. p.105) traz que o sistema disciplinar é uma forma de gestão dos homens, que para o presente trabalho, é efetivado pelos agentes de supervisão dos centros socioeducativos, ou seja, por uma equipe multidisciplinar, composta por profissionais da educação, saúde, segurança, assistência social e psicologia. Usando as técnicas de disciplina os agentes dos centros socioeducativos têm como missão mudar o adolescente, alterar nele o que é considerado um desvio social, não apenas o que o levou à prática infracional, mas toda característica considerada perigosa, e é através do sistema disciplinar que essa mudança deve ocorrer.

A disciplina é uma técnica de poder que implica uma vigilância perpétua e constante dos indivíduos. Não basta olhá-los às vezes ou ver se o que fizeram é conforme à regra. E preciso vigiá-los durante todo o tempo da atividade e submetê-los a uma perpétua pirâmide de olhares. E assim que no exército aparecem sistemas de graus que vão, sem interrupção, do general chefe até o ínfimo soldado, como também os sistemas de inspeção, revistas, paradas, desfiles, etc., que permitem que cada indivíduo seja observado permanentemente. (FOUCAULT, 1998. p.106)

Nos centros socioeducativos o adolescente é vigiado a cada passo do seu dia, é acompanhado para cada local que precise ir, sofre revistas em seu dormitório e em si. Tem olhares sobre seus atos constantemente, agentes socioeducativos analisam e julgam cada atividade do adolescente, para determinar se as ações empregadas estão obtendo resultado. “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.” (FOUCAULT, 2014. p.167)

O adolescente internado passa por uma rotina com atividades voltadas a sua educação e profissionalização, sempre com o intuito de melhorá-lo de forma individual, mas sem atividades voltadas para a sua singularidade. Essa é a forma de disciplinar o interno, objetivo que não emerge ferramentas em demasia, visto que:

A infância e a adolescência são tidas como fases de formação e desenvolvimento que pressupõem indivíduos incompletos, mais vulneráveis ao meio em que vivem e mais suscetíveis a medidas corretivas. (ALMEIDA, 2013. p.149).

A institucionalização de crianças e adolescentes objetivando seu “adestramento” é uma cultura da sociedade brasileira desde o período colonial, diverso do que prega Lemos,

Junior & Alvarez: “A disciplina aplicada a corpos sequestrados em instituições, em espaços de isolamento e de segregação não foi uma regra, e sim a exceção de uma sociedade disciplinar.” (LEMOS; CARDOSO JUNIOR; ALVAREZ p.101)

O Brasil a aplicação da disciplina através da institucionalização se tornou uma regra, objetivando a mudança do adolescente que oferece risco à segurança social em razão de sua própria natureza. E essa disciplina é exercida através de práticas prisionais, onde os internos são alterados em seu eu mais profundo, ou ao menos esse é o objetivo do sistema.

O binômio segurança e disciplina que informa as práticas prisionais desdobra-se nos processos de anulação das individualidades, nas relações e reverências hierarquizadas, na classificação dos indivíduos de acordo com sua periculosidade. (MATSUDA, 2009. p.55)

Os centros socioeducativos são separados de acordo com o perfil do adolescente, as divisões ocorrem não apenas em razão das características do adolescente, mas também em razão de sua periculosidade, Mallart (2014, p.192) traz a imagem da “cadeia perigosa” que abriga adolescentes classificados como RGG (Reincidente, Grave e Gravíssimo). Ocorre a catalogação do adolescente, e assim ele é encaminhado para a unidade que colabore com o seu perfil, não em questão de reeducação, mas em questão de poder. Não se trata de unir as forças, mas de evitar que os mais fortes dominem os mais fracos.

Todos os jovens devem ser modificados ao longo da medida socioeducativa, e durante do cumprimento da medida, devem ser educados formalmente e informalmente, que para Goffman (2015, p.49) é um privilégio que corrobora para a reorganização social. Assim, para reeducar os adolescentes os centros socioeducativos devem fornecer aos internos educação formal, as unidades devem ter espaço para que os jovens possam aderir a um currículo escolar, assim, como devem receber cursos profissionalizantes, para quando regressarem a sociedade possam ter mecanismos de sobrevivência, sem que recorram aos delitos. Esse é o discurso produzido pelas instituições totais, pelo sistema disciplinar. “De fato, as disciplinas têm seu discurso própria”. (FOUCAULT, 1999. p.45). A disciplinas conduzem a vida dos adolescentes ao prazer dos detentores do poder.

De forma mais densa, poderíamos dizer o seguinte: uma vez que as coerções disciplinares deviam ao mesmo tempo exercer-se como mecanismo de dominação a ser escondidas como exercício efetivo do poder, era preciso que fosse apresentada no aparelho jurídico e reativada, concluída, pelos códigos judiciais, a teoria da soberania; (FOUCAULT, 1999. p.44)

Desta forma, o poder disciplinar tem como objetivo coercitivamente controlar o adolescente, conter uma parcela da sociedade que é suscetível a essa dominação, e posteriormente controlar de forma mais firme, com o apoio do judiciário e da sociedade.

RELAÇÃO DE PODER

Conforme afirma Foucault (2014, p.196) a sujeição nasce de forma mecânica, em uma relação fictícia, não é necessário empregar força para obrigar o condenado a ter um bom comportamento. Com essa mesma ideia, não é necessário impor força para que as pessoas se submetam às regras da sociedade.

O adolescente é sujeitado às normas da coletividade, que lhe impõe padrões e valores que não condizem com a sua realidade. O consumo é um deles, é uma realidade distante de diversos adolescentes, que tem o consumo material como um padrão a ser seguido para se sentir cidadão.

A sociedade impõe um objetivo para cada adolescente, sendo este impossibilitado de sair da linha traçada para a sua vida. A criança branca, nascida em uma família estruturada e com capital, é encaminhada para estudar e conquistar o mundo a qual pertence. A criança negra é orientada a se manter no núcleo escolar o máximo possível, a educação mudará a sua realidade, todavia, inicia a vida de trabalho precocemente para ajudar no sustento da família, seja de forma lícita ou ilícita, com isso, aos poucos abandona a escola. As que permanecem na escola, devem seguir o que é determinado pela elite, mesmo que essa superioridade seja efêmera e irrisória, deve ter as roupas do momento, assim como tênis, celulares, e o padrão de beleza que deve seguir os ditames da moda. Todavia, manter esse padrão social foge da realidade de muitos adolescentes e de suas famílias, e a ausência do Estado garante que a sociedade permaneça desigual.

Para Foucault (1998. p.198) os traços biológicos de uma população tornam pertinente a gestão econômica, sendo necessário organizar dispositivos que garante a sua sujeição e a constante utilidade. A população pobre brasileira tem suas características predefinidas, e acompanha as características dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa, quais sejam, adolescentes negros e pobres que correspondem a 59,8% (SINASE, 2018), em cumprimento de medida socioeducativa.

“Os reais fundamentos da sociedade brasileira são o individualismo egoísta, a desigualdade, o privilégio de alguns, a desumanização de grande parcela da população”. (BOMBARDI, 2008. p.87). A hierarquia social é mantida através dessa desigualdade, através da manutenção da pobreza, tornando as classes sociais mais baixas úteis para a elite. Todavia, a manutenção do poder por meio da desigualdade não constrói as características do indivíduo.

Tendo como efeito a constituição de uma identidade. Pois minha hipótese é de que o indivíduo não é o dado sobre o qual se exerce e se abate o poder. O indivíduo, com suas características, sua identidade, fixado a si mesmo, é o produto de uma relação de poder que se exerce sobre corpos, multiplicidade, movimentos, desejos, forças. (FOUCAULT, 1988. p.161)

O poder exercido sobre os adolescentes não caracteriza a sua personalidade, visto que esses procuram meios de sair da situação imposta. Por diversas vezes a saída mais eficaz é a prática de ato infracional, que conseqüentemente enseja na privação de liberdade do adolescente.

É com a segregação da liberdade que inicia uma relação de poder mais visível. A utilização do corpo como forma de exercer o poder é antiga, na Época Clássica houve o nascimento do uso do corpo como objeto e alvo de poder, onde o corpo é manipulado, modelado, treinado, o corpo que obedece, que responde, que é hábil ou que tem suas forças multiplicadas (Foucault, 2014. p.134)

Não se trata de utilizar o corpo para suplícios (Foucault, 2014) ou trabalhos forçados, mas sim de despir o interno de sua aparência usual, procurar a desfiguração pessoal (Goffman, 2015. p.28). Nos centros socioeducativos os internos (masculino) são obrigados a raspar a cabeça, todos no mesmo nível, usando uniformes, são alinhados para que suas singularidades sejam eliminadas. A mudança do adolescente é acompanhada por todos os agentes socioeducativos, menos pelo próprio interno, visto que se encontra em um local que sequer há espelhos para que o jovem acompanhe as mudanças em seu corpo. (Mallart, 2014. p.28)

O poder dentro dos centros é capaz de obrigar os internos a terem interações sociais, não entre seus iguais, mas com os agentes socioeducativos. Dentro das unidades de internação os adolescentes andam em fila, com as mãos para trás, ao direcionar a palavra para um dos agentes é necessário chamar de senhor “sim senhor, não senhor”ⁱⁱⁱ. Goffman (2015) reconhece essa prática como humilhações no patamar do açoitamento.

Assim como o indivíduo pode ser obrigado a manter o corpo em posição humilhante, pode ser obrigado a dar respostas verbais também humilhantes. Um aspecto importante disso é o padrão de deferência obrigatória das instituições totais; muitas vezes, os internos são obrigados a, em sua interação social com a equipe diretora, apresentar atos verbais de deferência – por exemplo, dizendo “senhor” a todo momento. Outro exemplo é a necessidade de pedir, importunar, ou humildemente pedir algumas coisas pequenas – por exemplo, fogo para cigarro, um copo d’água ou permissão para usar o telefone. (GOFFMAN, 2015. p.30)

Nas unidades de internação os adolescentes precisam pedir permissão para realizar atos banais, como ir ao banheiro e beber água. Trata-se de uma total submissão às regras da instituição. Trata-se de um processo de desfiguração iniciada do lado de fora da unidade. “Eu penso que eles acham que porque a gente tá aqui, nós não é nada! Pensam que a gente nunca foi ninguém” (29/9/99, EU-19, 17a, explicando por que pensam que apanham tanto)” (VICENTIN, 2005. p.67)

O poder controla os adolescentes ao longo de sua vida pré institucionalização. Para Foucault (1999, p.45) o poder se exerce através do jogo das diferenças entre direito público da soberania e uma mecânica das muitas formas da disciplina.

RESISTÊNCIA E REVOLTA DOS CORPOS

[...] Grades, muralhas, negociações, rebeliões, fugas, celas, revoltas, armas, conflitos, torturas, seguranças, drogas, celulares e revistas (MALLART, 2014. p.15)

Resistência é a forma de se impor contra um sistema, contra uma relação de poder existe. Ferreira (2010, p.99) traz que para os negros os primeiros indícios de resistência, durante o período escravocrata, foram as fugas. “Os negros se reuniam-se em agrupamentos organizados, os *quilombos*, em meio às matas, isolando-se, como ato de reação à força de captura.” (FERREIRA, 2010. p.99)

Para Foucault (1988. p.241) onde existe relação de poder, existe a possibilidade de resistência, mas não de forma posterior ao poder, mas sim coexistente a ele e absolutamente contemporânea. O autor ainda explica, que a resistência deve ser similar ao poder. “Tão inventiva, tão móvel, tão produtiva quanto ele. Que, como ele, venha de “baixo” e se distribua estrategicamente.” (FOUCAULT, 1998. p.241)

O primeiro ato de resistência do adolescente contra o sistema é a prática do ato infracional, visto que é uma maneira de sair da situação pré-determinada a ele, e tentar fazer parte da sociedade ostentadora. Bombardi (2008. p.09) traz que o ato infracional pode ter

diversos significados, como: insubmissão, resistência à opressão, inconformismo, procura por apoio, rebeldia, violência sofrida e atualizada, vontade de mudança, entre outros possíveis significados.

A prática do ato infracional pode ter muitos significados, Bombardi (2008. p.12/13) traz duas indagações, o ato infracional é uma maneira que o adolescente encontra para se sentir incluído na sociedade de consumo? Ou a prática do ato infracional é a forma de mostrar o descontentamento com relação às humilhações sofridas, mesmo que o ato não proporcione uma mudança no sistema opressor?

Assim, o ato infracional pode ser uma maneira de mostrar que o sistema vigente não o agrada, ou que para fazer parte da sociedade consumidora terá que recorrer a prática delitiva. E quando se rebela contra as normas impostas pela sociedade, passa para sujeição do Estado penalizador.

O adolescente acusado da prática de ato infracional é submetido a um processo judicial, que como regra não é público, a sociedade não tem conhecimento do processo, exceto, os atos infracionais que a mídia tem interesse em relatar. Ao final do processo o adolescente é sentenciado ao cumprimento de uma medida socioeducativa, que para o presente artigo é relevante a medida de internação. O adolescente é encaminhado para uma unidade destinada especificamente para o cumprimento da referida medida. Dentro da unidade inicia-se uma nova relação de poder onde o adolescente é sujeitado as normas internas, onde inicia-se novos atos de resistência e revolta.

A resistência dos internos caminha lado a lado do poder dos agentes socioeducativos. “Para eles, os adolescentes estavam sempre testando os profissionais e qualquer oportunidade seria usada para “virar a casa”.” (ALMEIDA, 2013. p.155). Aproveitar toda e qualquer ocasião para iniciar uma rebelião demonstra o poder organizacional dos adolescentes, demonstra a ideia de Foucault (1998, p.241) sobre resistência, que deve ser tão inventiva e móvel quanto o poder. Foi tirando proveito de todas as oportunidades que os adolescentes foram foco de algumas rebeliões que chamaram à atenção da mídia.

Quinta-feira, dia 10 de agosto de 2000 uma rebelião tomou conta da FEBEM em Franco da Rocha, durante os atos um adolescente de 17 anos morreu. Foi assassinado a golpes de estilete, depois foi queimado pelos outros internos. Também 15 agentes socioeducativos

foram feitos como reféns. Os internos atearam fogo em lençóis e em colchões. Na sexta-feira (11/08/2000) para conter a rebelião a tropa de choque lançou bombas de efeito moral, e rapidamente encerrou a resistência. (GOIS, Antônio, 2000)

Quarta-feira, dia 06 de abril de 2011 as 19h30 foi controlada a rebelião na Vila Maria. No meio da tarde os adolescentes atearam fogo em colchões no pátio e fizeram doze funcionários e outros oitos internos como reféns. Não se sabe se houve tentativa de fuga. (NASCIMENTO, Fernanda, 2011)

Terça-feira, dia 11 de abril de 2017, a Polícia Militar foi chamada para conter a rebelião, mas os próprios funcionários conseguiram conter o motim, todavia, alguns ficaram feridos, o motivo da revolta era desconhecido. (Estadão, 2017)

Terça-feira, dia 19 de setembro de 2017 um grupo tentou fugir da Fundação CASA, dois funcionários foram feitos como reféns, colchões foram queimados, a Polícia Militar foi chamada para auxiliar na contenção dos adolescentes. (Estadão, 2017)

Domingo, 06 de maio de 2018, por volta das 18h30 após um conflito entre internos uma rebelião iniciou, não houve reféns. (G1, 2018)

As matérias jornalísticas não trazem a motivação da revolta, não param para ouvir as reivindicações, não se ouve os discursos proferidos pelos adolescentes, a sociedade não conhece a realidade deles, suas vozes são caladas, pois, o poder não abre margem para que seus discursos sejam ouvidos.

Eles [a sociedade] estão sabendo pela boca de funcionário e de juiz. Da nossa boca, que nós quer falar a real para eles, nunca chega...nunca tem uma oportunidade desta. [...] A rebelião do dia 19 [refere-se a 9/2/2000, no Tatuapé] só não chegou no momento certo porque não falamos com a reportagem. Porque ali, com a nossa palavra, muita gente vai acreditar que é verdade! Esta é a oportunidade que nós quer: *falar com a reportagem*. (17/04/2000, EU-14, 17a)." (VICENTIN, 2005. p.62)

Não se sabe o que provoca as revoltas, se são ou não coisas pequenas e materiais, se trata ou não de uma forma de denunciar as negligências e violências, como afirma Foucault (2014, p.33) todos tem a liberdade de vislumbrar apenas reivindicações cegas ou outros tipos de estratégias, sabe-se que "Tratava-se bem de uma revolta, ao nível dos corpos, contra o próprio corpo da prisão." (FOUCAULT, 2014. p.33)

"Rebelião passa na tevê direto! Quando nós apanha, não passa não! (5/8/1999, EU-2, 16a)" (VICENTIN, 2005. p.62).

“Eles mostram a rebelião, mostram que foi contida, mas não mostram que foi espancamento. Isso aí eles encobrem...” (EU-15, 16/10/2000)” (VICENTIN, 2005. p.62)

A realidade dos internos só eles podem discursar, “Nunca aparece a gente falando, nunca aparece o que nós pensamos... (5/8/1999, EU-2, 16a)” (VICENTIN, 2005. p.62). Mas, o que pode ocasionar a resistência? O que pode levar os internos a se virarem contra o sistema? “Se a violência for grande, há o risco de provocar revoltas; ou, se a intervenção for muito descontínua, há o risco de permitir o desenvolvimento, nos intervalos, dos fenômenos de resistência, de desobediência, de custo político elevado.” (FOUCAULT, 1988. p.217)

O sentido de revolta para o presente artigo é sinônimo de rebelião, desordem por parte dos adolescentes que se encontram internados em centros socioeducativos, e encontram na rebelião a forma de mostrarem o descontentamento com a situação ao qual são diariamente submetidos.

Significa os momentos mais críticos e instáveis da instituição, na qual se verifica um histórico em que os adolescentes internos se insurgiam contra a situação à que se viam submetidos. O momento da revolta é a tomada da instituição pelos adolescentes, é momento de confusão, de desordem e caos, de destruição, de fugas, de tomadas de reféns, de violência. Enfim, é também um momento de luta, de resistência e de guerra. (SILVA; GUEDES. 2011. p.54)

Os atos praticados pelos adolescentes durante o momento de tenção que é acarretado pela rebelião, é a forma de resistir ao sistema, a maneira que os internos encontram para se tornarem visíveis para aqueles que deveriam atendê-los de forma prioritária.

O corpo é a principal arma da revolta, é através do corpo que atacam, é através do corpo que se defende, que se entregam. Vicentin (2005, p.63) traz a imagem “perfeita” do interno que entrega seu corpo durante a revolta, o caso Maguila. Durante um incêndio que tomava conta da unidade, os internos de forma inútil tentaram conter o fogo, sem êxito começaram a deixar o local, mas Maguila não queria que saíssem, de forma descontrolada se automutila e grita “vamos morrer todo mundo junto” (VICENTIN, 2005. p.63), Maguila permanece no local e é consumido pelas chamas, permanecendo imóvel até o seu óbito.

“Corpo-ato, este é o primeiro sentido que queremos também destacar do funcionamento-rebelião: a rebelião é o lugar de aparecimento possível dos jovens, de visibilidade.” (VICENTIN, 2005. p.67) O suplicio desapareceu, o corpo não é mais o principal alvo da repressão penal (Foucault, 2014. p.), mas se mostra como a principal arma para as

revoltas. Considerando que também é a maneira pela qual ocorre a punição, com a segregação da liberdade do corpo do adolescente, com as transformações imposta a sua personalidade, como por exemplo, raspar a cabeça dos internos.

A rebelião perpetrada pelos adolescentes é uma guerra contra o poder disciplinar, contra o poder social. Não se trata de uma revolta moderna, mas sim desde o nascimento do sistema disciplinar. Afinal, onde há poder há revolta, e mais do que revolta, uma guerra contra o poder. “Lei, poder e governo significam a guerra, a guerra de uns contra os outros. Portanto a revolta não vai ser a ruptura de um sistema pacífico de lei por uma causa qualquer” (FOUCAULT, 1999. p.129)

Se a revolta não vai iniciar uma ruptura no sistema, o que irá? Considerando que o sistema se mantém com a pacificidade social, com um aparato legal e social. No mais, os adolescentes acreditam que a revolta é o meio de serem ouvidos. “Rebelião é a única maneira que a gente tem de se aparecer... (29/9/99, EU-19, 16ª)”. (VICENTIN, 2005. p.67)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo aqui apresentado não teve como objetivo esgotar o tema, principalmente pela ausência da pesquisa de campo. O artigo teve por objetivo iniciar uma discussão sobre a realidade social dos adolescentes negros, que há séculos o Brasil tem como política a institucionalização desses jovens.

O conceito de liberdade é mais do que o direito de locomoção, o direito de ser e de existir só é possível se houver liberdade, o direito de viver com plenitude máxima só vai ocorrer com a garantia da liberdade, o conceito é muito maior do que o direito de ir e vir. A realidade dos adolescentes, e em especial os negros, é a submissão ao poder de uma sociedade desigual, que, para se manter garante a permanência da desigualdade, e é assim que os detentores do poder gozam da sua liberdade absoluta, subtraindo as dos demais.

O sistema disciplinar é intrigante, pois em cada fase da vida do adolescente está presente, sempre com o intuito de controlá-lo e moldá-lo nos padrões impostos pela sociedade, visando o interesse daqueles que querem manter a sua liberdade plena a custas da liberdade dos internos do sistema.

A relação de poder é algo inerente ao homem, nas condições da sociedade brasileira chega a ser perversa, pois, através dos mecanismos disciplinar impedem que os demais alcancem o poder, mas conseqüentemente ocorre a resistente e a revolta. O poder é uma grande arma para garantir a prevalência da liberdade de poucos, enquanto os demais precisam se mostrar resistente contra o sistema, os adolescentes negros nascem e já iniciam sua luta, sua eterna resistência. É um estado permanente de guerra, onde as forças são testadas diariamente, a resistência é conjunta com o poder onde os embates ocorrem frequentemente, de um lado pela manutenção dos privilégios e do outro a luta por mais liberdade e sobrevivência.

A revolta é a consequência dessa guerra, é o ápice da força de ambas as partes, é o momento de tensão onde os internos tentam alcançar a liberdade. Não se trata de liberdade de ir e vir, mas a liberdade real, sem assujeitamento, trata-se de alcançar o poder daqueles que os tem dominado.

A principal arma dessa revolta é o corpo, é assim que os adolescentes se posicionam contra o corpo da prisão. É fazendo uso do corpo alheio e do próprio, para demonstrar que estão insatisfeitos, para mostrar que o sistema disciplinar não venceu a resistência, que mesmo pequena ela é constante, e que está permanentemente em articulação para não deixar o poder usurpar o pouco que lhe restam.

A resistência é constante na vida do adolescente negro, é assim que procura sua subsistência, pois, se manter firme contra o sistema é a forma de mostrar que ele existe, que ele importa. E é com a segregação do resquício de liberdade que o Estado e a sociedade demonstram sua mais feroz força, é através da dominação do corpo do adolescente que o poder se sobressai e impõe a sua liberdade máxima. Pois, sua liberdade é cercear a liberdade dos demais.

A presença do adolescente negro é um fator inevitável, já que são maioria no sistema, e o poder faz com que pareçam invisíveis, que a sua existência não tenha importância, pois estão fora dos padrões da sociedade. A revolta dos adolescentes pode ser uma forma de denunciar para o mundo a sua realidade enquanto interno de uma instituição máxima, que tem por objetivo mudar o que acreditam ser um problema, mas que na verdade pode significar uma forte arma contra todo o sistema de poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. G1, São Paulo, 2018. **Internos da Fundação Casa fazem rebelião em unidade de São Bernardo do Campo.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/internos-da-fundacao-casa-fazem-rebeliao-em-unidade-de-sao-bernardo-do-campo.ghtml>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

ALMEIDA, Bruna Gisi Martins de. **Socialização e regras de conduta para adolescentes confinados.** Tempo soc. São Paulo, v. 25, n. 1, p. 149-167, junho de 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702013000100008&lng=en&nrm=iso>. acesso em 30 de maio de 2018.

BERALDO, Paulo. **Funcionário são feridos em rebelião na Fundação Casa de Araçatuba.** O Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,rebeliao-na-fundacao-casa-fere-funcionarios-no-interior-de-sp,70001735821>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

BOMBARDI, Vanessa Mies. **A rebelião do dia-a-dia: uma leitura sobre adolescentes autores de atos infracionais.** Dissertação de Mestrado, Instituto de Psicologia da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

BORBA, Bibiana. **Rebelião deixa funcionários feridos na Fundação Casa do Belém.** O Estado de São Paulo, 2017. Disponível em: < <https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,rebeliao-de-adolescentes-deixa-funcionarios-feridos-na-fundacao-casa,70002008449>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

BRASIL, Ministério dos Direitos Humanos (MDH). **Levantamento anual SINASE 2016.** Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

FERREIRA, Simone de Loiola. **Adolescentes negros: entre a inclusão e a resistência, a prática de atos infracionais.** Dissertação de Mestrado, Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Araraquara – SP. 2010.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução de Raquel Ramalhete. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976).** Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Traduzido por Roberto Machado. 13ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GOIS, Antonio. Folha de São Paulo, 2000. **Rebelião na Febem de Franco da Rocha acaba após quase 18 horas**. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u7311.shtml>>. Acesso em: 30 de maio de 2018.

LEMOS, Flávia Cristina Silveira; CARDOSO JUNIOR, Hélio Rebello; ALVAREZ, Marcos César. **Instituições, confinamento e relações de poder: questões metodológicas no pensamento de Michel Foucault**. *Psicol Soc*. Belo Horizonte, v. 26, n. spe, p. 100-106, 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000500011&lng=en&nrm=iso>

MALLART, Fábio. **Cadeias dominadas: a Fundação CASA, suas dinâmicas e as trajetórias de jovens internos**. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: Periculosidade e controle social no Brasil**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

NASCIMENTO, Fernanda. **Veja**, 2011. **Polícia encerra rebelião de internos da ex-Febem**. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/policia-encerra-rebeliao-de-internos-da-ex-febem/>> Acesso em 02/07/2018.

PINOTI, Antonio Jurandir. **A rebelião da Febem**. Juízes para a democracia, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 12., ago./out. 1999. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=55840>. Acesso em: 2 jun. 2018.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios do presente**. Rio de Janeiro: Editora PUC-RIO, 2004

SILVA, Ítalo Leandro; GUEDES, Olegna de Souza. **A história oral das revoltas do centro de socioeducação de Londrina II: uma interpretação teórico-filosófica**. *Serviço Social Revista*, Londrina, v.14, n.1, p.48-73, jul/dez. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/10568/11909>>.

TEIXEIRA, Alessandra; MATSUDA, Fernanda Emy. **Menoridade e Periculosidade: intersecções e assujeitamentos**. Plural (São Paulo. Online), São Paulo, v. 24, n. 1, p. 10-27, aug. 2017. ISSN 2176-8099. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/137499/133163>>.

VICENTIN, Maria Cristina Gonçalves. **Avida em rebelião: jovens em conflito com a lei**. São Paulo: Editora Hucitec, 2005.

VOLPI, Mario. **O adolescente e o ato infracional**. 9. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

ⁱ Ato infracional é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal (Brasil, 1990, art. 103 do ECA)

ⁱⁱ Medida socioeducativa é a forma de retribuir ao adolescente a sua infração legal, há quem negue essa característica da medida socioeducativa, mas Saraiva (2012, p.227) esclarece que as medidas possuem caráter pedagógico em sua concepção, mas é evidentemente retributivo em sua forma.

ⁱⁱⁱEmbora para a elaboração do presente trabalho não sido adotado a metodologia de etnografia, as informações aqui apontadas são frutos de observações realizadas ao longo do estágio profissional realizado na Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, no período de outubro de 2013 a abril de 2015.

Área 10

Democratização do sistema de justiça



**A (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO DE MANIFESTAÇÃO E O SISTEMA DE
JUSTIÇA CRIMINAL: UMA ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL DE
JUSTIÇA DE SÃO PAULO EM CONFLITOS OCORRIDOS EM PROTESTOS**

*THE (IN) EFFECTIVENESS OF THE RIGHT OF MANIFESTATION AND THE CRIMINAL
JUSTICE SYSTEM: AN ANALYSIS OF THE ACTION OF THE COURT OF JUSTICE OF
SÃO PAULO IN CONFLICTS OCCURRED IN PROTESTS*

Mariana Pinto Zoccal

Mestranda em Direito na Universidade Estadual Júlio Mesquita Filho.

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

marianazoccal@hotmail.com

Categoria: apresentação oral.

Resumo: Desde a eclosão das jornadas de junho, uma conjuntura favorável à mobilização de protestos instaurou-se no Brasil, de modo que manifestações têm ocorrido encampando uma vasta diversidade de pautas. Nesse contexto, a temática da criminalização de movimentos sociais e manifestações populares adquire relevância. O presente trabalho pretende realizar uma análise de acórdãos e decisões monocráticas proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em incidentes ocorridos na conjuntura de protestos, utilizando-se do método da análise de conteúdo, que busca estudar as motivações, atitudes, valores, crenças, tendências e ideologias existentes nos textos que, à simples vista, não se apresentam com a devida clareza. Buscar-se-á perceber as contradições entre determinadas falas oficiais e a realidade política e social que permeia os textos dos documentos analisados.

Palavras-chave: Manifestações; Poder Judiciário; Criminalização.

Abstract: Since the outbreak of the June days, a favorable conjuncture for the mobilization of protests has been established in Brazil, so that demonstrations have taken place in a wide variety of patterns. In this context, the theme of criminalization of social movements and popular demonstrations acquires relevance. The present work intends to carry out an analysis of monocratic judgments and decisions rendered by the Court of Justice of São Paulo in incidents

occurring in the conjuncture of protests, using the content analysis method, which seeks to study the motivations, attitudes, values, beliefs, tendencies and ideologies in texts which, at first glance, are not presented with sufficient clarity. It will be sought to perceive the contradictions between certain official statements and the political and social reality that permeates the texts of the documents analyzed.

Keywords: Manifestations; Judicial power; Criminalization.

Introdução

Em junho de 2013 uma eclosão de manifestações populares ocorreu nas ruas do país. Estas manifestações, a princípio lideradas pelo Movimento Passe Livre (MPL), eram contrárias ao anúncio do aumento de R\$ 0,20 no valor da tarifa de transporte público em São Paulo e reivindicavam romper com a conjuntura de “inferno urbano”ⁱ vigente, sinalizando o descontentamento popular com os serviços de saúde e educação fornecidos pelo Estado.

Os sentidos atribuídos aos protestos de junho de 2013 são diversos, visto que as manifestações se expandiram e passaram a abarcar pautas conflitivas e antagônicas entre si. Nos atos, a luta pela derrubada do aumento da tarifa de transporte passou a coexistir com outras pautas como a de combate à corrupção e de redução da maioria penal. O apartidarismo do movimento paulatinamente foi transformado em antipartidarismo, de modo que diversos militantes de partidos políticos de esquerda passaram a ser hostilizados e agredidos por portarem bandeiras ou utilizarem vestimentas vermelhas nos atos.

Apesar das disputas entre os significados atribuídos às jornadas de junho, parece consenso que a partir de então se instaurou no país uma conjuntura favorável para a mobilização de novos atos de protesto nos espectros políticos da esquerda e da direita. Desde o movimento dos “Caras Pintadas” pelo impeachment do ex-presidente Fernando Collor de Mello, nenhum outro movimento com tamanha adesão popular era verificado no país. A convocatória dos atos pelas redes sociais virtuais fomentou a ampliação do número de manifestantes e dos locais de protesto, trazendo consigo uma maior cobertura midiática das manifestações e a elaboração de respostas políticas para o fenômeno.

No entanto, temos observado que manifestações populares críticas que tencionam o poder público por melhores condições de moradia, de transporte e de educação têm convivido com a corriqueira repressão estatal, que a partir de junho de 2013 teve o seu *modus operandi* sofisticado, apontando para uma verdadeira articulação entre os poderes Executivo, Legislativo e o Sistema de Justiça para criminalizar lutas pela efetivação do direito à cidade.

O presente artigo pretende lançar o foco para a atuação do Poder Judiciário no tocante ao direito à manifestação, analisando acórdãos criminais proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) que reúnam as palavras-chave “manifestantes” e “protestos”. Optamos pela não delimitação de lapso temporal na pesquisa. Entretanto, todos os 38 acórdãos localizados foram proferidos posteriormente aos protestos de junho de 2013.

Para a realização de uma análise qualitativa pormenorizada, selecionamos para o estudo três categorias de acórdãos: a) um relativo a uma apelação ministerial contra sentença absolutória por ausência de provas de dois manifestantes acusados de porte de artefato explosivo, incitação ao crime, associação criminosa, resistência e desobediência; b) um pedido de arquivamento de representação criminal contra um promotor de justiça por conduta de incitação ao crime em seu perfil pessoal do *Facebook*; c) vinte e sete acórdãos de *Habeas Corpus* preventivos para viabilizar a participação efetiva de manifestantes em atos de protesto.

Para a análise dos dados, o método utilizado foi o da Análise de Conteúdo (AC), que busca estudar as motivações, atitudes, valores, crenças e ideologias existentes nos textos que, à simples vista, não se apresentam claramente expostos. Buscamos perceber as contradições entre determinadas falas oficiais e a realidade política e social que permeia os textos dos documentos analisados. Para isso, pesquisas em sites de notícias foram realizadas no intuito de colher maiores informações sobre os casos estudados, em complementariedade ao extraído do texto dos acórdãos.

1. Breves considerações acerca da (in) efetividade e da criminalização do direito à manifestação

O direito à manifestação encontra-se previsto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XVI, que dispõe que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião

anteriormente convocada para o mesmo local”. No entanto, conforme abaixo analisaremos, esta liberdade muitas vezes carece de efetividade, haja vista a atuação de diversos personagens e instituições que corroboram o processo de criminalização das lutas de manifestantes.

O cidadão, ao sair às ruas para protestar, encontra-se suscetível a todo um sortilégio de agressões físicas por parte das forças policiais, de tal ordem que não raras vezes a violência perde o seu caráter oculto e passa a estampar as manchetes dos principais jornais do país.

Nos dizeres de Antônio Alberto Machado (2016):

A eficácia/efetividade concreta dos direitos humanos fundamentais enfrenta três grandes espécies de problema: (1) um problema teórico, (2) um problema técnico-jurídico e, finalmente (3) um problema político. [...] O reconhecimento de direitos humanos não depende apenas da catalogação deles nas constituições e nos tratados, mas, isto sim, depende de uma práxis que permita compreender as conexões desses direitos numa totalidade histórica, reconhecendo-os dentro de um processo de efetivação concreta onde o agir humano é decisivo para a compreensão dos direitos do homem.

Machado (2017, p. 93) também entende que o problema teórico da efetividade dos direitos fundamentais é central. De um lado, porque se trata de direitos que dão sustentáculo às democracias contemporâneas e a inefetividade deles resultaria também na inconsistência dos regimes e dos Estados democráticos; de outro, porque os direitos humanos fundamentais exibem uma conflituosidade natural que aumenta as dificuldades de sua efetivação; e por fim, porque se trata de um campo do direito inçado de controvérsias, antagonismos e disputas ideológicas.

Dessa forma, analisar como se dá o processo de criminalização do direito ao protesto faz-se necessário para que estratégias sejam formuladas no sentido de atribuir concretude à liberdade de manifestação, retirando dela o *status* de “aparência de direito”.

Adotando como marco teórico a criminologia crítica, entendemos que o processo de criminalização é orquestrado por meio de três mecanismos de controle social: o mecanismo da produção da norma (criminalização primária); o mecanismo de aplicação, culminando com o

juízo (criminalização secundária) e o mecanismo de execução da pena (BARATTA, 2011, p. 161).

A criminalização primária do direito de protesto corresponde à seletividade do processo legislativo, em que a norma penal é elaborada de modo a direcionar-se a determinados destinatários individualizados de acordo com os anseios dos grupos dominantes. Nessa seara, apreende-se do levantamento realizado pela ONG Artigo 19 que atualmente tramitam no Congresso 59 projetos de lei atinentes à matéria e que ampla maioria deles visam impor algum tipo de restrição ou criminalização em detrimento dos que buscam estabelecer salvaguardas para o exercício do direito à manifestação.

A criminalização secundária, por sua vez, corresponde à ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição de uma pena. O controle social, que objetiva impor as regras vigentes numa determinada sociedade, não é exercido exclusivamente pelas agências de controle penal estatais, podendo se dividir em controle social formal e informal. O controle formal é exercido por atores que integram o aparelho punitivo estatal, como as polícias, o Ministério Público, o Judiciário e o Exército. O controle informal, por sua vez, é levado a cabo por diversas organizações sociais, como a família, a escola, a religião e os meios de comunicação social.

Inúmeras arbitrariedades e violações ao direito de manifestação são comumente observadas em âmbito policial. Merecem destaque a ausência de identificação dos policiais militares em suas fardas; a utilização ostensiva da tropa de choque nas manifestações, como forma de intimidar, constranger e até mesmo limitar o acesso dos manifestantes aos locais de concentração dos atos; a utilização desproporcional de todo um aparato de armas “menos letais”; a ocorrência de revistas pessoais arbitrárias; a não divulgação dos protocolos de atuação da polícia nos protestos; dentre outras.

O Poder Judiciário corrobora o processo de criminalização das manifestações populares, a medida que atua com discricionariedade em face das demandas a ele submetidas e se esquia de conflitos com as demais agências não judiciais. Zaffaroni (2014, p. 141) descreve este poder em nossa região marginal como uma verdadeira “máquina de burocratizar”. Segundo o autor, as agências não judiciais dos sistemas penais latino-americanos na prática possuem poderes para impor penas, violar domicílios e segredos de comunicação, privar de liberdade

qualquer pessoa sem culpa ou suspeita, realizar atos de instrução e ocupar-se de tudo o que a burocracia judicial lhe deixa por menor esforço.

Quando as agências não judiciais se veem ameaçadas por tentativas de reforma legal ou jurisprudencial, estas lançam, com o apoio dos meios de comunicação de massa, uma campanha de “lei e ordem”, cujo objetivo não é outro senão o de fomentar o medo e o sentimento de insegurança na população, para pressionar assim as agências políticas ou judiciais e deterem a ameaça a seu poder. Desse modo, a burocracia judicial costuma responder aderindo à campanha, impondo penas “exemplares”, utilizando expressões moralizantes nas sentenças que publica e procurando notoriedade pública nas declarações autoritárias que exara (ZAFFARONI, 2014, p. 127).

Acerca da atuação judicial em protestos, Gargarella (2008, p. 17) acrescenta que

Todos nosotros tenemos el deber cívico de someter a la crítica más radical — en el sentido más interesante de la palabra —, muchas de las decisiones judiciales que hoy toman nuestros jueces. [...] Es un deber empezar a pensar críticamente el modo en que hemos organizado el poder, el modo en que poco a poco hemos ido perdiendo control y decisión sobre las cuestiones que más nos importan, el modo en que sigilosamente se nos ha expropiado la capacidad de decidir sobre cómo es que queremos vivir juntos.

Nesse sentido, o relatório “Criminalização de defensores e defensoras de direitos humanos” da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2015) afirma que são comuns denúncias de operadores do sistema de justiça criminal que utilizam o direito penal para imputar aos ativistas de direitos humanos tipos penais vagos; oferecem denúncias sem as devidas análises de autoria e materialidade; efetuam o recebimento destas denúncias e permitem que os processos em face de manifestantes tramitem em desacordo com uma duração razoável, perdurando por muito tempo ou tramitando em um ritmo excessivamente acelerado; utilizam indevidamente medidas cautelares como a vedação do comparecimento a novos atos de protesto, sem nenhum respaldo legal; dentre outros.

Nos dizeres de Frigo e Escrivão Filho (2010, p. 3), o processo de criminalização pode ser conceituado como

[...] o ato de atribuir um crime a alguém, a alguma atitude, a uma manifestação. Mas isto não se dá de uma maneira simplificada, quer dizer, não ocorre a partir de uma fala qualquer, isolada e sem repercussão, ou de uma ou outra prisão onde os agentes públicos atribuem a uma prática social uma natureza ilegal. A criminalização se dá através de um processo estruturado de violência física e simbólica, que adquire ares de violência institucional (pública e privada) na medida em que seus agentes se utilizam de suas prerrogativas e funções para atribuir uma natureza essencialmente criminosa às manifestações sociais organizadas, e, a partir daí, sob o argumento de manter a democracia e a ordem, reprimir tais manifestações.

Diante das considerações realizadas, temos por hipótese de pesquisa a ocorrência de um latente afastamento do Judiciário de sua função precípua de salvaguarda da Constituição, haja vista a sua convivência pacífica com a prática das “prisões para averiguação” comumente denunciadas por manifestantes; as arbitrariedades cometidas pelas polícias militares durante a cobertura de atos de protesto; o processamento de manifestantes sem o devido lastro probatório, que por sua vez culmina em sentenças e em recursos a serem julgados pelos tribunais do país.

2. O caso Fábio Hideki e Rafael Marques: quando a criminalização prescinde de uma condenação

Fábio Hideki Harano e Rafael Marques Lusvarghi foram dois ativistas presos em flagrante em uma manifestação ocorrida no dia 23 de junho de 2014, em São Paulo, contra os gastos públicos e remoções forçadas ocasionadas pela Copa do Mundo FIFA de Futebol. Consta no acórdão que eles foram denunciados pela suposta prática dos crimes de porte de artefato explosivo, incitação ao crime, associação criminosa, resistência e desobediência.

Os perfis dos manifestantes, no entanto, destoam da massa do sistema carcerário brasileiro. Fábio, de ascendência japonesa, era estudante da Universidade de São Paulo (USP) e trabalhava auxiliando na administração da farmácia do Centro de Saúde “Escola Prof. Samuel Pessoa”, que a USP mantém nas redondezas do campus do Butantã, zona oeste de São Paulo. Ele integrava o movimento estudantil há quase dez anos e era diretor de base do Sindicato dos Trabalhadores da USP (Sintusp). Rafael, por sua vez, já trabalhou como policial militar e no

momento da prisão atuava como vigilante, professor de inglês e técnico de informática (RBA, 2014).

Acerca da abordagem policial durante a sua prisão, a versão apresentada por Fábio foi a de que

[...] estava participando da manifestação no dia 23.07.2014, que ocorreu sem ataques, sem vandalismo. Assim que acabou a manifestação, se dirigiu ao metrô, e ouviu um som que parecia um tiro, de modo que resolveu subir para ver o que estava acontecendo, quando uma pessoa que estava no outro lado da escada disse: “*ei você*”. Essa pessoa começou a puxá-lo pelo braço, pelo pescoço, de modo que pediu ajuda, tendo aparecido mais pessoas e, somente após isso, é que tal indivíduo se identificou como policial, sendo que apareceram mais policiais e os seguranças do metrô, e foi seguro na horizontal. Não estava fazendo nada, tendo sido colocado de pé, e exibido seus pertences, sua carteira, objetos pessoais, e abriu sua mochila, denominando os itens que ia retirando. Um dos policiais falava ao celular. Após isso, entregou a mochila, a qual foi revirada e sacudida.

O relato de ativista é corroborado por um vídeo disponibilizado pelo jornal “A nova democracia” no *Youtube*, que transmite o momento real da abordagem. O padre Júlio Lancellotti, em vídeo manifesto, testemunha que desconhecia Fábio antes na manifestação e que acompanhou o momento de sua prisão. Para o padre, no momento final da manifestação, quando ingressava na estação de metrô, chamou a sua atenção o fato de dois seguranças e dois policiais civis estarem segurando e efetuando a revista de Fábio.

Após descer pela escada rolante, o padre Júlio relata que parou ao lado do ativista e observou a truculência com a qual a mochila foi sacudida e revirada. Pertences pessoais como uma máscara de proteção de gás, um frasco de vinagre e um salgadinho de sabor pimenta foram abertos pelos policiais e nada suspeito foi localizado. O padre também expôs que durante toda a abordagem os policiais falavam ao celular, relatando o que estava acontecendo e recebendo instruções de um terceiro. “Não foi encontrado nada dentro da mochila dele e não apareceu, em nenhum momento, nem rudimentar, nem sofisticado, nenhum explosivo. [...] Dizer que ele estava com explosivos, que ele é de milícia armada, que ele é liderança de grupo de determinada tática é delírio”, afirma.

Após a abordagem ocorrida na estação de metrô, o ativista Fábio também descreveu que

Apareceu uma viatura da polícia militar, tendo deixado sua mochila com os policiais, entrou na viatura e foi levado para um lugar onde não sabia. No caminho, a viatura fez “*zigue-zague*” e ficou tonto. Chegou no DEIC, sendo que sua mochila foi entregue. Lá viu a pessoa que depois soube chamar-se “*Rafael*”, a qual estava toda machucada. Os policiais militares queriam que assinasse um documento, o qual não deixaram lê-lo, de modo que não assinou. No DEIC foi algemado, tratado de maneira violenta, tomou soco, uma joelhada no tronco, tendo um policial afirmado “*aqui é o DEIC porra!*”. Ouviu xingamentos, insultos, tiraram fotos suas com celulares pessoais. Seus objetos foram jogados em uma mesa, inclusive a máscara. Não sabia o que ia acontecer, sendo que apareceu o diretor do DEIC, doutor Wagner Giudice e cochichou no seu ouvido “você ‘tá’ fudido”. Suas algemas foram retiradas, mandaram sentar-se em uma cadeira, de modo que passou a conversar com esse diretor de forma bem informal. O diretor perguntou o que sabia dos *black blocks*, tendo respondido “Mano”, momento em que um investigador ficou indignado e disse “Mano o que?”

A prisão de Rafael, no entanto, deu-se em local diverso da de Fábio e a única evidência de que os dois agiam em conjunto nos protestos era a palavra de policiais, que alegaram ter acompanhado os rapazes em duas manifestações anteriores e constatado uma relação de proximidade entre eles. Ademais, a imputação de associação criminosa exige que ao menos três pessoas se unam no intuito de cometer crimes. Na denúncia, entretanto, somente Fábio e Rafael foram apontados como integrantes da suposta associação, sendo os demais descritos como “outros indivíduos não identificados”.

O Delegado de Polícia Douglas Dias Torres, testemunha de acusação, afirma que trabalhava na 1ª DIG-DEIC, e que estava investigando os danos praticados por indivíduos nas manifestações contra a Copa do Mundo na data. Acerca da abordagem, o delegado dispôs que

Fábio bateu no braço, vestiu o capacete e desceu para o metrô, sendo que, nesse momento, começou a quebradeira, bem como foram soltas bombas. Correu atrás dele no metrô, mas não o encontrou. A situação ficou fora do controle, sendo que visualizou Fábio subindo o metrô, razão pela qual o deteve. Fábio, quando desceu, disse “*Vai*”, o que na sua interpretação deu início a correria e explosões. Não viu de

onde vieram as explosões. [...] Não presenciou a prisão de Rafael, sendo que o frasco que ele portava exalava forte cheiro de gasolina, razão pela qual o mesmo foi preso, o qual ofereceu bastante resistência. Ele praticava danos ao patrimônio.

Após a prisão em flagrante, os dois ativistas tiveram as prisões preventivas decretadas, em decisão na qual o juiz Marcelo Matias Pereira, da 10ª Vara Criminal de São Paulo, afirmou entender que ações dos manifestantes são condizentes com a denominada “esquerda caviar”. O juiz utilizou tal raciocínio como argumento para negar o pedido de revogação da prisão preventiva movido pelos defensores de Fábio e Rafael, na intenção de que os jovens aguardassem julgamento em liberdade.

Este grupo atenta contra os poderes constituídos, desrespeitando as leis, os policiais, que têm a função de preservar a ordem, a segurança e o direito de manifestação pacífica, além de, descaradamente, atacarem o patrimônio particular de pessoas que tanto trabalharam para conquistá-lo, sob o argumento de que são contra o capitalismo, mas usam tênis da Nike, telefone celular, conforme se verifica das imagens, postam fotos no *Facebook* e até utilizam de uma denominação grafada em língua inglesa, bem ao gosto da denominada “esquerda caviar” (RBA, 2014b).

No entanto, perícia foi realizada no frasco que, segundo o delegado, possuía forte odor de gasolina. O laudo pericial apontou tratar-se de um iogurte Nescau, verificado ineficaz como artefato explosivo/incendiário. Dessa forma, a prisão preventiva dos manifestantes, que perdurou por aproximadamente 45 dias, foi relaxada. Na decisão de relaxamento, o juiz dispôs que “É forçoso concluir que a acusação restou de sobremaneira fragilizada, na medida em que ficou demonstrado que os acusados não portavam qualquer artefato explosivo ou incendiário” (RBA, 2014c).

Após a instrução processual, Fábio e Rafael foram absolvidos pelo juízo de primeira instância e o Ministério Público interpôs recurso de apelação contra a sentença absolutória. O desembargador, por sua vez, decidiu que

[...] e os Apelados participaram ativamente dos protestos, isso é inegável, tanto que eles mesmos confessaram tais posturas, no entanto, diante das provas produzidas, não

há como se concluir, com a segurança necessária, tenham tomado posição de destaque ao ponto de serem responsabilizados por associação criminosa, incitação à prática de crimes e, resistência (RAFAEL), como imputados na denúncia, o que acaba exigindo a incidência do princípio *in dubio pro reo*. [...] Ante todo o exposto, afasto a preliminar arguida e, no mérito, NEGO PROVIMENTO à Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, em face de FÁBIO HIDEKI HARANO e RAFAEL MARQUES LUSVARGH, qualificados nos autos, mantendo a r. sentença apelada, exceto quanto a classificação da absolvição, que deve ser alterada para o VII, do art. 386, do Código de Processo Penal.

Do excerto exposto, depreendemos que o exercício do direito à manifestação realizado por Fábio e Rafael foi tido como uma postura a ser confessada, em um evidente tom depreciativo. Ademais, os fundamentos utilizados pelo juiz *a quo* para fundamentar a absolvição (não constituir o fato infração penal e não existirem provas de terem os réus concorrido para a infração penal) foram substituídos pela alegação de não existirem provas suficientes para a condenação dos manifestantes. Notamos, dessa forma, que apesar de a absolvição ter sido mantida, houve um recrudescimento na fundamentação utilizada para tanto.

Entendemos que a absolvição, por si só, não afasta a ocorrência da criminalização do direito à manifestação. Os manifestantes foram submetidos a uma abordagem policial truculenta, mantidos algemados, ouviram diversos xingamentos e foram encaminhados a um local por eles desconhecido. Na delegacia, Rafael alega ter sido submetido à tortura com choques elétricos e a diversos socos, tendo o seu irmão efetuado denúncia junto à ouvidoria da instituição.

Os dois ativistas passaram aproximadamente 45 dias presos, em um sistema prisional que já teve o seu “estado de coisas inconstitucional” reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347. No cárcere, a mãe de Fábio alega que o filho - que era vegetariano há mais de 05 anos - se viu obrigado a alterar os seus hábitos alimentares, ingerindo carne por questões de subsistência. A família do jovem também teve a sua residência vasculhada pela polícia, em uma diligência de busca e apreensão de um computador, cujo resultado corroborou a inexistência de associação criminosa entre os acusados.

E após todos os impactos sociais (como o afastamento do emprego, dos estudos e a estigmatização advinda do período de encarceramento), das sequelas físicas e psicológicas, dos

danos econômicos e familiares, os manifestantes foram enfim absolvidos por insuficiência de provas. No entanto, parece-nos que toda a persecução penal a eles dispensada se deu por fins políticos, e não jurídicos, no intuito de transmitir a população o sentimento de que manifestar-se pode ser tido como um crime.

3. O promotor Zagallo e o arquivamento de representação criminal: “Que saudade da época em que esse tipo de coisa era resolvida com borrachada”

Outro caso analisado foi um acórdão de arquivamento de uma representação criminal, proposta pelo Subprocurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo em face do promotor de justiça Rogério Leão Zagallo, da 5ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo.

No dia 07 de junho de 2013, sexta-feira, ocasião em que os primeiros atos de protesto das jornadas de junho ganhavam destaque, o promotor de justiça, em sua página pessoal do *Facebook*, publicou a seguinte mensagem:

Estou há 2 horas tentando voltar para casa mas tem um bando de bugios revoltados parando a avenida Faria Lima e a Marginal Pinheiros. Por favor, alguém poderia avisar a Tropa de Choque que essa região faz parte do meu Tribunal do Júri e que se eles matarem esses filhos da puta eu arquivarei o inquérito policial. Petista de merda. Filhos da puta. Vão fazer protesto na puta que o pariu... Que saudades da época em que esse tipo de coisa era resolvida com borrachada nas costas dos medras (sic).

A declaração do promotor de justiça, além de explicitar um descaso para com o exercício de um direito constitucionalmente previsto, expõe a seletividade existente no trabalho de operadores do sistema de justiça, que passam a atuar conforme suas convicções pessoais, desconsiderando os limites da legalidade.

O promotor sugeriu que o Ministério Público de São Paulo (MPSP), que tem por funções precípuas a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, poderia ser utilizado como um instrumento para garantir a “impunidade” de incidentes de morte e de violência policial contra manifestantes.

Tal declaração deve ser lida com alarde, haja vista ser o MPSP a instituição responsável por realizar a atividade de controle externo das polícias no estado e o próprio

promotor atuar em uma vara do júri, que eventualmente julga crimes cometidos por policiais militares contra civis.

No domingo, após a ampla repercussão negativa da declaração por ele exarada, Zagallo viu-se obrigado a se retratar publicamente:

Prezados amigos. Com relação ao post que circulou em minha página do *Facebook* na última sexta-feira, sobretudo diante de sua enorme repercussão, venho aqui novamente para expressar o quanto segue: [...] QUE, apesar de entender que o MPL estava exercitando um direito legítimo, discordo, democraticamente, da forma de protesto. De fato, acredito que o MPL estava rigorosamente dentro da legitimidade ao protestar contra o aumento da tarifa de ônibus, todavia, não me retrato (da permanência em minha página) acerca do mérito do comentário, pois, não concordo com a forma de execução da legítima manifestação do grupo chamado MPL Movimento do Passe Livre. [...] QUE o comentário foi fruto puramente de desabafo feito por pessoas que estavam há muito tempo paradas no trânsito (3 horas ao total), mas que tinham compromisso com seus filhos de poucos anos de idade que os aguardavam sozinhos para serem apanhados. Sabia-se que as crianças estavam nervosas e ansiosas esperando serem resgatadas e levadas para suas casas; [...] Notem que o respeitado jornal O Estado de São Paulo fala em “MANIFESTAÇÃO SELVAGEM” e “BANDO DE VÁNDALOS”... Nesse sentido, entendo que muitas pessoas que necessitavam de auxílio médico ou que tinham compromissos pessoais e profissionais ficaram cerceados de alguns de seus comezinhos direitos entre eles, o de ir e vir. Por sinal, registro que recebi – e tenho recebido – inúmeras manifestações de apoio e concordância, o que demonstra a viabilidade do desabafo perante algumas camadas da sociedade que também se sentiram importunadas com tais atos; [...] Agradeço a todos e, com essa explicação, espero ter ajudado a colocar uma pá de cal nessa celeuma que, involuntariamente, dei causa (GGN, 2013).

O promotor de justiça na época lecionava a disciplina de Direito Penal na Universidade Mackenzie, em São Paulo. Na semana seguinte ele foi desligado do quadro docente da instituição. O centro acadêmico João Mendes Júnior publicou nota requerendo a instauração de um procedimento para apurar os fatos:

O Centro Acadêmico João Mendes Júnior vem acompanhando com grande tristeza a repercussão das últimas declarações feitas pelo Sr. Rogério Zagallo, professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, postadas no *Facebook*. As manifestações do Sr. Zagallo, que não são as primeiras no mesmo sentido, demonstram a incapacidade na compreensão da realidade político-social do nosso país, o que, de longe, não pode e não é aceito pela comunidade acadêmica mackenzista. Muito nos entristece que a nossa Faculdade ainda seja frequentada por posicionamentos limitados e injustificáveis para quem exerce a nobre função de professor. Esperamos que o momento seja utilizado para refletirmos sobre que tipo de sociedade que queremos viver e lutar. O Centro Acadêmico pedirá que a Diretoria da Faculdade de Direito abra procedimento interno para averiguar o caso (FORUM, 2013).

Além desta manifestação polêmica, Zagallo, em 2011, pediu o arquivamento do inquérito que investigava as circunstâncias em que um policial civil matou um dos suspeitos que teria tentado roubar-lhe o carro. Segundo o promotor, em texto de manifestação acolhida, “Bandido que dá tiro para matar tem que tomar tiro para morrer. Lamento que tenha sido apenas um dos rapinantes enviado para o inferno. Fica o conselho ao [policial] Marcos Antônio: melhore sua mira” (FOLHA, 2015).

Em âmbito do Ministério Público, um inquérito foi aberto para apurar a tipicidade da conduta do promotor que havia pedido a morte dos manifestantes, que resultou na representação criminal julgada pelo TJ-SP. No acórdão, consta que:

O douto Subprocurador-Geral de Justiça propôs o arquivamento do presente procedimento por entender não ter o interessado incorrido em prática delituosa, pois sua conduta, ainda que em descompasso com aquela esperada de um Promotor de Justiça, não configuraria o crime de incitação ao crime, ou qualquer outro tipo penal. Com razão, pois, conforme se verifica das peças juntadas, o Promotor de Justiça, ora representado, agiu destemperado por sua angústia, após mais de duas horas parado no trânsito, a caminho de apanhar seu filho menor de idade em clube desportivo. A atitude, ainda que deveras despropositada, não repercutiu maiores consequências aptas a ensejar providências na seara penal, pois despida do caráter de efetividade exigida para configuração do delito do art. 286, do Cód. Penal.

Não se defende aqui que uma eventual condenação criminal do promotor de justiça se mostraria medida efetiva no intuito de promover uma mudança no paradigma autoritário e avesso às liberdades democráticas vigente. No entanto, em tempos de populismo punitivo e de uma utilização simbólica e seletiva do direito penal, que tem critérios de raça e classe bem definidos, o arquivamento desta representação nos permite questionar a observância da atuação contra majoritária do judiciário, a sua leniência em face de cidadãos abastados e a tendência de enxergar manifestantes e movimentos sociais como vândalos e casos de polícia.

Ao afirmar que sente saudade da época em que manifestações populares eram reprimidas por meio da “borrachada”, Zagallo demonstra insensibilidade perante a luta de inúmeros ativistas de direitos humanos que, no período de ditadura militar, foram torturados e mortos por exercitarem liberdades básicas como a de manifestação.

Em tempos de instabilidade política, em que o Exército tem sido acionado para atuar na segurança pública de protestos por meio de Decretos de Garantia da Lei e da Ordem, a postura do promotor de justiça parece apostar na via autoritária para impor o que ele entende por ordem.

Assim, ao invés de dar legitimidade às demandas trazidas pacificamente pelas ruas e conter os excessos violentos, corrompe-se a presunção de pacificidade dos atos pela via do discurso, afirmando tratarem os manifestantes de verdadeiros “bugios revoltados” e “petistas de merda”. Faz-se alusão, portanto, a um período de “anos de chumbo” que não foi devidamente superado após a constituição de 1988, cujas memórias subsistem nas valas clandestinas e nos documentos sigilosos.

4. Sobre as prisões para averiguação e os *Habeas Corpus* preventivos: “Perda do objeto; mera conjectura; ordem denegada”

As buscas de jurisprudências efetuadas no site do TJSP remeteram-nos para aproximadamente 27 *Habeas Corpus* preventivos, que objetivavam em síntese a expedição de salvo-condutos para que os pacientes pudessem exercer suas liberdades de manifestação nos protestos encampados pelo “Movimento Passe Livre”, sem serem presos ou sofrerem quaisquer restrições ao direito de locomoção, salvo nas hipóteses legais.

Nas petições, foram juntadas diversas notícias retratando a ocorrência das práticas de prisão para averiguação. Marcelo Feller, advogado criminalista que impetrou um dos *Habeas Corpus* em nome de 48 centros e diretórios acadêmicos de faculdades, em sustentação oral listou uma série de boletins de ocorrência de pessoas presas por “porte de vinagre”, ou de “seis potes de tinta guache para pintura de cartazes”. Outros foram detidos por estarem com narizes de palhaço ou máscaras e com uma bandeira do Partido Comunista Brasileiro.

O advogado pleiteou que o TJSP concedesse um salvo conduto para que os manifestantes não fossem presos a não ser em situação de flagrante ou por ordem fundamentada de juiz. Requereu que os policiais fossem impedidos de deter quem estivesse com vinagre, potes de tinta ou adereços, já que essas prisões na prática são feitas apenas com o objetivo de verificar se os manifestantes têm antecedentes criminais (CONJUR, 2013).

Em decisão datada do dia 18 de setembro de 2013, o Órgão Especial da corte negou, por 24 votos a um, os *Habeas Corpus* preventivos que tentavam impedir a PM de efetuar prisões para averiguação durante manifestações populares. Nos acórdãos denegatórios dos *Habeas Corpus* preventivos, foram utilizados para justificar os indeferimentos teses como: a) a perda do objeto da ação, pela derrubada no aumento da tarifa de ônibus ocorrida em junho de 2013, razão pela qual se alegou a inexistência de demais motivos que justificassem a ida dos (as) pacientes em protestos; b) a ausência de provas pré-constituídas de violência policial nos atos, tratando o exposto como mera conjectura dos (as) pacientes; c) que os salvo-condutos teriam o condão de cercear a atividade de polícia da Administração Pública, que se mostra essencial na manutenção da “ordem pública”; d) não ser o comandante geral da polícia militar do estado autoridade coatora; dentre outros.

O voto vencedor foi o do relator, desembargador Pires Neto, que afirmou que:

Os atos de protesto popular em vias públicas orientados pelo denominado “*Movimento Passe Livre*” e deflagrados a partir do mês de junho do corrente ano, com o objetivo de reivindicar redução do valor das tarifas de transporte público (que haviam sido reajustadas anteriormente), não mais subsistem no âmbito do município de São Paulo, mesmo porque as reivindicações populares acabaram sendo atendidas, como é de notório conhecimento, daí porque soaria como providência inútil e sem alguma eficácia e efetividade, a emissão do desejado salvo-conduto. Impetração, a rigor, prejudicada sob esse aspecto.

No entanto, desconsiderou-se que as pautas encampadas pelas jornadas de junho de 2013 se expandiram para além da redução do valor da tarifa de ônibus, tendo eclodido atos diversos que lutavam pela educação, a saúde, contra o desemprego e os escândalos de corrupção, dentre outros. Ademais, a prática de efetuar prisões para averiguação subsistiu nos atos subseqüentes. Apenas no dia 13 de junho de 2013, mais de 230 jovens foram detidos em São Paulo.

Para o desembargador, entretanto,

[...] além de exigir determinados requisitos que não foram preenchidos pelo impetrante, como, por exemplo, a prova pré-constituída dos fatos e o fundado receio de coação ilegal (não bastando a simples conjectura), também não se revela como meio adequado para impedir eventual ameaça de violência ou coação, quando essa suposta ameaça ou coação está apoiada em alegação envolvendo evento futuro e incerto, e ainda mais por meio de mera determinação, no plano genérico, do estrito descumprimento da lei (o que já é dever de todos). [...] Assim sendo, se o paciente pretende participar de movimento popular, de forma pacífica e organizada, sem perturbação da ordem pública, como é o comportamento normal e esperado de todos, não há necessidade de proteção jurisdicional mediante salvo-conduto para que lhe seja assegurado o amplo exercício desse direito, pois, decorrendo essa garantia da própria ordem constitucional (art. 5º, inciso XI) e não havendo resistência (comprovada) por ordem direta da autoridade impetrada, a emissão do salvo conduto, nesse caso, não serviria a outra finalidade que não a repetição do que já está escrito na lei, tudo no plano genérico, inclusive no que se refere às hipóteses de buscas pessoais, prisões, detenções, direito à presença de advogado, etc.

Salta aos olhos a tendência de relativizar a violência policial nos protestos. Apesar das diversas notícias de pessoas feridas, em função da utilização desenfreada de armamentos menos letais; da corriqueira ausência de identificação dos policiais presas às fardas (o que inviabiliza a responsabilização dos agentes que cometerem excessos no acompanhamento dos atos); da reminiscência da prática das prisões para averiguação e da não disponibilização dos protocolos de atuação policial nos atos, todo o contexto de criminalização dos movimentos sociais e de manifestantes é tido como “mera conjectura”.

O desembargador, em seu voto, questiona sobre a (des) necessidade de reafirmar o que se encontra escrito no texto da lei. No entanto, em tempos em que as violações às liberdades e garantias constitucionais se fazem notórias, espera-se de um judiciário democrático o compromisso de manutenção de seu caráter contra majoritário, para que, se for preciso, se posicione reforçando o óbvio.

Um eventual deferimento dos *Habeas Corpus* não adquiriria o condão de “implicar no cerceamento do poder-dever da Administração Pública de exercer a atividade para a qual foi designada pela Carta Magna de 1988, qual seja, a proteção dos interesses da coletividade”, conforme o alegado. E sim o de firmar um posicionamento simbólico e fático de que, para o Tribunal, o direito à manifestação possui caráter *prima facie* e deve ser assegurado.

Na sessão de votação, o desembargador Damião Cogan, professor de Direito Penal da Academia do Barro Branco, concordou com o relator, mas acrescentou que “ninguém pode ser contra o direito constitucional de ir e vir, ou de se manifestar. Mas todo mundo viu que as manifestações de junho viraram baderna”. Cogan reclamou dos “baderneiros” que “depredaram patrimônio público e privado” e “quebraram bancos”. “Os boletins de ocorrência não têm nada de absurdo: prender alguém que está usando máscara e está fazendo baderna para que se apure quem são. Não vejo nenhuma reunião de estudantes com vinagre que não seja destinada à desordem. Tintas... todos viram que a cidade virou uma desordem, e a Polícia agiu dentro dos parâmetros legais”, declarou (CONJUR, 2013).

Nota-se, pelo discurso do desembargador, que a presunção de pacificidade dos atos resta comprometida. Eventuais incidentes de violência são utilizados como pretexto para taxar a todos que comparecem aos atos como “baderneiros”, dignos das violações a qual se encontram suscetíveis. Tal discurso chancela, portanto, a aplicação de um verdadeiro direito penal do inimigo.

Jakobs e Meliá sintetizam três elementos básicos na teoria do Direito penal do inimigo. São eles: a) um amplo adiamento da punibilidade, que revela uma perspectiva prospectiva do ordenamento jurídico penal, que se utiliza do fato futuro como ponto de referência; b) a desproporcionalidade das penas; c) a relativização ou supressão de determinadas garantias processuais (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 67).

Nela, o Direito Penal é dividido em dois sistemas diferentes, propostos para duas categorias distintas de seres humanos – os cidadãos e os inimigos, cujos postulados transitam

dos princípios do democrático direito penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do autor e da periculosidade.

A dialética entre o direito penal do autor e o direito penal do fato fundamenta-se na diferenciação entre punir o autor pela sua forma de ser, sua personalidade considerada delitiva e puni-lo pelo que efetivamente fez, tomando o fato de forma exclusiva e pura. Jakobs (2007, p. 49) entende que “quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo”.

Ao afirmar que “não vê nenhuma reunião de estudantes com vinagre que não seja destinada à desordem”, o desembargador dispõe nas entrelinhas que o porte de um produto atípico poderá ser utilizado como um indício do cometimento de “badernas” e crimes. Parte-se do pressuposto de que os ativistas que vão às ruas não se encaixam no conceito de “cidadãos”, devendo ser neutralizados e combatidos pela atuação de personagens que integram o sistema de justiça criminal.

5. Considerações finais

A análise dos acórdãos e das dinâmicas extrajudiciais presentes nos casos estudados permite-nos questionar a efetividade do direito à manifestação. Formalmente, decisões do TJSP asseguram ser direito de todos irem às ruas expressar seus anseios e reivindicações, nos termos do previsto em nossa Constituição Federal. Nas entrelinhas, a ida aos atos por vezes é tida como uma conduta a ser confessada, digna de reprovação. As expedições de salvo condutos são denegadas pelo receio de que estas decisões judiciais coloquem freios à atividade estatal de polícia.

Juízes e desembargadores parecem se esquivar de confrontos com as agências não judiciais que cometem excessos na persecução penal e a liberdade no exercício da atividade de polícia é enxergada como mais importante que a própria liberdade de manifestação. As detenções e os processamentos arbitrários de ativistas de direitos humanos são considerados o preço a se pagar para que os excessos e “badernas” sejam rigorosamente contidos.

Na balança, a convivência com o autoritarismo tem demonstrado que o Poder Judiciário, por inércia, figura como uma instituição relevante no processo de criminalização das lutas políticas. E essa constatação nos coloca diante do desafio de lutar pela democratização deste espaço, de modo que ele seja capaz de alocar vozes e demandas de diferentes movimentos, como os feministas, LGBTs, negros e operários, julgando seus conflitos de forma sensível e humana.

Como afirma o ativista Igor Mendes, um dos 23 condenados em primeira instância em um incidente de protesto no Rio de Janeiro, “resistir é preciso”. Para ele, as condenações de ativistas inserem-se no contexto dos assassinatos no campo, da execução da Marielle Franco e da intervenção militar que multiplicou as chacinas da população favelada no Rio de Janeiro. Segundo o ativista, o juiz que o condenou “apenas emprestou suas mãos para que se cumprisse o ditame de punição exemplar reclamado pelos poderosos que temem o movimento de massas crescente”.

Dessa forma, contata-se que são latentes os gargalos antidemocráticos existentes no TJSP, no julgamento de demandas atinentes a manifestantes. Tais gargalos embaraçam a construção de um projeto emancipatório de sociedade, pois são os (as) manifestantes que lutam, por meio do exercício do direito de protesto, pela efetivação de princípios como os da equidade e da liberdade em nossa conjuntura política, social, cultural e econômica atual.

Entretanto, denunciar tais arbitrariedades e formular perspectivas para uma democratização do sistema de justiça parece-nos um primeiro e importante passo de resistência e de luta por um “outro mundo possível”, no qual a liberdade de manifestação não figure apenas como uma “aparência de direito” e se mostre de fato efetivo.

Referências bibliográficas

ARTIGO 19. Sobre o site. Disponível em: <https://projetosdelei.protestos.org/?page_id=857>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 6º ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 0054326-66.2014.8.26.0050, da 3ª Câmara de Direito Criminal, da Comarca de São Paulo.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Habeas Corpus nº 0120567-12.2013.8.26.0000, da Comarca de São Paulo.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Representação Criminal/notícia de Crime nº 2023868-85.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo.

CHAUÍ, Marilena. As manifestações de junho de 2013 na cidade de São Paulo. Teoria e Debate, 27 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.teoriaedebate.org.br/materias/nacional/manifestacoes-de-junho-de-2013-na-cidade-de-sao-paulo>>. Acesso: 26 jun. 2015.

CIDH. Criminalização de defensoras e defensores de direitos humanos. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/criminalizacao2016.pdf>> Acesso: 20 jul. 2018.

CONJUR. TJ-SP nega Habeas Corpus preventivo a manifestantes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jun-17/desembargador-nega-habeas-corpus-coletivo-preventivo-manifestantes>>. Acesso: 03 out. 2018.

FOLHA. Punido por incitar violência policial vai investigar PMs suspeitos em SP. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/09/1682253-punido-por-incitar-violencia-policial-vai-investigar-pms-suspeitos-em-sp.shtml>>. Acesso: 03 out. 2018.

FORUM. C.A de Direito do Mackenzie solta nota critica a Rogério Zagallo, que é professor da faculdade. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/blogdorovai/2013/06/10/c-a-de>>

direito-do-mackenzie-solta-nota-critica-a-rogerio-zagallo-que-e-professor-da-faculdade/>.

Acesso: 03 out. 2018.

FRIGO, Darci; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sergio. A luta por direitos e a criminalização dos movimentos sociais: a qual Estado de Direito serve o sistema de justiça? Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2010/05/Artigo-CPT-2010-Frigo-e-Escriv%C3%A3o.pdf>>. Acesso: 04 jul. 2018.

GARGARELLA, Roberto. El derecho frente a la protesta social. In: Revista de la Facultad de Derecho de Mexico. V. 58, nº 250, p. 155/181. Disponível em: <<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/60938/0>>. Acesso: 17 jul. 2018.

GGN. Padre Lancelotti fala sobre a prisão de Fábio Hideki. Disponível em: <<https://jornalggm.com.br/noticia/padre-lancelotti-fala-sobre-a-prisao-de-fabio-hideki>>.

Acesso: 03 out. 2018.

_____. Resposta de Zagallo. Disponível em: <https://jornalggm.com.br/sites/default/files/documentos/resposta_do_dr.pdf>. Acesso: 03 out. 2018.

JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MACHADO. Antônio Alberto. Efetividade ou inefetividade dos direitos fundamentais. [Editorial] Revista do Núcleo de Estudo de Direito Alternativo. V. 3, N. 1 (2016)

_____. Elementos de teoria dos direitos fundamentais. 1 ed. São Paulo: Cultura acadêmica editora, 2017.

MENDES, Igor. A pequena prisão. 1 ed. São Paulo: n-1 edições, 2017.

RBA. Fábio joga RPG, Rafael gosta de mitologia e a polícia escreve inquéritos. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/09/fabio-joga-rpg-rafael-gosta-de-mitologia-e-a-policia-escreve-inqueritos-7278.html>>. Acesso: 03 out. 2018.

_____. Juiz ecoa versão oficial ao acusar ativistas de integrar 'esquerda caviar'. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/08/juiz-ecoa-versao-oficial-sobre-infiltrados-ao-acusar-ativistas-de-integrar-esquerda-caviar-8790.html>>. Acesso: 03 out. 2018.

_____. Justiça liberta Fábio Hideki e Rafael Lusvargh após perícia descartar posse de explosivos. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/08/apos-pericia-descartar-posse-de-explosivos-justica-liberta-fabio-hideki-e-rafael-lusvargh-2648.html>>. Acesso: 03 out. 2018.

_____. Manifestante preso em São Paulo diz que sofreu 'choques elétricos' em delegacia. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2014/08/preso-ha-mais-de-um-mes-em-sao-paulo-rafael-lusvargh-acusa-policiais-de-tortura-766.html>>. Acesso: 03 out. 2018.

YOUTUBE. Confira o exato momento da prisão de Fábio Hideki em protesto contra a Copa em SP. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=Br6-LNicAjA&t=217s>>. Acesso: 03 out. 2018.

_____. Mãe diz que Fábio Hideki não é 'black bloc'. Disponível: < <https://www.youtube.com/watch?v=MpDjeyzLw74>>. Acesso: 03 out. 2018.

_____. Padre Julio Lancellotti fala sobre a prisão de Fábio Hideki Harano. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=a4SI3s_rm-E&t=367s>. Acesso: 03 out. 2018.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ⁱⁱ Expressão utilizada por Marilena Chauí (2013), que sintetiza o contexto de favelização, congestionamentos, degradação ambiental, violência urbana e profundas desigualdades sociais existente nas metrópoles brasileiras.

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O PRAGMATISMO DA JURISPRUDÊNCIA
DO STF**

*THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE PRAGMATISM OF THE STF CASE
LAWS*

Mauro Guilherme Messias dos Santos

Mestrando em Direito (UFPA). Especialista em Direito Processual Penal (UNIDERP).

Professor Visitante em Especialização em Direito Penal e Processo Penal (UNAMA).

Associado ao IBCCRIM e à AICLP. Promotor de Justiça (MPPA), com atuação exclusiva na área criminal. mauromessias@mppa.mp.br

Resumo: A partir do julgamento do HC nº 126.292/SP, em 2016, o STF, por maioria, reputou válida a execução da sentença penal condenatória confirmada em segundo grau, mesmo passível de recurso para as instâncias superiores, ao argumento de que, nada obstante a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição da República, a recorribilidade no Brasil é longa como em poucos lugares do mundo, e, sobretudo por isso, responsável por vários casos de impunidade no país. Assim, questiona-se: qual concepção do Direito adotou a maioria dos ministros do STF ao sacrificar o princípio da presunção de inocência, em prol do efficientismo do sistema penal? O objetivo geral do trabalho, portanto, é analisar a jurisprudência do Supremo acerca da execução provisória da pena em segundo grau, e os objetivos específicos são investigar a tradição histórica do princípio da não culpabilidade e dirigir aos principais argumentos adotados pelos ministros do STF as críticas do Direito como integridade em Dworkin e do pragmatismo de Posner. A pesquisa adota a metodologia teórico-prática, e a sua hipótese é que, especialmente após 2016, a maioria dos ministros do STF vem adotando uma concepção pragmática do Direito, em decisões que negam à pessoa humana o acesso à justiça.

Palavras-chave: presunção de inocência; execução provisória da pena; integridade; pragmatismo; acesso à justiça.

Abstract: From the judgment of HC nº 126.292/SP, in 2016, the STF, by majority, considered valid the execution of the convicted criminal sentence confirmed in second degree, even if it could be appealed to the superior instances, to the argument that, despite the literality of article 5, LVII, of the Constitution of the Republic, the appealing in Brazil is long as in few places of the world, and, mostly for that reason, responsible for several cases of impunity in the country. Thus, it is questioned: which conception of the law adopted the majority of the judges of the STF by sacrificing the principle of presumption of innocence, in favor of the efficiency of the penal system? The general objective of the work is therefore to analyze the Supreme Court's case laws on the anticipated execution of a second degree sentence, and the specific objectives are to investigate the historical tradition of the principle of non-culpability and address the main arguments adopted by the STF judges of Law as integrity in Dworkin and of Posner's pragmatism. The research adopts the theoretical-practical methodology, and its hypothesis is that, especially after 2016, most STF judges have adopted a pragmatic conception of Law, in decisions that deny the human person access to justice.

Keywords: presumption of innocence; anticipated execution of a second degree sentence; integrity; pragmatism; access to justice.

1. O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

O princípio da presunção de inocência, da não culpabilidade, ou do estado de inocência, significa que ninguém pode ser tratado ou castigado como culpado, sem um juízo legal e antes de que este finalize (FERRAJOLI, 1995, p. 539). Como origem antiga, Ferrajoli (1995, p. 625) destaca que o princípio do estado de inocência nasceu no direito romano, profundamente conectado ao brocardo *in dubio pro reo* (*favor rei* ou *favor libertatis*):

Recuérdense los escritos de Trajano: “*Stitius esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem dammare*”ⁱ (Ulpianus, *10 de officio proconsulis*, D. 48.19.5); la máxima de Pablo (69 *ad edictum*): “*ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*”ⁱⁱ (D. 22.3.2.); los brocardos medievales: “*affirmanti non neganti incumbit probatio*”ⁱⁱⁱ y “*actore non probante reus absolvitur*”^{iv}.

Lopes Jr. (2016, p. 95) salienta que a lógica do princípio da não culpabilidade foi desvirtuada sobretudo no medievo, quando a atividade persecutória passou a ser regulada por meio de metodologias inquisitivas. Em resposta às profundas marcas inquisitoriais do processo penal que antecederam o Século das Luzes, Beccaria (2006, p. 50), em 1764, sob a influência

filosófica de francófonos como d'Alembert e Montesquieu, esprou mundo afora que uma pessoa não pode ser chamada de culpada antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que essa pessoa violou os pactos por meio dos quais tal proteção lhe foi outorgada.

A lição de Beccaria, traduzida para o francês logo em 1766, foi adotada posteriormente na Revolução Francesa (1789-1799), e sinalizou uma conquista histórica acerca do modo de tratamento processual do réu, uma verdadeira reação contra o tratamento desumano que lhe dispensava o Estado naquele contexto. Afinal, na França pré-revolucionária, o encarceramento, mais do que uma política de controle da criminalidade, servia como método de coerção.

Portanto, como origem moderna e positivada, o princípio do estado de inocência possui como nascedouro o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (PELUSO, 2016, p. 1),^v segundo o qual a pessoa humana é considerada inocente, até o momento em que, reconhecida como culpada, julgar-se indispensável a sua prisão, e todo o rigor desnecessário, empregado para a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei.

Como observa Peluso (2016, p. 2), o segundo momento histórico do princípio da não culpabilidade deu-se particularmente na Itália, no entrelaço das posturas dogmáticas das três conhecidas Escolas Penais: Clássica, Positivista e Técnico-Jurídica. Para a Escola Clássica, que teve Carrara como protagonista, o processo penal possuía uma concepção liberal, de garantia do princípio da não culpabilidade. Contra essa visão, as escolas Positivista e Técnico-Jurídica promoveram fortes críticas. Segundo Ferri, em oposição ao liberalismo da escola clássica, a defesa social deveria nortear a concepção do processo penal. Como frisado por Moraes (2010, p. 114), para a Escola Positiva “a presunção de inocência não passava da porta da denúncia” – um pensamento em nada anacrônico, inclusive. Já na visão da Escola Técnico-Jurídica, nas palavras de Manzini, a presunção de não culpabilidade era irracional e contraditória, e constituía “absurdo extraído do empirismo francês” (LOPES JR., 2016, p. 95).

A terceira e última grande etapa da arqueologia do princípio da não culpabilidade foi o advento, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), sobretudo em razão do fim da Segunda Guerra Mundial (PELUSO, 2016, p. 5). A partir da declaração, o princípio da presunção de inocência foi relacionado à tutela jurisdicional, assegurando ao acusado que a demonstração de sua culpabilidade deve ser feita por meio de procedimento público e legal, com a efetividade do direito de defesa (GOMES FILHO, 1991, p. 18).

1.1. A Assembleia Nacional Constituinte de 1987, a opção pela Constituição analítica e o nascedouro da exigência do “trânsito em julgado” para a formação da culpa penal.

Entre as oito Comissões temáticas formadas no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, uma delas chamava-se “Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher”, a qual, por sua vez, compreendia a subcomissão denominada “Direitos e Garantias Individuais” (MORAES, 2010, p. 217), que teve o constituinte Darcy Pozza como relator. Nas palavras do constituinte (BRASIL, 1987, p. 2):

A necessidade de garantir a nova realidade política que se quer para o País, leva-nos à redação de uma Constituição analítica, que tente disciplinar, do modo mais preciso possível, a distribuição do poder e seu uso em relação à autonomia privada e pública.

O legislador constituinte foi claro o suficiente ao expor a necessidade de se privilegiar uma Constituição analítica, capaz de disciplinar, com a máxima precisão possível, as relações de poder. Na lição de Bulos (2014, p. 120-121), essa é a “principal marca característica” da Constituição Federal, significando que ela é “longa, pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, tópicos e sucintos”, com o objetivo de “limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional”.

Ainda, segundo Darcy Pozza (BRASIL, 1987, p. 2):

As pessoas carecem da necessidade de saber o que lhes é facultado fazer e o que podem pretender das outras pessoas e dos Poderes Públicos. Por isso, a Carta Constitucional deve ser clara e precisa ao declinar os princípios e as normas de caráter geral, orientadoras de toda a vida jurídica nas relações entre os indivíduos da Nação. Analítica para que, com perfil moderno e democrático, possibilite à sociedade se organizar, observando a ordem pública.

Isso para que todas as pessoas possam buscar “enxergar” a proteção dos seus direitos e interesses legítimos.

Com isso, após o recebimento de 1.121 sugestões de normas constitucionais acerca dos mais diversos direitos e garantias fundamentais, o relator Darcy Pozza apresentou a seguinte redação para o princípio da não culpabilidade: “considera-se inocente todo cidadão, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Foi no bojo da subcomissão de Direitos e Garantias Individuais que se deu o nascedouro da exigência do “trânsito em julgado” para a formação da culpa penal, após o relator: 1) ter recebido propostas e sugestões das mais diversas tendências e orientações de pensamento; 2) haver invocado a necessidade de uma Constituição analítica, capaz de mostrar às pessoas, de

forma clara e precisa, os princípios constitucionais orientadores de toda a vida jurídica; e 3) ter submetido a sua redação a emendas, até se chegar ao texto atual, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não é simplista, portanto, a afirmação de Streck (2018b, p. 4), quando diz que a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa. A Constituição é expressa no tocante à exigência do trânsito em julgado porque os legisladores constituintes assim buscaram. Por isso, na visão de Pacelli (2017, p. 39-40), a menos que se modifique a Constituição Federal, não há como alterar a essência do conceito de trânsito em julgado.

1.2. O estado de inocência e a sua proteção internacional.

O princípio do estado de inocência encontra-se difundido pelo mundo inteiro. A título exemplificativo, tem-se: a já referida DUDH, de 1948 (artigo 11) (DUDH, 1948);^{vi} a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950 (artigo 6º, 2) (CEDH, 1950);^{vii} o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 14, 2) (BRASIL, 1992a);^{viii} a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969 (artigo 8, 2) (BRASIL, 1992b);^{ix} a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (artigo 7º, 1, 2) (CADHP, 1981);^x a Declaração dos Direitos Humanos no Islã, de 1990 (V, a) (DDHI, 1990);^{xi} e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (artigo 48, 1) (CDFUE, 2000).^{xii} A Convenção de Manágua (Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior) também aborda o princípio da não culpabilidade em seu artigo I, 3 (BRASIL, 2006).^{xiii}

Ao redor do globo, a positivação do princípio do estado de inocência é variada. No ordenamento pátrio, até a entrada em vigor da Constituição de 1988, o princípio da não culpabilidade existia apenas de forma implícita, como decorrência da cláusula do devido processo legal (LIMA, 2016, p. 19). Nada obstante, é certo que, tamanha a envergadura do princípio do estado de inocência, mesmo que ele não contasse com quaisquer positivações, seria, ainda, garantia fundamental: “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto” (CARVALHO, 2001, p. 51). Inclusive, essa é a interpretação do Tribunal Federal Constitucional relativamente à Lei Fundamental Alemã de 1949 (BARBAGALO, 2015, p. 43).

Todavia, a positivação do princípio de estado de inocência na Constituição Federal trouxe uma vantagem inegável, compartilhada, entre outros, por Lima (2016, p. 19-20), apesar de bastante esquecida no bojo dos recentes debates acerca do princípio em tela. A CADH prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (artigo 29, b).^{xiv} Como a lei maior é claríssima ao estabelecer, em seu artigo 5º, LVII,^{xv} que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado de inocência de que todos gozam, seu caráter mais amplo deve prevalecer sobre o teor da CADH, a qual protege a presunção de não culpabilidade somente “até a comprovação legal da culpa”, que, a depender do ordenamento jurídico do Estado-Parte, pode ocorrer antes do esgotamento dos recursos cabíveis.

Em adição a isso, vale lembrar que, no Brasil, grande parte da doutrina defende a aplicação da teoria do duplo estatuto (RAMOS, 2014, p. 434), segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, não ratificados em votação semelhante à das emendas constitucionais (artigo 5º § 3º, da Constituição Federal),^{xvi} não possuem *status* igual ao dos dispositivos previstos na lei maior, embora estejam acima das leis ordinárias. Em outras palavras, com base nessa teoria, a presunção de não culpabilidade prevista na Constituição Federal prevalece sobre as disposições da CADH, as quais possuem *status* inferior. Há uma corrente de pensamento, todavia, que defende a força de norma constitucional dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no Brasil (MAZZUOLI, 2013, p. 1113).

1.3. Regra probatória e regra de tratamento.

No Brasil, do princípio da não culpabilidade derivam duas regras: 1) a regra probatória (*in dubio pro reo*), que é mais antiga, com origem nos escritos de Trajano; e 2) a regra de tratamento, a qual, por sua vez, remonta aos escritos de Beccaria e à sua positivação na Carta da *Révolution Française*.

Segundo a lição de Lima (2016, p. 20), por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável – e não ele, de provar sua inocência –, de modo a recair exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova, incumbindo-lhe demonstrar que o réu praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória.

Doutro lado, por força da regra de tratamento oriunda do princípio da não culpabilidade, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado, o Estado se vê impedido de agir e de se comportar em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao acusado, como se eles já tivessem sido condenados definitivamente (LIMA, 2016, p. 20).

Por óbvio, à título cautelar (*carcer ad custodiam*), admite-se a prisão de uma pessoa indiciada, denunciada ou acusada criminalmente. Tal possibilidade, inclusive, está prevista na própria Constituição da República (artigo 5º, LXI), resultando, pois, perfeitamente compatível com a redação constitucional do princípio da não culpabilidade, que, diversamente do *carcer ad custodiam*, diz respeito ao *carcer ad poenam*.

É preciso ter em mente, portanto, que, no Brasil, a prisão de uma pessoa é regradada constitucionalmente por dois títulos de naturezas jurídicas distintas entre si. Eliminar as hipóteses de prisão cautelar, ademais de inconstitucional, resultaria, por vezes, na inviabilidade do processo-crime. Situações excepcionais há em que o *carcer ad custodiam* deve ser utilizado. Igualmente, há momentos em que a prisão definitiva deve ser invocada. Todavia, parece inconciliável conferir um título prisional definitivo a uma pessoa que ainda não foi condenada definitivamente. Nas palavras de Streck (2018b, p. 4), basta a simples leitura do texto constitucional:

E a Constituição é clara ao exigir o trânsito para que se possa fazer presente o elemento de culpa. De novo, falo o óbvio. Mas falar o óbvio é tristemente necessário em tempos nos quais dois mais dois é cinco, tempos nos quais onde se lê x o juiz pode dizer que é y.

2. AS INTERPRETAÇÕES CONFERIDAS PELO STF ACERCA DO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE.

O STF vinha reconhecendo, já sob o regime constitucional em vigor, a legitimidade da exigência do recolhimento à prisão para interposição de recurso. A questão foi discutida sobretudo no julgamento do HC nº 68.726/DF, em 1991, sob a relatoria do ministro Néri da Silveira, quando o STF firmou entendimento no sentido de que não conflitaria com a presunção de não culpabilidade a ordem de expedição de mandado de prisão contra o réu, cuja condenação à pena privativa de liberdade se confirme, unanimemente, no julgamento de sua apelação contra a sentença desfavorável, ainda que pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário nas instâncias superiores (BRASIL, 1991). No mesmo sentido, vale citar os HHCC nº 72.366/SP (BRASIL, 1995) e nº 74.983/DF (BRASIL,

1997), ambos julgados no Supremo sob a relatoria dos ministros Néri da Silveira e Carlos Velloso, respectivamente.

Em fevereiro de 2009, contudo, no HC nº 84.078/MG, o STF, por maioria de sete votos a quatro, julgou inconstitucional o cumprimento imediato da pena antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, isto é, determinou que, à exceção das medidas cautelares de segregação do indivíduo, não seria possível o cumprimento imediato da pena quando pendente julgamento de recurso (BRASIL, 2009). À época, o principal argumento utilizado pelo tribunal foi a literalidade do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, que consagra no país o princípio do estado de inocência.

Prevaleceu no Supremo a tese de que o artigo 105 da Lei de Execuções Penais (BRASIL, 1984) condiciona a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória,^{xvii} comungando, inclusive, da lição de Tourinho Filho (2005, p. 465), para quem, se não há trânsito em julgado, a sentença penal não pode ser executada, inexistindo título a justificar a prisão do réu anteriormente ao julgamento de eventuais recursos especiais ou extraordinários. O relator do HC em tela, o ministro aposentado Eros Grau, pontuou que, se é vedada a execução da pena restritiva de direitos (artigo 147 da Lei de Execuções Penais)^{xviii} e da pena de multa (artigo 164 do mesmo diploma legal)^{xix} antes do trânsito em julgado da sentença, com maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade, que é mais grave, sob pena de se privilegiar o patrimônio, em detrimento da liberdade.

Nessa esteira, o ex-presidente do STF, ministro Cezar Peluso, adicionou em seu voto no HC nº 84.078/MG que o tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 482.006/MG, em 2007, declarara inconstitucional lei estadual que impõe a funcionário público, na pendência de ação penal por crime funcional e por força dessa pendência, desconto nos vencimentos e remuneração (BRASIL, 2007). Para o ministro, o tribunal, de forma contraditória, proíbe a execução provisória de medidas patrimoniais, que são reversíveis, mas, permite a antecipação de penas privativas de liberdade, absolutamente irreversíveis.

Segundo o voto do ministro Celso de Mello no HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2009), o fato de alguém ostentar a condição jurídica de pessoa submetida a atos de persecução penal não lhe suprime nem lhe afeta a posição de sujeito de direitos e de titular de garantias indisponíveis, de modo que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar (*carcer ad custodiam*, e não *carcer ad poenam*). Tal posição rememora o teor do

artigo 283 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que, por sua vez, como destacado por Nucci (2016, p. 418), “reproduz” a redação do art. 5º, LXI, da Constituição Federal, e adiciona parte do inciso LVII, do mesmo dispositivo legal (BRASIL, 1988).

Por ocasião do julgamento em tela, o ministro relator Eros Grau criticou as vozes favoráveis à execução provisória da pena, para as quais, ao prestigiar o princípio da não culpabilidade, os tribunais superiores seriam inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, e ninguém mais seria preso (BRASIL, 2009). Em resposta a esse argumento, o relator criticou posturas incitadoras da jurisprudência defensiva e frisou que a comodidade ou a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não podia ser lograda ao preço, sacrificando o princípio da não culpabilidade.

No julgamento em questão, surgiu com grande força o argumento concernente à ausência de efeito suspensivo dos recursos excepcionais, quais sejam, o recurso especial (REsp), dirigido ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), e o Recurso Extraordinário (RE), destinado ao STF, e a consequente preclusão da matéria fático-probatória, o que permitiria a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Afinal, segundo esse ponto de vista, no REsp e no RE, o que está em discussão é a tese jurídica, e não a matéria de fato, cujo esgotamento se dá nas mãos dos *fact finders*, isto é, dos juízes das instâncias ordinárias, únicos encarregados da análise probatória. Esse, inclusive, é o teor das súmulas nº 279 do STF (BRASIL, 1963)^{xx} e nº 7 do STJ (BRASIL, 1990b),^{xxi} que não admitem a interposição de recursos excepcionais para simples reexame de provas, ou seja, questões de materialidade (se houve crime) e autoria (quem foi seu autor).

Por essa razão, em dezembro de 2016, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula nº 122, com o entendimento de que, encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário (BRASIL, 2016d). Na legislação federal, a expressão maior desse raciocínio encontra respaldo no antiquíssimo artigo 637 do Código de Processo Penal,^{xxii} o qual, nos dizeres do relator do HC nº 84.078/MG, ministro Eros Grau, não se sobrepõe temporalmente à Lei de Execuções Penais, que lhe é posterior, nem sobrevive hierarquicamente à lei maior. Vale lembrar que o artigo 27, § 2º, da Lei nº 8.038/90 (BRASIL, 1990a),^{xxiii} que institui normas procedimentais para os processos que especifica perante o STJ e o STF, foi revogado pelo novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Uníssono ao argumento acima, pontuou o ministro Menezes Direito em seu voto no HC nº 84.078/MG (BRASIL, 2009) que, a se admitir a vedação da execução da pena antes do julgamento dos recursos extraordinário e especial, o REsp e o RE receberiam, inevitavelmente, um frustrante efeito suspensivo.

Em resposta, o ministro Marco Aurélio frisou em seu voto que o ordenamento jurídico já prevê a possibilidade de se conferir efeito suspensivo aos recursos excepcionais, bastando, para tanto, o acolhimento de requerimento cautelar nesse sentido. Tal possibilidade encontra previsão, hoje, nos artigos 995^{xxiv} e 1.029, § 5º,^{xxv} ambos do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), combinados com o artigo 3º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)^{xxvi}. Ainda, nas palavras do ministro, é possível que o acusado tenha respondido a um processo em liberdade e venha, quer via sentença, quer acórdão, a ter decretada contra si uma prisão preventiva. Todavia, nada justificaria, para o ministro, a execução de um acórdão condenatório recorrível, a qual, como apontado por Sanguiné (2003, p. 445), converter-se-ia em uma pena antecipada.

2.1. A interpretação conferida pelo STF a partir do HC nº 126.292/SP e os feitos pendentes de julgamento.

Em fevereiro de 2016, no HC nº 126.292/SP, o STF apreciou novamente a questão e, por maioria de seis votos a cinco, julgou constitucional a possibilidade de execução antecipada da decisão condenatória confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição (BRASIL, 2016b), sendo esta a posição jurisprudencial prevalente até o momento.

Para Pacelli (2017, p. 39), tal decisão desconsidera a exigência do trânsito em julgado, dando-lhe significado diverso daquele constante da legislação brasileira em vigor, que trata da questão como a decisão da qual não caiba mais recurso.

Na opinião do ministro Edson Fachin, contudo, a partir da leitura que fez dos artigos 102 e 105 da Constituição da República (que preveem as competências do STF e do STJ), a finalidade que a lei maior persegue não é outorgar uma terceira ou quarta chance para a revisão de um pronunciamento jurisdicional com o qual o sucumbente não se conforma e considera injusto, pois o acesso via recurso aos tribunais de superposição se dá em caráter de absoluta excepcionalidade (BRASIL, 2016b).

O relator do HC em tela, ministro Teori Zavascki, apontou que o tema em questão envolve reflexão sobre o alcance do princípio da presunção da não culpabilidade, aliado à busca de um

necessário equilíbrio entre esse postulado e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade (BRASIL, 2016b). Segundo o ministro – que disse ter tomado de empréstimo as lições doutrinárias do ministro Gilmar Mendes –, o princípio da não culpabilidade, assim como qualquer outro princípio constitucional, não é absoluto e, portanto, comporta mitigações, desde que preservado o seu núcleo essencial (doutrina alemã do núcleo essencial).

Todavia, segundo o ministro Gilmar Mendes (2014, p. 223-224), a ordem constitucional brasileira não contemplou qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais. Tal destaque é relevante, uma vez que a doutrina do núcleo essencial nasceu da tentativa de limitar-se o esvaziamento de direitos fundamentais por ação legislativa, uma espécie de reação, à época, contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo (MENDES, 2014, p. 221-222), o que não vai ao encontro do princípio da não culpabilidade no Brasil, pois os direitos fundamentais já contam com proteção pétrea (art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal).^{xxvii}

Em outubro de 2016, o STF julgou a medida cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 43 do Distrito Federal – conjuntamente com a ADC nº 44 do Distrito Federal, que fora apensada àquela –, e, por maioria de seis votos a cinco, assentou que o artigo 283 do Código de Processo Penal não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância (BRASIL, 2016a).

No mês seguinte, em novembro de 2016, o STF julgou a repercussão geral no recurso extraordinário com agravo (ARE RG) nº 964.246/SP, e, por maioria, reafirmou a jurisprudência do tribunal no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio da não culpabilidade (BRASIL, 2016c).

As decisões acima não escaparam a fortes críticas. Por todos, veja-se a leitura que fez Pacelli (2017, p. 235):

De todo modo, a atual redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. O que, como regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir. Assim não pareceu ao Supremo Tribunal Federal, todavia, que nas ADC nos 43 e 44 (julgadas pelo Plenário em 5.10.16) fixou a execução provisória como regra, após condenação em segundo grau. Não vemos como defender a decisão, posto que

diametralmente oposta ao texto de lei (CPP) e à norma constitucional, muito embora endosseemos as críticas feitas à opção do legislador.

Primeiramente, o autor endossa as críticas feitas à opção legislativa, que parece inerte no tocante aos graves problemas do sistema recursal da justiça criminal brasileira. Em segundo lugar, salienta que um intérprete pode até discordar, pelos mais diversos motivos, deste ou daquele princípio constitucional, mas, descumpri-lo, nunca. Vale, aqui, a advertência de Pinho (2013, p. 36): não se pode fazer o que se quer, ainda que, alegadamente, por uma boa causa.

Por fim, em abril de 2018, o STF apreciou o HC nº 152.752/PR, que reafirmou a posição dos três últimos julgamentos acima, admitindo a execução provisória da pena após julgamento em segunda instância (BRASIL, 2018d). Mesmo a ADC nº 43 – e, conseqüentemente, a de nº 44, apensada àquela – estando conclusa para julgamento no Pleno e pendendo de solução meritória, a presidência do Supremo não pautou a ADC em questão para julgamento definitivo, e sim o HC nº 152.752/PR, cujo paciente era um ex-presidente da República patrocinado em juízo por um ex-presidente do Supremo Tribunal Federal. Na sessão de julgamento, o relator das ADCs, ministro Marco Aurélio, questionou o motivo de elas não terem sido pautadas, e sim o *habeas*.

É relevante destacar que, por força do artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999),^{xxviii} o julgamento meritório das ADCs produziria efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário, resolvendo, inclusive, o *habeas* citado, com a vantagem de examinar com profundidade o tema de fundo (por se tratar de um exame concentrado de constitucionalidade) e conferir ao órgão a roupagem que tanto deseja, isto é, a de um tribunal eminentemente constitucional, ao contrário do *writ*, que representa via estreita de conhecimento do feito e não passa de um instrumento *inter partes*.

Vale citar que o Partido Comunista do Brasil (PCdoB) ajuizou a ADC nº 54 (BRASIL, 2018b), em que pede liminar para impedir a execução provisória de pena privativa de liberdade sem que haja decisão condenatória transitada em julgado. O partido afirma que o art. 283 do CPP está em perfeita harmonia com o texto constitucional (artigo 5º, LVII), que estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Embora o tema já seja objeto das ADCs nº 43 e 44, nas quais medidas cautelares foram indeferidas e o mérito depende de julgamento, o partido aponta a existência de fato novo, a saber, a automaticidade (efeito imediato) ou compulsoriedade da prisão nas condenações em segundo grau.

2.2. As “centopeias” recursais.

Desde 2009, no julgamento do HC nº 84.078/MG, os votos vencedores dos ministros Eros Grau e Celso de Mello admitem expressamente a possibilidade de uma reforma na sistemática dos recursos na seara criminal. Como vários ministros do STF já apontaram, e Teori Zavascki repete em seu voto no HC nº 126.292/SP, há brechas na lei brasileira que permitem o sucessivo, e, não raro, protelatório, manejo de recursos, mirando a prescrição da pretensão punitiva ou executória.

Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki colacionou em seu voto o desfecho da ação penal subjacente ao HC nº 84.078/MG, isto é, o fim processual do caso apreciado pelo STF na mudança jurisprudencial de 2009, após as pesquisas de Barbagalo (2015, p. 280):

Movido pela curiosidade, verifiquei no sítio do Superior Tribunal de Justiça a quantas andava a tramitação do recurso especial do Sr. Omar. Em resumo, o recurso especial não foi recebido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo impetrado agravo para o STJ, quando o recurso especial foi, então, rejeitado monocraticamente (RESP n. 403.551/MG) pela ministra Maria Thereza de Assis. Como previsto, foi interposto agravo regimental, o qual, negado, foi combatido por embargos de declaração, o qual, conhecido, mas improvido. Então, fora interposto novo recurso de embargos de declaração, este rejeitado *in limine*. Contra essa decisão, agora vieram embargos de divergência que, como os outros recursos anteriores, foi indeferido. Nova decisão e novo recurso. Desta feita, um agravo regimental, o qual teve o mesmo desfecho dos demais recursos: a rejeição. Irresignada, a combativa defesa apresentou mais um recurso de embargos de declaração e contra essa última decisão, que também foi de rejeição, foi interposto outro recurso (embargos de declaração). Contudo, antes que fosse julgado, este que seria o oitavo recurso da defesa, foi apresentada petição à presidente da terceira Seção. Cuidava-se de pedido da defesa para – surpresa – reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No dia 24 de fevereiro de 2014, o eminente Ministro Moura Ribeiro proferiu decisão, cujo dispositivo foi o seguinte “Ante o exposto, declaro de ofício a extinção da punibilidade do condenado, em virtude da prescrição da pretensão punitiva da sanção a ele imposta, e julgo prejudicado os embargos de declaração de fls. 2090/2105 e o agravo regimental de fls. 2205/2213”.

Atualmente, o argumento acima é o de maior força entre aqueles que defendem a mitigação da presunção de não culpabilidade, a qual, sustentam, deve ser lida à luz do princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII),^{xxix} num viés, contudo, *pro societate*. Algo como se a sociedade, apesar de não ser parte processual, tivesse o direito constitucional de ver os processos criminais durarem um tempo razoável. A força argumentativa aumenta ainda mais quando se adiciona ao debate o apelo a dados estatísticos.

2.2.1. O apelo dos tribunais superiores a dados estatísticos.

Em recente artigo, os ministros Luís Roberto Barroso, do STF, e Rogerio Schietti, do STJ, afirmaram que, por conta da utilização de sucessivos recursos, o Poder Judiciário passou a ser o refúgio de quem não tem razão, porque no mínimo se consegue adiar por muitos anos qualquer responsabilização penal (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1).

Segundo os ministros, no âmbito do STJ, entre 1/9/2015 e 31/8/2017, o percentual de absolvição e de substituição de pena atingiu somente 1,64% dos casos levados até o tribunal. Tal apelo a dados estatísticos lembra o artigo escrito em 2011 pelo então presidente do STF, o ministro aposentado Cezar Peluso, intitulado “Em defesa de uma Justiça eficiente”. O texto cuida da proposta de emenda constitucional conhecida como PEC dos Recursos, que afirma combater o mais grave problema do sistema judicial brasileiro: a “indústria dos recursos”, responsável pela lentidão dos processos e pela impunidade no país (PELUSO, 2011, p. 1). Na ocasião, o autor também invocou um dado estatístico: em 2010, o STF modificou as decisões dos tribunais inferiores em apenas 5% dos recursos que apreciou (PELUSO, 2011, p. 1).

O uso de dados estatísticos pelos ministros acima possui um claro objetivo: provocar no intérprete um raciocínio matemático simplista, uma relação entre custos e benefícios, algo como “se 5% dos recursos foram vencedores no STF, 95% não o foram, logo, não há razão para insistir num demorado estado de inocência, numa escolha ineficiente”.

Mais recentemente, em seu voto no HC nº 152.752/PR, em abril de 2018, o ministro Luís Roberto Barroso apresentou novos dados estatísticos. Segundo o ministro, com o apoio de dados da Assessoria de Gestão Estratégica do STF, referente ao período de 1/1/2009 a 19/04/2016, foram apresentados 25.707 recursos extraordinários ou agravos em recursos extraordinários em matéria criminal (BRASIL, 2018d). Desse total, o percentual de recursos acolhidos foi de 2,93%, abrangendo tanto os recursos providos em favor da defesa quanto da acusação. Quando se vai verificar o percentual de recursos extraordinários acolhidos em favor dos réus, o número cai para 1,12%, e, em relação a absolvições, ele é irrisório, 0,035% dos casos. Segundo o ministro Luís Roberto Barroso, em mais de 25 mil recursos extraordinários, houve apenas 9 casos de absolvição (BRASIL, 2018d).

3. A CRÍTICA DA TEORIA DO DIREITO. INTEGRIDADE *VERSUS* PRAGMATISMO.

Uma extensa questão da teoria do direito repousa nos debates acima: o pensamento pragmático, cujos pressupostos exercem até hoje uma grande influência. Antes de abordá-los, todavia, a fim

de se preparar um terreno epistemológico mais interessante, impende-se tecer breves considerações acerca do utilitarismo inglês de Bentham, nascedouro do pensamento pragmático (GODOY, 2014, p. 1).

3.1. O nascimento do pragmatismo: a felicidade majoritarista.

De acordo com Bentham, fundador do utilitarismo, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade, qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite dor ou sofrimento no âmbito de uma comunidade. Ele acreditava que tanto o Poder Público, quanto os seus limites, deveriam ser pautados pelo princípio da “maior felicidade”, criticava duramente os direitos naturais, classificando-os como perigosos e anárquicos, e entendia o utilitarismo como um princípio coletivo, exigindo dos governantes que maximizassem o saldo líquido de felicidade de seus governados (HART, 1983, p. 182).

A aceitação do pensamento utilitarista reside sobretudo na sua simplicidade, no cálculo matemático de custos e benefícios que rapidamente se impõe. Em “Mendicância Extirpada”, por exemplo, Bentham (1843, p. 401) percebeu que o fato de haver pessoas em situação de rua reduzia a felicidade dos transeuntes, causando dor para alguns e repugnância para outros. Assim, o pensador propôs a remoção das pessoas em situação de rua, confinando-as em abrigos.

Qual a vantagem – perguntariam os utilitaristas – de promover ou defender um pequeno grupo de pessoas em situação de rua, em prejuízo da felicidade da maioria? Para esse pensamento, contanto que apenas uma minoria sofra e permaneça acachapada, à maioria é certo desfrutar de ações governamentais dessa estirpe – especialmente se os sofrendores forem pessoas más, suspeitas de crimes ou condenadas por eles.

Felizmente, o programa benthaniano para lidar com pessoas em situação de rua nunca foi adotado, mas, alerta Sandel (2017, p. 51), o espírito utilitarista que o gerou está vivo e forte até hoje. Sandel (2017, p. 52 e 54) critica o pensamento utilitarista mediante a apresentação de duas situações hipotéticas semelhantes entre si, distintas apenas no tocante à existência ou não de presunção de “culpabilidade” relativamente à pessoa a ser sacrificada:

Situação hipotética 1:

Consideremos uma situação na qual uma bomba-relógio está por explodir. Imagine-se no comando de um escritório local da CIA. Você prende um terrorista suspeito e acredita que ele tenha informações sobre um dispositivo nuclear preparado para explodir em Manhattan dentro de algumas horas. Na verdade, você tem razões para suspeitar que ele próprio tenha montado a bomba. O tempo vai passando e ele se recusa a admitir que é um terrorista ou

a informar onde a bomba foi colocada. Seria certo tortura-lo até que ele diga onde está a bomba e como fazer para desativá-la? O argumento a favor da tortura nesse caso começa com um cálculo utilitarista. A tortura inflige dor ao suspeito, reduzindo muito a sua felicidade ou utilidade. Mas milhares de inocentes morrerão se a bomba explodir. Assim, você pode argumentar, nos termos do utilitarismo, que é moralmente justificável infligir dor intensa a uma pessoa se isso evitar morte e sofrimento em grande escala.

Situação hipotética 2:

Suponhamos que a única forma de induzir o suspeito de terrorismo a falar seja a tortura de sua jovem filha (que não tem noção das atividades nefastas do pai). Seria moralmente aceitável fazer isso? Acredito que até mesmo o mais convicto utilitarista vacilasse ao pensar nessa possibilidade. Mas essa versão da situação de tortura é um teste mais verdadeiro do princípio utilitarista. Ela põe de lado a percepção de que o terrorista merece ser punido de alguma forma (apesar da valiosa informação que esperamos extrair dele) e nos força a avaliar o cálculo utilitarista em si.

As intuições no caso acima não estão relacionadas apenas com custos e benefícios, mas também – e especialmente – com a presunção de “culpabilidade” relativamente à pessoa a ser sacrificada, havendo nítida diferença de intuição entre a tortura de um “terrorista” e o suplício da jovem filha deste.

No caso hipotético, intui-se que “terroristas” são pessoas más que merecem ser punidas, e, apenas por conta dessa pressuposição, o cálculo de custos e benefícios torna-se simples. Ao modificar-se a pessoa a ser sacrificada, contudo, o pensamento utilitarista desmorona. Como a teoria do direito pode corrigir essa distorção do utilitarismo, da confusão gerada pelo argumento estatístico da maioria?

3.2. Os seres humanos são merecedores de dignidade e respeito.

Kant (2003, p. 239) diria que, se todos e cada um dos seres humanos são merecedores de dignidade e respeito, não importa quem sejam ou onde vivam, então é errado tratá-los como meros instrumentos da felicidade coletiva. O filósofo prussiano negaria o primado da maximização do saldo líquido de felicidade da maioria, e, ao contrário, sustentaria o respeito às pessoas como fins em si mesmas (SANDEL, 2017, p. 137). Tem-se, aqui, um poderoso ensinamento contra o utilitarismo, que falece sobretudo da compreensão do conceito de razão.

Para Kant (2004, p. 5), “a razão é a faculdade de ampliar as regras e os propósitos do uso de todas as suas forças muito além do instinto natural”. Segundo o pensamento do filósofo, a simples intuição ou instinto, quer dizer, o agir irrefletido, não deveria encerrar a natureza humana. Nas palavras de Kant (2004, p. 6):

A natureza quis que o homem tirasse inteiramente de si tudo o que ultrapassa a ordenação mecânica de sua existência animal e que não participasse de nenhuma felicidade ou

perfeição senão daquela que ele proporciona a si mesmo, livre do instinto, por meio da própria razão”.

Para o ex-ministro Cezar Peluso e os ministros Luís Roberto Barroso e Rogério Schietti, pode ter sido fácil invocar uma estatística, realizar um simples cálculo ou uma análise de custos e benefícios no trato da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais. Esse cálculo, inclusive, torna-se muito fácil quando a minoria é “uma pessoa em situação de rua” (como abordou Bentham) ou um “suspeito de ato terrorista” (como hipoteticamente pontuado por Sandel). O que dizer, então, do famigerado “recorrente sem razão”, isto é, aquele para quem, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso, o Poder Judiciário passou a ser o seu refúgio (BARROSO; SCHIETTI, 2018, p. 1)? Certamente, os “recorrentes sem razão” não sobreviverão a uma análise de custos e benefícios. Eis, aí, a intuição ou instinto comum criticada acima por Kant.

E se, por erro dos *fact finders* – que são pessoas falíveis, como ressaltado pelo ministro Teori Zavascki em seu voto vencedor no HC nº 126.292/SP –, alguns “recorrentes sem razão” vierem a ter razão, direito, procedência do pedido? Um erro apenas, uma única pessoa injustiçada, pode justificar, racionalmente em Kant, o *carcer ad poenam* que sofreu? Como desculpar-se, reverter a privação de liberdade, se esta é dotada de absoluta irreversibilidade, como frisado pelo próprio ex-ministro Cezar Peluso em seu voto no HC nº 84.078/MG, de 2009?

Segundo Dworkin (2006, p. 9-10), a dignidade humana, em sua primeira dimensão (próxima ao princípio da igualdade), declara que cada vida humana possui uma importância objetiva, isto é, um valor compartilhado por todos, e não apenas individualizado, subjetivo: “we should all regret a wasted life as something bad in itself, whether the life in question is our own or someone else’s”.

Mutatis mutandi, pode-se afirmar, com apoio na citação de Dworkin, que “todos nós devemos lamentar uma pena injusta como algo ruim por si só, quer a liberdade pertença a um de nós ou a outrem”. Mais: segundo o autor, numa nítida inspiração em Kant, se uma pessoa trata as demais (sejam elas “recorrentes sem razão” ou não) como simples seres cujas vidas não possuem qualquer importância objetiva, intrínseca, então essa pessoa, igualmente, despreza a própria vida (DWORKIN, 2006, p. 10).

É nítida, pois, a relação entre o princípio do estado de inocência e o princípio fundamental da dignidade humana. No Brasil, o princípio da dignidade humana possui acolhida no artigo 1º, III, da Constituição Federal.^{xxx} Sarlet (2016, p. 254) frisa a superposição da dignidade humana

como princípio “fundamental”, bem como o reconhecimento, pela Constituição, de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário:

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.

As conclusões acima partem do pensamento de Kant, que construiu uma noção de dignidade fundada na autonomia da vontade e na ideia de que o homem é um fim em si mesmo, não podendo jamais ser tratado como mero objeto (SARLET, 2016, p. 249). Para o constitucionalista, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos, sobretudo estatais, que a violem ou a exponham a graves ameaças (SARLET, 2016, p. 254).

O princípio “fundamental” da dignidade humana, portanto, proíbe a utilização ou transformação da pessoa em simples objeto dos processos e “poderes governamentais” (na expressão de Bentham), e possui, como visto acima, forte relação com o princípio da não culpabilidade.

3.3. Crítica ao império das maiorias contingentes. O conceito de democracia substancial em Ferrajoli.

O exercício da razão assume uma importância ímpar no presente estudo, por demonstrar, com bastante clareza, o quão injusta pode ser uma decisão sobre direitos fundamentais pautada na regra da maioria.

Aqui, as “mayorías contingentes” não podem decidir, pois os direitos fundamentais não requerem o consenso de todos, uma vez que o seu papel é a tutela do sujeito mais fraco diante daquela lei do mais forte típica das forças políticas, do mercado e da ausência de direitos (FERRAJOLI, 2001, p. 362).

Kant também se mostra contrário ao império das “mayorías contingentes”, e defende que os princípios morais universais – *e. g.* direitos humanos universais – não devem ser baseados apenas em considerações empíricas, como interesses, vontades, desejos e preferências que as

peçoas possam ter em um determinado momento, pois esses fatores são variáveis e contingentes (SANDEL, 2017, p. 139). Nesse ponto, Kant e Ferrajoli parecem concordar, embora trabalhem saberes distintos entre si. Na obra “Derecho y razón”, Ferrajoli (1995, p. 276-277) cita o pensamento de Kant várias vezes – apesar de, no mesmo livro, o jurista italiano apontar divergências relativamente ao trabalho do filósofo prussiano.

Para Ferrajoli, alguns assuntos públicos devem escapar à regra da maioria, típica na democracia política ou formal, e devem ser encarados sob o enfoque da democracia substancial, a saber, uma concepção de democracia submetida a vínculos pelos direitos fundamentais. Nas palavras do jurista italiano (2001, p. 342):

(...) los derechos fundamentales establecidos por una constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales, más o menos apremiantes según el grado de rigidez, a la democracia política tal como se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes.

Ferrajoli (2001, p. 342) é claro ao frisar que a estrutura do Estado deve ser constitucional e gerada pela presença de um núcleo de conteúdos indisponíveis. O jurista italiano sustenta que a democracia formal (ou política) restringe-se a procedimentos de quem e como decidir, em que o móvel é a regra da maioria; já a democracia substancial (ou material) abrange questões sobre o que não se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir, em que o móvel é a defesa dos direitos fundamentais (PINHO; ALBUQUERQUE, 2017, p. 97).

Tanto Kant quanto Ferrajoli recusam o argumento de autoridade invocado pela regra da maioria no trato dos direitos fundamentais. O primeiro, ao recusar a doutrina da máxima felicidade preconizada por Bentham. O segundo, ao deixar clara a diferença que faz entre democracia política (regra da maioria) e democracia substancial (direitos fundamentais) (FIGUEROA, 2005, p. 517):

(...) la dimensión política es a mi juicio sólo una de las dimensiones de la democracia – la dimensión formal, relativa a las formas representativas (del quién) y mayoritarias (del cómo) de la producción normativa – a la que el constitucionalismo rígido ha añadido una dimensión sustancial: precisamente la de los límites y los vínculos dictados por derechos fundamentales, en relación con los contenidos de las normas producidas, esto es, lo que no debe y lo que debe ser decidido por cualquier mayoría.

Inclusive, o pensamento de Dworkin sinaliza no mesmo sentido acima. Não obstante as grandes diferenças teóricas entre ele, um pós-positivista, e o positivista crítico Ferrajoli, o filósofo norte-americano também tece duras palavras à concepção majoritarista de democracia.

À semelhança do jurista italiano, que alhures classificou a democracia formal ou política como restrita a regras procedimentais, Dworkin (2014, p. 587) também arremata que “a concepção majoritarista define a democracia de modo puramente procedimental”, olvidando qualquer autogoverno por membros das minorias. Nas palavras do filósofo norte-americano (2014, p. 585):

A concepção majoritarista sustenta que o povo governa a si mesmo quando o maior número de pessoas, e não um grupo menor, é o detentor do poder político fundamental. Insiste, portanto, em que as estruturas do governo representativo sejam montadas de modo a aumentar a probabilidade de que as leis e programas políticos da comunidade sejam aqueles preferidos pelo maior número de cidadãos (...).

Ao invés de apelar a dados estatísticos majoritarista, é preciso agir refletidamente, empregar a razão, ir “muito além do instinto natural” (KANT, 2004, p. 5). A razão, contudo, não age automaticamente: ao contrário, ela necessita de tentativas, exercícios e ensinamentos para, aos poucos, progredir (KANT, 2004, p. 5-6).

3.4. Uma resposta ao pragmatismo de Posner: o direito como integridade em Dworkin.

O que são os dados estatísticos utilizados pelo ex-ministro Cezar Peluso e pelos ministros Luís Roberto Barroso e Rogerio Schietti, senão um apelo ao argumento pragmático? É correto, ao menos sob o ponto de vista da teoria do direito aqui apresentado, recorrer à máxima utilidade ou à opinião pública, em detrimento de cada uma das pessoas que conseguirá, ao menos ao fim, demonstrar o excesso de pena que recebeu ou até mesmo afastar uma condenação, bem como, conseqüentemente, demonstrar que o Poder Público errou? Para o pragmatismo, segundo o seu pensador mais proeminente, sim, pode ser correto ceder à opinião pública (POSNER, 2010, p. 280).

Embora Posner (2010, p. 280-281) negue que o seu método pragmático funcione como uma mera análise de “custos *versus* benefícios”, o autor admite que o ato do juiz de “tornar o direito mais bem adaptado a seu ambiente social” configura um “benefício”, e as conseqüências eventualmente negativas, seja para os demais poderes (Executivo e Legislativo), seja para a opinião pública, geram “custos”. Segundo Posner (2010, p. 281):

Os juízes também têm que se preocupar que, se se opuserem à opinião pública de forma muito vigorosa, os ramos políticos (mais precisamente, os mais políticos) do governo vão se rebelar e cortar as asas dos juízes. Uma prudência constante deve, portanto, reinar nas asserções mais agressivas dos juízes. Eles são mais agressivos quando fulminam os pareceres discordantes, porque os votos vencidos não têm que conviver com as conseqüências das posições que defendem.

Sim, Posner não aplica direitos sem pensar nas consequências da aplicação desse mesmo direito. Significa que a pessoa perdeu o direito? Não, ele sequer fora reconhecido, porque um método “semelhante” – fazendo jus à ressalva diferenciadora de Posner – ao da análise de “custos x benefícios” impediu.

Em outras palavras, o autor conclui que, se a consequência for pesada demais, *exempli gratia*, para a opinião pública, esse direito não deve ser aplicado. Se a consequência for incômoda o suficiente para o Governo, este pode vir a “cortar as asas” dos juízes, como citado acima. Se houver resistência a determinadas decisões judiciais concessivas de liberdades civis, “o Congresso pode, por exemplo, conter a expansão judicial de liberdades civis aumentando a severidade da punição” (POSNER, 2010, p. 162). Juízes devem ser uma espécie de estrategistas, segundo os pragmáticos. Mais: isso seria melhor para o futuro.

Ao priorizar a estratégia, a utilidade, até mesmo em detrimento dos direitos das pessoas, especialmente das minorias, o pragmatismo oferece uma versão encantadora, melhor para o futuro (DWORKIN, 2007, p. 192). “Melhor futuro” como? No sentido da seguinte afirmação hipotética: a execução provisória da pena após julgamento em segundo grau representa o anseio da maioria da sociedade, por transmitir às pessoas a sensação de vitória contra a impunidade.

Todavia, por que o fato de um número maior de pessoas favorecer determinado curso de ação seria um sinal de que o curso favorecido é melhor ou mais justo (DWORKIN, 2014, p. 532)? Aqui reside (um)a diferença entre o direito e a política. Por isso, o pragmatismo é uma concepção cética do direito, porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas, pouco confortáveis.

Punir injustamente, punir antes do tempo, é correto? Para o pragmático, essa reflexão não é decisiva – embora ele não a desconheça. É o caso do voto do ministro do STF Luís Roberto Barroso, no HC nº 126.292/SP (BRASIL, 2016b), que, expressamente, invocou razões pragmáticas para decidir:

Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau:

(i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária;

(ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e

(iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento.

Em seu voto no HC nº 152.752/PR, em abril de 2018, o ministro Luís Roberto Barroso disse entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado (BRASIL, 2018d). Mas, segundo ele, por essa lógica, todos os aeroportos deveriam ser fechados, porque, apesar de todos os esforços, haveria sempre uma margem mínima de acidentes. Nas palavras do ministro, viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los.

Como dito antes, a reflexão sobre punir injustamente, punir antes do tempo, não é decisiva para pragmáticos, embora eles não a desconheçam. Tal é a ressalva que o ministro Luís Roberto Barroso fez antes de introduzir a “analogia dos aeroportos”, ao dizer “entender e respeitar quem tem o entendimento de que bastaria um caso de reforma do acordo condenatório recorrível para justificar a exigência do trânsito em julgado”. Tamanho o pragmatismo na fala acima, disse o ministro que “viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los”. A frase é impactante, e promove uma lógica não condizente com o direito, pois, no Brasil, o trânsito em julgado, se não fulminar materialmente qualquer possibilidade de erro, o fará formalmente, eliminando, portanto, quaisquer riscos em sede de estado de inocência. Essa é a exigência constitucional (artigo 5º, LVII): diferentemente da “analogia dos aeroportos”, viver o estado de inocência não admite os riscos do *carcer ad poenam* (diverso, não é demais frisar, do *carcer ad custodiam*).

3.4.1. O primeiro discurso pragmático: “valorização da jurisdição criminal ordinária”.

Não há dúvidas acerca da excessiva delonga processual espalhada pelo país. A morosidade processual no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2014). A solução para esse problema, contudo, não reside na mitigação do princípio da não culpabilidade. Afinal, ao menos desde 2014, o CNJ registra que a maior parte das demandas recebidas na sua Ouvidoria relativas à morosidade processual no Poder Judiciário decorre de feitos em tramitação no 1º grau, e não nas instâncias superiores (BRASIL, 2014).

Eliminar o trânsito em julgado contido no princípio do estado de inocência, ademais de contrário à Constituição, sequer dará efetividade ao Poder Judiciário como um todo, nem

resolverá a morosidade processual, principal problema sentido pela sociedade e exposto pelo CNJ. A promessa de menos impunidade e maior eficiência do Poder Judiciário, em verdade, resultará na melhoria da gestão processual apenas dos tribunais superiores, dos ministros apegados a estatísticas majoritaristas e à jurisprudência defensiva. Ao que parece, o argumento do ministro Luís Roberto Barroso não valoriza a “jurisdição criminal ordinária”, e sim, a extraordinária (STJ e STF).

Ao menos até aqui, segundo os dados oferecidos acima pelo CNJ, parece existir um sinal de que a promessa pragmática de um futuro melhor para a sociedade, de menos impunidade e maior eficiência, não passa de um engodo facilitador da comodidade dos tribunais de superposição. A fala de Dworkin (2007, p. 192) é pertinente e atual: pragmáticos priorizam a melhor estratégia, ainda que, para isso, seja necessário rejeitar um direito. Para eles, o direito possui uma abordagem instrumental e cética, e deve-se dar importância crucial às melhores consequências (MARRAFON, 2015, p. 2).

3.4.2. O segundo discurso pragmático: por uma seletividade “às avessas”, em nome do princípio da igualdade.

O presente argumento é tentador, de fácil absorção. Sugere que, se o sistema penal é duro com os pobres, com as pessoas que não possuem acesso ao Judiciário em igualdade de condições com os ricos, que melhor e mais vezes exploram os recursos facultados pela lei, a Justiça deve agir seletivamente “às avessas”. A estratégia pragmática é constranger a recorribilidade, em nome do princípio da igualdade.

Para o pragmático, pouca importa se essa limitação atingirá, no caso concreto, o rico ou o pobre, ou se a limitação, em si, é a coisa certa a fazer, isto é, se é constitucional desconsiderar a exigência de trânsito em julgado para a presunção de não culpabilidade. De nada adianta, na visão do intérprete pragmático, refletir se a seletividade gira para o sentido horário ou anti-horário: ao invés de paralisá-la (nulificá-la), prefere-se a inversão do seu sentido. Seletividade, para um lado ou para o outro, não respeita direitos, mesmo que a mudança do sentido giratório cause frenesi, soe como um progresso, um futuro melhor. O argumento é político, e não jurídico, e legitima a seletividade penal.

Causa espécie a utilização do argumento pragmático acima pelo ministro Luís Roberto Barroso. Ele que, em sua obra de direito constitucional, cita inúmeras vezes o pensamento de Sarlet, Kant e Dworkin, sobretudo quando fala do princípio da dignidade da pessoa humana, mais

especificamente no capítulo “Transformações do direito constitucional contemporâneo”, sobretudo o item “III marco filosófico: a construção do pós-positivismo” (BARROSO, 2010). Streck (2018a, p. 3) fala numa dicotomia professor/ministro de Luís Roberto Barroso.

O princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente em seu viés objetivo, aquele mais conectado ao princípio da igualdade e de inspiração kantiana, assera que todos e cada um merecem igual respeito e consideração pela sua vida e pelos seus direitos, quer gostemos ou não da vida ou do direito do outro. O compromisso de desenvolver e interpretar o direito de modo principialista faz com que os membros de uma comunidade de princípios aceitem a integridade como um ideal, mesmo que divirjam entre si (MAUÉS, 2012, p. 607).

No dia-a-dia forense, contudo, vários juízes buscam escolher quais consequências reputam melhores para a sociedade (preferências políticas ou extrajurídicas), ainda que a coerência com princípios jurídicos permaneça em segundo plano, num pragmatismo que não permite respeitar, de forma independente, os direitos das pessoas (DWORKIN, 2007, p. 195).

3.4.3. O terceiro discurso pragmático: a necessária “quebra do paradigma da impunidade”.

O uso de argumentos políticos, por parte de juízes, vem sendo combatido por Streck de há muito. Recentemente, o autor voltou ao tema, ao comentar a interpretação prevalente no STF acerca do princípio da não culpabilidade, criticando a utilização, por ministros do Supremo, dos discursos políticos da “impunidade” e da “efetividade judicial” (STRECK, 2018b, p. 3).

As chamadas “centopeias” recursais recebem críticas tanto de autores favoráveis quanto daqueles contrários à execução provisória do acórdão condenatório recorrível. Então, “Que se reforme o sistema processual, que se confira mais racionalidade ao modelo recursal, mas sem golpear um dos direitos fundamentais a que fazem jus os cidadãos de uma república”, como salientado pelo ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento das ADCs 43 e 44 (BRASIL, 2016a).

O pragmático, contudo, mesmo sabedor da diferença acima entre o problema do sistema recursal e o problema do direito da pessoa humana, prefere rejeitar o direito. O intérprete adepto do pragmatismo até vê o direito aplicável (por exemplo, a possibilidade de excesso de pena privativa de liberdade, a tornar fechado o regime inicial de cumprimento), mas, com maior predileção, busca a melhor estratégia, a maior conveniência, o resultado prático mais

confortável, e aplica-o em detrimento da pretensão jurídica devida, mesmo que, para isso, frisa Dworkin (2007, p. 185), tenha o intérprete que derrogar qualquer anterior decisão legislativa (como aquela tomada pelo constituinte Darcy Pozza acerca da exigência do trânsito em julgado para o princípio do estado de inocência) ou judicial (HC nº 84.078/MG).

Em sede de princípios, dados estatísticos dizem muito pouco, sobretudo porque direitos fundamentais são contramajoritários – e os órgãos responsáveis pela defesa deles, também.

Dados há para todos os lados. Segundo informações publicadas no sítio eletrônico do STF, o tribunal possui, atualmente, um acervo processual de 4.128 *habeas corpus* (BRASIL, 2018a). O Supremo também mantém em seu sítio eletrônico o número de *habeas corpus* concedidos no ano de 2017, a saber, 543 (BRASIL, 2018c). É importante lembrar que uma decisão penal também pode ser reformada mediante outras formas de impugnação judicial, mas, para fins meramente ilustrativos, e na linha argumentativa do ex-presidente do STF, ministro Cezar Peluso, e dos ministros Luís Roberto Barroso e Rogério Schietti, do STJ, utilizar-se-á aqui apenas a estatística dos julgamentos de HCs no STF. Supondo que os milhares de remédios constitucionais em questão tenham sido impetrados individualmente, e que o acervo processual acima seja idêntico ao de 2017, tem-se que mais de 13% dos *habeas corpus* impetrados foram concedidos. Partindo dessa pressuposição, 543 pessoas conseguiram, ao menos ao fim, demonstrar o excesso de pena que receberam ou até mesmo afastar uma condenação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

No Brasil, com maior intensidade nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal (STF), intérprete máximo da Constituição, vem encontrando no princípio da não culpabilidade uma controvérsia interpretativa enorme: rejeitar ou autorizar a execução antecipada do acórdão condenatório recorrível. Argumentos existem, e vários, para os dois lados, num debate que, de há muito, fugiu dos lindes jurídicos e, *sponte propria*, atingiu em cheio a política, sobretudo a opinião pública – ou publicada, aquela que “continua a repetir exaustivamente algumas ideias convencionais, lugares-comuns e outras verborragias (...), fácil de engolir e, portanto, muito conveniente para a midiocracia que se acomoda numa mediocridade generalizada” (MAFFESOLI, 2010, p. 20).

Como principal conclusão do trabalho, tem-se que a maioria dos ministros do STF, sobretudo a partir do HC nº 126.292/SP, de 2016, vem adotando uma concepção pragmática do direito, em decisões que negam à pessoa humana a garantia constitucional

do trânsito em julgado para o afastamento da presunção de não culpabilidade, com nítidas consequências para o acesso à justiça, sobretudo às pessoas mais vulneráveis.

O contexto de crise política vivida no país tem cobrado do STF um verdadeiro protagonismo judicial, uma atitude pragmática por parte do tribunal, que, ao ceder a tais apelos, tem limitado o acesso à justiça, seguindo rumo diverso da tradição constitucional brasileira no tocante ao princípio da presunção de inocência.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais**: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro. Brasília: TJDFT, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; SCHIETTI, Rogério. **Execução penal, opinião e fatos**. Folha UOL: São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniaio-e-fatos.shtml>>. Acesso em abr. 2018.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **Tracts on Poor Laws and Pauper Management**. In: BOWRING, John. The Works of Jeremy Bentham, vol. 8. Londres: W. Tait, 1843.

BRASIL. **Anteprojeto do relator da comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher, subcomissão dos direitos e garantias individuais**. Brasília, 1987. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**: 18º relatório trimestral da Ouvidoria – abril, maio e junho de 2014. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/ouvidoria-page/documentos/894-relatorios-2014/78991-18-relatorio-trimestral-da-ouvidoria-abril-maio-e-junho-de-2014>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592/1992**: promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 678/1992**: promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.919/2006**: promulga a Convenção de Manágua. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5919.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689/1941**: Código de Processo Penal. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210/1984**: Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.038/1990**. Brasília, 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.868/1999**. Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015**: novo Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**: súmula nº 7. Brasília, 1990b. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: acervo processual. Brasília, 2018a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 43/DF. Brasília, 2016a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: ação declaratória de inconstitucionalidade nº 54/DF. Brasília, 2018b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: estatísticas de *habeas corpus* no tribunal. Brasília, 2018c. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=hc>>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 68.726/DF. Brasília, 1991. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 72.366/SP. Brasília, 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 74.983/DF. Brasília, 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 84.078/MG. Brasília, 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 126.292/SP. Brasília, 2016b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: *habeas corpus* nº 152.752/PR. Brasília, 2018d. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: recurso extraordinário nº 482.006/MG. Brasília, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: repercussão geral no recurso extraordinário com agravo nº 964.246/SP. Brasília, 2016c. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**: súmula nº 279. Brasília, 1963. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**: súmula nº 122. Brasília, 2016d. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CADHP (Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos). **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Banjul, 1981. Disponível em: <<http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>>. Acesso em: ago. 2018.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Lei, para que(m)?** In: Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Coord. Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CDFUE (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Nice, 2000. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2012.326.01.0391.01.POR>. Acesso em: ago. 2018.

CEDH (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). **Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**. Roma, 1950. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: ago. 2018.

DDHI (Declaração dos Direitos Humanos no Islã). **Declaração dos Direitos Humanos no Islã**. Cairo, 1990. Disponível em: <<http://hrlibrary.umn.edu/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: ago. 2018.

DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem). **Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas**. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: ago. 2018.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

_____. **Is democracy possible?** Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press, 2006.

_____. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. In: FERRAJOLI, Luigi; BACCELLI, Luca; BOVERO, Michelangelo; GUASTINI, Riccardo; JORI, Mario;

PINTORE, Anna; VITALE, Ermanno; ZOLO, Danilo. Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2001.

FIGUEROA, Alfonso García. **Entrevista a Luigi Ferrajoli**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Coords.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito>>. Acesso em abr. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e Prisão Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

HART, H. L. A. **Utilitarianism and natural rights**. In: Essays in jurisprudence and philosophy. Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 181–197.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. Organização Ricardo R. Terra. Tradução Rodrigo Naves, Ricardo R. Terra. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

MAFFESOLI, Michel. **Saturação**. Tradução Ana Goldberger. São Paulo: Iluminuras, 2010.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>>. Acesso em abr. 2018.

MAUÉS, Antonio Moreira. **Jogando com os precedentes**: regras, analogias, princípios. Revista Direito GV. São Paulo, 2012, p. 587-624.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário ao artigo 5º, § 3º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O princípio da proteção do núcleo essencial**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Maurício Zanoide. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PELUSO, Cezar. **É preciso entender a grandeza do princípio da presunção de inocência**. *Revista Consultor Jurídico*: São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-set-26/peluso-preciso-entender-grandeza-presuncao-inocencia>>. Acesso em mar. 2018.

_____. **Em defesa de uma justiça eficiente**. *Notícias STF*: Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=181248>>. Acesso em mar. 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução Teresa Dias Carneiro. Revisão Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANGUINÉ, Odone. **Prisión Provisória y Derechos Fundamentales**. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

SARLET, Ingo W. **Comentário ao artigo 1º, III**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **E o que seria a discricionarietà transparente do ministro Roberto Barroso?** Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-26/streck-seria-discricionarietà-transparente-barroso>>. Acesso em abr. 2018.

_____. **O STF, sete erros... e um destino! E meu prognóstico, do qual discordo!** Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-09/streck-stf-erros-destino-meu-prognostico-qual-discordo>>. Acesso em abr. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de processo penal comentado**. 9. ed., rev., ampl., atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

ⁱ “É melhor ser considerado ruim, do que culpar um inocente” (tradução livre).

ⁱⁱ “A prova cabe (incumbe) a quem afirma, não a quem nega” (tradução livre).

ⁱⁱⁱ “Ao que afirma, não ao que nega, cabe (incumbe) a prova” (tradução livre).

^{iv} “[Se] o autor não prova, o réu é absolvido” (tradução livre).

^v “Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi” (redação original).

^{vi} “Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

^{vii} “Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada”.

^{viii} “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

- ix “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.
- x “Toda pessoa tem o direito a que sua causa seja apreciada. Esse direito compreende: (...) o direito de presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida por um tribunal competente”.
- xi “Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente”.
- xii “Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”.
- xiii “Sentença: a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras formas de supervisão sem detenção. Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado Sentenciador, e se o prazo previsto para a apelação estiver expirado”.
- xiv “Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: [...] limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.
- xv “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.
- xvi “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.
- xvii “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”.
- xviii “Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares”.
- xix “Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que valerá como título executivo judicial, o Ministério Público requererá, em autos apartados, a citação do condenado para, no prazo de 10 (dez) dias, pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora”.
- xx “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.
- xxi “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.
- xxii “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”.
- xxiii “Os recursos extraordinário e especial serão recebidos no efeito devolutivo”.
- xxiv “Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”.
- xxv “O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; ao relator, se já distribuído o recurso; ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037”.
- xxvi “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.
- xxvii “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”.
- xxviii “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.
- xxix “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.
- xxx “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: (...) a dignidade da pessoa humana”.